



Adelaide Madera

(associato di Diritto ecclesiastico e Diritto canonico
nell'Università degli Studi di Messina, Dipartimento di Giurisprudenza)

**Forme di pluralismo nel settore matrimoniale:
le nuove sfide delle "overlapping jurisdictions" ***

SOMMARIO: 1. Le sfide del nuovo multiculturalismo in materia matrimoniale - 2. La riforma del processo matrimoniale canonico e le sue potenziali ricadute sul giudizio di delibazione - 3. Il *processus brevior* - 4. La crisi della bilateralità - 5. Il "mite" pluralismo statunitense e le nuove "anti-sharia laws" - 6. L'esperienza del pluralismo "forte" israeliano e i suoi effetti sulle minoranze - 7. Modelli di pluralismo a confronto.

1 - Le sfide del nuovo multiculturalismo in materia matrimoniale

Negli ordinamenti contemporanei, mentre imperversa il dibattito su quali forme di matrimonio vadano riconosciute dallo Stato, i gruppi religiosi fanno sentire la loro voce come soggetti, talora obiettori a, talora promotori di, nuovi modelli matrimoniali. Acuta dottrina osserva che, in tale ambito, si è aperto un nuovo dibattito, relativo alla tipologia di arene giudiziarie in cui i contenziosi concernenti il matrimonio possono essere decisi, o meglio sul ruolo che i tribunali religiosi possono rivestire nell'ambito di sistemi giuridici improntati alla laicità, alla democrazia e al pluralismo¹.

Nei paesi di tradizione concordataria, all'evoluzione del matrimonio in senso secolaristico e privatistico, che ha realizzato un graduale distacco dal modello religioso/cristiano, si accompagna oggi l'emergente diffidenza verso forme di giurisdizione religiosa, cui si contrappongono rinnovate esigenze di specificità. A sua volta, la dottrina, proprio con riguardo alla materia matrimoniale, evidenzia la crescente inadeguatezza degli attuali modelli matrimoniali, in considerazione della circostanza che taluni ordinamenti europei ed extraeuropei vanno esplorando ulteriori declinazioni "del binomio unilateralità/bilateralità nelle nuove forme di interazione tra diritto statale e diritto religioso sul matrimonio", e non

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Cfr. J.A. NICHOLS, *Religion, Family Law and Competing Norms*, in *Negotiating State and Non-State Law, The Challenge of Global and Local Legal Pluralism*, a cura di M.A. Helfand, Cambridge University Press, New York, 2015, p. 197.



esitano ad avvalersi di strumenti tipicamente privatistici². In Italia, in particolare, il giudizio di delibazione delle pronunzie canoniche di nullità, da tempo sottoposto a un sempre più penetrante scrutinio da parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione, vede il profilarsi di nuovi interrogativi, che giungono a mettere in discussione la sua stessa sopravvivenza, in seguito alla riforma del processo matrimoniale canonico attuata mediante il *Motu Proprio* pontificio *Mitis Iudex Dominus Iesus* del 15 agosto 2015³.

Analogamente, nei paesi separatisti, come gli Stati Uniti, mentre le religioni maggioritarie sperimentano la crescente dissonanza fra il loro ideale matrimoniale e la nuova disciplina statale⁴, le rivendicazioni identitarie dei gruppi minoritari risultano esposte a iniziative legislative volte a precludere alle autorità giudiziarie di attribuire efficacia o fare riferimento a principi appartenenti a leggi religiose o culturali, che permettevano di implementare le possibilità di autoregolazione dei gruppi confessionali in materia matrimoniale.

Emerge pertanto l'inadeguatezza degli attuali impianti normativi a offrire risposte alle istanze di quello che è stato qualificato come un "nuovo

² Cfr. **M. VENTURA**, *Libertà religiosa, matrimonio, famiglia. I confini della bilateralità*, in *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, a cura di A. Fuccillo, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 81.

³ Cfr. **FRANCESCO**, *Motu Proprio Mitis iudex dominus Iesus*, in *Acta Apostolicae Sedis*, CVII, 2015, pp. 946-957. Cfr. a commento **G. BONI**, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte prima)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 9 del 2016, pp. 1-78, nel sito; **G. BONI**, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte seconda)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 10 del 2016, pp. 1-76; **G. BONI**, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte terza)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 11 del 2016, pp. 1-82; **AA. VV.**, *La riforma del processo matrimoniale ad un anno dal motu proprio Mitis iudex dominus Iesus*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2017; **O. FUMAGALLI CARULLI**, *Celerità della via giudiziaria e pastorale di prossimità nella riforma del processo matrimoniale canonico*, in *Jus. Vita e pensiero*, 1 giugno 2016, nel sito www.jus.vitaepensiero.it; **M. CANONICO**, *Il nuovo processo matrimoniale canonico tra innovazioni legislative ed incertezze applicative*, in *Dir. eccl.*, CXXV, 2014, pp. 551-582; **M. DEL POZZO**, *L'organizzazione giudiziaria ecclesiastica alla luce del m.p. "Mitis iudex"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 36 del 2015, pp. 1-33; **M. GANARIN**, *L'incidenza della riforma del processo canonico di nullità matrimoniale sul sistema dei Tribunali interdiocesani. Recenti "vicissitudini" dei Tribunali Regionali Italiani*, in *Dir. eccl.*, CXXV, 2014, pp. 601-650.

⁴ Cfr. **J. WITTE jr.**, **J.A. NICHOLS**, *Who Governs the Family? Marriage as a New Test Case of Overlapping Jurisdictions*, in *Faulkner Law Review*, 4, 2013, p. 321 ss., sottolineano come in passato la maggioranza protestante non avvertiva l'esigenza di una giurisdizione religiosa con riguardo alle controversie in materia matrimoniale, in quanto reputava che gli ufficiali di stato civile fossero guidati dai medesimi *standard* cristiani di moralità.



multiculturalismo”, istanze che si focalizzano non più solo sull’esigenza di riconoscimento dei gruppi minoritari, in vista di un incremento della loro visibilità e della loro integrazione nella sfera pubblica (mediante la presenza dei loro simboli, luoghi di culto, riti o pratiche e convinzioni), ma anche sul mantenimento della loro autonomia e possibilità di autogestione, pure mediante forme di giurisdizione differenziata⁵.

2 - La riforma del processo matrimoniale canonico e le sue potenziali ricadute sul giudizio di delibazione

Come si è già accennato, la riforma del processo matrimoniale canonico introdotta dal *Mitis Iudex* ha già indotto la più sensibile dottrina a interrogarsi in ordine alle sue possibili ricadute sul procedimento di delibazione delle sentenze canoniche di nullità⁶. Tale procedura bilateralmente negoziata enfatizza oggi in particolar modo l’esigenza di accordare tutela all’ordine pubblico processuale, alla luce del suo intersecarsi con la nozione di giusto processo enucleata dal riformato disposto dell’art. 111 Cost (in vista di un allineamento con i parametri sanciti a livello europeo): ne deriva che il giudizio di delibazione viene a essere inevitabilmente condizionato dalla verifica del rispetto di tale canone, anche alla luce della sempre più incisiva supervisione europea⁷.

A seguito di quella che è stata qualificata una vera e propria “rifondazione” del processo canonico finalizzato alla dichiarazione di nullità matrimoniale, numerosi sono gli snodi problematici che sono stati scrutinati dalla dottrina (parte della quale si è soffermata pure su interrogativi connessi alla fase pre-processuale)⁸, con esiti antitetici, in

⁵ Cfr. **M.A. HELFAND**, *Religious Arbitration and the New Multiculturalism: Negotiating Conflicting Legal Orders*, in *New York University Law Review*, 86, 2011, p. 1231 ss.

⁶ Cfr. **G. BONI**, *L’efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte prima)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 2 del 2017, pp. 1-112; **G. BONI**, *L’efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte seconda)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 5 del 2017, pp. 1-69; **N. COLAIANNI**, *Il giusto processo di delibazione e le “nuove” sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 39 del 2015, pp. 1-29; **M. FERRANTE**, *Riforma del processo matrimoniale canonico e delibazione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2016/2, p. 313 ss.; **L. LACROCE**, *Il riconoscimento in Italia delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale dopo la riforma del processo matrimoniale canonico introdotta con il M. P. «Mitis Iudex Dominus Iesus»*, in *Ephem. iur. can.*, LVI, 2016, p. 527 ss.

⁷ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, sez. II, Pellegrini c. Italia, 20 luglio 2001 (ric. n. 30882/96).

⁸ Cfr. **G. BONI**, *L’efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte prima)*, cit., p. 13, che, con riguardo alla *investigatio praeiudicialis*,



relazione al loro carattere ostativo o no della delibazione delle pronunzie canoniche.

In primo luogo le posizioni dottrinali si cimentano sulla “nuova morfologia e geografia dei tribunali ecclesiastici”⁹: le aporie della nuova disciplina (che hanno prodotto ondivaghe posizioni dei vescovi e la necessità di interventi pontifici chiarificatori) si coagulano intorno alla più corretta qualificazione del concetto di “tribunale ecclesiastico competente”, ossia se essa vada riferita all’assetto giurisdizionale cristallizzato all’atto della negoziazione bilaterale (il cui stravolgimento metterebbe a repentaglio la stessa regola del *rebus sic stantibus*)¹⁰ o se sia da esso indipendente, essendo precluso allo Stato italiano indagare negli “*interna corporis*” della Chiesa. In ogni caso resta l’esigenza ineludibile che il nuovo assetto giurisdizionale (anche nella sua formulazione monocratica) non metta in forse il diritto delle parti ad agire e resistere in giudizio (con l’auspicio che, con riguardo ad alcuni specifici profili, presto “l’assetto assuma contorni definitivi e nessuno possa dolersi per la mancata protezione dei suoi diritti”¹¹).

Un ulteriore profilo problematico riguarda l’introduzione di nuovi criteri di individuazione del foro competente (che segnano il superamento di quelle previsioni cautelari volte a favorire l’individuazione dei tribunali più idonei ad accertare la verità). I nuovi criteri potrebbero favorire (talora indebitamente) la parte attrice (qualora non vengano prudentemente adottate forme di sindacato proattivo)¹², vulnerando l’effettività del diritto alla difesa spettante alla parte convenuta (non adeguatamente salvaguardata dal pur affermato principio di prossimità fra le parti e il giudice)¹³, con il rischio di prestarsi ai giustificati rilievi di una giurisprudenza europea sempre più spesso incline a vagliare severamente

e in particolare ai rischi insiti nella coincidenza soggettiva fra il personale ecclesiastico che ha svolto qualche incarico in questa fase preliminare e chi partecipa alla fase giudicante, osserva che tale coincidenza “priva il soggetto dell’imparzialità ed equidistanza, dell’indipendenza e della libertà repute in qualsiasi ordinamento processuale indispensabili per assolvere incarichi centrali nel successivo giudizio”, e che le parti non ricevono una adeguata assistenza tecnica nella fase preprocessuale, in entrambi i casi con una inevitabile compromissione dell’esito del giudizio di delibazione.

⁹ Cfr. **G. BONI**, *L’efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte prima)*, cit., p. 14.

¹⁰ Cfr. **N. COLAIANNI**, *Il giusto processo di delibazione*, cit., p. 22 ss.

¹¹ Cfr. **G. BONI**, *L’efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte prima)*, cit., p. 24.

¹² Cfr. **G. BONI**, *L’efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte prima)*, cit., p. 35.

¹³ Cfr. **N. COLAIANNI**, *Il giusto processo di delibazione*, cit., p. 22 ss.



forme anche di solo formale compromissione dell'interesse all'equità del processo (da cui pure non derivino sostanziali pregiudizi per il diritto alla difesa)¹⁴.

Se l'abolizione della doppia conforme non dovrebbe costituire un aspetto problematico ai fini della delibazione¹⁵ - sussistendo già in passato deroghe in tal senso che non avevano suscitato dubbi con riguardo alla possibilità del riconoscimento dell'efficacia civile delle pronunzie emesse in un unico grado di giudizio, né del resto dalla lettura dell'art. 111 sembra evincersi la necessità di un doppio grado di giudizio a garanzia del "giusto processo" - la medesima chiarezza non traspare nel regime delle impugnazioni¹⁶; in particolare la nuova normativa suscita dubbi con riguardo all'introduzione o no di un regime diversificato per le sentenze affermative e per quelle negative, e soprattutto la disciplina dell'„appello meramente dilatorio”, che sembra attribuire un ampio potere discrezionale al giudice, a discapito della posizione della parte che subisce una pronunzia sfavorevole: quest'ultima disposizione (can. 1680, § 2), per il suo inevitabile riverberarsi sul diritto alla difesa sembra suscettibile di generare l'„esacerbarsi dell'ostilità italiana, europea e internazionale avverso la giurisdizione ecclesiastica”¹⁷.

¹⁴ Cfr. **M. MOSCHELLA**, *I diritti della difesa nella causa Pellegrini-Gigliozzi e la loro autonoma rilevanza nella decisione della Corte di Strasburgo*, in *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 263.

¹⁵ Cfr. **G. BONI**, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte seconda)*, cit., p. 43, sottolinea a tal proposito, con riguardo alla procedura per il rilascio del decreto di esecutività, il ruolo di solerte vigilanza svolto dal tribunale della Segnatura Apostolica [che ha prontamente aggiornato la precedente Lettera circolare del 20 marzo 1991 (prot. n. 21402/89 VAR) emanata in attuazione degli articoli 60-62 del Decreto Generale sul Matrimonio canonico, ferme restando le disposizioni della Lettera circolare del 14 novembre 2002 (prot. n. 33840/02 VT)], in vista di prevenire la vulnerazione dell'aspettativa legittima del cittadino fedele di ottenere il riconoscimento dell'efficacia civile della pronunzia canonica.

¹⁶ Cfr. **J. LLOBELL**, *Questioni circa l'appello e il giudicato nel nuovo processo matrimoniale. (Con brevi considerazioni sul "Tavolo di lavoro" per l'Italia)*, in *Ephem. iur. can.*, LVI, 2016, p. 416 ss.; **P. MONETA**, *L'appello nel nuovo processo matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 21 del 2017, pp. 1-16.

¹⁷ Cfr. **G. BONI**, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte prima)*, cit., p. 49. L'Autrice sottolinea altresì le difficoltà che la disciplina della *nova causae propositio* potrebbe determinare nelle sue "proiezioni esterne" ossia sul piano dell'*exequatour* per cui "colui che si avverte conculcato nel suo diritto potrebbe poi eccepirlo in sede di delibazione, ove il giudice italiano, a sua volta, potrebbe accogliere la doglianza - in ipotesi e ragionando per analogia - comparando le fattispecie di *restitutio in integrum* canonica con i casi di revocazione nel diritto italiano" (pp. 57-59).



