

**LO SCIoglimento DEL MATRIMONIO RELIGIOSAMENTE
CARATTERIZZATO FRA TECNICHE DI ACCOMODAMENTO E
GIURISDIZIONE STATALE ESCLUSIVA
(PRIMI SPUNTI DI RIFLESSIONE IN PROSPETTIVA COMPARATISTICA)**

Adelaide Madera
Università di Messina

Abstract: Il presente contributo si propone di esaminare le modalità di recezione delle istanze di libertà religiosa matrimoniale negli ordinamenti secolari, con peculiare riguardo allo scioglimento del matrimonio in forma religiosamente caratterizzata. Viene registrata preliminarmente l'inadeguatezza di quelle risposte ordinamentali in negativo, intese come diniego di tutela statale alle esigenze religiose, alla luce delle linee di tendenza sviluppatesi nello spazio comunitario, e delle crescenti rivendicazioni identitario-culturali. Vengono poi esaminati i diversi approcci adottati nei sistemi europei ed extra-europei, esaminando le varie tecniche di accomodamento, che oscillano fra l'esigenza di offrire soddisfazione a crescenti domande sociali di tutela di aspettative confessionalmente caratterizzate in una cornice normativa religiosamente neutrale e l'obbligo statale di astenersi da indebite ingerenze volte all'interpretazione e/o rilettura in chiave secolarizzata dei diritti religiosi. Ci si interroga infine sulle prospettive e le vie percorribili dal diritto ecclesiastico italiano, in un atteggiamento di cauta apertura a mutuare esperienze già altrove sperimentate, e nel riscontro dell'esigenza di aggiornare i meccanismi giuridici che tutelino la libertà religiosa del singolo in materia matrimoniale non solo "in entrata" ma pure "in uscita", ricercando forme di convergenza fra diritti confessionali e statali.

Keywords: Libertà religiosa in materia matrimoniale, multiculturalità, scioglimento del matrimonio religiosamente caratterizzato, tecniche di accomodamento, giurisdizione statale.

Resumen: El presente trabajo se propone examinar los medios de recepción de las instancias de libertad religiosa matrimonial en los ordenamientos seculares, con especial atención a la disolución del matrimonio en forma religiosa. En primer lugar, se pone de manifiesto la inadecuación de las respuestas de orden negativo, definidas por la denegación de la protección estatal de las exigencias religiosas a la luz de las tendencias desarrolladas en el espacio comunitario, y las crecientes reivindicaciones identitario-culturales. A conti-

nuación se analizan los diferentes enfoques adoptados en los sistemas europeos y extraeuropeos, examinando las diversas técnicas de recepción, que van desde la necesidad de ofrecer satisfacción a las crecientes demandas de sociales de tutela de las expectativas confesionalmente caracterizadas en un marco normativo religiosamente neutral y la obligación estatal de abstenerse de indebidas injerencias en la interpretación y/o reinterpretación en clave secularizada de los derechos religiosos. Por último, nos preguntamos sobre las perspectivas y vías que quedan por recorrer al derecho eclesiástico italiano, en una actitud de cautelosa apertura a experiencias hechas realidad en otros lugares, y en el comentario de la exigencia de actualizar los mecanismos legales que protegen la libertad religiosa del individuo en materia matrimonial, pero no sólo “hacia adentro”, sino también “hacia fuera”, buscando formas de convergencia entre los derechos confesionales y estatales.

Palabras clave: libertad religiosa en materia matrimonial, multiculturalidad, disolución del matrimonio religioso, técnicas de acomodación, jurisdicción estatal.

SUMARIO: 1. L'istituto matrimoniale al crocevia fra diritti secolari e religiosi.- 2. La deregolazione del divorzio nei diritti secolari.- 3. L'affievolimento della convergenza fra diritto canonico e diritto civile negli ordinamenti contemporanei.- 4. L'esigenza di aggiornamento dei meccanismi di tutela della libertà matrimoniale “in uscita”.- 5. L'irrelevanza di forme di scioglimento religioso in Italia.- 6. L'ordine pubblico quale strumento di filtro delle rivendicazioni identitarie.- 7. La funzione protettiva del diritto secolare nella fase dissolutiva del vincolo matrimoniale.- 8. L'approccio contrattualistico: il ricorso all'autodeterminazione privata religiosamente orientata.- 9. L'anticipazione della tutela delle istanze confessionali nella fase pre-matrimoniale.- 10. L'esternalizzazione dei conflitti identitari: il ricorso all'arbitraggio.- 11. Modelli di “pluralismo normativo” *soft*: i *ghet statutes* dello Stato di New York.- 12. Un approccio intermedio: la risarcibilità del danno derivante dall'inadempimento di natura religiosa.- 13. Luci e ombre delle varie tecniche di accomodamento delle esigenze confessionali in materia di scioglimento matrimoniale.- 14. L'ecclesiasticista italiano di fronte alle nuove sfide della multireligiosità.

1. L'ISTITUTO MATRIMONIALE AL CROCEVIA FRA DIRITTI SECOLARI E RELIGIOSI

L'istituto matrimoniale si è storicamente sempre collocato al crocevia fra ordinamenti confessionali e secolari, i cui reciproci rapporti (con peculiare attenzione a questa tematica) sembrano orientarsi verso una correlata influen-

za/cooperazione piuttosto che ad un canone di separazione/esclusione¹. Si tratta infatti di una esperienza umana che riflette la “molteplicità di affiliazioni”² cui fa capo la poliedrica identità individuale e l’inevitabile insorgenza di “conflitti di lealtà”³ fra il godimento dei diritti derivanti dalla cittadinanza e l’appartenenza a specifiche comunità portatrici di propri, talora alternativi, patrimoni valoriali.

L’attuale fase di transizione riscontrabile negli ordinamenti occidentali evidenzia come la cristallizzazione dell’istituto matrimoniale in uno o più modelli proposti sia dallo Stato sia dalle Confessioni più largamente diffuse non riesca ad offrire una risposta adeguata alle crescenti istanze della globalizzazione, che spingono verso il riconoscimento di una più ampia gamma di identità e di tradizioni, al di là degli specifici confini nazionali. La crescente apertura degli ordinamenti occidentali verso una pluralità di forme di strutturazione della vita familiare sembra sollecitare un eguale atteggiamento verso una più ampia pluralità di forme di unione, confessionalmente indirizzate o no; in tale prospettiva, il riconoscimento di uno statuto giuridico specifico solo ad uno o più peculiari modelli (religiosi) di vita matrimoniale, o, in senso più ampio, di coppia, disattende le sempre più pressanti aspettative di accomodamento religioso-culturale di individui e gruppi provenienti da contesti ove il mantenimento di un monopolio (o oligopolio) religioso in materia matrimoniale ha spesso agito quale contrappeso sociale stabilizzante alla secolarizzazione e “occidentalizzazione” di altre aree giuridiche, contribuendo alla configurazione dell’istituto matrimoniale quale simbolo di appartenenza identitaria. Al tempo stesso l’affievolimento dei modelli matrimoniali statalmente proposti, insieme con l’affermarsi del principio di non ingerenza pubblica nelle società intermedie (fra cui quella familiare), sul modello della *ongoing family* di *common law*, favorisce forme di “istituzionalizzazione sociale”⁴ di nuove tipologie familiari.

In questa cornice gli ordinamenti contemporanei sembrano rinunciare a proporre un modello valoriale unitario, per cui il matrimonio civile va perdendo i caratteri che lo hanno tradizionalmente tipicizzato⁵ e si appresta a diventare uno schema astratto i cui contenuti possono essere definiti più liberamen-

¹ Cfr. E. DIENI, «Introduzione al tema», in *Daimon*, vol. 2 (2002), p. 9.

² Cfr. A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 71.

³ Cfr. S. BERLINGÒ, «Fonti del diritto ecclesiastico», in S. BERLINGÒ - G. CASUSCELLI - S. DOMIANELLO, *Le fonti e i principi del diritto ecclesiastico*, UTET, Torino, 2000, pp. 3-33.

⁴ Cfr. V. POCAR - F. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, 3ª ed., Laterza ed., Bari-Roma, 2008, p. 116.

⁵ Cfr. S. MOSQUERA, «Possiamo continuare a denominare “matrimonio” il matrimonio?», in *Atti dell'Accademia Peloritana dei Pericolanti*, vol. LXXV (2006), pp. 361-373.

te nella sfera dell'autonomia privata; si giunge a mettere in forse la correttezza di una unica espressione linguistica per identificare realtà diversificate dal punto di vista significativo non solo fra ordinamenti confessionali e secolari, ma pure fra i vari ordinamenti giuridici statali⁶.

Da un lato, il matrimonio sembra muoversi dalla prospettiva istituzionalistica a quella contrattualistica, con un inevitabile indebolimento dei suoi tratti tipici di certezza e stabilità, grazie alle sempre maggiori garanzie offerte all'individuo dagli ordinamenti secolari di affermare una libertà "di uscita"⁷ dal rapporto coniugale; sull'opposto versante le unioni non-matrimoniali acquistano maggiore visibilità sul piano giuridico in relazione a quei profili di affettività e stabilità temporanea che possiedono e che vengono crescentemente reputati meritevoli di protezione. La tutela ordinamentale assume il ruolo "minimo" di garantire i profili legati all'effettiva convivenza⁸, fondata sulla volontà delle parti liberamente revocabile *ad nutum*, ed alla cui permanenza viene condizionata la legittimità delle reciproche pretese ed impegni dei *partners*.

2. LA DEREGOLAZIONE DEL DIVORZIO NEI DIRITTI SECOLARI

Negli ordinamenti occidentali, che hanno quasi unanimemente ammesso la possibilità di dissolvere il vincolo coniugale, il divorzio sembra subire l'influsso del medesimo processo di deregolazione che coinvolge il matrimonio. Alcune forme di scioglimento confessionale del matrimonio (ad es. forme di "divorzio privato" o di "divorzio unilaterale") appaiono ancora oggi difficilmente inquadrabili nell'ambito dell'istituto del divorzio, per come è tradizionalmente inteso nel diritto secolare, ossia associato ai concetti di sanzione e responsabilità in risponenza ad una violazione degli obblighi nascenti dal matrimonio (sul cui assolvimento lo Stato si incarica di vigilare); il graduale passaggio verso modalità di dissoluzione matrimoniale fondate sul mutuo consenso, sulla constatazione di una irrimediabile frattura della comunione coniugale, o sul venir meno oggettivo di tale comunione di vita per un certo arco temporale, nonché l'ammissione di forme di scioglimento sostanzialmente (seppur non formalmente) unilaterale (*no-fault divorce*), vanno riducendo il ruolo dell'autorità giudiziaria a quello di "garante" della legittimità e dell'equità dello svolgimento della procedura. Negli ordinamenti secolari si evolvo-

⁶ Cfr. G. LO CASTRO, *Matrimonio, diritto e giustizia*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 53. Si vedano i contributi di più Autori riuniti nel *dossier* sul tema "La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso e la tutela delle coppie omosessuali in Italia", in *Foro It.*, vol. CXXX, parte V (2005), pp. 256-284.

⁷ Per l'uso di questa espressione, cfr. E. DIENI, «Introduzione», pp. 3-17.

⁸ Cfr. G. LO CASTRO, *Matrimonio, diritto e giustizia*, p. 193.

no altresì sempre più velocemente le (sempre più fragili) condizioni che garantiscono la stabilità del matrimonio, con riferimento alle motivazioni che giustificano il riconoscimento ordinamentale della frattura della vita coniugale, e questa transizione è accompagnata dal ricorso a modalità procedurali più agili e semplificate⁹, non necessariamente (in alcuni ordinamenti) di carattere giudiziario ma pure burocratico-amministrativo.

La valorizzazione dell'autonomia delle parti nella procedura di divorzio e la sua tendenziale "contrattualizzazione" (almeno relativamente agli effetti patrimoniali derivanti dal divorzio) spingono, al contempo, verso l'apertura di una pluralità di modi di esercizio della libertà matrimoniale "in uscita", paventandosi, in alcuni ordinamenti, il concretizzarsi di una sorta di "forum shopping"; ciò induce talora nuove interpretazioni di norme culturali e religiose ed una pluralizzazione delle pratiche all'interno delle medesime tradizioni, onde prevenire l'insorgere di forme di "dissenso culturale"¹⁰.

Gli ordinamenti occidentali sembrano tuttavia piuttosto cauti rispetto alla realizzazione di un passaggio dalla de-istituzionalizzazione alla de-giuridizzazione del *démariage*: è soprattutto nella fase patologica del matrimonio che le esigenze statali di protezione giuridica dell'individuo entrano in conflitto con quelle religioso-culturali di demarcazione identitaria. L'intervento, comunque sia, di un'autorità terza (giudiziaria o amministrativa) rispetto agli stessi coniugi rimane il fattore caratterizzante di moduli di scioglimento matrimoniale in cui la presenza pubblica continua (più o meno simbolicamente) ad essere esigita, e segna la differenza fra una prospettiva più o meno velatamente "istituzionale" ed una più marcatamente "esistenziale", che valorizza al contrario la dimensione sociale del matrimonio e della sua dissoluzione e si avvale di strumenti alternativi nella gestione della crisi familiare¹¹.

3. L'AFFIEVOLIMENTO DELLA CONVERGENZA FRA DIRITTO CANONICO E DIRITTO CIVILE NEGLI ORDINAMENTI CONTEMPORANEI

La vicenda della crisi del matrimonio è in vario modo affrontata dagli ordinamenti confessionali, che hanno concesso, sia pure in diverso grado e con

⁹ Cfr. la recente legge spagnola dell'8 luglio 2005, che modifica la normativa codicistica e la *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 2000 in materia di separazione e divorzio. Per un primo esame di questa normativa, cfr. M. A. LÓPEZ, SUÁREZ, «La rilevanza giuridica della coabitazione nel diritto civile spagnolo», in *Atti dell'Accademia Peloritana dei Pericolanti*, vol. LXXV (2006), pp. 351-359.

¹⁰ Cfr. A. LAQUER ESTIN, «Unofficial Family Law», in *Iowa L. Rev.*, vol. 94 (2009), p. 471.

¹¹ Cfr. Cfr. L.-L. CHRISTIANS, «L'indissolubilité du mariage et ses limites à la jonction du droit canonique et du droit civil comparé», in R. BURGGRAEVE - K. DEMASURE - M. FOKET - P. WEBER (eds.), *Marriage - Divorce - Remarriage*, Peeters, Leuven - Paris - Dudley (MA), 2007, p. 63.

diverse modalità, la libertà “in uscita” dal vincolo del *coniugio* (reputata in ogni caso un’eccezione rispetto al principio della stabilità del vincolo), pure in epoche storiche in cui tale libertà non era riconosciuta dagli ordinamenti secolari, o lo era in misura molto limitata¹². L’apporto delle Confessioni ha pertanto svolto un ruolo anticipatorio con riguardo al processo di valorizzazione della libertà di autodeterminazione del singolo in materia matrimoniale e al riconoscimento alla donna di una pari soggettività in diversi contesti giuridici, sociali e culturali, sia favorendo il processo di purificazione mediante l’introduzione di limitazioni alla possibilità di liberazione *ad nutum* dal vincolo coniugale, che risultava gravemente lesiva della condizione della donna (nel diritto canonico), sia promuovendo il miglioramento della posizione della donna, considerata non più oggetto (come in età pre-islamica) bensì soggetto del contratto matrimoniale, e titolare di diritti equivalenti all’uomo (Islam)¹³, sia influenzando sul processo di formalizzazione dell’istituto del divorzio nel diritto romano (diritto ebraico)¹⁴.

