



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

PLURALITÀ & DIRITTO

Alle radici del giuridico

a cura di

Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Anna Sammassimo

uup.uniurb.it



**INCONTRI
E PERCORSI**

N.07

INCONTRI E PERCORSI è un collana multidisciplinare che nasce nel 2022 e raccoglie le pubblicazioni di convegni e mostre promossi e organizzati dall'Università di Urbino.

Volumi pubblicati

01.

Le carte di Federico. Documenti pubblici e segreti per la vita del Duca d'Urbino (mostra documentaria, Urbino, Biblioteca di san Girolamo, 26 ottobre - 15 dicembre 2022), a cura di Tommaso di Carpegna Falconieri, Marcella Peruzzi, UUP 2022

02.

Paolo Conte. Transiti letterari nella poesia per musica, contributi di studio a cura di Manuela Furnari, Ilaria Tufano, Marcello Verdenelli, UUP 2023

03.

Il sacro e la città, a cura di Andrea Aguti, Damiano Bondi, UUP 2024

04.

Diritto penale tra teoria e prassi, a cura di Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera, UUP 2024

05.

Federico da Montefeltro nel Terzo Millennio, a cura di Tommaso di Carpegna Falconieri, Antonio Corsaro, Grazia Maria Fachechi, UUP 2024

06.

Penal systems of the sea, edited by Rosa Palavera, UUP 2024



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

PLURALITÀ & DIRITTO

Alle radici del giuridico

a cura di

Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Anna Sammassimo

PLURALITÀ & DIRITTO. ALLE RADICI DEL GIURIDICO

a cura di Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Anna Sammassimo

Comitato scientifico

Alessandro Bondi, professore ordinario di diritto penale nell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Maria Luisa Biccari, professoressa associata di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo nell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Federica De Iuliis, professoressa associata di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo nell'Università degli Studi di Parma

Alberto Fabbri, professore associato di Diritto e religione nell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Chiara Gabrielli, professoressa associata di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Il ciclo di incontri Pluralità & Diritto è stato finanziato dall'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo, Dipartimento di Giurisprudenza, nell'ambito del progetto di ricerca Per un diritto penale inclusivo (responsabile scientifico Rosa Palavera).

Progetto grafico

Mattia Gabellini

Referente UUP

Giovanna Bruscolini

PRINT ISBN 9788831205603

PDF ISBN 9788831205580

EPUB ISBN 9788831205597

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY, il cui testo integrale è disponibile all'URL:
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:
<https://uup.uniurb.it>

© Gli autori per il testo, 2024

© 2024, Urbino University Press

Via Aurelio Saffi, 2 | 61029 Urbino

<https://uup.uniurb.it/> | e-mail: uup@uniurb.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da StreetLib (<https://www.streetlib.com/it/>)

SOMMARIO

LA LEGGE DELLA TERRA: UN'INTRODUZIONE	11
Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Anna Sammassimo	

SEZIONE I PLURALITÀ E DISCIPLINA GIURIDICA DELLE ATTIVITÀ ECONOMICO-PRODUTTIVE

LA DIVERSITY NELLA DISCIPLINA DELLA GOVERNANCE SOCIETARIA: ONERE O OPPORTUNITÀ?	19
Elisabetta Righini	

IL PERSEGUIMENTO DEL LUCRO COME CARDINE DELLE SOCIETÀ CAPITALISTE	67
Carlo Emanuele Pupo	

PLURALITÀ E TIPICIÀ PENALE ALLA PROVA DELLA POSTMODERNITÀ	77
Cecilia Valbonesi	

SICUREZZA E LIBERTÀ NELLA PRATICA SPORTIVA IN MONTAGNA: PERCEZIONE DEL RISCHIO E RESPONSABILITÀ PENALE	91
Stefania Rossi	

PLURALITÀ CULTURALI E COMUNICAZIONE DEL RISCHIO NEGLI EVENTI CATASTROFICI: LA COMUNICAZIONE DEL RISCHIO E IL RISCHIO DELLA COMUNICAZIONE	97
Patrizia Di Fulvio	

SEZIONE II PLURALITÀ DI ESIGENZE PROTETTIVE E SISTEMA PENALE: LE VITTIME VULNERABILI

VERSO UN RUOLO SEMPRE PIÙ INCISIVO DELLA VITTIMA VULNERABILE NEL PROCESSO PENALE EUROPEO?	115
Lorenzo Bernardini	

DI VIOLENZA OSTETRICA E GINECOLOGICA, VULNERABILITÀ ED INTERSEZIONALITÀ: PROSPETTIVE EMERGENTI	
---	--

NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI E DELLA CORTE INTERAMERICANA DEI DIRITTI UMANI	139
Sara Dal Monico	

LE DICHIARAZIONI DELLA PERSONA OFFESA PARTICOLARMENTE VULNERABILE, TRA NUOVE TECNOLOGIE DI DOCUMENTAZIONE E PERDURANTI CRITICITÀ	163
Nicola Pascucci	

LA VITTIMA VULNERABILE NEI REATI DI CUI AL “CODICE ROSSO”. FORME DI TUTELA SOSTANZIALE E PROCESSUALE	189
Cecilia Ascani	

SEZIONE III PLURALITÀ CULTURALE E TUTELA DELLE LIBERTÀ

“TOLLERANZA” RELIGIOSA E TRADIZIONE ROMANA ALL'OMBRA DELL'ALTARE DELLA VITTORIA	207
Margherita Frare	

QUALI LIMITI ALLA LIBERTÀ RELIGIOSA?	233
Anna Sammassimo	

ENDOGAMIA NELL'ORDINAMENTO ISLAMICO, EBRAICO E CANONICO	249
Paolo Lobiati	

LEONARDO SCIASCIA E IL POLITEISMO GIURIDICO. MAFIA E PLURALITÀ DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI	275
Ivan Cecchini	

PARTITI POLITICI E GIUSTIZIABILITÀ. DALL'IMMUNITÀ AI RECENTI CASI DEL PARTITO “MOVIMENTO 5 STELLE”	303
Veronica Montani	

PLURALITÀ DELLE PLURALITÀ. POSTILLA SUL DIRITTO PENALE GLOBALE	329
Rosa Palavera	

ENDOGAMIA NELL'ORDINAMENTO ISLAMICO, EBRAICO E CANONICO

Paolo Lobiati

Università Cattolica del Sacro Cuore

Illud te, nulla fati quod lege tenetur,
pro Latio obtestor, pro maiestate tuorum:
cum iam conubiis pacem felicibus - esto -
component, cum iam leges et foedera iungent,
ne vetus indigenas nomen mutare Latinos
neu Troas fieri iubeas Teucrosque vocari
[...]

Utque est, nomen erit; commixti corpore tantum
subsident Teucri. Morem ritusque sacrorum
adiciam faciamque omnis uno ore Latinos.
Hinc genus Ausonio mixtum quod sanguine surget,
supra homines, supra ire deos pietate videbis,
nec gens ulla tuos aequae celebrabit honores”.

Publio Virgilio Marone¹

La tradizione in base alla quale i membri di una collettività si sposavano soltanto all'interno della medesima è ancestrale, ed ha trovato la propria sistematizzazione già nel diritto romano, attraverso la nozione di endogamia². Se nel diritto romano tale istituto è andato riducendosi, passando dalla restrittiva sussistenza di *conubium* solo all'interno della *gens* per arrivare a quello della *civitas*, accanto a questo si dava anche una norma di segno opposto, quella della esogamia familiare³. Tale duplice confine, all'interno del quale si muove il diritto al matrimonio, risulta una costante delle civiltà sorte sia prima sia dopo il diritto romano così come dei loro sistemi giuridici e, in vari

1 Virgilio, *Aeneidos Liber XII*, vv. 818-824; 835-840.

2 In argomento si veda: R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova, 2002, p. 35 ss. Su questa base è da citarsi quanto in *Ep. Ulp.* 5, 4: «*Conubium habent cives Romani cum civibus Romanis; cum Latinis autem peregrinis ita, si concessum sit*».

3 Sull'argomento si veda ancora: R. ASTOLFI, *op. cit.*, p. 38 ss. l'A. mette in luce come i consanguinei e gli equiparati erano privi di *conubium*, così configurandosi un vero e proprio impedimento alle nozze.

modi e gradi, permane fino ai giorni nostri⁴. L'argomento appare ancora più attuale se si considera che anche la semplice osservazione della realtà mette in luce che la mobilità sociale presente ai giorni nostri, e la *mixité* che ne consegue, ha forti ripercussioni anche sulle celebrazioni dei matrimoni⁵. Nel presente contributo si vuole offrire una panoramica su come i sistemi religiosi monoteisti regolino la c.d. realtà dei matrimoni misti, o, in altri termini, normino l'endogamia. Lo scopo non è solo rilevare le peculiarità di ogni impianto normativo sul tema in relazione alla concezione del matrimonio che gli è propria ma anche comprendere la *ratio* che lo muove.

1. I MATRIMONI MISTI NEL DIRITTO ISLAMICO

Entrando nella disamina della modalità con cui i diritti monoteisti trattano l'esogamia, è bene prendere le mosse dal diritto islamico che risulta essere quello nettamente più "duro" se si considerano le unioni tra musulmani ed "infedeli"⁶. Dato subito palese è la disparità di trattamento tra uomo e donna, al punto che se per la donna questo è valevole in modo assoluto per l'uomo possono darsi delle eccezioni che comportano maggiore o minore elasticità⁷.

4 Interessante quanto asserito da B. GHIRINGHELLI, *Coppie miste, coppie interreligiose; anatomia di una definizione*, in S. MARCHESINI (a cura di), *Matrimoni misti una via per l'integrazione*, Verona, 2012, p. 183: «La società ha identificato e definito come miste le unioni per le quali ha visto trasgredita la generale regola della prossimità sociale dei coniugi, seppur di volta in volta riferita a dimensioni più varie». Tra le dimensioni è da includersi anche la religione, tanto che E. MARTINELLI, *La realtà dei matrimoni misti nel diritto islamico e nel diritto ebraico*, in R. PALOMBI – H. FRANCESCHI – E. DI BERNARDO (a cura di), *Iustitia et sapientia in humilitate. Studi in onore di mons. Giordano Caberletti*, I, Città del Vaticano, 2023, p. 201 afferma: «Nell'attuale momento storico, gran parte della società, tra i molteplici indicatori di prossimità, o al contrario, della distanza tra le persone e tra i gruppi, assumono un particolare ruolo di demarcazione di confini l'etnia e la religione».

5 Il dato di fatto viene icasticamente richiamato da: N. SCHÖCH, *Problematiche canoniche relative alla forma dei matrimoni misti tra parte cattolica e parte ortodossa*, in O. FUMAGALLI CARULLI – A. SAMMASSIMO (a cura di), *Famiglia e matrimonio di fronte al sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, Milano, 2015, p. 435: «Con le migrazioni aumentano le relazioni tra gli uomini di varia provenienza culturale, linguistica e religiosa conducendo ad un notevole incremento di matrimoni misti».

6 Si usa questa dizione dal momento che: «La religione islamica è caratterizzata da un senso di esclusività ed è considerata dai fedeli come l'unica vera religione, alla quale si è obbligati ad aderire rispondendo ad un comando divino, che impone il ripudio di qualunque altra credenza» (E. MARTINELLI, *La realtà dei matrimoni misti nel diritto islamico e nel diritto ebraico*, cit., p. 206). In approfondimento si veda anche M. O. UDUGBOR, *Il diritto musulmano*, Città del Vaticano, 2010, p. 1-10. Inoltre l'a. spiega che: «La perdita di capacità giuridica può avvenire per cause di morte o apostasia».

