



Livia Saporito

(straordinario di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", Dipartimento di Giurisprudenza)

**La fatale attrazione tra diritto sacro e diritto secolare
nel modello israeliano: la giurisdizione dei tribunali
rabbini in materia di matrimonio e divorzio ***

SOMMARIO: 1. La giurisdizione dei tribunali rabbinici in materia di status personale: il matrimonio e il divorzio nel diritto halachico e nei più recenti orientamenti giurisprudenziali - 2. Diritto, stato e religione nel modello giuridico israeliano: *religious law vs. secular law*? - 3. L'incorporazione diretta del diritto ebraico nel modello israeliano: *law as religion, religion as law* - 4. *Beis Din*, identità religiosa e risoluzione alternativa delle controversie.

1 - La giurisdizione dei tribunali rabbinici in materia di status personale: il matrimonio e il divorzio nel diritto halachico e nei più recenti orientamenti giurisprudenziali

Nel modello israeliano, la "Legge sulla giurisdizione dei tribunali ecclesiastici" del 1953 ha affidato in via esclusiva ai *Beis Din*¹ (letteralmente "rappresentanti della legge del popolo ebraico") la materia dello *status personae* e, precisamente, del matrimonio, del divorzio e della domanda di mantenimento qualora essa sia connessa a una causa di divorzio. L'art. 1 stabilisce, infatti, che "tutto ciò che concerne il matrimonio e il divorzio di ebrei in Israele, che essi abbiano la nazionalità o siano residenti, rientra nella competenza esclusiva dei tribunali rabbinici"; mentre il successivo art. 2 precisa che "i matrimoni e i divorzi tra ebrei in Israele si effettuano secondo

* Il contributo rappresenta il testo riveduto e aggiornato della relazione presentata in occasione del Convegno sul tema "*Law as Religion, Religion as Law*", tenutosi presso la Hebrew University of Jerusalem (Gerusalemme, 5, 6 e 7 giugno 2017), organizzato da The Matz Institute for Research in Jewish Law e da The Aharon Barak Center for Interdisciplinary Legal Research. La relazione è stata oggetto di valutazione e approvazione da parte del Board.

¹ **M. CHIGIER**, *The Rabbinical Courts in the State of Israel*, in *Israel Law Revue*, 2, 1967, p. 147 ss.; **I.S. SHILOH**, *Marriage and Divorce in Israel*, in *Israel Law Revue*, 1970, vol. 5, p. 479 ss.



le leggi della *Toráh*². In altri ambiti, come l'adozione e le successioni, la giurisdizione è soltanto eventuale ed è subordinata al consenso delle parti.

La sfera di operatività dei tribunali in parola si è, nel tempo, notevolmente ridimensionata³ per effetto delle rivendicazioni del legislatore - si pensi, tra le altre, alle leggi sull'uguaglianza delle donne (1951); sulle relazioni finanziarie tra coniugi (1973); sulla successione (1965); sulla dissoluzione del matrimonio in casi speciali (1969)⁴, la cui inosservanza è causa di annullamento della sentenza a opera della Corte Suprema -; della giurisprudenza statuale, la quale ha, ad esempio, avvocato a sé il compito dell'accertamento della paternità, e della stessa opinione pubblica, favorevole a una interpretazione in chiave maggiormente secolare dei vincoli coniugali. Trattasi, essenzialmente, di interventi relativi ai profili economici del rapporto tra coniugi (la questione degli alimenti in primo luogo) e delle relazioni familiari.

Tuttavia, ciò non è valso a scalfire il profondo convincimento che il matrimonio debba rimanere appannaggio della fonte religiosa, trattandosi di un istituto emblematico dello spirito e dell'unità del popolo ebraico. La sua disciplina è, invero, particolarmente severa e si contraddistingue per l'esistenza di molteplici divieti a contrarre il vincolo, concernenti, per lo più, i matrimoni "misti"⁵, che vedono cioè l'unione di ebrei e non ebrei, e i matrimoni civili, contratti tra ebrei che "rifiutano di riconoscere l'autorità religiosa"⁶, entrambi legalmente impossibili ai sensi della legge ebraica

² La *Toráh* (letteralmente "insegnamento") designa i cinque libri del Pentateuco (Genesi, Esodo, Levitico, Numeri, Deuteronomio), contenenti la legge mosaica e il racconto dalla creazione del mondo alla morte di Mosé.

³ In argomento cfr. **P. SHIFMAN**, *Family Law in Israel: The Struggle between Religious and Secular Law*, in *Israel Law Review*, 24, 1990, p. 538 ss.; **I. ENGLARD**, *Religious Law in the Israel Legal System*, Alpha Press, Jerusalem, 1975; **D. FRIEDMANN**, *Independent Development of Israeli Law*, in *Israel Law Review*, 10, 1975, p. 555 ss.; **G. TEDESCHI**, *Note di diritto matrimoniale israeliano*, in *Riv. dir. matr.*, 1961, p. 3 ss.

⁴ Questa legge (*Matters of Dissolution of Marriage (Jurisdiction in Special Cases) Law 1969*) contiene previsioni sorprendentemente moderne come la tutela dei diritti derivanti dalla convivenza e la regola secondo cui il consenso dei coniugi dà sempre luogo al divorzio.

⁵ Sul divieto a contrarre matrimonio tra ebrei e non ebrei vedi diffusamente, **A.M. RABELLO**, *Sulla recente problematica dei matrimoni misti nello Stato di Israele*, in *Annuario Di.Re.Com.*, 2, 2003, p. 31 ss.

⁶ Come precisa **M. BRIGLIADORI**, *Religione e democrazia nello Stato di Israele in alcune sentenze dell'Alta Corte*, in *Materia Giudaica*, IX/1-2, 2004, p. 325, il problema del rifiuto di riconoscere l'autorità religiosa non riguarda i cittadini ebrei che si professano laici, giacché essi, per rispetto della tradizione ebraica, celebrano comunque un matrimonio religioso, bensì la minoranza di cittadini che ravvisa nell'impossibilità di contrarre un matrimonio civile una intollerabile violazione della propria libertà individuale. Sul tema vedi anche **C.**



(*Halakáh*⁷). Non è superfluo precisare che sono, invece, riconosciuti dallo Stato di Israele i matrimoni celebrati all'estero - ad esempio nella vicina Cipro⁸ -, giacché le numerose confessioni religiose⁹ presenti sul territorio statale sono libere, sin dai tempi in cui i dominatori ottomani imposero il sistema denominato "Millet"¹⁰, di gestire gli affari concernenti la sfera religiosa secondo le proprie regole e le proprie tradizioni.

Il matrimonio ebraico¹¹ si contraddistingue, inoltre, per una spiccata ritualità, che passa attraverso l'osservanza di uno specifico cerimoniale, come ad esempio l'obbligo per la futura sposa di immergersi in una vasca (*miqveh*) - da taluni ritenuto lesivo della dignità della donna - per purificarsi prima dell'unione carnale con il marito, pena la non celebrazione delle nozze da parte del rabbino,

Particolarmente complessa è poi la materia del divorzio, non tanto per le modalità attraverso le quali si addiende allo scioglimento del vincolo, quanto per le conseguenze economiche che ne derivano. È, infatti, proprio in materia di diritto al mantenimento che i tribunali civili hanno operato, come si dirà in appresso, decise "incursioni" nell'ambito del diritto religioso, ampliando notevolmente il controllo di legittimità della Corte Suprema.

Nel diritto ebraico, le fonti (*Toráh* e *Talmud*) non attribuiscono al divorzio una accezione di per sé negativa, giacché l'unione coniugale non è

LIEBMAN, *Judaism and Jewishness in the Jewish State*, in *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, 1998, p. 15 ss.

⁷ L'*Halakáh* (letteralmente "strada") è la sezione legislativa del *Talmud* contenente norme di vita e di comportamento.

⁸ Un esempio è offerto da A v. 1. Tel-Aviv-Jaffa Regional Rabbinical Court, ove si afferma: «civil marriages of Jews contracted outside Israel are recognized by Jewish law as marriages in accordance with the 'laws of the Children of Noah,' i.e., those laws which under Jewish law govern the whole of mankind. Such marriages between Jews, while not having any 'internal' validity under Jewish law because they do not comply with the requirements of Jewish (religious) law, have 'external' validity in that they are recognized internationally and prevent parties who have contracted such a marriage from remarrying until the civil marriage is dissolved» (si precisa che la versione inglese è considerata una traduzione non ufficiale della sentenza scritta in ebraico).

