



Andrea Miccichè

(assegnista di ricerca in Diritto ecclesiastico e canonico nell'Università degli Studi di Catania, Dipartimento di Giurisprudenza)

**La crisi familiare e le giurisdizioni religiose negli Stati Uniti:
tensioni tra separatismo e pluralismo nel sistema delle ADR***

*Familiar crisis and religious jurisdictions the United States:
tensions between separatism and pluralism in the ADR system**

ABSTRACT: Negli Stati Uniti un ruolo centrale nella risoluzione stragiudiziale delle controversie è svolto dalle confessioni religiose, che prestano servizi di facilitazione della negoziazione, di mediazione e di arbitrato, secondo modelli di crescente complessità procedimentale e vincolatività. Avendo per focus il diritto di famiglia ebraico e musulmano, il contributo illustrerà alcune coordinate dell'atteggiamento ondivago della giurisprudenza secolare, che tenta di mediare tra istanze contrapposte: la sicurezza degli status giuridici, il mantenimento della stabilità sociale e dell'ordine pubblico, la tutela dei diritti dell'individuo, la deflazione del contenzioso civile, la maggiore confidenza dei litiganti verso il ministro di culto in funzione di giudice. La conclusione valuterà l'impatto di queste tendenze sul paradigma interculturale che connota l'ordinamento pluralista americano.

ABSTRACT: In the United States, religious denominations play a central role in the out-of-court resolution of disputes. In fact, religious groups provide negotiation facilitation, mediation and arbitration services, according to models of increasing procedural complexity and binding nature. The contribution will illustrate case law guidelines about law enforcement of Jewish and Islamic judgements in familiar matters. I will focus on attempts of secular courts to mediate between opposing demands: the security of legal statuses, the maintenance of social stability and public order, the protection of rights of the individual, the deflation of civil litigation, the greater confidence of litigants towards the minister of religion acting as judge. In the conclusion, I will evaluate the impact of these trends on the intercultural paradigm that characterizes the American pluralist legal system.

SOMMARIO: 1. Le ADR religiose negli Stati Uniti tra luci e ombre - 2. *Pactum supra lex esto?* Il riconoscimento dei lodi arbitrali emessi dai tribunali rabbinici in sede di divorzio - 3. Il diritto familiare musulmano tra ostracismo e neutralità - 4. *E pluribus unum?* Il molteplice e il singolo di fronte alle giurisdizioni religiose nella società americana

1 - Le ADR religiose negli Stati Uniti tra luci e ombre

* Contributo sottoposto a valutazione – Peer reviewed paper.



L'amministrazione della giustizia civile negli Stati Uniti si caratterizza per l'apertura a forme di risoluzione stragiudiziale delle controversie, grazie a una legislazione che riconosce ampia libertà contrattuale alle parti e persegue, al contempo, obiettivi di deflazione del contenzioso.

Sul piano federale, la base legale è il *Federal Arbitration Act* (di seguito FAA), approvato dal Congresso nel 1925¹ e codificato al Titolo IX dell'U.S. Code, il quale stabilisce nel suo §2 che:

"A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable".

Il suo campo di applicazione è amplissimo, perché comprende, mediante il generico riferimento al *commerce*, qualsiasi affare consistente nello scambio di beni o servizi suscettibili di valutazione economica².

¹ Sull'evoluzione delle ADR negli Stati Uniti, rinvio alla monografia di **G. DE PALO, G. GUIDI**, *Risoluzione alternativa delle controversie. ADR nelle corti federali degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1999, nonché ai contributi di **D.P. WOOD**, *The Brave New World of Arbitration*, in *Capital University Law Review*, vol. XXXI del 2003, pp. 383-411; **C. BESSO MARCHEIS**, *Inquadramento del tema: lo sviluppo del fenomeno della risoluzione alternativa delle controversie*, in **AA. VV.**, *La mediazione civile e commerciale*, a cura di C. BESSO MARCHEIS, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 1-29 (in particolare, pp. 7-11); **T.E. FROSINI**, *Un diverso paradigma di giustizia: le "Alternative Dispute Resolution"*, in *Analisi giuridica dell'economia. Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, n. 1 del 2011, pp. 47-64; **M.A. FODDAI**, *Alle origini degli Alternative Dispute Resolution: il caso degli Stati Uniti d'America*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, vol. X del 2012, pp. 407-422; **C. MENKEL-MEADOW**, *Regulation of Dispute Resolution in the United States of America: From the Formal to the Informal to the 'Semi-formal'*, in **AA. VV.**, *Regulating Dispute Resolution. ADR and Access to Justice at the Crossroads*, a cura di F. STEFFEK, H. UNBERATH, Hart Publishing, London, 2013, pp. 419-454; **M. ABBAMONTE**, *L'esperienza dei "faith-based arbitrations" in Ontario, Stati Uniti e Inghilterra*, in **AA. VV.**, *Il costituzionalismo di fronte all'Islam. Giurisdizioni alternative nelle società multietniche*, a cura di F. ALICINO, Bordeaux, Roma, 2016, pp. 163-238 (per quanto di interesse nella presente trattazione, pp. 190-201); **F. ALICINO**, *La rilevanza civile delle giurisdizioni religiose nell'età della diversità. Una prospettiva comparata*, in **AA. VV.**, *Diritto, religione e politica nell'arena internazionale*, a cura di G. MACRÌ, P. ANNICHINO, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2017, pp. 67-80 (in particolare, pp. 71-74); **A.J. MEYER**, *The Federal Arbitration Act, Rules of Decision, and Congress' Exercise of Judicial Power*, in *Minnesota Law Review Headnotes*, vol. CVI, n. 2 del 2021, pp. 145-171.

² La Corte Suprema federale, nel caso *Allied-Bruce Terminix Cos. v. Dobson*, 18 gennaio 1995, n. 93-1001, in *U.S. Reports*, 513, 1995, pp. 265-282, interpretò l'espressione del §2 del FAA "involving commerce" come un richiamo espresso alla *Commerce Clause* di cui all'art. I, sez. 8, §3 della Costituzione statunitense. Cfr., per un commento dettagliato della pronuncia e delle posizioni che si scontravano anteriormente, **I.R. JONES**, *The Federal Arbitration Act and Section 2's "Involving Commerce" Requirement: The Final Step Towards Complete Federal Preemption Over State Law and Policy*, in *Journal of Dispute Resolution*, n. 2 del 1995, pp. 327-349. L'approccio della Corte ha suscitato un vivace dibattito, dal momento che apriva le porte all'uso incondizionato delle clausole compromissorie negli accordi privati, a detrimento della posizione dei contraenti



Ulteriori indizi del *favor* per gli arbitrati (e, *a fortiori*, per le altre ADR) emergono dalla lettura del §3 del FAA, che impone al giudice civile di sospendere ogni giudizio avviato da chi abbia siglato una clausola compromissoria, in attesa della definizione della controversia³, e dai §§9-10, che limitano considerevolmente i poteri di controllo e revisione sui lodi. Questi possono essere annullati esclusivamente se i litiganti abbiano ottenuto la decisione mediante metodi corruttivi o fraudolenti; oppure se gli arbitri abbiano agito con evidente parzialità o si siano resi colpevoli di comportamenti inappropriati, di eccesso di potere o di violazione delle norme contrattuali che regolano il procedimento.

La quasi totale assenza di verifiche sulla sostanza del provvedimento determina una 'zona franca', lasciata alla libera volontà dei contendenti. Per il vero, vi è da dire che la giurisprudenza ha cercato nel corso degli anni di introdurre accertamenti sulla non contrarietà all'ordine pubblico o sulla non manifesta violazione del diritto, ma tali iniziative si sono scontrate con un tendenzialmente omogeneo atteggiamento di *self-restraint*, ancora oggi perdurante nelle Corti superiori⁴.

Se questo è il panorama federale, il quadro che si delinea nei singoli Stati non è dissimile: tra i progetti più riusciti di armonizzazione legislativa, portati avanti dalla *Uniform Law Commission*, vi è l'*Uniform Arbitration Act* (d'ora in avanti, UAA) - pubblicato nel 1955 e aggiornato nel 2000⁵ (di seguito, RUAA) - che ha trasfuso a grandi linee l'impianto

deboli. Sul punto, si vedano **M.L. MOSES**, *Statutory Misconstruction: How the Supreme Court Created a Federal Arbitration Law Never Enacted by Congress*, in *Florida State University Law Review*, vol. XXXIV, n. 1 del 2006, pp. 99-159 (in particolare, pp. 154-156); nei termini enfatici di "metastasi del FAA" a opera della giurisprudenza si è espresso **M.J. STANFORD**, *Odd Man Out: A Comparative Critique of the Federal Arbitration Act's Article III Shortcomings*, in *California Law Review*, vol. CV, n. 3 del 2017, pp. 929-984.

³ Il 16 maggio 2024 la Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso *Smith v. Spizzirri*, n. 22-1218, in *U.S. Reports*, 601, 2024, pp. 1-6 (numerazione provvisoria delle pagine), ha stabilito che la sospensione del giudizio civile in attesa della definizione dell'arbitrato non è un atto discrezionale, ma un obbligo del giudice, che deve disporla ognqualvolta una parte eccepisca e dimostri che la materia oggetto del contendere è deferita contrattualmente alla cognizione arbitrale.

⁴ L'atteggiamento di *self-restraint* è rinvenibile nella stessa definizione di manifesta violazione del diritto (*manifest disregard of the law*). Questo vizio del lodo arbitrale presuppone che sia accertato che l'arbitro ha scientemente disapplicato una regola sostanziale o procedurale essenziale per la decisione. In altre parole, non è sufficiente la prova dell'errore giuridico, ma la parte che chiede di annullare il lodo deve dimostrare la conoscenza della norma da parte del terzo chiamato a decidere e l'intenzionalità dell'atto. Cfr. **M.H. LEROY**, *Are Arbitrators above the Law? The "Manifest Disregard of the Law" Standard*, in *Boston College Law Review*, vol. LII, n. 1 del 2011, pp. 137-187. Anche per quanto riguarda la contrarietà alla *public policy* la giurisprudenza esige uno standard valutativo elevato: un valore rientra nella predetta categoria se ciò emerge incontrovertibilmente da un complesso di disposizioni legislative o da orientamenti consolidati in modo inequivocabile. Cfr. **A.C. HODGES**, *Judicial Review of Arbitration Awards on Public Policy Grounds: Lessons from Case Law*, in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. XVI, n. 1 del 2000, pp. 91-164 (soprattutto, pp. 93-95).

⁵ Rinvio a **NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS**, *Revisited Uniform Arbitration Act (Last Revision Completed Year 2000)*, 28



del FAA nelle aree di competenza statale. Merita una sottolineatura la circostanza che i compilatori hanno giustificato la scelta di non includere nella proposta legislativa ulteriori motivi di annullamento di decisioni arbitrali sostenendo che un ampliamento di tale genere sarebbe illegittimo, in quanto posto in violazione di una direttiva del Congresso, volta a promuovere della composizione stragiudiziale delle controversie.

Le divergenze sussistono nel settore familiare: esso ricade interamente nella potestà regolativa di ciascuno Stato, che mostra un differente grado di apertura alle ADR.

Vi sono Stati, come l'Arizona, che rinviano integralmente alla disciplina del FAA e del RUAA; altri, invece, hanno adottato previsioni speciali, finalizzate a tutelare il diritto dei minori coinvolti o del coniuge debole. Tra gli ultimi sono da citare il North Carolina, il Connecticut, l'Indiana, il Michigan, il Minnesota, il New Hampshire, il New Mexico, il Wisconsin, il Montana e il Maine. Le materie deducibili in una convenzione di arbitrato variano: alcuni Stati non consentono alle parti di disporre liberamente della dissoluzione del vincolo, ma solo della separazione e degli aspetti economici connessi; altri impediscono agli arbitri di conoscere di controversie sull'affidamento della prole e sulla regolamentazione del diritto di visita; altri ancora sono contrari alla quantificazione arbitrale dell'assegno di mantenimento per i figli⁶.

La complessità è maggiore se si tiene conto che la giurisprudenza locale segue schemi argomentativi ondivaghi: così, si passa dall'estremo della copertura costituzionale del diritto di gestire negoziatamente la custodia dei figli, come sostenuto dalla Corte Suprema del New Jersey⁷, a quello opposto, affermato in California e Ohio, per cui i lodi arbitrali tra i genitori sono del tutto inopponibili ai figli⁸. Abbastanza diffusa, poi,

luglio-4 agosto 2000, <https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-2?CommunityKey=a0ad71d6-085f-4648-857a-e9e893ae2736&tab=librarydocuments>. Si veda l'analisi svolta da **B.E. MEYERSON**, *The Revised Uniform Arbitration Act: 20 Years Later*, in *Dispute Resolution Journal*, vol. LXVI, n. 1 del 2022, pp. 1-52.