La dottrina sia italiana sia spagnola¹⁸ segnala ulteriori elementi problematici, sotto il profilo dell'effettività del diritto alla difesa della parte convenuta, nella determinazione relativa alla formula del dubbio nel processo dinanzi alla Rota Romana, con la possibilità per il Decano della Rota Romana di dispensare per grave causa dalle Norme Rotali in materia processuale¹⁹. Soprattutto quelle disposizioni che, nel giudizio dinanzi alla Rota, sembrano andare a restringere la possibilità di libera scelta del difensore, incidendo sul diritto a un equo processo, e di conseguenza con ricadute sulla possibilità di proporre opposizioni in sede di delibazione²⁰, sono state oggetto di immediate reazioni, sollecitando un intervento pontificio chiarificatore²¹.

3 - Il *processus brevior*

Gli strali della dottrina si sono peculiarmente appuntati sull'innovativo *processus brevior*²², in cui qualcuno ha visto addirittura un intento "concorrenziale" della Chiesa con le forme semplificate di scioglimento introdotte dai legislatori statali²³: esso tuttavia sembra rispondere al

¹⁸ Cfr. **S. CARMIGNANI CARIDI**, *Il diritto di difesa nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Il diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 2006, p. 192 ss., **M. ROCA FERNÁNDEZ**, *La reforma del proceso canónico de las causas de nulidad matrimonial: de las propuestas previas a la nueva regulación*, in *Revista general de derecho canónico y derecho eclesiástico del Estado* (www.iustel.com), XL, 2016, p. 32 ss.

¹⁹ Cfr. **G. BONI**, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte prima)*, cit., pp. 61-64.

²⁰ Cfr. **M. FERRANTE**, *Riforma del processo matrimoniale canonico*, cit., p. 313 ss.

²¹ La disposizione relativa al patrocinio *ex officio* dinanzi alla Rota ha l'intento di favorire i fedeli meno abbienti, ma era stata inizialmente interpretata come riconoscimento di un ampio potere discrezionale in capo al Decano. L'on. Brunetta ha presentato a tal proposito un'interpellanza al Governo, affermando che tale previsione violasse il diritto alla difesa così come garantito dall'art. 24 Cost. e dalla CEDU, venendo a costituire un motivo ostativo della delibazione della pronuncia canonica di nullità. Con lettera del 18 febbraio 2017, inviata dal segretario Parolin al Decano della Rota, alla Segnatura apostolica e al Pontificio Consiglio per i testi legislativi, è stata tuttavia rettificata l'interpretazione originariamente data da Mons. Pinto, invitandolo a consentire che i fedeli possano nominare un patrono di fiducia. Parolin ha sottolineato come sia volontà del Pontefice che sia rispettato il diritto di ogni fedele di scegliere liberamente il proprio avvocato.

²² Per un interessante parallelismo fra il processo breve e il procedimento sommario di cognizione introdotto nell'ordinamento italiano dalla legge n. 69 del 2009, cfr. **M. FERRANTE**, *Riforma del processo matrimoniale canonico*, cit., p. 313 ss. Per alcuni rilievi critici, cfr. **G. BONI**, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte seconda)*, cit., p. 30 ss.

²³ Cfr. **A. CATTANEO**, *Le nuove norme sulla nullità matrimoniale*, in *Studi cattolici*, LIX,



principio della “durata ragionevole” che costituisce tratto precipuo del giusto processo, non all’intento di rimettere alla disponibilità delle parti l’esito della vicenda processuale, svilendone il più autentico significato.

Sicuramente la nuova procedura risulta frutto di una sorta di “compromesso”²⁴ fra le divergenti posizioni dei Vescovi emerse in sede di Sinodo, ossia fra le aspirazioni a una “amministrativizzazione” della procedura volta alla dichiarazione della nullità matrimoniale e le esigenze di garantire un “giudizio affidabile”, maggiormente assicurate dal ricorso all’autorità giudiziaria.

La procedura (che individua come punto nevralgico il ruolo del vicario giudiziale e gli oneri su di lui gravanti soprattutto nella fase introduttiva del giudizio) si articola in una concitata scansione di scadenze, che rischia di andare a detrimento dell’irrinunciabile diritto di difesa delle parti²⁵. La previsione del consenso dei coniugi (presupposto imprescindibile per l’avvio di tale procedura), a sua volta, solleva dubbi con riguardo al “grado di condivisione della *petitio*” e alle “modalità di acquisizione del consenso”²⁶: tali incertezze esegetiche non sono prive di rilievo, in quanto la consapevolezza delle parti circa la scelta di ricorrere al processo breve - che attenua, pur non eliminando, le guarentigie poste a presidio del diritto alla difesa delle parti²⁷, costituisce elemento ineludibile al fine di prevenire rimostranze che troverebbero facilmente accoglimento da parte di una giurisdizione italiana, addirittura giunta, in alcuni casi, ad applicare parametri sempre più rispondenti a logiche di coerenza formale più che di rispondenza alle più autentiche aspirazioni delle parti. Ulteriori punti della fase istruttoria, secondo il parere di alcuni Autori, rischiano di minare la pienezza del diritto al contraddittorio (che la giurisprudenza europea nella nota sentenza Pellegrini ha considerato imprescindibile dal

2015, n. 657, p. 764.

²⁴ Cfr. N. COLAIANNI, *Il giusto processo di delibazione*, cit., p. 18.

²⁵ Cfr. M. DEL POZZO, *Considerazioni sui ricorsi della fase introduttiva del giudizio matrimoniale nell’impianto del m. p. “Mitis iudex”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 34 del 2016, pp. 1-24.

²⁶ Cfr. G. BONI, *L’efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte prima)*, cit., p. 85. A tale ultimo proposito è intervenuto il Pontificio Consiglio per i testi legislativi con due Risposte del 1° ottobre 2015 (cioè prima dell’entrata in vigore dei *Motu Proprio*), ribadendo la necessità del consenso esplicito della parte convenuta. Cfr. Protocollo n. 15138/2015 e Protocollo n. 15139/2015 (le *Risposte particolari* sono tutte consultabili online all’indirizzo www.delegumtextibus.va).

²⁷ Cfr. P. MONETA, *La dinamica processuale nel m.p. “Mitis iudex”*, in *Ius Ecclesiae*, XXVIII, 2016, p. 49 ss.



punto di vista formale oltre che sostanziale)²⁸: in particolar modo nella mancata espressa previsione della pubblicazione degli atti al termine della fase istruttoria è stato intravisto un indebolimento dell'effettività del diritto alla difesa della parte che, per una pluralità di ragioni, non abbia presenziato alla sessione istruttoria²⁹. La pronuncia di una sentenza da parte di un Vescovo-giudice non necessariamente dotato di adeguate competenze canonistiche fa paventare ulteriori irrigidimenti da parte dei giudici nazionali³⁰, così come la non obbligatoria presenza degli avvocati - in omaggio alle esigenze di snellimento e celerità - rischia altresì di collidere con quell'atteggiamento della giurisprudenza europea che sembra mantenersi irremovibile con riguardo all'esigenza che gli Stati apportino i dovuti aggiustamenti di rotta ai loro strumentari normativi laddove questi siano lacunosi sotto il profilo della previsione di un'assistenza tecnica, almeno quando si continui a fare ricorso a procedure giudiziarie per risolvere le controversie attinenti allo *status* matrimoniale del cittadino/fedele.

Ma soprattutto, uno dei dubbi più rilevanti riguarda la natura giuridica della pronuncia emessa a conclusione della nuova tipologia processuale (e sull'indebolimento della "specificità" di una nullità matrimoniale canonica di carattere consensuale)³¹, ossia se questa, pur essendo formalmente qualificata come sentenza, sia ascrivibile invece al rango di un atto di natura amministrativa (ossia di una dispensa) che l'ordinamento italiano ha da tempo espunto dal novero degli atti suscettibili di riconoscimento dell'efficacia civile. L'assenza di contraddittorio e la presenza di un accordo fra le parti ha spinto alcuni Autori a reputare che si tratti di un

"atto di controllo che si inserisce nel procedimento di formazione della volontà dei coniugi ricorrenti. Il che è tipico [...] della *iurisdictio inter volentes* o *pro volentibus*, caratterizzata appunto dalla mancanza di contraddittorio"³².

²⁸ Cfr. **S. CARMIGNANI CARIDI**, *Il diritto di difesa nella giurisprudenza delle Corti europee*, cit., p. 192 ss.; **L.P. COMOGLIO**, *Diritto di difesa e condizioni di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali*, nel sito *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose* (www.olir.it), ottobre 2005, p. 4 ss.

²⁹ Cfr. **P. BIANCHI**, *Lo svolgimento del processo breve: la fase istruttoria e di discussione della causa*, in *La riforma dei processi matrimoniali di Papa Francesco. Una guida per tutti*, a cura della Redazione di *Quad. dir. ecclesiale*, Ancora, Milano, 2016, pp. 86-87.

³⁰ Cfr. **G. BONI**, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte seconda)*, cit., p. 16 ss.; **M. ROCA FERNÁNDEZ**, *La riforma del proceso canónico*, cit., p. 32 ss.

³¹ Cfr. **M. VENTURA**, *Libertà religiosa, matrimonio, famiglia*, cit., p. 80.

³² Cfr. **N. COLAIANNI**, *Il giusto processo di delibazione*, cit., p. 22.



La natura giudiziaria di tale provvedimento è invece sostenuta da chi vede l'accordo fra le parti (la cui *ratio* va identificata nella finalità del processo di tutelare la *salus animarum* e lo stesso *ius connubii* delle parti)³³ quale presupposto indefettibile per l'instaurazione di un procedimento sommario, nel quale il ruolo di corroborare la dialettica processuale è affidato alle parti pubbliche (e in particolar modo al difensore del vincolo): tale processo è comunque suscettibile di transitare alla forma ordinaria in caso di disaccordi sopraggiunti fra le parti³⁴, assunto che trova sostegno nella circostanza secondo cui la stessa facoltà di proporre congiuntamente il libello da parte dei coniugi trova un precedente nell'Istruzione *Dignitas Connubii*, che legittimava lo svolgimento di una procedura in forma consensuale nelle cause di nullità³⁵. Del resto, è stato osservato che il percorso alternativo (consensuale e giudiziale) è previsto in sede civilistica nei giudizi di separazione e di divorzio, rispetto ai quali l'*iter* binario del processo matrimoniale canonico andrebbe ad allinearsi³⁶.

Del pari, ha sollevato perplessità il richiamo da parte dell'art. 14 delle nuove Regole procedurali a una serie di circostanze di fatto (che giustificerebbero il ricorso alla procedura abbreviata) attinenti più al *matrimonium in facto* che al *matrimonium in fieri*: si paventa che il ricorso a tali elementi quali indici di rilevazione della nullità destabilizzi "il riparto di competenza tra giurisdizione ecclesiastica sull'atto e giurisdizione civile sul rapporto matrimoniale"³⁷, producendo altresì una mimetizzazione di vere e proprie pronunzie di scioglimento del matrimonio sotto "l'etichetta" di dichiarazioni di nullità³⁸.

Non è sicuramente nuovo nel processo canonico il rischio che lo scrutinio in sede probatoria di vicende attinenti al matrimonio-rapporto (in relazione all'accertamento di capi di nullità introdotti dalla visione personalistica del matrimonio del codice del 1983) affievoliscano la tradizionale impermeabilità canonistica fra i due momenti dell'atto e del rapporto³⁹. Viene da una parte auspicata a tal proposito l'introduzione di misure correttive volte ad arginare il rischio di ostacoli alla delibazione di

³³ Cfr. M. FERRANTE, *Riforma del processo matrimoniale canonico*, cit., p. 329.

³⁴ Cfr. G. BONI, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte seconda)*, cit., pp. 3-4.

³⁵ Cfr. M. FERRANTE, *Riforma del processo matrimoniale canonico*, cit., p. 329.

³⁶ Cfr. M. FERRANTE, *Riforma del processo matrimoniale canonico*, cit., p. 329.

³⁷ Cfr. N. COLAIANNI, *Il giusto processo di delibazione*, cit., p. 25.

³⁸ Cfr. N. COLAIANNI, *Il giusto processo di delibazione*, cit., p. 1 ss.; G. CASUSCELLI, *Delibazione e ordine pubblico: le violazioni dell'Accordo "che apporta modificazioni al Concordato lateranense"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 28 del 2014, p. 1 ss.

³⁹ Cfr. S. BERLINGÒ, *Prova e processo matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., febbraio 2011, p. 25 ss.



siffatte pronunzie⁴⁰; è sottolineato d'altra parte come la necessità del ricorso di tali circostanze rappresenta sia un limite a un'incontrollata libertà dei coniugi, in presenza del consenso di entrambi, di optare per la via breve, ma pure uno strumento di salvaguardia per le stesse parti avverso l'esercizio del potere discrezionale da parte del Vicario giudiziale⁴¹.

Ha suscitato infine un acceso interesse il richiamo, contenuto nell'art. 14, alla mancanza di fede (come circostanza che può consentire la trattazione in forma breve delle cause di nullità), nel caso in cui questa generi la simulazione del consenso o l'errore che determina la volontà: pur non essendo tale difetto considerato in ambito canonistico come autonomo *caput nullitatis*, un'eventuale interpretazione della norma da parte dei giudici ecclesiastici che si discosti dal tradizionale (e fino a tempi recenti ribadito) restrittivo orientamento magisteriale che sancisce l'inseparabilità della dimensione contrattuale da quella sacramentale del matrimonio, si ripercuoterebbe inevitabilmente in sede di giudizio civile di delibazione, in quanto l'esito del giudizio di nullità si tradurrebbe in una pronuncia affetta da insanabile contrasto con l'ordine pubblico italiano, in quanto

“i fatti a base della disciplina applicata nella pronuncia di cui è chiesta la esecutività e nelle statuizioni di questa, anche in rapporto alla *causa petendi* della domanda accolta, non sono in alcun modo assimilabili a quelli che in astratto potrebbero avere rilievo o effetti analoghi in Italia”⁴².

4 - La crisi della bilateralità

La configurazione degli strumenti del diritto bilaterale sembra essere articolata ancora oggi nell'ottica del riconoscimento di un maggiore *favor* verso una specifica tipologia di atti (le pronunzie canoniche di nullità) promananti da un'unica forma di giurisdizione religiosa, cui fa da contraltare la chiusura dell'ordinamento italiano verso altre forme di liberazione dal vincolo matrimoniale di natura confessionale (sia canonica sia di altre appartenenze religiose). Il ruolo privilegiario della bilateralità (purtroppo cristallizzato in un rigido assetto verticistico) sembra però ormai da tempo essere affievolito dalle nuove prospettive aperte dai più duttili strumenti del diritto internazionale privato. Questi si prestano innanzitutto a facilitare l'accoglimento (in virtù delle finalità unificatorie perseguite dal

⁴⁰ Cfr. G. BONI, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte seconda)*, cit., p. 8.