⁹ Oltre alla comunità ebraica, che è la più numerosa, sono riconosciute altre tredici comunità religiose, tra cui la drusa, la mussulmana e la cristiana (cfr., al riguardo, **R. LAPIDOTH, M. CORINALDI**, *Freedom of Religion in Israel*, in **A.M. RABELLO**, *Israeli Report to the XIV International Congress of Comparative Law*, Jerusalem, 1994, p. 287).

¹⁰ Il sistema "Millet", adottato dagli ottomani e, più tardi, dagli inglesi, è illustrato da **Y. SEZGIN**, *The Israeli Millet System: Examining Legal Pluralism Through Lenses of Nation-Building and Human Rights*, in *Israel Law Revue*, 2010, vol. 43, pp. 631-632.

¹¹ **A.M. RABELLO**, *Introduzione al diritto ebraico: fonti, matrimonio, divorzio, bioetica*, Giappichelli, Torino, 2002, *passim*.



concepita come eterna. Essendo, tuttavia, la famiglia considerata “il nucleo essenziale del mondo ebraico¹²”, il presidio delle tradizioni da tramandare alle future generazioni, i *Beis Din* esperiranno ogni utile tentativo di conciliazione atto a superare la crisi coniugale e a ricostituire l’armonia familiare, prima di procedere alla dissoluzione dell’unione.

Il diritto *halachico* subordina il divorzio al rilascio di un documento, detto *get*, con il quale il marito comunica unilateralmente alla moglie la fine del matrimonio. La peculiarità sta nel fatto che, ove l’iniziativa provenga dall’uomo, la moglie dovrà subire la volontà di costui; mentre nel caso in cui sia la moglie a farsi parte attiva, il marito ha la facoltà di non concederle il *get*. In quest’ultima evenienza, la donna (denominata “*agunah*”) non potrà risposarsi e i figli nati fuori dal matrimonio (non sciolto) saranno considerati “*Mamzerim*”, ovvero figli nati da una relazione adulterina, in quanto tali esclusi dalla comunità ebraica fino alla decima generazione e impossibilitati a sposarsi se non tra loro¹³. La palese discriminazione di genere che si consuma per effetto della disciplina del *get* non ha, tuttavia appassionato - diversamente da quanto si registra in alcune esperienze di *common law* (Canada e Stati Uniti) - la giurisprudenza municipale. Ciò che ha destato l’attenzione, e stimolato l’intervento, dei tribunali civili è il profilo più squisitamente patrimoniale conseguente alla dissoluzione del vincolo matrimoniale. Nel *leading case* “*Bavly*”¹⁴, la Corte Suprema ha annullato la sentenza della corte rabbinica poiché il ristoro di ordine finanziario accordato alla donna divorziata (secondo la legge religiosa, e in mancanza di specifici accordi, le condizioni economiche sono quelle previste nella *Ketubbàh*¹⁵ o, occasionalmente, una somma di danaro a titolo

¹² A.M. RABELLO, *Il diritto ebraico*, in S. Ferrari (cur.), *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 155.

¹³ Nel diritto *halachico*, le sanzioni comminate al marito recalcitrante riguardo la concessione del *get* sono meno severe di quelle previste per la donna. Gli uomini ebrei possono, infatti, coabitare con un’altra donna, senza essere tacciati di adulterio e i figli nati dalla nuova relazione non saranno stigmatizzati come “*mamzerim*”. Inoltre, qualora essi ottengano l’assenso di cento rabbini, potranno essere esonerati dall’obbligo del rilascio del documento di divorzio (sul punto cfr. L. ZORNBERG, *Beyond the Constitution: Is the New York Get Legislation Good Law?*, in *Pace Law Review*, 1995, vol. 15, p. 704).

¹⁴ HCJ 100 /92, *Hava Bavly v. The Great Rabbinical Courts and Others*, 48, (2), PD 221. Il caso è commentato da R. HALPERIN-KADDARI, *Family Law and Jurisdiction in Israel and the Bavli Case*, in *Justice*, Summer 1994, p. 37; R. HALPERIN-KADDARI, *Expressions of Legal Pluralism in Israel: The Interaction Between the High Court of Justice and Rabbinical Courts in Family Matters and Beyond*, in *Jewish Family Law in the State of Israel*, 2002, p. 185.

¹⁵ *Ketubbàh* (letteralmente “documento”) è il contratto matrimoniale in aramaico consegnato dallo sposo alla sposa il giorno delle nozze e custodito dalla moglie. Tale documento, senza il quale le parti non possono essere considerati marito e moglie,



di indennizzo) risultava di gran lunga inferiore agli standard praticati dalle corti statuali. In motivazione, si legge che tale divario è da reputarsi lesivo, oltre che della parità dei sessi, della certezza che deve ispirare i principi di diritto civile, i quali non possono variare in base ai tribunali dai quali i cittadini vengono giudicati. Nel caso di specie, il primo giudice della Suprema Corte, Aarhon Barak, ebbe a dire che il valore di una proprietà non può mutare a seconda della cornice giuridica nella quale viene discussa la materia.

Sulla scia di questa sentenza, è andato consolidandosi l'orientamento secondo cui la giurisdizione dei tribunali religiosi non può dar vita a oasi teocratiche all'interno del sistema giuridico, in dispregio dei valori fondanti l'ordinamento, in primo luogo dei principi costituzionalmente¹⁶ garantiti dalla *Basic Law "Human Dignity and Liberty"*¹⁷ del 1992. La violazione dei diritti - vita, dignità umana, proprietà, lavoro, ecc. - tutelati da una legge fondamentale dello Stato legittimerebbe, pertanto, l'interferenza dell'Alta Corte sulle decisioni adottate dalle corti rabbiniche, pur se la stessa Suprema Corte tradisce un certo *self restraint*¹⁸ nella individuazione dei criteri alla luce dei quali operare un bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco.

stabilisce la responsabilità del marito e garantisce alla moglie il mantenimento grazie ai beni del marito in caso di morte di quest'ultimo, o un compenso pecuniario in caso di divorzio.

¹⁶ Con una risoluzione del 13 giugno 1950 (nota come "Harari Resolution"), il Parlamento israeliano (*Knesset*) deliberò di emanare una costituzione composta di capitoli isolati, ciascuno dei quali costituente una *Basic Law* ("the Constitution shall be composed of individual chapters, in such a manner that each of them shall constitute a basic law in itself. The individual chapters shall be brought before the Knesset [...] and all the chapters together will form the State Constitution"). In tal modo, e in una chiara ottica di compromesso, la *Knesset* non è venuta formalmente meno all'obbligo, assunto con la Dichiarazione di indipendenza, di elaborare una costituzione scritta, dall'altra, si è preservata la possibilità di far confluire in futuro le *basic laws* in un unico documento.

¹⁷ *Basic Law: Human Dignity and Liberty*, S.H. 150 (1992).

¹⁸ "The Supreme Court of Israel has not clearly or specifically addressed the balance between the rights and obligations of the husband and wife in the process of enforcing divorce judgments, neither before nor after the enactment of the of the two important constitutional Basic Laws enacted in 1992. A detailed policy analysis of the sanctions against recalcitrant spouses in Rabbinical courts in Israel - in light of the principles of Jewish and constitutional law in the country - has not yet been undertaken" (testualmente, **Y.S. KAPLAN**, *Enforcement of Divorce Judgments in Jewish Courts in Israel: The Interaction Between Religious and Constitutional Law*, in *Middle East Law and Governance*, 4, 2012, p. 1 ss., il quale, nel denunciare l'assenza di indicazioni della Suprema Corte, propone di individuare sanzioni atte a garantire l'*enforcement* delle obbligazioni gravanti sui coniugi all'indomani del divorzio, in conformità del diritto ebraico e dei principi costituzionali).



Nel caso “Sabag”¹⁹, ad esempio, l’eventualità di imporre sanzioni in capo al coniuge - il più delle volte l’uomo - riluttante ad adempiere le obbligazioni derivanti da una pronuncia di divorzio, fa registrare una incolore decisione del massimo organo giurisdizionale: da una parte, si censura l’operato del tribunale rabbinico, il quale, pur di costringere il marito al rilascio del *get* a favore della moglie, gli vieta di lasciare il territorio nazionale, con grave nocumento del suo diritto alla libertà di movimento (costituzionalmente garantito); dall’altra, è assente qualsiasi riferimento alle modalità attraverso cui realizzare l’*enforcement* di questo dovere²⁰. In circostanze simili, oggetto del caso “Abakis”²¹, il giudice Arbel ha affermato che il diritto della moglie

“to release herself from the chains of an undesirable marriage - stemming from her constitutional right to human dignity and liberty, as well as her right to autonomy and a normal family life - was more important than the husband’s constitutional right to freedom of movement”.