⁶ Per l'indicazione delle specificità di ciascuno Stato federale, rinvio alla trattazione di **G.K. WALKER**, *Family Law Arbitration: Legislation and Trends*, in *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, vol. XXI, n. 2 del 2008, pp. 521-652 (in particolare, pp. 589-643), e a quella, più recente, di **M. ABBAMONTE**, "Arbitrate more and litigate less". I "family law arbitrations" nei sistemi giuridici di "common law": riflessioni "de iure condendo", in **AA. VV.**, *Diritto e giustizia nelle relazioni familiari. Problemi e prospettive*, a cura di F. ALICINO, M. ABBAMONTE, Giuffrè, Milano, 2024, pp. 37-119 (l'esposizione della disciplina statunitense è a pp. 50-62). Sull'esperienza del North Carolina, che fu precursore nel 1999 di una legislazione speciale in materia di arbitrati familiari con il *North Carolina Family Law Arbitration Act*, cfr. **L.P. BURLESON**, *Family Law Arbitration: Third Party Alternative Dispute Resolution*, in *Campbell Law Review*, vol. XXX, n. 2 del 2008, pp. 297-341.

⁷ La Corte Suprema del New Jersey ha affermato questo principio di diritto nel caso *Fawzy v. Fawzy*, 1° luglio 2009, n. A-38/39-08, [199 N.J. 456 (N.J. 2009)], <https://casetext.com/case/fawzy-v-fawzy-2>, in cui si legge: "the constitutionally protected right to parental autonomy includes the right to submit any family controversy, including one regarding child custody and parenting time, to a decision maker chosen by the parents".

⁸ Per la California, il *leading case* in materia è quello deciso dalla Corte d'Appello del Sesto Ciruito, *In re Marriage of Bereznak*, 24 luglio 2003, n. H025176, [110 Cal.App.4th



in virtù della dottrina del *parens patriae*⁹, è la tendenza a effettuare uno scrutinio penetrante sui lodi arbitrali familiari in occasione della loro conferma, al fine di scongiurare soluzioni pattizie in contrasto con l'interesse prevalente del minore¹⁰.

Per far fronte alla 'varietà', che incide negativamente su situazioni a elevata conflittualità, vi sono stati due tentativi di ridurre i divari legislativi e giurisprudenziali, in modo speculare al RUAA. Si segnalano le iniziative dell'*Academy of Matrimonial Lawyers*, che nel 2005 ha

1062 (Cal. Ct. App. 2003)], <https://casetext.com/case/in-re-marriage-of-bereznak>. Per il collegio giudicante: «It is true that parties may settle their disputes over child support by agreement. This state has a "strong policy favoring settlement of litigation" over family law disputes. [...] Nor was there anything unlawful about the parties' mutual decision to allow a third party to help them settle future disputes. But such agreements, to the extent that they purport to restrict the court's jurisdiction over child support, are void as against public policy. [...] Thus, these agreements are not binding on the children or the court, and the court retains jurisdiction to set child support irrespective of the parents' agreement». Più di recente, la Corte d'Appello californiana del Secondo Distretto, *G.G. v. B.E.*, 12 luglio 2023, n. B312668, <https://casetext.com/case/gg-v-be>, ha confermato l'orientamento. Con riguardo all'Ohio, si veda la pronuncia della Corte Suprema statale, nel caso *Kelm v. Kelm*, 5 luglio 2001, n. 00-1168, [92 Ohio St. 3d 223 (Ohio 2001)], <https://casetext.com/case/kelm-v-kelm-4>, in cui si stabilisce: "With respect to matters of custody and visitation, the central focus is not [...] the rights of the parents but is, rather, the best interests of the children. [...] The duty owed by the courts to children under the doctrine of *parens patriae* cannot be severed by agreement of the parties". Per approfondimenti rinvio, oltre al già citato **M. ABBAMONTE**, "Arbitrate more and litigate less", pp. 55-57, a **B. WOODFORD**, *Leave it to the Courts: Why Child Custody Arbitration is Improper*, in *Arbitration Law Review*, vol. XIV del 2023, pp. 1-16.

⁹ La dottrina del *parens patriae*, elaborata nell'ambito della *common law*, prevede che lo Stato si prenda cura dei propri cittadini incapaci di provvedere a se stessi. Per ciò che pertiene all'ambito familiare, le Corti invocano questo principio per disporre le misure volte a tutelare i figli pregiudicati da conflitti familiari o da negligenze genitoriali o altre forme di abusi. Cfr. **V. HAMILTON**, *Principles of U.S. Family Law*, in *Fordham Law Review*, vol. LXXV, n. 1 del 2006, pp. 31-73 (per quanto qui di interesse, pp. 42-44).

¹⁰ Cfr. **J.F. KESSLER, A.R. KORITZINSKY, S.W. SCHLISSEL**, *Why Arbitrate Family Law Matters?*, in *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, vol. XIV, n. 2 del 1997, pp. 333-351, nonché **B.E. WILSON**, *Who's Watching out for the Children - Making Child Custody Determinable by Binding Arbitration - Dick v. Dick*, in *Journal of Dispute Resolution*, n. 1 del 1996, pp. 225-235. Nell'ultimo articolo citato, l'A. contesta la decisione della Court of Appeals del Michigan nel caso *Dick v. Dick*, 12 maggio 1995, nn. 163351, 164374, 167468, [210 Mich. App. 576 (Mich. Ct. App. 1995)], <https://casetext.com/case/dick-v-dick-13>, che aveva stabilito che l'arbitrato sulla custodia dei figli fosse vincolante ai sensi dell'UAA recepito nella legislazione dello Stato nel 1963, di modo che la revisione giudiziale era ammissibile solo per i vizi di forma e di procedimento. Infatti, per la Corte, "the language of the arbitration statute is broad and seemingly all inclusive. It permits all persons to submit any controversy to arbitration upon their agreement. It does not specifically exempt any civil action from binding arbitration. Thus, balancing the Court's instructions to the lower courts regarding custody determinations with the arbitration statute's more recent and broad language, custody disputes are not exempted from arbitration". Al contrario, l'A. mette in guardia da prevedibili rischi di mancato o insufficiente ascolto del minore, che si vedrebbe pregiudicato da decisioni assunte senza adeguate garanzie di imparzialità del decidente, che è scelto dagli stessi litiganti.



proposto il *Model Family Law Arbitration Act*¹¹, e della *Uniform Law Commission*, che nel 2016 ha redatto l'*Uniform Family Law Arbitration Act*¹².

Sono progetti che si pongono l'obiettivo di elevare lo standard di garanzie, attraverso l'introduzione dell'annullamento del lodo per motivi di diritto e per lesione dell'interesse del figlio¹³, e l'esplicita menzione della modificabilità dell'assetto stabilito per fatti sopravvenuti¹⁴.

In aggiunta, l'*Uniform Family Law Arbitration Act* suggerisce di ridurre l'area delle materie che possono essere risolte tramite ADR, sottraendo alla disponibilità dei coniugi i diritti e i doveri nei confronti dei figli, la regolamentazione della tutela nei riguardi dei minori diversamente abili, la dichiarazione dell'invalidità o dello scioglimento del legame matrimoniale¹⁵.

Il fenomeno della predisposizione di ADR è trasversale e coinvolge direttamente organismi istituiti dalle comunità di fede più diffuse. La loro autorevolezza si basa, in particolare, sul fatto che le risoluzioni trovano un fondamento ultraterreno, in quanto le norme applicabili appartengono a un *corpus* religiosamente connotato, la cui origine è la divinità e il cui compimento è un imperativo giuridico ed etico-morale.

Nel tentare di trovare una sintesi tra i punti di forza e di debolezza del cosmo delle ADR religiose, dedicherò i prossimi paragrafi a ricostruire l'atteggiamento statunitense verso i lodi arbitrali emessi dai tribunali rabbinici e dagli organi giustiziali musulmani.

Essendo l'ebraismo e l'islam i gruppi con più forte attaccamento alle proprie radici e con più tenace volontà di difendere le proprie specificità, la loro presenza, in grado di suscitare interesse o preoccupazione, impone alle autorità di prendere posizione a favore o contro, aprendo scenari inediti e polimorfi nello studio delle relazioni che si strutturano nella società pluralista e multiculturale americana.

¹¹ AMERICAN ACADEMY OF MATRIMONIAL LAWYERS, *Model Family Law Arbitration Act*, 12 marzo 2005, <https://www.pollockbegg.com/wp-content/uploads/2020/11/Model-Family-Law-Arbitration-Act.pdf>.

¹² NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, *Uniform Family Law Arbitration Act*, 8-14 luglio 2016, <https://www.uniformlaws.org/viewdocument/enactment-kit-22?CommunityKey=ddf1c9b6-65c0-4d55-bfd7-15c2d1e6d4ed&tab=librarydocuments>.

¹³ Cfr. §123 (7) e (9) del *Model Family Law Arbitration Act*, e sez. 19 dell'*Uniform Family Law Arbitration Act*.

¹⁴ Si vedano §124A del *Model Family Law Arbitration Act*, e sez. 22 dell'*Uniform Family Law Arbitration Act*.

¹⁵ Cfr. sez. 3 lett. b) dell'*Uniform Family Law Arbitration Act*.



2 - *Pactum suprema lex esto? Il riconoscimento dei lodi arbitrali emessi dai tribunali rabbini in sede di divorzio*

Nell'ebraismo, si suole ricondurre il dovere di rivolgersi al giudice confessionale, ossia ai tribunali rabbini, al primo versetto del capitolo 21 del libro dell'Esodo - "Queste sono le norme che tu esporrai loro" -: si tratta delle parole con cui Dio ordina a Mosè di comunicare al popolo d'Israele i precetti della Legge.

Il pronome "loro", che indica i destinatari della rivelazione, è stato interpretato in chiave restrittiva, di modo che esclusivamente coloro ai quali è stata affidata la *Torah* hanno la potestà di giudicare tra i correligionari. La regola, più che un'antinomia tra leggi, pone una riserva di giurisdizione: il *Talmud*, nel fissarla, prescinde da qualsiasi valutazione di compatibilità del diritto applicabile alla controversia. Si legge nel trattato *Gittin*:

"Nel caso in cui troverai una corte di gentili [*agoriot*], anche se le loro leggi fossero come le leggi degli Israeliti, non devi mai ricorrere ad esse, come sta scritto: "Ora questi sono i precetti che tu porrà di fronte a loro". Da ciò si desume che uno può presentarsi in tribunale solo davanti a loro, cioè davanti a giudici ebrei, e non davanti a pagani"¹⁶.

Commentando il passo nel *Mishneh Torah*, il Maimonide scriveva:

"Quando una persona ottiene una sentenza emessa dai giudici gentili e dai loro tribunali, è considerata una persona malvagia. È come se disonorasse, bestemmiasse e alzasse la mano contro la *Torah* di Mosè, nostro maestro"¹⁷.

La sanzione comminata contro chi viola tale proibizione - ricorrendo al giudice statale, o non collaborando con il tribunale rabbino, o non ottemperando alle sue sentenze - è il *siruv*, l'esclusione del colpevole dalla vita comunitaria, al fine di indurlo al pentimento. La

¹⁶ *Talmud, Gittin*, 88b:10 (nel presente contributo ho tradotto i passi partendo dalla versione di riferimento bilingue ebraico-inglese *The William Davidson Edition*, liberamente accessibile sul sito web <https://www.sefaria.org/>). Cfr. **D.J. BLEICH**, *Litigation and Arbitration before Non-Jews*, in *Tradition: A Journal of Orthodox Jewish Thought*, vol. XXXIV, n. 3 del 2000, pp. 58-87; **G. FRIED**, *The Collision of Church and State: A Primer to Beth Din Arbitration and the New York Secular Courts*, in *Fordham Urban Law Journal*, vol. XXXI, n. 2 del 2004, pp. 633-655 (soprattutto, pp. 635-641); **Y. FEIT**, *The Prohibition Against Going to Secular Courts*, in *The Journal of Beit Din of America*, n. 1 del 2012, pp. 30-47; **R. SANTORO**, *Tribunali rabbini e "Alternative Dispute Resolution"* in **AA. VV.**, *Per una disciplina democratica della libertà di pensiero e di religione: metodi e contenuti*, a cura di M. PARISI, Arti Grafiche la Regione, Campobasso, 2014, pp. 197-211; **F. SORVILLO**, *ADR, valori ebraici e interfacce di traduzione tra universi di giustizia. Giudici, avvocati e uso interculturale degli strumenti processuali*, in *CALUMET - intercultural law and humanities review*, n. 14 del 2022, pp. 1-17 (in particolare, pp. 6-8); **P. PALUMBO, R. SANTORO, F. SORVILLO**, *Le Alternative Dispute Resolution tra ordinamenti civili e ordinamenti religiosi*, in *Diritto e Religioni*, vol. XXXIII, n. 1 del 2022, pp. 400-443 (in particolare, pp. 407-411).

¹⁷ **M. MAIMONIDE**, *Mishneh Torah, Sefer Shofetim*, 26:7 (la versione di riferimento è quella inglese, tradotta da E. TOUGER, Moznaim Publications, Jerusalem, 1986-2007, liberamente consultabile sul sito web <https://www.sefaria.org/>).



pena può avere diverse gradazioni, in base al gruppo di riferimento: si va dal mancato computo del soggetto nel quorum decisionale e liturgico alla perdita del godimento dei servizi religiosi e culturali, dalla menzione del reo in apposite liste pubbliche al divieto di accesso in sinagoga, dall'espulsione dei figli dalla scuola confessionale alla rottura dei rapporti economico-sociali¹⁸.