⁴¹ Cfr. M. FERRANTE, *Riforma del processo matrimoniale canonico*, cit., p. 331.

⁴² Cfr. Cass. civ., sez. un., 24 giugno 2008, n. 19809, in *Guida al diritto*, XVIII, 2008, p. 66.



Regolamento n. 2201 del 2003) di pronunzie straniere di delibazione di atti confessionali (come le dispense *super rato*) di cui il nostro ordinamento ha definitivamente escluso la natura decisoria (sulla base di un troppo facile allineamento al dato canonistico), e a modificare il tradizionale rapporto fra bilateralità e unilateralità (con riguardo alla presunta maggiore vantaggiosità del primo termine) con peculiare riguardo alle ricadute sul trattamento delle nuove identità culturali. La preclusione per le sentenze di delibazione di pronunzie canoniche di nullità di fruire di quei canali di ingresso agevolato previsti dalla riforma del diritto internazionale privato si scontra infatti con l'accesso ormai quasi automatico previsto per le pronunzie straniere - con il rischio che sotto tale etichetta si mimetizzi l'ingresso nel nostro ordinamento di atti risolutivi del vincolo matrimoniale facenti capo a ordinamenti ove il singolo resta sottoposto a specifici statuti normativi personali (che ancora profondamente sono imbevuti di principi confessionali). Ne deriva la realizzazione di una sorta di pluralismo asimmetrico, enfatizzato dal corto circuito fra la "cruna" concordataria e il più libero flusso accordato nella prospettiva internazional-privatistica.

La severità giurisprudenziale verso il giudizio di delibazione è altresì in netto contrasto con il *trend* normativo caratterizzato dalla "semplificazione" o addirittura "degiuridizzazione" che oggi impronta i procedimenti di separazione e di divorzio: l'introduzione del divorzio breve (legge n. 55 del 6 maggio 2015), che permette ai coniugi di giungere in tempi particolarmente brevi allo scioglimento del vincolo, e già in precedenza la possibilità accordata ai coniugi di comparire direttamente innanzi all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune per concludere un accordo di separazione, di divorzio o di modifica delle precedenti condizioni di separazione o di divorzio (con l'assistenza solo facoltativa del difensore) (art. 12, legge n. 162 del 2014) e l'opportunità di ricorrere alla modalità della negoziazione assistita testimoniano un "atteggiamento bifronte"⁴³ che protegge irriducibilmente il matrimonio -rapporto avverso le nullità canonicamente dichiarate, mentre si assiste a un sempre più ampio riconoscimento in sede civilistica della frattura del rapporto coniugale, facilitando il suo scioglimento con l'ammissione di procedure sempre più agili e semplificate⁴⁴.

⁴³ Cfr. **G. BONI**, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte prima)*, cit., p. 37.

⁴⁴ Cfr. **A. FUCCILLO, F. SORVILLO, L. DECIMO**, *The Courts and the Code. Legal Osmosis between Religion and Law in the Cultural Framework of Civil Law Systems*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 28 del 2017, pp. 1-13, che intravedono un possibile utilizzo degli strumenti offerti dal testo normativo ultimo citato quale potenziale canale di ingresso di regole confessionalmente ispirate nell'ordine statale. Cfr. pure **L. DECIMO, A.**



Tale rigore si pone in controtendenza con l'orientamento della normativa di altri ordinamenti europei, ove all'ampliamento del campo delle motivazioni che giustificano la dissoluzione del vincolo, si accompagna il ricorso a modalità procedurali semplificate (il cui presupposto è la consensualità dello scioglimento), non necessariamente di carattere giudiziario⁴⁵.

5 - Il "mite" pluralismo statunitense e le nuove "anti-sharia laws"

Negli Stati Uniti, l'adozione di un modello separatistico⁴⁶ si concilia con una "mite forma di pluralismo giuridico"⁴⁷: non è infatti preclusa una sorta di peculiare "cooperazione" fra autorità civili e religiose con riguardo alle modalità di accesso allo *status* matrimoniale⁴⁸. Le leggi dei singoli Stati permettono la celebrazione di unioni religiose⁴⁹ produttive di effetti civili,

FUCCILLO, F. SORVILLO, A. VALLETTA, *The Meaning of "Religion" in the Religious Arbitration Courts*, relazione alla *Ex Nihilo Zero Conference*, European Academy of Religion, Bologna, June 18-22 2017.

⁴⁵ Da ultimo, con una legge entrata in vigore il 23 luglio 2015, il governo spagnolo ha deciso di privatizzare matrimoni e divorzi: sarà possibile sposarsi e sciogliere il matrimonio davanti a un giudice del Registro Civile oppure da un notaio, purché i coniugi vogliano separarsi in modo definitivo consensualmente e non vi siano figli minori o disabili. Inoltre non sarà più obbligatoria l'assistenza degli avvocati alle parti.

⁴⁶ Il principio fondamentale nei rapporti fra Stato e Confessioni negli Stati Uniti è sancito dal Primo Emendamento, secondo cui il Congresso non potrà emanare alcuna legge che imponga una religione di Stato o proibisca il libero esercizio della religione. Cfr. **F. ONIDA**, *Il fenomeno religioso nei sistemi giuridici extra-europei*, in *Religioni e sistemi giuridici*, a cura di F. Margiotta Broglio, C. Mirabelli, F. Onida, il Mulino, Bologna, 2000, p. 253 ss.; **G. D'ANGELO**, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 52 ss.

⁴⁷ Cfr. **L.C. McCLAIN**, *The Intersection of Civil and Religious Family Law in the U.S. Constitutional Order: a Mild Legal Pluralism*, in *Religion, Secularism & Constitutional Democracy*, a cura di J.L. Cohen, C. Laborde, Columbia University Press, New York, 2016, pp. 379-399; cfr. **J. WITTE jr., J.A. NICHOLS**, *Who Governs the Family?*, cit., p. 1 ss., per un esame delle più recenti problematiche connesse al pluralismo relative alle forme di celebrazione del matrimonio.

⁴⁸ Cfr. **A.L. ESTIN**, *Unofficial Family Law*, in *Marriage and Divorce in a Multicultural Context: Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, a cura di J.A. Nichols, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 92-119, secondo cui innestando "diritto e norme non ufficiali nel rito civile, lo Stato si appropria e attribuisce efficacia alla celebrazione dell'avvenimento per i propri scopi"; ossia esso riesce a fare comprendere a "le coppie e la comunità ... la serietà dell'impegno matrimoniale".

⁴⁹ Nell'ordinamento statunitense, la disciplina matrimoniale è di competenza dei singoli Stati, e i diversi testi normativi si differenziano con riferimento ai limiti relativi all'età, parentela e affinità (cfr. **W.W. BASSETT, W. COLE DURHAM, R.T. SMITH**, *Religious*



senza interferire sul tempo, sul luogo o sulle modalità delle stesse, purché sia assicurato il rispetto di una serie di formalità statualmente imposte (presenza di una valida licenza matrimoniale, rilasciata ai nubendi dalle autorità statali competenti, che soddisfi i requisiti essenziali per la valida celebrazione del matrimonio civile, autorizzazione per il ministro di culto a solennizzare la cerimonia)⁵⁰. I forti interessi di *public policy* nei riguardi dell'istituto matrimoniale hanno spesso condotto a "sanare" unioni la cui validità era compromessa dalla sussistenza di difetti procedurali⁵¹.

Fino agli inizi del ventesimo secolo la normativa in materia matrimoniale rifletteva i valori e le aspettative dei gruppi religiosi maggioritari (Protestanti)⁵². Dagli anni '70 si è andata però creando una sempre più marcata divaricazione fra il modello matrimoniale civile e

Corporations and the Law, West, Eagan (MN), 2014, vol. 3, p. 14 ss.), sia pure indirizzandosi a favorire l'accomodamento delle necessità di specifiche appartenenze fideistiche (cfr. recentemente *Elk Grove Unified Dist. v. Newdow*, 542 U.S. 1 (2004), 12: "Molto tempo fa abbiamo constatato che l'intera materia delle relazioni familiari fra marito e moglie, genitori e figli, appartiene al diritto degli Stati e non al diritto degli Stati Uniti"). Con riguardo ai matrimoni religiosi aventi efficacia civile, un ampio margine di autonomia è riservato alle Confessioni, in omaggio al principio di deferenza.

⁵⁰ I ministri di culto non hanno bisogno di alcuna autorizzazione statale, purché vi sia una regolare ordinazione da parte delle Confessioni di appartenenza. Quando un ministro di culto attesta che via sia stata una regolare celebrazione matrimoniale, le autorità statali sono tenute alla relativa registrazione, senza potere verificare il rispetto di alcun requisito formale. Il ministro di culto può rifiutare di celebrare uno specifico matrimonio per ragioni confessionali, senza necessità di addurre ragioni civilisticamente rilevanti.

⁵¹ Cfr. *Persad v. Bairam*, 724 N.Y.S.2d 560 (Sup. Ct. Queens County 2001), con riguardo all'atteggiamento di tolleranza della giurisprudenza statunitense verso il mancato rispetto dei requisiti di forma previsti dalla normativa statale, in particolar modo quando si sia realizzata una comunione di vita fra i coniugi (sulla base della tradizione di *common law*). In questa pronuncia, l'autorità giudiziaria ha dato un'interpretazione sufficientemente flessibile della legislazione statale, sulla base della *Free Exercise Clause*: essa ha riconosciuto una presunzione di validità a favore di un matrimonio celebrato secondo i riti e la tradizione Hindu, nonostante l'istanza di uno dei coniugi volta alla dichiarazione di invalidità dell'atto matrimoniale, in relazione ad alcuni profili di mancata osservanza della normativa statale e per l'assenza di volontà di dare effetti civili alle nozze religiose.

⁵² Ad esempio, il divorzio era ammesso solo per colpa grave e le nuove nozze erano consentite solo al coniuge innocente. Cfr. **J. WITTE jr.**, *From Sacrament to Contract: Marriage, Religion, and Law in the Western Tradition*, Westminster John Knox Press, Louisville (KY), 2012. Con riferimento alle radici cristiane del matrimonio nell'ordinamento statunitense, che ne hanno in passato definito i caratteri fondamentali, nonostante la formale neutralità del sistema, e che hanno indirizzato lo Stato una politica di emarginazione di quelle pratiche difformi dal modello pubblicamente regolato, cfr. **A. LAQUER ESTIN**, *Embracing Tradition: Pluralism in American Family Law*, in *Maryland Law Review*, 63, 2004, pp. 540-604.



quello religioso (ad esempio, con l'introduzione del *no-fault divorce*)⁵³, che è stata recentemente enfatizzata dalla crescente tutela offerta alle unioni monosessuali⁵⁴. I gruppi religiosi oggi sperimentano la perdita della loro capacità di influenzare i processi politici democratici (in quanto non riescono a ottenere leggi di portata generale coerenti con le loro convinzioni) e tentano di avvalersi degli strumenti tradizionalmente predisposti a tutela dei gruppi minoritari (appellandosi al pluralismo e alla non discriminazione), per rivendicare ampie esenzioni rispetto ad atti normativi in contrasto con la morale tradizionale, con l'intento di restringere la portata applicativa di tali atti normativi⁵⁵. Il timore da parte dei gruppi conservatori dell'instaurarsi di forme di coercizione statale delle istituzioni religiose affinché queste si conformino alle visioni progressiste del matrimonio⁵⁶ ha condotto gli stessi a invocare il ritorno del matrimonio in un'area di competenza esclusivamente religiosa⁵⁷ o a sperimentare regimi matrimoniali alternativi offerti da alcune normative statali (*covenant*

⁵³ Fin verso la fine del ventesimo secolo, negli Stati Uniti il divorzio era connesso alla colpa di uno dei coniugi. Il primo Stato ad ammettere il *no-fault divorce* è stato quello della California nel 1970; l'ultimo lo Stato di New York nel 2010. Ora questa forma di scioglimento è prevista in tutti gli Stati, può essere sollecitata da un solo coniuge, ed è legata a differenze irrisolvibili fra i coniugi, a una irrimediabile frattura dell'unione o al venir meno dell'affetto coniugale. Alcune normative statali prevedono un previo periodo di separazione; in Mississippi, South Dakota e Tennessee questo tipo di divorzio può aver luogo solo con il mutuo consenso dei coniugi. Per una ricostruzione dell'istituto del *no-fault divorce* negli U.S.A., cfr. **H. JACOB**, *Silent Revolution: The Transformation of Divorce Laws in the United States*, University of Chicago Press, Chicago, 1988; **M.A. SMITH**, *Religion, Divorce and the Missing Culture War in America*, in *Political Science Quarterly*, 125, 2010, pp. 57-85.

⁵⁴ Cfr. *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015), secondo cui i singoli Stati non possono negare il diritto al matrimonio alle *same-sex couples*, conferendo il "diritto alla luce del Quattordicesimo Emendamento per le coppie del medesimo sesso di sposarsi alle stesse condizioni accordate alle coppie di sesso opposto".

⁵⁵ Cfr. **D. NEJAIME**, **R.B. SIEGEL**, *Conscience Wars: Complicity-based Conscience in Religion and Politics*, in *The Yale Law Journal*, 2015, 124, p. 2516 ss.; **D. NEJAIME**, **R.B. SIEGEL**, *Conscience Wars in Transnational Perspective: Religious Liberty, Third-Party Harm, and Pluralism*, in *The Conscience Wars: Rethinking the Balance Between Religion, Identity and Equality*, a cura di S. Mancini, M. Rosenfeld, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, in corso di pubblicazione; **S. MANCINI**, *Tra obiezione di coscienza e complicità: Hobby Lobby e Conestoga Wood*, in *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d'America*, a cura di P. Annicchino, European University Institute, 2017, p. 89.

⁵⁶ Cfr. **D.A. CRANE**, *A "Judeo-Christian" Argument for Privatizing Marriage*, in *Cardozo Law Review*, 27, 2006, pp. 1221-1259.

⁵⁷ Cfr. **K.C. YEFET**, *Israeli Family Law As A Civil-Religious Hybrid: A Cautionary Tale Of Fatal Attraction*, in *University of Illinois Law Review*, 16, 2016, p. 1505 ss.



marriage), che impongono significative restrizioni alle libertà di accesso al matrimonio e di scioglimento del vincolo coniugale⁵⁸.