Diversi ordinamenti secolari occidentali aderivano infatti, fino alla metà del XX secolo, ad una concezione istituzionalistica del matrimonio, in cui la libertà dell’individuo riceveva tutela solo in relazione ad un superiore interesse dello Stato, per cui i pubblici poteri esercitavano uno stretto controllo sulle vicende relative alla costituzione e allo scioglimento del rapporto matrimoniale o addirittura ne regolavano le vicende, qualificandole talora come penalmente rilevanti¹⁵. In questa prospettiva, alcuni ordinamenti confessionali si sono avvantaggiati dell’adesione statale al modello matrimoniale pubblicistico, venendosi a determinare una corrispondenza, sia pure non motivata da analoghe ragioni, dei caratteri identitari dell’istituto matrimoniale nell’ordine religioso e in quello secolare¹⁶.

La “neutralizzazione” della definizione sostanziale di matrimonio ha affievolito la convergenza fra diritto civile e diritto canonico concernente

¹² Per un *excursus* storico delle vicende di questo istituto, cfr. A. MARONGIU, *Divorzio (storia)*, in *Enc. Dir.*, XIII (1964), pp. 482-504.

¹³ Cfr. S. FERRARI, «Caratteri fondamentali del matrimonio e del diritto di famiglia musulmano», in G. M. MORÁN GARCÍA (dirección), *Cuestiones actuales de derecho comparado*, Universidade da Coruña, Santiago de Compostela, (2003), p. 178.

¹⁴ Cfr. A. GALOPPINI, «Il ripudio e la sua rilevanza nell’ordinamento italiano», in *Dir. Fam. Pers.*, vol. 34, n. 3 (2005), p. 971.

¹⁵ Si pensi alla considerazione dell’adulterio come reato in diversi ordinamenti statali fino a tempi recenti. Cfr. A. BETTETINI, *La secolarizzazione del matrimonio nell’esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 1996, pp. 21-113.

¹⁶ Nel passato tale concezione ha assicurato in Europa una corrispondenza fra modello matrimoniale canonistico e civilistico: entrambi concepivano l’unione come monogamica, eterosessuale e indissolubile. Cfr. S. FERRARI, «Pluralità di sistemi matrimoniali e prospettive di comparazione», in *Daimon*, vol. 2 (2002), pp. 28-36.

l'elevazione del matrimonio ad istituzione¹⁷. Tale non-coincidenza fra visione civilistica (che si orienta verso una marcata secolarizzazione e privatizzazione) e canonistica del matrimonio non riguarda solo le modalità di esercizio della libertà matrimoniale "in uscita" (per cui gli ordinamenti statali garantiscono la possibilità di sciogliere il matrimonio, mentre quello canonico si concentra sulla possibilità di invalidare *ab initio* il rapporto di coniugio) ma si assiste ad una divaricazione con riguardo alla stessa forma di vita matrimoniale.

In quest'ottica il modello matrimoniale privatistico risulta più "appetibile", in quanto apparentemente dotato di una più elastica capacità di rispondenza alle esigenze individuali, pure religiose, che possono trovare, mediante gli strumenti convenzionali, modalità di "rafforzamento" degli obblighi confessionali nell'ordine dello Stato, altrimenti valevoli solo come obblighi della coscienza: ne è un esempio il riconoscimento dell'efficacia civile all'impegno (religiosamente assunto) a non avvalersi degli strumenti di dissoluzione matrimoniale offerti dall'ordinamento statale¹⁸.

4. L'ESIGENZA DI AGGIORNAMENTO DEI MECCANISMI DI TUTELA DELLA LIBERTÀ MATRIMONIALE "IN USCITA"

Negli ordinamenti occidentali, l'esigenza di individuare (o aggiornare) i meccanismi giuridici che tutelino la libertà religiosa del singolo in materia matrimoniale non solo "in entrata" ma pure "in uscita", va soddisfatta ricercando forme di convergenza fra diritti confessionali e statali; tale bisogno non emerge esclusivamente in quegli ordinamenti che non prevedono forme di negoziazione bilaterale dei rapporti fra Stato e Confessioni. La libertà in uscita, soprattutto, trova maggiore difficoltà ad attuarsi negli ordinamenti contemporanei; sembra infatti che alla tendenza alla "de-istituzionalizzazione" del legame matrimoniale corrisponda una maggiore resistenza degli ordinamenti statali ad abbandonare la gestione in regime "monopolistico" della fase dissolutiva del *coniugio*¹⁹.

In una società profondamente secolarizzata gli strumenti giuridici valevoli in base ai diritti confessionali, ma che non possiedono forza vincolante nell'ordinamento statale, hanno talora una scarsa incidenza sui comportamenti individuali. I sistemi giuridici che impongono l'uniformità normativa, pur

¹⁷ Cfr. L.L. CHRISTIANS, «L'indissolubilité du mariage...», p. 52.

¹⁸ Recentemente, negli U.S.A., nella legislazione di alcuni Stati (Louisiana, Arkansas, Arizona), si è realizzata una duplicità di disciplina matrimoniale per cui è possibile, all'atto del matrimonio o in seguito, optare per un vincolo matrimoniale più o meno difficilmente dissolubile. Tale legislazione, in un ordinamento improntato al modello di separazione nei rapporti fra Stato e Confessioni, può venire incontro alle esigenze dei cattolici di rafforzare l'obbligo dell'indissolubilità.

¹⁹ Cfr. L.L. CHRISTIANS, «L'indissolubilité du mariage...», p. 52.

assicurando formalmente l'uguaglianza di trattamento, rischiano in ugual misura di discriminare i valori di quelle minoranze che hanno più difficoltà ad integrarsi nella cultura dominante. L'apertura verso forme di politipia normativa non può sorvolare sui rischi evidenziati in quei sistemi che asseverano il paradigma del "particolarismo religioso", garantendo capacità di autoregolamentazione a distinti gruppi identitari, ove il costo da pagare è la messa a rischio dell'uguaglianza dei soggetti (o gruppi) più vulnerabili.

Diversi Stati, pure aperti verso il riconoscimento della possibilità di celebrare il matrimonio con riti o modalità che, in qualche misura, salvaguardino l'appartenenza confessionale, mantengono però la loro esclusiva giurisdizione in materia di scioglimento del vincolo, per cui l'esercizio della libertà di *démarriage* –validamente esercitata nello Stato– viene incardinata nell'ambito dei principi imposti dall'ordinamento statale; da qui deriva l'irrelevanza, nell'ordine dello Stato, di forme di risoluzione del matrimonio confessionalmente disciplinate (e altresì il ruolo solo formale mantenuto dalle autorità confessionali, in alcuni ordinamenti, nei procedimenti statali di divorzio), e il rilievo minimale garantito al fattore religioso nelle procedure statali di scioglimento (o non-scioglimento) del vincolo (come elemento di turbativa della vita coniugale tale da giustificare l'intollerabilità della prosecuzione o quale fattore concomitante per giustificare l'applicazione di "clausole di durezza")²⁰.

Dall'altra parte, pure la non-dissoluzione del matrimonio religioso in presenza solo di un divorzio civile testimonia una tensione fra ordinamenti (religiosi e secolari) dovuta alla non-negoziabilità dei valori propri di ciascuno: il diritto canonico concepisce il matrimonio quale indissolubile, mentre gli ordinamenti secolari sempre più riconoscono alle parti la disponibilità degli effetti del matrimonio; il diritto ebraico e quello islamico (quest'ultimo in forma meno accentuata), pur ammettendo il divorzio lo connettono ad un atto di autonomia privata piuttosto che alla pronunzia di una autorità terza²¹, che assicuri un'equa partecipazione di entrambi i coniugi; il diritto islamico ammette forme di scioglimento-ripudio revocabile, non riconducibili alla riconciliazione dei coniugi come concepita negli ordinamenti secolari. La libertà "in uscita" dalle regole del diritto confessionale, assicurata da un ordinamento secolare, mediante la possibilità di sciogliere un vincolo coniugale insoddisfacente avvalendosi degli strumenti giuridici offerti dal diritto religiosamente neutrale, implica, di conseguenza, la vulnerazione, soprattutto per la

²⁰ Cfr. S. FERRARI – I.C. IBÁN, *Diritto e religione nell'Europa occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 90.

²¹ Cfr. S. FERRARI, «Le mariage des autres. Le mariage entre personnes relevant des systèmes de droit hébraïque, islamique et canonique». in *Revue de Droit Canonique*, vol 55, n. 1 (2005), pp. 7-35.

donna, di quelle aspettative di natura confessionale (il rilascio libero e volontario –a pena di invalidità dello stesso atto– del *ghet* da parte del coniuge, per la donna ebraica; o del divorzio-ripudio, per la donna islamica, una volta che sia stato pronunciato il divorzio in sede civilistica, quale condizione per poter contrarre nuove nozze in conformità con l'appartenenza confessionale cui afferisce, così come il pagamento del *mahr*, per la donna islamica) che l'autorità giudiziaria statale non può tutelare in funzione "sostitutiva".

Ciò fa emergere talvolta, nell'esperienza soggettiva del cittadino-fedele, una dissociazione fra lo *status* personale civile e quello religioso, evidenziando la divaricazione fra disposizioni normative statali e confessionali. Se talora questi può cercare soluzioni volte a realizzare una mediazione fra appartenenza confessionale e soggezione alla legge statale²², quale tributo da pagare ai fini di evitare di autoescludersi dalla società civile, tale divaricazione può altresì condurre ad una disaffezione nei confronti dell'ordine secolare, qualora il soggetto eserciti la scelta di non avvalersi degli apparati predisposti dal diritto civile, quale testimonianza di un conflitto di lealtà risolto in favore della sua aderenza confessionale.

L'atteggiamento statale astensionista (che si limita a negare ogni rilevanza al divorzio religioso ed ai suoi effetti), se pure sembra offrire il beneficio di una più ampia autonomia alle procedure religiose di *démariage*²³, impone un unico modello matrimoniale, creando una rigida dicotomia fra i diritti della cittadinanza e l'appartenenza culturale; esso rischia inoltre di imporre schemi solo apparentemente neutrali (ma in realtà fortemente influenzati dalla tradizione culturale-religiosa dominante), marginalizzando ulteriormente i gruppi di minoranza. L'autoreferenzialità di un modello statale a tolleranza zero, induce lo sviluppo di sistemi normativi non-ufficiali o di fenomeni di "ibridazione" di pratiche religiose, "mimetizzate" fruendo di "schemi giuridici occidentali"²⁴, suscettibili di tradursi in "interruzioni dei sentieri della legalità"²⁵, ma che al tempo stesso costituiscono un sotterfugio atto a garantire la sopravvivenza in chiave unidimensionale dello stesso sistema. Lo Stato si arena in una posizione di non-interventismo, e pertanto di non-predisposizione di meccanismi di controllo e supervisione che assicurino la certezza del diritto, di chiu-

²² Cfr. D. PEARL – W. MENSKI, *Muslim Family Law*, 3a ed., London, 1998, pp. 51- 117

²³ Cfr. L. CHRISTIANS, «L'indissolubilité du mariage...», p. 65

²⁴ G. ANELLO, « "Fratture culturali" e "terapie giuridiche". Un percorso giurisprudenziale tra multiculturalità e soluzioni interculturali », in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale, Rivista Telematica*, (novembre 2009), nel sito www.statoechiese.it

²⁵ Cfr. S. DOMIANELLO, «Le garanzie di laicità civile e libertà religiosa, nel matrimonio, al bivio: fidarsi di più della rischiosa attuazione degli antichi diritti della democrazia o delle promesse di un nuovo diritto convenzionale "di classe"?» in A. FUCCILLO (a cura di) *Multireligiosità e reazione giuridica*. Giappichelli, Torino, 2008, p. 247.

sura alla ricerca di forme di convergenza fra diritto secolare e religioso, e finisce pertanto con il dare pure immunità ad atti e comportamenti espressivi di posizioni disuguali nell'ambito della relazione matrimoniale.

Oggi le problematiche relative al modello di laicità accolto nelle moderne democrazie sembrano focalizzarsi sulle istanze di pubblica visibilità della religione, ossia di inclusione delle forme di espressione delle diversità culturali, religiose ed etniche nella sfera pubblica (senza pagarne il costo in termini di partecipazione economica e politica nella società dominante), che esigono la predisposizione di spazi di presenza nella ricerca di forme di accomodamento di plurali identità nel libero mercato delle idee. Non vanno tuttavia sottovalutate le emergenti richieste di "privatizzazione della diversità", intendendosi l'affermazione di forme di auto-esclusione dal tradizionale modello dell'eguale cittadinanza, nel vaglio di alternative (e pericolosamente compartimentalizzanti) modalità di risoluzione dei conflitti socio-religioso-culturali, al di fuori dell'assetto normativo pubblicamente gestito²⁶. Entrambe le situazioni mettono in luce l'emergente bisogno di una specificazione di quella "giusta dose"²⁷ di intervento pubblico necessaria per una regolazione del fenomeno religioso nell'ambito di un ordinamento che si professa laico/secolare. Le diverse modalità di bilanciamento fra laicità e pluralismo sono messe in tal senso in luce sia dalla più o meno stretta connessione fra disciplina matrimoniale e appartenenza alla comunità socio-politica, sia dallo spazio accordato, nei singoli ordinamenti, a discipline alternative.

5. L'IRRILEVANZA DI FORME DI SCIoglimento RELIGIOSO IN ITALIA

Allo stato, l'ordinamento italiano accoglie il principio dell'irrilevanza civile di forme di scioglimento confessionale, sia pure riconoscendo alle Confessioni la possibilità di praticarle nell'ambito specifico della propria autonomia. La possibilità di adesione *in toto* al modello matrimoniale canonistico, originariamente prevista per via concordataria, è stata espunta dal novero delle possibilità di esercizio della libertà matrimoniale "in uscita" con pronuncia della Corte Costituzionale, e non più ripresa negli Accordi del 1984, benché la questione sia stata oggetto di ri-discussione dottrinale, in seguito al tentativo giurisprudenziale (fallito) di reintrodurre la riconoscibilità dell'efficacia civi-

²⁶ Cfr. A. SHACHAR, «Privatizing Diversity: a Cautionary Tale from Religious Arbitration in Family Law», in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 9 (2008), p. 577.

²⁷ Cfr. S. DOMIANELLO, «Le garanzie della laicità civile e della libertà religiosa nelle tensioni fra globalismo e federalismo», in A. DE OTO – O. BOTTI (a cura di), *Federalismo fiscale, principio di sussidiarietà e neutralità dei servizi sociali erogati. Esperienze a confronto*, Bononia University Press, Bologna, 2007, p. 358.

le della dispensa *super rato* configurandola quale sentenza straniera²⁸. Oggi essa rileva solo in ambito confessionale, mentre nell'ordinamento statale non è più previsto uno specifico strumento di coordinamento fra *status* canonico e civilistico. La soluzione in chiave negativa è stata vista come un "diniego di tutela normativa da parte dello Stato" delle esigenze religiose di dare riconoscimento civile a forme di esercizio della libertà matrimoniale "in uscita" in chiave confessionalmente assistita, con una conseguente lesione del valore costituzionale della libertà religiosa²⁹, essendo il cittadino-fedele forzatamente veicolato ad avvalersi di un unico modello di *démariage* statalmente imposto. Tale diniego non può considerarsi pienamente riparato dalla possibilità di far valere la dispensa in sede di procedimento di divorzio civile, ai fini della prova dell'inconsumazione³⁰.