La corrente ortodossa, ferma nel mantenere integre le pratiche tradizionali, rivendica con forza la propria giurisdizione sulla soluzione delle controversie e offre una rete strutturata di *Beis Din* (letteralmente, 'case del giudizio'). Ogni *Beth Din* è formato da un numero variabile di giudici (*dayanim*), ordinariamente tre¹⁹; è ammessa la composizione monocratica, previo consenso delle parti²⁰.

La giustizia è amministrata applicando l'*halachà*²¹, salvo nei casi in cui il rapporto da cui deriva la lite sia regolato esclusivamente dal diritto secolare: in quest'ipotesi, il tribunale rabbinico compirà un preliminare scrutinio di non contrarietà del diritto dello Stato con la *Torah*. Ciò avviene in adesione al principio *dina de-malkhuta dina*, ovvero 'la legge della terra è legge', secondo cui obbedire alle leggi della nazione in cui si risiede è un dovere religioso, salvo che sia dimostrato che i precetti secolari contrastino insanabilmente con il diritto divino²².

L'uniformità della giurisprudenza ebraica negli Stati Uniti è garantita dal *Beth Din of America*, fondato a New York nel 1960 e riconosciuto come organo arbitrale, ai sensi del FAA, nel 1996. L'autorevolezza raggiunta dall'ente, affiliato al *Rabbinical Council of America* e alla *Orthodox Union*, si fonda sull'elevata competenza degli arbitri nella composizione degli interessi, sulla celerità, sul rigore della procedura adottata²³ e sugli standard di trasparenza e neutralità

¹⁸ Cfr. F.-X. LICARI, *An Introduction to Jewish Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 135-137, oltre a M.J. BROYDE, *Faith-Based Family Law Arbitration in Secular Democracies - Is the End Near?*, in AA. VV., *Faith in Law, Law in Faith. Reflecting and Building on the Work of John Witte, Jr.*, a cura di R. DOMINGO OSLE, G. S. HAUK, T. P. JACKSON, Brill, Leiden, Boston, 2024, pp. 590-614 (in particolare, p. 602).

¹⁹ Cfr. *Talmud, Sanhedrin*, 3a.

²⁰ Cfr. *ivi*, 5a, e J. CARO, *Shulchan Arukh, Choshen Mishpat*, 3:1-2 (la versione di riferimento è quella inglese, *Code of Hebrew Law*, tradotta da C.N. DENBURG, The Jurisprudence Press, Montreal, 1955, liberamente consultabile sul sito web <https://www.sefaria.org/>).

²¹ Cfr. R.L. STURMAN, *House of Judgement: Alternate Dispute Resolution in the Orthodox Jewish Community*, in *California Western Law Review*, vol. XXXVI, n. 2 del 2000, pp. 417-436.

²² Cfr. F.-X. LICARI, *An Introduction to Jewish Law*, cit., pp. 143-151, e S. GOLDBERG, "Dina de-malkhuta dina": la legge dello Stato è legge, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1 del 2009, pp. 35-48.

²³ Le norme procedurali adottate dal *Beth Din of America* per la materia familiare sono consultabili alla pagina web <https://bethdin.org/wp-content/uploads/2022/02/Standards-and-Guidelines-for-Divorce-Proceedings-at-the-Beth-Din-of-America.pdf>, mentre quelle seguite per la risoluzione delle altre cause sono pubblicate su https://bethdin.sfo3.digitalocean.spaces.com/2024/03/BDA125-RulesProcedures-2024-Bro_02.pdf.



assicurati²⁴, sia al momento della designazione del collegio, sia con pubblicazione periodica delle sentenze, diretta a permettere un controllo sulle motivazioni.

L'area di sua competenza è vastissima, perché copre materie di notevole importanza economica e imprenditoriale, tra cui spiccano le liquidazioni societarie, le operazioni creditizie, i trasferimenti immobiliari, la gestione delle risorse umane, i contratti tra operatori finanziari, le successioni, nonché, ovviamente, tematiche inerenti al diritto di famiglia.

In quest'ultimo settore, per tradizione, l'arbitrato è previsto negli accordi prematrimoniali, ma non è esclusa la stipulazione di convenzione successiva, pure a crisi consumata. Peraltro, la stipulazione di *prenuptial* o *postnuptial agreements* è consigliata sia dalla giustizia rabbinica, che si assicura la riserva di giurisdizione, sia dalle organizzazioni che si battono per i diritti delle donne ebree, affinché, mediante lo strumento contrattuale, costoro possano difendersi da eventuali abusi, soprattutto in sede di separazione e divorzio e di regolamentazione dei rapporti personali ed economici conseguenti²⁵.

Bisogna ricordare che nel mondo ebraico il divorzio, anche quando voluto da entrambi i coniugi, si configura sul piano sacrale sempre come un atto di ripudio unilaterale, concesso dal marito alla moglie, mediante il rilascio di un libello, detto *get*. L'elevata formalizzazione della pratica divorzile e l'infungibilità della dazione del *get* dall'uomo alla donna determina la proliferazione di vessazioni e ricatti da parte di mariti che, per 'liberare' la moglie dal vincolo, impongono dure condizioni, che incidono sia sui diritti genitoriali che sulle pretese patrimoniali²⁶.

Nel tentativo di rendere omogeneo il contenuto delle convenzioni, nel corso degli anni sono stati predisposti schemi di clausole generali, che tengono in conto, da un lato, lo scrupoloso rispetto per la *halachà* e, dall'altro, i valori di uguaglianza, centralità della posizione dei minori, libertà nell'espressione del consenso, solidarietà coniugale, per come codificati nelle legislazioni civili di ciascuno Stato²⁷.

²⁴ Cfr. M.J. BROYDE, *Jewish Law Courts in America: Lessons Offered to Sharia Courts by the Beth Din of America Precedent*, in *New York Law School Law Review*, vol. LVII, n. 2 del 2012-2013, pp. 287-311.

²⁵ Cfr. CENTER FOR WOMEN'S JUSTICE, *Halakhic Marriage Prenup*, su <https://www.cwj.org.il/en/568>, e ORGANIZATION FOR THE RESOLUTION OF AGUNOT, *FAQs about the Prenup*, su <https://www.getora.org/faqs-about-the-prenup>, JEWISH WOMEN INTERNATIONAL, *Get Smart*, su <https://www.jwi.org/get-smart>.

²⁶ Sulla procedura divorzile ebraica, sulla soggezione della moglie al volere del marito per ottenere lo scioglimento dell'unione sul piano rituale, sui limitati rimedi contro il marito che rifiuta illegittimamente di concedere il *get* e sulle conseguenze derivanti dalla generazione di figli da parte di *agunot* (ossia donne vincolate religiosamente al precedente coniuge), rinvio per brevità ad A.M. RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 140-180, e ad A. MADERA, *Lo scioglimento del matrimonio negli ordinamenti confessionali*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 179-228, e alla bibliografia ivi citata.

²⁷ Si vedano *The Beth Din of America Binding Arbitration Agreement*, pubblicato su



Prendendo come riferimento la *Standard Version of the Prenup* redatta dal *Beth Din of America*, si evidenzia una struttura ben definita, che ha per incipit la rinuncia a ogni azione presso i tribunali civili e il radicamento della giurisdizione sulle cause connesse alla crisi familiare in capo al tribunale rabbinico:

«Should a dispute arise between the parties, so that they do not live together as husband and wife, they agree to submit to binding arbitration before the Beth Din of America [...], which shall have exclusive jurisdiction to decide all issues relating to a “get” (Jewish divorce), the “ketubah” and “tena’im” (Jewish premarital agreements) entered into by the Husband-to-Be and the Wife-to-Be, any issues and obligations arising from or in connection with this Agreement [...] and any disputes relating to the enforceability, formation, conscientability, and validity of this Agreement [...] and the arbitrability of any disputes arising hereunder»²⁸.

Alla clausola introduttiva, di portata generale, fanno seguito due previsioni opzionali. La prima consente il deferimento al *beth din* delle questioni economiche tra i coniugi, risolte alla luce delle norme religiose, della consuetudine del luogo, dell'equità²⁹ e delle responsabilità di ciascun coniuge nel fallimento del matrimonio³⁰:

“The parties agree that the Beth Din of America is authorized to decide all monetary disputes (including division of property and maintenance) that may arise between them, and to utilize principles of equitable distribution in accordance with customary practice, as

https://www.jlaw.com/Forms/PNA_2003.pdf; **M. WILLIG**, *Postnuptial Agreement*, disponibile su <https://www.jlaw.com/Forms/postnuptial.html>; *Beth Din of America Binding Agreement. Standard Version of the Prenup*, su https://res.cloudinary.com/orthodox-union/image/upload/v1718092624/prenup/forms%202024/Standard_Prenup_Rev_March_2024_3.pdf; per i matrimoni celebrati nello Stato della California che, come si è detto, ha una legislazione più restrittiva a tutela dei figli, è stato previsto il *Beth Din of America Binding Agreement. California Version of the Prenup*, su https://res.cloudinary.com/orthodox-union/image/upload/v1718092623/prenup/forms%202024/California_Prenup_Rev_March_2024.pdf; se il patto è stipulato dopo le nozze, deve essere seguito come standard il *Beth Din of America Binding Agreement. Postnuptial Version*, su https://res.cloudinary.com/orthodox-union/image/upload/v1718092623/prenup/forms%202024/Postnup_Rev_March_2024.pdf. Infine, per coloro che volessero inserire clausole di diritto ebraico in accordi prematrimoniali civili, sono fornite apposite istruzioni, che possono essere consultate alla pagina web https://res.cloudinary.com/orthodox-union/image/upload/v1531912106/Theprenup.org/BDA_PG_1.0_Prenup_Civil_Provisions.pdf.

²⁸ *Standard Version of the Prenup*, cit., sez. 1.

²⁹ L'equità nel diritto ebraico è intesa come fattore interpretativo che dà flessibilità al sistema e che consente di “andare al di là della stretta osservanza della legge” (*lifnim mishurat hadin*), si vedano **J.A. DIAMOND**, *Talmudic Jurisprudence, Equity, and the Concept of Lifnim Meshurat Hadin*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. XVII, n. 3 del 1979, pp. 616-631; **S. FERRARI**, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, il Mulino, Bologna, 2002, pp. 114-115; **C. JACHTER**, *Gray Matter. Discourses in Contemporary Halachah*, vol. II, Yashar Books, Brooklyn, 2006, pp. 157-163; **I.E. KORNFELD**, *Equity in American and Jewish Law*, in *Touro Law Review*, vol. XXXVI, n. 1 del 2020, pp. 111-148 (soprattutto, pp. 139-141).

³⁰ Cfr. *Standard Version of the Prenup*, cit., sez. 2C.



the Beth Din deems appropriate according to principles of Jewish law, equity and local custom”³¹.

La seconda permette l’arbitrato intorno all’esercizio della responsabilità genitoriale sui figli, alla quantificazione dell’assegno di mantenimento in loro favore, alla regolamentazione del diritto di visita:

“The parties agree that the Beth Din of America is authorized to decide all disputes, including child custody, child support, and visitation matters”³²

Oltre a poter sollecitare l’applicazione della già menzionata pena del *siruv*, la moglie ha a propria disposizione un rimedio contrattuale dotato di efficacia per l’ordinamento secolare: dalla cessazione della coabitazione fino alla dissoluzione rituale del matrimonio, il marito si impegna a versare alla moglie una somma fissa giornaliera di importo pari a centocinquanta dollari, a titolo di mantenimento, senza che rilevino gli eventuali mutamenti di *status* civilistico, né le variazioni di reddito della donna. Inoltre, egli rinuncia preventivamente ai propri diritti ‘halachici’ sugli introiti della controparte. Tuttavia, la donna rischia la perdita del sussidio qualora non rispetti le indicazioni fornite dal tribunale rabbinico per chiudere la disputa³³. È un’arma a doppio taglio che, se da un lato è una misura coercitiva per ottenere la rottura dell’unione mediante il rilascio del *get*, dall’altro affida alla giurisdizione confessionale l’ultima parola sull’effettività della tutela.

In altre parole, le norme culturali, che di per sé non hanno alcun tipo di rilievo nell’ordinamento separatista, una volta consacrate in un contratto, acquistano forza vincolante secolare; sebbene ciò possa apparire un *maquillage* giuridico, le corti statunitensi hanno appoggiato l’operazione, giudicata conforme al Primo Emendamento.

Il *legal reasoning* seguito è reso evidente dalla sentenza, emessa nel marzo 2020 dalla *Supreme Court* della Contea di New York nel caso *Esther L. v. Chaim L.*³⁴, di conferma di un lodo arbitrale pronunciato dal *Beth Din of America*.

Ester L. e Chaim L. si erano sposati nel settembre del 2003 e, un mese prima, avevano concluso un accordo prematrimoniale, che affidava al tribunale rabbinico ogni conflitto correlato allo scioglimento dell’unione. Nel 2016, la moglie aveva iniziato le pratiche per il divorzio e, contestualmente, aveva ottenuto dal giudice statale un ordine nei confronti del marito, affinché si presentasse innanzi al *beth din* per discutere la causa, nei termini della convenzione. Con ordinanza del giugno 2018, i rabbini avevano ingiunto al marito di concedere il *get*, rinviando a un momento successivo la definizione delle pendenze patrimoniali. La decisione finale era assunta a seguito dell’udienza del

³¹ *Standard Version of the Prenup*, cit., sez. 2A.