7 Invero, ciò non stupisce se si considera che, secondo le norme islamiche «I soggetti di diritto [...] sono i musulmani maschi, liberi e puberi (ahliyya) [...]». Ci sono delle cause che pongono limiti

Il fatto che alla donna musulmana sia impedito il matrimonio con un infedele – ossia appartenente ad altra religione – affonda le proprie radici in due versetti coranici, secondo i quali siffatta impossibilità permane fino a quando gli uomini non si siano convertiti all'Islam⁸. Il discrimine di una conversione della parte non musulmana quale mezzo attraverso cui l'impedimento possa cessare permette di qualificarlo come temporaneo, tanto per la donna quanto per l'uomo, anche se per quest'ultimo si dà una deroga. Infatti se apparentemente la sura II, 221 sembra assoggettare anche il maschio a tale divieto⁹, in un'altra sura si pone una eccezione per le donne che appartengono alle c.d. religioni del libro – ossia ebraismo e cristianesimo –¹⁰. Se questa è la norma le interpretazioni offertene, come riferisce la dottrina, ampliano o restringono la portata dell'impedimento: nel primo caso riducendo la possibilità di matrimonio con cristiane ed ebreë residenti in Paesi sottoposti a governo musulmano a cui si aggiunge il caso di necessità¹¹, nel secondo, invece, vi è chi arriva a ritenere come appartenenti alle religioni del libro non solo cristiani ed ebrei ma anche quanti professano altre religioni, restando esclusi soltanto gli animisti¹².

come l'età, alcune imperfezioni del corpo e della mente, il sesso femminile, i comportamenti considerati riprovevoli e l'insolvenza» (M. O. UDUGBOR, *Il diritto musulmano*, cit., p. 61).

8 In R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in S. FERRARI (a cura di), *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico, islamico*, Torino, 2006, p. 199 e M. O. UDUGBOR, *Il diritto musulmano*, cit., p. 68 vengono riportati i passi Coranici: «Non date spose donne credenti idolatri (mušrikīn) finché essi non abbiano creduto, poiché lo schiavo credente è meglio di un uomo idolatra, anche se questi vi piaccia» (II, 221) e «Quando vengono a voi delle credenti emigrate, esaminatele: Dio meglio conosce la fede loro. Che se le conoscerete credenti non rinviatelo ai negatori della fede (Kuffār), poiché costoro non sono leciti ad esse, né esse lecite a loro».

9 «Non sposate donne idolatre (mušrikāt) finché non abbiano creduto» (II, 221).

10 «Vi È permesso contrarre matrimonio con donne oneste tra le credenti e con donne oneste tra quelle che appartengono alla gente cui la scrittura fu rivelata prima di voi: vi è permesso a patto che abbiate donato loro la giusta ricompensa come maschi che contrattano un matrimonio regolare, non come libertini alla ricerca di illeciti piaceri o diamanti o occasionali» (V, 5).

11 In argomento R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, cit., p. 199 richiama Abū Zahra, *al-Ahwal al-šahsiyya*, p. 113 – dalla stessa tradotto e qui ripreso – ove si afferma: «È necessario che ripetiamo che è meglio per il musulmano non sposare che la musulmana per la perfetta armonia sotto ogni aspetto. 'Umar, Dio si compiaccia di lui, vietò il matrimonio con le donne appartenenti a una religione del libro se non per un fine superior, come il legame politico inteso a ogni liquor, creare armonia e simili».

12 Cfr. R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, cit., p. 200: «Sulla base di alcuni passi coranici, c'è chi sostiene che le genti del libro comprendano non solo ebrei e Cristiani, ma anche Sabei e Zoroastriani. Nel XX secolo, poi, il riformista Rašid Ridā, rilevando che lo stesso Corano afferma che a ogni popolo è stato inviato un profeta, con il quale è dato un libro, conclude che anche gli indù, i buddisti o i confuciani sono genti del libro: è perciò possibile al musulmano sposarne le donne. Corrispondentemente, viene ristretto l'ambito dei mušrikūn, in cui sarebbero compresi soltanto gli animisti».

La natura di questa norma è quella di impedimento temporaneo, di per sé, dunque, superabile: esso, infatti, può venire meno ma soltanto con la conversione dell'uomo non musulmano che vuole sposare la donna musulmana, ovvero con il mutamento di fede della donna non appartenente a nessuna delle religioni del libro che voglia convolare a nozze con un musulmano.

Qualora, invece, si dia la celebrazione di un matrimonio in costanza dell'impedimento, il contratto viene considerato viziato e quindi rescindibile tramite sentenza del giudice che pronuncia il *fash*¹³. È da notarsi che a seguito di tale sentenza vige per coloro che hanno contratto matrimonio il dovere di separazione, così da ritenersi adulterio – con quanto ne consegue sul piano giuridico – la coabitazione di tali soggetti¹⁴, e, d'altro lato, anche in caso di avvenuta consumazione tale matrimonio risulta privo di effetti giuridici¹⁵. A corroborare la considerazione forte di questo impedimento viene quanto sottolineato dalla dottrina, ossia che in quegli Stati, soprattutto nel Medio Oriente, come ad es. Giordania ovvero Siria o Libano¹⁶, il divieto di matrimoni tra musulmani e non musulmani, secondo le specificazioni sopra richiamate, è considerato principio e norma di ordine pubblico. Sulla base di questo presupposto, si dà la impossibilità di celebrazioni di

13 M. O. UDUGBOR, *Il diritto musulmano*, cit., p. 321 spiega che *Fasad* è la «possibilità di rescindere per mancanza o di imperfezione degli elementi essenziali per la validità contrattuale».

14 In argomento cfr.: R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Relazioni familiari nella società islamica*, in AA. VV. *Il matrimonio tra cattolici ed islamici*, Città del Vaticano, 2002, p. 65: «Alcuni legislatori, nel trattare i modi di dissoluzione del matrimonio, affrontano anche il tema del *fash*. Il giudice, pronunciando il *fash*, dichiara la nullità del matrimonio affetto da vizio ovvero determina lo scioglimento del matrimonio se il vizio è sopravvenuto. Consideri impedimento matrimonio musulmana con il musulmano il matrimonio del musulmano con la donna che non appartenga a una delle religioni celesti».

15 Cfr. R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Relazioni familiari nella società islamica*, cit., p. 166. L'a. richiama il fatto che la codificazione ed il c.d. «passaggio da un diritto a base dottrinale a un diritto a base legale» ha portato ad una posizione drastica. «È questa la soluzione che, sulla scia della legge ottomana del 1917, è ritenuta in Siria e Giordania. Per un esempio di rigida applicazione del principio si veda la decisione N. 15 della corte di cassazione siriana (sez. sciaraitica) del 12. 01. 54. Si noti che nel *fiqh* non si escludeva mai pregiudizialmente la possibilità dello stabilirsi della filiazione nei confronti dell'uomo, neppure in caso di impedimento di differenza di religione».

16 In particolare per quanto concerne il Libano, ove, a norma della legge del 2 aprile 1951, il diritto di famiglia è regolato dalle norme confessionali delle religioni riconosciute dallo Stato, può vedersi: L. CAPRARA, *Il sistema degli statuti personali libanesi. Una panoramica delle fonti normative*, in L. CAPRARA – P. LOBIATI – A. SAMMASSIMO (a cura di), *Diritto canonico orientale e statuto personale libanese*, Milano, 2020, p. 59-90. In particolare a p. 79 spiega: «Con la legge del 2 aprile 1951 il legislatore libanese [...] disciplina specificamente ed organicamente l'ordinamento giudiziario comunitario vale a dire l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte delle singole comunità religiose ufficialmente riconosciute». Similmente, dello stesso autore, si veda: *L'autonomia normativa e giurisdizionale delle confessioni religiose nel sistema degli statuti personali in Libano*, in *Jusonline*, 2015.

matrimonio anche tra atei o appartenenti a religioni non riconosciute, non esistendo – in quei Paesi – alcuna forma di matrimonio¹⁷.

Dalla descrizione offerta della modalità di regolamento dell'impedimento e dalla differenza con cui esso è applicato alla donna rispetto all'uomo, possono rinvenirsi le ragioni che sono state sistematizzate dalla dottrina.

Primariamente bisogna tener presente la peculiare considerazione della sostanziale differenza di concezione tra l'uomo e la donna da cui deriva anche una speciale modalità di regolamento del rapporto tra coniugi. Infatti, il Corano, come del resto tutta la teologia islamica, afferma chiaramente la supremazia dell'uomo sulla donna¹⁸, come recita il testo sacro: «Gli uomini sono superiori alle donne in ragione di qualità per le quali Allah li ha elevati ad un livello superiore»¹⁹. Da questo postulato discendono alcuni argomenti che concretizzano la motivazione della proibizione.

In primo luogo si sottolinea che essendo il matrimonio un contratto, il cui oggetto risulta l'unione sul piano sessuale segnato dal godimento della donna da parte dell'uomo²⁰ ed il cui effetto primario è l'ingresso della donna sotto la potestà esclusiva del marito²¹, ne deriverebbe la situazione

17 Cfr. R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, cit., p. 202. L'a. college questo aspetto agli «Ordinamenti dei paesi che regolano i rapporti familiari secondo la tradizione sciaraitica». Similmente E. MARTINELLI, *La realtà dei matrimoni misti nel diritto islamico e nel diritto ebraico*, cit., p. 209.

18 Allo scopo è bene ricordare che «nella famiglia musulmana, fondata sul vincolo di sangue, l'uomo capo famiglia gode di una posizione di preminenza rispetto agli altri membri, con un diritto di coercizione domestica sulla moglie e i figli». (F. CASTRO, *Il diritto Musulmano*, in «Digesto delle discipline privatistiche», vol. II, Torino, 2006, p. 37.

19 Corano, IV, 38. È necessario ricordare che nonostante questa affermazione Maometto stesso intervenne su una società di stampo patriarcale mitigando la condizione della donna, tuttavia il concetto di superiorità maschile era in essa a tal punto radicato da poter parlare dell'esistenza di una «androlatria» islamica. Cfr. A. BOUHDIBA, *La sexualité en Islam*, Paris, 1975, p. 15. Per approfondire il discorso del matrimonio nel diritto islamico, oltre ai testi già citati, si consenta il rimando a: P. LOBIATI, *Elementi di diritto matrimoniale islamico*, in P. LOBIATI – R. PALAVERA – A. SAMMASSIMO (a cura di), *Itinerari di diritto islamico*, Vol. I, Milano, 2018, pp. 63-104.

20 Cfr. P. LOBIATI, *Elementi di diritto matrimoniale islamico*, cit., p. 66: «Pur continuando a definire il matrimonio quale contratto, se ne sottolinea la specificità, ossia il fatto che benché ad esso si applichino molte delle regole tradizionali dei contratti - quali, ad esempio, la possibilità di rescissione per inadempimento - tuttavia il suo oggetto è peculiare e come tale deve essere considerato nel suo valore di *nikāh*, cioè atto di unione sessuale, la cui essenza è il possesso fisico-erotico della donna da parte dell'uomo». Inoltre, sull'argomento vi sono autori che qualificano il matrimonio musulmano, partendo dalla sua denominazione, quale «diritto al rapporto sessuale legalizzato», così che, secondo tale visione, l'effetto primario del contratto in esame sarebbe quello di permettere all'uomo il potere di possedere lecitamente una donna. Cfr. M. O. UDUGBOR, *Il diritto musulmano*, cit., p. 64.

21 La dottrina, al proposito, rileva costantemente che: «il diritto islamico rimane ovunque ancorato alla disparità di diritti e di doveri all'interno della coppia e soprattutto rimane ancorato a quel

concreta di un musulmano – nel caso la donna – che si troverebbe sotto la autorità di non musulmano – l’eventuale marito –, dato inaccettabile²². In più, considerandosi la asserita condizione di fragilità e di assoggettabilità della donna di derivazione coranica²³, da siffatta situazione potrebbero derivare due conseguenze ugualmente nefaste: una sul piano della vita coniugale in sé considerata, l’altra sul piano del diritto divino/penale. In primo luogo si considera che per la differenza culturale religiosa la donna, fedele alla religione Islamica, potrebbe arrivare a provare avversione nei confronti del marito che non solo non condivide la sua fede ma anche non crede nella c.d. “santità del Profeta Muhammad”²⁴. Da ciò scaturirebbe la c.d. insubordinazione della donna che, in ogni modo, non è accettata dal diritto islamico ed è punibile, perché contravverrebbe al ruolo ricoperto da questa nella creazione, con l’ulteriore risultato di un’azione punitiva di forza di un non fedele su un fedele, da una parte, e di una pace familiare violata dall’altra²⁵.