È stato inoltre osservato che il riconoscimento che l'ordinamento italiano opera, in chiave di negoziazione bilaterale, di modelli matrimoniali dotati di una propria alternatività rispetto a quello secolare, dovrebbe al contrario implicare una coerenza fino in fondo per cui, se è consentito al cittadino fedele di scegliere liberamente di aderire ad un progetto matrimoniale religiosamente tipicizzato, senza rinunciare ad ottenere dallo Stato la rilevanza civile di un atto confessionale, optando di non avvalersi dello schema civilistico offerto indifferenziatamente dallo Stato a tutti i cittadini, allo stesso modo gli dovrebbe essere garantita la possibilità del riconoscimento dell'efficacia civile di atti confessionalmente liberatori dal vincolo coniugale contratto canonicamente ma dotato di rilevanza civile³¹.

Seguendo questa chiave di lettura, in un quadro normativo che riconosce in chiave specifica la libertà di accesso al matrimonio in base a moduli religiosi, il riconoscimento agli effetti civili di forme confessionali di risoluzione matrimoniali dovrebbe essere aperto a tutte quelle Confessioni che impongono ai loro fedeli di adottare forme di *démariage* conformi alle regole religiose, dettando una specifica regolamentazione (ad es. il *ghet* ebraico, alcune forme di divorzio islamico), sia pure nel rispetto dei principi costituzionali dell'uguaglianza, della libertà religiosa, della non-discriminazione e del diritto alla difesa, per cui non possono trovare accoglimento forme di scioglimento che pregiudichino l'uguaglianza e la pari dignità di entrambi i coniugi, così

²⁸ Cfr. Corte d'App. Torino, 9 luglio 1996, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, n. 3 (1997), p. 821; tale pronunzia è stata cassata senza rinvio da Cass. Civ., 10 luglio 1999, n. 7276, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, n. 3 (1999), pp. 743-748.

²⁹ Cfr. S. DOMIANELLO, *I matrimoni "davanti ai ministri di culto"*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 453.

³⁰ Cfr. F. FINOCCHIARO, «L'esecutorietà civile delle pronunce canoniche in materia matrimoniale in seguito alla sentenza 18/82 della Corte Costituzionale», in *Giust. Civ.*, II (1983), p. 171.

³¹ Cfr. S. DOMIANELLO, *I matrimoni*, p. 455.

come deve essere sempre tutelata la libertà del singolo di affrancarsi dalle regole confessionali –pure in materia matrimoniale– per usufruire del regime civilistico.

Una maggiore apertura si porrebbe in una linea di maggiore coerenza con le linee di tendenza emergenti nelle pronunzie giurisprudenziali di altri Stati europei, che hanno manifestato maggiore sensibilità, pure mediante gli strumenti offerti dal diritto internazionale privato, verso forme di scioglimento religioso, purchè non vengano vulnerati il diritto alla difesa ed il principio di uguaglianza fra i sessi e la pronunzia dell'autorità giudiziaria straniera (religiosa) presenti il carattere della definitività.

La scelta italiana di non-riconoscimento di forme di scioglimento confessionale del vincolo matrimoniale produce un ulteriore passo nella direzione di un allontanamento da quella tipologia di sistema matrimoniale che attribuisce rilievo ai matrimoni confessionalmente assistiti non solo nella forma ma pure nella sostanza, tuttora accolto negli ordinamenti a tradizione concordataria (sia pure tenendo conto del progressivo processo di fusione-confusione fra tali modelli oggi in atto, per cui, sia con riferimento al momento costitutivo matrimoniale, sia a quello contenzioso, sempre più si assiste ad un tendenziale “svuotamento-slittamento” del riconoscimento “latino” della tipicità del matrimonio confessionale-canonico in direzione dell'adozione del modello “anglosassone” del matrimonio civile con pluralità di forme di celebrazione)³².

Oggi la riflessione sul riconoscimento (o no) dell'efficacia civile delle dispense *super rato* andrebbe altresì ripensata non solo nella prospettiva della specifica legislazione statale ma pure alla luce del Regolamento n. 2201 del 2003. L'art. 63 del Regolamento fa salvi gli Accordi con la Santa Sede in Portogallo, Italia, Spagna e Malta, pertanto le decisioni relative all'invalidità del matrimonio disciplinate da tali accordi trovano riconoscimento ed esecutività negli Stati membri alle stesse condizioni delle decisioni emesse dai giudici statali.

Parte della dottrina reputa che tale disposizione debba ricevere una interpretazione ampia tanto da ricomprendere le pronunzie deliberative non solo delle pronunzie canoniche di nullità, ma pure delle dispense *super rato*, per quegli Stati che riconoscono efficacia civile a tale tipologia di provvedimento canonico. Una lettura diversa vulnererebbe sia l'intento unificatorio del Regolamento (ispirato, secondo alcuni, ad una sorta di *favor divortii*) relativamente alla circolazione delle pronunzie dei singoli Paesi in materia matrimoniale, sia il proposito di salvaguardare gli Accordi dei singoli Stati con la Santa Sede, per cui tutte le pronunzie canoniche cui gli Stati membri attribuiscono

³² Cfr. J. T. MARTÍN DE AGAR, «Rilevanza del matrimonio religioso nei paesi dell'Unione Europea», in C. GULLO (a cura di) *Matrimonio canonico e ordinamento civile*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2008, pp. 125-163.

esecutorietà civile andrebbero prese in considerazione ai sensi dell'art. 63 del Regolamento (interpretandone l'ambito significativo in senso ampio)³³. Una possibile obiezione a questa tesi concerne il rispetto del diritto alla difesa, che non è adeguatamente garantito nei procedimenti canonici volti ad ottenere la dispensa: ciò potrebbe configurare uno dei motivi di non riconoscimento ai sensi del Regolamento. E' pur vero che, come è stato sottolineato dalla dottrina –sia pure in altre circostanze³⁴– il Regolamento ha riguardo non alle pronunzie dell'autorità confessionale, bensì alle sentenze statali di recezione di tali pronunzie.

In questa prospettiva, per l'ordinamento italiano si configurerebbe il potenziale effetto/paradosso di dare accoglimento a pronunzie straniere di deliberazione di dispense (*super rato*) mediante le "finestre" aperte dal diritto internazionale privato, mentre verrebbe inibito alle autorità giudiziarie italiane di dare esecutorietà ai provvedimenti canonici di questo tipo; ancora una volta con l'esito per cui la fruizione degli strumenti del diritto ecclesiastico italiano risulterebbe meno vantaggiosa rispetto all'utilizzo di quelli di diritto comune³⁵. L'esigenza di un riesame del modello attuale è resa palpabile dalle emergenti problematicità legate alle istanze culturali, che oggi ripropongono sotto una veste nuova la dualità diritto statale-diritti confessionali, pure alla luce di una prospettiva comparatistica con altre modalità di approccio, che danno luogo a diverse modalità di intersezione fra lo Stato, gli individui e le società intermedie.

6. L'ORDINE PUBBLICO QUALE STRUMENTO DI FILTRO DELLE RIVENDICAZIONI IDENTITARIE

In atto gli ordinamenti occidentali si trovano a fronteggiare le opposte esigenze di venire incontro ad una pluralità di (pure "nuove") specificità religioso-culturali e di identificare i limiti della recezione di identità diverse portatrici di propri sistemi valoriali³⁶. In ambito europeo, il processo di integrazione enfatizza la presenza di un corto circuito fra l'approccio universalista della tutela dei diritti umani e le marcate peculiarità degli statuti personali,

³³ Cfr. N. MARCHEI, «Il regolamento (Ce) n. 2201/2003 e i Concordati con la Santa Sede», in S. BARIATTI – C. RICCI (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Cedam, Padova, 2007, p. 75.

³⁴ Cfr. J. T. MARTÍN DE AGAR, «Rilevanza del matrimonio religioso...», pp. 125-163.

³⁵ Cfr. F. FINOCCHIARO, «Aspetti pratici della libertà religiosa in uno Stato in crisi», in *Dir. Eccl.*, vol. CXII, parte I (2001), pp. 3-21.

³⁶ Per un recente studio sui diversi tipi di approccio degli ordinamenti contemporanei alla regolazione del fenomeno religioso. cfr. F. ONIDA, *Il giro del mondo in duecentocinquanta pagine. Itinerari di diritto ecclesiastico comparato*, Il Mulino, Bologna, 2010.

che caratterizza l'espressione ed il confronto di identità diverse³⁷. Sia Stati che adottano un approccio assimilazionista (Francia) sia Stati che a lungo hanno praticato un'auto-affermazione di differenziazione etno-culturale (Germania) hanno cercato, in una certa misura, di venire incontro alle esigenze delle comunità islamiche, mediante gli strumenti offerti dal diritto internazionale privato e da accordi bilaterali, nella consapevolezza che oggi l'omogeneità culturale assicurata nell'ambito dello spazio normativo non è più rintracciabile in una società multiculturale, ove non più (in via principale) il rapporto Stato /Confessioni, bensì il bilanciamento fra particolarità e universalità incide sulla definizione dell'identità nazionale³⁸, nella crescente consapevolezza che risulta limitativo il concetto di cittadinanza come fattore di esclusione del diverso. Sia l'approccio ordinamentale "universalista" (che tenta una difficile sovrapposizione delle categorie giuridiche proprie del diritto secolare su quelle del diritto confessionale) sia l'indirizzo "relativista culturale" (che accoglie, sulla base della testimonianza di esperti, una specifica lettura del diritto confessionale) rivelano i loro intrinseci limiti. Il primo implica un processo di omogeneizzazione dell'intera compagine socio-religiosa nei valori accolti dalla maggioranza, pretendendo una omologazione di differenti valori ed identità alle più familiari categorie di pertinenza del diritto statale, sfavorendo una *accomodation* delle specifiche esigenze dei singoli gruppi. Tale approccio, inoltre, non fornendo tecniche di interazione fra identità confessionale/culturale e legge territoriale, nega all'individuo l'opzione di una aderenza confessionale fino in fondo (rilevante pure per l'ordine dello Stato), rischiando di limitare altresì la "trasferibilità" dell'atto di scioglimento nell'ambito della giurisdizione originaria³⁹. La seconda prospettiva, a sua volta, determina talora il semplicistico accoglimento di una singola lettura del diritto confessionale, producendone una interpretazione monca che non tiene conto della poliedricità di scuole di pensiero e correnti all'interno di esso.

Il desiderio di favorire la tutela delle specifiche esigenze identitarie ha indotto la dottrina a formulare una pluralità di proposte, che spaziano dalla sollecitazione del (più radicale) riconoscimento della autonomia delle parti nella scelta della legge applicabile (*choice of law*), alla proposta comunitario-liberale di un diritto familiare speciale per gli appartenenti a talune comunità religiose (con l'eventuale predisposizione di misure di premialità a favore di

³⁷ Cfr. L. MORMILE, «Attuazione dei diritti fondamentali e multiculturalismo: il diritto all'identità culturale», in *Famiglia*, n. 1 (2004), p. 58.

³⁸ Cfr. D. HERVIEU-LÉGER, «The Past in the Present: Redefining Laïcité in Multicultural France», in P. BERGER (ed.), *The Limits of Social Cohesion: Conflict and Mediation in Pluralistic Societies*, Westview Press, London, 1998, p. 39.

³⁹ Cfr. A. SHACHAR, «Privatizing Diversity...», p. 593.

quei gruppi disponibili a privilegiare, al loro interno, le posizioni compromissorie e/o progressive)⁴⁰; più moderati sono gli atteggiamenti di chi suggerisce un “apprezzamento in negativo”⁴¹ dell’impatto delle rivendicazioni identitarie sulla libertà individuale, privilegiando il piano personalistico rispetto a quello comunitario, in vista di una maggiore tutela dei soggetti più deboli nel ambito specifico del loro gruppo di appartenenza (mediante appropriati interventi di politica pubblica), o ne propone una valutazione alla luce dell’impatto offensivo o della capacità di produrre danno nei confronti della società civile⁴².

Allo stato, il ripudio islamico (così come il *ghet* ebraico) pronunciato in un paese dell’Unione Europea è privo di efficacia civile, pure se pronunciato presso il consolato di uno Stato che prevede tale forma di scioglimento. Nella prospettiva di un bilanciamento fra istanze divergenti, si accoglie tuttavia, un’idea di ordine pubblico attenuato o affievolito, in cui il conflitto fra leggi viene evitato considerando la legge straniera un mero fatto suscettibile tuttavia⁴⁹ per tale via, di interagire con la legge sostanziale applicata: un esempio è offerto in materia di riconoscimento di sentenze straniere, ove trovano accogliamento alcune forme di “ripudio consensuale”, pronunciato dal marito su richiesta o con l’acquiescenza della donna (parificato al divorzio consensuale), o in cui si assicura alla donna un equo indennizzo economico, sebbene si tratti di atti di natura non giudiziaria. E’ pur vero che nell’ipotesi del *hul’* (divorzio su richiesta della donna dietro compensazione all’uomo), viene pur sempre pregiudicato il coniuge più debole, in quanto la donna è tenuta a rinunciare al *mahr* per ottenere il ripudio da parte del marito⁴³. I diversi Stati prevedono molteplici condizioni affinché il ripudio possa considerarsi avvenuto all’estero: riscontriamo giurisdizioni più intransigenti che esigono che tutte le fasi della procedura si svolgano all’estero, altre più flessibili su questo punto. Quando i due coniugi sono soggetti a giurisdizioni diverse, si pone il problema di quale legge sia applicabile; è più facile che il ripudio sia riconoscibile quando l’uomo è soggetto ad una giurisdizione ove è in vigore una legislazione fondata sullo statuto personale: sembrerebbe altrimenti fraudolento il tentativo di avvalersi degli strumenti offerti dalla legge confessionale in merito alla libertà matrimoniale in uscita, a meno che non sia la donna a sollecitarne il riconoscimento. Il non riconoscimento di provvedimenti stranieri di sciogli-

⁴⁰ Per una disamina di queste posizioni cfr. M. D’ARIENZO, «Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano», in *Dir. Fam. Pers.*, n. 1 (2004), pp. 189-219; A. FACCHI, *I diritti nell’Europa multiculturale*, Laterza, Bari-Roma, 2008.

⁴¹ Cfr. E. DIENI, «Appartenenza religiosa e diritti della donna: per una mappatura preliminare del campo di indagine», in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, n. 1 (2000), p. 236.

⁴² Cfr. L. MORMILE, «Attuazione dei diritti fondamentali...», pp. 70-75.

⁴³ Cfr. N. ONAGRO, «Ordine pubblico matrimoniale: i problemi familiari degli immigrati islamici», in *Rass. Dir. Civ.*, n. 3 (1991), p. 607.

mento matrimoniale può infatti determinare incertezze circa lo *status* coniugale o situazioni di bigamia. Il criterio della *lex fori* ha subito, comunque sia, di recente, un forte ridimensionamento, quando appaia rivolto ad eludere la legge dello Stato di residenza abituale dei coniugi. Tale ultimo criterio oggi sembra quello adottato prevalentemente in caso di individui assoggettati a più giurisdizioni o di conflitto normativo.

Nell'ambito del confronto fra il rispetto di identità diverse e l'osservanza dei principi di uguaglianza e non-discriminazione nello spazio normativo comunitario ed internazionale, il concetto di ordine pubblico viene ad assumere un duplice ruolo: da un lato esso vale sicuramente a filtrare i valori nuovi nell'ambito di quelli del sistema di riferimento, dall'altra diviene stratagemma giuridico che vale ad ammantare la reazione ordinamentale quando sussista il rischio di elisione di principi fondamentali. Sebbene emerga pertanto una visione dinamica di tale concetto, quale parametro suscettibile di assumere diversa valenza in relazione alla sua specifica contestualizzazione, la massima cautela nel suo uso viene osservata onde prevenire forme di relativizzazione di quegli ideali non negoziabili di giustizia e uguaglianza.