³² *Standard Version of the Prenup*, cit., sez. 2B.

³³ *Standard Version of the Prenup*, cit., *ivi*, sez. 3.

³⁴ Cfr. Supreme Court, New York County, *Esther L. v. Chaim L.*, 4 marzo 2020, [66 Misc. 3d 1229 (N.Y. Sup. Ct. 2020)], <https://casetext.com/case/esther-l-v-chaim-l>. Nonostante la denominazione, le *Supreme Courts* sono i tribunali di prima istanza dello Stato.



novembre dello stesso anno: i *dayanim* osservavano che il marito non aveva dato il libello di ripudio intimatogli e lo condannavano a pagare una somma giornaliera a titolo di mantenimento³⁵ fino alla dazione del *get*, retrodatando il *dies a quo* della sussistenza dell'obbligazione all'interruzione della coabitazione. Inoltre, fissavano la scadenza per l'adempimento spontaneo all'8 aprile 2019, dopodiché la comunità avrebbe rotto ogni rapporto con il marito recalcitrante e la donna avrebbe avuto il diritto di percorrere le vie legali civili per far valere le proprie ragioni. Nella perdurante inerzia del marito, Esther L. ricorreva alla *Supreme Court* newyorkese per l'omologazione del lodo, ai sensi del §7510 del *New York Civil Practice Law and Rules Law*³⁶.

Nell'accogliere la domanda, il giudice rilevava che la legislazione statale limitava la revisione degli arbitrati ai motivi tassativamente indicati, sovrappponibili a quelli enumerati dal FAA e dal RUAA. Non solo, citando il precedente *Avitzur v. Avitzur* del 1983³⁷, metteva in luce come l'obbligo di comparire davanti a un *beth din* non fosse dedotto in un atto liturgico, bensì in un contratto, frutto dell'incontro della libera volontà delle parti, formato secondo il diritto civile e, di conseguenza, da valutare in maniera del tutto neutrale.

Pertanto, erano dichiarati esecutivi soltanto i punti che fossero diretti a uno scopo secolare: tali erano l'affermazione del dovere di cooperare con il collegio arbitrale, la quantificazione dei ristori, la divisione dei beni coniugali, la liquidazione del mantenimento e la comminazione di *astreintes* e penalità per il ritardo nell'ottemperanza. Al contrario, le disposizioni sull'allontanamento dell'uomo dalla comunità erano confinate alla pura sfera confessionale, sulla quale lo Stato non aveva alcuna competenza³⁸.

A riprova dell'assunto che l'attenzione della giurisprudenza newyorkese è rivolta al 'contenitore' più che al 'contenuto', la *Supreme Court* della Contea di Nassau aveva rigettato pochi mesi prima di *Ester L. v. Chaim L.* la pretesa speculare di un ebreo ortodosso che, desiderando perfezionare la cerimonia del *get* per un imperativo della coscienza, chiedeva di costringere la moglie a collaborare col *Beth Din*³⁹.

A.W. e I.N. si erano sposati civilmente nel 2002 e si erano separati nel 2017. Le vertenze sui diritti genitoriali erano state risolte

³⁵ La somma era determinata con la rivalutazione dei centocinquanta dollari previsti nella sez. 3 del già citato *Standard Version of the Prenup*.

³⁶ Che nella versione allora vigente era così formulato "§ 7510. Confirmation of award. The court shall confirm an award upon application of a party made within one year after its delivery to him, unless the award is vacated or modified upon a ground specified in section 7511".

³⁷ Court of Appeals of the State of New York, *Avitzur v. Avitzur*, 15 febbraio 1983, [58 N.Y.2d 108 (N.Y. 1983)], <https://casetext.com/case/avitzur-v-avitzur-1>. Per un commento, cfr. E.R. LIEBERMAN, *Avitzur v. Avitzur: The Constitutional Implications of Judicially Enforcing Religious Agreements*, in *Catholic University Law Review*, vol. XXXIII, n. 1 del 1983, pp. 219-243.

³⁸ Cfr. Supreme Court, New York County, *Esther L. v. Chaim L.*, cit.

³⁹ Cfr. Supreme Court, Nassau County, *A.W. v. I.N.*, 2 gennaio 2020, [66 Misc. 3d 742 (N.Y. Sup. Ct. 2020)], <https://casetext.com/case/aw-v-in-4>.



amichevolemente nel 2018, ma restavano aperte le questioni economiche, chiuse in via transattiva nel maggio 2019.

L'ultimo passaggio era il divorzio vero e proprio, il cui giudizio era avviato dalla moglie: il marito aveva dato mandato al proprio legale di negoziare l'inserimento, nella proposta conciliativa da omologare, di una previsione che obbligasse I.N. a cooperare con il tribunale rabbinico nelle formalità connesse alla dazione del ripudio rituale. La donna replicava di non volere partecipare a nessuna cerimonia, perché il matrimonio era stato celebrato solo civilmente e non esisteva nessun legame per il diritto ebraico.

Perciò, A.W., ritenendosi impossibilitato a risposarsi in modo conforme al credo professato, adiva la Corte ai sensi del §3 della sez. 253 del *New York Domestic Relations Law* (DRL), che impedisce la pronuncia del divorzio se chi richiede la dissoluzione del vincolo non abbia giurato, per quanto è a sua conoscenza, di avere rimosso tutte le barriere che ostacolano la libertà della controparte di risposarsi⁴⁰. In particolare, faceva istanza di sospensione dell'esecuzione dei trasferimenti finanziari in attesa della consegna del *get*.

La convenuta, che aveva anteriormente prestato il prescritto giuramento, metteva in dubbio la circostanza che l'uomo fosse un ebreo praticante, poiché non rispettava né il riposo sabbatico né le altre festività, e sosteneva che la mancata accettazione del *get* non avrebbe comunque vietato all'uomo di risposarsi, visto che l'*halachà* poneva limitazioni al *ius connubii* della sola donna.

La domanda di A.W. era rigettata in virtù del Primo Emendamento e della stessa disposizione invocata: il §9 della sez. 253 del DRL inibisce, infatti, accertamenti sulla veridicità della dichiarazione giurata qualora essa sia connessa a pratiche di fede. Oggetto del giuramento, poi, era esclusivamente la consapevolezza dell'esistenza di barriere al diritto di contrarre un nuovo matrimonio, non la correttezza o erroneità dell'affermazione.

I.N. aveva ampiamente esposto che, secondo lei, non sussisteva alcuna restrizione al nuovo matrimonio di A.W. e tanto bastava per ritenere assolta la condizione posta dal *New York Domestic Relations Law*:

"The Wife asserts that because she was married in a civil ceremony her refusal to accept a GET is not a barrier to the Husband's

⁴⁰ "No final judgment of annulment or divorce shall thereafter be entered unless the plaintiff shall have filed and served a sworn statement: (i) that, to the best of his or her knowledge, he or she has, prior to the entry of such final judgment, taken all steps solely within his or her power to remove all barriers to the defendant's remarriage following the annulment or divorce; or (ii) that the defendant has waived in writing the requirements of this subdivision". Sui tentativi dello Stato di New York di risolvere il problema delle *agunot* e, più in generale, dei matrimoni sciolti secondo l'ordinamento civile, ma ancora sussistenti sul piano confessionale, cfr. **A. MADERA**, *Lo scioglimento del matrimonio religiosamente caratterizzato fra tecniche di accomodamento e giurisdizione statale esclusiva*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 111-126, nonché **M.J. BROYDE**, *The 1992 New York Get Law, in Tradition. A Journal of Orthodox Jewish Thought*, vol. XXIX, n. 4 del 1995, pp. 5-13.



remarriage, either religious or otherwise. Because the Wife maintains that she is in compliance with DRL §253, the Court cannot grant the Husband the relief he seeks. [...] Here, the Court may not inquire beyond the Wife's sworn statement that she has, to the best of her knowledge, removed all barriers to the Husband's remarriage as same would constitute an impermissible decision on a religious issue”⁴¹.

Diversamente sarebbe stato se la donna avesse ammesso che il proprio rifiuto costituiva una barriera e fosse rimasta sulle sue posizioni: in tal caso, il giudicante avrebbe avuto la prova diretta della falsità del giuramento e avrebbe proceduto con le opportune misure compulsive o sanzionatorie⁴².

A rafforzare la motivazione, il tribunale rifletteva che l'unica opportunità per far valere la disciplina religiosa sarebbe stata dedurla in un contratto:

“Courts have resolved issues of religion by relying upon secular and neutral principles of law, primarily in the context of contract law. [...] Where there is a contractual agreement to cooperate with a religious divorce, Courts have routinely enforced the agreement by imposing financial sanctions and/or withholding economic relief in the event of a party’s non-cooperation with same”⁴³.

Nella fattispecie esaminata mancava qualsiasi tipo di convenzione che prevedesse un obbligo confessionale, pertanto, non era immaginabile alcuna interferenza secolare in atti che dovevano rimanere nella sfera di disponibilità del singolo.

Nel salvaguardare l'autonomia contrattuale, la giurisprudenza si è spinta fino a consentire che un patto abbia a oggetto il compimento di atti di natura cultuale, considerati nella loro essenza materiale e senza alcuna implicazione di carattere soprannaturale. È come se il giudice americano astraesse il comportamento o la serie di comportamenti dal loro contesto e significato: se la parte si è obbligata a un *facere*, poco o nulla importa che questo sia un rito, prima di tutto è una prestazione⁴⁴.

⁴¹ Cfr. Supreme Court, Nassau County, *A.W. v. I.N.*, cit.

⁴² La sentenza richiama il precedente della Appellate Division of the Supreme Court of New York, Second Department, *Kaplinsky v. Kaplinsky*, 1° novembre 1993, [198 A.D.2d 212 (N.Y. App. Div. 1993)], <https://casetext.com/case/kaplinsky-v-kaplinsky>, che confermava la decisione della Supreme Court della Contea di Kings di condannare Michael Kaplinsky per oltraggio alla corte poiché non aveva consegnato il *get* alla moglie, nonostante avesse manifestato in pubblica udienza la volontà di rimuovere ogni ostacolo al diritto di risposarsi della donna.

⁴³ Cfr. Supreme Court, Nassau County, *A.W. v. I.N.*, cit.

⁴⁴ Ciò è evidente se si leggono le motivazioni della Corte d'Appello del Quinto Distretto del Texas, nella controversia *Mishler v. Mishler*, 30 giugno 2022, n. 05-21-00067-CV, <https://casetext.com/case/mishler-v-mishler-9>. La vicenda era sovrapponibile alla vicenda *A.W. v. I.N.*, con la differenza che la moglie si era contrattualmente vincolata a partecipare alla cerimonia di consegna del *get*. Sinché ella non fosse comparsa davanti al *beth din*, non avrebbe avuto indietro i propri beni. L'appellante eccepiva che l'aver condizionato la restituzione delle proprie cose a una pratica religiosa fosse contrario al Primo Emendamento. La Corte rigettava il motivo sostenendo che: “The order did not



La dottrina dell'applicazione dei *neutral principles of law* ha fatto sì che l'esperienza giuridico-sacrale sia riletta in chiave assolutamente secolare, col rischio di giungere ad arbitrarie interpretazioni⁴⁵: non essendo ammissibile uno scrutinio sulla regolamentazione religiosa, tutto si risolve nella traduzione induttiva delle categorie proprie del culto nel linguaggio del diritto dello Stato, senza ponderare gli effetti che si producono sulla sfera personale delle parti in causa, né della coerenza sistematica degli orientamenti che si sono stratificati⁴⁶.

3 - I tentativi di limitare la rilevanza civile del diritto familiare musulmano

Mentre le giurisdizioni ebraiche godono negli Stati Uniti di ragguardevole prestigio, tanto da aver fatto da apripista nel campo delle *religious ADR*, il mondo islamico appare frammentato e disorganizzato⁴⁷.

Più che veri e propri tribunali, i centri islamici e le moschee si preoccupano di fornire assistenza sociale e supporto conciliativo per

require appellant to engage in any religious practices; instead, it reiterated what the parties had agreed to", lasciando intendere che il focus era il sinallagma contrattuale e non la natura delle prestazioni.