In secondo luogo, argomento ancora più delicato per il diritto islamico, è la possibilità, considerata addirittura rischio, di conversione della moglie alla religione del marito²⁶: nel caso della moglie musulmana che

primato teologico-giuridico della legge sulla persona, che è l’esatto opposto della visione cristiana del primato della persona sulla legge». O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, Milano, 2008, p. 72. I qui si dice che: «I diritti ed i doveri dei coniugi si muovono all’interno di un duplice principio: quello della supremazia dell’uomo nell’ambito della famiglia da un lato e quello del riconoscimento, anche se ciò non è da intendere secondo la logica occidentale, della personalità giuridica della donna dall’altra» (P. LOBIATI, *Elementi di diritto matrimoniale islamico*, cit., p. 72).

22 Così R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, cit., p. 202: «La donna è nella potestà del marito e gli deve obbedienza: il matrimonio misto della musulmana porterebbe un non musulmano ad esercitare autorità sul musulmano». Allo stesso modo si esprime E. MARTINELLI, *La realtà dei matrimoni misti nel diritto islamico e nel diritto ebraico*, cit., p. 208.

23 All’interno di questo orizzonte, infatti, la vita matrimoniale è segnata dalla preminenza dell’uomo come affermato dal Corano secondo cui «gli uomini sono un gradino più in alto» (II, 228) e «gli uomini sono preposti alle donne, perché Dio ha prescelto alcuni esseri sugli altri e perché essi donano dei loro beni per mantenerle» (IV, 34).

24 Cfr. E. MARTINELLI, *La realtà dei matrimoni misti nel diritto islamico e nel diritto ebraico*, cit., p. 207 s., secondo cui: «Con la conseguenza di mettere in pericolo l’avvenire della famiglia».

25 Infatti, nella coabitazione si sviluppano quelli che sono i doveri fisici dei coniugi, tra i quali, come primo, è necessario nominare quello di obbedienza (*tā’a*), definibile anche come dovere di sottomissione, della donna chiamata a mettersi a disposizione del marito: si noti che qualora la moglie non esegua gli ordini del coniuge, essendogli insubordinata, subentra il *ius correptionis* anche attraverso i mezzi fisici descritti dal Corano in un *climax* di azioni che partono dall’ammonimento per arrivare anche alle percosse (cfr. M. D’ARIENZO, *Diritto di famiglia Islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Il diritto di Famiglia e delle persone*, 2004, 32, p. 192).

26 Cfr. E. MARTINELLI, *La realtà dei matrimoni misti nel diritto islamico e nel diritto ebraico*, cit., p. 208: «La donna È per natura influenzabile; se quindi la moglie musulmana decidesse o fosse persuasa a seguire il marito nella sua fede e abbandonasse l’*Islām*, commetterebbe apostasia, il peccato più grave per un musulmano». Similmente R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto*

si converta si avrebbe il delitto di apostasia (*Riddah*), sanzionato penalmente²⁷. Da quanto finora rilevato, emerge che le motivazioni sottostanti all'endogamia siano da rinvenirsi, più che nella tutela del rapporto coniugale da costituire, nella salvaguardia della compagine religiosa del gruppo, chiamato a conservarsi fedele nella religione rivelata dal Profeta.

Sempre in linea con l'autoconservazione religiosa del gruppo è da considerarsi il terzo aspetto che rende ragione dell'obbligo di endogamia, ossia la condizione della prole. Così come sulla moglie, nel diritto di famiglia islamico, in seno al marito vige il diritto di educazione della prole così che questa segua la religione paterna²⁸. Nel caso di matrimonio c.d. misto si darebbe che la prole, di diritto e senza compiere delitto, sarebbe educata in una religione diversa dall'Islam, fatto non accettabile nel diritto islamico. A riprova di questo, la differenza circa la possibilità di educare la prole che viene data ad una madre musulmana rispetto ad una appartenente ad altra "religione del Libro". Nel primo caso la donna potrà occuparsi dell'educazione dei figli fino alla loro maggiore età, sempre però sotto la direzione del marito, nel secondo, invece, solo per i primi cinque anni, per scongiurare il pericolo che la prole possa venire influenzata, e poi educata, secondo una professione religiosa diversa²⁹.

Stante quanto rilevato sulla base delle norme, è evidente che il divieto di esogamia in seno all'Islam affondi le proprie radici nella volontà di tutelare la permanenza identitaria del gruppo sociale. Ciò risulta ancora più chiaro se si osserva la differenza con cui il divieto viene posto sulla donna invece che sull'uomo. Infatti, la c.d. supremazia naturale dell'uomo viene considerata, qualora costui sia non musulmano, un pericolo perché fonte sia di una possibile azione delittuosa di apostasia della donna, sia della condizione giuridica della prole che sarebbe educata quale "infedele". Invero, tale interpretazione non appare estranea al *leitmotiv* del diritto islamico, specialmente se la si coordina con i c.d. "divieti di alleanza" di un musul-

islamico, cit., p. 201.

27 In argomento: M. O. UDUGBOR, *Il diritto musulmano*, cit., p. 141: «La colpa di apostasia è considerata gravissima dal diritto musulmano. O occorrono due testimoni oppure la confessione del reo. La pena è generalmente morte per decapitazione per un uomo, mentre per una donna la pena è detenzione fino al pentimento».

28 In argomento: M. O. UDUGBOR, *Il diritto musulmano*, cit., p. 74: «L'educazione dei figli spetta al padre secondo il diritto islamico». Ovvero: E. MARTINELLI, *La realtà dei matrimoni misti nel diritto islamico e nel diritto ebraico*, cit., p. 208.

29 Cfr. M. O. UDUGBOR, *Il diritto musulmano*, cit., p. 74. L'a. spiega bene che la tutela fornita dal padre – o da altro uomo designato, comunque musulmano – ha lo scopo di assicurare la trasmissione della fede islamica. Proprio per questo il ruolo della madre si snoda in due modi differenti.

mano con appartenenti ad altre religioni³⁰. Da questi deriva come fondamentale sia la tutela non tanto del gruppo etnico quanto della compagine di fedeli, così da proibirsi ogni commistione sia amicale sia sociale con altri gruppi religiosi. Se dal punto di vista sociale questo appare in parte superato, tuttavia ciò non può dirsi per quanto concerne il gruppo familiare perché esso è la prima culla in cui si costituisce la società. Di qui l'utilizzo del divieto di esogamia – con le rispettive peculiarità tra uomo e donna – per consentire il mantenimento integro della fede islamica all'interno delle famiglie. A riprova, il fatto che siffatto impedimento non è considerato perpetuo ma da un lato è superabile con la conversione dell'uomo prima delle nozze e, dall'altro, può anche insorgere dopo la celebrazione di matrimonio tra due non musulmani nel caso di conversione della donna all'Islam³¹.

2. I MATRIMONI MISTI NEL DIRITTO EBRAICO

Dei tre sistemi giuridici analizzati quello ebraico è il più arcaico e, come noto dalla storia, il più peculiare nel Medio Oriente arcaico. Proprio in virtù di siffatta peculiarità, segnata sia dal monoteismo sia dalla esiguità numerica del popolo ebraico, già nel Pentateuco si rinviene il divieto di matrimoni misti, al punto da considerarsi la non appartenenza all'ebraismo quale forma di incapacità ad esprimere il consenso³². Esso si esprime nella proibizione, sotto pena di invalidità, di celebrare le nozze tra un ebreo e un non ebreo, indipendentemente dal sesso³³. È da sottolinearsi che, a differenza

30 Cfr. Cor. III, 118. Il divieto è posto poiché: «Vorrebbero che foste miscredenti come lo sono loro e allora sareste tutti uguali. Non sceglietevi amici tra loro, finché non emigrano per la causa di Allah. Ma se vi volgono le spalle, allora afferrateli e uccideteli ovunque li troviate. Non sceglietevi tra loro né amici né alleati».

31 Cfr. R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, cit., p. 201. Spiega: «La differenza di fede è rilevante anche se, anziché sussistere al momento del matrimonio, sopravviene in seguito. Se ad esempio nel matrimonio tra due non musulmani la donna si converte all'Islam, l'uomo è invitato a seguirla. Se non lo fa, il matrimonio deve essere sciolto».

32 In argomento vedi: V. PACILLO, *Il matrimonio nel diritto ebraico, islamico e nell'ordinamento giuridico della chiesa cattolica latina*, in G. FILORAMI (a cura di), *Le religioni e il mondo moderno*, vol. IV, Torino, 2009, p. 94: «Il diritto ebraico ritiene che il matrimonio sia nullo per incapacità di esprimere un valido consenso: ciò avviene allorché uno degli sposi non appartenga alla religione ebraica».

33 A. MORDECHAI RABELLO, *Diritto individuale, comunitario, pubblico costituzionale in Israele*, in G. FILORAMI (a cura di), *Le religioni e il mondo moderno*, vol. II, Torino, 2008, p. 298. Spiega l'a. che: «È considerato proibito e nullo il matrimonio misto, cioè con un non ebreo o con una non ebrea: infatti per il diritto ebraico il matrimonio può aver luogo soltanto tra ebrei e qualunque unione tra un ebreo o un ebrea con una donna o con un uomo non appartenenti all'ebraismo (per nascita o per

di quanto avviene per il diritto islamico, la conversione ad altra religione non comporta la perdita della qualifica di appartenenza al popolo dell'Alleanza, così che, il convertito, dal punto di vista della capacità matrimoniale è considerato alla stregua di colui che permane nella confessione religiosa dei padri³⁴.

La normativa sull'argomento è granitica ed univoca ed è, prima di tutto, rinvenibile nella bibbia. Infatti non solo in Genesi³⁵, ma anche in Esodo³⁶ e in Deuteronomio³⁷ compaiono prescrizioni in merito allo scopo di impedire una contaminazione religiosa e culturale che possa condurre il popolo, la cui peculiarità è nota, alla idolatria.

Per comprendere il valore del dato biblico nel sistema in analisi è necessario circoscrivere cosa si intenda con la locuzione "diritto ebraico". È bene partire riferendo che con la locuzione *mishpat* 'ivrì ci si riferisce ad una forma di "diritto" che regola ogni campo della vita quotidiana degli appartenenti al Popolo di Israele, senza soluzione di continuità a partire dall'epoca biblica fino ad oggi. Tutto questo allo scopo di fornire costantemente, a chi lo richiedeva anche a fronte di situazioni contingenti mutate, la c.d. risposta della *Thorah*, considerata di origine divina, per la soluzione del caso concreto³⁸. Lo sviluppo interpretativo ed applicativo della Legge

elezione, cioè per conversione) è ritenuta vietata e, se avvenuta, il matrimonio è nullo e illegittimo».

34 Cfr. *Ibid.*: «La definizione di ebreo rilevante per il tribunale rabbinico competente, è quella data dalla *Halaká*; ne deriva che il matrimonio tra un ebreo e una convertita ad altra religione, celebrato secondo le regole matrimoniali e ebraiche, a valore di matrimonio ebraico». Il motivo di tale modo di procedere affonda le radici in Tb Sanhedrin 44° ed il commento di Rashi in loco, ossia: «Un ebreo anche quando ha peccato, rimane ebreo» (cfr. A. MORDECHAI RABELLO, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, in S. FERRARI (a cura di), *Il matrimonio*, cit., p. 31).