Recentemente, nella giurisprudenza di alcuni Stati (Francia, Belgio), si è rilevata la propensione ad una sorta di "*repli nationaliste*" verso il riconoscimento di istituti tipici del diritto islamico, come il ripudio; un maggiore accoglimento delle esigenze richieste dalla crescente mobilità degli individui esige uno sforzo giurisprudenziale volto non tanto ad interpretare norme ed istituti propri del diritto straniero alla luce delle categorie giuridiche proprie degli ordinamenti occidentali, quanto una più pragmatica attenzione alle esigenze dei soggetti coinvolti⁴⁴. Pure in ordinamenti attenti a valorizzare le politiche identitarie di riconoscimento, e a fare riferimento alla legge del paese di provenienza nelle questioni in materia matrimoniale e familiare (Germania), la giurisprudenza tende talora a dare una reinterpretazione in chiave di equalizzazione delle posizioni dei coniugi e di ridimensionamento di pretese da considerarsi eccessive nell'ottica della *lex fori*⁴⁵.

L'indirizzo comunitario più recente sembra pertanto essere quello di individuare linee di tendenza comuni, a scapito dell'autonomia dei singoli Stati di individuare soluzioni specifiche mediante pure lo strumento degli accordi bilaterali⁴⁶, delineandosi una tendenza potenzialmente destinata (in maggiore o

⁴⁴ Cfr. M.-C. FOGLETS. «Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour le Marocains en Europe», in M. AOUN (sous la direction de), *Les statuts personnels en droit comparé*. Peeters, Leuven, 2009, p. 210.

⁴⁵ Cfr. P. FOURNIER. «Flirting with God in Western Secular Courts: Mahr in the West», in *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 24, n. 1 (2010), pp. 67-94.

⁴⁶ Cfr. M.-C. FOGLETS. «Mariage et divorce...», p. 209.

minore misura) ad influire più ampiamente sulle scelte di politica ecclesiastica in ambito europeo.

Occorre tuttavia ricordare che oggi le modalità di scioglimento matrimoniale nei paesi islamici sono sempre più soggette a forme di incardinamento giudiziario e, quantomeno, di “pubblizzazione”, volte a meglio tutelare la posizione femminile⁴⁷; tale profilo dovrebbe condurre ad evitare paternalistici atteggiamenti di rifiuto pregiudiziale verso istituti appartenenti ad una tradizione diversa, e favorire, se non una maggiore facilità di recezione negli ordinamenti occidentali, quanto meno un attento esame delle singole fattispecie, per discernere le ipotesi che si pongono in coerenza con l’ordinamento statale.

7. LA FUNZIONE PROTETTIVA DEL DIRITTO SECOLARE NELLA FASE DISSOLUTIVA DEL VINCOLO MATRIMONIALE

La sperimentazione, in vari contesti ordinamentali, di modelli in cui troverebbero accoglimento una pluralità di esperienze normative (pure religiosamente o culturalmente caratterizzate) induce ad una riflessione sulla labile frontiera che separa il riconoscimento, in un orizzonte costituzionalmente compatibile, di ragionevoli specificità ed eccezioni al diritto comune valevole per la generalità dei consociati e l’introduzione (sia pure indiretta) di un sistema di differenziati statuti personali che talora sono connessi al godimento di un non paritario *budget* di diritti e doveri sulla base di una peculiare appartenenza⁴⁸.

Queste problematiche insorgono nella (sia pure) limitata prospettiva di un modello di multiculturalismo *soft*, in base al quale viene consentito, a determinate condizioni, il riconoscimento, per certi effetti, di provvedimenti (non sempre considerabili di natura giurisdizionale nella prospettiva occidentale) emessi all’estero, alla luce di un ordine pubblico sempre maggiormente riformulato per venire incontro a nuove istanze, ma si estremizzano qualora si giunga a riconformare il principio di giurisdizione statale esclusiva, ammettendo (di fatto o di diritto) forme di giurisdizione privata (pure confessionale) e di contrattualizzazione degli effetti del *coniugio* (fra cui le condizioni del suo scioglimento).

Numerosi ordinamenti, pur adottando un modello laico/separatista, si presentano oggi permeabili verso le nuove istanze provenienti da una pluralità

⁴⁷ Cfr. R. ALUFFI BECK PECCOZ, «Il matrimonio nel diritto islamico», in S. FERRARI (a cura di), *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico ed islamico: un commento alle fonti*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 212-246.

⁴⁸ Cfr. R. BENIGNI, «Identità culturale e regolazione dei rapporti di famiglia tra applicazioni giurisprudenziali e dettami normativi», in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista Telematica*, (novembre 2008), nel sito www.statochiese.it

di “famiglie culturali”. L’istituto matrimoniale e familiare, che riveste il ruolo di parametro di demarcazione dell’identità culturale-religiosa etnica dei gruppi, viene a rappresentare l’ago della bilancia delle diverse forme di bilanciamento fra istanze libertarie e autonomistiche dei gruppi e esigenze statali di esercitare forme di controllo centralizzato. Diversi sistemi orientati al pluralismo accolgono l’esercizio della libertà matrimoniale in chiave religiosa “in entrata”, permettendo una pluralità di forme di celebrazione matrimoniale, sia pure nel rispetto di alcuni principi basilari dettati dal diritto comune. Il riconoscimento statale di una alternatività di opzioni matrimoniali esprime in tal senso la disponibilità statale a venire incontro ad istanze confessionalmente caratterizzate. Entro la cornice dello stato liberale (predisposto ad intensificare la protezione della libertà individuale) le “politiche del riconoscimento” (volte a venire incontro alle istanze dei gruppi) scatenano il paradosso della conflittualità fra i valori di libertà ed uguaglianza, principalmente quando sono in gioco non solo le rivendicazioni identitarie bensì pure le loro ricadute sul piano “distributivo”, ossia l’allocazione di diritti-doveri (anche di carattere patrimoniale) “trapiantati” dal diritto religioso a quello secolare⁴⁹. E’ nella fase dissolutiva del matrimonio che tradizionalmente interviene la “funzione protettiva” del diritto secolare⁵⁰, emergendo quei *compelling state interests* (tutela post-coniugale della parte più debole nella coppia, interesse del minore) la cui salvaguardia non può essere dallo Stato delegata alla libera autonomia delle parti; al tempo stesso ordinamenti “indulgenti” verso talune forme autonomistiche di gestione dei conflitti matrimoniali, collaudate da gruppi religiosi più profondamente radicati sul territorio, assumono atteggiamenti più intransigenti quando le medesime procedure vengono sperimentate da appartenenze confessionali-*outsiders*. Difficile appare pertanto che ad un matrimonio (sia pure parzialmente o completamente de-giuridicizzato) possa conseguire pure una dissoluzione matrimoniale completamente deregolata.

La sperimentata inadeguatezza di modelli improntati ad una “*religious blindness*” ha recentemente promosso il dispiegamento di spinte centrifughe dalla rigorosa formula di “*one law for all*”⁵¹ (in base alla quale restano al di fuori dello spettro della tutela giuridica una pluralità di forme di unione, e non tutte confessionalmente caratterizzate) talora nella direzione di un pluralismo giuridico-culturale, talora verso quella (contigua ma pure diversa) di una regolazione interamente privatizzata delle relazioni matrimoniali. Entrambi i

⁴⁹ Cfr. P. FOURNIER, «Flirting with God in Western Secular Courts...» pp. 67-94.

⁵⁰ Cfr. C. SCHNEIDER, «The Channelling Function in Family Law», in *Hofstra L. Rev.*, vol. 20 (1992), pp. 495-532.

⁵¹ Cfr. J. WALDRON, «One Law for All? The Logic of Cultural Accommodation», in *Wash. & Lee L. Rev.*, vol. 59 (2002), p. 3.

modelli affermano l'attuale insostenibilità di un sistema giuridico rigidamente centralizzato, sia pur proponendo prospettive alternative di decentramento della funzione di regolazione delle relazioni matrimoniali a favore di soggetti non-statali, che operano un ruolo di mediazione sociale fra lo Stato e l'individuo⁵².

I modelli di pluralizzazione giuridica non sempre tuttavia tendono ad accogliere forme di esternalizzazione delle rivendicazioni identitarie; talora si orientano a riassorbirle nel quadro ordinamentale statale, che tenta di predisporre prodotti normativi specificamente differenziati. Gli stessi ordinamenti secolari si incaricano in tal caso di offrire meccanismi volti a favorire l'aderenza del cittadino/fedele agli obblighi confessionali nascenti nella fase della "patologia" matrimoniale⁵³, onde favorire la prevenzione, o almeno l'accomodamento, di quelle situazioni suscettibili di produrre frizioni fra le molteplici affiliazioni cui l'individuo aderisce, e talora pure gli strumenti (in un certo senso più invasivi) atti a correggere le ingiustizie perpetrate all'interno degli ordini confessionali.

Le esperienze normative, animate dall'intento di assicurare un "rafforzamento" della disciplina confessionale nell'ordine dello Stato, si orientano infatti non solo verso la determinazione di (non sempre giustificate) limitazioni della giurisdizione statale a favore di un ordinamento confessionale, ma pure verso il riconoscimento ai poteri pubblici della possibilità di imporre obblighi di carattere confessionale. L'inadempimento di una condotta dovuta nell'ordine religioso diventa così non solo (come si verifica in ambito europeo) fattore giustificativo di uno scioglimento matrimoniale nell'ordine dello Stato per una sorta di colpa religiosa, ma addirittura motivo di una peculiare negazione in chiave punitiva del diritto (statalmente garantito) all'esercizio della libertà matrimoniale in uscita (*ghet statutes*), intensificando il rischio di una violazione della libertà individuale di coscienza e di religione e dell'autonomia confessionale⁵⁴ o enfatizzando il paradosso della "vulnerabilità multiculturale", qualora le tecniche statali di accomodamento dei bisogni religiosi abbiano l'effetto (sia pure collaterale) di perpetuare forme di disparità di trattamento interne ai gruppi⁵⁵.

⁵² Cfr. T. FISHER, «Legal Pluralism, Privatization and Multiculturalism: Nomos without Narrative», in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 9 (2008), p. 474.

⁵³ Per l'uso di questa espressione, cfr. S. DOMIANELLO – E. DIENI, «La patologia dei "matrimoni civili confessionalmente assistiti"», in AA. VV., *Separazione, divorzio, annullamento*, diretto da G. SICCHIERO, UTET, Torino, 2006, p. 285.

⁵⁴ Cfr. a questo proposito, S. FERRARI – I.C. IBÁN, *Diritto e religione*, p. 88.

⁵⁵ Cfr. A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions*, p. 3.

8. L'APPROCCIO CONTRATTUALISTICO: IL RICORSO ALL'AUTODETERMINAZIONE PRIVATA RELIGIOSAMENTE ORIENTATA

Le tecniche di accomodamento emergenti dall'analisi comparatistica spaziano da modelli alternativi di risoluzione delle controversie, in sede non-giudiziaria, che rivestono la forma di una sorta di *collaborative law* (commissioni arbitrali negli U.S.A. e in Canada, *sharia courts* nel sistema inglese), al riconoscimento dell'esecutorietà civile ad accordi (stipulati sia nella fase della costituzione del vincolo sia in quella della separazione) con cui le parti si impegnano sostanzialmente all'assunzione di un obbligo di natura religiosa; dalla possibilità offerta ai nubendi da alcuni ordinamenti secolari (ad esempio gli U.S.A.) di stipulare accordi pre-matrimoniali –per quegli effetti dell'accordo matrimoniale che lo Stato riconosce rientrare nella disponibilità delle parti– che rivestiranno valore vincolante pure nell'ordinamento statale, a provvedimenti normativi che impongono la rimozione degli ostacoli che limitano la possibilità di contrarre un nuovo matrimonio dopo lo scioglimento di un precedente vincolo coniugale o che impongono forme di pressione (pure economica) sul coniuge recalcitrante a concedere il divorzio religioso (Canada, leggi dello Stato di New York). Una soluzione intermedia fra quella interventista e quella astensionista impone la riparazione del danno (civile) derivante da un inadempimento di natura religiosa, quando questo sia accompagnato dall'intento di nuocere alla parte debole del *coniugio*, considerandolo quale abuso di diritto (U.S.A., Canada, Francia, Olanda).

Nell'inadeguatezza degli impianti normativi statali a fornire una risposta adeguata alle esigenze della multiculturalità, una delle linee di tendenza alternativa risulta quella di affidare la protezione delle istanze libertarie nascenti in una società multireligiosa alla capacità di autodeterminazione dei singoli, realizzando un modello di “produzione normativa autogestita dai privati interessati”⁵⁶, reputando i soggetti coinvolti i più idonei all'identificazione delle soluzioni più appropriate⁵⁷. Negli U.S.A. si è ampiamente discusso se potesse essere riconosciuta esecutorietà civile ad accordi (stipulati sia nella fase preliminare alla costituzione del vincolo sia in quella della separazione) con cui le parti si impegnavano all'assunzione di obblighi di natura religiosa. La giurisprudenza oscilla fra la negazione del riconoscimento di efficacia civile da parte dello Stato ad accordi in cui si assumono impegni confessionalmente caratterizzati –determinandosi il rischio di una lesione del principio di separa-

⁵⁶ Cfr. S. DOMIANELLO. «Le garanzie di laicità civile e libertà religiosa, nel matrimonio, al bivio...», p. 246.

⁵⁷ 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*, vol. 1, n. 1 (2004), pp. 1-24.

zione, di un eccessivo coinvolgimento statale in materie di stretta pertinenza confessionale e di una vulnerazione della libertà di religione individuale⁵⁸— e l'adozione di atteggiamenti di maggiore apertura verso tale tipologia di accordi, equiparandoli a ordinarie previsioni contrattuali. Secondo questa lettura interpretativa, non vi sarebbe violazione della libertà religiosa individuale quando ad un soggetto venga richiesto di dare esecuzione ad un accordo a cui egli aveva liberamente aderito, sia pure quando ciò implichi la partecipazione ad una procedura, cerimonia o attività regolata dalla legge confessionale. L'autorità giudiziaria potrebbe dare esecutività, facendo talora ricorso ai *neutral principles of law*⁵⁹, a clausole che si inseriscono nell'ambito di un più ampio accordo negoziato dalle parti su un piano di parità.

La giurisprudenza statunitense afferma a più riprese l'esigibilità in sede civilistica dell'obbligo, contrattualmente assunto (con modalità comprensibili nell'ordine secolare), di sciogliere un matrimonio dal punto di vista confessionale, arrivando ad avallare pattuizioni per cui l'inadempimento di un obbligo di natura religiosa può pregiudicare il godimento di diritti di carattere personale o patrimoniale (previsti nel medesimo accordo quale contropartita al rilascio del divorzio) che un ordinamento secolare dovrebbe in ogni caso garantire, senza ammetterne la negoziabilità⁶⁰. Il riconoscimento e l'applicazione di norme di un diritto esterno possono essere praticate dalle corti secolari purchè non vengano pregiudicati i *due process rights* e la *public policy*, la quale viene messa in forse ogni qual volta la norma esterna "*violates some fundamental principle of justice, some prevalent conception of good morals, some deep-rooted tradition of the common weal*"⁶¹.

L'atteggiamento giurisprudenziale è improntato a maggiore prudenza relativamente al riconoscimento di accordi esclusivamente rilevanti all'interno dell'ordine confessionale (come la *ketubà*, o contratto matrimoniale, propria del diritto ebraico), da cui derivi il sorgere di un vincolo contrattuale fra le parti, che si impegnerebbero ad assoggettarsi alla legge confessionale,

⁵⁸ Cfr. *Turner v. Turner*, 192 So. 2d 787 (Fla. Dist. Ct. App. 1966); *Steinberg v. Steinberg*, 441 25, 1982 WL 2446 (Ohio Ct. App. 1982); *Price v. Price*, 12 Pa. D. & C. 290, 291 (1932).