⁴⁵ Ad esempio, vi sono stati pronunciamenti che, sulla base del Primo Emendamento, hanno negato esecutività alla *ketubah*, ossia il 'contratto liturgico', letto pubblicamente durante le nozze, con il quale sono enunciati i diritti e i doveri dei coniugi per la legge ebraica. Per la Corte d'Appello del Secondo Distretto dell'Illinois, *In Re Marriage of Katsap*, 2 agosto 2022, n. 2-21-076, [2022 Ill. App. 2d 210706 (Ill. App. Ct. 2022)], <https://casetext.com/case/in-re-marriage-of-katsap>, la *ketubah* non doveva essere dichiarata esecutiva per i seguenti motivi: era scritta in ebraico e non in inglese; l'assetto di interessi economici espresso nel documento era ritenuto squilibrato; la formulazione delle clausole non lasciava trasparire un'effettiva ponderazione della scelta di vincolarsi da parte del marito. La Corte Suprema del Connecticut, *Tilsen v. Benson*, 5 settembre 2023, n. SC20664, [347 Conn. 758 (Conn. 2023)], <https://casetext.com/case/tilsen-v-benson-2>, si è spinta ad affermare che, quando le parti divergono intorno all'interpretazione delle clausole della *ketubah*, non sarebbe consentito il suo riconoscimento civile. Infatti, alla luce della *Establishment Clause*, è precluso un intervento del giudice statale nei dissidi tra scuole rabbiniche. Infine, la Corte d'Appello del Dodicesimo Distretto dell'Ohio, *S.E. v. Edelstein*, 25 marzo 2024, n. CA2023-08-064, [2024 Ohio 1090 (Ohio Ct. App. 2024)], <https://casetext.com/case/se-v-edelstein>, ha ritenuto che la *ketubah* non potesse ricevere esecuzione forzata perché, sul piano dei rapporti economici, rimandava ai precetti della legge mosaica. Cfr. **A.M. RABELLO**, *Introduzione al diritto ebraico*, cit., pp. 140-180 **M.J. BROYDE, J. REISS**, *The Value and Significance of the Ketubah*, in *Journal of Halacha and Contemporary Society*, vol. XLVII del 2004, pp. 101-124.

⁴⁶ Cfr. **A. MADERA**, *Lo scioglimento del matrimonio religiosamente caratterizzato*, cit., pp. 76-78; **S. SILVERMAN**, *Before the Godly: Religious Arbitration and the U.S. Legal System*, in *Drake Law Review*, vol. LXV, n. 3 del 2017, pp. 719-769 (soprattutto, pp. 737-746); **B. HUTLER**, *Religious Arbitration and the Establishment Clause*, in *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, vol. XXXIII, n. 3 del 2018, pp. 337-372 (in particolare, pp. 365-371).

⁴⁷ Cfr. **R.S. SHIPPEE**, "Blessed are the Peacemakers". *Faith-based Approaches to Dispute Resolution*, in *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. IX, n. 1 del 2002, pp. 237-255 (in particolare, pp. 245-248); **E. VOLOKH**, *Religious Law (Especially Islamic Law) in American Courts*, in *Oklahoma Law Review*, vol. LXVI, n. 3 del 2014, pp. 431-458; **M.J. BROYDE**, *Sharia Tribunals, Rabbinical Courts, and Christian Panels: Religious Arbitration in*



regolarizzare i rapporti personali secondo la *Sharia*. Le materie su cui si cimentano sono la redazione di accordi prematrimoniali, l'appianamento dei conflitti tra coniugi o tra genitori e figli, le procedure di divorzio e di ripudio, l'eredità, ma si registra un'attenzione crescente per il mondo del lavoro e dell'impresa. Tra gli organismi più significativi sono da segnalare lo *Sharia Board of America*, con sede a Chicago⁴⁸, l'*Islamic Sharia Council* di Stockton, in California⁴⁹, lo *Sharia Board of New York*⁵⁰, con sede a Woodside, e l'*Islamic Tribunal* di Dallas⁵¹, in Texas.

Il filo rosso della loro azione è consentire ai propri fedeli di vivere in una terra non musulmana senza perdere di vista i valori essenziali espressi nel Corano e nella Sunna: le ADR, che pure sono organizzate, dunque, non sono la priorità, ma soltanto un ramo del variegato ventaglio di servizi a sostegno dell'identità etnica.

Prevedibilmente, la reazione a simili iniziative, che hanno per destinatari specialmente immigrati, è di sospetto, se non addirittura di aperta avversione. Il rischio di radicalizzazione, sempre in agguato nel delicato momento dell'integrazione, è stato amplificato nella percezione della classe politica e dell'elettorato, fino a divenire la giustificazione per sviluppare un vero e proprio ostracismo.

Di conseguenza, facendo leva sul pericolo della dissoluzione della cultura americana o sulla carenza di tutela dei diritti dei soggetti vulnerabili⁵², sono stati portati avanti progetti di riforma, diretti a paralizzare l'ingresso della *Sharia* tra le fonti normative⁵³.

America and the West, Oxford University Press, New York, 2017, pp. 186-198; **R. BENHALIM**, *The Case for American Muslim Arbitration*, in *Wisconsin Law Review*, n. 3 del 2019, pp. 531-591; **A. AWAD, L.A. BAMBACH**, *Proposal for a Muslim American Alternate Dispute Resolution and Mediation Center Combating Global Islamophobia*, in *Canopy Forum*, 7 aprile 2022, <https://canopyforum.org/2022/04/07/proposal-for-a-muslim-american-alternate-dispute-resolution-and-mediation-center>; **M.F. CAVALCANTI**, *Giurisdizioni alternative e "legal pluralism": le minoranze islamiche negli ordinamenti costituzionali occidentali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 256-263.

⁴⁸ La cui *mission*, dichiarata sul sito web ufficiale (<https://shariahboard.org/about-us/>), è "to offer clear, accessible, and authentic Islamic legal opinions (fatwas) that help individuals and communities navigate their daily lives in harmony with Islamic values".

⁴⁹ Il motto in apertura del sito (<https://www.iscca.org/>) richiama proprio la centralità della famiglia: "Resolving Lives Through The Light Of Islamic Family Law".

⁵⁰ Sulla pagina web dell'ente (https://sbny.org/page_about-us-history) si mette in luce come tra i suoi servizi vi sia la riconciliazione familiare e l'arbitrato in ambito economico, oltre alla soluzione di dilemmi religiosi e liturgici.

⁵¹ Esso si qualifica un ente non-profit che provvede a comporre i conflitti tra musulmani americani attraverso il ricorso alla mediazione e alla negoziazione non vincolante, gestite in base ai principi della *Sharia* (<https://www.islamictribunal.org/about-it/>).

⁵² Cfr. **E.-J.K. KIM**, *Islamic Law in American Courts: Good, Bad, and Unsustainable Uses*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, vol. XXVIII, n. 1 del 2014, pp. 287-307, nonché **E. SISSON**, *The Future of Sharia Law in American Arbitration*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. XLVIII, n. 3 del 2015, pp. 891-920.

⁵³ L'attualità della questione è evidente se si tiene presente che Chip Roy, membro repubblicano della Camera dei Rappresentanti, proveniente dal Texas, ha espresso durante la seduta del 7 maggio 2024 la viva preoccupazione che la *Sharia* venga imposta



Naturalmente, gli Stati Uniti non riconoscono autonoma vigenza del diritto islamico, bensì ne permettono l'attuazione o tramite la delibazione di pronunce straniere, provenienti da Paesi in cui la *Sharia* ha valore legale, o mediante l'omologazione di accordi o di lodi che, come già visto in ambito ebraico, si basano sulla norma confessionale islamica liberamente scelta.

Nelle intenzioni dei promotori, i *bans on Sharia law* si porrebbero quali limiti espressi a tutte le forme di riconoscimento civile del diritto islamico, considerato in se stesso e nella sua interezza incompatibile con la società democratica americana⁵⁴.

Notevole per la portata generale e per il rilievo sovralegale dell'atto era l'emendamento alla Costituzione dell'Oklahoma, iconicamente denominato *Save Our State Amendment*, deliberato dalle Camere dello Stato e sottoposto a conferma referendaria nel novembre 2010. Il testo della modifica era:

"The Courts [...] shall uphold and adhere to the law as provided in the United States Constitution, the Oklahoma Constitution, the United States Code, federal regulations promulgated pursuant thereto, established common law, the Oklahoma Statutes and rules promulgated pursuant thereto, and if necessary the law of another state of the United States provided the law of the other state does not include Sharia Law, in making judicial decisions. The courts shall not look to the legal precepts of other nations or cultures. Specifically, the courts shall not consider international law or Sharia Law"⁵⁵.

al popolo americano, a causa dei flussi di migranti musulmani, che potrebbero formare una massa critica in grado di orientare la politica americana e distruggere l'identità del popolo statunitense. Cfr. **C. NASH**, 'Is Anybody Paying Attention?!" Chip Roy Says He's Concerned 'Sharia Law' Will Be 'Forced Upon the American People', in *Mediaite+*, 7 maggio 2024, <https://www.mediaite.com/politics/is-anybody-paying-attention-chip-roy-says-hes-concerned-sharia-law-will-be-forced-upon-the-american-people/>.

⁵⁴ Per una panoramica sulle iniziative di contrasto alla *Sharia* negli Usa, rinvio a **S.A. KHAN**, *Sharia Law, Islamophobia and the U.S. Constitution: New Tectonic Plates of the Culture Wars*, in *University of Maryland Law Journal of Race Religion Gender and Class*, vol. XII, n. 1 del 2012, pp. 123-139; **C.A. PEDRIOLI**, *Constructing the Other: U.S. Muslims, Anti-Sharia Law, and the Constitutional Consequences of Volatile Intercultural Rhetoric*, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. XXII, n. 1 del 2012, pp. 65-108; **F. PATEL, M. DUSS, A. TOH**, *Foreign Law Bans Legal Uncertainties and Practical Problems*, in www.americanprogress.org, maggio 2013, pp. 1-7; **A. MADERA**, *Forme di pluralismo nel settore matrimoniale: le nuove sfide delle "overlapping jurisdictions"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 31 del 2017, pp. 1-37 (soprattutto, pp. 16-18); **W. SMILEY**, *The Other Muslim Bans. State Legislation Against "Islamic Law"*, in *Journal of Islamic Law*, vol. I, n. 1 del 2020, pp. 9-38; **I. CANAAN**, *In Bad Faith: Anti-Sharia Laws, the Constitution, and the Limits of Religious Freedom*, in *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*, vol. XXI, n. 2 del 2021, pp. 248-291 (in particolare, pp. 266-281). **M.F. CAVALCANTI**, *Giurisdizioni alternative*, cit., pp. 263-272. Di interesse è la ricerca, a cura di E. ELSHEIKH, B. SISEMORE, *Anti-Muslim Legislation Map*, dell'Othering and Belonging Institute dell'University of California Barkeley, pubblicata nel 2018 su <https://belonging.berkeley.edu/islamophobia/anti-muslim-legislation-map>.

⁵⁵ Il testo definitivo della *Joint Resolution*, diretta al Segretario di Stato dell'Oklahoma



Con una maggioranza del 70% dei suffragi, fu approvata la proposta; nel frattempo, il direttore della sezione nazionale del *Council on American-Islamic Relations*, Muneer Awad, chiedeva alla Corte distrettuale federale un'ingiunzione per frenare l'entrata in vigore dell'emendamento; la domanda cautelare fu accolta sia in primo⁵⁶, che in secondo grado⁵⁷.

Il ricorrente allegava di subire un pregiudizio concreto e imminente, perché l'emendamento costituzionale avrebbe impedito l'esecuzione del testamento da lui redatto conformemente alla *Sharia* e, in generale, avrebbe compreso i diritti esercitabili dai musulmani di fronte alla giustizia dello Stato.

Nella motivazione, la Corte d'Appello del Decimo Circuito adottava il *Larson test*, ovvero lo standard più elevato nelle ipotesi di contrasto con il Primo Emendamento⁵⁸. La ragione della scelta era che la disposizione censurata, già a un esame sommario, stabiliva un trattamento deteriore per una specifica confessione. All'esito della verifica, il collegio riteneva che il governo resistente non avesse assolto all'onere di dimostrare il preminente interesse pubblico a sostegno

per gli adempimenti connessi al referendum, è Oklahoma State Legislature, *HJR1056-Final Version*, 25 maggio 2010, http://webserver1.lsb.state.ok.us/cf_pdf/2009-10%20ENR/hres/HJR1056%20ENR.PDF.

⁵⁶ Si veda U.S. District Court, Western District, Oklahoma, *Awad v. Ziriax*, 29 novembre 2010, n. CIV-10-1186-M, [754 F. Supp. 2d 1298 (W.D. Okla. 2010)], <https://casetext.com/case/awad-v-ziriax-2>. Per il commento della pronuncia di primo grado, rinvio a **J.T. PARRY**, *Oklahoma's Save Our State Amendment: Two Issues for the Appeal*, in *Oklahoma Law Review*, vol. LXIV, n. 2 del 2012, pp. 161-169, e **ID.**, *Oklahoma's Save Our State Amendment and the Conflict of Laws*, in *Oklahoma Law Review*, vol. LXV, n. 1 del 2012, pp. 1-39.

⁵⁷ Si veda United States Court of Appeals, Tenth Circuit, *Awad v. Ziriax*, 10 gennaio 2012, n. 10-6273, [670 F.3d 1111 (10th Cir. 2012)], <https://casetext.com/case/awad-v-ziriax>. Per le considerazioni sull'impatto che la sentenza ha avuto nella riaffermazione della *Free Exercise Clause*, cfr. **J. BALLOU**, *Sooners vs. Shari'a: The Constitutional and Societal Problems Raised by the Oklahoma State Ban on Islamic Shari'a Law*, in *Minnesota Journal of Law & Inequality*, vol. XXX, n. 2 del 2012, pp. 309-338; **R. SHEEDER**, *Awad v. Ziriax: The Tenth Circuit's Defense against the Power of Religious Majority Factions*, in *Denver University Law Review*, vol. XC, n. 3 del 2013, pp. 801-823; **A. UDDIN**, *The First Amendment: Religious Freedom for All, Including Muslims*, in *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice*, vol. XX, n. 1 del 2013, pp. 73-81.

