



Nicola Colaianni

(ordinario di Diritto ecclesiastico nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro")

I nuovi confini del diritto matrimoniale tra istanze religiose e secolarizzazione: la giurisdizione *

SOMMARIO: 1. Matrimonio religioso e giurisdizione - 2. Giurisdizioni alternative nelle società multiculturali? - 3. Spazi aperti dalle giurisprudenze europee - 4. Arbitrato e globalizzazione - 5. Secolarizzazione e interposizioni religiose - 6. Rischi per i diritti fondamentali - 7. Sul retroterra multiculturalista - 8. *Incursus*: Kelsen e la Corte costituzionale austriaca - 9. Esperienza italiana e prospettive - 10. Conclusione: per un globalismo ben temperato.

1 - Matrimonio religioso e giurisdizione

Svolgerò a riguardo del diritto matrimoniale, e in particolare della giurisdizione su di esso, qualche variazione sul tema cui recentemente mi sono dedicato di più: il rapporto tra eguaglianza e diversità².

Negare rilievo alle diversità - di genere, di nazione, di lingua, di religione, di cultura, ecc. - significa accettare quel "tratto distintivo del capitalismo", che secondo Alain Supiot si esprime in una interpretazione "algebrica" dell'uguaglianza, per cui "se dico $a = b$, se ne deduce che ad a potrei sostituire indifferentemente b , e dunque che $a + b = a + a = b + b$ "³.

* Testo, corredato con note essenziali, della relazione svolta al convegno "Nozze e tribunali ed are". *I nuovi confini del diritto matrimoniale tra istanze religiose e secolarizzazione*, organizzato a Como, il 28-29 novembre 2008, dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università dell'Insubria quale Prima giornata di studio "Edoardo Dieni". Perciò questa memoria iniziale: "Ringrazio Alessandro Ferrari per l'invito a svolgere questa relazione perché prima di tutto mi consente così di rendere omaggio alla persona di Edoardo Dieni, che proprio a Como, in occasione del convegno sull'islam di due anni fa (*Islam in Europa /Islam in Italia. Tra diritto e società*, a cura di A. Ferrari, Bologna, il Mulino, 2008), ebbi il modo di conoscere personalmente ed il tempo - ci avrebbe, invero, lasciati pochi giorni dopo - di potergli dire che il suo libro sulle finzioni (E. Dieni, *Finzioni canoniche. Dinamiche del "come se" tra diritto sacro e diritto profano*, Milano, Giuffrè, 2004) m'era sembrato una delle migliori esercitazioni, quasi filosofiche, che avessi letto negli ultimi anni".

Il saggio è in corso di pubblicazione sulla *Rivista di diritto privato*, 2009, n. 3-4.

² N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2008².

³ A. SUPIOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, Milano, Bruno Mondadori, 2006, p. 4.



Ad autorizzare l'indifferenziazione, infatti, è il "dominio della quantità sulla qualità (...): un'uniformità che è stato possibile ottenere spogliando tutti gli esseri delle qualità loro proprie per ridurli a semplici 'unità' numeriche"⁴.

Sono le qualità umane, individuali e di gruppo, che rendono l'uguaglianza non facile ma complessa. Perché danno luogo a materie spesse – *thick* nel lessico di Walzer⁵ -, particolaristiche, autoreferenziali, contenute in un sistema simbolico, eticamente sensibili: quelle che integrano naturalmente – ossia, si asserisce, secondo i "principi immutabili della legge naturale"⁶ – delle materie "miste", esigenti una disciplina moralmente, e quindi religiosamente, orientata, se non proprio concordata con gruppi e, in particolare, confessioni religiose.

Prima che l'età della tecnica attingesse l'intero sviluppo della vita, dal concepimento fino alla morte⁷, era il matrimonio la principale di queste materie. La rivendicazione della potestà regolativa al riguardo è propria di tutte e tre le religioni abramitiche, giacché nei loro testi sacri il matrimonio, nel suo sorgere e nei suoi effetti (l'esercizio della sessualità, la nascita dei figli e della famiglia, i conseguenti rapporti matrimoniali, ecc.), è un forte elemento distintivo del fedele dagli "altri", infedeli o anche diversamente fedeli che siano.

Si può discutere se così sia sempre stato, all'origine, anche per il cristianesimo. Il quale, invero, all'idea del contratto, fortemente accentuata e giuridicamente disciplinata dall'ebraismo e dall'islam, sostituisce quella più spirituale del patto, che non richiede una disciplina secolare specifica ed è agibile perciò nel diritto comune. Non casualmente la sapienza di un celebre padre della Chiesa⁸ situava la diversità sul piano dell'interiorità e della condotta di vita perché – osservava, all'apparenza sorprendentemente - su quello dell'osservanza

⁴ R. GUÉNON, *Il regno della quantità e i segni dei tempi*, Milano, Adelphi, 1982, pp. 54 s.

⁵ M. WALZER, *Geografia della morale. Democrazia, tradizioni e universalismo*, Bari, Dedalo, 1999, p. 11 e *passim* (più significativo il titolo originale: *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad*, Chicago, University of Notre Dame Press, 1994).

⁶ Così, "a partire da Leone XIII, i pontefici hanno avanzato una continua pretesa di controllo sociale per via della competenza, da loro stessi affermata, nell'interpretazione" di tali principi: R. LILL, *Il potere dei papi. Dall'età moderna a oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 6.

⁷ Nella letteratura, ormai sterminata, si segnalano di recente per dar conto delle diverse declinazioni dei temi E. BONCINELLI, *L'etica della vita. Siamo uomini o embrioni?*, Milano, Rizzoli, 2008; G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, Bruno Mondadori, 2009; S. SEMPLICI, *Undici tesi di bioetica*, Brescia, Morcelliana, 2009.

⁸ *Lettera a Diogneto*, V, 1, 10, a cura di G. Carraro / E. D'Agostino, Fontanella di Sotto il Monte, Servitium 2007.



delle leggi i cristiani sono uguali agli altri: “Obbediscono alle leggi stabilite, e con la loro vita superano le leggi”. Così anche per il matrimonio: non conoscono una forma cristiana di matrimonio, perché “Si sposano come tutti e generano figli”. C’è piuttosto un modo cristiano di vivere il matrimonio comune, per cui, ad esempio, essi “non gettano i neonati. Mettono in comune la mensa, ma non il letto”.

Non ebbe fortuna quell’anonimo autore visto che nel giro di pochi decenni il cristianesimo veniva elevato a religione dell’Impero e dopo un paio di secoli, all’epoca di Gregorio Magno, “tocca ormai ogni livello della vita”⁹, tanto che ai vescovi venivano affidate responsabilità le più varie, dal recupero dei cavalli smarriti sull’altipiano spagnolo al ruolo di ispettore dei bordelli nella nostra Sicilia. In un contesto del genere, ormai unificato, il modello diventa l’apostolo Paolo, che, pur asceto al “terzo cielo”, quello contemplativo, “tuttavia, con sincera empatia, presta attenzione anche al letto matrimoniale della persona media”¹⁰.

Non sorprende allora che quel cristianesimo, che l’autore della lettera a Diogneto dipingeva per contrasto all’ebraismo e alle sue prescrizioni rituali, all’ebraismo finisse per accostarsi, dotandosi a sua volta di leggi e tribunali: ancorché senza avocare a sé la celebrazione del matrimonio con l’imposizione (che sarà stabilita solo al Concilio di Trento) di una forma *ad validitatem*. “Vegliava nel proprio campo la Chiesa – così brillantemente sintetizzava Nino Tamassia un secolo fa -, determinandone le condizioni per la validità e di queste giudicando; tuttavia essa moveva da ciò che era stato effettivamente compiuto, entro i confini del diritto privato”¹¹. Una scelta parallela a quella che fin dall’inizio, qualche decennio più tardi, farà nel vicino oriente il profeta di un’altra religione monoteistica, per il quale la distinzione neppure si poneva¹².

Ha inizio emblematicamente da lì, da Gregorio e Mohammed, la lunga storia del riconoscimento pubblico della religione e dei suoi tribunali nel diritto secolare: giacché, come ha scritto Jacques Le Goff, nel “mondo feudale non accade nulla di importante che non venga riferito a Dio: Dio è insieme il vertice e il garante del sistema; è il Signore dei signori”¹³. Nell’Occidente, certo, dopo circa un millennio quella storia

⁹ P. BROWN, *La formazione dell’Europa cristiana. Universalismo e diversità*, Bari-Roma, Laterza, 2006, p. 255.

¹⁰ GREGORIO MAGNO, Lettera I. 24, in *Opere*, vol. 5/1, *Lettere I – III*, a cura di V. Recchia, Roma, Città Nuova, 1996.

¹¹ N. TAMASSIA, *La famiglia italiana*, Firenze, Sandron, 1911, p. 153.

¹² G. VERCELLIN, *Islam. Fede, legge e società*, Firenze, Giunti, 2003, pp. 10 ss.

¹³ J. LE GOFF, *Il Dio del medioevo*, Conversazioni con J.-L. Pouthier, Bari – Roma, Laterza, 2006, p. 66.



era costretta ad incrociarsi, e a fare i conti, con il sistema delle fonti di produzione del diritto affermatosi con il superamento dell'ordine medievale¹⁴, quando le dottrine convergenti sul principio *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*¹⁵ trovano recezione formale nei trattati di Westfalia, diventando regola generale dei rapporti tra Stati e, prima ancora, tra Stato ed ogni altra organizzazione agente sul suo territorio.

Tuttavia, nel sistema delle fonti produttive di diritto, pur ormai organizzato in maniera rigida secondo un modello a piramide al cui vertice era appunto il sovrano, monarca o parlamento che fosse, trovava un suo spazio il diritto religioso: per quanto formalmente prodotto da un ordinamento distinto da quello dello Stato e quindi di massima per esso irrilevante, ad esso poteva essere, e di fatto in molti stati era, collegato grazie ad atti bilaterali, come i concordati, o ad enunciati di rango costituzionale, che dichiaravano una determinata religione come religione di Stato, o ad atti di recezione materiale di norme religiose nell'ordinamento civile¹⁶. Così, emblematicamente, con il concordato del 1929 "la Santa Sede veniva ad assicurarsi il dominio incontrastato di zone delicatissime dell'etica collettiva, quale ad esempio la sfera concernente la disciplina matrimoniale"¹⁷: matrimonio consensuale ma a forma vincolata, in chiesa, con l'efficacia civile dei *tria bona* dell'indissolubilità, della fedeltà e della prole.