35 Abramo invia nella propria terra di origine un servo perché trovi una moglie per il figlio Isacco: «Allora Abramo disse al suo servo, il più anziano della sua casa, che aveva potere su tutti i suoi beni: "Metti la mano sotto la mia coscia e ti farò giurare per il Signore, Dio del cielo e Dio della terra, che non prenderai per mio figlio una moglie tra le figlie dei Cananei, in mezzo ai quali abito, ma che andrai al mio paese, nella mia patria, a scegliere una moglie per mio figlio Isacco"» (Gn. 1-4).

36 Es. 34, 15-16: «Non fare alleanza con gli abitanti di quel paese, altrimenti, quando si prostituiranno ai loro dei e faranno sacrifici ai loro dei, inviteranno anche te: tu allora mangeresti le loro vittime sacrificali. Non prendere per mogli dei tuoi figli le loro figlie, altrimenti, quando esse si prostitueranno ai loro dei, indurrebbero anche i tuoi figli a prostituirsi ai loro dei».

37 Dt. 7, 1-4: «Quando il Signore tuo Dio ti avrà introdotto nel paese che vai a prendere in possesso e ne avrà scacciate davanti a te molte nazioni: gli Hittiti, i Gergesei, gli Amorrei, i Perizziti, gli Evei, i Cananei e i Gebusei, sette nazioni più grandi e più potenti di te, quando il Signore tuo Dio le avrà messe in tuo potere e tu le avrai sconfitte, tu le voterai allo sterminio; non farai con esse alleanza né farai loro grazia. Non ti impareggerai con loro, non darai le tue figlie ai loro figli e non prenderai le loro figlie per i tuoi figli, perché allontanerebbero i tuoi figli dal seguire me, per farli servire a dei stranieri, e l'ira del Signore si accenderebbe contro di voi e ben presto vi distruggerebbe».

38 Del resto la dottrina spiega che, imponendo l'ebraismo un forte coinvolgimento collettivo e comunitario, piuttosto che meramente intimistico e personale, la disciplina sulla famiglia diventa

si dà attraverso la letteratura rabbinica che se, da una parte, nella *Aggadà* trova il proprio carattere teologico ed omiletico, nella *Halachà* dispiega il proprio carattere giuridico e vincolante³⁹. Proprio poiché il c.d. diritto biblico – ossia quello contenuto nel Pentateuco –, considerato testo basilare o norma fondamentale da cui si sviluppa tutto il sistema giuridico ebraico⁴⁰, regola sia il rapporto dell'uomo con Dio sia il rapporto tra gli uomini, la *halachà* si occupa di entrambi questi aspetti, così normando, con regole giuridiche considerate di origine divina⁴¹, per quel che concerne il primo aspetto ad es. la preghiera, le benedizioni, l'osservanza del sabato e delle feste ecc., mentre per quanto riguarda il secondo ambito ad es. la compravendita, il matrimonio ed il divorzio oltre che la responsabilità civile⁴².

Ciò premesso, proprio nei versetti considerati, la tradizione rabbinica ha fondato quello che viene dalla dottrina qualificato come «uno dei divieti più rigidi e più osservati nell'ebraismo»⁴³, poiché, essendo di derivazione divina, risulta non arginabile né, tanto meno, dispensabile. Invero,

espressione della «commistione tra *ethos* e dimensione culturale, che deriva dalla tradizionale identità tra norma civile e norma religiosa» (così. R. BOTTA, *L'attuazione dei principi costituzionali e la condizione giuridica degli ebrei in Italia*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1982, I, p. 191. Altra dottrina approfondisce asserendo che il fenomeno religioso, pertanto, qualificherà il *modus vivendi* del popolo ebraico, al punto che ogni aspetto della vita sia influenzato e governato dal “sacro” attraverso l'obbedienza ad un «vasto complesso di norme, volte ad indirizzare a vita quotidiana dell'ebreo in tutte le sue manifestazioni, che va dai Dieci Comandamenti alla Toràh, che contiene la legge scritta, dal Talmud, che raccoglie le tradizioni e le leggi orali, alle numerose regole sulla vita matrimoniale (ecc..)» (G. DISEGNI, *Ebraismo e libertà religiosa in Italia*, Torino 1983, p. 81).

39 A. MORDECHAI RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Torino, 2002, p. 3 s. spiega che «la *Halachà*, dalla radice “andare” si propone appunto di insegnare all'uomo come comportarsi nei vari frangenti della vita (*Halachà* è infatti il termine comunemente usato per riferirsi al diritto ebraico, sia civile, sia religioso) è anche utilizzato per indicare la decisione finale sul modo di osservare un determinato precetto».

40 Sull'argomento si vedano, ad es. D. DAUBE, *Studies in Biblical Law*, Cambridge, 1947; Z. FALK, *Hebrew Law in Biblical times*, Jerusalem, 1964; D. PIATTELLI, *Concezioni giuridiche e metodi costruttivi dei giuristi orientali*, Milano, 1981. Gli autori se da un lato si avvalgono della comparazione con i diritti dell'Oriente antico per accostarsi all'evoluzione degli istituti giuridici nella bibbia, dall'altro considerano fondamentale un approccio definibile Talmudico al testo biblico, ossia considerandolo come scevro di contraddizioni ed accettandolo come interpretazione della c.d. Legge orale data sul Sinai.

41 Cfr. A. MORDECHAI RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico*, cit., p. 4. L'a. spiega anche come, di fatto, la trasgressione di una norma che regola il rapporto con i simili di fatto comporti, *ipso facto*, anche una trasgressione verso Dio.

42 Per un maggior approfondimento sugli aspetti normativi che regolano il matrimonio nel diritto ebraico si consenta il rimando a: P. LOBIATI, *Riflessioni sul matrimonio nel diritto ebraico*, in P. LOBIATI – R. PALAVERA – A. SAMMASSIMO (a cura di), *I tuoi decreti sono il mio canto. Riflessioni dall'esperienza giuridica ebraica*, Milano, 2024, p. 13-84.

43 E. MARTINELLI, *La realtà dei matrimoni misti nel diritto islamico e nel diritto ebraico*, cit., p. 210 e, allo stesso modo: A. MORDECHAI RABELLO, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, cit., p. 30.

se si considera più approfonditamente il motivo sottostante alla norma esso è da comprendersi nella nozione stessa di matrimonio così come inteso nel senso di «*Kiddusshin*, [...] rappresentazione simbolica del Tempio nonché il luogo primario ove i figli potranno crescere e sviluppare la propria identità ebraica»⁴⁴. Infatti, se si analizzano le fonti normative ebraiche, emerge che se, da un lato, scopo del matrimonio è costituire una c.d. piccola unità sociale, dall'altro l'imperativo a costituirlo, rinvenibile nella *Thorà*, affonda le proprie radici nel secondo fine dell'unione matrimoniale – avendo considerato quale primo il perfezionamento del singolo –, ossia la trasmissione dei valori ebraici⁴⁵. In altri termini si può pienamente concordare con quella dottrina che rinviene nell'istituto matrimoniale una doppia essenza, ossia «legittimare la convivenza con il compagno della propria vita e assicurare la continuità del genere umano con la procreazione»⁴⁶. Non compare, quindi, nella normativa in questione, alcuna forma di preclusione aprioristica nell'incontro con l'altro caratterizzata da timori di dominio potestativo di un “infedele” su un “fedele”, bensì la necessità di un popolo di conservare la propria identità culturale e religiosa in situazioni che lo hanno sempre visto porsi come minoranza etnica.

Siffatta esigenza di conservazione identitaria si rinviene ancora più netta se si considerano gli effetti delle nozze celebrate in contravvenzione al divieto. In primo luogo, circa l'atto matrimoniale in sé, questo risulta nullo così che la eventuale convivenza che si instaura è considerata alla stregua di una mera unione di fatto, *more uxore*⁴⁷, improduttiva di effetti sul piano giuridico⁴⁸. Di qui, tra i due c.d. contraenti non sorgeranno tutte

44 L. MONTERA, *Il diritto di famiglia nella comparazione tra il diritto italiano ed il diritto ebraico*, in *Comparazione e diritto civile*, www.comparazionedirittocivile.it 2014, p. 45.

45 Cfr. A. MORDECHAI RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico*, cit., p. 96 e, allo stesso modo L. MONTERA, *Elementi di diritto di famiglia ebraico*, cit., p. 3, afferma: «Lo scopo di questa piccola unità sociale è quella di trasmettere e tutelare la tradizione ebraica, e sposarsi [...] è *mizvah*, comandamento».

46 V. PACILLO, V. PACILLO, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, p. 68, che spiega come: «La Torà afferma infatti che l'uomo si realizza nella relazione, cioè nel dono di sé all'altro, e che proprio in virtù di questo sta la sua somiglianza con Dio». Per approfondire ulteriormente il discorso sul matrimonio ebraico si consenta nuovamente il rimando a: P. LOBIATI, *Riflessioni sul matrimonio nel diritto ebraico*, cit., p. 24-28.

47 Maimonide, M.T., *Hilchot Isuré Bià* 12, 2: «La Torà ha proibito tali unioni soltanto in via matrimoniale, ma i Maestri hanno stabilito che chi ha un rapporto casuale con una non ebrea è passibile di una percossa per la ribellione».

48 Cfr. A. MORDECHAI RABELLO, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, cit., p. 32: «È anche da notare che il *Talmud* ha dedotto da quel passaggio del Deuteronomio che tali unioni, tra un ebreo e un non-ebreo, non hanno alcun valore dal punto di vista di unione matrimoniale, ma sono da considerare come semplici unioni di fatto che non cambiano lo status giuridico dell'individuo».

quelle obbligazioni morali e patrimoniali che si darebbero in caso di *iustae nuptiae*, anche se il Tribunale, prendendo atto di questa condizione, non decreta mai la separazione delle parti, differenziandosi dal diritto islamico. In secondo luogo, per quanto concerne la prole, sulla base del principio giuridico comunemente accettato nel mondo antico, i figli nati in condizione esterna rispetto al matrimonio – definita nel diritto romano *concubinatum* – seguono la condizione e lo *status* della madre, così che in caso di nozze tra ebrea e non ebreo la prole sarà considerata appartenente al popolo ebraico, in caso contrario vi sarà necessità di “conversione” della stessa perché possa essere iscritta al Popolo di Israele.

Il divieto, per quanto rigido, è comunque non assoluto, dal momento che vede venir meno la propria urgenza con la conversione del coniuge non ebreo, conversione che però deve, secondo il Talmud, avvenire primariamente per desiderio di entrare a far parte del Popolo dell’Alleanza e non meramente a scopo matrimoniale⁴⁹. Ancora una volta, emerge la ragione sottostante alla norma di mantenere salda l’identità del popolo anche attraverso la circospezione nei confronti delle conversioni motivate solo da intento nuziale. Ciò, però, non significa che l’ebraismo non si interroghi sulla difficoltà derivante dal concertarsi di queste norme con la situazione multiculturale attuale, ove la nascita di coppie miste è un dato in costante crescita. Di qui, l’unica soluzione che si profila come possibile è quella di rinvenire degli argomenti idonei a sostenere le conversioni, comunque imprescindibili per celebrare un matrimonio religiosamente valido – e nello stato di Israele anche civilmente⁵⁰ –, a motivo religioso, sforzo che viene costantemente attuato nei *responsa*, attraverso più argomenti che sono accomunati dal bilanciamento di interessi. In altri termini, viene considerato meno grave accettare una conversione per motivi c.d. futili o secondari⁵¹ – considerandosi come

49 In argomento spiega A. MORDECHAI RABELLO, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, cit., p. 34: «Ci troviamo di fronte ad un problema dovuto al divieto, almeno a priori, stabilito dal Talmud, di accogliere come proseguita chi desideri convertirsi per poter sposare una ebrea; la conversione deve essere infatti voluta per osservare i precetti del signore e venire a far parte del popolo ebraico».