⁵⁹ Cfr. F. ONIDA, «Nuove posizioni della giurisprudenza statunitense in tema di controversie religiose tra enti ecclesiastici», in *Dir. Eccl.*, parte I (1982), pp. 40-59.

⁶⁰ Cfr. *Koeppel v. Koeppel*, 138 N.Y.S. 2d 366 (N.Y. Sup. Ct. 1954), successivamente rovesciata in *Koeppel v. Koeppel*, 161 N.Y.S. 2d 694 (N.Y. App. Div. 1957); *Gordon v. Gordon*, 140 N.Y.S. 2d 878, (N.Y. Sup. Ct. 1955); *Rubin v. Rubin*, 348 N.Y.S. 2d 61 (N.Y. Fam. Ct. 1973); *Pal v. Pal*, 45 A.D. 2d 738, 356 N.Y.S. 2d 672 (1974); *Margulies v. Margulies*, 344 N.Y.S. 2d 482 (N.Y. App. Div.), appeal dismissed, 307 N.E. 2d 562 (N.Y. 1973); *Margulies v. Margulies*, 418 N.Y.S. 2d 550 (1979); *Megibow v. Megibow*, 612 N.Y.S. 2d 758 (N.Y. App. Div. 1994); *Kaplinsky v. Kaplinsky*, 603 N.Y.S. 2d 574 (N.Y. App. Div. 1993); *Perl v. Perl*, 512 N.Y.S. 2d 372 (App. Div. 1987).

⁶¹ Cfr. *Loucks v. Standard Oil Co.*, 120 N.E. 198 (N.Y. 1918).

relativamente allo scioglimento del vincolo matrimoniale⁶², essendo dubbio se la sottoscrizione di tali accordi sia da assimilare alla partecipazione ad un rituale religioso, privo di valore vincolante per la legge dello Stato. In questa fattispecie uno Stato che si proclama secolare andrebbe oltre il riconoscimento di una pluralità di forme di celebrazione matrimoniale (pure in forma religiosamente assistita), finendo con l'avallare il rilievo che atti destinati allo scioglimento rivestono nell'ambito strettamente confessionale⁶³.

Anche in questa circostanza l'alternativa è se la questione possa considerarsi non interferente con la disciplina interna confessionale e pertanto risolvibile mediante il ricorso ai "principi neutrali", riconoscendosi alle parti la possibilità, nell'ambito dell'autonomia privata, di stipulare un accordo di natura religiosa (avente riflessi nell'ordinamento secolare) con cui si possono scegliere le modalità di regolazione della propria vita matrimoniale sulla base della legge religiosa (con riferimento sia alla fase costitutiva sia a quella dissolutiva) e di affidare ad un foro non-giudiziario il compito di dirimere successive controversie, purchè non insorgano contrasti con la *public policy*, o se sia da esigersi un atteggiamento statale più rigorosamente neurale, affermandosi l'incompetenza delle autorità giudiziarie a valutare gli impegni contenuti in contratti matrimoniali di natura religiosa, pure per il concomitante rischio di usurpare il ruolo delle autorità giudiziarie confessionali⁶⁴.

Queste fattispecie presentano difficoltà in quanto risulta difficile per una autorità giudiziaria statale re-interpretare, alla luce dei parametri del diritto secolare, disposizioni negoziali che rivestono un significato tipico per gli aderenti ad una determinata Confessione⁶⁵, e che oggi riflettono pure nuove aspettative (soprattutto femminili) relative al rapporto di *coniugio*, così come il risultato di una lettura "secolarizzata" delle proprie norme confessionali rischia di dar luogo ad insoddisfazione e senso di frustrazione per gli appartenenti a una Confessione religiosa; in ogni caso i semplici rinvii alla legge confessionale contenuti nel contratto matrimoniale determinano problemi per

⁶² Cfr. *Minkin v. Minkin*, 432 A.2d 665 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1981); *Burns v. Burns*, 538 A.2d 438 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1987); *In re marriage of Goldman*, 554 N.E. 2d 1016 (Ill. Ct. App. 1990). Cfr. M. DEL CARMEN GARCIMARTÍN MONTERO, *El divorcio judío en Estados Unidos*, Grupo Difusion, Madrid, 2008, pp. 50-76.

⁶³ Cfr. *Minkin v. Minkin*, 432 A.2d 665 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1981).

⁶⁴ Cfr. *In re marriage of Victor*, 866 P.2d 899 (Ariz. Ct. App. 1993).

⁶⁵ Il *mahr* riveste una pluralità di significati nel diritto islamico, non sempre comprensibili dall'autorità giudiziaria dello Stato. Nel diritto islamico il *mahr* è spesso considerato non come elemento costitutivo, bensì quale effetto del contratto, e nella tradizione islamica la donna ha diritto ad una equa "dote" pure in assenza di specifica previsione nel contratto matrimoniale: una pretesa di questo tipo risulta difficilmente accolta dinanzi all'autorità giudiziaria dello Stato. La legge confessionale ebraica, invece, prevede l'invalidità del rilascio del documento di divorzio quando avvenga sotto costrizione o pressione indebita.

le autorità giudiziarie statali, sia in quanto troppo vaghi e imprecisi, sia per la pluralità di approcci interpretativi alla legge religiosa.

La principale osservazione all'impostazione contrattualistica è che il soggetto verrebbe vincolato dallo Stato ad adempiere ad un impegno di natura confessionale, sia pure da lui volontariamente assunto, e privato del suo diritto fondamentale a scegliere, nell'ordine dello Stato, se continuare a condividere le regole proprie di una specifica appartenenza confessionale o sottrarsi ad essa senza pagarne un eccessivo costo⁶⁶. Un punto di particolare vulnerabilità di questa ampia apertura verso la deregolazione della libertà matrimoniale "in uscita" è dato dalla posizione della donna, di cui vanno tutelate la possibilità di affrancamento dalle norme confessionali che limitano la sua libertà di accesso al divorzio, e le condizioni del trattamento post-coniugale, tenendo conto che spesso la libertà di esercizio dell'opzione di distacco dal gruppo di appartenenza (pure genericamente garantita negli ordinamenti secolari nel quadro del principio di libertà religiosa) può risultare effettivamente ridotta: in alcuni ordinamenti confessionali ella è spesso soggetta a forme di pressione familiare, culturale, sociale e religiosa che minano la volontarietà della sua scelta matrimoniale o, quantomeno, il suo potere contrattuale nella definizione dell'accordo matrimoniale, tanto da azzerare talora una autentica libertà di scelta⁶⁷.

Regole confessionali che impediscono o, comunque sia, limitano tale diritto, si pongono in violazione con i principi costituzionalmente tutelati di non-discriminazione e libertà di esercizio della religione, e risulta contraddittorio "rinforzarle" mediante accordi o altre tecniche suscettibili di efficacia nell'ordinamento statale.

9. L'ANTICIPAZIONE DELLA TUTELA DELLE ISTANZE CONFENSIONALI NELLA FASE PREMATRIMONIALE

Le problematiche esaminate possono essere (solo parzialmente) prevenute anticipando alla fase precedente quella in cui si esercita la libertà di accesso al matrimonio la determinazione della disciplina del rapporto nell'ipotesi del fallimento dell'unione⁶⁸ e la scelta (o la non-scelta) di sottoporre la decisione di eventuali dispute relative allo scioglimento e le connesse questioni

⁶⁶ Cfr. *In the matter of Greenberg v. Greenberg*, 238 A.D.2d 420, 656 N.Y.S.2d 369 (1997). Cfr. pure *Sieger v. Union of Orthodox Rabbis of the United States and Canada*, 1 A.D. 3d 180, 767 N.Y.S. 2d 78 (App. Div. 1st Dept. 2003), appeal dismissed, 2 N.Y.3d 758, 778 N.Y.S. 2d 773, 811 N.E. 2d 35 (2004).

⁶⁷ Cfr. *Chaudry v. Chaudry*, 388 A. 2d 1000 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1978), 1003.

⁶⁸ Tale soluzione è declinata sul presupposto del "divorzio unilaterale"; nell'ipotesi dello scioglimento per mutuo consenso le condizioni del divorzio saranno concordate delle parti al momento in cui intendono esercitare la libertà "in uscita" dal vincolo coniugale.

patrimoniali ad un tribunale religioso⁶⁹, almeno per quegli effetti dell'accordo matrimoniale che lo Stato riconosce rientrare nella disponibilità delle parti. Mediante lo strumento dell'accordo pre-matrimoniale, stipulato nell'ordine dello Stato, patti a valenza confessionale potranno rivestire valore vincolante pure nell'ordinamento statale, individuandosi la sede più adeguata per orientare l'accordo fra i coniugi nella direzione di una maggiore tutela della posizione femminile; in fasi successive infatti (ad. es. negli accordi stipulati in sede di separazione) sarà più forte il rischio di utilizzo dell'accordo quale strumento per condizionare il rilascio del divorzio religioso da parte di un coniuge al riconoscimento di indebiti benefici. Qualora una coppia desideri scegliere di non avvalersi del modello matrimoniale statalmente offerto dovrebbe pertanto sottoscrivere un accordo pre-matrimoniale suscettibile di ricevere efficacia civile, in quanto conforme all'intero spettro dei requisiti civilmente richiesti⁷⁰. Diverse organizzazioni di emanazione confessionale hanno tentato a questo proposito di elaborare "schemi" di contratto pre-matrimoniale che possano superare il vaglio delle autorità giudiziarie statunitensi, così come allo stesso tempo la donna inizia a cogliere l'importanza dello strumento contrattuale (civilmente rinforzabile) quale strumento non solo per rivendicare le proprie pretese patrimoniali ma per rafforzare in direzione paritaria la propria posizione: la personalizzazione delle regole del *coniugio* diviene pertanto strumento che consente non solo una alternativa allocazione di diritti e doveri, ma anche una modalità di espressione (e di auto-comprensione) dell'identità propria di ciascuna coppia⁷¹.

I coniugi appartenenti all'Ebraismo e all'Islam sono oggi in tal senso incoraggiati dalle stesse autorità confessionali a stipulare accordi pre-matrimoniali, distinti dal contratto matrimoniale, con cui si impegnano a sottoporre eventuali dispute all'autorità religiosa; tali accordi sono accuratamente elaborati affinché le autorità giudiziarie dello Stato riconoscano ad essi efficacia civile; ad esempio la rinuncia ad avvalersi degli strumenti civilistici di tutela economica post-coniugale, optando per benefici di carattere economico

⁶⁹ Con peculiare riferimento all'utilizzo di questa tecnica da parte degli aderenti alla Confessione ebraica, cfr. M. J. BROYDE, *Marriage, Divorce and the Abandoned Wife in Jewish Law. A Conceptual Understanding of the Agunah Problems in America*, Ktav Publishing House, Hoboken (NJ), 2001, pp. 66-68.

⁷⁰ Cfr. *Uniform Premarital Agreement Act*, 9 C U.L.A. 35 (2001): alcune normative sul modello di questo Atto sono state adottate in diversi Stati e nel Distretto della Columbia. Cfr. Atassi v. Atassi, 451 S.E. 2d 371 (N.C. Ct. App. 1995) in cui l'autorità giudiziaria ha rifiutato di riconoscere efficacia civile ad un accordo prematrimoniale siriano per la sua mancata conformità ai requisiti esigiti dall' *Uniform Premarital Agreement Act*.

⁷¹ Cfr. A. QURAIISHI – N. SYEED-MILLER, *No Altars: a Survey of Islamic Family Law in the United States*, in www.law.emory.edu/ifl/cases/USA.htm

contrattualmente definiti, deve rispondere a criteri di trasparenza e risultare espressamente nelle clausole dell'accordo pre-matrimoniale. Questa soluzione non è tuttavia unanimemente condivisa dalla dottrina, in quanto la donna, in qualsivoglia fase abbia luogo la concertazione negoziale, per aderire fino in fondo alla propria scelta confessionale (accettando preventivamente di sottomettersi alla legge religiosa), potrebbe sopportare il costo di una minore tutela dal punto di vista economico rispetto a quella offertale dall'ordinamento secolare. D'altra parte, l'imposizione statale del regime patrimoniale post-coniugale secolare implica un atteggiamento ordinamentale "occidentale" eccessivamente protettivo e benignamente paternalistico verso la donna islamica, suscettibile di generare nuove forme di soggezione, considerandola ancora una volta incapace di assumere le sue scelte in piena autonomia.

I limiti degli spazi riservati all'autonomia negoziale vanno chiaramente definiti, onde evitare una diluizione o vanificazione di quella funzione protettiva che dovrebbe essere esercitata dal diritto statale; tali limiti, qualora siano determinati caso per caso per via giurisprudenziale, danno luogo ad incertezze interpretative.

A tal fine risulta essenziale un puntuale esercizio di effettivi poteri di supervisione da parte delle autorità statali, per verificare, nell'ambito di paradigmi neutralmente e pubblicamente predisposti e verificabili (come nel contesto statunitense il canone dei *neutral principles*), il rispetto dei principi della libertà di autodeterminazione privata e del diritto alla difesa, per come sono garantiti dal diritto secolare⁷², e per potenziare le garanzie di un *equitable relief* alla parte più debole.

Sembra tuttavia che, pure negli *U.S.A.*, il criterio prevalentemente adottato di recente sia la conciliazione fra diritto religioso e diritto secolare fin tanto questa si possa coniugare con l'esigenza statale di garantire una migliore tutela economica post-coniugale per la parte più debole; in tale ottica la giurisprudenza ha più recentemente apprezzato la valenza di accordi pre-matrimoniali, sia pure di natura non-religiosa, rielaborando in termini più flessibili il canone della "*public policy*", precedentemente adottato più rigidamente con riferimento ai contratti matrimoniali di matrice confessionale⁷³, ed ha rifiutato di ratificare accordi di natura confessionale in cui tale parte avrebbe ricevuto un trattamento peggiore rispetto a quello accordatole dal diritto comune⁷⁴ o accordi che avrebbero penalizzato economicamente la donna nell'esercizio della sua libertà di accesso al divorzio.

⁷² Cfr. *Cfr. però Kovacs v. Kovacs*, 98 Md. App. 289, 633 A2d 425 (1993), cert. denied, 334 Md. 211, 638 A2d 753 (1994); *Stein v. Stein*, 707 N.Y.S. 2d 754 (Sup. Ct. 1999).

⁷³ Cfr. *In re marriage of Bellio*, 129 Cal. Rptr. 2d 556 (Ct. App. 2003); *Akileh v. Elchahal*, 666 So. 2d 246 (Fla. Dist. Ct. App. 1996).

⁷⁴ Cfr. *In re marriage of Shaban*, 105 Cal. Rptr. 2d 863 (Ct. App. 2001).

Questo genere di considerazioni si riflette pure nelle posizioni di estrema cautela adottate dalla giurisprudenza canadese e inglese, restie ad imporre l'adempimento di un obbligo di natura religiosa, sia pure contratto liberamente e consapevolmente dalle parti, se dallo stesso accordo risultino elementi tali da far presumere disuguaglianze, forme di costrizione o risulti una eccessiva imprecisione delle condizioni contrattuali⁷⁵, e orientate a predisporre, comunque sia, strumenti di aggiustamento di potenziali disparità di trattamento⁷⁶.