⁵⁸ Con l'espressione *Larson test* si indica la valutazione di conformità al Primo Emendamento, introdotta dalla Corte Suprema federale in *Larson v. Valente*, 21 aprile 1982, n. 80-1666, in *U.S. Reports*, 456, 1982, pp. 228-255. Cfr. **J. PATRICK-JUSTICE**, *Strict Scrutiny for Denominational Preferences: Larson in Retrospect*, in *City University of New York Law Review*, vol. VIII, n. 1 del 2005, pp. 53-121 (soprattutto, per l'analisi dei termini del test, pp. 87-107). Per una disamina dello *strict scrutiny*, delle sue varianti applicative e sulle sue ricadute, cfr. **G. D'ANGELO**, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 71-77; **C.C. WOLANEK**, **H.H. LIU**, *Applying Strict Scrutiny: An Empirical Analysis of Free Exercise Cases*, in *Montana Law Review*, vol. LXXVIII, n. 2 del 2017, pp. 275-312; **T. PAGOTTO**, *Il motto statunitense "In God We Trust" alla luce della storia e della tradizione del Primo emendamento*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 20 del 2022, pp. 1-37 (soprattutto, pp. 16-18) **S. H. BARCLAY**, *Strict Scrutiny, Religious Liberty, and the Common Good*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. XLVI, n. 3 del 2023, pp. 937-966.



dell'emendamento costituzionale e la rigorosa proporzionalità tra fine perseguito e mezzo utilizzato. Con riguardo al profilo del preminente interesse pubblico da salvaguardare, lo Stato convenuto non aveva allegato neppure un caso di recezione della *Sharia*, ma si era limitato a congettura. Per di più, il criterio della rigorosa proporzionalità era stato disatteso, giacché si vietava a tutte le magistrature non soltanto di applicare il diritto islamico, ma anche solo di prenderlo in considerazione.

Ora, pur essendo evidente la portata discriminatoria dell'emendamento, bisognerebbe riflettere su un nodo irrisolto. La stretta corrispondenza tra chiesto e pronunciato ha impedito che si tenesse in conto del fatto che la modifica costituzionale si dirigeva su diversi fronti: per un verso, nell'applicare il diritto di un altro Stato degli USA, le giurisdizioni dovevano accertarsi che esso non incorporasse la *Sharia*; per un altro, non potevano mai consentire l'ingresso del diritto di altre nazioni o culture.

Il controllo di costituzionalità sul secondo aspetto è stato del tutto omesso: v'è da dire che, in sede di conferma dell'ingiunzione, il governo soccombente aveva suggerito di fare salve le porzioni di emendamento che non enunciassero il diritto islamico, lasciando in piedi il divieto di *enforcement* delle disposizioni di altre nazioni o culture, ma il giudice aveva replicato che l'intervento manipolatorio su un quesito già approvato era contrario alla volontà degli elettori⁵⁹.

Quale sarebbe stato l'esito a fronte di una chiusura totale contro culture giuridiche 'altre'? Nella categoria 'cultura' sarebbe stata ricompresa la religione? E, se sì, quale sarebbe stato lo standard di costituzionalità? Senza volere qui procedere per congettura, noto soltanto che l'intervento, consapevolmente o inconsapevolmente, apre all'idea che la libertà religiosa postula, altresì, la facoltà di aderire a un *corpus* normativo che, per essere effettivo, necessita di un 'braccio secolare' che lo applichi, a determinate condizioni e in certi contesti.

Andando oltre, cercherò di rispondere all'interrogativo su cui si è giocato *Awad v. Ziriax*, cioè se l'amministrazione dell'Oklahoma avesse conoscenza di occasioni in cui la *Sharia* fosse stata introdotta tra le fonti normative secolari, e dei relativi esiti.

Da una consultazione delle banche dati della giurisprudenza dei vari Stati, emerge, soprattutto nel settore familiare, una tendenza dei musulmani a rivolgersi a *Sharia Courts* stabilite fuori dai confini americani, più che alle ADR gestite a livello nazionale⁶⁰.

⁵⁹ Si veda il ragionamento della U. S. District Court, Western District, Oklahoma, *Awad v. Ziriax*, 15 agosto 2013, n. 10-6273, [966 F. Supp. 2d 1198 (W.D. Okla. 2013)], <https://casetext.com/case/awad-v-ziriax-4>, chiamata a rendere definitiva l'ingiunzione preliminare concessa tre anni prima dalla Corte d'Appello del Decimo Distretto. In tale occasione, il giudicante ha sostenuto che ciò che viola la *Establishment Clause* è proprio il riferimento diretto alla *Sharia* come diritto assolutamente inammissibile nell'ordinamento statale.

⁶⁰ Vi sono coppie che si rivolgono alle *Sharia Courts* situate nei rispettivi Paesi d'origine, le quali presentano il vantaggio di fornire servizi conciliativi e arbitrali a



A ogni modo, tre recenti sentenze gettano luce sul rapporto travagliato tra la dottrina islamica e l'ordinamento civile: una è la pronuncia della Corte d'Appello del Quarto Distretto della Florida nella vicenda *Parbeen v. Bari*⁶¹; l'altra è la decisione della Corte d'Appello dell'Arizona in *Alulddin v. Alfantousi*⁶²; l'ultima è la concessione del *writ of mandamus* della Corte Suprema del Texas *In re Ayad*⁶³.

In *Parbeen v. Bari*, la controversia riguardava un accordo prematrimoniale islamico stipulato in Bangladesh il 14 settembre 2015; nella narrazione del fatto non si menzionava l'intervento di un ministro di culto, ma è probabile che vi fosse stato.

La clausola centrale era il pagamento da parte del marito alla moglie di una somma in valuta bangladese, corrispondente a meno di dodicimila dollari. L'acconto di un terzo era versato all'atto del matrimonio, mentre il resto in caso di divorzio.

Dopo quattro anni di matrimonio, l'uomo chiedeva lo scioglimento dell'unione al tribunale civile e pagava la quota di *mahr*⁶⁴ ancora dovuta, negando qualsiasi altro ristoro. La donna si opponeva a quest'interpretazione della convenzione, asserendo che la somma indicata costituiva il minimo garantitole e non una rinuncia a ulteriori forme di sostegno. Il giudice di prima istanza aderiva alla tesi del marito e ordinava l'allontanamento della Parbeen dalla casa coniugale.

distanza tramite sessioni online o contatti telefonici, e poi dibattono sul riconoscimento delle relative decisioni davanti ai tribunali americani. Si vedano Court of Appeals of North Carolina, *Hamdan v. Freitekh*, 19 maggio 2020, n. COA19-929, [271 N.C. App. 383 (N.C. Ct. App. 2020)], <https://casetext.com/case/hamdan-v-freitekh>; Court of Appeals of Ohio, Ninth District, Medina, *Falah v. Falah*, 13 dicembre 2021, n. C. A. 20CA0039-M, [2021 Ohio 4348 (Ohio Ct. App. 2021)], <https://casetext.com/case/falah-v-falah-3>; United States Bankruptcy Court, District of Kansas, *Karmi v. Atallah*, 2 marzo 2022, n. 19-21507, [638 B.R. 804 (Bankr. D. Kan. 2022)], <https://casetext.com/case/karmi-v-atallah-in-re-karmi>; Court of Appeals of Ohio, Eighth District, Cuyahoga, *Momotaz v. Sattar*, 4 agosto 2022, n. 111034, [2022 Ohio 2676 (Ohio Ct. App. 2022)], <https://casetext.com/case/momotaz-v-sattar>; Court of Appeals of Texas, First District, *Azhar v. Choudhri*, 31 agosto 2023, n. 01-20-00169-CV, <https://casetext.com/case/azhar-v-choudhri-10>.

⁶¹ Florida Court of Appeals, Fourth District, *Parbeen v. Bari*, 16 marzo 2022, n. 4D21-431, [337 So. 3d 343 (Fla. Dist. Ct. App. 2022)], <https://casetext.com/case/parbeen-v-bari>.

⁶² Court of Appeals of Arizona, First Division, *Alulddin v. Alfantousi*, 27 giugno 2023, n. 1 CA-CV 22-0642 FC, [255 Ariz. 436 (Ariz. Ct. App. 2023)], <https://casetext.com/case/alulddin-v-alfantousi>.

⁶³ Supreme Court of Texas, *In re Ayad*, 23 settembre 2022, n. 22-0078, [655 S.W.3d 285 (Tex. 2022)], <https://casetext.com/case/in-re-ayad-7>.

⁶⁴ Il *mahr* è il dono nuziale che lo sposo deve offrire alla sposa, come prescritto da Corano IV:4. L'entità del donativo è quantificata nel contratto nuziale e solitamente è versata in due momenti: un acconto in occasione del matrimonio e il saldo in caso di ripudio o divorzio. Cfr. R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il diritto islamico*, in AA. VV., *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, a cura di S. FERRARI, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 173-226 (in particolare, pp. 213-226); A. BLACK, H. ESMAEILI, N. HOSEN, *Modern Perspectives on Islamic Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 117-119; A. ZANOTTI, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in AA. VV., *Matrimonio e famiglia tra diritti religiosi e diritti secolari*, a cura di G. BONI, A. ZANOTTI, Zanichelli, Bologna, 2024, pp.62-86 (soprattutto, pp. 71-73).



La Corte d'Appello adita dalla soccombente analizzava, anzitutto, la liceità degli accordi prematrimoniali: in detta categoria, infatti, rientrerebbero anche le pattuizioni sul *mahr*.

È il volontario accoglimento dell'assetto in essi consacrato a renderli efficaci civilmente, non essendo ostativa la circostanza che siano conclusi nel corso di una cerimonia. Per orientamento costante, mediante la via contrattuale, i nubendi possono derogare alla disciplina comune della risoluzione delle liti patrimoniali divorzili, purché il rinunciante esprima chiaramente e consapevolmente la propria scelta, così come avviene per gli accordi prematrimoniali 'laici':

"while the parties to a prenuptial agreement - Islamic or secular - may contract away their traditional marital rights, they must do so in a way that comports with Florida law, which has a rebuttable presumption in favor of equitable distribution of property in the event of a divorce"⁶⁵.

Nella specie, il *premarital agreement* di cui Mohammed Bari domandava l'esecuzione non lasciava trasparire in maniera inequivoca la volontà di Fauzia Parbeen: in nessun punto del testo si menzionavano l'equa ripartizione dei beni coniugali, né gli obblighi di mantenimento. Al silenzio contrattuale non sopperiva la conoscenza da parte della moglie delle norme sciaraitiche, che non contemplerebbero altre forme di assistenza tra ex coniugi: una simile integrazione contrasterebbe l'*Establishment Clause*, dal momento che il giudice dello Stato sarebbe chiamato a interpretare non i termini dell'accordo, bensì direttamente i precetti religiosi. Tutto ciò premesso, il collegio annullava la sentenza impugnata, rinviando alla *trial court* per gli accertamenti che erano stati erroneamente pretermessi.

In *Alulddin v. Alfartousi*, oggetto del contendere era la pretesa del marito di non dare esecuzione all'accordo prematrimoniale, che era stato concluso con la mediazione di un imam e che conteneva una previsione sul *mahr*, di elevato importo. A sostegno dell'assunto, Ahmed Alulddin esponeva che le corti secolari non avevano giurisdizione su un affare puramente religioso: visto che la dote era un requisito di efficacia del matrimonio islamico, ogni tipo di ingerenza civile avrebbe costituito una surrettizia imposizione di una disciplina religiosa, in spregio del Primo Emendamento.

In Arizona, la questione non era stata sollevata in passato, pertanto la Corte richiamava quanto deliberato dalle altre giurisdizioni:

"Courts in other jurisdictions, however, have resolved the enforcement of religious marriage contracts under neutral principles of law, meaning without implicating the ecclesiastical abstention doctrine. Applying neutral principles of law, most courts have found the financial provisions in religious marriage contracts enforceable"⁶⁶.

⁶⁵ Florida Court of Appeals, Fourth District, *Parbeen v. Bari*, cit.

⁶⁶ Court of Appeals of Arizona, First Division, *Alulddin v. Alfartousi*, cit.



Il dato comparatistico, pur non mostrando univocità nel ritenere in sé il *mahr* compatibile o meno con l'ordinamento statunitense, offriva una chiave di lettura determinante, ossia l'obbligo per i tribunali di vagliare la clausola nella sua formulazione, prescindendo dal 'metatesto' confessionale o culturale. A detto criterio si era attenuto il tribunale di primo grado, la cui sentenza era confermata:

«In this case, the superior court limited its analysis to the language in the Agreement and did not consider religious doctrines or customs. By its plain terms, the Agreement required Husband to pay Wife a total dowry of \$25,000 "when she demands it". These clear, unambiguous contractual provisions are subject to interpretation under neutral principles of law»⁶⁷.

I due casi, pur giungendo a conclusioni opposte, mettono in luce come la paura di uno stravolgimento delle garanzie dei diritti fondamentali fissati nella Costituzione americana, per mezzo dell'ingresso di valori islamici, sia poco fondata⁶⁸.