Come è stato ben osservato in generale, persa formalmente la giurisdizione sulla società europea, la Chiesa "riesce ad avocare a sé il monopolio del controllo dei momenti cruciali della riproduzione sociale: matrimonio, natalità, legittimità della filiazione"¹⁸. Nel nuovo sistema che potremmo definire westfaliano - ma in una società tuttavia monoculturale dato il principio, ivi pure affermato, *cuius regio eius et religio* - è stato questo il modo di composizione del conflitto di lealtà del *civis-fidelis*.

2 - Giurisdizioni alternative nelle società multiculturali?

¹⁴ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, pp. 120 ss.

¹⁵ F. CALASSO, *Origini italiane della formola "rex in regno suo est imperator"*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 1930, pp. 214 ss.

¹⁶ P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 320 ss.

¹⁷ E. BUONAIUTI, *Pellegrino di Roma. La generazione dell'esodo*, Roma, Alberto Gaffi, 2008, p. 314.

¹⁸ A. MANOUKIAN, *Introduzione a Famiglia e matrimonio nel capitalismo europeo*, a cura di Id., Bologna, il Mulino, 1974, p. 35.



La questione s'è ovviamente complicata con l'avvento della società multiculturale. Le identità sovrapposte, con le connesse lealtà conflittuali, costituiscono un fenomeno da sempre esistito. Ma sotto l'aspetto religioso esso non è più riducibile – in Europa – alle denominazioni cristiane giacché si allarga ad altre religioni che, a differenza di quelle, non hanno vissuto, né teoricamente elaborato, il dualismo con le leggi civili, influenzandole ed essendone influenzate ma sempre in una alterità di fondo: basta solo pensare alla distinzione tra diritto e morale, tra peccato e reato, che appartiene alla storia della giustizia occidentale, civile e religiosa¹⁹, ma è estranea all'Islam.

Nella *plural society of overlapping identities* - per citare da una *lecture* del primate anglicano Rowan Williams²⁰, che ha innescato un ampio dibattito anche nel nostro Paese – occorre allora una svolta per avviare a superamento i conflitti di lealtà: “*individuals retain the liberty to choose the jurisdiction under which they will seek to resolve certain carefully specified matters*” come ad esempio “*aspects of marital law, the regulation of final transactions and authorised structures of mediation and conflict resolution*”. Si tratterebbe, in sostanza, di una forma alternativa alla giurisdizione statale di tipo *adversarial*, di *Alternative dispute resolution* (A.D.R.), estesa al riconoscimento delle decisioni emesse da giudici religiosi già operanti nel Regno Unito: in particolare, ma non solo (Williams parla anche dei tribunali rabbinici: *simul stabunt aut simul cadent* ?), le *Sharia's Courts*²¹.

Nella sua tradizione imperiale e multiculturale il Regno Unito ha secolari legami di sangue con il Nuovo Mondo, nel quale è agevole reperire modelli del genere collaudati in uno spazio giuridico occidentale. Basta pensare al principio di *accomodation* emergente da un indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla giurisprudenza della Corte Suprema americana²² ma ormai considerato come un *normative principle*,

¹⁹ P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, il Mulino, spec. pp. 33 ss.

²⁰ R. WILLIAMS, *Civil and Religious Law in England: A Religious Perspective. The foundation lecture at the Royal Courts of Justice*, February 7 2008, in *Ecclesiastical Law Journal*, 2008, 10, pp. 262-282.

²¹ Ne esistono a Londra, Birmingham, Manchester, Bradford e Nuneaton (tra poco anche Edimburgo e Glasgow), tanto da suscitare allarme nell'opinione pubblica islamofoba (v. ad esempio M. Allam, *A Londra i tribunali islamici applicano la Sharia*, in *Corriere della sera*, 28 febbraio 2008). Ma si tratta di esperienza diffusa: cfr. nell'esperienza canadese G. PASSANITI, *Gli arbitration Tribunals nella realtà multi-etnica canadese: multiculturalismo vs. uguaglianza*, in *Eguali, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, a cura di G. Rolla, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 232 ss.

²² Con diverse sentenze a cominciare dalla celebre *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971), di cui costituisce un'applicazione specifica *Committee for Public Education and Religious Liberty v. Regan*, 444 U.S. 646 (1980): cfr. *The Oxford Companion to the Supreme*



uno dei sei alla cui intersezione Martha Nussbaum riconduce la tradizione americana dell' "equal liberty of conscience": *Equality, Respect-Conscience, Liberty, Nonestablishment, Separation* e appunto *Accomodation*²³.

Su questa strada si è avviato anche l'*accomodating approach* canadese, che, inizialmente limitato alla disciplina dei rapporti di lavoro, ha trovato successivamente applicazione anche nei casi di discriminazione per motivi religiosi, legati alle festività religiose: è in questo campo soprattutto che il *duty of accomodation* ha legittimato varie interpretazioni attenuatrici del rigore delle disposizioni in senso conciliativo (*reading down*), limitativo degli effetti (*reading out*) o estensivo (*reading in*).

In particolare, secondo questa impostazione, «mentre il matrimonio potrebbe venire consacrato dai gruppi normatori, lo Stato potrebbe riservare a sé solo l'autorità di fissare l'assegno di sostentamento per i figli e di allocare le risorse per le famiglie assieme ad altri benefici» nel campo matrimoniale²⁴. Quivi, insomma, opererebbe una sorta di statuto personale invece che di cittadinanza, collegato all'appartenenza ad un gruppo cultural-religioso.

E a far da battistrada nel dibattito inglese sembrano appunto gli *arbitration tribunals* nell'esperienza multietnica canadese, portata ormai a modello del più largo dibattito tra integrazionisti e differenzialisti. Il Canada è particolarmente significativo perché l'*Arbitration Act* del 1991 consente alle parti di designare il proprio arbitro e di scegliere la legge applicabile, anche se religiosa. La decisione arbitrale è vincolante e può essere riformata solo a seguito di appello per motivi sostanziali (violazioni della legge canadese o dell'accordo tra le parti) o di *judicial review* per motivi procedurali²⁵. Grazie a questa legge sono civilmente efficaci le decisioni dei tribunali religiosi rabbinici (*Beis Din*, o *Beth Din*: letteralmente "casa della regola") assunte secondo la *halakhà*, la legge

Court of the United States, ed. by K.L. Hall, Oxford, N.Y., Oxford University Press, 2005, pp. 579 s. e 283.

²³ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience. In defense of America's Tradition of Religious Equality*, New York, Basic books, 2008, pp. 22 ss.

²⁴ Così sintetizza S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, il Mulino, 2005, p. 170.

²⁵ N. BAKHT, *Family Arbitration Using Sharia Law: Examining Ontario's Arbitration Act and its Impact on Women*, in *Muslim World Journal Of Human Rights*, 2004, vol. 1, Iss. 1, Article 7, in www.bepress.com/mwjhr/vol1/iss1/art7, p. 6; cfr. G. PASSANITI, *op. cit.*, p. 239.



ebraica, in materia, tra l'altro, di riconciliazione matrimoniale ovvero di scioglimento del vincolo matrimoniale (*ghet*)²⁶.

Come in base a questa legge nell'Ontario così in base ad una legge analoga del Regno Unito²⁷ l'arcivescovo di Canterbury ha argomentato il riconoscimento delle decisioni dei tribunali islamici alla stregua della *shari'a* (e, come detto, dei tribunali ebraici). E ha riscosso il consenso non solo, ovviamente, dei maggiorenti islamici²⁸ ma, molto più importante, del Lord Chief Justice (of England and Wales), Lord Phillips, per il quale pure non è affatto irragionevole "to advocate embracing Shari'a Law in the context of family disputes" come "basis for mediation or other forms of alternative dispute resolution": naturalmente, come facoltà dei soggetti "free to subject that dispute to the mediation of a chosen person, or to agree that the dispute shall be resolved by a chosen arbitrator or arbitrators"²⁹.

3 – Spazi aperti dalle giurisprudenze europee

Ordinariamente, quando si sente proporre la possibilità di una deroga all'ordinamento processuale civile in favore di un'autonomia giudiziale delle formazioni cultural-religiose, il pensiero, quasi per esorcizzarla come un'esperienza spuria rispetto alla civiltà giuridica, corre a tempi e spazi i più lontani possibile dall'Occidente contemporaneo, come il *millet* di ottomana memoria³⁰. Ma il dibattito e le politiche anglo-nordamericane dimostrano che il tema è ormai a pieno titolo occidentale. Semmai a porsi è un sottotema: è quella dell'arbitrato una soluzione tipicamente anglosassone, innestabile, cioè, solo nel poroso terreno del *common law* e impossibile o almeno difficile per i paesi di *civil law*?

Difficile sì, ma non eccentrica per gli europei mediterranei: in fondo si tratterebbe di dare anche agli altri ciò che da secoli – per l'Italia con la breve sospensione di una sessantina d'anni – si dà alla Chiesa cattolica: l'efficacia civile della sua *iurisdictio nullitatum* (ancorché gli esempi d'oltralpe riguardino il riconoscimento civile di una

²⁶ Sulle competenze dei *Beth Din* v. le informazioni contenute sul sito istituzionale della Comunità Ebraica di Roma, in www.romacer.org.

²⁷ È l'*Arbitration Act* del 1996, secondo cui "the parties should be free to agree how their disputes are resolved. Subject only to such safeguards as are necessary to the public interest".

²⁸ Cfr. l'intervista del capo del *Muslim arbitration tribunal* di Nuneaton, lo sceicco Faiz-ul-Aqtab Siddiqi, in M. Hickley, *Islamic Shari'a Courts in Britain are now "legally binding"*, in *Daily Mail*, 15 settembre 2008.

²⁹ Lord Chief Justice, *Equality Before the Law*. 3 July 2008, discorso tenuto al *London Muslim Centre*, reperibile in www.eastlondonmosque.org.uk.

³⁰ M. WALZER, *Sulla tolleranza*, Bari-Roma, Laterza, 1998, pp. 24-27.



giurisdizione anche sulla esistenza del rapporto coniugale, che il concordato italiano, invece, non contempla).