10. L'ESTERNALIZZAZIONE DEI CONFLITTI IDENTITARI: IL RICORSO ALL'ARBITRAGGIO

Fra i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie, lo strumento dell'arbitraggio consente di dare visibilità giuridica alle decisioni delle autorità giudiziarie confessionali in un ordinamento religiosamente neutrale, realizzando una mediazione fra norme secolari e confessionali; esso permette di ridurre i costi e tempi dell'attività giudiziaria, assicura una maggiore velocità, riservatezza, efficienza, flessibilità nelle regole, rispondenza alla specificità delle esigenze, e definitività delle decisioni, in un contesto di conciliazione e di condivisione dei medesimi valori. Esso risponde più ampiamente pure ad istanze di affermazione identitaria, di resistenza ad una totale assimilazione ad un contesto socio-culturale verso cui si rivendica un senso (almeno parziale) di non-appartenenza, ma al tempo stesso mette a confronto le istanze di libertà religiosa (dei singoli e dei gruppi) con le esigenze ordinamentali di rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti (a livello costituzionale, comunitario, internazionale). La possibilità di costituire "sistemi separati di amministrazione della giustizia" viene talora vista come una possibilità di dare soluzione a quelle dispute concernenti l'esercizio della libertà matrimoniale femminile "in uscita", in ordinamenti in cui sussiste il rischio della permanenza di matrimoni claudicanti per il rifiuto del *partner* maschile di consentire allo scioglimento del vincolo ed alle relative pattuizioni di carattere patrimoniale, pure sulla base delle regole confessionali, non disponendo altrimenti le autorità giudiziarie confessionali di alcuna autorità per assicurare il rispetto di queste ultime⁷⁷.

Questi modelli alternativi di risoluzione delle controversie, in sede non-giudiziaria, vengono impiegati sempre più estesamente negli *U.S.A.* non solo

⁷⁵ Cfr. *Kaddoura v. Hammoud* (1998) O.J. No. 5054, 44 R.F.L. (4th) 228, 168 D.L.R. (4th) 503, 1998 Carswell Ont. 4747, 83b O.T.C. 30 (Ont. Gen. Div.), paras 16-20.

⁷⁶ Ad. esempio, per evitare eventuali disparità di trattamento, almeno dal punto di vista patrimoniale, la giurisprudenza inglese ha optato per considerare gli accordi relativi al *mahr* quali una sorta di acconto rispetto alla divisione post-coniugale dei beni

⁷⁷ Cfr. D. PEARL – W. MENSKI, *Muslim Family Law*, pp. 79-80.

nei settori di tradizionale applicazione, ma anche nel contesto matrimoniale e familiare, sia pure in un cauto bilanciamento del duplice rischio di realizzare una illegittima interferenza o attività di monitoraggio su questioni di natura religiosa o di dar luogo a forme di promozione o inibizione della religione, che nell'ordinamento statunitense si estrinseca nella contraddittoria relazione fra *free of exercise clause* ed *establishment clause* (nelle declinazioni di proibizioni di *excessive entanglement* e di *endorsement of religion*).

Al tempo stesso, in altri contesti giuridici (come quello inglese) si guarda con preoccupazione alla tendenza a ricorrere a forme alternative di giurisdizione in materia matrimoniale e familiare, nell'ambito di quadro normativo già pre-occupato dalla normativa statale, in vista della loro graduale transizione da organismi consultivi a organi decisionali. Gli organismi arbitrali hanno infatti tradizionalmente operato, in tale sistema, nella cornice del quadro normativo statale, sulla base della scelta volontaria e non vincolante (dal punto di vista dell'ordinamento statale) dei ricorrenti di conformarsi alle loro pronunzie; recentemente tuttavia l'evoluzione legislativa statale sembra aver offerto gli strumenti per rendere le decisioni arbitrali vincolanti nell'ordine dello Stato, instaurandosi una forma di (sia pur "debole") pluralismo giuridico⁷⁸ e dandosi riconoscimento ad un sistema giuridico "parallelo", ove l'autorità giudicante è, tra l'altro, pericolosamente resa immune dalle responsabilità derivanti dall'assolvimento delle sue funzioni, purchè la sua condotta non giunga a connotarsi secondo il (pur evanescente) parametro della "mala fede".

Un eventuale conferimento di efficacia alle pronunzie religiose in ambito statale solleva l'ulteriore problema se ed in quale entità lo Stato riesca a rendersi garante dell'equità delle posizioni "di partenza" e "di arrivo" delle parti coinvolte, che andrebbero negoziate tenendo come saldo punto di riferimento l'alternativo regime giuridico statale di cui le parti liberamente scelgono di non avvalersi: con il ricorso all'arbitraggio infatti le parti scelgono liberamente di spostare la tutela dei diritti dal sistema pubblicamente assicurato sul piano meno garantito di una giustizia privatamente amministrata, il cui corretto operare può essere scarsamente monitorato preventivamente dall'apparato statale, e risulta di fatto affidato ai diretti interessati, ricadendo infatti sulla parte lesa l'onere di ricorrere contro l'inequità della pronunzia⁷⁹.

Si teme che tale strumento difetti di meccanismi che assicurino la medesima tutela dei diritti delle parti offerta dal sistema giudiziario tradizionale, una efficace supervisione, la trasparenza del processo decisionale, una appro-

⁷⁸ Cfr. M. REISS, «The Materialization of Legal Pluralism in Britain: why Shari'a Council Decisions should be Non-Binding», in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 26/3 (2009), p. 762.

⁷⁹ Cfr. A. SHACHAR, «Privatizing Diversity...», pp. 573-607.

priata formazione di coloro che rivestono il ruolo arbitrale, nonché una coerenza decisionale analoga al sistema del “precedente” giudiziario; per tali ragioni è da auspicarsi una interazione fra pronunzie di autorità religiose e (una giusta misura di) controllo da parte delle autorità giudiziarie statali affinché le prime possano dispiegare i loro effetti in una cornice statalmente predisposta che assicuri il rispetto di *standards* basici di giustizia ed equità.

Non risulta sufficientemente chiaro –sebbene sia stato da qualcuno sostenuto– se la legittimazione di meccanismi di giustizia alternativa possa inoltre effettivamente ampliare le opzioni di esercizio della libertà religiosa matrimoniale in uscita per la donna. Al tempo stesso è stato osservato che la libertà di scelta di giurisdizione può non essere effettiva laddove si sviluppino logiche comunitarie di pressione volte a favorire il ricorso ai sistemi di giustizia alternativa quale espressione (estremizzata) di lealtà al gruppo, erodendo, ancora una volta, i meccanismi di protezione offerti ai soggetti più vulnerabili dall’ordinamento statale⁸⁰.

Per queste ragioni, altri ordinamenti, come quello dell’Ontario, hanno assunto un atteggiamento (da qualcuno considerato come “paternalistico”⁸¹) di chiusura verso le commissioni arbitrali (costrette a ridimensionare il loro ruolo e la loro autonomia decisionale) che rivendicavano la possibilità di pronunziarsi con riferimento agli aspetti religiosi dello scioglimento del matrimonio (e i relativi aspetti di carattere patrimoniale), sollecitando la realizzazione di un sistema giuridico unitario per tutti i cittadini, esente da discipline differenziate fondate su diverse identità religiose⁸². Atteggiamenti di drastica chiusura rischiano però di favorire lo sviluppo di sistemi “sotterranei” di legalità alternativa e “ufficiosa” che continuerebbero a fornire servizi di “consulenza” e “mediazione”, liberi dall’“ombrello” di garanzia e di controllo offerto dal diritto statale, con esiti controproducenti verso i soggetti più deboli: si rischia infatti solo di rendere non visibili quelle forme di (informale) negoziazione fra le parti fondate su una disparità di posizioni, relegandole nella sfera del non-

⁸⁰ Cfr. A. SHACHAR, «Privatizing Diversity...», pp. 587-588.

⁸¹ Cfr. L.R. SINGER, *Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families and the Legal System*, 2a ed., Westview Press, Colorado, 1994.

⁸² Cfr. *Arbitration Act* del 1991(1991 S.O., ch. 17 Ont.) ammetteva il ricorso all’arbitraggio escludendo le materie di competenza federale (divorzio, ma non questioni concernenti regime post-coniugale) o l’esecutorietà degli accordi in contrasto con la legge. L’*Arbitration Act* è stato modificato il 23 febbraio 2006 (Bill 27), escludendo la possibilità di costituire organismi arbitrali volti a risolvere questioni concernenti il diritto di famiglia sulla base di diritti confessionali o leggi estere sullo statuto personale. La nuova sezione 32 prevede infatti che “*in a family arbitration, the arbitral tribunal shall apply the substantive law of Ontario, unless the parties expressly designate the substantive law of another Canadian jurisdiction, in which case that substantive law shall be applied*”.

regolato e di irrigidire la divisione fra sfera pubblica e privata, destinate a muoversi su piani paralleli e privi di contatto fra loro⁸³.

11. MODELLI DI “PLURALISMO NORMATIVO” *SOFT*: I *GHET STATUTES* DELLO STATO DI NEW YORK

La natura plurireligiosa e multiculturale della società statunitense oggi sembra enfatizzare l'insufficienza di una concezione normativa unitaria sia con riferimento ai modelli di accesso allo *status* coniugale (si pensi al *covenant marriage* in Louisiana, Arkansas e Arizona) sia alle opzioni di esercizio della libertà in uscita da esso (si pensi ai *ghet statutes* nello Stato di New York). La legislazione dello Stato di New York, a tal proposito, sembra, secondo qualcuno, suggerire una tendenza al riconoscimento di una pluralità di modelli di giurisdizione, sia pure nell'ambito di un quadro normativo definito nell'ambito di un ordinamento statale⁸⁴.

Il primo *ghet statute*, risalente al 1983 (Eliminazione degli ostacoli che impediscono le nuove nozze)⁸⁵, pare orientarsi ad un approccio di tipo deferenziale verso il diritto confessionale⁸⁶: esso cerca di offrire una soluzione ai cosiddetti “matrimoni claudicanti”, in cui la donna di appartenenza ebraica resta vincolata (religiosamente) ad un matrimonio disciolto civilmente, senza imporre forme di coercizione (religiosamente proibite ai fini della validità dell'atto di divorzio) sul coniuge recalcitrante. In base a queste disposizioni normative, la parte attrice nel giudizio di scioglimento o di annullamento del matrimonio è tenuta a dichiarare nella sua istanza di avere utilizzato tutti gli strumenti a sua disposizione atti a rimuovere gli ostacoli che potrebbero impedire all'altro coniuge di contrarre nuove nozze una volta che il matrimonio sia sciolto civilmente.

Nell'ambito di tali barriere il testo normativo indica specificamente “limitazioni o restrizioni religiose o di coscienza”⁸⁷. Si tratta in ogni caso di limitazioni il cui potere di rimozione rientra nella disponibilità del soggetto interessato, che può provvedere tramite un atto libero e volontario; il testo normativo precisa che non sussiste obbligo di rivolgersi ad una autorità giudiziaria religiosa o ad un altro organo confessionale qualora ciò sia necessario al fine dello scioglimento o della dichiarazione di nullità del vincolo. L'autorità

⁸³ Cfr. A. SHACHAR, .. «Privatizing Diversity...», p. 607.

⁸⁴ Cfr. J. A. NICHOLS, «Multi-tiered Marriage: Ideas and Influences from New York and Louisiana to the International Community», in *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 40 (2007), p. 135.

⁸⁵ Cfr. M. DEL CARMEN GARCIMARTIN MONTERO, *El divorcio judío*, pp. 107-121, per i lavori preparatori di questo testo normativo.

⁸⁶ Cfr. *New York Domestic Relations Law* § 253 (1983).

⁸⁷ Id. § 253 (6).

giudiziaria non ha autorità per accertare la verità dell'attestazione; tuttavia la parte attrice è suscettibile di subire un giudizio penale nell'ipotesi di false dichiarazioni⁸⁸. La parte danneggiata dalle false attestazioni può inoltre sollecitare una dichiarazione giurata, da parte del ministro di culto che ha celebrato il matrimonio, circa la veridicità dell'attestazione di aver provveduto alla rimozione degli ostacoli che limitano la libertà matrimoniale (pure in una prospettiva confessionale) dell'altro coniuge; tale dichiarazione prevarrà su quella della parte attrice, impedendo la concessione del divorzio (*clergyman's veto*). Nell'ipotesi di tale "veto" l'autorità giudiziaria statale infatti rifiuterà la concessione del divorzio fin quando il ministro di culto non abbia prestato una nuova dichiarazione giurata attestante l'avvenuto adempimento da parte dell'attore. Sebbene sia costituzionalmente inibito all'autorità giudiziaria secolare decidere questioni di carattere ecclesiastico-religioso, sostanzialmente, l'effetto prodotto da questa sorta di "clausola di durezza" normativamente introdotta si sostanzia nel diniego della possibilità di esercitare la libertà matrimoniale in uscita nell'ordine dello Stato se tale esercizio non sia stato preceduto dallo scioglimento del vincolo nel diritto confessionale⁸⁹.

La successiva legge newyorkese del 1992 (che si pone nel quadro della disciplina degli effetti patrimoniali del divorzio) invece introduce sostanzialmente strumenti di pressione, soprattutto economica, volti ad indurre il coniuge recalcitrante a porre in essere quelle condotte atte a produrre lo scioglimento religioso del vincolo⁹⁰.

Il nuovo testo normativo dispone che l'autorità giudiziaria secolare 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 impediscono nuove nozze. Si reputa che il coniuge –in genere la donna di appartenenza ebraica cui viene negato il *ghet*– subisca una limitazione dell'esercizio della libertà religiosa in materia matrimoniale, non potendo contrarre un nuovo matrimonio pure religiosamente valido, per cui tale limitazione –potenzialmente idonea ad incidere negativamente sulla futura situazione finanziaria della donna– viene considerata suscettibile di "risarcimento" mediante l'attribuzione di un più sostanzioso assegno di mantenimento⁹¹.

Entrambi i testi si muovono su un esile filo di compatibilità costituzionale. Nel primo testo è dubbio se non si produca l'effetto di un'inammissibile promozione statale della religione, tenendo conto che la normativa è di fatto volta a rimuovere gli ostacoli alla possibilità di contrarre nuove nozze esclusi-

⁸⁸ Id., § 253 (8-9).

⁸⁹ Cfr. *N.Y. Dom. Rel. Law* § 253.

⁹⁰ Cfr. *N.Y. Dom. Rel. Law* 236 B(5)(h), (6)(d).

⁹¹ Cfr. M. J. BROYDE, *Marriage, Divorce and the Abandoned Wife in Jewish Law*, pp. 103-117.

vamente per gli aderenti ad uno specifico gruppo (o micro-gruppo) confessionale, al quale esclusivamente la stessa legge sembra rivolgersi, o se ne debba riconoscere una portata equalizzante, giustificando una forma di *accommodation* per via legislativa delle esigenze degli aderenti ad una singola appartenenza (la corrente ebraica ortodossa), in ragione di un (presunto) onere aggiuntivo che una legge di portata generale (le disposizioni normative sul divorzio civile) fa gravare su di essi. In tale direzione, andrebbe considerato quale fine secolare pure quello di rimuovere i costi connessi a specifiche appartenenze confessionali, parificando la posizione di alcuni soggetti (nella specie, le donne di religione ebraica della corrente ortodossa o conservatrice) rispetto a coloro che non sono gravati da tali oneri addizionali.

Questa legge inoltre attribuisce un rilievo preminente ad un'attestazione confessionale, erodendo i confini fra competenze religiose e secolari (*excessive entanglement*), e attribuendo ad una autorità religiosa un ruolo precipuo in un procedimento regolato dalla legge dello Stato.