La corte ha, dunque, considerato preminente il diritto della moglie - la quale patisce conseguenze più gravose rispetto al marito in seguito al mancato rilascio del *get* -, ma sono del tutto assenti, in sede di motivazione, riferimenti alle modalità operative del *balance* tra il diritto della moglie a sottrarsi a un matrimonio non più desiderato e quello del marito a lasciare il territorio nazionale. È solo con il caso “Ploni”²² che la Suprema Corte formula una, sia pur timida, proposta nel segno di una “graduale implementazione” degli ordini restrittivi a carico del marito recalcitrante, attraverso sanzioni - imposte dalla corte rabbinica - via via più stringenti.

Allo stato, queste incursioni nel diritto halachico non hanno ancora condotto - ma è da più parti auspicato - a un *civil enforcement* del divorzio ebraico, così come è avvenuto in Canada²³, nello Stato dell’Ontario - con

¹⁹ H.C. 6751/04, *Sabag v. The High Rabbinical Court of Appeal*, (2004) P.D. 59 (2) 834, il cui precedente può essere agevolmente rinvenuto in H.C. 3914/92, *Lev v. Tel-Aviv Regional Rabbinical Court*, (1994) P.D. 48 (2) 502-505. Dello stesso tenore, più di recente, l’inedito caso 5156-64-1. *Decision by Rabbis Daichovsky, Bar Shalom and Buaron*. (16 elul 5768-16 september 2008), consultabile in www.rbc.gov.il/judgements/docs/244.doc.

²⁰ “the appropriate solution cannot be in conflict with the fundamental principles governing the propriety of legal proceedings, and these are not commensurate with the resolution of disputes by means of coercion and pressure that lack any legal basis, notwithstanding the gravity of the disputes”.

²¹ H.C. 2123/08, *Abaksis v. Abaksis*, (2008) (inedito).

²² H.C. 10736/07 *Ploni v. The High Rabbinical Court of Appeal*, (2008) (inedito)

²³ Cfr. **J.T. SYRTASH**, *Religion and Culture in Canadian Family Law*, Butterworths, Toronto, Vancouver, 1992, p. 128 ss.



L'Ontario's Family Law Act State 1990²⁴ -, e, a livello di legislazione federale - con il Divorce Act 1985²⁵ -, dove sono state introdotte specifiche misure avverso il marito che rifiuti di concedere o di ricevere il *get*. Ancor più decisa è stata la risposta fornita, sempre per via legislativa²⁶, dallo Stato di New York al "problema" delle *agunoth* (o *chained wives*). Il cd. "Get Statute" del 1983²⁷ subordina l'ottenimento del divorzio civile all'eliminazione, da parte dell'attore, uomo o donna che sia, di tutti gli ostacoli che si frappongono al nuovo matrimonio dell'altro partner, prevedendo appositi rimedi. A questo intervento ha fatto seguito il cd. "Second Get Law" del 1992²⁸ ("The Amendment of the Equitable Distribution Law of the State of New York"), il quale conferisce al giudice il potere di valutare, nella determinazione dell'assegno di mantenimento, i pregiudizievoli effetti che patisce la donna

²⁴ Ontario's Family Law Act State, section 56: (5) The court may, on application, set aside all or part of a separation agreement or settlement, if the court is satisfied that the removal by one spouse of barriers that would prevent the other spouse's remarriage within that spouse's faith was a consideration in making of the agreement or settlement. (6) Subsection (5) also applies to consent orders, releases, notices of discontinuance and abandonment and other written or oral arrangements. (7) Subsections ... (5) and (6) apply despite any agreement to the contrary.

²⁵ Cfr. Divorce Act 1985-Section 21.1, ove si stabilisce che, nel caso in cui un coniuge ostacoli il matrimonio, "then the court has the authority, after fifteen days from the filling out of the relevant affidavit, to dismiss any application or defense filed by the recalcitrant spouse and strike out any of his pleadings and affidavits filed".

²⁶ Sul cd. "first get law" nello Stato di New York vedi **L.S. KAHAN**, *Jewish Divorce and Secular Courts: The Promise of Avitzur*, in *Geo. L.J.*, 73, 1984, pp. 202-210; **L.M. WARMFLASH**, *The New York Approach to Enforcing Religious Marriage Contracts: from Avitzur to the Get Statute*, in *Brook. Law Revue*, 1984, vol. 50, p. 229 ss.; **B.J. REDMAN**, *Jewish Divorce: what Can be Done in Secular Courts to Aid the Jewish Woman?*, in *Ga. Law Revue*, 1984, vol. 73, pp. 409-416; **L.C. MARSHALL**, *The Religion Clauses and Compelled Religious Divorces: A Study in Marital and Constitutional Separations*, in *Nw U. Law Revue*, 1985, vol. 80, p. 204; **M. FELDMAN**, *Jewish Woman and Secular Courts: Helping a Jewish Woman Obtain a Get*, in *Berkley Women's Law Journal*, 1990, pp. 159-169.

²⁷ Il progetto di legge ("get bill") ha ricevuto l'approvazione di entrambi i rami del Parlamento dello Stato di New York ed è stato introdotto, l'8 agosto del 1983, nella section 253 delle *Domestic Relations Laws of New York State*, con il nome di "get law" or "get statute". L'approvazione della legge è stata accompagnata da un *memorandum*, con il quale il Governatore Mario Cuomo ha inteso sottolineare che il get law "was overwhelmingly adopted by the State Legislature because it deals with a tragically unfair condition that is almost universally acknowledged."

²⁸ Sul "second get law" 1992 cfr. **I. BREITOWITZ**, *The Plight of The Agunah: A study in Halachah, Contract and the first Amendment*, in *Mad. Law Revue*, 1992, vol. 51, p. 312 ss.; **L. ZORNBERG**, *Beyond the Constitution: Is the New York Get Legislation Good Law*, in *Pace Law Revue*, 1995, vol. 15, p. 703 ss.; **I. BREITOWITZ**, *Between Civil and Religious Law: The Plight of the Agunah in Modern Society*, Greenwood Press, Westport, 1993, pp. 209-237.



impossibilitata a risposarsi. Il disposto normativo ha suscitato, com'era prevedibile, vibrante proteste nella comunità ortodossa statunitense, per pretesa violazione del diritto mosaico e per presunta incostituzionalità, alimentando un vivace dibattito dottrinario - vieppiù all'indomani della legalizzazione dei *same sex marriages* da parte della *U.S Supreme Court*²⁹ - tra fautori e detrattori della cd. "privatizzazione" del matrimonio, ovvero del matrimonio governato esclusivamente da regole religiose.

Il problema della "chained wife" ha interessato anche i paesi di *civil law*, dove sono rare, ma non infrequenti, le ipotesi in cui tribunali statuali fanno diretto riferimento alle regole religiose³⁰. In Olanda, ad esempio, sin dal 1982, la Corte Suprema sanziona la condotta del marito riluttante al rilascio del *get*, ancorché ravvisi in tale comportamento una fattispecie di *tort of negligence*³¹, dunque di illecito, e non la violazione di un diritto della personalità.

Calata nel singolare contesto del sistema giuridico israeliano, la querelle non si presta tuttavia a una soluzione netta in termini di vittoria del "sacro" o del "profano", poiché la complessità e la stratificazione del modello impongono una riflessione sui rapporti che intercorrono tra diritto e religione in un ordinamento che si proclama liberale, democratico e, al tempo stesso, ebraico.

2 - Diritto, stato e religione nel modello giuridico israeliano: *religious law* vs. *secular law*?

²⁹ Il caso è *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

³⁰ Come rilevano **A. FUCCILLO, F. SORVILLO, L. DECIMO**, *The Courts and the Code. Legal Osmosis between Religion and Law in the Cultural Framework of Civil Law Systems*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 28 del 2017, p. 6, nei sistemi *civilian*, l'applicazione del diritto religioso può avvenire in due modi: "1. in the rare cases of direct referral to religious laws by the civil courts; 2. the state, in rare cases, reserve the jurisdiction in certain matters directly to religious courts".

