

síntesis histórica, la sutil reflexión jurídica, la perspectiva multi-dimensional de las cuestiones planteadas, la serena crítica doctrinal y la exhaustividad en el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Rafael Palomino

G) DERECHO DE FAMILIA

MADERA, Adelaide, *Lo scioglimento del matrimonio religiosamente caratterizzato fra tecniche di accomodamento e giurisdizione statale esclusiva*, Giuffré Editore, Milano, 2016, 214 pp.

Il matrimonio è un istituto comune a tutte le popolazioni e che presenta un forte radicamento nella cultura, nelle tradizioni, nelle credenze religiose proprie di ciascuna di esse. Nella civiltà occidentale, sempre più largamente secolarizzata, la caratterizzazione religiosa si va gradatamente attenuando e si afferma una giurisdizione esclusiva dello Stato, che non solo prescinde da ogni riferimento religioso, ma arriva ad alterare e a manipolare la stessa concezione del matrimonio, quale è stata per secoli comunemente sentita. Ma nei paesi che condividono questa nostra civiltà la società sta gradatamente cambiando fisionomia. L'ondata migratoria che li ha investiti e che continua a crescere e ad allargarsi, coinvolgendo popolazioni di culture e religioni molto diverse tra loro, ha portato ad un multiculturalismo e ad un pluralismo religioso che fanno emergere sempre più intensamente l'esigenza di tener conto della dimensione religiosa propria del matrimonio. E non solo della dimensione religiosa di matrice cristiana, che continua ad essere sentita - sia pure con una parabola discendente che pare inarrestabile (proprio di recente, in un paese di antica tradizione cattolica come l'Italia, i matrimoni civili hanno superato quelli religiosi) - in una parte ancora significativa della popolazione, ma anche credenze religiose di natura diversa, alla quale i migranti restano attaccati, quale momento fondamentale di conservazione della loro identità etnica e culturale.

Questa caratterizzazione religiosa pervade il matrimonio in tutti i suoi aspetti: dal momento costitutivo della celebrazione ai diritti e doveri propri dello stato coniugale, fino alla sua conclusione, non di rado segnata dallo scioglimento del vincolo che tiene uniti i due coniugi. Evento quest'ultimo che è ormai comunemente ammesso e disciplinato in quasi tutti gli ordinamenti giuridici, sia laici che religiosi, ma che è pur sempre in qualche misura patologico e forse più di ogni altro fortemente influenzato dal sentire religioso dei coniugi o di uno di essi. E' quest'ultimo aspetto, quello della "libertà matrimoniale in uscita" come lo denomina l'autrice, che costituisce l'argomento centrale del libro che stiamo presentando e che costituisce in certo modo lo sviluppo ed il completamento di una precedente monografia della stessa autrice (*Lo scioglimento del matrimonio negli ordinamenti confessionali*, Milano, 2015) alla quale abbiamo dedicato una recensione in questa stessa Rivista (v. Vol. XXXII, 2016, p. 1305).

Constatata l'insufficienza delle norme del diritto internazionale privato a gestire il pluralismo normativo ormai largamente presente anche nelle società occidentali, l'autrice ritiene che si debbano sondare le vie percorribili dal diritto ecclesiastico, in un atteggiamento di prudente apertura verso esperienze religiosamente orientate, ricercando nuove forme di convergenza fra diritti confessionali e secolari. Pur tenendo conto che lo Stato tende ad imporre un unico modello matrimoniale, "creando una rigida dicotomia fra i diritti della cittadinanza e l'appartenenza culturale" e facendo di conseguenza emergere,

nell'esperienza soggettiva del cittadino-fedele, “una dissociazione fra lo *status* civile e quello religioso, evidenziando la divaricazione fra disposizioni normative statali e confessionali” (p. 17-18).

La trattazione si svolge in due ampi capitoli, l'uno dedicato alla libertà matrimoniale in uscita nei sistemi a prevalenza di *Civil law*, l'altro alle “tecniche di accomodamento” tra pretese statali e aspettative confessionali utilizzate in una cornice normativa prevalentemente di *Common law*. Chiudono il volume alcune brevi considerazioni conclusive ed un *excursus* più specificamente dedicato alla libertà religiosa in materia matrimoniale in uscita nell'ordinamento italiano, vista anche in prospettiva *de iure condendo*.

Riguardo ai sistemi di prevalente matrice di *Civil law*, l'attenzione dell'autrice si rivolge alle tendenze che vanno delineandosi a livello di Unione europea, dove “si fa strada l'idea di assicurare maggiore spazio all'autonomia delle parti...sia pure introducendo delle restrizioni volte a prevenire difformità eccessive fra le scelte individuali ed il sistema dei valori non negoziabili dell'ordinamento di accoglienza” (p. 29). In effetti, occorre ricercare “un modello di giustizia maggiormente individualizzato”, favorendo “una transizione da una prospettiva dogmatica ad una maggiormente pragmatica” e ponendosi “nella logica rivolta se non ad una maggiore facilità di recezione di istituti nuovi negli ordinamenti occidentali, quanto meno ad un attento esame delle singole fattispecie, per discernere le ipotesi che risultano in coerenza con l'ordinamento statale: verrebbe così impedito il realizzarsi di forme di negazione di giustizia sostanziale” (p. 62).