50 È da sottolinearsi che in primo luogo, se si cerca di delimitare l’ambito di cogenza delle norme che regolano il coniugio degli ebrei, è chiaro che ci si trova di fronte ad un diritto che ricopre nello stesso tempo valore territoriale-nazionale e personale. Infatti, come si è già richiamato, per gli ebrei residenti nello Stato di Israele in materia di matrimonio e divorzio vige il c.d. diritto ebraico, tanto che la Legge sulla competenza dei Tribunali Rabbinici (matrimonio e divorzio) del 1953 stabilisce sia che la conoscenza delle questioni relative a matrimoni e divorzi è demandata ai Tribunali Rabbinici, sia che le norme applicabili da questi sono quelle della *Torah* (P. LOBIATI, *Riflessioni sul matrimonio nel diritto ebraico*, cit., p. 17).

51 In argomento Sh. A., Joré Deà, 268, 12: «Se non hanno verificato per quale motivo si voleva convertire o se non gli hanno fatto presente il premio e la punizione per le mizvot, e si è circosciso

primario il voler appartenere al popolo ebraico –, piuttosto che incombere in pericoli maggiori derivanti da una coabitazione, considerata religiosamente *more uxoreo*, con un non appartenente all'ebraismo⁵².

Si può concludere asserendo, quindi, che nel diritto ebraico la normativa sui matrimoni misti è sottoposta a due spinte opposte ed irrinunciabili: da un lato la necessità di non trasgredire ad un comando divino volto alla tutela del popolo, dall'altro la constatazione del mutamento sociale che porta ad una costante ricerca di soluzioni, *de iure condendo*, che possano permettere di salvaguardare la peculiarità del sistema giuridico senza però chiudere i suoi appartenenti in una condizione che risulterebbe avulsa dalla realtà contemporanea.

3. L'IMPEDIMENTO DI DISPARITÀ DI CULTO NEL DIRITTO CANONICO

Nel diritto canonico, a norma del can. 1086⁵³, l'impedimento di disparità di culto stabilisce l'invalidità del matrimonio contratto tra un cattolico e un non battezzato⁵⁴. A dire il vero la normativa della Chiesa conosce due forme di matrimoni tra appartenenti a confessioni religiose diverse. Il primo caso quello dei c.d. "matrimoni dispari" a cui consegue l'invalidità del matrimonio contratto qualora non sia dispensato perché celebrato in presenza dell'impedimento di disparità di culto (can. 1086); il secondo, quello dei c.d. "matrimoni misti", ossia contratti tra due battezzati appartenenti a confessioni diverse, cui consegue la semplice illiceità, qualora manchi la licenza dell'Ordinario a contrarre tale genere di nozze⁵⁵.

ed ha fatto la *tevilà* di fronte a tre ebrei adulti è un *gher* anche se si scopre che si è convertito per un motivo futile, dato che si è circonciso ed ha fatto la *tevilà*».

52 Ad approfondire e spiegare è A. MORDECHAI RABELLO, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, cit., p. 36-42 che rinvia sette argomenti e conclude mettendo in luce la problematica della c.d. assimilazione in una società ebraicamente debole.

53 Per un maggior approfondimento si consenta il rimando a: P. LOBIATI, *L'impedimento di disparità di culto: una proposta ermeneutica*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 2021-22, 136-137, p. 197-261, di cui la presente parte del contrinuto è una riduzione.

54 Invero è da sottolinearsi che nel linguaggio comune di tratta di c.d. matrimoni misti, ma nel caso devono porsi alcune premesse terminologiche. Infatti la confusione nasce dal testo di PAOLO VI, *Matrimonia mixta*, 31 Martii 1970, in *AAS* 62 (1970), p. 257 ove si afferma: «*Matrimonia mixta, id est matrimonia inita a parte catholica cum parte acatholica sive baptizata sive non*».

55 In argomento è da richiamarsi lo studio di G.P. MONTINI, *I matrimoni tra una parte cattolica ed una parte non battezzata. La questione terminologica*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2011, 24. L'a. alle p. 261-264 analizza nel Codice vigente le sette volte in cui compare l'espressione *matrimo-*

Fin dalle origini la Chiesa ha recepito le istanze endogamiche dell'ebraismo in seno al quale si formava il Cristianesimo sul modo di guardare all'endogamia, ma con una ragione differente, ossia tutelare il coniuge cristiano avverso eventuali problematiche di matrice religiosa che avessero potuto turbare la pace domestica. Deve peraltro segnalarsi come, nel momento in cui la Chiesa nascente vedeva nel suo seno un esiguo numero di battezzati, l'apostolo Paolo sia arrivato ad esortare affinché, nel caso di matrimonio tra un cristiano ed un non cristiano, il battezzato, attraverso il suo impegno e la preghiera, fosse strumento di conversione per l'altro coniuge⁵⁶.

Il percorso storico, segnato da vicende alterne e modificazioni della disciplina, con la codificazione piano-benedettina vide una normazione dei matrimoni tra cattolici e non cattolici attraverso due ragioni differenti, ossia quella dell'impedimento dirimente per i matrimoni segnati da "pluralismo esogeno", ovvero quella dell'impedimento proibente per quelli segnati da "pluralismo endogeno"⁵⁷. Infatti, il can. 1060 proibiva, soltanto per quel che concerneva la liceità senza inficiarne la validità, il matrimonio tra cattolici ed appartenenti ad altra confessione cristiana; mentre il can. 1070 dichiarava la nullità del matrimonio tra cattolici e non battezzati, così continuando la tradizione della natura dirimente della proibizione. Si può sostenere, con la più consolidata dottrina, che questa norma rende ragione delle varie sfaccettature che presenta il matrimonio di appartenenti a diverse confessioni religiose. Infatti, la legge regola in modo differente anche le due fattispecie diverse, fermo restando un principio di "radicale diffidenza" che guidava l'intera normativa⁵⁸. Tale regolamento permane nel codice

nia mixta, rinvenendo che non poche volte: «Benché comunemente si creda che nella maggioranza dei casi il canone si applicherà per un matrimonio tra parti battezzate, *matrimonium mixtum* comprende nel canone menzionato a pari e del tutto propriamente anche il matrimonio tra parte cattolica e parte non battezzata».

56 In questo senso è da leggere il testo di 1 Cor 7, 12-14. Accanto a questo passo, tuttavia non può non rilevarsi come in altri passi dello stesso apostolo emerga chiaro, invece, un intento che auspica la separazione totale dei cristiani dai pagani, (2Cor 6, 14-18) Cfr. P. ERDÖ, *I matrimoni misti nella loro evoluzione storica*, in *I matrimoni misti*, Città del Vaticano, 1998, p. 13-14. Inoltre cfr. P. LOBIATI, *L'impedimento di disparità di culto: una proposta ermeneutica*, cit., p. 204.

57 Questa dizione, adottata da M. L. TACELLI, *I matrimoni misti*, in *La giurisprudenza della Rota Romana sul matrimonio*, Città del Vaticano, 2010, p. 194 rende merito sia della divisione che caratterizza l'invalidità o l'illiceità della tipologia di coniugio, ma anche della grande differenziazione all'interno delle due categorie. La terminologia è mutuata da G. DELLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Torino, 2007, p. 4.

58 Cfr. P. MONETA, *Il matrimonio tra persone di diversa fede religiosa*, in *Communitas vitae et amoris*, Pisa, 2013, p. 156: «La disciplina allora vigente sui matrimoni misti si poneva in contrasto indubbiamente con i principi ora delineati: sia per l'impostazione generale, improntata ad una radicale diffidenza verso tutto ciò che si pone al di fuori della Chiesa, sia per diverse determinazioni

Giovanneo Paolino nei can. 1086 e 1124 e, secondo parte della dottrina risulterebbe in contrasto con il diritto alle nozze – e più in generale con il diritto alla libertà nella scelta dello stato di vita – sancito nel can. 1058. I sostenitori della obsolescenza della norma prendono le mosse dal forte indifferentismo religioso, affermando la non necessità di coartare il diritto al matrimonio a una causa della differenza di religione, la quale non sembrerebbe pregiudicare l'instaurazione di una comunità di vita e di amore⁵⁹.

Ciò premesso se si considera la disciplina generale degli impedimenti matrimoniali nel diritto canonico, risulta chiaro che la compressione del diritto al matrimonio debba sottostare alla esistenza di una *ratio*, la cui forza sia tale da giustificare la limitazione⁶⁰. Tuttavia nel caso in specie, atteso che tale impedimento limita il diritto al matrimonio dei cattolici rispetto a molte categorie di persone – quelle non battezzate – ⁶¹, la motivazione che lo sorregge deve necessariamente esprimere una forza tale da qualificarsi come fondamentale. È comunque bene precisare che non è possibile trattare di compressione *tout court* ed in modo assoluto del diritto in esame, quanto piuttosto di una limitazione alla modalità concreta di esercizio dello stesso. Si tratta, quindi, di comprendere quale sia il bene che il Legislatore vuole tutelare attraverso il disposto in esame. Infatti, se non può sottacersi che ci si trovi di fronte ad una compressione del *ius connubii* per esigenze che, da

particolari che non tenevano in alcun conto le esigenze di coscienza di colui che professa un diverso credo religioso».

59 Cfr. P. MONETA, *Il diritto al matrimonio*, in *Diritto Matrimoniale Canonico*, vol. 1, Città del Vaticano, 2002, p. 202: «Sembra difficile ritenere che la differenza di religione costituisca, di per se stessa, una circostanza di gravità tale da incidere sulla capacità matrimoniale di due soggetti, pregiudicando, in linea di principio, il *totius vitae consortium*». Al contrario altra dottrina ritiene che: «Pur convenendo che, oggi, all'espressione integrazione sarebbe opportuno sostituire pluralismo, per evocare il diritto di religioni diversi di insistere sul medesimo territorio (condizione questa storicamente sempre verificatasi), non si può, tuttavia, ignorare la difficoltà di coesistenza, all'interno dello stesso paese, di due culture globali esistenti [...]. Non è possibile, infatti, pensare all'impronta spirituale di una famiglia mista o all'educazione degli eventuali figli, se non si parte dalla consapevolezza della propria vita di fede e dal desiderio di testimoniarla e donarla» (F. LA CAMERA, *Ossimori impliciti e tautologie esplicite nella disciplina della dispensa da disparitas cultus tra cattolici e islamici*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, novembre 2008., p. 3. 21).

60 La dottrina maggioritaria afferma che nel caso in questione siano da bilanciare da un lato il diritto del fedele al matrimonio e dall'altro la tutela della fede del medesimo (Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, Milano, 2014, p. 55).

61 Si mette in luce infatti che da una breve scorsa agli impedimenti attualmente normati nel Codice si possa rilevare che questi o presuppongano un'antecedente scelta volontaria di vita che comportasse l'esclusione del matrimonio – come nel caso dell'*impedimentum ordinis ac voti* - ovvero riguardino un cerchio molto ristretto di persone così che i soggetti passivi dell'impedimento siano soltanto i quanti siano uniti da peculiari vincoli scaturenti dalla situazione oggettiva o pratica che segna lo stesso impedimento, così che l'efficacia di questo si estenda ad un numero limitato di persone (Cfr. U. NAVARRETE, *Disparitas cultus*, in *Diritto Matrimoniale Canonico*, vol. 1, cit, p. 518 ss.).

parte della dottrina, vengono qualificate come “legate alla fede”⁶², è innegabile che si debba rinvenire una risposta che rientri nel c.d. “piano della giustizia”, non limitandosi a quello della opportunità o convenienza⁶³.

Non mancano autori che rinvergono, e limitano, la *ratio* della norma al fatto che, essendo il matrimonio un sacramento soltanto qualora celebrato tra due battezzati, la celebrazione di questo con un non battezzato priverebbe il cristiano della forza scaturente dalla grazia sacramentale⁶⁴. In questo caso il disposto inabilitante si configurerebbe quale applicazione concreta del dovere dei Pastori di offrire ai fedeli tutti i mezzi necessari, tra i quali svettano i sacramenti, per condurli alla salvezza dell’anima, di cui al ca. 213⁶⁵. Tuttavia, pur se fondamentale ed originaria, la citata ragione c.d. sacramentale non risulta l’unica fonte atta a giustificare la normativa.