In una prospettiva di equiparazione di trattamento l'arbitrato sembra, in astratto, la soluzione idonea per ricondurre ad unità le domande di riconoscimento della civile efficacia delle proprie giurisdizioni in materia matrimoniale avanzate da confessioni religiose e formazioni culturali, pur se non dotate di gerarchie verticali. Pensiamo ovviamente in primo luogo all'Islam o all'ebraismo. Ma anche a formazioni sociali non religiose come i rom, un popolo, s'è detto recentemente, da conoscere e da riconoscere³¹ anche nel loro diritto tzigano.

Emblematiche al riguardo due sentenze, l'una del tribunale costituzionale spagnolo e l'altra (prima della Corte di cassazione turca, 3 giugno 2004, e poi) della Corte europea dei diritti umani, secondo cui il diniego della pensione di reversibilità in favore del coniuge superstite di una coppia sposata con un rito matrimoniale previsto dai costumi e da antiche tradizioni ma non riconosciuto dallo Stato - nel primo caso, in Turchia, con formula esclusivamente religiosa ("*imam nikah*")³², nel secondo con il rito gitano - non integra un caso di discriminazione fondata sull'origine etnica o sulle convinzioni personali³³, rientrando comunque nel margine di apprezzamento dei singoli stati membri la parificazione tra famiglie fondate sul matrimonio e convivenze extraconiugali³⁴.

Ma entrambe le decisioni hanno registrato opinioni dissenzienti: a Strasburgo la decisione è passata a stretta maggioranza e ben tre giudici hanno sostenuto che la discriminazione deriva dalla sproporzionata (e perciò priva di giustificazione obiettiva e ragionevole) differenza di trattamento tra matrimonio civile e matrimonio religioso, mancandosi, come ha rilevato il giudice rimasto in minoranza a Madrid, di dare rilevanza ad un matrimonio, celebrato in conformità al rito ancestrale dei gitani, al fine della pensione di reversibilità quando per oltre diciannove anni la si era data alla famiglia originata da quello stesso matrimonio ai fini dell'assistenza sanitaria e degli assegni familiari.

³¹ F. MARGIOTTA BROGLIO, *Un popolo da conoscere e da riconoscere*, in *Reset*, 2008, n. 107, p. 83,

³² L'art. 143 cpv. cod. civ. turco vieta la celebrazione del matrimonio religioso senza l'attestazione dell'avvenuto matrimonio civile e il divieto è presidiato con pena detentiva dall'art. 230, al. 6, del codice penale.

³³ Tribunal constitucional 16 aprile 2007, n. 69, reperibile in *www.olir.it*.

³⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 gennaio 2009, *Şerife Yiğit c. Turquie* (*requête* n. 3976/05).



Si può obiettare che esula dalla giurisdizione statale il giudizio sull'esistenza e sulla durata ininterrotta di queste comunioni di vita, tali da legittimare gli effetti previdenziali. Ma appunto: un giudizio del genere potrebbe essere rimesso, con rilevanza civile, ad un arbitrato devoluto alle autorità dei "gruppi normatori", della comunità islamica o della comunità rom? Ecco un'ipotesi delle potenzialità dell'arbitrato.

A maggior favore dell'ipotesi gioca poi, in generale, la considerazione che l'arbitrato potrebbe funzionare da causa giustificatrice di diritto comune - in maniera, finalmente, non privilegiaria - della stessa giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale, attualmente incanalata, laddove concordatariamente riconosciuta, negli schemi interordinamentali anziché in quelli intraordinamentali, delle *Alternative dispute resolutions*. Che, per le sue caratteristiche di processo privo di costrizioni e di poteri giudiziali cogenti, la giurisdizione ecclesiastica appaia piuttosto una giurisdizione volontaria, *pro voluntibus* o *inter volentes*, è stato del resto già evidenziato³⁵: e questo profilo di volontarietà potrebbe accostare all'arbitrato volontario il ricorso ad essa.

Vero è che, peraltro, il processo ecclesiastico segue gli schemi conflittuali: può essere attivato da una sola delle parti senza il consenso dell'altra, che si ritiene legittimamente citata anche quando rifiuti di ricevere l'atto di citazione o impedisca che la citazione gli venga notificata (can. 1510 c.i.c.): vale a dire, anche quando non voglia sottoporsi al giudizio ecclesiastico. In tal caso, pur non potendosi configurare un arbitrato volontario ma apparendo versarsi in una giurisdizione obbligatoria, nondimeno i concordati riconoscono l'efficacia civile delle sentenze: e questa particolarità non gioca a favore dell'omogeneizzazione in ipotesi assicurabile attraverso l'arbitrato.

Degna di attenzione è, tuttavia, anche a questo riguardo una recente giurisprudenza spagnola, in cui s'è affermato il principio che non può avere efficacia civile una sentenza contumaciale, quando la mancata comparizione davanti al tribunale ecclesiastico sia dovuta all'esercizio della "*libertad ideológica o religiosa*", cioè se "*si se ha alegado de manera razonable la existencia de unas convicciones de la persona que hagan incompatible la comparencia ante el tribunal eclesiástico*". Invero, ha argomentato la Cassazione spagnola, la persona "*que ha contraído matrimonio canónico parece haber aceptado, en principio, los postulados confesionales que esta forma de contraer matrimonio supone, entre los cuales figura la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos, cuyos efectos civiles son*

³⁵ P. BELLINI, *Il diritto d'essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 24 e 239.



reconocidos con determinados límites por el Estado, para decidir acerca de la nulidad y de la separación, ma tale circostanza, ovviamente, no excluye la posibilidad de una mutación de dichas convicciones en la persona afectada que pueda ser relevante para justificar su incomparecencia ante dichos tribunales”³⁶.

Si tratta di un arresto di notevole rilievo³⁷, costituzionalmente orientato verso il rispetto dei diritti inviolabili della persona, foriero di applicazioni analoghe nella giurisprudenza italiana e finanche europea, magari nel quadro, recentemente dipinto dalle sezioni unite della Cassazione, della più sobria disponibilità ad accogliere le sentenze ecclesiastiche di nullità³⁸.

4 – Arbitrato e globalizzazione

L’arbitrato sembra dunque poter fare da *trait d’union* tra *common law* e *civil law*: un diritto unificato grazie per un verso alla devoluzione di autonomia giurisdizionale ai gruppi cultural-religiosi e per altro verso alla risagomatura in più raccolte dimensioni del riconoscimento della efficacia civile dei prodotti di quella autonomia nei paesi in cui esso è previsto concordatarialemente.

Le probabilità di successo sembrano legate, tuttavia, alla sua coincidenza con il generale *trend* a livello mondiale, innescato dal processo di globalizzazione. Invero, il sistema westfaliano è entrato in crisi con la globalizzazione, la quale come spezza la separatezza e l’autoreferenzialità delle culture, avviando relazioni interculturali che attraversano Stati e nazioni, così mina alla base la gerarchia e la competenza delle fonti, non più riconducibili interamente, e forse neppure prevalentemente, a quelle statuali.

Oggi nessuno descriverebbe il sistema delle fonti del diritto citando solo l’art. 1 delle preleggi (“sono fonti del diritto le leggi, i regolamenti e gli usi”) ed aggiungendovi la Costituzione. L’ordine dello Stato è invaso da fonti sovranazionali, neppure bisognevoli di ratifica, o

³⁶ Tribunal Supremo spagnolo 24 ottobre 2007, n. 1084, in *Buletin de actualidad de derecho civil*, 3 marzo 2008.

³⁷ Vi richiama giustamente l’attenzione, scrutinandone appunto le valenze comparatistiche, S. FIORENTINO, *L’efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche contumaciali in materia matrimoniale nell’ordinamento spagnolo: spunti microcomparativi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), di prossima pubblicazione in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2009, n. 3.

³⁸ Cass. civ., sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809, commentata da F. ALICINO, *Delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità e i limiti di ordine pubblico Interno: le ultime indicazioni delle Sezioni Unite*, in corso di pubblicazione in *Il Diritto ecclesiastico*, 2008, n. 1-2.



transnazionali, come la *lex mercatoria* o la *lex sportiva*, che formano un “reticolo normativo planetario fittissimo”³⁹.

Questo passaggio dalla piramide alla rete⁴⁰ – sulle cui possibili ricadute ecclesiasticistiche, e perciò il rammarico per la sua scomparsa è ancora maggiore, Edoardo Dieni andava abbozzando le sue ultime riflessioni⁴¹ – non va, prima ancora di diffondersi e di consolidarsi, generalizzato e mitizzato⁴² anche perché in vista non c’è alcuna sostituzione ma semmai un’ibridazione dei due paradigmi. Certo però esso porta acqua al mulino della globalizzazione, che così sparge tolleranza verso altri ordinamenti, per quanto quelli statali conservino la funzione di irrefragabili punti di riferimento, rappresentandone il necessario punto di appoggio e di concretamento⁴³.

Il diritto positivo ammette ormai, infatti, l’utilizzazione, quanto meno ai fini della interpretazione del diritto positivo statuale, della *soft law*. Con questa espressione si intendono quei principi o regole, che, pur non avendo neppure forza di legge, si prevede che, tuttavia, la otterranno (si pensi alla convenzione di Nizza o alla “costituzione europea”) o che, pur rimanendo nel campo etico o sociale o cultural-religioso, tuttavia guidano il comportamento dei soggetti appartenenti a quegli ambiti sociali e, talvolta, vengono richiamati anche in testi legislativi (come i codici etici o di autodisciplina⁴⁴).

La globalizzazione si ripercuote (sull’economia, sulla finanza, sulla stessa cultura e anche) sulle fonti di produzione del diritto⁴⁵, indebolendone la forza in due sensi: per un verso con una uniformazione a livello mondiale, con conseguente deterritorializzazione dei rapporti

³⁹ L. BONANATE, *La politica internazionale tra terrorismo e guerra*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 7.

⁴⁰ F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseaux? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint Louis, 2002, spec. pp. 15 e 22.

⁴¹ Cfr. l’opera postuma di E. DIENI, *Diritto & religione vs. “nuovi” paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, a cura di A. Albisetti, G. Casascelli, N. Marchei, Milano, Giuffrè, 2008, in particolare pp. 112 ss.