Il testo normativo propone infatti un bilanciamento fra due contrapposte istanze libertarie, di cui va valutata la correttezza, ossia se venga proposta una "*reasonable accomodation*" delle esigenze religiose di un coniuge (in quanto non si determina l'insorgere di un onere aggiuntivo per l'altro coniuge, bensì si limita l'accesso ad un beneficio, il divorzio civile), per cui l'onere imposto all'uomo (di comparire dinanzi all'autorità religiosa confessionale) sia da considerarsi meno gravoso di quello che altrimenti ricadrebbe sulla donna, o se invece si limiti eccessivamente la libertà religiosa individuale dell'altro. E' dubbio infatti se la facilitazione dell'esercizio della libertà religiosa in materia matrimoniale di un coniuge (quello che sollecita il divorzio pure religioso) possa assurgere a *compelling state interest* atto a giustificare una limitazione della libertà dell'altro (che non avverte l'imperativo di coscienza di porre in essere pure tale procedura di dissoluzione matrimoniale), o se, al contrario, si realizzi una forma di *state-compelled religious obedience*, con cui viene annullata la possibilità di libera scelta fra l'adesione ai precetti di una Confessione e l'affrancamento da questi nell'ordine dello Stato, che finisce, tra l'altro, per ergersi ad arbitro della sincerità di tale scelta⁹².

La legge del '92 solleva a sua volta l'interrogativo se possa considerarsi una finalità secolare quella di realizzare una più equa distribuzione del patrimonio post-coniugale o se, al contrario, lo Stato, agendo in modo non-neutrale, faccia ricadere su uno dei coniugi i costi derivanti dall'applicazione di una regola confessionale, come tale avulsa dagli interessi dello Stato. Questa legge appare più manifestamente intrusiva dell'autonomia confessionale (*excessive*

⁹² Cfr. I. BREITOWITZ, «The Plight of the Agunah: a Study in Halacha, Contract and the First Amendment», in *Maryland L. Rev.*, vol. 51 (1992), p. 381.

entanglement) in quanto solleva il problema di un possibile contrasto con il principio proprio del diritto ebraico per cui il *ghet*, per essere valido, deve essere liberamente offerto e ricevuto; nella specifica prospettiva confessionale infatti risulta lecita la non-concessione di un beneficio ma non l'imposizione di sanzioni e pressioni eccessive di carattere pure economico.

Una legislazione di questo tipo, in seguito alla pressione delle comunità ebraiche, è stata adottata prima in Quebec e Ontario, quindi estesa all'intero Canada nel 1990: anche qui, quando sussiste un impedimento alla stipula di un nuovo matrimonio, il giudice può rifiutare la pronunzia del divorzio civile, e si può esigere che il coniuge recalcitrante al divorzio religioso provi il venir meno di tale impedimento. In questo ordinamento la separazione fra Stato e Chiese è meno accentuata, per cui questa normativa non ha sollevato le medesime problematiche che sono insorte negli *U.S.A.*.

In Inghilterra, la giurisprudenza si era pure orientata ad attribuire rilievo al rifiuto del rilascio del *ghet*, quale elemento per determinare la porzione del patrimonio coniugale da attribuire alla donna nel giudizio di scioglimento civile del matrimonio, in considerazione della difficile situazione (pure economica) cui ella era condannata per l'impossibilità di contrarre nuove nozze in conformità alla propria legge confessionale⁹³. Questa posizione giurisprudenziale ha talora ispirato pure la casistica d'oltreoceano nella direzione di rintracciare soluzioni secondo equità per risolvere le dispute relative alla divisione post-coniugale del patrimonio, anticipando la legge del 1992⁹⁴. Recenti modifiche alla legislazione vigente prevedono che, qualora il matrimonio sia stato celebrato secondo il rito ebraico o di un'altra religione, a richiesta di una delle parti, l'autorità giudiziaria, se lo reputa giusto e ragionevole, non pronunzierà definitivamente il divorzio prima che le parti presentino una dichiarazione congiunta che hanno compiuto quanto necessario per risolvere il matrimonio secondo le norme della propria Confessione⁹⁵.

12. UN APPROCCIO INTERMEDIO: LA RISARCIBILITÀ DEL DANNO DERIVANTE DALL'INADEMPIMENTO DI NATURA RELIGIOSA

In alcuni ordinamenti, un ulteriore indirizzo nella ricerca di *standards* giuridici che consentano di temperare aspettative di natura confessionale ed esigenze di neutralità statale è quello volto non ad ottenere coattivamente la

⁹³ Cfr. *Brett v. Brett*, 1 W.L.R. 487 (1969).

⁹⁴ Cfr. *Segal v. Segal*, 650 A. 2d 996 (N.J. Super. Ct. 1994); *Schwartz v. Schwartz*, 583 N.Y.S. 2d 716 (1992).

⁹⁵ Cfr. *Divorce (Religious Marriage) Act 2002*, del 24 luglio 2002, modificato il 24 febbraio 2003, in vigore in Inghilterra e Galles; *Family Law (Scotland) Act* del 20 gennaio 2006, in vigore in Scozia.

rimozione delle barriere derivanti dall'inadempimento di obblighi di natura religiosa, bensì a gravare il soggetto inadempiente del danno derivante dal suo comportamento omissivo. Nella giurisprudenza statunitense, nell'ambito della *tort law*, si configura la risarcibilità della sofferenza emotiva causata da un comportamento ingiusto o immorale tenuto intenzionalmente o negligenzemente da un soggetto, pure abusando di una posizione di potere o di controllo, purchè sussista un nesso di causalità fra la condotta tenuta e il danno prodotto, la cui commissione o omissione determini un reale grave danno emotivo⁹⁶. Da un esame della giurisprudenza emerge il principio per cui l'uomo viene chiamato a riparare il danno causato dal suo comportamento, avente carattere doloso: il danno grave che colpisce la donna si identifica non solo con la limitazione che ella subisce nell'esercizio della sua futura libertà matrimoniale in entrata, ma pure con lo *status* negativo da cui ella sarà connotata nell'ambito della comunità religiosa di appartenenza (specificamente, nel diritto ebraico, ove sarà qualificata come *agunà*); la quantificazione di esso potrà variare a seconda delle condizioni soggettive del soggetto danneggiato. Infine la sussistenza del nesso di causalità fra il comportamento del coniuge e il danno emotivo è riscontrabile nella circostanza che nessuna autorità, civile o religiosa, può supplire alla volontà dell'uomo, arbitro della decisione di condannare (o no) la donna allo *status* di *agunà*⁹⁷. Può essere tuttavia difficoltoso discernere le ipotesi di intento malevolo del coniuge che rifiuta il *ghet* solo al fine di danneggiare emotivamente il *partner*, e l'entità del relativo danno subito, da quelle in cui il rifiuto è realmente legato a motivazioni attinenti alla sfera della coscienza. Ci si interroga se, mediante l'utilizzo di questa tecnica di accomodamento, lo Stato venga meno al suo ruolo di garante della neutralità, imponendo ai soggetti di sopportare il costo (in termini di risarcimento del danno prodotto) di una scelta di carattere confessionalmente orientata o se, parificando tale tipologia di danno emotivo ad altre tipologie rilevanti su un piano secolare, senza elevare la sensibilità religiosa su un piano preferenziale, venga a configurarsi un legittimo interesse statale secolare a garantire l'efficacia delle leggi statali (ad es. la legislazione sul divorzio).

Anche in Francia e in Olanda è riconoscibile un danno causato dal diniego del divorzio religioso, qualora l'uomo abbia consapevolezza del pregiudizio che tale condotta arreca (la quale condotta, comunque sia, giunge a oltrepassare i parametri che caratterizzano la condotta di una persona ragionevole, o arriva a configurare un "abuso di diritto", in quanto implica il lasciare in vita il vincolo matrimoniale dal punto di vista confessionale, restringendo la libertà

⁹⁶ Cfr. *Weiss v. Goldfeder*, N.Y.L.J., Oct. 26, 1990 (Sup. Ct. Queens County Oct. 26 1990).

⁹⁷ Cfr. M. DEL CARMEN GARCIMARTIN MONTERO, *El divorcio judío*, pp. 89-100.

religiosa matrimoniale della donna)⁹⁸, in considerazione della condizione di superiorità di cui la legge ebraica riveste l'uomo.

Nella prospettiva europea, l'ottica "risarcitoria" in sede civilistica del danno derivante dalla lesione di un interesse (pure religioso) trova un parallelo nella possibilità, offerta a ciascuno dei *partners*, di richiedere lo scioglimento del vincolo coniugale, qualora uno dei due coniugi rifiuti di porre in essere un atto o comportamento di natura religiosa in precedenza promesso all'altro coniuge, sia che l'inadempimento riguardi la stessa coppia (ad es. fare seguire la celebrazione civile da quella religiosa) sia l'eventuale prole (rifiuto di far battezzare i figli o di farli educare secondo una determinata fede). Anche in questo caso, esula dalle competenze di un ordinamento secolare imporre un comportamento di natura religiosa, ma esso può sanzionare quegli atteggiamenti che ledono le aspettative (sia pure di natura confessionale) di uno dei coniugi, sia nella fase costitutiva sia in quella dissolutiva del vincolo. In tal modo l'obbligo religioso acquista un rilievo, sia pure indiretto, nell'ordinamento statale, senza che venga pregiudicata la libertà di coscienza di ciascuno degli sposi. Nella stessa direzione, in Belgio, una condotta, sia pure religiosamente motivata (come la richiesta di nullità matrimoniale canonica), tenuta da uno dei coniugi, è stata considerata rilevante civilmente quale "offesa grave" che giustifica la richiesta di divorzio civile del coniuge "innocente".

In una recente pronuncia, la giurisprudenza canadese si è indirizzata verso il bilanciamento fra i due divergenti interessi della libertà (dell'uomo) di non compiere un atto di natura religiosa, che esigerebbe l'astensione da parte dell'autorità giudiziaria statale di imporre tale tipologia di obbligo, e il riconoscimento alla donna del danno derivante dalla sofferenza emotiva dovuta dal rifiuto del coniuge di eliminare le barriere che prevengono la celebrazione di un nuovo matrimonio religioso alla parte. La Corte Suprema del Canada ha considerato prevalente l'interesse statale a tutelare la libertà religiosa della donna e l'uguaglianza fra i coniugi, che verrebbe leso, diversamente, non solo dal rifiuto del coniuge di adempiere ad un obbligo (nella fattispecie rafforzato da accordo bilaterale assunto dai coniugi in sede civilistica, indipendentemente dalle suoi risvolti religiosi), ma pure dal riconoscimento statale di una sorta di immunità dalle conseguenze della sua condotta produttiva di danno⁹⁹.

⁹⁸ Per una rassegna della giurisprudenza francese in materia, cfr. G. ATLAN, *Les juifs et le divorce. Droit, histoire et sociologie du divorce religieux*, Peter Lang, Bern, 2002, pp. 279-281.

⁹⁹ Cfr. *Bruker v. Markowitz*, [2007] 3 S.C.R. 607, 2007.

13. LUCI E OMBRE DELLE VARIE TECNICHE DI ACCOMODAMENTO DELLE ESIGENZE CONFESSIONALI IN MATERIA DI SCIOGLIMENTO MATRIMONIALE

Le varie soluzioni praticate oscillano fra l'esigenza di offrire soddisfacimento a crescenti domande sociali di tutela di istanze confessionalmente caratterizzate e l'obbligo per la giurisdizione statale di astenersi da indebite ingerenze volte all'interpretazione e/o rilettura in chiave secolarizzata dei diritti religiosi, pure lesive delle autonomie confessionali. Il raggiungimento di un equilibrio fra la tutela delle scelte religiose, il riconoscimento di uno spazio di autonomia alle Confessioni, e il rispetto del principio di neutralità, mette in luce la difficoltà di conciliare la tendenziale (seppure parziale) destrutturazione del modello matrimoniale secolare, delegando alla società civile, nelle sue varie componenti (pure confessionali), il compito di dettare, in una ragionevole misura, le regole di modelli alternativi di comunione coniugale (e del relativo regime post-coniugale) e le corrette modalità di intervento statale, a tutela di quei valori e principi considerati non negoziabili in un ordinamento secolare, democratico e pluralista, che non possono essere pretermessi in funzione di logiche comunitarie volte ad omologare e soffocare la prospettiva del singolo.

L'esame di queste tecniche mette in luce il diverso livello di efficacia di procedure di controllo operanti *ex ante* (che comportano forme di sindacato centralizzato e diretto), sia pure al prezzo di una minore adattabilità/flessibilità a fattispecie specifiche, e rimedi destinati ad intervenire *ex post*, decentrando i sistemi di supervisione sia spostando sui diretti interessati il carico di una auto-difesa dei diritti fondamentali, sia onerandoli di segnalare dinanzi agli organi giurisdizionali la violazione di valori e fini che dovrebbero essere assicurati dall'ordine dello Stato, con l'ulteriore enfattizzazione del rischio che difficilmente le parti più vulnerabili, soggette a forme di pressione religioso-culturale, assolveranno tale compito, e sopporteranno consequenzialmente il costo delle disfunzioni e carenze di questo sistema¹⁰⁰.

La tutela dei valori fondamentali, oggi radicati, nella prospettiva occidentale, non solo nei singoli sistemi giuridici statali, ma pure nella più ampia cornice dei principi affermati a livello comunitario e, ancora più ampiamente, nell'ambito dei diritti umani, non è suscettibile di forme di (sia pure prudente) diluizione o relativizzazione (anche se culturale e religiosa)¹⁰¹ in uno spazio normativo sempre più globalizzato, ove gli organi di giustizia sopranazionale crescentemente ricoprono il delicato ruolo di vagliare le ipotesi sia di assenza sia di inadeguatezza delle forme di tutela statalmente offerte in materia di

¹⁰⁰ Cfr. A. SHACHAR, «Privatizing Diversity...», p. 599.101

¹⁰¹ Cfr. C. CARDIA, «Libertà religiosa e multiculturalismo», in Stato. *Chiese e pluralismo confessionale*. *Rivista Telematica*, (novembre 2008), nel sito www.statochiese.it

libertà individuali da parte degli Stati, e di far assumere agli stessi la responsabilità (politica e/o patrimoniale) dei danni derivanti da una carente o insufficiente misura di intervento pubblico.

Il crescente processo di proceduralizzazione dei diritti e delle libertà, lungi dal ridimensionare, finisce con l'exasperare le discrasie fra diritto statale e diritti confessionali; con riferimento al diverso significato da attribuirsi al valore pubblico e privato delle regole (nel diritto ebraico ed islamico), il tentativo di assoggettarle a forme di *public accountability* di matrice secolare ne produce inevitabilmente una profanizzazione, così come la diversa strutturazione dell'autorità è difficilmente conciliabile con il modello statale.

L'esame comparatistico è in tal senso illustrativo dei pericoli insiti nei diversificati approcci metodologici volti a dare accoglimento ad istituti religiosamente qualificati, re-interpretandoli di volta in volta in chiave di pluralismo giuridico (facendoli assurgere a elementi irrinunciabili di identità confessionale); di uguaglianza formale, che dà spazio a tali istituti nell'ambito di una asettica logica contrattuale che giunge a secolarizzarli (provocando uno scollamento dall'originario significato religioso), talora con l'effetto collaterale di consentire ad uno dei coniugi di avvalersi delle prerogative previste dalla legge confessionale in un regime di paradossale addizione a (o elusione di) i diritti riconosciuti sulla base del diritto comune; di uguaglianza sostanziale, che riconosce tali istituti tentandone però una rilettura interpretativa in coerenza con i principi di equità, dando luogo a processi di aggiustamento e adeguamento di istituti di natura religiosa (il cui significato non è univoco all'interno dello stesso diritto confessionale) ancora una volta alla luce di criteri di desacralizzazione¹⁰². Queste metodologie rivelano la loro insufficienza ad accogliere ed inglobare istituti propri di diritti di matrice confessionale in un processo di decontestualizzazione suscettibile di tradirne la loro specifica natura, finendo talora con il rovesciarne le più autentiche finalità, e dando origine a forme di strumentalizzazione (pure a fini economici) di istanze ammantate dal velo della rivendicazione identitaria, o di abusi nell'esercizio della libertà statalmente riconosciuta di affrancarsi dalla propria appartenenza, al fine di lucrare benefici o riversare su una delle parti penalità ulteriori rispetto a quelli riconosciuti o imposti dall'ordine dello Stato¹⁰³.