³¹ Supreme Court 22 January 1982, *Nederlandse Jurisprudentie* 1982, 489. Ne dà conto, operando un parallelismo tra la condizione della donna ebraica e quella islamica in sede di divorzio, **S. RUTTEN**, *Applying Shari'a to Family Law Issues in Netherlands*, in **AA. VV.**, *Applying Shari'a in the West: Facts, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in The West*, a cura di M.S. Berger, Leyden University Press, Leiden, 2013, pp. 97-102, la quale, nel passare in rassegna le pronunce della Netherlands Supreme Court, osserva: "in all these cases, the application was based on tort: depending on the circumstances of the case and the interests involved, failure to cooperate with a religious divorce after a civil divorce has been obtained may be regarded as a civil wrong (negligence) committed against the exwife. The issue was thus resolved in accordance with the provisions of Dutch substantive private law".



La complessa relazione tra diritto, religione e stato presenta caratteri del tutto peculiari nell'esperienza israeliana. Come è stato autorevolmente rilevato, "among the Western style democracies, there is no other country which experiences more intensely the problem of religion's place"³². Ma è opportuno sgomberare il campo da facili equivoci. Riferita ai soli ebrei-ortodossi, la questione rivela un contrasto più formale che sostanziale: la tradizione rabbinica, osservata dalla maggior parte degli ebrei in Israele, non accetta l'idea di un diritto - inteso come insieme di regole coercitive - opposto alla religione, la quale richiede invece il compimento di atti liberi da ogni costrizione. La religione ha una dimensione "legale", poiché si manifesta anch'essa attraverso regole. Nel diritto halachico non v'è differenza tra norme che riguardano il rapporto tra l'uomo e Dio e norme che regolano le relazioni tra l'uomo e il proprio prossimo: entrambe sono considerate norme giuridiche appartenenti al medesimo e inscindibile *corpus iuris*. In questa prospettiva, diritto statale e religione non originano sistemi esclusivi e separati, bensì sistemi concorrenti³³.

Diversamente è a dirsi, là dove il rapporto tra legge, religione e stato coinvolga differenti correnti religiose e minoranze non ebraiche. Nello scontro tra un'ideologia sionista laica, la quale riconosce alla religione un ruolo importante, ma non esclusivo, nella creazione di uno Stato secolare che preservi la cultura nazionale ebraica³⁴, e una ideologia estrema, che giunge a negare ogni legittimazione allo Stato di Israele³⁵, il legislatore ha adottato una soluzione di evidente compromesso. La Dichiarazione di Indipendenza (1948) proclama la laicità del neonato Stato di Israele, garantendo la libertà di religione e di coscienza, ma, nel *Foundation of Law*

³² Testualmente **I. ENGLARD**, *Law and Religion in Israel*, in *Am. J. Comp. Law*, 1987, p. 185. In argomento vedi pure **A. RUBINSTEIN**, *Law and Religion in Israel*, in *Israel Law Review*, 1967, p. 185 ss. Sul tema vedi anche **ID.**, *Religious Law in the Israel Legal System*, Jerusalem, 1975, *passim*; **ID.**, *Law and Religion in Israel*, in *Israel Law Review*, 1967, p. 380; **R. MERENBACH**, *Religious Law and Religious Freedom in Saudi Arabia and Israel: A Comparative Study*, in *Hastings Int. Comp. Revue*, 1989, p. 235 ss; **D. FRIMER**, *Israeli Civil Courts and Rabbinical Courts under the Roof*, in *Israel Law Review*, 1990, p. 553 ss.

³³ **I. ENGLARD**, *Religious Law in the Israel Legal System*, cit., pp. 21-25; **B. LIFSHITZ**, *Israeli Law and Jewish Law. Interaction and Independence*, in *Israel Law Review*, 1990, p. 507, e, in risposta a quest'ultimo, **E. SHOCHETEMAN**, *Israeli Law and Jewish Law. Interaction and Independence*, *ivi*, p. 525.

³⁴ Secondo la corrente "secolare-sionista", la missione a cui sono chiamati gli israeliani consiste nella creazione di uno stato che salvaguardi la cultura e la tradizione ebraiche, delle quali la religione è soltanto un elemento, una parte (così **I. ENGLARD**, *Law and Religion in Israel*, cit., p. 187).

³⁵ Gli ebrei ortodossi e ultraortodossi rigettano ogni possibile relazione tra stato, diritto e religione e chiedono di vivere in maniera totalizzante la propria fede.



Act 1980 vengono sanciti i principi di libertà, giustizia ed equità della tradizione ebraica (*Moreshet Israel*). Ciò conferisce a Israele un carattere “duale”, di “jewish and democratic state”³⁶. L'intrinseca contraddizione è il risultato di una precisa scelta di *policy*, che mira a salvaguardare i delicati equilibri di convivenza tra ebrei, mussulmani e altre minoranze religiose.

L'opzione di demandare la disciplina del diritto di famiglia e dello statuto personale - materie nelle quali, evidentemente, sono più forti i particolarismi etnici - al diritto delle confessioni di appartenenza (ebraica, islamica, drusa, cristiana, ecc.), e, di riflesso, ai loro fori speciali³⁷, origina un sistema non uniforme di matrimonio e divorzio, che affonda le sue radici, come si è detto, nel sistema “Millet”, ereditato dagli inglesi, prima, e dai padri fondatori dello Stato di Israele, poi. Di fatto non esistono un matrimonio e un divorzio “civili” - il che rende Israele un unicum nel panorama delle democrazie occidentali³⁸ -, ma un matrimonio e un divorzio religiosi cui lo Stato riconnette effetti civili. Dalla identità religiosa dei coniugi discende la scelta della legge e della giurisdizione applicabili³⁹. Come a dire che un ebreo è tale per sempre, fino a quando non si converta a un'altra religione⁴⁰.

In un'epoca di multiculturalismo come quella attuale, tale prospettiva appare, in astratto, condivisibile; tuttavia non si può sottacere che il diritto di famiglia israeliano, nella velleità di preservare l'identità e la tradizione di Israele, si scontra con norme statuali che proibiscono⁴¹ la

³⁶ L'espressione è utilizzata da **R. HIRSCHL**, *The 'Constitutional Revolution' and the Emergence of the New Economic Order in Israel*, in *Israel Studies*, 1997, n. 1, p. 136.

³⁷ I tribunali religiosi applicano, quindi, il diritto delle singole confessioni, ma derivano la loro autorità dallo Stato. A rigore, essi dovrebbero essere sottoposti al controllo della Suprema Corte, come High Court of Justice, unicamente per questioni di giurisdizione; tuttavia, come si è detto *supra*, l'intervento dell'Alta Corte è divenuto, via via, più invasivo.

³⁸ **M. LERNER**, *Religious Liberty in the State of Israel*, in *Emory Intern Law Revue*, 2007, vol. 21, p. 252; vedi pure **G. SAPIR**, *How Should a Court Deal with a Primary Question That the Legislature Seeks to Avoid? The Israeli Controversy Over Who Is a Jew as an Illustration*, in *Vand. J. Transnat. Law*, 2006, vol. 39, p. 1260.

³⁹ **F. RADAY**, *Israel. The Incorporation of Religious Patriarchy in a Modern State*, in *Intern. Revue Comp. Pub. Pol.*, 1992, vol. 4, p. 210; **M. KARAYANNI**, *In the Best Interests of the Group: Religious Matching under Israeli Adoption Law*, in *Berkeley Law. J. Middle E. and Islamic*, 2010, vol. 3, p. 8 ss.

⁴⁰ **N. BRACKMAN**, *Who Is a Jew? The American Jewish Community in Conflict with Israel*, in *Journal of Church and State*, 1999, vol. 41, p. 809.

⁴¹ **D. HACKER**, *Religious Tribunals in Democratic States: Lessons from the Israeli Rabbinical Courts*, in *Journal of Law and Religion*, October 2010, osserva: “currently, there is heated political and scholarly debate about the tension between the norms of multiculturalism, which dictate that religious communities be allowed to preserve their values and culture,



discriminazione (anche di genere): la disciplina del get è emblematica della condizione di subordinazione in cui versa la donna, ponendosi in evidente contrasto con il principio della parità tra i coniugi. Tanto determina un dualismo sul piano normativo tra diritto secolare e diritto religioso, introducendo nel modello giuridico una sorta di elemento federativo, che genera forti tensioni tra i principi che ispirano la *Western Legal Tradition* e la componente religiosa, con inevitabili, perniciose, ricadute sui formanti legislativo e giurisprudenziale⁴².