Piuttosto, anche nell'ambito della 'delibazione' di convenzioni islamiche, ciò che dovrebbe destare il sospetto è l'eccessiva fiducia nella neutralità dei principi di diritto evocati nel processo interpretativo. In effetti, una delle censure mosse dal marito appellante in *Alulddin v. Alfartousi* era legata alla forza coercitiva che esercitano i vincoli intracomunitari nell'opzione della legge religiosa applicabile.

La Corte d'Appello, liquidando la critica sul piano del mancato assolvimento dell'onere della prova, si rifiutava di argomentare compiutamente: eppure, una più profonda comprensione sul discriminio tra compulsione illecita e invalidante e persuasione rientrante nell'autonomia confessionale sarebbe stata un elemento chiave nello scrutinio sull'effettività della salvaguardia della libertà personale.

Probabilmente, la costrizione sarà sembrata poco credibile, essendo stata proposta dal marito che, secondo la comune credenza, gode per il diritto musulmano di prerogative maggiori della moglie. Forse, a parti invertite, l'esito sarebbe stato differente. Oppure, i giudici avranno pensato che, condividendo la deduzione, avrebbero creato un precedente pericoloso, una sorta di agile scappatoia per svincolarsi dai rapporti di durata. Il dubbio rimane; tuttavia, la stretta osservanza del principio separatista, inteso come irrilevanza del fattore religioso nella sua dimensione pubblica, rischia di essere un ostacolo nella protezione della libertà del cittadino, proprio perché non permette allo Stato di avere un'adeguata conoscenza delle dinamiche interne al gruppo religioso.

Nella decisione *In re Ayad*, infine, la magistratura suprema del Texas ha messo in guardia contro un atteggiamento di eccessiva disponibilità nei confronti di un *Islamic Pre-Nuptial Agreement*, redatto

⁶⁷ Court of Appeals of Arizona, First Division, *Alulddin v. Alfartousi*, cit.

⁶⁸ Cfr. N. BAKHT, *The Incorporation of Shari'a in North America. Enforcing the Mahr to Combat Women's Poverty Post-Relationship Dissolution*, in AA. VV., *The Oxford Handbook of Islamic Law*, a cura di A.M. EMON, R. AHMED, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 699-724 (soprattutto, pp. 706-719).



sulla falsariga degli accordi prematrimoniali ebraici. I coniugi Ayad Hashim Latif e Salma Mariam Ayad convenivano che i precetti musulmani erano vincolanti in ogni sfera della loro esistenza e che, perciò, “[a]ny conflict which may arise between the husband and the wife will be resolved according to the Qur'an, Sunnah, and Islamic Law in a Muslim court, or in [its] absence by a Fiqh Panel”.

Nel 2020 iniziavano le frizioni, perché la donna aveva scoperto che, firmando l'*agreement*, era stata pregiudicata nei propri diritti. Nel gennaio 2021, quindi, Salma Ayad chiedeva alla giustizia dello Stato la pronuncia del divorzio e la custodia sul figlio; il marito si opponeva, facendo valere i termini dell'accordo.

Il giudice di prime cure, equiparando la *Sharia* alla legge straniera⁶⁹, sentiva un imam in qualità di esperto e interrogava le parti sulle circostanze della stipulazione dell'atto, per saggiare la volontarietà dell'adesione. Finita l'istruttoria, la *trial court*, ritenendo di non avere giurisdizione sul caso, in virtù della clausola compromissoria, ordinava ai coniugi di comparire davanti al collegio arbitrale musulmano. Tuttavia, si riservava di esercitare sul lodo il controllo di compatibilità con l'ordine pubblico e di conformità con l'interesse del minore, ai sensi, rispettivamente, della regola 308b delle *Texas Rules of Civil Procedure*⁷⁰ e della sez. 153.0071 del *Family Code*⁷¹.

La donna, insoddisfatta della sentenza, si rivolgeva alla Corte Suprema per ottenere un *writ of mandamus*, ossia un provvedimento che sollecitasse il magistrato di rango inferiore a un retto esercizio della propria discrezionalità.

La richiesta era accolta sulla scorta della sez. 6.6015 del *Family Code*, che anticipa l'accertamento sulla validità ed effettività delle clausole compromissorie, in deroga all'ordinario controllo *ex post*, svolto in fase di omologazione del lodo⁷². Avendo Salma Mariam Ayad eccepito la contrarietà della stessa previsione dell'arbitrato obbligatorio con

⁶⁹ La prova della legge straniera è regolata dalla *Texas Rule of Evidence* n. 203, che consente l'apertura di un sub-procedimento istruttorio con la collaborazione delle parti in causa.

⁷⁰ La regola 308b (d) (2) recita: “a party opposing enforcement must give written notice to the court and all parties that explains the basis for the party's opposition and states whether the party asserts that the judgment or award violates constitutional rights or public policy”.

⁷¹ La sez. 153.0071 (b) del *Family Code* prescrive: “If the parties agree to binding arbitration, the court shall render an order reflecting the arbitrator's award unless the court determines at a non-jury hearing that the award is not in the best interest of the child”.

⁷² La sez. 6.6015 (a) del *Family Code* impone: “If a party to a suit for dissolution of a marriage opposes an application to compel arbitration or makes an application to stay arbitration and asserts any provision of the contract to the contrary, the court that the contract containing the agreement to arbitrate is not valid or enforceable, notwithstanding shall try the issue promptly and may order arbitration only if the court determines that the contract containing the agreement to arbitrate is valid and enforceable against the party seeking to avoid arbitration”.



l'ordine pubblico, il giudice di primo grado aveva il compito di affrontare preliminarmente quest'aspetto:

«In sum, when a party to a divorce or child-custody proceeding has challenged the validity or enforceability of an agreement containing an arbitration provision, the trial court cannot order binding arbitration without first "try[ing]" the issues of validity or enforceability and "determin[ing]" that the agreement is valid and enforceable»⁷³.

Nella concessione del *writ*, inoltre, la Corte Suprema assumeva che l'errore procedimentale doveva essere risolto con celerità, per tenere indenne il figlio minore da eventuali pregiudizi connessi con la celebrazione dell'appello avverso la futura sentenza di 'delibazione' dell'arbitrato.

Pur essendo una determinazione interinale e procedurale, dalla lettura del *mandamus* si possono trarre alcune linee sulla recente giurisprudenza texana: in primo luogo, il giudice secolare deve farsi carico di bilanciare gli interessi che spingono alle ADR e quelli che le sconsigliano, verificando se i percorsi paralleli alla giustizia ordinaria siano adeguati nella risoluzione delle liti; in secondo luogo, la crisi familiare impone di rimeditare sull'assioma *a contract is a contract*, perché la presenza dei figli e la preminenza della loro salvaguardia giustificano uno scrutinio più attento sulle pretese avanzate da uno o da entrambi i coniugi; da ultimo, a differenza dell'orientamento dell'Arizona, il diritto religioso è equiparato al diritto straniero, con l'effetto che il giudice secolare ha il potere-dovere di collaborare con le autorità confessionali per accettare la sua vigenza e la sua operatività nel caso sottopostogli.

4 - *E pluribus unum? Il molteplice e il singolo di fronte alle giurisdizioni religiose nella società americana*

Provando a tirare le fila del discorso, mi sembra che il motto tradizionale statunitense *E pluribus unum* sia la cifra del pluralismo religioso e legale che ruota attorno alla questione delle giurisdizioni confessionali e del loro riconoscimento.

Nel presente contributo ho inteso dimostrare, alla luce degli indirizzi giurisprudenziali via via affermatisi nell'ultimo decennio, come l'opzione statunitense si sia rivolta a una forma di separazione che, a maglie larghe, consente l'ibridazione dei sistemi giuridici, nel nome del pluralismo e della libertà confessionale. I giudici americani non solo non rifuggono dalla relativizzazione dei precetti legali nazionali, ma accolgono l'idea che il diritto di famiglia necessiti di soluzioni caso per caso.

Sembrerebbe che negli Stati Uniti sia stata recepita con maggiore convinzione la lezione di Jemolo: egli, infatti, rivendicava alla famiglia

⁷³ Supreme Court of Texas, *In re Ayad*, cit.



un’“intima essenza [...] metagiuridica”, che renderebbe questa cellula della società “un’isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto”⁷⁴.

Nel momento in cui l’ordinamento secolare ha accolto una visione privatistica estrema dei legami familiari, la conseguenza è la riduzione della cognizione del giudice dello Stato sulle relative vertenze e l’ampliamento degli spazi per gli strumenti alternativi al processo.

Davanti alla contrapposizione fra le tradizioni religiose liberamente accettate e la legge dello Stato imposta dall’esterno, la strada favorita è quella dell’autonomia del singolo che opta per un sistema normativo o per un altro. Si ripropone, in altri termini, il dilemma costante, che tocca nel profondo l’identità stessa del diritto⁷⁵, chiamato a plasmare i rapporti e, al contempo, a plasmarsi secondo i modelli culturali di riferimento.

A suffragare l’osmosi interculturale depone un dato non giuridico, ma sociologico: sebbene l’ultima statistica attendibile sia abbastanza risalente, essendo stata elaborata dal *Pew Research Center* nel 2013⁷⁶, la tendenza a privatizzare la giustizia e a conformarla ai *desiderata* religiosi non sembra per nulla in declino nella società polarizzata americana⁷⁷. La causa sarebbe riconducibile a un progressivo scollamento tra il diritto prodotto dallo Stato e i valori professati dall’individuo: la secolarizzazione avrebbe determinato un’insanabile frattura tra il cittadino e il fedele, anche nella componente cristiana⁷⁸, che

⁷⁴ Cfr. A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, estratto dagli *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Catania*, vol. III, 1949, pp. 5-22 (la citazione è a p. 22). Quest’immagine è stata di recente ripresa da A. FUCCILLO, *Relazioni familiari e migrazioni tra diritto, religioni e culture*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 4 del 2024, pp. 33-46, proprio per tracciare le linee fondamentali che la scienza ecclesiasticistica dovrebbe seguire nel trattare il problema dell’intreccio tra pluralismo religioso, pluralismo giuridico e pluralismo della stessa nozione di famiglia, alla luce dei movimenti migratori e della molteplicità delle relazioni affettive che si intersecano nella società contemporanea.

⁷⁵ Rinvio alle riflessioni di S. BERLINGÒ, *Mediazione e Religioni: la sfida in una società complessa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 22 del 2018, pp. 1-23 (in particolare, pp. 10-12), il quale sottolinea la centralità assunta dai gruppi religiosi nella composizione degli interessi secondo un modello *win-win*, che supera la logica, propria dei sistemi processuali secolari, per cui il giudice ha il primario compito di dichiarare la parte vittoriosa. Inoltre, cfr. S. FERLITO, *Tradizioni religiose e ordine sociale. Alle origini dell’immaginario giuridico*, Carocci, Roma, 2022, pp. 160-168.

⁷⁶ Cfr. D. MASCI, E. LAWTON, *Applying God’s Law: Religious Courts and Mediation in the U.S.*, in *Pew Research Center Report*, 8 aprile 2013, <https://www.pewresearch.org/religion/2013/04/08/applying-gods-law-religious-courts-and-mediation-in-the-us/>.

⁷⁷ Cfr. M.J. BROYDE, *Sharia Tribunals*, cit., pp. 29-40, e ID., *The Rise of Religious Arbitration in America: American Arbitration Law, Jewish Batai Din, Protestant Peacemaker Panels, and Islamic Sharia Court Reviewed*, in *Studies in Judaism, Humanities, and the Social Sciences*, vol. III, n. 1, 2019, pp. 1-22.

⁷⁸ Cfr. la valutazione, non fondata su dati statistici, ma su evidenze osservazionali, di R.J. COLOMBO, *The Past, Present, and Future of Christian ADR*, in *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. XXII, n. 1 del 2020, pp. 45-69, e ID., *A Legal Analysis of Religious Arbitration*, in *Canopy Forum*, 16 aprile 2022, <https://canopyforum.org/2022/04/16/a-legal-analysis-of-religious-arbitration/>.



non approva l'allontanamento dai principî che ispiravano la disciplina dei rapporti di famiglia e dei temi eticamente sensibili⁷⁹.

I fattori che spingono un fedele a rivolgersi al proprio 'giudice' confessionale si possono racchiudere in quattro categorie: anzitutto, vi sono ragioni inerenti allo stesso culto, che impone ai propri adepti di risolvere le proprie liti in uno spazio intracomunitario; poi, la giustizia alternativa offre benefici sociali, tra cui la confidenzialità della trattazione, la celerità e il minore formalismo nella procedura, il clima di prossimità tra i decisori e le parti; sotto il versante economico, il risparmio è notevole, visto che l'assistenza di un avvocato è facoltativa e che le tariffe richieste dall'organismo confessionale sono meno esose⁸⁰; infine, sono tendenzialmente maggiori le probabilità di adempimento spontaneo del *decisum* a opera del soccombente⁸¹. Gli incentivi alla definizione alternativa acquistano una pregnanza superiore quando il *thema decidendum* attiene alla famiglia: in questo campo, le confessioni rivendicano la propria esclusiva competenza a regolare i rapporti secondo norme non sovrapponibili a quelle statali⁸².