14. L'ECCELESIASTICISTA ITALIANO DI FRONTE ALLE NUOVE SFIDE DELLA MULTIRELIGIOSITÀ

La dottrina ecclesiasticistica italiana si trova oggi di fronte alle nuove

¹⁰² Cfr. P. FOURNIER, «Flirting with God...», pp. 67-94

¹⁰³ Cfr. P. FOURNIER, «Flirting with God...», pp. 67-94.

sfide determinate dalla crescente “mobilità e complessità sociale”, e ancora una volta può fungere da apri-pista in territori inesplorati, ai confini del “non diritto”¹⁰⁴ sul cui crinale verificare le tradizionali concezioni di laicità, in perenne oscillazione fra l'accoglimento di una intransigente neutralità religiosa (mutuata da quella francese), o di una laicità compatibile con forme di eccezionale riconoscimento civile di specificità religiose democraticamente tollerabili.

In questo orizzonte la libertà matrimoniale, pure in uscita, può fungere da elemento catalizzatore di problematiche più ampie: non solo l'individuazione di un modello di laicità *politically correct*, che garantisca il soddisfacimento delle istanze religiose individuali e collettive nel rispetto dei valori costituzionali, ma pure la verifica della corretta misura di intervento normativo statale in una società pluralista, senza arrecare ostacolo o pregiudizio al dispiegarsi di un “libero mercato delle religioni”.

Le problematiche affrontate costituiscono pertanto uno stimolo per interrogarsi pure (raffrontandosi con esperienze normative diverse) sulle possibili future scelte metodologiche percorribili dal legislatore in materia di tutela del fenomeno religioso, in un'età di globalizzazione dei diritti. La dottrina ha rilevato l'emergente esigenza di una scelta fra due alternative: quella di un diritto ecclesiastico “diffuso” e ricondotto al diritto comune, affidato all'automia privata “col (formale) supporto tecnico dei giuristi di professione” (mediante contratti, convenzioni, codici di comportamento, avvalorati da provvedimenti amministrativi e/o giudiziali) o piuttosto quella (in maggiore coerenza al principio di uguale libertà) di un “diritto ecclesiastico riempito di contenuti concreti (non attraverso le convenzioni dei privati, bensì) attraverso leggi prodotte democraticamente e laicamente, assoggettabili ad un sindacato di costituzionalità”¹⁰⁵.

L'uso dello strumento contrattuale, insieme al ricorso alle commissioni di arbitraggio, rappresenta un affascinante strumento per garantire l'*accommodation* delle esigenze confessionali in materia matrimoniale sollecitata da una democrazia pluralista, offrendo una via per armonizzare le conflittualità fra sistemi giuridici secolari e religiosi; i gruppi confessionali possono infatti rintracciare, mediante un uso sempre più sofisticato degli strumenti civilistici, una valida possibilità per dare risposte alle domande di libertà religiosa in materia matrimoniale in un ordinamento secolare, pur muovendosi nel solco della tradizione religiosa. Si tratta di un processo che valorizza il dialogo e lo scambio fra sistemi giuridici, enfatizzando lo sviluppo di una cornice ordina-

¹⁰⁴ Cfr. S. BERLINGÒ, «Diritto interculturale: istruzioni per l'uso di un ecclesiasticista-canonista», in *Daimon*, vol. 8 (2008), p. 45.

¹⁰⁵ S. DOMIANELLO, «Le garanzie di laicità civile e libertà religiosa, nel matrimonio, al bivio...», p. 250.

mentale nel cui ambito possono svilupparsi diverse identità, pratiche e tradizioni religioso-culturali. A tale proposito è stato osservato che tecniche di risoluzione dei conflitti proprie dei paesi anglosassoni (come l'arbitraggio) si prestano a far "confluire" (e "riconduurre a unità") sul terreno del diritto comune strumenti caratterizzanti finora la privilegiaria posizione (sul piano della giurisdizione) di singole appartenenze confessionali¹⁰⁶.

L'impaludamento normativo e il conseguente ruolo sostitutivo esercitato dagli organi giudiziari fa riflettere, e rende appetibile, pure nell'ordinamento italiano, la via alternativa delle soluzioni "caso per caso". Lo slittamento della problematica dal piano normativo a quello giurisprudenziale rischia di caricare gli operatori del diritto dell'onere di offrire una "cura" alle pecche presenti nel sistema nella sede giudiziario-patologica, facendo riflettere su (sia pure caute) aperture verso forme di regolamentazione affidate all'autonomia delle parti nella fase pre-matrimoniale o verso il fertile terreno di una sempre più ampia risarcibilità del danno derivante dalla lesione di valori inerenti alla persona¹⁰⁷.

La divaricazione fra diritto civile e diritti confessionali, insieme con la ricerca di forme di "accomodation" degli interessi religiosi in una logica contrattualistica, è ben comprensibile nell'ambito di ordinamenti separatistici, che tutela non la libertà religiosa solo "in negativo". In tali contesti la dicotomia secolare/religioso si coniuga con quella fra sfera pubblica (autoritativamente regolata dallo Stato) e privata (ove l'elemento religioso-culturale può dispiegare la sua valenza). L'accoglimento di una eterogenea pluralità di esigenze multireligiose può essere soddisfatta avvalendosi dei moduli matrimoniali civilistici, e sfruttando al meglio strumenti e schemi predisposti dal diritto comune, talora ampliandone la portata al fine di garantire una maggiore corrispondenza fra *status* personale valevole per il diritto civile e per quello confessionale. L'esperienza di ordinamenti che adottano un modello di separazione fra Stato e Confessioni rimarca tuttavia come la pluralità di appartenenze facenti capo al medesimo individuo esigano una condivisione di spazi normativi, onde prevenire/controllare pericolose esternalità (ossia estremizzate difese identitarie), foriere di produrre "diritti sbagliati"¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Per un orientamento critico verso questa posizione, cfr. N. COLAIANNI, «I nuovi confini del diritto matrimoniale tra istanze religiose e secolarizzazione: la giurisdizione», in Stato, *Chiese e pluralismo confessionale*, *Rivista Telematica*, (settembre 2009), nel sito www.statoechiese.it; per un confronto fra il sistema di rilevanza civile della giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale e il ricorso alle procedure arbitrali in Italia, cfr. A. LICASTRO, *Contributo allo studio della giustizia interna alle Confessioni religiose*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 148-151.

¹⁰⁷ Cfr. R. BOTTA, «I limiti degli sforzi interpretativi compiuti dalla Cassazione», in S. DOMIANELLO (a cura di), *Gli effetti economici dell'invalidità dei matrimoni concordatari de iure condito e de iure condendo*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 51-55.

¹⁰⁸ Cfr. E. DIENI, «Il diritto come "cura". Suggestioni dall'esperienza canonistica», in Stato,

Nell'ordinamento italiano, vanno sensibilmente rivisitati in chiave aggiornata gli strumenti di tutela della libertà religiosa in chiave positiva (generica e specifica), quali mezzi entrambi rivolti ad affermare una laicità statale promotrice del dialogo e del confronto fra le convinzioni (secolari e non secolari) ma "indisponibile" a privilegiarne una o alcune. La previsione, nell'ambito del diritto secolare, di una pluralità di modelli matrimoniali (sia che scaturiscano dalla negoziazione bilaterale fra Stato e Confessioni, sia dalla legislazione unilaterale dello Stato finalizzata a tutelare in via specifica la libertà religiosa, è suscettibile di venire più compiutamente incontro alle aspettative del cittadino-fedele (nella sua dimensione individuale o comunitaria) di aderire a quel modello che maggiormente si adatta alle sue specifiche esigenze confessionali, o addirittura consentirgli di dare, in una ragionevole misura, il suo apporto alla elaborazione delle regole che disciplinano il rapporto del *coniugio*, fra cui quelle che regolamentano la possibilità e le opzioni per liberarsi dal vincolo.

L'attuale impianto normativo (suscettibile di nuovi innesti in funzione di risposta alle novelle istanze di una società pluralizzata), che garantisce la libertà individuale di scegliere fra un modello matrimoniale religiosamente neutrale e opzioni religiosamente assistite, dovrà in ogni caso attrezzarsi in vista di una predisposizione di un più ampio reticolato normativo. Andrebbe, in tale prospettiva, valorizzata la creazione di uno spazio pubblico aperto ad accogliere una pluralità di identità, onde prevenire lo sviluppo di sistemi normativi non-statali in competizione fra loro, e ad esso alternativi, che determinerebbero il configurarsi di isole di giurisdizione al di fuori di (o solo lambite da) forme di controllo statale¹⁰⁹. La consapevolezza delle differenze esige pertanto la predisposizione di mezzi specifici, avvalendosi del coinvolgimento dei soggetti interessati, al fine di attuare un'alleanza strategica in cui i "diritti culturali" trovino recezione nell'ordine dello Stato nella misura in cui si realizza una convergenza volta a massimizzare il bene del singolo, e atta a favorire i processi di revisione interna agli stessi gruppi¹¹⁰.

L'esperienza delle Intese rivela oggi più che mai lo sviluppo di processi normativi ove, ricorrendo la disponibilità statale a temperare la propria sovranità, gli ordini confessionali hanno conquistato propri spazi non più nell'ottica dell'arroccamento su posizioni di privilegio, e neanche in quella di una ghettizzante "spartizione di giurisdizioni"¹¹¹, bensì nell'ambito di una coesa

Chiese e pluralismo confessionale, Rivista Telematica, (giugno 2007), nel sito www.statoechiese.it:

¹⁰⁹ Cfr. R. HIRSCHL- A. SHACHAR, «The New Wall of Separation: Permitting Diversity, Restricting Competition», in *Cardozo L. Rev.* vol. 30 (2009), pp. 2535-2560.

¹¹⁰ Cfr. A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, pp. 148-160.

¹¹¹ A. DIENI, «Appartenenza religiosa...», p. 247

adesione ai valori della democrazia e dell'eguale libertà, e nella comune aspirazione alla più compiuta realizzazione della personalità umana¹¹².

Lo strumento della negoziazione bilaterale, in materia matrimoniale, già dimostra di valorizzare infatti la libertà di affrancamento dalle regole confessionali del cittadino-fedele, libero di rimettere in discussione l'opzione confessionalmente orientata esercitata nella fase di accesso al matrimonio, non solo avvalendosi delle procedure civilistiche della dissoluzione del vincolo, ma pure in relazione alla validità della scelta iniziale di avvalersi di un modello matrimoniale non-religiosamente neutrale, ed infine rimettendo alla volontà di una o entrambe le parti la scelta circa l'efficacia civile della pronuncia canonica di nullità (addirittura, come previsto in Spagna, avallando la possibilità di obiezione)¹¹³. In questa prospettiva la possibilità di esercitare la libertà di uscita dal vincolo matrimoniale con modalità religiosamente qualificate sembra suscettibile di "accomodamento", non quale concessione privilegiaria a una o più Confessioni, bensì quale "eccezione ragionevolmente tollerabile" in un orizzonte democratico e pluralista, di salvaguardia di una laicità statale in positivo e di promozione di una uguaglianza (non solo formale ma pure) sostanziale¹¹⁴. Nell'ambito di una politica di inclusione, pertanto, ulteriori regimi giuridici transattivi, volti a salvaguardare i caratteri di specificità di ogni appartenenza, possono introdurre procedure idonee a predisporre sicuri meccanismi di controllo sulle modalità di importazione di pronunzie confessionali nell'ordine dello Stato, calibrando i diritti alla differenza con quello di uguaglianza.

Questa prospettiva offre forti potenzialità a che il legislatore, in armonia con il quadro costituzionale, detti disposizioni che tutelino sia le istanze di libertà religiosa negativa sia quelle di libertà religiosa positiva, determinando i contenuti concreti, le modalità ed i limiti dello sviluppo di un regime di "leale concorrenza" fra i diversi gestori di servizi religiosi, e assicurando, nella forma e nella sostanza, la promozione di un diritto ecclesiastico volto a soddisfare le esigenze dell'intera società civile, anche nelle sue componenti più deboli, di cui va tutelato il diritto al dissenso nella duplice prospettiva dell'ordine dello Stato e di quello confessionale.

¹¹² Cfr. F. FRENI, *Soft law e sistema delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista Telematica*, (settembre 2009), nel sito www.statoechiese.it; S. BERLINGÒ, *Fonti del diritto ecclesiastico*, p. 8.

¹¹³ Cfr. Trib. Supremo spagnolo, Sala I Civ., 24 ottobre 2007, n. 1084, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, n. 3 (2008), p. 950; per un commento cfr. S. FIORENTINO, «L'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche contumaciali in materia matrimoniale nell'ordinamento spagnolo: spunti microcomparativi», in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista Telematica*, (marzo 2009), nel sito www.statoechiese.it.

¹¹⁴ Cfr. S. DOMIANELLO, *I matrimoni*, p. 456.

In tale direzione, particolare attenzione deve essere dedicata alla tutela economica del coniuge debole; un eventuale riconoscimento (diretto o indiretto) di procedure di *démariage* religiosamente caratterizzate deve venir incontro ad istanze di natura confessionale, ma non può tradursi in strumento per affrancare dalle conseguenze patrimoniali del regime di solidarietà post-coniugale predisposto dall'ordinamento statale, ai parametri del quale andrebbero avvicinate (se non omologate) le modalità altre di esercizio della libertà matrimoniale in uscita. A tal proposito appare più equilibrato l'orientamento in base a cui il medesimo o equivalente costo economico deve gravare su tutte le forme (civili e religiose) di liberazione dal vincolo coniugale: ciò si porrebbe in linea con quegli sforzi, dottrinali e giurisprudenziali, miranti a promuovere una evoluzione della normativa in materia matrimoniale in chiave di realizzazione di una parità di vantaggi e svantaggi conseguenti alle opzioni di *coniugio* sia laico sia confessionalmente assistito, e, di conseguenza, di una concretizzazione di una virtuosa competizione all'interno di un sistema matrimoniale pluralistico¹⁵, attribuendo (o restituendo) alle pronunzie religiose il ruolo esclusivo di salvaguardia delle ragioni di coscienza¹⁶ e depotenziando la valenza di quelle forme di pressione economica che la parte più debole del rapporto di *coniugio* subisce quale prezzo da sopportare per riacquistare lo *status* libero pure in ambito religioso.

¹⁵ Cfr. S. DOMIANELLO, «Incertezze e ritardi sulla via (trascurata) delle due "riforme mancate" del diritto ecclesiastico italiano: legge matrimoniale e legge sulla libertà religiosa», in S. DOMIANELLO (a cura di), *Gli effetti economici dell'invalidità dei matrimoni concordatari*, p.109.

¹⁶ Cfr. G. D'ANGELO, «Giurisdizione ecclesiastica matrimoniale, contrasto tra giudicati e tutela dell'ordine pubblico interno: certezze e incertezze nella più recente giurisprudenza di legittimità», in *Quad. Dir. Pol. Eccl.* n. 3 (2003), pp. 909-930.