La mancanza di una separazione netta tra Stato e religione, a differenza di quanto avviene negli Stati Uniti e in diversi altri paesi del mondo, fa sì che organizzazioni religiose siano parte del sistema della pubblica istruzione, abbiano un proprio dipartimento governativo, ricevano finanziamenti statali, svolgano funzioni ufficiali. L'inscindibile nesso tra legge e religione è causa della trasposizione, sul piano giuridico, di veri e propri conflitti ideologici in ordine al ruolo del diritto ebraico nel moderno sistema israeliano. Le correnti sioniste, influenzate dalle teorie della scuola storica di Savigny, considerano il linguaggio e le leggi espressioni della cultura nazionale (*Volkgeist*) e propongono il ritorno all'utilizzo della lingua ebraica, congiuntamente alla riappropriazione del *cultural-national core* del loro diritto depurato dall'involucro esterno dell'elemento religioso⁴³. Le componenti ortodosse, al contrario, identificano la stessa cultura ebraica con la religione e, nella tensione verso lo Stato ideale descritto dalla *halacka*, accettano la parziale recezione della *Moreshet Israel* nel moderno diritto di Israele come fase intermedia e di preludio a una completa trasposizione da attuarsi in tempi più propizi. Secondo questa prospettiva "panreligiosa", l'intero diritto privato -

including through autonomy over family law, and liberal norms prohibiting the discrimination that religious family law can perpetrate". Sulla discriminazione di genere cfr. **A. SHACHAR**, *Multicultural Jurisdictions: cultural differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, 46; **R. HALPERIN-KADDARI**, *Women in Israel: A State of their own*, Univ. Penn. Press, 2004, 228.

⁴² Pone in evidenza il contrasto tra sistema secolare, fondato sul principio di parità dei coniugi, e diritto ebraico, che afferma la disegualianza tra marito e moglie, **S. COLOMBO**, voce *Israele*, in *Digesto Disc. Priv.*, 4^a ed., Sez. Civ., vol. X, Utet, Torino, 1993, p. 208, la quale segnala le inevitabili incongruenze di "un diritto di famiglia ripartito in modo da regolarne l'aspetto ritenuto secolare secondo leggi secolari e tutti gli altri secondo principi differenti, quando non diametralmente opposti", concludendo che l'ignoranza della "interdipendenza dei diritti e dei doveri economici e non economici, non può che portare a norme e sentenze contraddittorie e confliggenti".

⁴³ La felice immagine è di **I. ENGLARD**, *The Problem of Jewish Law in a Jewish State*, in *Israel Law Revue*, 1968, p. 254, il quale suggerisce di depurare il diritto ebraico dai suoi caratteri religiosi.



contratti, responsabilità civile, diritto commerciale, non soltanto la materia dello *status personae* -, deve essere appannaggio del sacro.

L'essenza intrinsecamente religiosa dell'antico diritto ebraico e l'impossibilità di isolare i principi giuridici dall'etica e dai valori della morale attestano la parzialità di entrambe le teorie. Lo speciale carattere di un sistema giuridico non risiede, come affermano le correnti secolari, né nella "romantica" ricerca dell'identità nazionale, né nell'adozione, auspicata dalla corrente estremo-ortodossa, di soluzioni identiche a quelle elaborate dal "diritto dei padri", ma va rinvenuto nel suo apparato concettuale e dogmatico. Dottrina e giurisprudenza, pur senza rinnegarlo, mirano a stemperare l'influsso del diritto divino e ad adattarlo al contesto del moderno stato di Israele, riconoscendolo come una delle componenti, non l'unica, del formante legale.

Nello specifico caso del diritto di famiglia, ci troviamo al cospetto di un sistema composito - da taluni definito ibrido per effetto della "fatale attrazione"⁴⁴ tra diritto sacro e diritto secolare -, il quale genera risultati non sempre, almeno *prima facie*, coerenti con un sistema che si proclama liberale, laico e democratico⁴⁵. Di fatto talune materie - come l'affidamento dei figli e le assegnazioni di carattere patrimoniale - sono oggetto di una giurisdizione concorrente di tribunali religiosi e tribunali statuali, entrambi chiamati ad applicare il diritto secolare; altre - come l'assegno di mantenimento a favore della moglie - obbligano entrambe le corti ad applicare il diritto religioso; altre ancora - le successioni, ad esempio - vedono corti religiose e corti statuali applicare ciascuna il proprio diritto. In questo quadro frastagliato, il diritto statale si muove nell'ombra del diritto religioso con il malcelato intento di arginare le (pretese) anomalie cui danno luogo il matrimonio e il divorzio religiosi, particolarmente nei confronti dei

⁴⁴ Le locuzioni tra virgolette sono mutate da **K. CARMIT YEFET**, *Israeli Family Law as Civil Religious Hybrid: a Cautionary Tale of Fatal Attraction*, in *Univ. of Illinois Law Review*, 2016, vol. 4, p. 1509, la quale, criticamente, osserva: "Religion's formal monopoly on these areas of family law breeds an irreconcilable value conflict between the patriarchal Muslim, Christian, and Jewish religious systems, on the one hand, and the liberal, egalitarian, and progressive civil system, on the other. In a well-meaning attempt to navigate between these two value systems, civil law, operating in the shadow of religious law, has developed an underground set of civil alternatives to religiously defined marriage and divorce. The result of this secular subterfuge, we shall see, is a perturbed hybrid, a civil-religious entanglement rife with costs and complications largely borne by the most vulnerable members of society: women and children".

⁴⁵ **P. SHIFMAN**, *Civil Marriage in Israel. The Case for Reform*, in *Jewish Family Law in the State of Israel*, 2002, vol. 9.



soggetti più deboli come donne e minori. Le sortite del legislatore e della Corte Suprema nel diritto halachico sembrerebbero deporre in tal senso.

Nondimeno, un diritto di famiglia così congegnato possiede delle peculiarità che si possono comprendere soltanto collocandolo nel più ampio contesto di un modello giuridico stratificato e composito, che ha radici storiche e culturali profonde⁴⁶. L'ordinamento israeliano denota una molteplicità di influenze⁴⁷ che non sembra avere eguali in altre esperienze giuridiche. La dominazione ottomana prima, il mandato britannico sulla Palestina tra i due conflitti mondiali e la costituzione, nel 1948, dello Stato di Israele danno conto della eterogeneità del formante legale in cui oggi si sovrappongono, talvolta confusamente, leggi e consuetudini di origine ottomana, *common law* ed *equity* inglesi, *ordonances* coloniali e diritto religioso, per l'appunto. Il sistema giuridico israeliano non è di derivazione biblica; piuttosto è un mosaico le cui componenti sono mussulmane, francesi, ebraiche e inglesi. Ma è proprio in materia di status personale, di matrimonio e divorzio che la legge degli antichi padri dispiega i suoi effetti, essendo il contributo della legge ebraica in altri settori del diritto privato del tutto marginale.

Il matrimonio, pur costellato da divieti non immediatamente comprensibili agli occhi dell'osservatore esterno⁴⁸ - primo su tutti quello di unione tra ebrei e non ebrei - e pur caratterizzato da un cerimoniale "esotico" - come nell'illustrato caso dell'immersione nella vasca rituale (*miqveh*) - si giustifica alla luce della scelta di incorporazione diretta effettuata, a monte, dal legislatore israeliano. Scelta che pare difficilmente revocabile in dubbio e che, comunque, si giustifica nel più ampio contesto

⁴⁶ "While the resulting system appears to be accommodating to cultural subgroups, I argue that it in fact undermines the very right the State seeks to protect in its purportedly multiculturalist approach - religious liberty" (testualmente, **K. CARMIT YEFET**, *Israeli Family Law as civil-religious hybrid: a cautionary tale of fatal attraction*, in *Univ. of Illinois Law Review*, 2016, p. 1509).

⁴⁷ Sul punto si rinvia a **L. SAPORITO**, *Il modello israeliano di diritto civile*, in *Quaderni del Dipartimento dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei*, diretti da P. Sanzione, Salerno, 1998, sez. ricerche n. 7, p. 9 ss.

⁴⁸ Com'è noto, il diritto di sposarsi, oltre a essere riconosciuto a livello internazionale nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, trova fondamento nelle costituzioni di molti paesi della tradizione occidentale o, comunque, è oggetto, come nell'esperienza statunitense, del *case law* (cfr., in argomento, **L.D. WARDLE**, *Loving v. Virginia and the Constitutional Right to Marry, 1790-1990*, in *How. Law Journal*, 289 (1998), vol. 41, p. 289 ss.; **J. RUBELLIN-DEVICHI**, *Family Law: The Continuity of National Characteristics*, in *The European Family*, a cura di J. Commaille e F. de Singly, Kluwer Academic Publishers, 1997, p. 45 ss.).



di un modello giuridico caratterizzato (anche) dall'elemento tradizionale-religioso.