Le comunità religiose minoritarie, le cui norme fideistiche presentano profili in contraddizione con il diritto statale, hanno tradizionalmente fruito di varie tecniche che hanno permesso l'„intersezione” fra diritto civile e diritto confessionale, godendo di alternative strade di accesso delle loro regole confessionali all'interno del diritto statale, fra cui quella principale è offerta dagli strumenti dell'autonomia privata. Le autorità giudiziarie statali sono state spesso chiamate ad attribuire efficacia civile a contratti matrimoniali, accordi di divorzio o lodi arbitrali provenienti da autorità religiose. Negli Stati Uniti diversi gruppi religiosi hanno attivato da tempo sistemi di giustizia intraconfessionale alternativi. Pur non godendo tali “tribunali religiosi” di

⁵⁸ Cfr. **K. SHAW SPAHT**, *Covenant Marriage: an Achievable Legal Response to the Inherent Nature of Marriage and its Various Goods*, in *Ave Maria Law Review*, 42, 2006, p. 467 ss.; **E.S. SCOTT, R.E. SCOTT**, *Marriage as a Relational Contract*, in *Virginia Law Review*, 1998, 84, pp. 1225-1334; **J.A. NICHOLS**, *Louisiana's Covenant Marriage Law: A First Step toward a More Robust Pluralism in Marriage and Divorce Law?*, in *Emory Law Journal*, 47, 1998, p. 929 ss.;

Recentemente, negli U.S.A., nella legislazione di alcuni Stati (Louisiana, Arkansas e Arizona), è stata introdotta una duplicità di disciplina matrimoniale, per cui è possibile, all'atto del matrimonio o in seguito, aderire a un vincolo matrimoniale più o meno difficilmente dissolubile. Per come è concretizzato nel diritto statunitense, questo istituto consiste nell'affidare all'autonomia delle parti la disponibilità degli effetti (non solo patrimoniali ma pure) personali del matrimonio, in particolare la scelta, all'atto della celebrazione matrimoniale, di assumere un vincolo maggiormente impegnativo; la piena coscienza relativa a questa opzione è garantita dai più rigorosi standard di accesso a questa modalità matrimoniale.

È prevista la sottoscrizione di una dichiarazione di intenti pre-matrimoniale da parte dei nubendi, che dichiarano di essere consapevoli delle conseguenze giuridiche del tipo di matrimonio che vanno a contrarre, rendendo altresì note all'altra parte tutte le circostanze che possono influire sulla decisione di contrarre matrimonio; assumono l'impegno infine a compiere tutti i tentativi ragionevoli, compreso il ricorso a consulenze matrimoniali, qualora dovessero sopravvenire incomprensioni. Dalla disamina della normativa statunitense si evince che il *covenant marriage* non è effettivamente un vincolo assolutamente indissolubile, ma solo più problematico da sciogliere, in quanto viene reintrodotta l'elemento della colpa; per cui diventa solo più difficile ottenere il divorzio, se non qualora ricorrano alcune situazioni specifiche. In base alla legislazione del 1997 della Louisiana, queste sono identificate con l'adulterio, il crimine, la violenza domestica, l'abbandono del domicilio coniugale e il rifiuto di farvi ritorno da parte dell'altro sposo per un lasso temporale di un anno, la separazione di fatto per un periodo di due anni o la separazione giudiziale pronunciata da almeno un anno; tale ultimo periodo è prolungato a un anno e sei mesi in caso vi siano figli minori. La legislazione dell'Arizona prevede fra le cause di divorzio pure il mutuo consenso, mentre quella dell'Arkansas impone un periodo di due anni in caso di separazione giudiziale prima di procedere allo scioglimento del *covenant marriage*, e di due anni e sei mesi in presenza di figli.



un formale riconoscimento statale, e pur variando per tipologia, dimensioni, e complessità del loro assetto organizzativo e del loro apparato procedurale, mediante il ricorso agli stessi gli aderenti ad alcuni gruppi religiosi possono sottrarsi, almeno in una certa misura, all'applicazione del regime statalmente offerto e optare per regole religiosamente connotate.

Le Corti oscillano con riguardo al margine di accomodamento accordabile a forme di negoziazione che trovano il loro fondamento in pratiche e convinzioni confessionali⁵⁹, e ai limiti più o meno ampi che la libertà contrattuale incontra nel momento in cui vengano compromessi principi di *public policy*⁶⁰; il quadro costituzionale delineato dal Primo Emendamento preclude per altro alle autorità giudiziarie secolari forme di ingerenza in ambiti di stretta pertinenza confessionale, per cui tali previsioni contrattuali vengono scrutinate alla luce dei *neutral principles of law*⁶¹.

⁵⁹ Cfr. *In re Marriage of Obaidi and Qayoum*, 226 P. 3d 787 (2010): la Corte si è pronunciata a favore del marito reputando che l'accordo islamico relativo al *mahr* (o dote) era stato da lui sottoscritto senza conoscere le condizioni dell'accordo, che pertanto è da reputarsi invalido e non può essere riconosciuto agli effetti civili.

⁶⁰ Per una ricostruzione del concetto di *public policy* (e del suo tradizionale prudente utilizzo da parte della giurisprudenza, onde prevenire il rischio di limitazioni eccessive della libertà contrattuale delle) negli ordinamenti di *common law* e una comparazione con l'interpretazione maggiormente restrittiva dell'idea di ordine pubblico offerta dai sistemi di *civil law* (incline a irrigidirsi quando la fattispecie in esame presenti l'elemento dell'"estranetà"), cfr. **J-F. GAUDREAULT-DESBIENS**, *Religious Courts, Personal Federalism and Legal Transplants*, in *Shari'a in the West*, R. Ahdar - N. Aroney (Eds.), Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 172. Cfr. *Avitzur v. Avitzur*, 58 N.Y. 2d 108, 448 N.E. 2d 136, 459 N.Y.S. 2d 572 (1983), *cert. denied*, 464 U.S. 817 (1983), secondo cui alla *ketubà* (o contratto matrimoniale) ebraica va riconosciuta dignità pari a quella di un contratto con cui le parti si vincolano pure sul piano civilistico, purchè il riconoscimento della sua efficacia civile non si ponga in contrasto con le norme statali e la politica pubblica: cfr. *Odatalla v. Odatalla*, 810 A. 2d 93 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 202). In questa fattispecie, l'uomo chiedeva che la Corte dichiarasse la non efficacia nell'ordinamento statale dell'obbligo di pagamento del *mahr* (o dote), affermandone la natura essenzialmente religiosa, e richiedeva l'applicazione del regime secolare di equa distribuzione dei beni, ricomprendendo pure una ripartizione dei debiti coniugali. La Corte si è pronunciata per l'irrelevanza dell'"apparenza religiosa" di accordi traducibili in contratti secolari civilmente validi.

⁶¹ Tale teoria è stata elaborata dalla Corte Suprema statunitense per giustificare la competenza dell'autorità giudiziaria statale a pronunciarsi in merito a quelle controversie che, pur riguardando profili di pertinenza ecclesiale, presentassero ricadute sul piano civilistico e che potessero essere decise sulla base di contratti e atti civilisticamente rilevanti (ad esempio, le questioni alla proprietà dei beni). Per una disamina della soluzione di compromesso raggiunta per via giurisprudenziale fra il riconoscimento di uno spazio di autoregolazione ove le Confessioni religiose sono libere di operare, senza essere soggette a forme di interferenza statale, e l'individuazione dei margini della possibilità di intervento



Altre volte le stesse autorità giudiziarie devono valutare se è possibile utilizzare le tecniche offerte dal diritto internazionale privato al fine di permettere il riconoscimento di matrimoni o scioglimenti avvenuti all'estero, con il rischio di innestare pericolose forme di "forum shopping" volte a ottenere, per una delle parti, condizioni più favorevoli di quelle che otterrebbero secondo la legge del foro (ma suscettibili di pregiudicare la posizione del *partner* più vulnerabile)⁶².

La crescente diffidenza verso l'Islam si manifesta in un indirizzo giurisprudenziale sfavorevole alle rivendicazioni identitarie di tale gruppo religioso e nel recente fenomeno dell'emanazione di una pluralità di "leggi *anti-sharia*" nei singoli Stati⁶³.

In tale direzione lo Stato dell'Oklahoma ha fatto da apripista, ratificando il "Save Our State Amendment" alla Costituzione statale, inibendo alle autorità giudiziarie l'utilizzo del diritto internazionale o del diritto islamico. Tale previsione è stata immediatamente contestata in sede

da parte delle autorità giudiziarie statali, quando entrano in gioco questioni di carattere prettamente secolare, sulla base del parametro dei *neutral principles*, cfr. **F. ONIDA**, *Nuove posizioni della giurisprudenza statunitense in tema di controversie religiose tra enti ecclesiastici*, in *Dir. eccl.*, CXIII, parte I, 1982, pp. 40-59.

⁶² Cfr. pure *Aleem v. Aleem*, 931 A. 2d 1123 (Md. Spec. App. 2007), aff'd, 947 A. 2d 489 (Md. 2008). La Corte ha dovuto decidere se un divorzio valido secondo la legge pachistana potesse essere riconosciuto sebbene la coppia avesse mantenuto la residenza nello Stato del Maryland per un ventennio. Questa circostanza ha consentito alla Corte di regolare i rapporti patrimoniali post-coniugali fra i coniugi sulla base del criterio dell'equa distribuzione dei beni, nonostante l'uomo avesse ottenuto il divorzio presso l'Ambasciata Pachistana di Washington. La Corte ha reputato che "attribuire efficacia al diritto straniero ... sarebbe nocivo e svantaggioso all'interesse e al benessere dei cittadini". Cfr. *S.B. v. W.A.*, 959 N.Y.S.2d 802 (N.Y. Sup. Ct. 2012), in cui una donna islamica ha ottenuto il riconoscimento del divorzio pronunciato negli Emirati Arabi; l'autorità giudiziaria statunitense ha reputato che "un decreto di divorzio ottenuto presso una giurisdizione straniera dai residenti in questo Stato, in accordo con le leggi di questo, ha diritto al riconoscimento alla luce del principio di mutuo riconoscimento, se non offende la politica pubblica dello Stato di New York". Nel caso di specie, il divorzio ottenuto per "danni e lesioni" non è "ripugnante" rispetto alla *public policy*, in quanto assimilabile all'ipotesi di "trattamento crudele e inumano" previsto dalla legge dello Stato di New York.

⁶³ Cfr. sul tema **M. ELSAYED**, *Contracting into Religious Law: Anti-Sharia Enactments and the Free Exercise Clause*, in *George Mason Law Review*, 20.3, 2013, p. 937 ss.; **J.A. SONNE**, *Domestic Applications of Sharia and the Exercise of Ordered Liberty*, in *Seton Hall Law Review*, 45, 2015, p. 717 ss.; **F. PATEL, M. DUSS, A. TOH**, *Foreign Law Bans. Legal Uncertainties and Practical Problems*, Center for American Progress, Brennan Center for Justice, May 2013, **A.T. UDDIN**, *The First Amendment: Religious Freedom for All, Including Muslims*, in *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice*, 20, 2013, p. 73 ss.; **Q. RASHID**, *America's Muslim Problems: Anti-Sharia Laws and the Threat to American Civil Rights*, in *CJR*, 3.2, p. 18 ss.; **A.T. UDDIN, D. PANTZER**, *A First Amendment Analysis of Anti-Sharia Initiatives*, in *First Amendment Law Review*, 10, 2012, p. 363 ss.



giudiziaria: la parte attrice ha lamentato che tale disposto fosse in contraddizione con l'*Establishment Clause*, in quanto essa svantaggiava specificamente la sua appartenenza confessionale, e impediva che alle sue volontà testamentarie, fondate sulle legge islamiche, venisse data esecuzione dalle autorità giudiziarie⁶⁴.

Il Decimo Circuito ha accolto tale lagnanza, esaminando la fattispecie alla luce di uno *strict scrutiny test*⁶⁵ e osservando che l'emendamento proposto prevede un trattamento differenziato (e deteriore) per "una sola forma di diritto religioso - il diritto islamico" e "discrimina fra le religioni". A tale ultimo proposito, la Corte ha reputato che l'interesse statale mirato a "determinare quale legge sia applicata dalle Corti dell'Oklahoma" pur essendo "valido" non potesse configurarsi come "stringente", in quanto lo Stato convenuto non era riuscito a "identificare alcun problema effettivo che l'emendamento oggetto di controversia tentasse di risolvere"; inoltre la Corte "non è a conoscenza di alcun caso in cui una autorità giudiziaria dell'Oklahoma abbia applicato il diritto islamico o abbia fatto uso di precetti giuridici di altre nazioni o culture". La Corte ha altresì osservato che la proibizione statalmente imposta andava oltre l'„impedire ai giudici di applicare il diritto islamico", e addirittura si spingeva a impedire alle autorità giudiziarie di "prendere in considerazione tali leggi".

Altri Stati si sono mossi tuttavia nella medesima direzione, con una serie di disegni di legge (alcuni dei quali hanno incontrato una forte resistenza e sono stati pertanto abbandonati) che omettono di riferirsi a una specifica religione o cultura, e più genericamente si limitano a proibire l'utilizzo del "diritto straniero" o sanciscono la proibizione di attribuire efficacia alle "previsioni di alcun codice religioso": tali previsioni sembrano aderire a un principio di neutralità formalisticamente inteso, che di fatto finisce per vulnerare la posizione di quei gruppi confessionali che enfatizzano il rapporto fra religione e diritto e, in ogni caso, per operare un trattamento deteriore dei comportamenti religiosamente orientati di analoghe condotte adottate per ragioni puramente secolari. Tale indirizzo normativo ha condotto talora a una maggiore rigidità da parte della giurisprudenza verso accordi fra i coniugi fondati sul diritto straniero, giungendo a un pregiudiziale rifiuto degli stessi in base a una *public policy* formalisticamente concepita: il timore dell'introduzione di "un eccessivo pluralismo" ha condotto, in un recente caso in Kansas (ove è stata da ultimo

⁶⁴ Cfr. *Awad v. Ziriax*, 670 F.3d 1111, 1119 (10th Cir. 2012), aff'g 754 F. Supp. 2d 1298 (W.D. Okla. 2010).

⁶⁵ In base a tale parametro, coniato nella pronunzia *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963), solo la presenza di uno stringente interesse statale giustifica l'imposizione di limiti all'esercizio della libertà religiosa dei singoli o dei gruppi.



approvata una legge che proibisce il riconoscimento dell'efficacia a forme di diritto straniero), a una soluzione che, sulla base di una valutazione "in astratto" di un istituto tipicamente islamico, finisce per pregiudicare la parte più vulnerabile del rapporto⁶⁶.