Si può dunque, per ora, sottolineare che, nel caso dell’impedimento in esame, fin dalle sue origini la Chiesa abbia sempre tenuto in conto, e nello stesso tempo temperato, due dimensioni giuridiche fondamentali del fedele: da un lato il diritto al matrimonio, collocantesi sul piano naturale – e di per sé quindi facente parte del diritto divino –, e dall’altro quello degli “specifici precetti di diritti divino”, in questo caso positivo, afferenti al *bonum* del cammino di fede di tutti i componenti del nucleo familiare che si costituisce con il matrimonio⁶⁶. Si può, dunque, affermare che se da

62 C. J. ERRAZURIZ, *I matrimoni misti: approccio interordinamentale e dimensioni di giustizia*, in *Ius Ecclesiae*, 2000, 17, p. 225. L’a., riprendendo altra dottrina, si pone una serie di domande che fungano da guida allo studio: «Si può sostenere che in virtù del battesimo tale esercizio possa essere legittimamente limitato dalla chiesa per esigenze legate alla fede?».

63 *Ibid.* L’a. rinviene la necessità di armonizzare le esigenze di diritto naturale – quale è il *ius connubii* – con quelle riguardanti il bene della fede di tutti i membri della famiglia. Spiega che: «L’affermazione di entrambe queste dimensioni di giustizia non pone speciali problemi; più ardua è invece la questione di armonizzarle nel caso in cui il fedele voglia esercitare il suo *ius connubii* senza rispettare le esigenze di tutela della propria fede e dei figli».

64 Per approfondire vedi: P. LOBIATI, *L’impedimento di disparità di culto: una proposta ermeneutica*, cit., p. 220-225.

65 Cfr. P. LOBIATI, *L’impedimento di disparità di culto: una proposta ermeneutica*, cit., p. 224: «Siffatto presupposto si traduce in una vera e propria forma di obbligo – e non solo di diritto – della Chiesa e dei pastori, cui compito è provvedere al bene dei fedeli fornendo loro tutti i mezzi necessari per la salvezza (can. 213), di esercitare la propria giurisdizione – oltre che regolamentazione per mezzo delle norme universali e particolari – su quei matrimoni che interessano anche un solo battezzato dei due coniugi, così che anche l’impedimento di cui si tratta deve essere incluso in tale ragione fondamentale».

66 La dottrina più recente arriva a vedere in entrambi questi diritti due dimensioni di giustizia che devono essere costantemente temperate, così da rileggere all’interno dell’evoluzione normativa sull’impedimento una dinamica tra la dimensione giuridica naturale e soprannaturale dell’istituto matrimoniale (Cfr. C. J. ERRAZURIZ, *I matrimoni misti*, cit., p. 225-226). L’a., infatti, enunciati i due diritti di cui sopra, afferma: «L’affermazione di entrambe queste dimensioni di giustizia non pone

un lato la mancanza della dimensione sacramentale in atto del matrimonio dispari porta con sé dei risvolti non secondari all'interno della concreta vita quotidiana della coppia, nello stesso tempo siffatti risvolti, da cui possono derivare quelle diversità e difficoltà pratiche nella gestione della suddetta quotidianità della vita coniugale, rischiano di essere pacificati e ricomposti attraverso una costante cessione reciproca dei propri valori fondamentali⁶⁷. Ne scaturisce, così, il forte rischio di indifferentismo religioso⁶⁸, da comprendersi quale mancata possibilità, o volontà, di porre in essere un percorso di coppia dinamico ed arricchente a livello reciproco, poiché privato della dimensione antropologica della fede che viene intesa più come un ostacolo che come una esigenza strutturale della coppia.

3.1 LE PROMISSIONES QUALE CHIAVE ERMENEUTICA DELL'IMPEDIMENTO

A fornire la migliore comprensione del motivo sottostante l'impedimento sono le c.d. promesse cui è tenuta la parte cattolica per ottenere la dispensa alla celebrazione di un matrimonio dispari.

Il punto di partenza è che, nonostante la sua radice nel diritto divino, l'impedimento di disparità di culto è considerato di diritto ecclesiastico. Fondato sull'obbligo del battezzato di salvaguardare il dono della fede, esso, a norma del §2 del canone 1086, può cessare per mezzo della dispensa, concessa una volta prestate le *promissiones* di cui ai cann. 1125 -1126, medesime richieste anche nei casi di matrimoni misti⁶⁹.

speciali problemi: più ardua è invece la questione di armonizzarle nel caso in cui il fedele voglia esercitare il suo *ius connubii* senza rispettare le esigenze di tutela della fede propria e dei figli».

67 Non a caso sottolinea la dottrina che le difficoltà di cui si è sopra trattato «sono più accentuate quanto più fervorosamente ciascuno dei due sposi voglia vivere la propria religione. Se i valori contano poco per loro nessuno dei due si preoccuperà molto del fatto che l'altro non viva secondo quello che egli ritiene la verità» (U. NAVARRETE, *Matrimoni misti: conflitto tra diritto naturale e teologia?*, cit., p. 280 s.). Pur considerando questo elemento non si può, poi, prescindere dalla dimensione antropologica del bene dei coniugi quale espressione di elemento di diritto naturale che si concretizza nella pari dignità. In argomento si veda: A. Sammassimo, *L'esclusione del bonum coniugum.: alcune considerazioni a margine della sentenza coram Caberletti del 21 marzo 2013*, in *Studi in onore di mons. Giordano Caberletti*, cit., p. 379, ove commentando una sentenza del 2013 si riprende la posizione dottrinale «e giurisprudenziale che identifica il *bonum coniugum* con l'amore coniugale o, comunque, considera i suddetti concetti strettamente connessi se non, addirittura, interdipendenti in quanto entrambi espressione di quella visione personalistica del matrimonio che il Concilio Vaticano II ha voluto valorizzare».

68 Cfr. *Ibid.*: «Anche per la comunità ecclesiale il moltiplicarsi dei matrimoni misti comporta di per sé un certo rischio di fomentare l'indifferentismo religioso».

69 Recita il testo del canone: «§ 1. *Matrimonium inter duas personas, quarum altera sit baptizata*

Affinché essa sia valida, dal punto di vista soggettivo è richiesto che sia emanata dall'autorità idonea – ossia l'Ordinario del luogo –, mentre dal punto di vista oggettivo è necessario da una parte rifarsi alla disciplina generale sulla dispensa⁷⁰ e, dall'altra, alle statuizioni dettate dai can. 1125 e 1126. Circa il secondo requisito, non manca dottrina secondo la quale il mancato espletamento delle condizioni di cui al can. 1125 è da considerarsi solamente per la liceità, così che la omissione di queste non sia sufficiente a configurare l'invalidità dell'atto autoritativo⁷¹. Ciò nonostante, visto il

in Ecclesia catholica vel in eandem recepta, et altera non baptizata, invalidum est. § 2. Ab hoc impedimento ne dispensetur, nisi impletis condicionibus de quibus in can. 1125 et 1126» Questa forma del canone, a dire il vero non corrisponde al testo promulgato nel 1983, nel quale compariva anche l'espressione «*nec actu formali ab ea defecerit*», così che si poteva, allora sostenere, che rispetto al CIC '17 l'ambito di applicazione dell'impedimento era stato ristretto ai soli battezzati nella Chiesa cattolica od in essa accolti e che non 'avessero abbandonata con atto formale (Cfr. A. D'AURIA, *Gli impedimenti matrimoniali*, Città del Vaticano, 2007, p. 106). Invero, tale inciso fu abrogato con le modifiche al Codice apportate da BENEDETTO XVI con il MP *Omnium in mentem*, del 29 Ottobre 2009, al cui art. 3 si stabilisce: «*Textus can. 1086, § 1 Codicis Iuris Canonici sic immutatur: “Matrimonium inter duas personas, quarum altera sit baptizata in Ecclesia catholica vel in eandem recepta, et altera non baptizata, invalidum est”*».

70 Per la dispensa si rimanda allo studio dei cann. 85-93, contenuti nel Libro I, titolo IV sugli atti amministrativi singolari. In Particolare V. DE PAOLIS – A. D'AURIA, *Le norme generali*, Città del Vaticano, 2008, p. 240-263. Interessante, a p. 240, come definito l'istituto, ossia «lo strumento giuridico attraverso il quale l'ordinamento mitiga il rigore della norma emanata per la generalità dei casi, adattandola alle situazioni concrete e alle esigenze delle singole fattispecie, togliendole il valore obbligatorio». Ancora di più, circa la *ratio* dell'istituto: «Può darsi il caso che un soggetto si ritrovi in determinate condizioni per cui seguire la legge nel suo disposto precettivo non realizzi quel bene che è il fine proprio della legge, anzi si possa ritorcere a grave danno dello stesso».

71 Così ad es G. BONI, *Disciplina canonica universale circa il matrimonio tra cattolici ed islamici*, in *Il matrimonio tra cattolici ed islamici*, cit., p. 57: «Inoltre, per la liceità della dispensa [...] il Codice giovanneo-paolino, modificando incisivamente le prescrizioni racchiuse nella codificazione del 1917, dispone che la parte cattolica deve dichiararsi pronta ad allontanare i pericoli di abbandonare la fede e promettere sinceramente di fare quanto in suo potere perché i figli siano battezzati». Dello stesso avviso U. NAVARRETE, *L'impedimento di disparitas cultus*, cit., p. 132 s. L'a. prende le mosse dalla normativa del codice previgente, in base alla quale: «Secondo la dottrina le cauzioni, almeno equipollenti, erano un requisito necessario per la validità della dispensa degli impedimenti di mista religione e di disparità di culto». Spiega poi che, attualmente: «Le condizioni prescritte debbono essere adempiute per la legittima concessione della dispensa, ma la loro omissione di per sé sola non comporta l'invalidità della dispensa». Spiega anche R. NAVARRO VALLS, *I matrimoni misti*, in P. LOMBARDIA – J. ARRIETA (a cura di), *Codice di diritto canonico*, Roma, 1987, p. 809 s.: «Sembra che la sua validità sia soltanto sottoposta all'esistenza di un giusto e ragionevole motivo, cosicché subentrando questo motivo, il permesso concesso è valido, anche se di fatto non vengono fornite le garanzie ricordate in questo stesso canone. Nell'interpretazione del M.P. *Matrimonia mixta* la dottrina era incerta se le garanzie o promesse che dovevano essere date condizionavano la validità della dispensa già data; tuttavia, dal testo del canone 1125 sembra possa ridursi che non si possono esigere per la validità del permesso, poiché la particella *si* è soltanto *anteposta al giusto e ragionevole motivo*». Infine L. CHIAPPETTA, *Il Codice di diritto canonico, commento giuridico pastorale*, V. 2, Bologna, 2011, p. 323: «Sono inoltre da osservare previamente, che senza dubbio obbligano per sé *sub gravi* e sono sempre necessarie, ma non sono *ad validitatem*, considerando il testo del canone, per cui, se omesse, la concessione della licenza è da considerarsi valida».

valore ermeneutico che si attribuisce alle *promissiones*, parte della dottrina – suffragata anche da giurisprudenza – sottolinea che possano e debbano considerarsi giusta e ragionevole causa in virtù della quale la parte battezzata ottiene la deroga alla norma invalidante⁷².

Come richiamato dal can. 1125, la causa per cui la dispensa può essere concessa deve essere giusta e ragionevole, così che l'autorità concedente deve valutare, nel modo più razionale ed obiettivo possibile, la sussistenza di una motivazione seria che possa spingere alla concessione del provvedimento. C'è chi rinviene la giusta causa nel fatto che le parti si presentano all'autorità con la volontà di sposarsi e, qualora non ottengano la dispensa, sono disposte ad adire l'autorità civile per celebrare la loro unione: ne consegue che, per evitare maggiori inconvenienti, si debba tollerare tale matrimonio canonico⁷³.