Altro è domandarsi se la materia dei rapporti coniugali possa generare una zona franca all'interno dell'ordinamento, impermeabile al diritto secolare e votata all'illiberalità⁴⁹. Sotto questo aspetto le censure di una parte della dottrina sembrano, invero, ingenerose⁵⁰. È sufficiente porre mente alle pronunce della Corte Suprema in materia di assegno di mantenimento o di *personal claims*, costellate di frequenti richiami all'osservanza di principi come quello dell'uguaglianza tra i coniugi⁵¹, che hanno significativamente ridimensionato l'originaria anima patriarcale delle relazioni coniugali secondo il diritto halachico. L'attivismo della magistratura israeliana a tutela delle libertà individuali nell'ambito dei rapporti familiari di tutti i cittadini israeliani (credenti, non credenti e non appartenenti ad alcuna comunità religiosa) è però mal tollerato - se non apertamente osteggiato, come nel caso del Gran Rabbinate di Israele⁵² - da quanti reputano che, per tal via, i giudici avrebbero violato il compromesso storico tra laici e ortodossi, avallando una interpretazione non rispettosa della legge mosaica⁵³. Nei fatti, è proprio grazie all'operato dei giudici che, ancor prima dell'emanazione delle *Basic Laws* a tutela dei diritti fondamentali, si è formato un "Judicial Bill of Rights"⁵⁴.

Ugualmente appaiono sterili le censure riguardo i "costumi" osservati nello svolgimento del giudizio dinanzi alle corti rabbiniche, dove

⁴⁹ In tal senso, **P. SHIFMAN**, *Civil Marriage in Israel*, cit., p. 9 ss.

⁵⁰ Propongono una visione più sfumata del diritto familiare israeliano, sottoposto, soprattutto negli Stati Uniti, a una violenta critica in termini di illiberalità **G. SAPIR-D. STATMAN**, *Religious Marriage in a Liberal State*, in *Cardozo Law Review*, 2009, vol. 30, p. 2868 ss.

⁵¹ Nel già citato caso "Bavli", uno dei giudici più autorevoli della corte rabbinica ebbe a dire che il principio dell'uguaglianza tra i coniugi doveva essere "internalizzato" nel diritto ebraico (cfr., sul punto, **S. DIKHOVSKY**, *The Principle of Common Ownership - Is it the Law of the Land?*, in *Techumin*, 1998, p. 18; *contra*, **A. SHERMAN**, *The Principle of Common ownership in Light of Torah Law*, *ivi*, p. 32).

⁵² Il Chief Rabbinate of Israel è un organo di diritto pubblico con funzioni spirituali e giurisdizionali: cfr., in argomento, **A.M. RABELLO**, *Il Rabbinate centrale di Erez Israel*, in *Daimon, Ann. Dir. comp. delle religioni*, vol. 3, il Mulino, Bologna, 2003, p. 115 ss., il quale rammenta che spetta al Rabbinate dettare disposizioni circa il funzionamento dei tribunali rabbinici e le procedure da seguire.

⁵³ In tal senso **P. SHIFMAN**, *Family Law in Israel: the Struggle between Religious and Secular Law*, in *Israel Law Review*, 1990, vol. 24, p. 539 ss.

⁵⁴ L'esatto rilievo è di **S. BALDIN**, *La rilevanza del diritto ebraico nello Stato di Israele*, in **AA. VV.**, *Diritti tradizionali e religiosi in alcuni ordinamenti contemporanei*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2005, p. 104.



L'usanza di coprirsi il capo è reputata dai non osservanti una intollerabile limitazione della propria libertà di coscienza. Com'è stato precisato dalla Corte Suprema nel caso "Rish"⁵⁵, indossare il *yarmulke* è un comportamento cui non deve riconnettersi la valenza di identificazione con un simbolo religioso o di adempimento a un precetto divino, trattandosi di una mera consuetudine motivata dal rispetto nei confronti dell'autorità giudicante, al punto da essere osservata anche dai non credenti.

Occorre, infine, considerare che, accanto all'opera di secolarizzazione condotta dalla giurisprudenza, meritevole è il contributo dato dalla *Knesset*, che, sin dagli anni sessanta dello scorso secolo, ha varato significative leggi come quella in materia di successione (1965), che ha affermato la pari dignità giuridica tra donna sposata e donna convivente in talune materie del diritto successorio; la legge sulla dissoluzione del matrimonio in casi speciali (1969), la quale ha introdotto il divorzio civile per le coppie miste o non affiliate ad alcuna comunità religiosa; la legge sulle relazioni finanziarie tra i coniugi (1973).

3 - L'incorporazione del diritto ebraico nel modello israeliano: *law as religion, religion as law*

Nell'ottica del comparatista, la riserva di giurisdizione a favore dei tribunali rabbinici in materia di matrimonio e divorzio costituisce un chiaro esempio di incorporazione "diretta" del diritto ebraico nel sistema giuridico israeliano⁵⁶, poiché è il diritto statuale a fare espresso richiamo alla Halachá. Di là dalla materia dello statuto personale, la recezione della legge mosaica passa attraverso specifici atti legislativi emanati dalla Knesset - si pensi ai divieti di circolazione dei trasporti pubblici nei giorni festivi o alle rigorose prescrizioni alimentari⁵⁷ del regime kosher - nonché attraverso atti

⁵⁵ HCJ 1912/97 Rish v. Chief Rabbinate of Israel [1998] IsrSC 52(5) 650 (nel caso di specie, l'attore - dichiaratamente laico - assumeva che l'obbligo di indossare il tradizionale copricapo (*yarmulke*) dinanzi alla corte rabbinica si poneva, in quanto simbolo religioso, in insanabile contrasto con la sua libertà di coscienza. La Corte replicò che, così come in altri paesi è costume tenere il capo scoperto in certe circostanze, allo stesso modo appartiene alla tradizione ebraica l'uso, osservato anche dai non ebrei, di indossare il *yarmulke* per rispetto nei confronti della corte, e non per conformarsi a un precetto religioso).

⁵⁶ L. SAPORITO, *L'esperienza israeliana di diritto civile: dal modello misto allo jus commune europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 449 ss.

⁵⁷ Il rapporto tra cibo e religione è efficacemente indagato da A. FUCCILLO, *Il cibo degli dei. Diritto, religioni, mercati alimentari*, Giappichelli, Torino, 2015, p. VIII, il quale osserva che le religioni "producono canoni alimentari frutto delle loro tradizioni e liturgie che si



amministrativi, soggetti comunque al controllo del Parlamento in ordine alle motivazioni che ne sono a fondamento. In altri termini, nell'ordinamento israeliano, il diritto ebraico viene applicato come diritto dello Stato se e in quanto recepito per via legislativa dalla Knesset, e nei limiti di questa recezione, o, in alternativa, per effetto del rinvio, come nel caso del diritto matrimoniale, alla giurisdizione esclusiva delle corti rabbiniche.

In altri ambiti del diritto civile, l'influenza del fattore religioso è indiretta, ma non per questo meno significativa. Ciò avviene allorché il legislatore o il giudice utilizzino termini e formule tradizionali o aderiscano, più o meno consapevolmente, a modelli giuridici ebraici⁵⁸ (cd. incorporazione "per riferimento"). Nel primo caso, l'identità linguistica gioca un ruolo determinante, poiché è evidente che il comune idioma favorisce il "trapianto" di istituti religiosi all'interno del diritto statale, pur se taluni contestano una interpretazione eccessivamente laica di detti termini, non fedele cioè al loro originario significato. Nel secondo caso, è la mentalità del giurista a conformare le soluzioni dell'interprete, naturalmente proiettato, per ragioni diremmo congenite, verso soluzioni operative ricalcate sul diritto halachico, intimamente (e, forse, inconsciamente) considerato un modello da imitare. Per tal via, si spiegherebbe anche la tendenza a "ebraicizzare" regole e istituti presi a prestito dalle esperienze giuridiche straniere.

Quando l'incorporazione è indiretta, il dato che una corte statale faccia riferimento a precetti della legge mosaica non è però garanzia di uniformità di interpretazione rispetto alla giurisprudenza delle corti rabbiniche, nella misura in cui i giudici secolari si avvalgono di fonti non prese in considerazione dalle autorità religiose - come le leggi statali e le norme di diritto internazionale privato⁵⁹ - e di proprie procedure. Tale divergenza si giustifica in ragione del fatto che, tendenzialmente, i giudici statali non si ritengono obbligati a ricorrere alla fonte religiosa, cui non si

traducono a volte in meri consigli ma più spesso in veri e propri precetti di obbligatori osservanza per il fedele"; **ID.**, *Saziare le anime nutrendo il pianeta? Cibo, religioni, mercati*, in **AA. VV.**, *Cibo, Religione e Diritto. Nutrimento per il corpo e per l'anima*, a cura di A.G. Chizzoniti, Libellula edizioni, Tricase, 2015, p. 27 ss.