⁴² È il pericolo, corso a suo tempo dallo Stato, su cui richiama l’attenzione S. CASSESE, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in *L’Europa delle reti*, a cura di A. Predieri e M. Morisi, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 43 ss., ora in **ID.**, *Lo spazio giuridico globale*, Roma – Bari, Laterza, 2003, p. 21.

⁴³ In tal senso N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, pp. 631 ss.

⁴⁴ Cfr. per la sua specialità il codice deontologico relativo al trattamento dei dati personali nell’esercizio dell’attività giornalistica ai sensi dell’art. 25 della legge 31 dicembre 1996, n. 675.

⁴⁵ Cfr. la sintesi magistrale di A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2008.



giuridici e loro assoggettamento a fonti extrastatali; per altro verso, con una riterritorializzazione delle identità di gruppo.

Questo processo, che i sociologi tendono a definire con l'ossimoro *glo-cal*, interessa anche i diritti religiosi, che si vedono ridischiudere l'ingresso nell'ordinamento statale attraverso il corridoio aperto dalla *soft law*. Non sono fonti del diritto in senso stretto o per rinvio formale ma neppure sono più distinti e distanti come nel sistema a sovranità statale esclusiva. Concorrono con altre regole a definire l'opportunità e le modalità di esercizio della funzione legislativa e all'interpretazione, anche giudiziaria, dei principi dell'ordinamento giuridico. Nei confronti dei diritti religiosi la globalizzazione sta svolgendo una funzione analoga a quella dello Stato sociale a riguardo del finanziamento delle confessioni, che, escluso formalmente dal separatismo, è tornato ad essere sostanzialmente ammesso grazie all'irruzione dello stato sociale e promozionale: analogamente, il diritto canonico, espunto in quanto ordinamento giuridico non territoriale dalle fonti statuali del diritto grazie alla laicità, ha ora la possibilità di ritornarvi di fatto sotto forma di *soft law*.

Ma gli effetti della globalizzazione non si esauriscono nel rendere il diritto sostanziale flessibile ed aperto ad interferenze e correzioni da parte degli ordinamenti esterni in quanto essi si estendono al piano processuale consentendo un arbitraggio tra i vari statuti – uno *shopping trip*⁴⁶ non diverso da quello che avviene a livello internazionale – alla ricerca di quello più conveniente. Lo strumento processuale è appunto l'arbitrato. Come l'ordinamento giuridico globale nei confronti degli ordinamenti singolari (quelli statali) così l'ordinamento statale funziona da ordinamento comune, cioè da regolatore dei criteri di "apertura laterale"⁴⁷ agli ordinamenti singolari (in ipotesi, cultural-religiosi), cui appartengano gli arbitri scelti dalle parti.

5 – Secolarizzazione e interposizioni religiose

Per una sia pur sommaria *duty diligence* della "finestra" che il ricorso all'arbitrato potrebbe aprire nel diritto matrimoniale civile occorre fare un'avvertenza sull'accezione con cui si usa il termine "secolarizzazione",

⁴⁶ L'espressione è di C.M. TIEBOUT, *A Pure theory of Local Expenditures*, in *Journal of Political Economy*, 1956, n. 64, p. 424: uno studio precursore sulla *regulatory competition* in materia di consumi.

⁴⁷ S. CASSESE, *op. cit.*, p. 19. Cfr. ID., *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, pp. 609 ss.



che compare nel tema: invero, come da anni sottolinea Habermas, è un'esigenza quella di aver ben chiaro "il significato della secolarizzazione nella nostra società postsecolare"⁴⁸.

Oggi le istanze religiose non sono oscurate dalla secolarizzazione, secondo il quadro molto immaginifico che si dipingeva quarant'anni fa, ma sono ben presenti e visibili nella nostra società: la "religione invisibile", diagnosticata in un primo momento come coesistente alla secolarizzazione⁴⁹, persiste al livello di alcuni gruppi di credenti ma il panorama occidentale è occupato da religioni visibilissime⁵⁰. La "città secolare" di Harvey Cox⁵¹ s'è rivelata, in fondo, un'utile e acuta narrazione ma, storicamente, non più che un momento dialettico nell'Occidente europeo e nordamericano, al punto che si parla senz'altro del "futuro del passato religioso"⁵².

Si tratta, infatti, del primo manifestarsi della secolarizzazione (in stretta connessione con il "disincanto" prodotto dalla modernità, per cui la fede ormai sarebbe quasi un "sacrificio dell'intelletto"⁵³): quello secondo cui - mutuando dalla ponderosa ricerca di Charles Taylor, ora tradotta in italiano - la religione si ritrae dallo spazio pubblico (primo modello) o, anche, regredisce come credenza o pratica (secondo modello).

Ma il momento presente mostra un terzo modello di secolarizzazione, quello che, "strettamente connesso al secondo e non slegato dal primo", consiste nella transizione "da una società in cui era virtualmente impossibile non credere in Dio a una in cui la fede, anche per il credente più devoto, è solo una possibilità umana fra le altre"⁵⁴. Queste condizioni della credenza nella nostra epoca rientrano in uno scenario contrassegnato (nient'affatto da una scomparsa o privatizzazione o invisibilità della religione, ma) da un inedito

⁴⁸ J. HABERMAS, *Fede e sapere*, in *MicroMega*, 2001, n. 5, p. 9.

⁴⁹ T. LUCKMANN, *Fine della religione istituzionale e religione invisibile*, in *La secolarizzazione*, a cura di S.S. Acquaviva, G. Guizzardi, Bologna, il Mulino, 1973, pp. 133.

⁵⁰ J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 20 ss.

⁵¹ H.G. COX, *La città secolare*, Firenze, Vallecchi, 1968.

⁵² C. TAYLOR, *The future of the Religious Past*, in *Religion: Beyond a concept*, ed. by H. de Vries, New York, Fordham University Press, 2008, pp. 178 ss.

⁵³ M. WEBER, *La scienza come professione*, in *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1948, p. 42, al riguardo, si direbbe, irridente: "A chi non sia in grado di affrontare virilmente questo destino della nostra epoca bisogna consigliare di tornare in silenzio (...) nelle braccia delle antiche Chiese, largamente e misericordiosamente aperte".

⁵⁴ C. TAYLOR, *L'età secolare*, a cura di P. Costa, Milano, Feltrinelli, 2009, pp. 29, 13 e 14.



pluralismo di posizioni religiose, non religiose, agnostiche e antireligiose, che spesso si combinano tra di loro dando luogo a possibilità illimitate di posizioni caratterizzate per ciò stesso da una “grandissima fragilizzazione reciproca”⁵⁵.

Questo terzo modello di secolarizzazione spiega come il processo di crescita dell’orizzonte globalista⁵⁶, come argomentatamente sostengono i sociologi, sia caratterizzato anche da domande e concessioni di un riconoscimento pubblico delle religioni: le quali – assumendo la non negoziabilità dei loro valori, siccome asseritamente di diritto naturale (o addirittura “rivelato”) - tendono anzi ad influenzare con i loro diritti tutto il diritto statale, cioè a conformare il diritto di tutti al diritto dei fedeli, compromettendo la laicità dello Stato⁵⁷. Avuto riguardo a questo fenomeno, come, all’auge del favore incontrato dal primo modello della secolarizzazione, si poteva parlare di post-confessionismo⁵⁸, ora si può parlare nondimeno di post-secolarizzazione⁵⁹.

In questa situazione la soluzione arbitraria potrebbe apparire addirittura un buon compromesso: le religioni operano un *self-restraint*, ritornano nel proprio alveo e almeno frenano questa tendenza deleteria per il pluralismo e la laicità, ottenendo in cambio dallo Stato il riconoscimento dell’efficacia civile del loro diritto, sostanziale e processuale, in alcune materie limitatamente ai propri fedeli (o, ma sarebbe un’estensione ingiustificabile anche, in generale, a chi voglia avvalersene). Come ha detto il rev. Williams il *rule of law* é, infatti, “*the establishing of a space accessibile to everyon in which it is possibile to affirm and defende a commitment to human dignity*”. L’autonomia della giurisdizione dei gruppi cultural-religiosi potrebbe sembrare a questo punto una soluzione analoga, anche se spinta all’estremo, a quella del “promuovere e pretendere”, che caratterizza alcune politiche immigratorie come quella tedesca (*Fördern und Fordern*)⁶⁰.

Naturalmente, non avrebbero ingresso nel diritto dello stato quelle decisioni capaci di offendere, sia pure *ratione religionis* e per effetto

⁵⁵ *Ibidem*, p. 551, 960 e *passim*.

⁵⁶ Sul punto v. U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città aperta, 2002, pp. 18 ss., e pp. 100 ss.

⁵⁷ Cfr. N. COLAIANNI, *La laicità tra Costituzione e globalizzazione*, in *La Costituzione repubblicana. I principi, le libertà, le buone ragioni*, a cura di A. Caputo e L. Pepino, Milano, FrancoAngeli, 2009, pp. 113 ss.

⁵⁸ Cfr. G. CASUSCELLI, *Post-confessionismo e transizione. I problemi del diritto ecclesiastico nella attuale esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1984.

⁵⁹ Per es. E. GALEOTTI, *Ma c’è laicità e laicità*, in *Reset*, 2007, n. 104, pp. 21 ss.

⁶⁰ Cfr. la legge sulla cittadinanza del 15 luglio 1999 e quella sull’immigrazione (soggiorno e corso di integrazione per stranieri) del 30 luglio 2004.



della volontà delle parti, quel ristretto numero di beni, che lo Stato tutela penalmente: sul punto, come sottolinea Lord Phillips criticando le amplificazioni indebite della lezione di Williams, questi era stato chiaro: *some subsidiary Sharia jurisdiction could not have the power to deny access to rights granted to other citizens or to punish its members for claiming those rights*". Ed in effetti nessuno può dubitare dei limiti impliciti alla rilevanza civile della *Shari'a* negli ordinamenti occidentali (Williams fa riferimento esplicito alla pena prevista per l'apostasia del convertito), ancorché non ci si debba nascondere che, laddove ci si è incamminati lungo questi sentieri, è apparso sempre più difficile imporre dei limiti: e, infatti, la tolleranza si spinge fino ad ammettere le *cultural defenses*, come dimostra la giurisprudenza americana ed europea⁶¹.