In secondo luogo l'Ordinario deve valutare che siano state espletate le condizioni descritte nei can. 1125 e 1126, così riprendendo la normativa previgente sulle c.d. *cautiones*, pur trattandosi ora di promesse⁷⁴.

L'oggetto di tali promesse si compone di una serie di atti che vedono la parte cattolica come soggetto attivo, mentre quella non cattolica come soggetto passivo, cui non è richiesta nessuna sorta di attività. La dottrina intravede nelle condizioni – promesse – sia il rispetto di tutti i principi teologici e naturali che caratterizzano il matrimonio interreligioso⁷⁵, sia lo

72 Per questa tesi propende ad es. M. BUCCIERO, *I matrimoni misti*, Roma, 1996, p. 134 che ritiene i suddetti autori: «è probabile che siano caduti in errore interpretando il canone alla luce del testo del *motu proprio Matrimonia Mixta* che ne è la fonte diretta, nel quale effettivamente tali condizioni non possono essere considerate *ad validitatem*».

73 Non si è voluto con questa affermazione dare una visione troppo semplicistica della situazione, dal momento che è chiaro che in ogni modo dovrà essere valutato ogni singolo caso a partire dalla religione di appartenenza della parte non cristiana e della disposizione di questa a premettere che il futuro coniuge possa continuare nel proprio cammino di fede. Da queste valutazioni l'autorità può anche arrivare a definire che sia meglio tollerare, al contrario, il semplice matrimonio civile (Cfr. U. NAVARRETE, *Disparita cultus*, cit., p. 533).

74 Ecco il testo dei canoni richiamati: Can. 1125: «L'Ordinario del luogo, se vi è una causa giusta e ragionevole, può concedere tale licenza; ma non la conceda se non dopo il compimento delle seguenti condizioni: 1) la parte cattolica si dichiari pronta ad allontanare i pericoli di abbandonare la fede e prometta sinceramente di fare quanto è in suo potere perché tutti i figli siano battezzati ed educati nella Chiesa cattolica; 2) di queste promesse che deve fare la parte cattolica, sia tempestivamente informata l'altra parte, così che consti che questa è realmente consapevole della promessa e dell'obbligo della parte cattolica; 3) entrambe le parti siano istruite sui fini e le proprietà essenziali del matrimonio, che non devono essere escluse da nessuno dei due contraenti».

Can. 1126: «Spetta alla conferenza Episcopale sia stabilire il modo in cui devono essere fatte tali dichiarazioni e promesse, sempre necessarie, sia determinare la forma mediante la quale di esse consti nel foro esterno e la parte non cattolica ne sia informata».

75 In questo modo si esprime G. P. MONTINI, *Le garanzie o "cauzioni" nei matrimoni misti*, in

strumento attraverso cui si potrà incarnare la norma generale ed astratta nel concreto vissuto della singola coppia, segnata da disparità di culto, che vuole formalizzare attraverso il matrimonio il proprio rapporto⁷⁶. È naturale che esse investano in modo attivo il nubendo battezzato nella Chiesa cattolica, poiché attuano il dovere di giustizia del fedele a contrarre un valido – e fruttuoso – matrimonio, correlato al diritto dello stesso di contrarre e della Chiesa di tutelare la salvezza dei propri appartenenti⁷⁷.

Nella normativa previgente⁷⁸, al contrario, la maggior parte delle *cautiones* dovevano essere attuate dalla parte acattolica, ma a partire dall'Istruzione *Matrimonii sacramentum* del 1966, a questa non viene più richiesta la *cautio* di cui al can. 1061, ma si sottolinea che debba soltanto essere istruita sulla dottrina cattolica del matrimonio⁷⁹.

Quaderni di diritto ecclesiale, 1992, 5 p. 287, che, riportato il testo del canone, spiega: «Appare evidente lo sforzo che il legislatore ha compiuto per enucleare in questo canone una prassi normativa che rispettasse tutti principi teologici e naturali coinvolti nel matrimonio misto: sia quelli che per se sono destinati a favorire il matrimonio misto (ecumenismo, diritto naturale al matrimonio), sia quelli che per se sono destinati a impedirlo (dovere di evitare pericoli per la propria fede, contrasto nell'educazione dei figli)».

76 In argomento S. BERLINGÒ, *La natura canonica dei matrimoni misti*, in *Ius Canonicum, Volumen Especial* 1999, p. 873 s., partendo dall'attività delle singole conferenze episcopali sulla preparazione delle promesse: «Questa valorizzazione della normativa e della prassi delle chiese particolari non può essere, d'altronde, sottovalutata o intesa come riferita a semplici adempimenti esteriori, perché in forza di essa le chiese particolari e le conferenze episcopali hanno avviato una serie non trascurabile di importanti iniziative. [...] Un esercizio discreto e fedele del potere di dispensa o di licenza può risultare di grande utilità al fine di tenere conto non solo delle diverse condizioni dei nubendi, ma altresì delle differenti circostanze di tempo e luogo di distinti rapporti inter religiosi e interconfessionali».

77 Cfr. C. J. ERRAZURIZ, *I matrimoni misti: approccio interordinamentale e dimensioni di giustizia*, cit., 233: «In questa esigenza si scorge un dovere di giustizia da parte del fedele, un dovere correlativo a dei diritti, spettanti alla chiesa e a tutti gli altri fedeli nel caso della conservazione della propria fede, e alla prole per quel che riguarda il battesimo e l'educazione cattolica nell'ambito della famiglia». Non a caso J. T. MARTÍN DE AGAR, *Le competenze della conferenza episcopale: cc. 1126 e 1127 §2*, in *I matrimoni misti*, cit., p. 156, conclude il proprio contributo osservando che: «Il problema delle differenze religiose si pone in maniera particolarmente concreta e ineludibile nei matrimoni misti. La Chiesa, attraverso un più preciso inquadramento delle esigenze emananti dal diritto divino, continua in modo aperto e adeguato ai segni dei tempi nella ricerca di soluzioni valide che, mentre rispettano tali esigenze, vengono incontro alle legittime richieste di chi non è cattolico».

78 Per completezza è bene riportare il can. 1061 del Codice piano benedettino che afferma: «*Ecclesia super impedimento mixtae i religionis non dispensat, nisi: 1° Urgeant iustae ac graves causae; 2° Cautionem praestiterit coniux acatholicus de amovendo a coniuge catholico perversionis periculo, et uterque coniux de universa prole catholice tantum baptizanda et educanda; 3° Moralis habeatur certitudo de cautionum implemento. §2. Cautiones regulariter in scriptis exigantur*». Il canone richiedeva la certezza morale del compimento delle medesime, ossia della c.d. sincerità, e che fossero prestate per iscritto.

79 Congregazione per la dottrina della fede, *Instructio Matrimonii Sacramentum*, I, 3: «*Pars acatholica, debita cum observantia, sed claro modo certior facienda est de catholica doctrina circa matrimonii dignitatem, maxime autem circa eius praecipuas proprietates, quae sunt unitas et indissolubilitas*.

L'obbligo che permane in seno alla parte cattolica è la dichiarazione con la quale si impegna a rimuovere il pericolo di abbandonare la fede e la promessa sincera di battezzare ed educare la prole nella Chiesa cattolica. In base alla terminologia usata emerge che si tratta di due realtà non assimilabili tra di loro poiché non poste sullo stesso livello⁸⁰. Infatti, per quanto concerne il pericolo di abbandonare la fede, la parte cattolica si deve dichiarare pronta ad allontanarlo, mentre per quanto concerne la prole deve compiere quanto in suo potere perché essa sia battezzata ed educata nella fede.

Circa la dichiarazione riguardante la propria fede, è bene mettere in luce che secondo la dottrina, l'obbligo di rifuggire il pericolo di abbandonare la fede, oggetto della medesima, è diritto divino⁸¹. Per questo⁸², qualora non vi sia siffatta volontà, almeno implicita, di impegno, il cattolico risulta moralmente obbligato alla rinuncia alle nozze⁸³. Invero, in queste asseverazioni, non è da rinvenirsi alcuna forma di chiusura apologetica, ma l'attenzione al futuro della coppia ed alla tutela della libertà del cattolico di esprimere la dimensione della fede a lui connaturata⁸⁴: in altri termini si vuole impedire che quel particolare matrimonio sia privo del c.d. bene dei coniugi, inteso come possibilità di vivere la dimensione duale di parità. Inoltre, il fatto che le promesse sono ora richieste soltanto alla parte cattolica, mostra che questa è l'unica, delle due, tenuta moralmente ad allontanare

Eidem parti nota fieri debet gravis coniugis catholici obligatio tutandi, servandi, profitendi propriam fidem, in eaque baptizandi et educandi prolem forte nascituram». In AAS 1966, 58, p. 237. Successivamente, nel 1970, il M.P. Matrimonia mixta, ai nn. 5 e 6, ribadisce che non sono richieste cautiones alla parte acattolica, mentre entrambe devono essere informate degli obblighi e della natura del matrimonio nella Chiesa Cattolica.

80 Ricorda V. DE PAOLIS, *I matrimoni misti*, cit., p. 152: «La riflessione successiva cercherà però di distinguere i due obblighi, la preservazione della fede e l'educazione cattolica; essi non possono essere posti sullo stesso livello», ciò a differenza di quanto avveniva precedentemente.

81 Al contrario, la dichiarazione stessa ne è «l'involucro», così da essere qualificabile come di diritto ecclesiastico. Così si può leggere in J. F. CASTANO, *il sacramento del matrimonio*, Roma, 1994, p. 494.

82 Cfr. G. P. MONTINI, *Le garanzie o "cauzioni" nei matrimoni misti*, cit., p. 289: *Secondo l'a. proprio poiché trattasi di obbligo di diritto divino—assoluto, da cui nessuna autorità e per nessuna ragione ha la potestà di dispensare, conseguenza logica è che: «Qualora il pericolo fosse "presente", le nozze miste sono proibite per diritto divino, senza possibilità di alcuna licenza o dispensa».*

83 Cfr. J. PRADER, *Il diritto matrimoniale islamico e il problema del matrimonio fra donna cattolica e musulmano*, in *Migrazioni e diritto ecclesiale. La pastorale della mobilità umana nel nuovo Codice di diritto canonico*, Padova, 1992, p. 163: «L'obbligo della conservazione della fede è assoluto e non vi può essere alcuna causa che esoneri la parte cattolica da tale obbligo, per cui non gli è mai lecito esporsi a pericolo prossimo di abbandonare la fede. Se nelle circostanze concrete tale pericolo fosse in atto, la dispensa non potrebbe essere accordata lecitamente».

84 Ciò per il fatto che è «vietato il matrimonio per legge divina ed essendo leso il diritto fondamentale della persona umana, la libertà di coscienza e della professione della propria fede» (*Ibid.*).

il pericolo di abbandono della fede⁸⁵. In questo modo risultano, per di più, applicati anche i principi ecumenici del Concilio sulla libertà religiosa⁸⁶, specialmente quelli riportati nella dichiarazione *Dignitatis Humanae*, ove al n. 5 si ribadisce che in ogni famiglia deve essere mantenuta, da parte dei singoli componenti, la possibilità di professare la propria fede⁸⁷.

Per quanto concerne la questione del battesimo e della educazione cattolica dei figli, che urge sulla parte battezzata in virtù dell'obbligo di cui al can. 793, è da rilevarsi che, dal punto di vista pratico sorgono le maggiori difficoltà⁸⁸. Infatti, considerata la possibile mancata educazione dei figli secondo i dettami della Chiesa quale pericolo remoto, si richiede soltanto che il nubente cattolico ponga in essere tutti gli sforzi possibili per attuare

85 Qui rientra il dovere, di *ius divinum*, non solo di lottare per evitare il pericolo di perdere la fede ma, addirittura quello di lottare per mantenerla. È in questo senso che il codice previgente parlava di *cautiones* ed è nel medesimo senso che può essere sposata la teoria per cui, in assenza delle medesime, la dispensa eventualmente concessa manca di uno dei suoi elementi fondamentali che la possano rendere valida (Cfr. F. LA CAMERA, *Ossimori impliciti e tautologie*, cit., p. 22).