⁵⁸ **S. BALDIN**, *La rilevanza del diritto ebraico nello Stato di Israele*, cit., p. 101 s., la quale motiva l'incorporazione "per riferimento" alla luce del principio, caro ai comparatisti, del cd. "minimo sforzo", secondo cui l'imitazione di un modello giuridico può dipendere da fattori come la "mentalità" del giurista israeliano, incline a utilizzare in maniera anche non consapevole, il diritto religioso, o da "crittotipi", ovvero formanti non espliciti che operano nell'ordinamento giuridico.

⁵⁹ **B. LIFSHITZ**, *Israeli law and Jewish Law*, cit., p. 508.



..riconnette forza di precetto normativo, ma di crittotipo, ovvero di patrimonio culturale che opera, con le sue regole e le sue tradizioni, tra le pieghe dell'ordinamento, e dal quale occorre, al più, trarre ispirazione⁶⁰.

In entrambe le evenienze - incorporazione diretta e incorporazione per riferimento - le evidenti interconnessioni tra diritto statale e diritto religioso depongono per un ripensamento del rapporto tra Law e Religion, in termini non necessariamente dicotomici. Se, da una parte, è innegabile, e sotto più profili condivisibile, il processo di secolarizzazione⁶¹ delle materie attinenti allo status personale a opera della giurisprudenza statale, nel segno del rispetto dei diritti fondamentali della persona e dei principi che governano il diritto civile; dall'altro, occorre riconoscere che, nell'attuale società multiculturale e multireligiosa, e sotto la spinta degli incessanti flussi migratori, minoranze etniche e gruppi religiosi rivendicano la propria identità culturale⁶². In questo nuovo contesto, l'atavico contrasto tra diritto alla differenza e tutela dei diritti universali dell'uomo non si presta più a essere risolto chiamando in soccorso il principio di laicità⁶³. Durante la *Secular Age*⁶⁴, Occidente e Cristianità costituivano un binomio inscindibile, un'endiadi, cui si contrapponeva agevolmente il concetto di laicità. Oggi - nel passaggio da un costituzionalismo moderno, caratterizzato dalla sovranità degli Stati, a un costituzionalismo "contemporaneo", destatalizzato e fondato sulla sovranità dei diritti fondamentali -, le plurime culture e religioni esistenti si propongono come alternativa allo Stato, o addirittura in contrasto con esso, sì che il problema della identità cultural-religiosa assume sembianze del tutto inedite.

⁶⁰"The Israeli Legal System is not part of the culture of Jewish Law, although the latter does influence it" (A. BARACK, *The Tradition and Culture of the Israeli Legal System*, in AA. VV., *European legal traditions and Israel: essays on legal history, civil law and codification, European Law, Israeli Law*, a cura di A. Mordechai Rabello, The Hebrew University of Jerusalem, 1994, p. 474)

⁶¹ L'espressione è mutuata da un datato, e antesignano, scritto di H. Cohn, *Secularization of Divine Law*, in G. TEDESCHI, U. YADIN, *Studies in Israel Legislative Problems*, The Hebrew University of Jerusalem, 1966, p. 55.

⁶² Sul tema si rinvia a S. BENVENISTE, *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton University Press, 2002, spec. p. 120 ss. (traduzione italiana a cura di A.R. Dicuonzo, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, il Mulino, Bologna, 2005).

⁶³ Come rileva F. ALICINO, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, Cedam, Padova, 2011, p. XXV, "con l'avvento degli stati-nazione, e nonostante la varietà delle sue formulazioni, la laicità è stata considerata come uno dei più importanti mezzi di composizione del conflitto di lealtà tra la *civitas* (l'ordine pubblico tendenzialmente atemporale) e le comunità dei *fideles* (i gruppi religiosi)".

⁶⁴ C. TAYLOR, *A Secular Age*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2007.



In questo mutato scenario, la doverosità che si riconnette a regole di carattere religioso funge da fattore di identificazione culturale⁶⁵; rafforza il senso di appartenenza alla comunità a prescindere dalla geografia politica; «attenua la percezione della “sindrome da sradicamento” indotta dalla frantumazione del rapporto tra luogo e cultura⁶⁶».

Nel caso di Israele, la religione ha costituito un formidabile “collante” dell’identità di un popolo smembrato e privo, fino a un recente passato, di una organizzazione statale⁶⁷. In tale prospettiva, la simbiosi tra precetto religioso e precetto giuridico che si registra in materia di statuto personale, e che si palesa nell’ampia sfera di giurisdizione di cui godono i tribunali rabbinici, pur costituendo una indubbia anomalia rispetto al modello invalso presso i sistemi giuridici governati dalla rule of law, appare di più agevole comprensione.

La moderna scienza comparativa, superati anacronistici problemi classificatori, sottolinea la dinamicità dei sistemi giuridici, la coesistenza in ciascuno di essi di strati e substrati differenti, la sovrapposizione di imitazioni e ricezioni che incidono a livello di formanti o di materie⁶⁸. Nessun sistema è pienamente fedele a un unico modello. Ciò è particolarmente evidente nelle aree nelle quali a un ordinamento romanista di tipo arcaico si è giustapposto un sistema di *common law*, eventualmente federale, o a un modello tradizionalistico, proprio di popoli che non conoscevano l’uso della scrittura, si è sovrapposto uno strato sciariatico di derivazione islamica. Analogamente, la colonizzazione o la semplice

⁶⁵ Fa riferimento al “bisogno di radici” **S. FERRARI**, *Tra geo-diritti e teo-diritti. Riflessioni sulle religioni come centri transnazionali di identità*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2007, 1, p. 9.

⁶⁶ Testualmente, **R. SANTORO**, *L’attività di conciliazione svolta dai Muslim Arbitration Tribunals*, in *Quaerite*, 2012, n. III/1, p. 253, il quale osserva: “L’attuale contesto sociale, caratterizzato da un accentuato pluralismo etnico e religioso, nel sollecitare la ricerca di nuovi punti di riferimento nella sfera del sacro, ha determinato la diffusione di regole comportamentali sostenute da un superiore sentimento di doverosità, alle quali viene assegnato talvolta un rilievo prevalente rispetto al diritto di produzione statale”.

⁶⁷ Attribuisce alla religione la funzione di mantenimento dell’identità del popolo ebraico **P. GLENN**, *Le tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 171, il quale, nel suo volume, ricostruisce le sette maggiori tradizioni giuridiche presenti al mondo, “figlie” delle tradizioni religiose: indigena, talmudica, islamica, confuciana, hindu, civil law, common law.

⁶⁸ Così Rodolfo Sacco, in **A. GAMBARO, R. SACCO**, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 1996, p. 20 s., il quale ammonisce sulla arbitrarietà della scelta dei criteri utilizzabili a fini classificatori: “In ogni momento dato ogni sistema sta mutando la propria collocazione, e nessun sistema combacia strettamente con un solo modello. L’area dove prospera un grande modello giuridico è trasversale rispetto alle aree dove è installato un dato sistema”.



imitazione di sistemi stranieri hanno innestato modelli di *civil* e di *common law* su di un tessuto tradizionalista e/o sciaratico⁶⁹. Questa stratificazione è valsa al sistema giuridico israeliano l'etichetta di "mixed jurisdiction", stante la difficoltà di ricondurre il modello in questione all'interno delle note famiglie giuridiche. Etichetta che, per amor di tassonomia, è possibile tenere ferma a due condizioni: 1) interrogarsi sulle ragioni e sull'entità dell'influenza dei modelli di *civil* e di *common law* sull'ordinamento israeliano, senza lasciarsi fuorviare dalle caratteristiche più appariscenti; 2) prendere atto della essenza intrinsecamente pluralista di tutti sistemi giuridici, verificando il rapporto esistente in ciascuno di essi tra le diverse fonti di produzione del diritto.