Come lascia intendere questa appena accennata escursione nel diritto penale, il costo dell'intera operazione è in effetti altissimo, più alto di quello della globalizzazione del diritto commerciale e societario. Già in generale, invero, l'indebolimento della superiorità dello Stato e delle sue fonti di produzione modella sempre più il diritto anziché nelle forme pubbliche, generali ed astratte, della legge, in quelle private del contratto⁶²: questo vuoto di diritto pubblico è "segno di un primato incontrastato dell'economia sulla politica e del mercato sulla sfera pubblica"⁶³, per cui ai principi di eguaglianza e di pari tutela dei diritti fondamentali proclamati nelle Costituzioni fa riscontro nei fatti un aumento indiscriminato delle diseguaglianze e delle divaricazioni di tutela di quei diritti.

L'effetto di privatizzazione della giustizia, che è tipico dell'arbitrato, impatta duramente sul diritto di famiglia, che è soggetto a regole pubblicistiche e di ordine pubblico, e conseguirebbe ad un atto di scelta apparentemente volontario ma sostanzialmente obbligatorio, escluso dalla Corte costituzionale in quanto «il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti: perché solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, comma primo, Cost.) può

⁶¹ Cfr. per la giurisprudenza europea F. BASILE *Immigrazione e reati "culturalmente motivati": il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, CUEM, 2008, pp. 155 ss., e per quella americana ID., *Diritto penale e multiculturalismo: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell'ordinamento statunitense*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it). Si può v. anche per un particolare profilo N. COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà di religione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, n. 2.

⁶² M.T. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2000, pp. 211 ss.

⁶³ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Bari-Roma, Laterza, 2007, II, p. 82.



derogare al precetto contenuto nell'art. 102, comma primo, Cost. [...], sicché la "fonte" dell'arbitrato non può più ricercarsi e porsi in una legge ordinaria o, più generalmente, in una volontà autoritativa»⁶⁴.

Nel caso di soggetti religiosi sarebbe imprudente trascurare che c'è appunto una fonte autoritativa, dotata di potere di magistero e giurisdizione all'interno delle confessioni che fa obbligo alle parti di sottoporre le controversie in determinate materie ai tribunali religiosi⁶⁵. Certo, i fedeli possono anche disobbedire ma non sempre – almeno nelle confessioni che non prevedono pene in definitiva⁶⁶ solo spirituali, come nelle chiese cristiane e nell'ebraismo, ma anche temporali – impunemente. L'agire sotto il timore di sanzioni, sia pure nella forma "sociale" dell'esclusione o dell'emarginazione dal gruppo, comporterebbe una lesione di fatto dei soggetti più deboli dei rapporti coniugali e familiari: nell'Islam, della moglie e dei figli, soggetti alla potestà maritale e genitoriale del capo della famiglia.

Sono state valutazioni del genere, al netto della "paura dell'altro", che sempre al riguardo riempie il dibattito pubblico, ad aver impressionato l'opinione pubblica inglese e perfino quella – ancor più incline alle politiche multiculturaliste – canadese: al punto che il riconoscimento delle decisioni dei tribunali sharaitici, ancorché autorevolmente ritenuto ammissibile dall'ex *Attorney General* incaricato dal Governo, non è stato concesso ed il premier dell'Ontario ha anzi annunciato che anche gli altri gruppi religiosi dovranno adeguarsi a tale decisione.

6 – Sul retroterra multiculturalista

Ridotto ai minimi termini, quindi, il ricorso all'arbitrato come giurisdizione liberamente attingibile dalla volontà delle parti in questo campo espone a forte rischio la tutela dei diritti fondamentali. La surrettizia iniezione, in dose non distante da quella di diritto dei mercati, di diritti religiosi nella legge dello stato si risolve in una regressione nel

⁶⁴ Corte cost. 8 giugno 2005, n. 221, che riprende testualmente Corte cost. 14 luglio 1977, n. 127, ed altre sentenze nel frattempo emanate.

⁶⁵ La competenza di quelli ecclesiastici in materia matrimoniale – validità, nullità, separazione, divorzio - è affermata dal can 1671 ss. c.i.c.: *causae matrimoniales baptizatorum iure proprio ad iudicem ecclesiasticum spectant*.

⁶⁶ Sulla inevitabile, in caso di mancanza del "concorso volitivo del *patiens* (...), trasfigurazione della sanzione prelatizia" da materiale in spirituale v. per tutti P. BELLINI, *Del primato del dovere. Introduzione critica allo studio dell'ordinamento generale della Chiesa cristiana cattolica*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004, pp. 572 s.



premoderno: rilancia le religioni come fattori di identità e di legittimazione (nel che consiste l'effetto principale della postsecolarizzazione), come fonti del diritto "altre" con cui dover confrontare, se non contrattualizzare, le decisioni dello Stato prima di assumere quella finale, come consuetudine che si affianca alle leggi civili e ne diventa *optima legum interpres*. Il che provoca l'effetto di una nuova confusione invece della separazione tra diritto e morale o religione con la messa in questione delle connesse garanzie di certezza, eguaglianza ed universalità dei diritti.

Questo è il punto di maggior contrasto tra i sistemi inclini a risolvere i problemi posti dalle società multiculturali mediante l'ideologia multiculturalista⁶⁷ e quelli, come il nostro, improntati ad un principio supremo, non modificabile o comprimibile neppure con procedimento di revisione costituzionale, come la laicità⁶⁸.

La posizione del rev. Williams si iscrive sostanzialmente nel paradigma differenzial-multiculturalista contro quello universal-monoculturalista. L'idolo polemico è, infatti, il "*systematic abstract universalism*", la *priority*, attualmente attribuita dal *rule of law*, alla "*universal/abstract dimension of social existence*", che finisce per confinare nel "*private*" le "*important springs of moral vision (...) in religion above all, but also in custom and habit*". In tal modo il "*legal universalism, when divorced from a serious theoretical (and, I would argue, religious) underpinning, can turn into a positivism as sterile as any other variety*".

Si ode l'eco, nel ricco apparato dottrinale, dell'impostazione walzeriana, richiamata all'inizio: le relazioni umane significative sono caratterizzate da elementi "spessi" (*thick*), che perciò non sono suscettibili di essere sacrificati sull'altare dell'unidimensionalità del diritto statale: questo deve attestarsi su una moralità "minima", sottile (*thin*), che non significa "neutra" ma solo "designa alcune forme reiterate di specifiche morali spese"⁶⁹. Ed un'eco s'è avuta anche in questo convegno attraverso la suggestiva relazione di Werner Menski, in continuità con una impostazione che ai comunitaristi sembra di

⁶⁷ La distinzione tra i due concetti, com'è noto, è di Z. Bauman, *Voglia di comunità*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 120 ss.

⁶⁸ Corte cost. 15 dicembre 1988, n. 1146. Cfr. N. COLAIANNI, *La laicità tra Costituzione e globalizzazione*, cit., pp. 113 ss.

⁶⁹ M. WALZER, *op. cit.*, p. 22, che aggiunge: "il minimum non è l'essenza fondante del massimo, bensì solo un suo pezzo. Il valore del minimalismo sta negli incontri che facilita, dei quali esso è anche il prodotto" (p. 30); Cfr. ID., *Pensare politicamente. Saggi teorici*, Roma-Bari, Laterza, 2009.



“dichiarata e consapevole apertura al pluralismo” a fronte della quale lo Stato si nasconderebbe “dietro il tecnicismo del linguaggio giuridico”⁷⁰.

Sul banco degli imputati finisce, dunque, a causa della sua supposta essenza assimilazionista l’universalismo dei diritti (e della laicità): è falso, esprime una particolare cultura, quella occidentale e positivista, che con una più raffinata forma di imperialismo o di colonialismo (culturale) si vuole imporre anche a chi appartiene a culture altre⁷¹. Le culture sono incommensurabili – si sostiene - ed è insensato giudicare inaccettabile l’una dal punto di vista dell’altra, sono tutte legittime e ne va garantita la convivenza. La “ideologia europea”⁷², quella del *homo europaeus* che rappresenta l’Umanità intera è una cultura olistica a sua volta, che non ha maggiore dignità e non può pretendere maggiore rispetto dei particolarismi comunitari e delle altre culture olistiche e, quindi, non può essere imposta a chi fa riferimento a queste diverse culture.

Certo, non si può negare il legame tra universalismo dei diritti e cultura occidentale. Sicuramente non è un espediente retorico l’interrogativo, con cui Max Weber apre *l’Etica protestante e lo spirito del capitalismo*: “per quale concatenazione di circostanze, proprio qui, in terra d’Occidente, e soltanto qui, si sono prodotti dei fenomeni culturali i quali – almeno come ci piace raffigurarceli – si sono trovati in una direttrice di sviluppo di significato e di validità *universali*?”⁷³.

Ma qui è sufficiente osservare che per la tenuta dei diritti umani universali non è necessaria la condivisione anche delle culture, da cui sono nati, da parte della maggioranza dei consociati. Se così fosse, laicità e diritti fondamentali trarrebbero la loro legittimità dall’essere diritti della maggioranza, suscettibili di essere cancellati se questa diventasse minoranza, mentre invece essi sono diritti, come s’è detto, contro la maggioranza, di chi è al momento senza potere contro le prevaricazioni della maggioranza. Proprio il diritto di libertà di religione è in proposito istruttivo, in quanto si è affermato benché non condiviso dalla maggioranza dei consociati (cattolici o protestanti, secondo gli Stati): l’editto di Nantes del 1598, con cui in deroga alla regola *cuius regio eius et*

⁷⁰ W. MENSKI, *Diritto matrimoniale inglese e legge musulmana*, in *Islam in Europa / Islam in Italia*, cit., p. 142.

⁷¹ Cfr. L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell’universalismo*, Roma, Carocci, 1999, e anche per altri richiami di dottrina D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 106 ss.

⁷² Con N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Torino, Einaudi, 1999, p. 614.

⁷³ M. WEBER, *Osservazioni preliminari a L’etica protestante e lo spirito del capitalismo*, in Id. *Sociologia delle religioni*, I, Torino, Utet, 1976, p. 89.



religio stabilita con la pace di Augusta (1555), fu concesso da Enrico IV il libero esercizio del culto fuori Parigi agli ugonotti, non era certo condiviso dalla maggioranza cattolica dei francesi, per cui gli ugonotti erano solo degli eretici.