86 Cfr. M. L. TACELLI, *I matrimoni misti*, cit., p. 204. L'a. sottolinea anche che la non sincerità delle promesse possa riguardare anche la parte cattolica.

87 Il testo conciliare recita: «*Cuique familiae, utpote quae est societas proprio ac primordiali iure gaudens, competit ius ad libere ordinandam religiosam vitam suam domesticam sub moderatione parentum. His autem competit ius ad determinandam rationem institutionis religiosae suis liberis tradendae, iuxta suam propriam religiosam persuasionem. Itaque a civili potestate agnoscendum est ius parentum deligendi, vera cum libertate, scholas vel alia educationis media, neque ob hanc electionis libertatem sunt eis iniusta onera sive directe sive indirecte imponenda. Praeterea iura parentum violantur, si liberi ad frequentandas lectiones scholares cogantur quae parentum persuasioni religiosae non respondeant, vel si unica imponatur educationis ratio, ex qua formatio religiosa omnino excludatur*». In merito parte della dottrina ribadisce che esigere, come avveniva nel can. 1061 CIC '17 che il coniuge non cattolico si impegnasse formalmente a non esporre il coniuge cattolico al pericolo di perversione appare problematico sotto il profilo della coscienza del medesimo. Tuttavia, secondo altra parte della dottrina la questione non può essere ridotta ad una eziologia segnata da un automatismo così semplicistico, anche perché, a ben vedere, nelle *cautiones* stesse vi era, anche insito nella dichiarazione della parte cattolica, l'accettazione della fede della comparte: «Nelle cauzioni che doveva prestare il non cattolico vi era un nucleo perfettamente compatibile con la libertà religiosa. Ovviamente l'impegno a rispettare la fede del coniuge cattolico, non si oppone al diritto di libertà religiosa del non cattolico, essendoci naturalmente anche lo stesso dovere della parte cattolica nei riguardi della non cattolica» (Cfr. C. J. ERRÁZURIZ, *I matrimoni misti, approccio interordinamentale*, cit., p. 236-238).

88 Cfr. J. TOMKO, *Aspetti teologici della problematica dei matrimoni misti*, in V. FAGIOLO – G. CONCETTI (a cura di) *La collegialità episcopale per il futuro della Chiesa*, Firenze, 1969, p. 462, all'indomani del Sinodo dei Vescovi spiega: «Qui si tocca il punto centrale delle divergenze, tanto che per molti teologi e pastori il problema dei matrimoni misti si riduce al problema dell'educazione della prole. La difficoltà sorge perché la prole è ugualmente del coniuge cattolico e di quello non cattolico e la soluzione salomonica di tagliarle in due non è attuabile né in senso fisico né in senso spirituale».

questo fine⁸⁹, fermo restando che *ultra posse nemo tenetur*⁹⁰. Stante ciò può comprendersi come il coniuge cattolico sia chiamato a porre un atto positivo di volontà compiere quello sforzo, fermo restando che l'accento, attraverso l'inciso *pro viribus* utilizzato nel canone, è posto non sul risultato perseguito ma sui mezzi attuati per raggiungerlo, che riguardano il costante evolversi del consorzio coniugale⁹¹. In altri termini, si può ritenere che, anche in questo caso, trattasi di attenzione della Chiesa alla tutela ad uno dei fini del matrimonio, il *bonum prolis*, non solo nella dimensione della generazione ma anche della sua educazione e, nel caso, educazione cristiana⁹².

Atteso che, quindi, sulla parte non battezzata non ricada alcun obbligo attivo, il paragrafo secondo del canone impone l'obbligo passivo di questa di essere informata tempestivamente delle promesse del futuro co-

89 Spiega G. BONI, *Disciplina canonica universale circa il matrimonio tra cattolici ed islamici*, cit., p. 82 s.: «Dunque, per quanto concerne il diritto canonico, come anticipato, nella graduale penetrazione di ciò che imperiosamente comanda la legge divina al riguardo, si è mitigato dall'inserito l'oggetto della promessa, emergendo con sempre maggiore trasparenza come si potesse pretendere unicamente dalla parte cattolica una seria e sincera volontà di praticarsi a compiere quanto possibile e di rifiutare risolutamente la cooperazione ad un'altra educazione».

90 Cfr. G. P. MONTINI, *Le garanzie o "cauzioni" nei matrimoni misti*, cit., p. 290, secondo cui con l'inciso *pro viribus* l'autorità ha inteso «constatare che si potranno dare dei casi nella vita familiare in cui la volontà della parte cattolica non sarà di fatto sufficiente a fare in modo che tutta la parole venga battezzata nella chiesa cattolica».

91 Sull'argomento ricorda G. BONI, *Disciplina canonica universale circa il matrimonio tra cattolici ed islamici*, cit., p. 83: «Il soggetto deve solo assicurare di profondersi in un'attività di sforzo: dunque si tratta di un'obbligazione di mezzi e non di risultato, come si è perspicacemente notato». Similmente F. LA CAMERA, *Ossimori impliciti e tautologie*, cit., p. 26 afferma: «Anche qualificando tale obbligo come un'obbligazione di mezzo e non di risultato, non si solleverebbe la parte promettente dall'impegnarsi con tutte le proprie forze per il mantenimento della promessa, recedendovi solamente in caso di forza maggiore o per un bene superiore, quale potrebbe essere l'unità o la pace della famiglia».

92 Per quanto concerne il concetto di *bonum prolis* riferito all'educazione si veda P. PICOZZA, *L'esclusione dell'educazione religiosa della prole*, in *Prole e matrimonio canonico*, Città Del Vaticano, 2003, p. 277-292. L'a. analizzando l'origine in seno alla coppia di educare cristianamente la prole, postosi la domanda se questo derivi direttamente dal matrimonio sacramento ovvero dall'autorità ecclesiastica, e nel caso obblighi in virtù del battesimo il singolo fedele, propende per la prima soluzione, asserendo che: «Si può correttamente affermare che nel can. 1055 possa ricomprendersi l'educazione cattolica della prole come obbligazione essenziale che nasce direttamente dal fatto che il matrimonio è stato elevato alla dignità di sacramento». Nel caso che occupa questo studio, tuttavia, risulta non possibile accettare una tale linea dal momento che trattasi di matrimonio naturale. Altra dottrina spiega che: «Bisogna notare che in merito alla educazione dei figli, alla quale è ordinato tra l'altro per sua indole naturale il patto matrimoniale (Cfr. can. 776 §1 CCEO), non si limita solo all'educazione fisica, ma soprattutto a quella religiosa. Perciò entrambi le parti non devono escludere i fini del matrimonio (Cfr. can. 814, 3° CCEO); ne consegue logicamente che se una delle parti o entrambe le parti con atto positivo di volontà escludono questo diritto primario e obbligo dell'educazione, specie religiosa dei figli, celebrano invalidamente» (D. SALACHAS, *Il sacramento del matrimonio nel nuovo Diritto Canonico delle Chiese Orientali*, Bologna, 1994, p. 167).

niuge, così che ne sia consapevole, nonché, insieme siano informati sui fini e sulle proprietà essenziali del matrimonio che non devono essere escluse da nessuno dei due contraenti. Sono queste delle vere e proprie cautele la cui *ratio*, è porre il concedente della dispensa nella condizione un grado di certezza in merito alla *rationabilis causa* che la celebrazione che viene dispensata non sia, già in partenza, viziata⁹³.

Si può, così, sostenere che, se il numero 1 del canone 1125 palesi quali siano gli ambiti concreti che hanno condotto il Legislatore a contemplare l'impedimento, i nn. 2 e 3 dello stesso mostrano come la norma irritante sia posta a tutela della celebrazione di un matrimonio fruttuoso, quindi capace di condurre, anche nella propria dimensione naturale, i coniugi al bene delle proprie anime. Collegando, infatti, gli oggetti delle due promesse ai due fini del matrimonio, *bonum coniugum* e *bonum prolis*, emerge che massimo valore debba essere prestato dall'autorità ecclesiastica nella fase di preparazione alle nozze. Il senso ultimo della norma, quindi, non può essere ridotto al negativo "evitare il peccato di perdere la fede" da parte del cattolico, ma deve entrare nel ben più ampio percorso che conduce il fedele attraverso il suddetto istituto matrimoniale – benché non sacramento – a perfezionarsi⁹⁴. Se quindi, allo scopo, la Chiesa ha agito in modo remoto attraverso la norma irritante, in modo prossimo l'insieme degli adempimenti da (im)porre dalle parti per celebrare "nozze dispari" permetterà a queste di aderire in modo più cosciente e responsabile all'istituto⁹⁵ che geneticamente, per le condizioni soggettive su cui si poggia, potrebbe risultare problematico⁹⁶.

93 Parte della dottrina, in merito, non esita a sottolineare come, specialmente nel caso di unioni dispari, se da un lato comprendere i fini del matrimonio, *bonum coniugum* e *bonum prolis*, sia abbastanza agevole attesa la loro radice nel *ius naturalis*, più difficile sarà comprenderne le proprietà essenziali del can. 1056 nonché la sacramentalità, la cui radice si innesta nella rivelazione (Cfr. F. LA CAMERA, *Ossimori impliciti e tautologie*, cit., p. 29 ss.).

94 Cfr. S. BERLINGÒ, *La natura canonica dei matrimoni misti*, cit., p. 880: «La *ratio* che accomuna tutti gli interventi normativi di carattere pastorale e disciplinare volti a rendere sempre più congrua la preparazione del coniuge cattolico al matrimonio, è andata evolvendo da *ratio* meramente negativa, indirizzata a rimuovere o neutralizzare le occasioni *enutritivae peccati*, e quindi da *ratio fidei*, a *ratio* positivamente proporzionale, *pro bono perficiendo*».

95 Cfr. P. MONETA, *Il diritto al matrimonio*, cit., p. 203: «L'importanza attribuita dal nuovo codice al momento della preparazione al matrimonio, con la previsione di tutta una serie di adempimenti e di attività preliminari diretti ad assicurare una tensione al sacramento il più possibile cosciente e responsabile (v. can. 1063-1072), poteva indubbiamente costituire un valido punto di riferimento per procedere nel punto ora delineato».

96 Cfr. C. J. ERRÀZURIZ, *I matrimoni misti, approccio interordinamentale*, cit., p. 241: «La prima e più importante risposta riguarda l'obbligo della chiesa di aiutare i suoi figli ad imboscare sempre i loro matrimoni nell'orizzonte della fede, non che ad evitare le unioni problematiche sotto questo profilo».

Il breve percorso svolto ha avuto come scopo di mettere in luce il differente approccio dei tre sistemi giuridici religiosi alla *mixité* matrimoniale, che si configura come espressione delle istanze fondamentali di ogni singolo sistema. In comune a tutti e tre emerge una forma di disfavore nei confronti di tali tipo di unioni che viene poi, però, affrontato in modo diverso. Se nel caso del diritto islamico ed ebraico esso permane immutato e la proibizione non può essere superata se non attraverso la scelta di conversione della parte non appartenente alla confessione che statuisce l'impedimento, nel diritto canonico, invece, si consente il superamento attraverso l'istituto della dispensa, con cui il matrimonio dispari può essere valido anche a fronte della perdurante differenza di confessione religiosa tra le parti. Tuttavia è da rilevarsi che il problema risulta essere non semplicemente da connettersi alla religione ed al diritto religioso, quanto alla forma culturale che sottende ad ogni sistema giuridico. In questo senso, può sostenersi che il terreno delle unioni miste è il vero e proprio banco di prova di quella multiculturalità che caratterizza la compagine sociale attuale, cartina al tornasole di quella integrazione che, per avvenire pienamente, deve essere caratterizzata dalla accettazione dell'altro in tutte le sue dimensioni senza venir meno a quei principi di diritto universale che caratterizzano i rapporti interpersonali.