Con più specifico riferimento alla situazione italiana, l'autrice critica il mancato riconoscimento dell'efficacia civile della dispensa pontificia riguardante il matrimonio non consumato, ritenendolo “espressione di un pluralismo asimmetrico rispetto alla maggiore libertà riconosciuta ‘in entrata’”, tanto da essere 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 la conseguenza di produrre una “lesione del valore costituzionale della libertà religiosa” (p. 34). In un ordinamento che riconosce la libertà di accesso al matrimonio in base a moduli religiosi – prosegue l'autrice – e che ambisce a qualificarsi autenticamente pluralista, il riconoscimento degli effetti civili di forme confessionali di soluzione matrimoniali dovrebbe essere aperto a tutte quelle confessioni che impongono ai loro fedeli di adottare forme di scioglimento conformi alle regole religiose (come ad esempio il *ghet* ebraico e alcune forme di divorzio islamico). Sia pure con l'avvertenza che tale riconoscimento non potrebbe “prescindere dal rispetto dei principi costituzionali dell'uguaglianza, della libertà religiosa, della non-discriminazione e del diritto alla difesa”. Ferma restando, anche in materia matrimoniale “la libertà del singolo di affrancarsi dalle regole confessionali per usufruire del regime civilistico” (p. 40 - 41). Tornando alla dispensa per mancata consumazione del matrimonio, il diniego di un suo riconoscimento risulta ancor più criticabile alla luce delle aperture ora ammesse dal vigente sistema di diritto internazionale privato. Si viene così a configurare un “potenziale effetto/paradosso di dare accoglienza a pronunzie straniere di delibazione 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, conclude l'autrice, “l'esito sarebbe che la fruizione degli strumenti del diritto ecclesiastico italiano risulterebbe meno vantaggiosa rispetto all'utilizzo di quelli di diritto comune” (p. 47).

Nel capitolo successivo l'autrice si cala nel vivo degli ordinamenti di *Common law*, mettendo in luce le “tecniche di accomodamento” utilizzate per dare riconoscimento alle esigenze derivanti da un'appartenenza confessionale. In un quadro molto diversificato, con esperienze che presentano notevoli specificità nei singoli paesi (Usa, Regno Unito, Canada), facendo ampiamente ricorso alla dottrina (in particolare quella di lingua inglese)

e, ancor più, alla giurisprudenza (della quale essa dimostra una completa conoscenza), l'autrice delinea tre approcci fondamentali al problema di cui ci stiamo occupando. Il primo dà particolare rilevanza all'autodeterminazione privata, affida cioè "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" (p. 71 ss.). Vi è così in un ampio riconoscimento delle convenzioni liberamente stipulate dai soggetti coinvolti, sia in fase di separazione, sia, ed ancor più, ancora in fase prematrimoniale. A questo proposito si pone però il problema, ampiamente dibattuto soprattutto negli Usa, se possa essere riconosciuta efficacia civile ad accordi con cui le parti si impegnano ad assumere obblighi di natura religiosa (ad esempio al rilascio del *ghet* previsto dal diritto ebraico per ottenere lo scioglimento del matrimonio). In ogni caso, la giurisprudenza si dimostra particolarmente attenta ad evitare che l'esecuzione di patti di natura confessionale comporti un pregiudizio dei diritti fondamentali spettanti ai due coniugi, con particolare riguardo alla posizione della donna, che continua ad essere in molti casi il soggetto più debole del rapporto coniugale e quindi meritevole di speciale protezione. Il secondo approccio delineato dall'autrice è quello del ricorso all'*arbitraggio*, che "consente di dare visibilità giuridica alle decisioni delle autorità confessionali in un ordinamento religiosamente neutrale, realizzando una mediazione fra norme secolari e confessionali" (p. 99 ss.). Esso ha inoltre il vantaggio di garantire al cittadino/fedele "la fruizione dell'ausilio di esperti qualificati, che possono offrirgli una migliore conoscenza e interpretazione del più autentico significato della legge confessionale". Ma anche qui vi è il problema di salvaguardare l'equità delle soluzioni adottate, tenendo presente che con il ricorso all'*arbitraggio* "le parti scelgono volontariamente di 'spostare' la tutela dei diritti dal sistema pubblicamente assicurato al piano meno garantito di una giustizia privatamente amministrata il cui corretto operare può essere scarsamente monitorato preventivamente dall'apparato statale". Vi è quindi il pericolo che si verifichi una "potenziale vulnerazione dei diritti fondamentali" garantiti a livello di ordinamento statale. Un terzo approccio, in certa misura intermedio, alla ricerca di "tecniche di accomodamento" che consentano di contemperare aspettative di natura confessionale ed esigenze di neutralità statale è quello che si basa sul risarcimento del danno derivante da un comportamento contrario a doveri di natura religiosa. Anche in questo caso può infatti prodursi quella "sofferenza emotiva" causata da un comportamento ingiusto od immorale che, in linea più generale, può giustificare un risarcimento del danno. La possibilità di ricorrere allo strumento della responsabilità civile può, in effetti, svolgere un effetto deterrente, inducendo, ad esempio, il coniuge recalcitrante a partecipare alla procedura di rilascio del *ghet* ebraico pur di evitare un'azione civile che può comportare una condanna al pagamento di una certa somma a titolo di risarcimento.