E altrettanto istruttiva è la vicenda della costruzione europea, che stiamo vivendo. Se i diritti fondamentali traessero la loro legittimità dalla condivisione dei popoli europei la carta di Nizza, elaborata da una Convenzione “anomala” e approvata dai governi, che ne hanno stabilito ora la cogenza nel trattato di Lisbona, potrebbe andare incontro al rifiuto o almeno alla sospensione del giudizio e dell’osservanza di non irrilevanti settori delle popolazioni.⁷⁴

Liberata da pregiudizi geoculturali, la questione va piuttosto affrontata nel merito. Su questo piano il pregio della tesi multiculturalista e relativista è nel rispetto dell’identità culturale dell’altro. Il difetto è lo strisciante comunitarismo, che diventa l’unica effettiva garanzia dell’effettività di quel rispetto: per cui si trova difficoltà - come s’è detto, perfino nel settore della persecuzione penale - a porre un limite alla tolleranza.

La soluzione sarebbe nondimeno inevitabile se davvero fosse fondato il pregiudizio che ne è alla base: che l’universalismo, cioè, non consente all’eguaglianza margini di rispetto significativo ed apprezzabile delle differenze. Ma si tratta di un postulato indimostrato almeno nella sua essenzialità e nella generalità dei casi. In tesi l’universalismo non solo è compatibile con il rispetto delle differenze ma rappresenta anche l’effettiva garanzia delle differenze individuali, a cominciare da quella primordiale del genere per finire ad ogni condizione personale e sociale. Si può parlare, riprendendo la definizione data da Pier Cesare Bori alla tesi svolta nella celebre *Oratio de hominis dignitate* da Pico della Mirandola, di un “universalismo pluralistico”⁷⁵: cioè, un universale basato sulla differenza, che non si risolve in un comune denominatore che le appiattisce e le fa scomparire, ma piuttosto le assume ma evita che si risolvano a loro volta in identità culturali, intese nel senso essenzialistico che appiattisce l’individuo che ad esse appartiene⁷⁶.

⁷⁴ L. FERRAJOLI, *Uguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea*, in *Il principio di eguaglianza nella Costituzione europea. Diritti fondamentali e rispetto delle diversità*, a cura di A. Galasso, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 15 ss.

⁷⁵ P.C. BORI, *Pluralità delle vie. Alle origini del Discorso sulla dignità umana di Pico della Mirandola*, Milano, Feltrinelli, 2000, pp. 94 ss.

⁷⁶ Programmaticamente in questo senso l’ultima ricerca di G. MARRAMAO, *La passione del presente. Breve lessico della modernità-mondo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, pp. 37 ss. e *passim*.



Tutto sta, naturalmente, nel non cadere nell'equivoco che si rinviene al fondo della critica all'universalismo dei diritti: inteso – erroneamente o fuorviamente - in senso assiologico o sociologico invece che, semplicemente, logico-giuridico⁷⁷. Non si tratta, cioè, di valori oggettivi, razionali, auto evidenti (si tratterebbe di una ricaduta nella confusione tra etica e diritto), né di valori condivisi da tutti (e perciò solo divenuti universali), bensì di diritti riconosciuti a tutti in quanto persone o cittadini, *urbi et orbi*, agli europei-occidentali come agli asiatici, agli africani, a tutti.

Piuttosto e al contrario, il carattere rispettoso della impostazione giuridica multiculturalista è solo apparente giacché essa, trasferendo il principio di eguaglianza dal piano degli individui (*tutti* sono eguali: art. 3 Cost.) a quello delle culture (*tutte* sono eguali)⁷⁸, lungi dal rispettare i singoli individui rispetta le singole culture e solo mediatamente gli individui che vi abbiano parte. Nell'odierna pluralità del Sé⁷⁹ di ogni individuo a ricevere tutela è il "sé poroso", quello permeato dal mondo incantato della comunità di appartenenza, e non il "sé schermato", quello capace di dare alla propria vita il suo ordine autonomo, che è proprio della modernità e della secolarizzazione⁸⁰.

Non si riesce perciò, seguendo tale impostazione, a trovare ragione per difendere quei valori, certo anche individuali⁸¹, ma stabiliti dal potere costituente a garanzia dei diritti fondamentali *contro* i nuovi principi rappresentati dalle comunità cultural-religiose e dalle formazioni sociali in genere (nonché, ovviamente, contro le stesse maggioranze democraticamente elette)⁸²: è il diritto all'*indifferenza* (propria, della comunità statale, dei poteri pubblici), che costituisce

⁷⁷ Si può vedere per tutti L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., pp. 58 ss., e l'ampia letteratura ivi citata (nota 62, pp. 129-130).

⁷⁸ Cfr. G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei*, Milano, Rizzoli, 2000, *passim*.

⁷⁹ J. ELSTER, *The Multiple Self*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, tr. it. *L'io multiplo*, Milano, Feltrinelli, 1991, p. 9.

⁸⁰ La distinzione tra "sé poroso" e "sé schermato" si deve a TAYLOR, *L'età secolare*, cit., pp. 54-61, 382 s., 67 s.

⁸¹ Il che appunto li rafforza come «rimedio contro la tirannia» di culture diverse, non solo occidentali, secondo M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano 2003., p. 77. Cfr. anche C. CARDIA, *Genesis dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 193 ss.

⁸² È il "campo dei *contro-poteri*", come scrive L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, p. 954, o della "costituzione bilanciata" ("sistema dei limiti e delle garanzie al dominio politico delle maggioranze"), secondo M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, il Mulino, 1998, p. 36.



l'altra faccia del diritto alla *differenza* garantito agli altri⁸³ (le comunità particolari, etniche, culturali, religiose).

7 – Sul retroterra multiculturalista

Quale visione della società sta allora dietro le proposte di accomodamento multiculturalista dei bisogni religiosi nelle società multiculturali dell'Occidente?

Domanda scorretta per chi positivisticamente ritiene che il diritto si risolva – si debba risolvere – nell'applicazione di formule legislative e nell'introduzione o importazione di nuove tecniche legislative esclusivamente alla stregua della loro verificata o probabile efficacia o funzionalità. Inutile, e anzi fuorviante, il giudizio sulla loro finalità: perché, nichilisticamente, "non c'è un "dove", a cui si diriga la macchina produttrice di norme: basta che essa funzioni, e soddisfi il bisogno della più imprevedibile casualità"⁸⁴, perché "non ci sono contenuti inammissibili, rispetto ai quali la procedura si rifiuti di funzionare"⁸⁵.

Ma, perciò appunto, domanda cruciale se si vuol conservare un senso di marcia nell'età della tecnica in cui l'etica tende a diventare patetica⁸⁶, perché si tratta di un'età afinalistica, in cui i fini sono rappresentati dai mezzi e le norme non sono appunto mezzo al fine ma si autogiustificano, in quanto espressione di una "autosufficienza della volontà normativa, , la quale non deve rispondere ad alcuno fuori di sé o sopra di sé"⁸⁷.

Non può sfuggire che l'approdo coerente di quella visione è, evidentemente, la "città lagunare", in cui ogni isolotto celebra l'assolutizzazione dello specifico comunitario, senza considerare che ogni cultura – come anche ogni individuo – non solo presenta differenze notevoli al proprio interno, ma è attraversata anche da dissensi normativi e conflitti di valore⁸⁸. Il rischio allora è quello di fare delle culture un mosaico di comunità reciprocamente impenetrabili:

⁸³ Cfr. F. CONSTANT, *Le multiculturalisme*, Paris, Flammarion, 2000, pp. 89-94, cit. in BAUMAN, *Voglia di comunità*, cit., p. 131.

⁸⁴ N. IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, pp. 1161 s. Jaspers e Galimberti

⁸⁵ N. Irti, che parla di "nomo-dotti", la cui "disponibilità ad accogliere qualsiasi contenuto è indifferenza verso tutti i contenuti": in N. IRTI - E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 45 s.

⁸⁶ U. GALIMBERTI, *Il tramonto dell'Occidente nella lettura di Heidegger e Jaspers*, Milano, Feltrinelli, 2005, pp. 274 ss.

⁸⁷ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 27.

⁸⁸ Cfr. G. MARRAMAO, *op. cit.*, pp. 77 ss, 183.



ancorchè, nella visione di Williams, il compito della “*secular*” law sia quello di “*to prevent the creation of mutually isolated communities in which human liberties are seen in incompatible ways and individual persons are subjected to restraints or injustices for which there is no public redress*”.

L'impostazione è teoricamente diversa da quella radicale dei «diritti differenziati in funzione dell'appartenenza di gruppo»⁸⁹, che finisce per andare esente da un sindacato svolto in nome della sovranità giuridica⁹⁰. Ma praticamente sottovaluta il rischio connesso al ricorso alla giustizia statale da parte dell'individuo ribelle, che si converte ad altra religione o comunque non si sottomette volontariamente alla giurisdizione comunitaria o confessionale, voluta nel caso dall'altro coniuge. Non si sfugge al rilievo che, proprio per prevenire così il rischio di comunità sopraffattrici come di sanzioni più o meno striscianti o subdole, è necessaria la tutela dei diritti fondamentali: per impedire che i diritti dei più deboli diventino diritti deboli.

D'altro canto, nel mondo *glo-calizzato* si assiste, secondo la suggestiva immagine di Arjun Appadurai, ad una “reciproca cannibalizzazione” di “due concetti gemelli, figli dell'Illuminismo: l'universale trionfante e il particolare irriducibile”⁹¹.

La cecità dell'universalismo omologante è risaputa. Essa si esprime in una laicità escludente, secondo il modello francese - in cui “non la libertà religiosa dell'individuo, ma la fedeltà del cittadino alla nazione diventava il valore supremo”⁹² - di fatto annaspante nella società multiculturale. Da seguire con attenzione, per la svolta che potrebbe imprimere alla legislazione, è il passaggio del discorso del presidente francese Sarkozy del 20 dicembre 2007 nella basilica di San Giovanni in Laterano, in cui egli ha auspicato “l'avvento di una laicità positiva, cioè una laicità che, pur vegliando alla libertà di pensare, a quella di credere o non credere, non considera che le religioni sono un pericolo, ma piuttosto un punto a favore”⁹³.