⁶⁶ Nel caso *Soleimani v. Soleimani*, No. 11CV 4668, i.o.i. WL 37729939 (Kan. Dist. Ct. Aug. 28 2012), la Corte ha rifiutato di attribuire efficacia civile a un accordo che prevedeva il pagamento del *mahr* (o dote) alla moglie (che implicava una notevole penalità economica per l'uomo). Secondo la Corte attribuire efficacia all'accordo avrebbe implicato "modellare un rimedio contrattualmente previsto che proviene chiaramente da un sistema giuridico che potrebbe essere antitetico rispetto alla legge dello Stato del Kansas". La principale obiezione della Corte è che accordi di tal tipo "provengono da ambiti giurisdizionali che non prevedono la separazione fra Stato e Confessioni e potrebbero, di fatto, includere forme di discriminazione per il tramite della dottrina religiosa". Nel caso di specie la violazione della *public policy* deriverebbe dalla circostanza che la normativa statale relativa alla distribuzione dei beni nell'evenienza di un divorzio verrebbe rimpiazzata da un regime fondato su diversi valori e soprattutto su una asimmetria di genere: "la protezione offerta dalla legge del Kansas...prevede una divisione dei beni equa in un sistema secolare che non è controllato dai dettami religiosi o da autorità confessionali o addirittura da una società dominata dagli uomini che considerano il ruolo femminile in termini medioevali". La violazione della *public policy* deriverebbe dalla circostanza che l'accordo relativo al *mahr* "interferirebbe con la capacità della Corte di procedere a una giusta ed equa divisione dei beni alla luce della legge del Kansas senza tenere in considerazione l'elemento della colpa": l'ammontare eccessivo della "dote" attribuita alla moglie potrebbe addirittura avere l'effetto di "incoraggiare" la richiesta di scioglimento del vincolo coniugale. Il diritto islamico, come il "diritto tradizionale ebraico", permette agli uomini "di dichiarare unilateralmente il divorzio" mentre il *mahr* rappresenta "uno strumento per mitigare le iniquità del tradizionale diritto religioso" e può essere "culturalmente giustificato". Tuttavia la circostanza che "le mogli non hanno alcun diritto di pronunziare il ripudio" viola la *Equal Protection Clause* (che costituisce parte del Quattordicesimo Emendamento, e che prevede che nessuno Stato può negare ad alcuna persona entro la sua giurisdizione l'uguale protezione offerta a tutti dalla legge). La Corte esprime la sua preoccupazione a rinanziare al suo "ruolo costituzionale complessivo di proteggere ... i diritti fondamentali". Viene richiamata la legge recentemente emanata, secondo cui "un contratto o una previsione contrattuale (se suscettibile di separazione) che prevede la possibilità che un diritto straniero, un insieme di regole, o un sistema giuridico disciplini tutte o alcune delle controversie fra le parti, permettendo che siano decise da una autorità giudiziaria o da un collegio arbitrale nominato in base a un contratto mutuamente concordato, violerà la politica pubblica di questo Stato e sarà considerate invalido e inefficace se il diritto straniero, l'insieme di regole o il sistema giuridico scelto include qualche norma sostanziale o procedurale, per come applicate alla controversia in esame, che non garantirebbe alle parti le libertà, i diritti e i privilegi fondamentali assicurati dalle Costituzioni del Texas e degli Stati Uniti, comprensivi dei, ma non limitati ai, diritti a una eguale protezione, a un giusto processo, alla libertà di esercizio della religione, alla libertà di parola o di stampa, al diritto alla riservatezza e al matrimonio". La Corte dubita della correttezza del ricorso al parametro dei "*neutral principles of law*" in considerazione dell'"ombra islamica alle spalle della quale i coniugi" hanno negoziato il loro accordo relativo al pagamento del *mahr*. Cfr. L.C. McCLAIN, *The Intersection of Civil and Religious Family Law*, cit., pp. 388-390.



L'utilizzo di tali strumenti normativi è stato ironicamente qualificato come "una soluzione alla ricerca di un problema"⁶⁷. I recenti interventi legislativi hanno innescato un'immediata reazione della dottrina, secondo cui la disamina della giurisprudenza non consente di identificare precedenti in cui il riferimento alla legge islamica abbia condotto a violazioni del testo costituzionale o della *public policy*⁶⁸; tali testi legislativi pertanto malcelano il loro intento palesemente discriminatorio verso uno specifico gruppo confessionale, imponendo allo stesso peculiari restrizioni. Le autorità giudiziarie infatti non danno abitualmente esecutività a contratti o decisioni arbitrali che rivelino violazioni della *public policy*. Inoltre, un ulteriore presidio è offerto da

"la Clausola di Supremazia della Costituzione degli Stati Uniti, che raffigura la Costituzione come la legge suprema del paese e prevale su qualsiasi legge con cui sia in conflitto, e che opera come un chiaro segnale di arresto avverso l'erronea imposizione di diritti stranieri o religiosi"⁶⁹.

Tali interventi si pongono inoltre in contraddizione con recenti pronunzie giurisprudenziali volti a valorizzare la libertà religiosa non solo nella sua dimensione individuale ma pure in quella collettiva⁷⁰, in quanto "il riconoscimento che la libertà religiosa si estenda a una dimensione collettiva, ossia a gruppi e a istituzioni, costituisce una parte importante del patrimonio americano"⁷¹.

6 - L'esperienza del pluralismo "forte" israeliano e i suoi effetti sulle minoranze

⁶⁷ Cfr. **M.J. FRANCK**, *A Solution in Search of a Problem*, Bench Memos, in *Nat'L Rev. Online* (June 15, 2012), nel sito <http://www.nationalreview.com/benchmemos/303028/solution-search-problem-matthew-j-franck>.

Cfr. **L.C. McCLAIN**, *The Intersection of Civil and Religious Family Law*, cit., p. 388.; **J. WITTE jr.**, **J.A. NICHOLS**, *Who Governs the Family?*, cit., p. 321 ss.

⁶⁹ Tale Clausola è ricompresa nell'Articolo VI.2 della Costituzione e stabilisce che la Costituzione, le leggi federali emanate in conformità di questa e i trattati promulgati in base alla sua stessa autorità, costituiscono la legge suprema del paese. Cfr. **J. WITTE jr.**, **J.A. NICHOLS**, *Who Governs the Family?*, cit., p. 321 ss.

⁷⁰ Cfr. *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & Sch. v. E.E.O.C.*, 132 S. Ct. 694 (2012), che consacra (alla luce di entrambe le clausole del Primo Emendamento) la proibizione per lo Stato a interferire negli ambiti di stretta pertinenza confessionale; la *Free Exercise Clause* inoltre "protegge il diritto di un gruppo religioso di modellare la propria fede e i propri valori". Cfr. pure *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 134 S. Ct. 2751 (2014).

⁷¹ Cfr. **P. HORWITZ**, *Defending (Religious) Institutionalism*, in *Virginia Law Review*, 99, 2013, p. 1052.



L'esperienza israeliana mette in luce i rischi connessi alla realizzazione di un sistema fondato sugli statuti personali (che in tale Stato costituisce un'eredità del sistema ottomano), ove le autorità giudiziarie religiose di ciascuna comunità fideistica presente sul territorio godono di giurisdizione esclusiva in materia di matrimonio e scioglimento del vincolo (regolati dalle specifiche leggi confessionali)⁷², che assume carattere "ibrido" quando le competenze delle autorità religiose e secolari vanno a intersecarsi⁷³. La possibilità di contrarre matrimonio esclusivamente sulla base delle regole della propria appartenenza confessionale (da cui deriva la sottoposizione del singolo al relativo regime relativo agli impedimenti)⁷⁴ e l'assenza di un regime matrimoniale statalmente offerto, vengono controbilanciati dalla sussistenza di alcune alternative secolari "tollerate" dal sistema, come il matrimonio celebrato all'estero (successivamente registrato nello Stato di Israele) e la coabitazione. Tali alternative hanno "neutralizzato" il monopolio religioso in materia matrimoniale, e, in tal senso, va sottolineato il ruolo delle autorità giudiziarie, che hanno contribuito a scardinare un sistema matrimoniale "blindato", limitandone gli effetti negativi⁷⁵. È pur

⁷² Nello Stato di Israele, i processi di revisione normativa hanno lasciato immutato, o addirittura rinvigorito, il ruolo del diritto religioso nell'ambito del diritto matrimoniale e familiare. In base all'appartenenza confessionale, i coniugi sono soggetti al diritto della comunità religiosa cristiana, ebraica, islamica o drusa. Con riguardo al peculiare rapporto fra diritto civile e diritti confessionali, nella perdurante mancanza di un testo costituzionale e al ruolo solo parzialmente sostitutivo svolto dalle Leggi Fondamentali del 1992 sulla libertà e sulla dignità umana (che sembrano comunque rivolte a incastonare i valori tipicamente ebraici nello Stato israeliano), **R. HALPERIN-KADDARI**, *Women, Religion and Multiculturalism in Israel*, in *The Multi-Cultural Family*, a cura di A. Laquer Estin, Aldershot (Hampshire), 2008, p. 267 ss.

⁷³ Cfr. **K.C. YEFET**, *Israeli Family Law*, cit., p. 1505 ss.: "Per esempio, le Corti religiose godono di giurisdizione esclusiva nel decidere in materia di matrimonio e di divorzio in base al diritto religioso, che diviene ibrido quando il diritto civile interferisce con o si sovrappone al sistema religioso in una pluralità di modi. Un'altra interazione si verifica quando le Corti secolari e religiose condividono la giurisdizione in questioni di diritto familiare. Entrambe devono applicare il diritto secolare in materia di affidamento della prole e di divisione dei beni, ed entrambe devono applicare il diritto religioso, come in materia di mantenimento della moglie e di supporto della prole. Un'ultima forma di interazione si verifica quando le Corti religiose e secolari condividono la giurisdizione, ma ciascuna può applicare il proprio diritto, rispettivamente religioso e secolare, come nel caso del diritto successorio".

⁷⁴ Sono infatti vietate le unioni miste, fra persone dello stesso sesso, con appartenenti a confessioni religiose non riconosciute o con coloro che non appartengono ad alcuna comunità religiosa. Cfr. **R. HALPERIN-KADDARI**, *Women in Israel. A State of their Own*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia (Pennsylvania), 2004, p. 227 ss.

⁷⁵ I matrimoni celebrati all'estero da soggetti aventi cittadinanza israeliana, pur essendo invalidi, possono essere registrati e offrono alle coppie gli stessi benefici sociali accordati alle coppie regolarmente coniugate; anche lo *status* delle coppie di fatto è stato



vero però che tali coppie restano “intrappolate” nel regime religioso (cui avevano tentato di sottrarsi) nel momento in cui vogliono esercitare la libertà di svincolarsi dall’unione coniugale⁷⁶.

Come è noto, i tribunali rabbinici, in base alla legislazione statale, mantengono la loro giurisdizione sui matrimoni e sui divorzi ebraici e le competenze delle autorità secolari restano limitate ad alcuni aspetti circoscritti del matrimonio/rapporto e del suo scioglimento⁷⁷. Tale regime avalla spesso un trattamento penalizzante della parte più debole del rapporto⁷⁸.

Lo *status* delle unioni islamiche costituisce un esempio ancora più emblematico di come l’intersecarsi fra diritto civile e diritto religioso finisce talora con l’esacerbare la tensione fra le prerogative di cui godono le comunità religiose e le istanze libertarie individuali (che lo Stato si rivela incapace di tutelare).

gradualmente parificato, dal punto di vista dei diritti economici, previdenziali e successori; inoltre le coppie di fatto rimangono soggette a tutti gli obblighi giuridici derivanti dal matrimonio. Cfr. **P. SHIFMAN**, *Family Law in Israel: The Struggle between Religious and Secular Law*, in *Isr. L. Rev.*, 24, 1990, p. 537 ss.

⁷⁶ Gli stessi soggetti che hanno celebrato il matrimonio all’esterno, qualora desiderino sciogliere tale vincolo e contrarre una nuova unione valida nello Stato di Israele, dovranno rivolgersi all’autorità giudiziaria religiosa, per le difficoltà connesse alla possibilità di ottenere il riconoscimento e la registrazione di un divorzio pronunciato all’estero. Cfr. **R. HALPERIN-KADDARI**, *Women in Israel. A State of their Own*, cit., p. 227 ss.

⁷⁷ Come si è anticipato, le competenze delle autorità giudiziarie statali sono limitate ad alcune questioni collegate allo scioglimento del matrimonio: l’affidamento della prole e la divisione post-coniugale dei beni. Alcuni di questi profili tornano a rientrare nella giurisdizione religiosa, quando siano affrontati congiuntamente all’istanza di divorzio: prevarrà infatti il giudice preventivamente adito.

⁷⁸ Nel diritto ebraico il documento di divorzio deve essere rilasciato dall’uomo alla donna e il rilascio assume carattere volontario; il mancato rilascio condanna la donna allo status di *agunà* (donna “incatenata”), per cui non può contrarre un nuovo matrimonio religioso. L’uomo invece può più facilmente svincolarsi dall’unione matrimoniale, pure in assenza del consenso della donna, mediante la cosiddetta “procedura dei cento rabbini”. Nonostante la normativa statale preveda che i tribunali rabbinici possano far ricorso a strumenti coercitivi, questi ne fanno uso solo quando ciò sia ammesso dalla legge religiosa. Le autorità giudiziarie confessionali sono molto attente all’esigenza che il *ghet* venga rilasciato per libera scelta e sono riluttanti a imporre un rilascio forzoso del *ghet* (tranne che nel caso ricorra una colpa grave) da parte dell’uomo, o sanzioni pecuniarie volte a sollecitare tale consegna. Le parti vengono spesso incoraggiate a negoziare per via extragiudiziale le condizioni dello scioglimento, per cui la donna finisce per riacquistare lo stato libero rinunciando alle sue legittime aspettative post-coniugali (personali e patrimoniali). Recenti strumenti normativi hanno tentato di introdurre alcuni correttivi allo *status quo*: cfr. *1995 Rabbinical Courts (Enforcement of Divorce Decrees) (Temporary Measures) Law*, aggiornata nel 2000.



Le autorità giudiziarie religiose si muovono infatti all'interno di un quadro statalmente regolato e supervisionato, che funge da limite all'introduzione di quegli istituti del diritto islamico espressione di una supremazia di genere (poligamia e ripudio)⁷⁹.