Il richiamo alle molteplici esperienze che si vanno delineando nei paesi appartenenti alla civiltà occidentale, ma ormai largamente interessati da gruppi e comunità provenienti da contesti culturali profondamente diversi, dimostra come sia "difficile conciliare le esigenze statali di un regime egualitario, che non ammette riconoscimento di regimi differenziati, con l'istanza di specifiche appartenenze confessionali" (p. 140). Emergono, per altro, con sempre maggiore insistenza proposte in direzione di un ridimensionamento del ruolo degli apparati pubblici e di una progressiva deregolazione o degiuridizzazione dell'istituto matrimoniale. Si auspica pertanto "l'adozione di norme non neutrali costruite su misura per far fronte ai bisogni di una società plurale dal punto di vista culturale, etnico e religioso, e per consentire a ciascun individuo di non rinunciare alla propria identità" (p. 145). Mentre cresce la consapevolezza di una "attuale insostenibilità di un sistema giuridico rigidamente centralizzato" ed emerge, per contro, l'esigenza di "prospettive alternative di decentramento della funzione di regolazione delle relazioni matrimoniali a favore di soggetti non-statali" (p. 146). Ma non va dimenticato il rischio che ad un ma-

rimonio degiuridizzato “possa conseguire pure una dissoluzione matrimoniale completamente deregolata”, mentre proprio nella fase dissolutiva del matrimonio dovrebbe intervenire la funzione protettiva del diritto secolare, poiché è qui che emergono quelle esigenze di tutela della parte più debole nella coppia e dell’interesse dei minori che lo Stato non può completamente delegare alla libera autonomia delle parti (p. 149). Il volume si conclude con un ampio *excursus* riguardante la situazione italiana dove si delineano possibili soluzioni *de iure condendo* maggiormente rispettose delle nuove istanze di giustizia che vanno emergendo anche nel nostro corpo sociale, ormai caratterizzato dall’arrivo e dallo stanziamento di sempre più numerose comunità di migranti. Anche queste ultime interessanti riflessioni confermano la sensibilità della nostra autrice verso un riconoscimento della libertà religiosa che tenga conto delle continue trasformazioni a cui è soggetta la nostra società, in modo da assicurare un maggior rispetto delle diverse tradizioni e credenze religiose, pur in un quadro generale di tutela dei diritti fondamentali delle persone, in particolare di quelle (soprattutto le donne) che possono più facilmente risentire negativamente dell’indiscriminata applicazione delle regole confessionali, tanto più in un momento particolarmente delicato e difficile della loro vita, come quello dello scioglimento del loro matrimonio.

Paola Moneta

MARTÍ SÁNCHEZ, José M^a, *El matrimonio religioso y su trascendencia jurídica*, European Academic Press, Madrid, 2015, 233 pp.

La nueva monografía que ahora se comenta añade un peldaño más a la ya extensa producción científica del Profesor Martí. En este caso, aunque no responda estrictamente a un manual, podría servir de ello para la población estudiantil.

Señalo esta circunstancia por su extensión, el tema que trata y, por supuesto, su estructura interna. Contiene cinco grandes capítulos (ideal para el estudio de una asignatura cuatrimestral), que abordan desde el sistema matrimonial español y unos esbozos del europeo (2) al matrimonio canónico (4) pasando por el tratamiento de los efectos civiles de los principales matrimonios confesionales -incluyendo el canónico-. Se inicia con unas ideas generales en torno a esta institución (1) y se clausura con una presentación de los matrimonios judío, islámico, ortodoxo, protestante y budista; cierra el volumen un apartado titulado “Referencias” que está, en realidad, dedicado a la bibliografía que el autor ha utilizado y que pretende abrir el horizonte a los estudiantes, estudiosos y otros lectores que quieran profundizar en las materias citadas. A la sospecha de que la obra ha sido concebida para ser utilizada como manual se une una idea que la refuerza: la inexistencia de notas a pie de página.

Es evidente, además, que no estamos ante un trabajo de investigación científica porque, de serlo, hubiera acotado más el objeto de análisis. Aprovechando su larga experiencia docente e investigadora, lo que ha hecho en la obra es recopilar una parte de esos estudios previos, aportando, como es característico en él, las más recientes novedades existentes en la materia.

Los que conocemos al autor y sus trabajos, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el libro está escrito de forma minuciosa, esmerada, muy revisada y generosa en todo tipo de citas, tanto legales, como jurisprudenciales y bibliográficas; sin embargo, éstas quedan incorporadas al texto de forma verdaderamente magistral, de tal manera que, a la vez que comparte con nosotros su erudición, abre nuevas “ventanas” al conocimiento; de ahí que no sólo la lectura no resulta pesada ni tediosa, sino que invita a la reflexión, el