Ma, all'opposto, l'esaltazione del particolare, della sua irriducibilità, rischia di annullare la secolarizzazione nel suo significato

⁸⁹ W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, il Mulino, 1999, pp. 48 ss.

⁹⁰ Cfr. la critica all'approccio generale di Kymlicka di Z. BAUMAN, *Intervista sull'identità*, a cura di B. Vecchi, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 77, e da B.S. TURNER, *Cittadinanza, multiculturalismo e pluralismo giuridico: diritti culturali e teoria del riconoscimento critico*, in *Postfilosofie*, 2005, p. 79.

⁹¹ A. APPADURAI, *Modernità in polvere*, Roma, Meltemi, 2001, p. 64.

⁹² P. ROSSI, *Laicità in crisi?*, in A. RONCAGLIA, P. ROSSI, M.L. SALVADORI, *Libertà, giustizia, laicità. In ricordo di Paolo Sylos Labini*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 66 ss.

⁹³ Reperibile in *www.gliscritti.it*: lo commenta M. D'ARIENZO, *La laicità francese secondo Nicolas Sarkozy*, in *Diritto e Religioni*, 2008, n. 2, pp. 257 ss.



minimale – e duraturo, anche in tempi di post-secolarizzazione - di distinzione tra diritto e morale, tra religione e stato. Dare sulle materie eticamente sensibili – sia pure attraverso strumenti apparentemente volontaristici, come l'arbitrato - l'ultima parola alle religioni, cioè al massimo dell'identificazione simbolica, significa (presumere di e/o ambire a) colmare il vuoto della politica – l'incapacità di tradurre in legislazione coerente il programma costituzionale – appaltando alle religioni la gestione delle risorse di senso.

Si tratta allora, per usare una suggestiva espressione, di «disporci a scrivere con una mano la parola “universalità”, con l'altra la parola “differenza”», resistendo alla “tentazione di scrivere entrambe le parole con una mano sola. Poiché sarebbe in ogni caso la mano sbagliata”⁹⁴. Questa tentazione è forte nelle società multiculturali. Le due vie d'uscita dal dilemma tra diritti alla differenza cultural-religiosa e diritti umani universali sono infatti unilaterali. In un caso la sovranità dello stato è esigente al massimo e non tollera una giurisdizione estranea e frammentata tra vari ordinamenti comunitari; nell'altro, invece, si assiste ad una traslazione parziale della giurisdizione ai soggetti comunitari o comunque una «amministrazione congiunta», consistente «nell'instaurarsi di più di un insieme di criteri, i quali disciplinerebbero congiuntamente una materia sociale controversa o avrebbero in essa il medesimo peso»⁹⁵.

8 – *Incursus*: Kelsen e la Corte costituzionale austriaca

Nel campo del diritto matrimoniale e di famiglia il contrasto *Ius commune vs. Iura singularia* si fa particolarmente evidente.

Da un lato, la resa delle autorità sociali di un tempo ha portato ad una giurisdizionalizzazione di quasi ogni aspetto della vita personale e familiare: è il *due process of law*, come ha osservato anni fa Alessandro Pizzorno⁹⁶, che ne rischia di annullare il dualismo che ha caratterizzato la storia della giustizia tra peccato e reato e di ridurre la norma ad una sola dimensione⁹⁷, quella giuridica dello Stato.

⁹⁴ G. MARRAMAIO, *op. cit.*, p. 186.

⁹⁵ A. SHACHAR, *The Puzzle of Interlocking Power Hierarchies: Sharing the Pieces of Jurisdictional Authority*, in *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, 2000, 35, 2, p. 424; si veda anche S. BENHABIB, *op. cit.*, pp. 170 ss.

⁹⁶ A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998, pp. 12 ss.

⁹⁷ Come dice P. PRODI, *op. cit.*, p. 12.



Scegliendo l'altra strada, però, la striscia di terreno che nel tempo ha congiunto l'isola della famiglia al continente del diritto tornerebbe ad essere gradualmente sommersa dalle acque del multiculturalismo e la famiglia (la convivenza, il rapporto tra genitori e figli) tornerebbe ad essere "un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto"⁹⁸. Varie isole, naturalmente, governate dai diritti cultural-religiosi, diversi e contrastanti tra loro. Si potrebbe ipotizzare, guardando agli estremi, che sullo stesso territorio il matrimonio tra cattolici sia civilmente efficace anche nella sua nota di indissolubilità, salvi i casi di dispensa e privilegio previsti dal diritto canonico, e che all'opposto quello tra ebrei o tra musulmani sia dissolubile *ad libitum* del marito⁹⁹. L'importante è che non si dia ingresso a quello che viene senza meno tacciato come "diritto contro la famiglia"¹⁰⁰: che sarebbe, secondo questa visione catastrofista, il diritto dello stato.

Storia non nuova, pur se implementata dalla diversità del contesto e delle coordinate politico-culturali, se si guarda al novecento e alla contrastata e non lineare affermazione dello stato costituzionale di diritto. In questa storia la disciplina matrimoniale ha rappresentato non di rado un momento involutivo. Un breve *incursus* lo può dimostrare: quello nella giovane repubblica austriaca nata dalla dissoluzione dell'impero asburgico, rapidamente traumatizzata dalla sostituzione della Corte costituzionale con una nuova, formata da giudici nominati direttamente del governo. Ad allarmare il governo austriaco fino ad indurlo all'epurazione fu proprio una giurisprudenza sulla disciplina dello scioglimento del vincolo matrimoniale, come racconta nei suoi scritti autobiografici Hans Kelsen, che di essa fu l'autore¹⁰¹.

Il *ius singulare* cattolico, recepito dal codice civile austriaco del 1811, prevedeva l'indissolubilità del matrimonio tra cattolici. Il *ius commune* imperiale, parimenti recepito dal codice, attribuiva altresì al

⁹⁸ A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1948, III, p. 57, ora in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, scelte e ordinate da L. Scavo Lombardo, Milano, Giuffrè, 1957, p. 241. Peraltro, dal contesto ("La famiglia è la rocca sull'onda, ed il granito che costituisce la sua base appartiene al mondo degli affetti, agl'istinti primi, alla morale, alla religione, non al mondo del diritto") si desume che Jemolo voleva sottolineare soltanto che a base della famiglia c'è altro che il diritto.

⁹⁹ Cfr. E. DIENI, *Appartenenza religiosa e diritti della donna: per una mappatura preliminare del campo d'indagine*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000, p. 226 ss.

¹⁰⁰ M. FIORIN, *La fabbrica dei divorzi. Il diritto contro la famiglia*, Milano, San Paolo, 2008.

¹⁰¹ H. KELSEN, *Scritti autobiografici*, a cura di M. Losano, Reggio Emilia, Diabasis, 2008, pp. 110 ss.



monarca – in concreto al suo *Statthalter* in ciascun *Land* - il potere di dispensa da impedimenti matrimoniali: compreso quindi, in assenza di specificazioni o eccezioni espresse, l'impedimento costituito dall'esistenza di un vincolo matrimoniale cattolico.

Di questa possibilità, riservata – ieri come oggi - “naturalmente soltanto a persone influenti”, si decise di fare più frequente uso da parte dell'amministrazione durante la nuova Repubblica in cambio della rinuncia dei partiti socialdemocratico e tedesco nazionale, che avevano la maggioranza parlamentare, a riformare il diritto matrimoniale sulla falsariga di quello tedesco, che prevedeva il matrimonio civile obbligatorio e la possibilità di sciogliere tutti i matrimoni, compresi quelli dei cattolici. Finchè, da un certo momento in poi, un tribunale – seguito poi da diversi altri – non dichiarò nullo un matrimonio celebrato sulla base della dispensa dall'impedimento di precedente matrimonio concessa dall'autorità amministrativa, con la motivazione che tra gli impedimenti dispensabili non poteva rientrare quello costituito da un matrimonio cattolico.

La questione fu affrontata dalla Corte sotto il profilo della competenza dei tribunali ordinari, che la Corte escluse sulla base dei precedenti giurisprudenziali a favore dei tribunali amministrativi (favorevoli all'interpretazione estensiva sottoposta a *revirement*). Però – nota amaramente Kelsen – “fu proprio questo atteggiamento conservatore (nel miglior senso della parola) della Corte, cioè il suo intervento dovuto a favore del diritto vigente e dell'autorità dello Stato fondata su questo stesso diritto a condurre al suo scioglimento”¹⁰².

9 – Esperienza italiana e prospettive

L'unitarietà o la settorialità, l'uniformità o la frammentarietà della disciplina del matrimonio e della famiglia sono sempre state, come si vede, e continuano ad essere un tema cruciale per la garanzia dei diritti fondamentali. Ma il pezzo di storia costituzionale ora evocato è molto significativo e di grande insegnamento anche nell'odierna società multiculturale: il riconoscimento agli effetti civili di matrimoni religiosi non può essere disgiunto dalla conservazione di una disciplina unitaria nel campo matrimoniale e familiare.

Più specificamente a me sembra che nulla davvero osti all'attribuzione di efficacia civile a matrimoni celebrati in forma religiosa o culturalmente orientata: siano pure celebrati secondo il rito islamico o

¹⁰² *Ibid.*, p. 119.



secondo il rito gitano o secondo un rito appositamente creato. Ovviamente, la forma essenziale non può essere che quella civile, ma nulla impedisce che su quella forma minimale l'ufficiale dello stato civile delegato possa innestare letture, gesti, riferimenti simbolici di carattere cultural-religioso. Occorre a tal fine che il celebrante venga scelto dai nubenti tra i cittadini italiani eleggibili a consigliere comunale, come prescritto dalla legge¹⁰³, che nutrono opzioni religiose o culturali consentanee a quelle dei nubenti (un imam, un rom, un agnostico, un ateo).