Per l'appartenente al gruppo, non è soltanto una legittima esigenza di acquietare la coscienza, ma una necessità imposta dal mantenimento dei legami con i corrispondenti, i quali potrebbero rompere le relazioni interpersonali a seguito di sanzioni provocate dalla violazione dell'obbligo di rivolgersi alla giustizia confessionale o dalla

⁷⁹ Una conferma statistica indiretta dell'assunto si rinvie alla lettura di altri rapporti del *Pew Research Center*. Segnalo: *8 in 10 Americans Say Religion Is Losing Influence in Public Life*, in *Pew Research Center Reports*, 15 marzo 2024, <https://www.pewresearch.org/religion/2024/03/15/8-in-10-americans-say-religion-is-losing-influence-in-public-life/> (da questa ricerca emerge, tra l'altro, che il 49% degli intervistati asserisce che la religione sta perdendo influenza nella società e che ciò è un male; inoltre, vi è un 8% di intervistati che, al contrario, vede positivamente una crescita del rilievo della religione; pertanto, i curatori dell'indagine calcolano un 57% di adulti statunitensi che vedono di buon occhio l'impatto che la fede ha nella società); *45% of Americans Say U.S. Should Be a 'Christian Nation'*, in *Pew Research Center Reports*, 27 ottobre 2022, <https://www.pewresearch.org/religion/2022/10/27/45-of-americans-say-u-s-should-be-a-christian-nation/>; **M. LIPKA**, *Half of Americans say Bible should influence U.S. laws, including 28% who favor it over the will of the people*, in *Pew Research Center Short Reads*, 13 aprile 2020, <https://www.pewresearch.org/short-reads/2020/04/13/half-of-americans-say-bible-should-influence-u-s-laws-including-28-who-favor-it-over-the-will-of-the-people/>.

⁸⁰ Cfr. **B. ATWOOD**, *Religious Arbitration of Family Disputes*, in *Family Advocate*, vol. XLII, n. 2 del 2019, pp. 24-29; **M. LUPANO**, *Il metodo e l'uso degli strumenti religiosi di ADR negli ordinamenti statali*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Fascicolo speciale (Daimon) del 2020, pp. 159-180; **T. LAVALLEE**, *The Ethics of Religious Arbitration*, in *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. XXXIII, n. 3 del 2020, pp. 629-645 (soprattutto, pp. 629-630).

⁸¹ In questi termini si esprime **F. ALICINO**, *Stato costituzionale, pluralismo giudiziario e società policulturale*, in **AA. VV.**, *Il costituzionalismo di fronte all'Islam*, cit., pp. 19-105 (in particolare, pp. 54-55)

⁸² Cfr. **N. COLAIANNI**, *I nuovi confini del diritto matrimoniale tra istanze religiose e secolarizzazione: la giurisdizione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., settembre 2009, pp. 1-29 (in particolare, pp. 1-4); **G. MACRÌ**, **M. PARISI**, **V. TOZZI**, *Diritto civile e religioni*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 259-262, e **S. FERLITO**, *Tradizioni religiose e ordine sociale*, cit., pp. 73-75.



mancata conformazione alle sue statuizioni. Specialmente quando vi è sovrapposizione tra identità etnico-culturale e identità religiosa, in contesti di emarginazione o di scarsa integrazione, perdere l'appoggio della confessione religiosa può essere una forma di morte civile⁸³.

D'altro canto, il ricorso alle ADR non è immune da rischi, che rappresentano l'altra faccia della medaglia dei vantaggi descritti⁸⁴: la celerità della risoluzione può sfociare nella superficialità della trattazione; l'informalità procedurale nella carenza di un adeguato contraddittorio; l'assenza di avvocati nella menomazione del diritto di difesa; la confidenzialità nella segretezza, foriera di arbitrio difficilmente dimostrabile⁸⁵.

Ma è più allarmante la surrettizia limitazione della libertà di coscienza per il soggetto che abbia concluso un determinato vincolo giuridico secondo una legge confessionale e poi abbia cambiato fede. Nei confronti di una persona che abbia apostatato, è prevedibile che il giudice religioso abbia un atteggiamento ostile; anche a confidare nella rettitudine e nella buona fede del decisore, almeno l'apparenza dell'imparzialità e della terzietà sarebbe messa in crisi.

Si potrebbe obiettare che è altrettanto da tutelare l'affidamento della controparte; tuttavia, negli Stati secolari contemporanei, la distinzione tra ordini osta a che l'esercizio di una facoltà riconducibile alla libertà religiosa, comprensiva del diritto a cambiare il credo, produca una conseguenza pregiudizievole civilmente rilevante⁸⁶, a meno che non si voglia ridurre *l'homo religious* a *homo oeconomicus*, tutelabile esclusivamente nella sua dimensione contrattuale.

⁸³ G. CAMPBELL, K.A. ROBERTS, N. SARKARIA, *Harmful Traditional Practices. Prevention, Protection, and Policing*, Palgrave Macmillan, London, 2020, pp. 175-186, considerano le ADR religiose una pratica tradizionale da contenere e sottoporre a vigilanza statale, in quanto favoriscono l'esclusione sociale, la proliferazione di matrimoni forzati, la disuguaglianza di genere, il mantenimento di una cultura patriarcale e la lesione del diritto di difesa dei soggetti più vulnerabili. I rischi di espulsione dalla comunità e di rottura dei legami coi correligionari in caso di rifiuto di ricorrere alle autorità confessionali sono messi in luce da A. BAKER, *A Higher Authority: Judicial Review of Religious Arbitration*, in *Vermont Law Review*, vol. XXXVII, n. 1 del 2012, pp. 157-202 (in particolare, p. 178). Pur essendo un fervente sostenitore degli arbitrati religiosi, M.J. BROYDE, *Sharia Tribunals*, cit., pp. 222-229 e 233-235, elenca (e in parte ridimensiona) gli stessi punti di debolezza delle ADR gestite da organismi confessionali.

⁸⁴ Cfr. C.L. WOLFE, *Faith-Based Arbitration: Friend or Foe? An Evaluation of Religious Arbitration Systems and Their Interaction with Secular Courts*, in *Fordham Law Review*, vol. LXXV, n. 1 del 2006, pp. 427-469 (soprattutto, pp. 459-468), nonché M.A. HELFAND, *Arbitration's Counter-Narrative: The Religious Arbitration Paradigm*, in *The Yale Law Review*, vol. CXIV, n. 8 del 2015, pp. 2994-3051.

⁸⁵ Per quanto attiene alle violazioni procedurali, infatti, l'atteggiamento di non ingerenza delle Corti statunitensi richiede la prova, oltre che dell'*error in procedendo*, anche della lesione sofferta a causa di esso. Cfr. N. WALTER, *Religious Arbitration in the United States and Canada*, in *Santa Clara Law Review*, vol. LII, n. 2 del 2012, pp. 501-569 (per quanto d'interesse, pp. 543-544).

⁸⁶ Cfr. M.A. HELFAND, *Between Law and Religion: Procedural Challenges to Religious Arbitration Awards*, in *Chicago-Kent Law Review*, vol. XC, n. 1 del 2015, pp. 141-162, e M.J. BROYDE, *Sharia Tribunals*, cit., 229-233.



Una domanda di senso, dunque, si impone: qual è lo standard qualitativo del diritto che nasce dall'intersezione tra ordinamenti, o meglio, che sorge dall'accordo religiosamente orientato tra le parti? A partire dall'interrogativo di fondo si aprono numerosi corollari, che interpellano il giurista nella sua riflessione sulla politica del diritto. Ne metto in luce tre, servendomi del paradigma linguistico, ben consolidato nel campo del diritto interculturale⁸⁷.

Il primo problema riguarda la trasposizione dei concetti del sistema di partenza per renderlo 'comprendibile' e attuabile nel sistema di destinazione; il secondo concerne i modi con cui gli istituti, provenienti da molteplici tradizioni, si combinano tra loro (si direbbe che è la griglia 'sintattica', nel senso etimologico del termine); il terzo concerne i confini che non possono e non devono essere valicati nell'attuazione degli assetti che si configurano, a pena di perdere il significato 'performativo' che il linguaggio normativo realizza.

L'esperienza degli Stati Uniti dimostra che la via negoziale offre una soluzione percorribile per rispondere al 'rebus' della traduzione e della coesistenza tra regole in un orizzonte plurireligioso: è una scelta che ha dietro di sé l'idea fiduciosa che l'individuo sappia costruire e disciplinare da solo le proprie relazioni, 'auto-normandosi'⁸⁸.

Probabilmente, l'approccio europeo continentale, che si connota per la "laicità per astensione" da parte dei pubblici poteri e per la "laicità di confronto" nella società⁸⁹, ha il pregio di salvaguardare sia l'uniformità di trattamento dei consociati, sia l'eguale misura nel godimento dei diritti, a costo, però, di un incisivo controllo sugli schemi in cui si estrinseca l'autonomia negoziale e di una correlativa riduzione dei margini di 'libertà alla differenza', nella sua accezione di adempimento di precetti religiosi civilmente rilevanti⁹⁰.

⁸⁷ Mi riferisco a **M. RICCA**, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari, 2008, pp. 241-310; **ID.**, "Multireligiosità", "multiculturalità", "reazioni dell'ordinamento". *Tre segnavia per il diritto interculturale*, in **AA. VV.**, *Multireligiosità e reazione giuridica*, a cura di A. FUCCILLO, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 157-179; **P. CONSORTI**, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa University Press, Pisa, 2013, pp. 182-189; **M.C. LOCCHI**, *La complessità del "rendere giustizia" di fronte alla sfida del diritto interculturale*, in *DPCE online*, n. 4 del 2018, pp. 1015-1028; per lo specifico ambito della dissoluzione del vincolo coniugale, si veda **M. RICCA**, *Divorzi diversi e geografia interculturale. Il "termine" mobile del matrimonio*, in *CALUMET - intercultural law and humanities review*, n. 5 del 2017, pp.1-32 (soprattutto, pp. 23-25).

⁸⁸ Cfr. **A. FUCCILLO**, *La multireligiosità tra possibile "normazione" ed ipotetica "autonormazione"*, in **AA. VV.**, *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., pp. 267-283. Rinvio, altresì, a **P. ANNICCHINO**, *Esportare la libertà religiosa. Il Modello Americano nell'Arena Globale*, il Mulino, Bologna, 2015, pp. 15-32, e **ID.**, *La religione in giudizio. Tra Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo*, il Mulino, Bologna, 2018, pp. 115-124, 131-136, 140-144, 151-157.

⁸⁹ Le espressioni sono di **M. PARISI**, *Laicità europea. Riflessioni sull'identità politica dell'Europa nel pluralismo ideale contemporaneo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 1 del 2018, pp. 1-16 (il riferimento è a p. 16).

⁹⁰ Cfr. **R. BALBI**, *Diritto ed esigenze di una società multiculturale e multireligiosa: premesse introduttive*, in **AA. VV.**, *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., pp. 29-39, e, per una declinazione nell'area del diritto di famiglia, **R. BENIGNI**, *Identità culturale e regolazione*



Resta irrisolto e incombente l'ultimo dilemma: nella ricerca dell'equilibrio, quanto deve essere ampia la libertà che gli Stati devono riconoscere, in modo che i rapporti di forza tra coloro che accedono agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie non diventino il solo fattore determinante del gioco?

Affinché le ADR non diventino un lasciapassare per condotte lesive della dignità altrui, è necessario individuare un nucleo intangibile di giustizia che riempia di sostanza la clausola di ordine pubblico⁹¹.

Sia che il 'minimo' sia rintracciato ricorrendo a istanze metafisiche, di cui le religioni si rendono interpreti nella storia⁹², sia che esso derivi da scelte laiche, frutto esclusivo o principale della riflessione dell'uomo sulla propria essenza e sul proprio posto nel mondo, assume capitale importanza la mediazione partecipativa, che assicura il raggiungimento della sintesi della pluralità di posizioni nel processo che precede, accompagna e segue il divenire democratico⁹³.



dei rapporti di famiglia tra applicazioni giurisprudenziali e dettami normativi, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, cit., novembre 2008, pp. 1-62.

⁹¹ Cfr., per le coordinate fondamentali, **G. LO CASTRO**, *Intervento conclusivo*, in **AA. VV.**, *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., pp. 285-291, e **O. CONDORELLI**, "Ius commune", giustizia e bene comune: un'eredità per la tradizione giuridica occidentale, in *Ius Canonicum*, vol. LXIII, n. 125 del 2023, pp. 369-379.

⁹² Cfr. **C. CARDIA**, *Dignità e diritti nella prospettiva delle religioni*, in **AA. VV.**, *Il diritto come "scienza di mezzo". Studi in onore di Mario Tedeschi*, a cura di M. D'ARIENZO, tomo I, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2017, pp. 413-438. Nello stesso ordine di ragioni, **V. TURCHI**, *Convivenza delle diversità, pluralismo religioso e universalità dei diritti. Modelli di approccio. Indicazioni metodologiche*, in **AA. VV.**, *Il diritto come "scienza di mezzo"*, cit., tomo III, pp. 2351-2381.

⁹³ Si leggano le considerazioni del già cit. **P. CONSORTI**, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, pp. 145-151 sulla mediazione trasformativa, che mira non tanto al raggiungimento dell'accordo, ma al chiarimento e alla consapevolezza sulle posizioni delle parti. Inoltre, cfr. **ID.**, *Globalizzazione della democrazia, laicità e religioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., giugno 2007, pp. 1-13.