La reazione della comunità islamica a tale indebolimento della legittimazione sofferta dalle *Sharia Courts* sia dal punto di vista procedurale (nomina statale dei giudici e sottoposizione alla Suprema Corte israeliana)⁸⁰ sia sostanziale, ha condotto all'adozione di un approccio tradizionalistico e patriarcale al diritto islamico, fondato sulla differenza dei ruoli in base al genere, ove il mantenimento della donna è correlato alla sua ubbidienza (in contraddizione con il modello israeliano maggiormente fondato sull'uguaglianza dei *partners*)⁸¹, che resta immune a quelle forme di modernizzazione che hanno condotto, in altri Stati, a una ri-costruzione delle regole del diritto religioso islamico in materia matrimoniale e familiare in chiave di parificazione della posizione femminile⁸². Ne costituisce un esempio la mancata introduzione del *hul'*, o divorzio dietro compensazione, che favorisce una più rapida liberazione della donna dal vincolo matrimoniale; per cui l'unica "via di uscita" ammessa è il divorzio giudiziario per colpa, che sovente implica un'intrusiva valutazione della vita familiare, e, in caso di disaccordo, la nomina di un collegio arbitrale, che dovrà preliminarmente esperire un tentativo di riconciliazione dei

⁷⁹ Cfr. **K.C. YEFET**, *Israeli Family Law*, cit., p. 1505 ss. "La comunità islamica è la più regolata e subordinata entro lo Stato ebraico ... Innanzitutto, il sistema delle Corti islamiche non è autonomo ma integrato in uno Stato ebraico, con i suoi giudici nominati da un organo civile secolare non islamico e con la supervisione della Corte Suprema Israeliana (formata interamente da giudici non islamici). È anche soggetto a una legislazione secolare, che include il *Women's Equal Rights Act* e le leggi fondamentali israeliane (che definiscono Israele come una nazione democratica ed ebraica e giurano fedeltà ai valori e all'eredità ebraici). Soprattutto, la legislazione secolare promuove una peculiare visione del diritto islamico familiare, rifiutando di affidare alle autorità islamiche il potere di definire autonomamente la sostanza del proprio diritto religioso, un privilegio accordato alle controparti cristiane e ebraiche. Il diritto penale contribuisce a questa visione, proibendo l'esercizio del diritto dell'uomo al ripudio (il più caro privilegio dei mariti islamici sulle loro mogli e restringendo drasticamente il diritto alla poligamia".

⁸⁰ Cfr. **M. ABOU-RAMADAN**, *Islamic Legal Hybridity and Patriarchal Liberalism in the Shari'a Courts in Israel*, in *J. Levantine Studies*, 4, 2015, p. 44.

⁸¹ Cfr. **M. ABOU-RAMADAN**, *Islamic Legal Hybridity*, cit., p. 43 ss., con riguardo alla previsione, nello Stato di Israele, del reato di bigamia, alla priorità assicurata all'interesse del minore nelle controversie relative all'affidamento dei minori, all'obbligo degli alimenti a favore della moglie e del supporto della prole nell'ipotesi del divorzio.

⁸² Cfr. **K.C. YEFET**, *The Constitution and Female-Initiated Divorce in Pakistan: Western Liberalism in Islamic Garb*, in *Harv. J.L & Gender*, 34, 2011 p. 553 ss.; Cfr. **K.C. YEFET**, *Lifting the Egyptian Veil: A Constitutional Road Map to Female Marital Emancipation in the Islamic World*, in *Family in L.J.*, 5, 2011, p. 87 ss.



coniugi⁸³. Le decisioni di tali collegi arbitrali si rivelano spesso sfavorevoli alla donna dal punto di vista economico, anche qualora la colpa del fallimento dell'unione ricada interamente sull'uomo, e ancora risultano imbevute di pregiudizi di genere nel valutare la condotta dei coniugi.

La combinazione fra un patriarcale e anacronistico approccio all'Islam e il diffidente atteggiamento statale verso questa minoranza religiosa ha favorito una lettura del diritto islamico così come cristallizzata nell'„*Ottoman Law of Family Rights of 1917*” (che negli Stati islamici è stata sottoposta invece a un profondo processo di revisione), e allo stesso tempo a una forma di „*Israelization of the Shari'a*”⁸⁴.

Le materie sulle quali sussiste una giurisdizione concorrente delle autorità civili e religiose rivelano peculiari aspetti di criticità, in quanto ciascuna “se richiesta di applicare il diritto dell'altra, resiste e in realtà sovverte tali leggi in modi creativi e distruttivi”⁸⁵: i risultati pertanto possono essere molto diversi se la medesima questione è sottoposta alla autorità civile o religiosa.

Con riguardo alla distribuzione post-coniugale dei beni, ad esempio, le autorità religiose applicano il regime di separazione dei beni, che depriva la donna della quota di sua spettanza dei beni coniugali: tale soluzione è facilmente realizzabile in quanto spesso i coniugi, all'atto della registrazione del matrimonio, stipulano apposite pattuizioni, in cui stabiliscono che il loro regime patrimoniale sarà regolato dal diritto islamico, piuttosto che dal diritto civile israeliano.

Anche con riguardo alla custodia della prole, le *Sharia Courts* tendono ad applicare il diritto religioso, adottando risoluzioni che aggirano la legge statale e sono spesso sfavorevoli alla donna⁸⁶.

⁸³ Gli arbitri sono sempre di sesso maschile, nonostante i richiami della Suprema Corte israeliana alle *sharia courts* di rivedere tale posizione.

⁸⁴ Cfr. **K.C. YEFET**, *Israeli Family Law*, cit., p. 1505 ss., secondo cui il rifiuto di nominare giudici donne trova supporto nel *Women's Equal Rights Act* che “non solo esenta il diritto religioso in materia di matrimonio e di divorzio dall'osservanza delle norme relative all'uguaglianza di genere ma protegge il diritto delle Corti religiose di non ammettere giudici di sesso femminile”. In un caso, dopo che la *Shari'a Court of Appeals* ha rifiutato di modificare la sua decisione, la Suprema Corte Israeliana non ha avuto altra scelta che sancire che anche le donne possono svolgere le funzioni di arbitri; non è chiaro se questa decisione è stata resa esecutiva. Cfr. HCJ 3856/11 Doe v. Sup. Sharia Ct. App. (Jun. 27, 2013), Nevo Legal Database (by subscription, in Hebrew) (Isr.), translated in X v. Sup. Sharia Ct. App., Versa, <http://versa.cardozo.yu.edu/opinions/doe-v-supreme-sharia-court-appeals>.

⁸⁵ Cfr. **K.C. YEFET**, *Israeli Family Law*, cit., p. 1522.

⁸⁶ Cfr. **K.C. YEFET**, *Israeli Family Law*, cit., pp. 1524-1526, sottolinea che “Le Corti islamiche sono uscite dal loro percorso per prendere le distanze dallo Stato Ebraico e resistere al mandato giuridico di applicare il diritto civile. In vero, la Corte d'Appello



Le garanzie offerte dal sistema civilistico rimangono perciò frustrate, e gravano sulla donna i costi di appellare le pronunzie dinanzi alle autorità giudiziarie civili (che spesso hanno limitati poteri di supervisione con riguardo all'applicazione del diritto secolare da parte delle autorità religiose). Le Corti secolari, al contrario, se chiamate ad applicare il diritto religioso, tendono a mitigare le asimmetrie di genere, sebbene formalmente ne rispettino le regole. Le differenti soluzioni cui possono giungere le autorità giudiziarie spronano ciascuna delle parti a intraprendere per prima l'azione giudiziaria al fine di rivolgersi al foro più "amichevole" (vigendo la regola della prevalenza del foro preventivamente adito).

L'introduzione del regime di giurisdizione concorrente, inoltre, invece di favorire una leale competizione fra due diversi sistemi di giurisdizione, favorendo nel diritto confessionale virtuosi meccanismi di auto-correzione in vista di una sua ri-lettura in chiave progressista, sembra aver favorito fenomeni di radicalizzazione identitaria, per cui le *Sharia Courts* si sono mosse in direzione di una "purificazione" del diritto religioso dagli influssi secolari israeliani, cercando di prevenire forme di contaminazione civile, al prezzo dell'abbandono del "*woman-friendly civil law*"⁸⁷.

Con riguardo al supporto coniugale spettante alla donna, la concorrenza fra giurisdizioni ha condotto le Corti islamiche ad accentuare gli elementi di disparità fra i due regimi, invece di muoversi in direzione di

Islamica ha consistentemente rinunciato al suo obbligo di applicare la *Legal Capacity and Guardianship Law* ("*Child Custody Law*"), insistendo che il diritto islamico la sostituisce e che la Sharia non si inchinerà dinanzi alla legge israeliana. Per i *qadi*, lo stesso dovere di applicare il diritto civile viola la loro libertà religiosa e funge da *casus belli* ... La questione del trasferimento della custodia fornisce una potente prova della sovversione per via giudiziaria del diritto civile in un modo che mette in questione l'impegno dei *qadi* al perseguimento del miglior interesse dei minori". Cfr., più approfonditamente, **M. ABOU-RAMADAN**, *The Recent Developments in Custody Law for Muslims in Israel: Gender and Religion*, in *Hawwa*, 8, 2010, p. 278.

⁸⁷ "Questa Corte è una Corte religiosa islamica, impegnata a implementare la *Shari'a* islamica, essa è stata costituita solo per il motivo di implementare la pura *Shari'a*. Se il legislatore volesse che le Corti islamiche implementassero il diritto positivo nel modo in cui possono farlo le Corti statali, allora cosa legittimerebbe l'esistenza di una Corte islamica? Il presupposto che ciascun gruppo ha bisogno di gestire le proprie questioni familiari secondo le proprie regole religiose è il principio che soggiace all'esistenza delle Corti religiose, e la legge islamica è l'unico metodo giuridico, e abbiamo bisogno di preservare le regole islamiche e di implementarle". Cfr. **M. ABOU-RAMADAN**, *The Recent Developments*, cit., pp. 280-281, ove l'Autore cita le parole del presidente della *Shari'a Court of Appeals*, Qadi Ahmad Natur: "Quei cittadini che desiderano una decisione fondata sul diritto positivo, possono rivolgersi alle autorità giudiziarie statali, e noi, da parte nostra, opereremo per rimuovere il diritto positivo dalla Corte d'Appello Islamica".



una loro armonizzazione: ergendosi a difensori dell'integrità familiare, esse abusano del sistema degli alimenti, escogitando strategie per ridurre l'ammontare dovuto alla donna e alla prole, al fine di "scoraggiare" il divorzio, per cui tali soggetti riceveranno un trattamento deteriore rispetto a quello che avrebbe accordato il giudice statale.

Il ruolo delle Corti religiose è altresì potenziato da quelle forme di pressione sociale e culturale cui è soggetta la "libera scelta" della donna, che finisce con l'assoggettarsi alla giurisdizione confessionale; per cui la giurisdizione concorrente si rivela

«una ingannevole panacea offerta dallo Stato liberale alle donne delle minoranze; la pseudo-“scelta” giurisdizionale può sembrare buona per lo Stato liberale, ma non fa nulla per affievolire le preoccupazioni per il rischio di una giustizia di genere e per il benessere dei bambini israeliani»⁸⁸.

L'esperienza israeliana rivela pertanto come l'approccio pluralista "forte"⁸⁹ finisce coll'affievolire la protezione statalmente offerta alle minoranze dentro le minoranze, che non godono effettivamente della possibilità di scelta fra due giurisdizioni concorrenti e subiscono gli effetti del sopracitato fenomeno di estremizzazione identitaria, che enfatizza anacronistiche dinamiche di genere, mentre lo Stato non riesce a offrire un efficace sistema di tutele compensatorie che garantiscano i diritti individuali fondamentali, fallendo nel suo compito di apportare misure correttive a un sistema di giustizia confessionale che adotta in modo estensivo misure discriminatorie.

7 - Modelli di pluralismo a confronto

La comparazione fra esperienze ordinamentali diverse evidenzia come si possa parlare di una sorta di spettro del pluralismo, nel quale rientra un ampio ventaglio di approcci, volti a offrire risposte alle istanze di libertà fideistica, con diverse ricadute sulle minoranze. La crescente interazione fra "diritto giurisprudenziale" e "diritto politico"⁹⁰ (non solo in paesi di

⁸⁸ Cfr. K.C. YEFET, *Israeli Family Law*, cit., p. 1505 ss.

⁸⁹ Cfr. A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2001, p. 28, che identifica con tale espressione quei modelli in cui il rapporto fra Stato e gruppi si sviluppa con modalità pregiudizievoli della protezione dei diritti del singolo.

⁹⁰ Cfr. A. RUGGERI, *Dialogo fra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in www.diritticomparati.it, 19 novembre 2013.



common law ma pure di *civil law*) mette in luce il ruolo sempre più pervasivo svolto dalla giurisprudenza, nelle ipotesi di incompletezza del dettato normativo, conducendo a un evidente scarto fra modello di partenza e modello di arrivo.

L'esperienza statunitense mette in luce come "l'immagine di lunga data di una legge uniforme e monopolistica che governa una società è chiaramente obsoleta"⁹¹: tale soluzione "assimilazionistica" soffoca le domande di libertà religiosa, che verranno relegate in sistemi di "diritto ufficioso", arcipelaghi di giurisdizione che continueranno a operare in maniera sotterranea, e sui quali lo Stato avrà poche possibilità di esercitare il suo compito di protezione dei soggetti più vulnerabili: in tal senso non è in errore chi si attesta sulla circostanza di fatto che "forse dobbiamo essere tutti coscientemente pluralisti, che ci piaccia o no"⁹².

Allo stesso modo si rivela superato il modello in cui lo Stato rimane coinvolto nella regolazione del matrimonio ma dà spazio esclusivamente alle esigenze dei gruppi religiosi maggioritari, fornendo un modello normativo solo formalmente neutrale dal punto di vista religioso, ma in realtà allineato al sistema valoriale della maggioranza, poiché tale sistema viene oggi crescentemente smantellato dalle nuove esigenze sociali relative sia all'esercizio della libertà di accesso al matrimonio sia all'esercizio della libertà di sottrarsi dal vincolo coniugale.

Di fronte all'inadeguatezza di tali modelli la tentazione più estrema è quella di "sottrarre allo Stato il problema di decidere cosa sia il matrimonio e lasciare la questione alle chiese e agli altri gruppi religiosi"⁹³: lo Stato abdicherebbe al suo ruolo di definizione e regolazione dell'istituto matrimoniale, delegando tale compito a una pluralità di agenzie di senso: questa opzione "districherebbe lo Stato dagli aspetti religiosi del matrimonio ed enfatizzerebbe la più elevata priorità statale all'uguaglianza"⁹⁴.

L'esempio israeliano risulta tuttavia sicuramente paradigmatico del rischio (sotteso all'instaurazione di un regime ove i "*nomoi groups*"⁹⁵, ossia

⁹¹ Cfr. **B.Z. TAMANAHA**, *A Framework for Pluralistic Socio-Legal Systems*, in *Cultural Diversity And The Law: State Responses From Around The World*, a cura di A. Duldels Renteln, M.-C. Foblets, J.-F. Gaudeault-DesBiens, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 400.

⁹² Cfr. **W. MENSKI**, *Ancient and Modern Boundary Crossings between Personal Laws and Civil Law in Composite India*, in *Marriage and Divorce in a Multicultural Context. Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law*, cit., p. 222.

⁹³ Cfr. **S.B. PRESSER**, *Marriage and the Law: Time for a Divorce?*, in *Marriage and Divorce in a Multicultural Context*, cit., p. 81.

⁹⁴ Cfr. **J. WITTE jr.**, **J.A. NICHOLS**, *Who Governs the Family?*, cit., p. 321 ss.