Quanto al matrimonio con rito islamico si può obiettare la confusione, che dal suo riconoscimento deriverebbe, tra il concetto di matrimonio religioso e quello di matrimonio poligamico. Ma la confusione si può evitare, seguendo la traccia sicura della giurisprudenza: in un parere del 7 giugno 1988 il Consiglio di Stato si pronunciò a favore della trascrivibilità in Italia dell'atto di matrimonio celebrato all'estero "secondo il rito islamico", ove non sussistano impedimenti inderogabili; e questo è anche il diritto vivente secondo la Cassazione¹⁰⁴. Che poi il matrimonio islamico possa essere foriero di poligamia rimane un fatto solo religiosamente rilevante, dal momento che per lo Stato il solo matrimonio valevole agli effetti civili non potrebbe che essere il primo. Ove, invece, abbia carattere poligamico, essendo il marito già sposato con altra donna (in Italia o all'estero), il matrimonio con rito islamico non potrebbe conseguire effetti civili e, non dissimilmente da matrimoni canonici per qualsivoglia motivo non trascritti, rileverebbe civilmente come una unione di fatto: la (seconda) moglie riceverebbe la tutela prevista dall'ordinamento, anche a livello penale (per esempio, in caso di maltrattamenti¹⁰⁵), così come anche i figli.

Ma non si può "accomodare" tutto, come del resto riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Corte suprema americana¹⁰⁶ perché ci sono anche "nonconstitutional accommodations"¹⁰⁷. E tali sono

¹⁰³ D.p.r. 3 novembre 2000, n. 396: "per la celebrazione del matrimonio le funzioni di ufficiale dello stato civile possono essere delegate anche (...) a cittadini italiani che hanno i requisiti per la elezione a consigliere comunale".

¹⁰⁴ Cass. civ., Sez. I, 2 marzo 1999, n. 1739.

¹⁰⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 13 novembre 1985, n. 1691.

¹⁰⁶ Emblematica la sentenza sul momento di silenzio all'inizio della giornata scolastica, per facilitare la meditazione o la preghiera, *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985), in *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, cit., pp. 1061 s. ed ivi altri riferimenti giurisprudenziali.

¹⁰⁷ Così per una serie di esenzioni legislative e fiscali, che rappresentano una "significant source of protection" della libertà religiosa, T.C. Berg, *Religious Structures under the Federal Constitution*, in *Religious Organizations in the United States. A Study of*



specificamente quelle che rispondono a bisogni religiosi – sostanzialmente delle obiezioni di coscienza¹⁰⁸ - della comunità e non della singola persona, che di essa faccia parte. Non bisogna dimenticare che, invece, a favore degli individui si trova adoperato per la prima volta (da Gorge Washington nella lettera indirizzata nel 1789 ai quaccheri¹⁰⁹) il termine *accomodate*.

L'efficacia civile della giurisdizione non risponde ad un'obiezione di coscienza del cittadino ma ad una rivendicazione identitaria del gruppo normatore. Deve allora prevalere il *compelling state interest* dell'eguaglianza dei cittadini senza distinzione di religione, che a mio avviso non consente di riconoscere l'efficacia civile delle giurisdizioni confessionali (e culturali in genere) in materia matrimoniale e familiare.

Vero è che ciò avverrebbe nella forma (non del riconoscimento di uno statuto personale *ad hoc*, ma) dell'arbitrato volontario, in cui, attraverso un'interpretazione rispettosa della libertà di coscienza come quella offerta dalla Cassazione spagnola, potrebbe rifluire anche la privilegiaria efficacia civile della *iurisdictio nullitatum*. Ma, a parte le obiezioni già sollevate sull'effettiva rispondenza di tali manifestazioni di volontà all'interno volere dei soggetti, va revocato in questione che i problemi identitari posti dalla società multiculturale si risolvano attraverso una ricomposizione a mosaico delle varie identità cultural-religiose assunte come tali, in maniera essenzialistica e senza tener conto dei conflitti interni che le attraversano.

In questa prospettiva scombinatoria la disciplina più interessante che s'intravede nel nostro panorama legislativo è quella dell'intesa con le comunità ebraiche (art. 14 l. 101/1989): previsione esplicita della giurisdizione religiosa "secondo la legge e le tradizioni ebraiche" e riconoscimento, di conseguenza, della sua liceità, non pure della sua efficacia o rilevanza civile, espressamente esclusa.

Mentre interessa all'opposto osservare che la diversa disciplina concordataria appare sempre più come un *unicum* spiegabile solo storicamente e non inquadrabile sistematicamente (come avverrebbe se potesse in qualche affiancarsi agli arbitrati utilizzabili dalle altre

Identity, Liberty, and the Law, ed. by J.A. Serritella, Durham, N. C., Carolina Academic Press, 2006, p. 141.

¹⁰⁸ M.C. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁹ "The liberty enjoyed by the People of these States, of worshipping Almighty God agreeable to their consciences is not only among the choicest of their blessings but also of their rights. I assure you very explicitly, that in my opinion the conscientious scruples of all men should be treated with great delicacy and tenderness: the laws may always be as extensively accommodated to them, as a due regard for the protection and essential interests of the nation may justify and permit" (in *The Washington Papers*, ed. by K. Padover, New York, Harper and Brothers Publishers, 1955, p. 12).



confessioni). Un'eccezione vistosa da assorbire gradualmente nel tempo, se non con un'improbabile revisione pattizia, con la restrizione per via giurisprudenziale delle maglie di passaggio, come quella operata dalle Sezioni unite con la citata sentenza sulla distinzione tra incompatibilità assolute e relative.

D'altro canto, la specificità della disciplina canonistica del matrimonio, di cui deve tener conto il giudice della delibazione ai sensi del punto 4b) prot. add. 1984, dà luogo ad una corrispondenza biunivoca: non può risolversi, cioè, unilateralmente in una maggiore disponibilità dell'ordinamento statale ad accogliere sentenze caratterizzate da quella specificità, ma deve essere bilaterale nel senso che vi sono specificità canonistiche irriducibili, nel loro nucleo forte identitario religioso, alla dimensione del diritto statale, il quale non può che opporre *fin de non recevoir* alle sentenze basate su di esse¹¹⁰.

10 – Conclusione: per un globalismo ben temperato

La soluzione proposta può sembrare (troppo) minimale, legata ad una modesta tradizione giuridica piuttosto che sensibile alle istanze poste dal nuovo rilievo delle identità dei gruppi prodotto - sia pure, come detto, di riflesso - dalla globalizzazione. S'intuisce la delusione, che può comportare la resistenza in questo campo al nuovismo, o il disadattamento che il buon conservatorismo in senso (kelseniano, come ricordato, ma soprattutto) costituzionale¹¹¹ provoca rispetto all'orizzonte globalista: percorrere tornanti importantissimi e determinanti dell'avvenire della civiltà, senza parteciparvi attivamente e anzi vedendosene preclusa la possibilità di esserne almeno spettatori!

Come nella canzone di Enzo Jannacci (ma la storia è raccontata da un cronista del millecento, Landolfo) di quel tizio che si reca da Como a Milano (un viaggio inverso al nostro) per assistere al giudizio di Dio affrontato dal prete Liprando "ben visto dai poveri Cristi" contro l'arcivescovo "ladro e simoniac" Agiosolano. Protesta il comasco: "Ma

¹¹⁰ Risalenti interventi in questo senso di N. COLAIANNI, *Sulla "specificità" dell'ordinamento canonico*, in *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, a cura di F. Cipriani, Napoli, Jovene, 1992, pp. 78 ss., e *Sulla delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, *ibid.*, pp. 233 ss. Ma v. di recente conf. J. PASQUALI CERIOLO, *La "maggiore disponibilità" nei confronti del diritto canonico matrimoniale: una formula "ellittica" al vaglio dell'evoluzione dell'ordine pubblico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it.),

¹¹¹ Sulla non confondibilità della naturale "funzione conservatrice" della giustizia costituzionale con il conservatorismo politico v. G. ZAGREBELSKY, *La legge la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 313 ss.



io non vedo niente; non vedo un accidente! Son venuto da Como per niente!". E qualcuno gli risponde: "Tornate tutti a casa! Non se ne fa più niente!"¹¹².

Senza assumere la parte di questo qualcuno, occorre tuttavia ricordare che quello che va disegnando la *glocalication* è uno spazio a geometrie variabili, non certo euclideo, e noi viviamo, per dirla con Habermas, in un "tempo di passaggi"¹¹³: dal "già" esclusivamente statale al "non ancora di un nuovo ordine" nient'affatto chiaro e distinto ma verso il quale – nondimeno si scommette – il mondo va. Di guisa che, come al solito - osservava Benedetto Croce tre quarti di secolo fa -, "gli uni, per non andare "dove il mondo va", non si muovono punto, gli altri, per andare "dove il mondo va", si muovono dietro a coloro che, secondo credono o piace loro di credere, vanno verso quel segno: si muovono a guisa di pecorelle che non sanno o non domandano il perché"¹¹⁴.

Realistico, nel contesto di un globalismo ben temperato, è farsi carico delle difficoltà ed esporre i rischi insiti nel passaggio verso un ordine non ben definito: che, se non si risolve in un ritorno agli statuti personali del Medioevo, appare comunque una Babilonia. Ma *Organizing Babylon*¹¹⁵ non è così semplice come si vorrebbe dai multiculturalisti, religiosi e non, del mondo anglo-americano-canadese (... vetero-ottomano), né è semplice fare opera di contrasto come vorrebbero i *laudatores temporis acti*. E quando le cose non sono semplici – scriveva Italo Calvino – "pretendere (...) la semplificazione a tutti i costi è faciloneria, e proprio questa pretesa obbliga i discorsi a diventare generici, cioè menzogneri. Invece lo sforzo di cercare di pensare e di esprimersi con la massima precisione possibile proprio di fronte alle cose più complesse è l'unico atteggiamento onesto e utile"¹¹⁶.

¹¹² E. JANNACCI, *Prete Liprando e il giudizio di Dio*, 1965.

¹¹³ J. HABERMAS, *Tempo di Passaggi*, Milano, Feltrinelli, 2004.

¹¹⁴ B. CROCE, *Orientamenti. Piccoli saggi di filosofia politica*, Milano, Gilardi e Noto, 1935, che qui si cita da *Il mondo*, 8 marzo 1966, p. 2.

¹¹⁵ T.A. BÖRZEL, *Organizing Babylon: On the Different Conceptions of Policy Networks*, in *Public Administration* 1998, 76, 2, pp. 253 ss.

¹¹⁶ I. CALVINO, *Una pietra sopra*, Torino, Einaudi, 1980, p. 307.