⁹⁵ Cfr. **R. COVER** (a cura di M. Goldoni), *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008.



gruppi religiosamente definiti, si autoregolano sulla base di un sistema di norme religioso-culturali fondato sulla condivisione del medesimo patrimonio valoriale-fideistico), ove si consideri che il riconoscimento di forti poteri autonomici alle comunità religiose indebolisce la capacità statale di offrire tutela alle libertà individuali, e in particolare rende più difficile, per il singolo, sottrarsi alla giurisdizione religiosa, vulnerando in particolare le categorie più deboli all'interno degli stessi gruppi religiosi.

La strada più piana da percorrere sembra pertanto, ancora una volta, quella della predisposizione di tecniche (generiche o specifiche) che si avvalgano della cooperazione di tutti i soggetti interessati, al fine di consentire l'innesto di altri patrimoni culturali nel "diritto statale delle religioni"⁹⁶, realizzando quella giusta quantità di intervento statale atta a favorire i processi di integrazione, disincentivando le modalità regressive di espressione della libertà religiosa. Nell'ambito di una politica inclusiva, ulteriori regimi giuridici possono trovare accoglienza nell'ordine dello Stato, purché siano attivati meccanismi di controllo sull'importazione di pronunzie confessionali, calibrando i diritti alla differenza con quello di uguaglianza.

Autorevole dottrina⁹⁷, in vista di rintracciare una soluzione per gestire i conflitti fra diritto religioso e diritto statale generati dal multiculturalismo, ha auspicato la realizzazione, pure nei sistemi separatisti, di un modello di "accomodamento trasformativo", che assicuri forme di "circolazione di potere fra autorità", mediante la cooperazione di più autorità alla decisione di una controversia giudiziaria. Tale modello (moderatamente multicentrico) presuppone il riconoscimento di una "libertà di uscita" per i singoli qualora "coloro che detengono la competenza giurisdizionale falliscono nel rispondere effettivamente ai bisogni dei costituenti". Il punto debole di tale costruzione teorica è stato tuttavia identificato nella difficoltà di bilanciare il duplice rischio o di attribuire alle parti l'arbitrario potere di "cambiare improvvisamente giurisdizione quando reputino sia nel loro migliore interesse" (assegnando in ogni caso alle autorità statali un potere di ingerenza negli spazi di autonomia riconosciuti ai gruppi confessionali e rendendo inefficace ogni decisione raggiunta dall'autorità giudiziaria religiosa) o di attribuire alle confessioni "libero regno" (con una compromissione della tutela statale delle libertà individuali)⁹⁸.

⁹⁶ Cfr. **A. LICASTRO**, *Il diritto statale delle religioni nei paesi dell'Unione Europea. Lineamenti di comparazione*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2017.

⁹⁷ Cfr. **A. SHACHAR**, *Multicultural Jurisdictions*, cit., p. 88 ss.

⁹⁸ Cfr. **M.A. HELFAND**, *Religious Arbitration*, cit., p. 1283.



L'esperienza statunitense risulta illustrativa della strada percorsa in tal senso con l'adozione di un sistema di diritto ecclesiastico qualificabile come "diffuso"⁹⁹, ossia riconducibile agli strumenti propri dell'autonomia privata: lo Stato, in questo caso, offre ampio spazio alla libertà di scelta dei singoli, per cui le regole (anche religiosamente orientate) del rapporto di *coniugio* vengono definite per via di accordi pre- e post-coniugali civilmente rinforzabili, e per il tramite dell'accordo i coniugi possono preliminarmente concordare il "foro" deputato a giudicare le eventuali controversie derivanti dal matrimonio o dal suo scioglimento.

A tal proposito, negli Stati Uniti, le varie forme di arbitraggio religioso (che si pongono in linea di continuità con un *trend* normativo favorevole all'uso di tale strumento)¹⁰⁰ svolgono un ruolo fondamentale, in vista di una comprensione in chiave espansiva del principio di libertà religiosa (nella sua dimensione non solo individuale ma pure collettiva)¹⁰¹, e come tecnica di gestione delle istanze di accomodamento di libertà religiosa dei gruppi minoritari (consentendo loro di aderire alle regole statali senza sacrificare le loro esigenze confessionali, spesso trascurate da una legislazione statale solo formalmente neutrale dal punto di vista religioso).

Le recenti proibizioni volte a minare il riconoscimento dell'efficacia di forme di giurisdizione religiosa (la cui coerenza con la *Free Exercise Clause* è dubbia) rappresentano un intervento preventivo dell'ordinamento che riflette lo scetticismo verso le nuove domande di multiculturalità. L'ordinamento statunitense possiede infatti in sé le risorse per bilanciare le esigenze di protezione dei singoli contro forme di oppressione intra-confessionale, offrendo al tempo stesso l'opportunità ai gruppi di fruire di uno spazio di autogestione delle controversie sulla base di un sistema di valori condiviso.

⁹⁹ Cfr. **S. DOMIANELLO**, *Le garanzie di laicità civile e libertà religiosa, nel matrimonio, al bivio: fidarsi di più della rischiosa attrazione degli antichi diritti della democrazia o delle promesse di un nuovo diritto convenzionale "di classe"?*, in *Multireligiosità e reazione giuridica*, a cura di A. Fuccillo, Giappichelli, Torino, 2008, p. 250.

¹⁰⁰ Cfr. **C. LITT WOLFE**, *Note: Faith-Based Arbitration: Friend or Foe? An Evaluation of Religious Arbitration Systems and their Interaction with Secular Courts*, in *Fordham L. Rev.*, 2006, 75, p. 427 ss., con riguardo all'evoluzione normativa negli U.S.A. (dal *Federal Arbitration Act* del 1925 al *Revised Uniform Arbitration Act* del 2000).

¹⁰¹ Cfr. **R.W. GARNETT**, *Do Churches Matter? Toward an Institutional Understanding of the Religion Clauses*, in *Vill. L. Rev.*, 53, 2008, pp. 294-295, reputa che le istituzioni religiose "contribuiscano alla ... realtà della libertà religiosa sulla base della legge, servendo come parte dell'infrastruttura che rende la libertà religiosa possibile".



Sebbene il principio di autonomia dei gruppi abbia incontrato un atteggiamento giurisprudenziale ostile, fino a tempi recenti¹⁰², esso, come si è detto, è stato promosso dai meccanismi attivati dal diritto privato. La struttura del sistema arbitrale resta assoggettata a una supervisione statale, incaricata di operare un attento bilanciamento fra l'aspettativa del cittadino-fedele di fruire di un foro abilitato a emettere pronunzie coerenti con la sua fede suscettibili di avere efficacia nell'ordine statale, e l'esigenza di non pretermettere quegli stringenti interessi statali che non possono essere delegati all'autonomia delle parti (mediante il filtro della *public policy*). Al tempo stesso un'interpretazione in chiave estensiva di istituti che consentono di neutralizzare quelle forme di pressione che il coniuge più debole subisce nella fase dello scioglimento del rapporto permette di esplorare "le complicazioni dei nostri orizzonti giuridici per trovare la flessibilità nel fornire significative opportunità alle comunità religiose"¹⁰³.

Rimane tuttavia in sospeso il dubbio se lo Stato riesca a essere effettivamente garante dell'equità delle posizioni delle parti coinvolte o se lo spostamento della tutela dei diritti sul piano di una giustizia privatamente amministrata possa condurre alla lesione dei diritti fondamentali che lo stesso Stato è tenuto a garantire: l'esperienza di alcuni Stati (Ontario, Inghilterra)¹⁰⁴ rivela come la legittimità dei tribunali arbitrali sia una questione tuttora irrisolta.

L'altro percorso attivabile è quello di un diritto ecclesiastico "riempito di contenuti attraverso leggi prodotte laicamente e democraticamente"¹⁰⁵: in tal caso lo Stato predispone una pluralità di modelli (e regimi) matrimoniali, che danno voce alle convinzioni religiose dei singoli, ampliando il ventaglio di opzioni fra cui il cittadino fedele può scegliere, e offrendo, in sede normativa, accomodamenti di specifiche

¹⁰² Cfr. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990): "Condizionare l'obbligo di un individuo di obbedire a una legge alla coincidenza di tale legge con le sue credenze religiose ... permettendogli, in virtù delle sue credenze, di divenire una legge per se stesso, è in contraddizione sia con la tradizione costituzionale sia con il senso comune"; *Board of Ed. Of Kyrias Joel Village School Dist. v. Grumet* 512 U.S. 687 (1994): "uno Stato non può delegare la sua autorità a un gruppo scelto sulla base di un criterio religioso".

¹⁰³ Cfr. **M.A. HELFAND**, *Religious Arbitration*, cit., p. 1305.

¹⁰⁴ Cfr. **N. BAKHT**, *Family Arbitration Using Sharia Law: Examining Ontario's Arbitration Act and its Impact on Women*, in *Muslim World Journal of Human Rights*, 1, 2004, pp. 1-24; **R. HIRSCHL**, **A. SHACHAR**, *The New Wall of Separation: Permitting Diversity, Restricting Competition*, in *Cardozo Law Review*, 30, 2009, 30, p. 2535 ss.; **G. DOUGLAS**, **R. SANDBERG**, **N. DOE**, **S. GILLIAT-RAY**, **A. KHAN**, *Religious Divorce in England and Wales: Religious Tribunals in Action*, in *Family, Religion and the Law. Cultural Encounters in Europe*, a cura di P. Shah, M.-C. Foblets, M. Rohe, Ashgate, Farnham (Surrey), 2014, p. 195 ss.

¹⁰⁵ Cfr. **S. DOMIANELLO**, *Le garanzie di laicità civile*, cit., p. 250.



esigenze identitario-confessionali (*covenant marriages, ghet statutes*)¹⁰⁶ con alternativi regimi giuridici (sia pure nell'ambito di un pluralismo statualmente regolato, che circoscrive i rischi dell'utilizzo di forme di *foreign law*).

Il sistema matrimoniale italiano rappresenta sicuramente un modello duttile, che funge potenzialmente da apripista nel raccogliere le sfide del multiculturalismo; esso è tuttavia arroccato su un sistema gerarchico di tutela delle esigenze confessionali¹⁰⁷, che vede il contrapporsi, ai due estremi, dell'esplicarsi della libertà religiosa in forma positiva, secondo le modalità tipiche di un gruppo confessionale (pur tuttavia accompagnato dal persistere di alcune carenze che producono un corto circuito fra la riserva di spazi autonomici alle Confessioni e l'esigenza statale di garantire i valori non negoziabili)¹⁰⁸ e la compressione delle istanze dei "nuovi" gruppi minoritari, schiacciate da un diritto comune che, in atto, non riesce a garantire pienamente neanche le esigenze basiche di riconoscimento di uno spazio di presenza nella sfera pubblica¹⁰⁹, mentre un testo normativo

¹⁰⁶ Cfr. **M.J. BROYDE**, *New York's Regulation of Jewish Marriage. Covenant, Contract, or Statute*, in *Marriage and Divorce in a Multicultural Context. Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, cit., p. 138 ss.; **A. NICHOLS**, *Louisiana's Covenant Marriage Law: A First Step toward a More Robust Pluralism in Marriage and Divorce Law?*, in *Emory Law Journal*, 47, 1998, p. 929 ss. I *ghet statutes* emanati nello Stato di New York sono indirizzati ad agevolare la coincidenza fra *status* matrimoniale religioso e civilistico degli aderenti alla religione ebraica, fornendo una soluzione ai cosiddetti "matrimoni claudicanti", in cui la donna di fede ebraica resta vincolata (religiosamente) a un matrimonio sciolto civilmente, a causa del rifiuto dell'uomo di rilasciarle il *ghet*. In base alla normativa del 1983, la parte attrice nel giudizio di divorzio o di annullamento del matrimonio (che è l'unica parte incaricata della rimozione degli ostacoli in vista della celebrazione di una nuova unione), è dovrà dichiarare nella sua istanza di avere fatto uso tutti i mezzi a lui disponibili in vista della eliminazione delle barriere che potrebbero limitare la possibilità dell'altro coniuge di stipulare un nuovo matrimonio una volta che il precedente sia disciolto civilmente. Nell'ambito di tali "barriere" il testo normativo indica specificamente "limitazioni o restrizioni religiose o di coscienza". Cfr. *New York Domestic Relations Law* § 253 (1983). La successiva legge newyorkese del 1992 si colloca invece nel quadro della disciplina degli effetti patrimoniali del divorzio. Il nuovo testo normativo prevede che il giudice statale dovrà tener conto, "ove sia opportuno", in sede di distribuzione della proprietà coniugale e di definizione dell'assegno di mantenimento, del permanere di barriere che ostacolano la celebrazione di nuove nozze. Cfr. *N.Y. Dom. Rel. Law* § 236 B(5)(h), (6)(d).

¹⁰⁷ Cfr. **J. PASQUALI CERIOLI**, *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia e (in)eguale libertà di accedere alle intese ex art. 8, terzo comma, Cost.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 26 del 2016, pp. 1-35.

¹⁰⁸ Cfr. **S. BERLINGÒ**, *L'affaire dell'U.A.A.R.: da mera querelle politica ad oggetto di tutela giudiziaria*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 4 del 2014, pp. 1-23.

¹⁰⁹ Cfr. Corte cost., 23 febbraio 2016, n. 63, nel sito www.cortecostituzionale.it. A commento, si veda **A. LICASTRO**, *La Corte Costituzionale torna protagonista dei processi di*



che tuteli genericamente la libertà religiosa di tutti (e che si accompagni a interventi capaci di offrire “una tutela calibrata sulle caratteristiche specifiche del tipo di soggetto destinatario”¹¹⁰) è ancora *in itinere*.

A tal proposito, da tempo la dottrina suggerisce un “rinnovamento” del modello italiano di laicità, mirato a valorizzare tutte le risorse offerte dal sistema delle fonti del diritto ecclesiastico, sia unilaterali (mediante una normativa in grado di “riempire di contenuti i principi del pluralismo religioso e dell’eguale libertà di tutte le confessioni davanti alla legge”) sia negoziate (tramite un aggiornamento

“dell’impegno costituzionale a negoziare con le rappresentanze dei particolari interessi in gioco quel pacchetto (eventuale e ridotto) di garanzie eccezionali (migliorative e/o alternative rispetto a quelle assicurate sia dal diritto unilaterale comune che dalle norme in materia di libertà di coscienza e di religione) ragionevolmente confezionato al fine di prevenire i problemi e superare gli ostacoli che potrebbero essere generati dall’esistenza di specificità esclusive di una confessione o di un unico ceppo di confessioni religiose”¹¹¹).

transizione della politica ecclesiastica italiana? in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 26 del 2016, pp. 1-34.

¹¹⁰ Cfr. **S. DOMIANELLO**, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio Astrid. Le scelte operate in materia matrimoniale e per la stipulazione delle intese*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 20 del 2017, pp. 1-27, che sottolinea come la recentissima proposta di legge di Astrid (il cui testo è riportato in calce all’articolo sopra citato) si muova infatti nella direzione non di un modello matrimoniale unitario e omologante, bensì di una serie di interventi mirati a soddisfare le domande di libertà religiosa di diversi soggetti confessionalmente ispirati, in misura proporzionata alle modalità organizzative adottate dagli stessi e alla concreta portata delle loro istanze. Tale proposta, secondo l’Autrice, è indirizzata sia a colmare vuoti normativi, sia a porre rimedio alle “irragionevoli discriminazioni” determinate dall’attuale assetto normativo che ha, fra l’altro, generato un fenomeno “mimetizzazione” e “frammentarizzazione ... delle risposte normative offerte a istanze di libertà di coscienza e religione avanzate sul nostro territorio da cittadini, stranieri, apolidi e rifugiati, anche nella forma positiva di domande di riconoscimento”. Su tale proposta di legge cfr. pure **A. FERRARI**, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio Astrid. Le scelte di fondo*, *ivi*, pp. 1-26; **R. MAZZOLA**, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio Astrid. Le scelte operate nel campo della libertà individuale*, *ivi*, pp. 1-26; **P. FLORIS**, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio Astrid. Le scelte operate nel campo della libertà collettiva*, *ivi*, pp. 1-27; **S. FERRARI**, *Perché è necessaria una legge sulla libertà religiosa? Profili e prospettive di un progetto di legge in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 21 del 2017, pp. 1-26.

¹¹¹ Cfr. **S. DOMIANELLO**, *Libertà religiosa tra bilateralità necessaria, diffusa e impropria*, in *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, cit., pp. 52-53.



Tale evoluzione dovrebbe accompagnarsi a un effettivo processo di laicizzazione delle fonti del diritto comune, non più disponibile a conformarsi ai principi e ai valori maggioritari, sibbene aperto ad accogliere l'emergente pluralizzazione delle tipologie di comunione di vita (assicurando tuttavia forme di protezione per i soggetti dissenzienti)¹¹². Siffatta apertura dell'ordinamento dovrebbe rivelarsi compatibile con la capacità di riconoscere la centralità che determinate convinzioni e condotte rivestono all'interno di patrimoni etici sia religiosi sia secolari, ugualmente meritevoli di considerazione.

Tale rinnovamento non implica pertanto un riassorbimento di tutte le istanze di libertà religiosa nelle maglie di un diritto comune indirizzato a garantire la libertà religiosa di tutti, poiché tale modello finirebbe con il respingere le istanze connotate da una "forte alterità" rispetto ai valori dominanti nella società secolare¹¹³. Ne deriverebbe una regressione delle modalità di tutela della libertà religiosa positiva, dissipatrice di quelle risorse proprie dello strumentario giuridico del nostro ordinamento che consentono di soddisfare peculiari domande di accomodamento della religione per via specifica, ma ben lungi dall'offrire un accesso indiscriminato a una pluralità di statuti personali: si tratta infatti di un modello che si muove in chiave di riconoscimento di un pluralismo statualmente gestito, i cui limiti restano pur sempre definiti dal quadro costituzionale.

In diverse occasioni, del resto, la Corte europea ha riconosciuto la legittimità di trattamenti di particolare favore (o di regimi di "diseguaglianza graduata")¹¹⁴ verso alcune Confessioni nello spazio giuridico europeo; al tempo stesso trattamenti differenziati fra diverse convinzioni e manifestazioni fideistiche sono crescentemente esposti a un più rigoroso scrutinio, ogni qualvolta differenze di trattamento relative al godimento di "vantaggi materiali" non siano fondate su ragionevoli e

¹¹² La più recente estrinsecazione di tale fenomeno può identificarsi nell'adozione della legge n. 76 del 2016, regolativa delle unioni civili fra persone dello stesso sesso, che non prevede però allo stato la disciplina di forme di obiezione di coscienza per quei cittadini fedeli il cui credo inibisce loro di astenersi da atti o comportamenti che implicherebbero una partecipazione diretta o una "complicità" nella celebrazione di tali unioni. A commento di tale testo normativo, si veda **A. RUGGERI**, *Unioni civili e convivenze di fatto: "famiglie" mascherate? (Nota minima su una questione controversa e sulla sua discutibile risoluzione da parte della legge n. 76 del 2016)*, in *Consulta on line*, 2016, 2, pp. 251-262, nel sito www.giurcost.org.

¹¹³ Cfr. **S. DOMIANELLO**, *Libertà religiosa tra bilateralità necessaria, diffusa e impropria*, cit., p. 51.

¹¹⁴ Cfr. **G. CASUSCELLI**, *Uguaglianza e fattore religioso*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Utet, Torino, 1999, p. 428 ss.



obiettive giustificazioni¹¹⁵, onde prevenire il rischio di asseverare privilegi di cui godrebbero solo i gruppi maggioritari¹¹⁶.

La soluzione non va pertanto ricercata nel progressivo “smantellamento” dell’attuale impianto concordatario, come la giurisprudenza rischia di fare nello specifico ambito matrimoniale, attesa l’inerzia legislativa, conducendo gradualmente a un trattamento deteriore delle sentenze canoniche rispetto a quelle provenienti da Stati esteri. Va ricordato infatti che la giurisprudenza italiana ha assunto nei confronti di dette pronunzie un atteggiamento di progressiva e sempre maggiore chiusura¹¹⁷, con il ricorso al “grimaldello” dell’ordine pubblico¹¹⁸, “usato sempre più come estrema *ratio* per poter giustificare carenze ordinamentali” piuttosto che come “margine estremo entro cui può spingersi l’ordinamento nel salvaguardare la propria sovranità e nel contempo recepire le istanze confessionali”¹¹⁹. Tale processo evolutivo giurisprudenziale (sicuramente influenzato dalle esigenze di protezione, anche in termini economici, del coniuge più debole, che, oltre a non essere presente in altre realtà ordinamentali ove la pronunzia di delibazione non

¹¹⁵ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, sez. I, 12 marzo 2009 (ric. 42697/98), *Löffelmann v. Austria*; Corte europea dei diritti dell’uomo, sez. I, 31 luglio 2008 (ric. 40825/98), *Religionsgemeinschaft der Zugen Jehovas et alii v. Austria*.

¹¹⁶ Cfr. **G. CASUSCELLI**, *Convenzione europea, giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e sua incidenza sul diritto ecclesiastico italiano. Un’opportunità per la ripresa del pluralismo confessionale?* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., settembre 2011, pp. 1-58.

¹¹⁷ Cfr. Cass. civ., sez. un., 17 luglio 2014, n. 16379, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2014/3, p. 791 ss.; Cfr. Cass. civ., sez. un., 17 luglio 2014, n. 16380, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2014/3, p. 819 ss. Cfr. **N. MARCHEI**, *Le Sezioni unite riscrivono, sotto il profilo sostanziale e sotto il profilo processuale, la “delibazione” delle sentenze ecclesiastiche*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2014/3, p. 774 ss.; **G. CASUSCELLI**, *Delibazione e ordine pubblico*, cit., pp. 1-26.

¹¹⁸ Cfr. **G. BONI**, *L’efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte prima)*, cit., p. 7, individua le tappe di questi sempre maggiori limiti ne “l’enucleazione del paradigma della buona fede, la distinzione tra incompatibilità assolute e relative, la rilevanza della protratta (invero triennale) convivenza”. Tale convivenza secondo la Cassazione può essere eccepita solo su istanza di parte; una recente pronunzia della Corte d’Appello di Firenze ha però adottato un atteggiamento ancora più intransigente, secondo cui la contrarietà all’ordine pubblico è rilevabile d’ufficio in ogni stato e grado del procedimento. Cfr. Appello Firenze, 14 aprile 2011, n. 12. Questa decisione è stata rovesciata da Cass. civ., sez. I, 4 giugno 2012, n. 8926, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2012/3, p. 779.

¹¹⁹ Cfr. **A. FABBRI**, *Ordine pubblico e azione giurisdizionale. Il modello di ordine pubblico proposto in sede giurisdizionale anche a proposito delle modalità di esercizio della libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 30 del 2016, pp. 18-20.



è produttiva di riflessi sul piano patrimoniale¹²⁰, sembra ora subire qualche ripensamento, nei più recenti indirizzi, in materia di commisurazione dell'assegno divorzile¹²¹) ha prodotto un radicale mutamento dell'originale impianto concordatario - tanto da mettere in dubbio l'ottemperanza del principio "*pacta sunt servanda*" pur recentemente ribadita dalla giurisprudenza della Cassazione¹²².

Di fatto il legislatore italiano si è dimostrato poco sollecito a offrire risposte alle esigenze di tutela delle aspettative di carattere patrimoniale derivanti dalla convivenza connotata da stabilità, tardando a operare un "riequilibrio fra le conseguenze derivanti dalla nullità del matrimonio rispetto al divorzio"¹²³ (in particolare approntando misure di tutela per il coniuge più vulnerabile, valutando la durata della comunione di vita, l'imputabilità a uno dei coniugi dell'invalidità matrimoniale, il contributo di ciascuno al *management* coniugale): tale intervento avrebbe potuto riportare su binari di simmetria il trattamento economico post-coniugale nelle due diverse ipotesi di *démariage*, sanando quelle disparità tra gli aspetti patrimoniali conseguenti alla cessazione degli effetti civili del matrimonio e quelli conseguenti alla delibazione della sentenza di nullità e prevenendo i penetranti interventi "correttivi" della giurisprudenza.

Come si è visto, il processo breve introdotto nell'ambito del giudizio canonico materializza il rischio che la giurisprudenza si dimostri ancora una volta refrattaria nel concedere il riconoscimento alle sentenze ecclesiastiche, sebbene buona parte delle innovazioni introdotte dalla riforma (come il ripristino della centralità del ruolo episcopale), trovino riscontro in scelte già operate in passato e quindi compatibili con l'ordine pubblico¹²⁴.

¹²⁰ Per la situazione spagnola cfr. **M. ROCA FERNÁNDEZ**, *La reforma del proceso canónico*, cit., p. 32 ss.

¹²¹ La Corte di Cassazione civile, sez. I, con la sentenza n. 11504 del 10 maggio 2017, ha mutato il proprio orientamento in materia di assegno divorzile. In tale pronunzia, la Corte connette il diritto al mantenimento nel divorzio alla circostanza della non autosufficienza economica del coniuge più debole, ritenendo superato, alla luce dei mutamenti economico-sociali, il riferimento alla continuazione del tenore di vita goduto durante il matrimonio.

¹²² Cfr. Cass. civ., sez. I, 4 giugno 2012, n. 8926, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2012/3, p. 779.

¹²³ Cfr. **M. CANONICO**, *Delibazione di sentenze ecclesiastiche, ovvero il cammello per la cruna dell'ago*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 25 del 2015, pp. 6-8.

¹²⁴ Cfr. can 1673, par. 1, che prevede che il vescovo nella sua Diocesi possa assumere le funzioni di giudice; cfr. **G. BONI**, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte prima)*, cit., p. 23, reputa che l'art. 34 del Concordato e l'art. 8 dell'Accordo di Villa Madama facevano riferimento all'apparato giurisdizionale ecclesiastico, ma non intendevano cristallizzarlo una volta per tutte, trattandosi di materia di competenza della Chiesa.



Non manca in dottrina chi vede nella riforma operata dal *Mitis Iudex* un segnale di completo allontanamento del modello matrimoniale canonistico da ogni interferenza con gli ordinamenti secolari, auspicando l'adozione di un regime di separazione, in quanto non appare "più conveniente che il matrimonio canonico concorra indifferenziato davanti alla legislazione dello Stato con altri modelli disarmonici dal punto di vista antropologico"¹²⁵ (sia pure al prezzo della perdita dell'efficacia civile della giurisdizione ecclesiastica).

Altri affermano invece che la Chiesa debba assumere un atteggiamento positivo verso l'istituto della delibazione¹²⁶ e non piegarsi passivamente all'irrilevanza della giurisdizione ecclesiastica¹²⁷, quando non addirittura indirettamente favorirla, attivandosi piuttosto in vista di una rielaborazione, in sede di negoziazione bilaterale, dell'attuale disciplina sul giudizio di delibazione (*ex art. 14 Accordi*)¹²⁸, rilanciando il suo tradizionale ruolo (pazientemente portato avanti anche in orizzonti normativi ostici) di promotrice di un modello identitario che conserva suoi specifici tratti distintivi, di fronte al progressivo svuotamento contenutistico del matrimonio secolare. Tutto questo senza rinunciare alla "visibilità nel diritto pubblico" del matrimonio canonico¹²⁹, ma tenendo conto che il tradizionale rapporto osmotico fra diritto civile e diritto confessionale consente una permeabilità delle norme canonistiche agli influssi esterni. Nella specie, è auspicabile una fattiva operosità cooperativa da parte della Chiesa, affinché apporti alle nuove norme quegli aggiustamenti che preverrebbero frizioni con l'ordine secolare e ostacolerebbero la delibazione delle pronunzie di nullità, in un processo di autoriforma interna "virtuosa" (incoraggiabile da parte dello Stato mediante l'attivazione di meccanismi di premialità) sia per trattenere il singolo (potenzialmente scoraggiato dalle crescenti difficoltà che il suo atto di coerenza confessionale avrebbe in sede di riconoscimento della sua efficacia civile) nella sfera della giurisdizione confessionale sia in vista di una leale competizione all'interno di un sistema ove l'offerta statale in campo matrimoniale si professa pluralistica.

¹²⁵ Cfr. **J.I. ARRIETA**, *Possibili sviluppi nel diritto canonico matrimoniale e processuale alla luce dei lavori del Sinodo straordinario*, in *Dir. fam. pers.*, XLIV, 2015, p. 1018.

¹²⁶ Cfr. **P. MONETA**, *La dinamica processuale*, cit., p. 49 ss.

¹²⁷ Cfr. **G. BONI**, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte seconda)*, cit., p. 60.

¹²⁸ Cfr. **G. BONI**, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte seconda)*, cit., p. 63.

¹²⁹ Cfr. **G. BONI**, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità dopo il Motu Proprio Mitis iudex (parte seconda)*, cit., p. 65.



Tale cooperazione va realizzata nel comune interesse alla promozione della dignità fondamentale del cittadino/fedele, che dopo aver ottenuto in sede canonica la dichiarazione di nullità si vedrebbe altrimenti preclusa la via del riconoscimento civile della sentenza, venendo così a subire una discrepanza fra il suo *status* canonico e quello civilistico, a meno di non essere costretto a ricorrere alle autorità civili per ottenere la dissoluzione del vincolo, con un comportamento incompatibile con le proprie convinzioni religiose.