Sotto il primo profilo, le inevitabili connessioni tra diritto e realtà economico-sociale hanno fatto sì che, per certi versi, il sistema israeliano si conformasse al modello anglo-americano, con il quale più forti sono i legami di natura economica; ma se la tradizione giuridica è parziale espressione di una civiltà, non si può non avvertire l'estraneità storica e culturale di Israele alla famiglia di *common law*. Gli antichi popoli del Mediterraneo e le civiltà fiorite tra il Tigri e l'Eufrate hanno consegnato per primi alla scrittura le proprie regole giuridiche. Sul monte Sinai Mosé consacrava nelle dodici tavole i precetti che il popolo ebraico era chiamato a osservare. L'adozione, durante la dominazione ottomana, di un codice (Mejelle) che risentiva di una duplice influenza, islamica e francese, e la sospirata codificazione del diritto civile, ancora in fase progettuale⁷⁰,

⁶⁹ Il processo di creazione dei sistemi "misti" o "intermedi" è in **R. SACCO**, voce *Diritti stranieri e sistemi di diritto contemporaneo*, in *Digesto delle Disc. Priv.*, 4^a ed., Sez. Civ., Utet, Torino, 1992, p. 7.

⁷⁰ Il progetto di codice civile israeliano è illustrato da **P. AURICCI**, *Israel from Common Law to Civil Law: Israeli Civil Code, Dream or Reality?*, relazione tenuta in occasione del XXIst Annual Forum of Young Legal Historians, "Law in Transition", Tel Aviv, 1-3 March 2015, la quale, nell'esaminare il contenuto del Draft (che prevede general principles, legal acts, obligations, property), sottolinea il particolare significato che assume la codificazione in un sistema cd. "misto" e peculiare come quello israeliano, sollevando questioni fondamentali quali "the value and scope of certainty as a guide for the legal system or to what length should the quest for coherence go in guiding the legislator", nonché "the impact of the codification on the recent society". L'idea della codificazione è risalente e ha affascinato la dottrina israeliana, la quale non ha esitato ad attribuire alla feconda attività legislativa della Knesset in materia di diritto civile il valore di codificazione "di fatto" (in tale senso, tra gli altri **U. PROCACCIA**, *Principles of Construction of Israeli Law Especially the Law of Contracts, with Reference to English Law*, in *Tel Aviv U.S.L.*, 1975, p. 149: "the new statutes are intended to be chapters in the Israeli civil law system. They were not intended to amend or revise existing law but to supplant an old, foreign legal system and to create in its place a new, local Israeli system". *Contra*, **A. BARACK**, *The Codification of Civil Law and the Law of Torts*,



testimoniano la comunanza di Israele con la tradizione europea continentale.

D'altro canto non si può sottacere il ruolo che giocano altre fonti del diritto come la consuetudine⁷¹; la tradizione di Israele - considerata un principio generale di interpretazione del diritto vigente - e il precedente vincolante, particolarmente per ciò che concerne la portata verticale della regola *stare decisis*⁷².

Quanto al secondo aspetto, una corretta indagine comparativa postula la conoscenza degli elementi "determinanti"⁷³ di ciascun ordinamento; la misurazione delle dinamiche interazioni e combinazioni esistenti tra modelli autoctoni e importati, tra diritto ufficiale e diritto "sommerso"; la verifica della continua interazione tra diritto e tradizione⁷⁴ nella creazione della regola operativa. L'abbandono di una prospettiva monistica, che considera il diritto avulso dal contesto sociale, passa

in *Israel Law Revue*, 1990, p. 629, il quale denuncia i limiti dell'apparato normativo esistente: "it was enacted piecemeal - not unlike the various Basic Laws - without any attempt to coordinate the different chapters").

⁷¹ Il ruolo della consuetudine non è, invero, pacifico all'interno della gerarchia delle fonti. Come nota **R. DELFINO**, in G. Alpa (ed.), *Corso di sistemi giuridici comparati*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 146, "essendo Israele una società aperta all'immigrazione di diverse aree geografiche e culturali, per esigenze di certezza del diritto, il legislatore ha spesso sentito la necessità di trasformare usi e consuetudini in diritto positivo, traducendone il contenuto in legge". Nello stesso senso **A. BARAK**, *The Tradition and Culture of Israeli Legal System*, Jerusalem, 1994, p. 484. *Contra*, **Y. MERON**, *Is a Custom a Source of Law in Israel?*, in *Israel Law Revue*, 1974, p. 221, il quale reputa le consuetudini fonti non indipendenti, bensì derivate, la cui esistenza è subordinata alla recezione giurisprudenziale della Suprema Corte. In argomento vedi pure **R. GAVISON**, *The Relationship in Contemporary Legal System between Written and Unwritten Sources of Law*, in **S.Z. FELLER**, *Israeli Report to the VIII Congress of Comparative Law*, 1970, p. 38.

⁷² La portata verticale dei precedenti posti dalla Corte Suprema è ribadita dall'art. 20 *Basic Law: Judicature*: "a) A rule laid down by court shall guide any lower court; b) A rule laid down by the Supreme Court shall bind any court other than the Supreme Court itself".

⁷³ "Gli elementi determinanti esprimono, individualmente e soprattutto congiuntamente, i sistemi di principi e di valori e le finalità teleologiche dell'ordine giuridico in questione" (testualmente, **L.J. CONSTANTINESCO**, *Introduzione al diritto comparato*, edizione italiana a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, R. Favale, vol. I, Giappichelli, Torino, 1996, p. 224.

⁷⁴ Sul ruolo di diritto, politica e tradizione nella sistemologia moderna cfr. **U. MATTEI**, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, in *Scintillae Iuris, Studi in memoria di G. Gorla*, I, Giuffrè, Milano, 1994, p. 780 ss., il quale diffida dalla classificazione dei sistemi giuridici ispirata da un'ottica "eurocentrista", che tradisce una decisa diffidenza verso ordinamenti non governati dalla *rule of law*, bensì dalla *rule of politics* o dalla *rule of tradition*.



attraverso l'analisi del rapporto intercorrente tra le fonti non statuali del diritto e tra i poteri in grado di legittimare le norme⁷⁵.

Alla luce di queste considerazioni, le pretese "anomalie" del diritto israeliano risultano alquanto ridimensionate. L'attività istituzionale delle corti rabbiniche e l'indiretto rinvio al diritto divino da parte dei tribunali statuali, lungi dal generare oasi teocratiche nell'ordinamento, testimoniano di un processo osmotico tra diritto e religione, fattori concorrenti nel processo di produzione della regola operativa⁷⁶. Le decisioni dei Beis Din - alla stregua di quanto avviene nei paesi di civil law (Italia e Spagna) che prevedono una riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici - sono vincolanti per le parti, le quali riconoscono alle regole religiose valenza di regole giuridiche. L'adesione del fedele a un credo religioso non fa tuttavia venire meno la sua condizione di "cittadino".

Come è stato efficacemente rilevato

«religious courts produce norms that have their source directly in the religious legal tradition, in so doing "religion as law". Everyone can follow his/her religious affiliation being at the same time faithful and citizen. This particular status leads to the continuous osmotic process between state and religious orders. In this regard, it is possible affirm that "religion as law"»⁷⁷.

4 - *Beis Din*, identità religiosa e risoluzione alternativa delle controversie

Le istanze volte alla affermazione della identità culturale e religiosa trovano, altresì, espressione attraverso il ricorso ai *Beis Din* in funzione di *arbitration courts*. Similmente a quanto accade nelle comunità islamiche, dove, soprattutto nelle esperienze di *common law*, la risoluzione delle controversie è affidata ai *Muslim Arbitration Tribunals* (MAT)⁷⁸, i tribunali

⁷⁵ Il ruolo del diritto tradizionale o consuetudinario e la pluralità dei suoi significati secondo il contesto storico e sociale sono descritti da **M. GUADAGNI**, *Il modello pluralista*, in **AA. VV.**, *Sistemi giuridici comparati*, a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, R. Favale, vol. IV, Utet, Torino, 1996, p. 35 ss. (nella collana *Sistemi giuridici comparati*, a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, 2^a ed.).

⁷⁶ "Modern law and religion are complementary, contradictory and simultaneous sources of rulemaking, adjudication and execution" (**G. BARZILAI**, *Introduction*, in **AA. VV.**, *Law and Religion*, edited by G. Barzilai, Ashgate, Burlington, 2007, p. 11)

⁷⁷ **A. FUCCILLO, F. SORVILLO, L. DECIMO**, *The Courts and the Code*, cit., pp. 2 e 5.

⁷⁸ In argomento cfr. **R. SANTORO**, *L'attività di conciliazione svolta dai Muslim Arbitration Tribunals*, in *Quaerite*, 2012, 1, p. 253 ss., e, con specifico riferimento alla esperienza canadese, **G. PASSANITI**, *Gli Arbitration Tribunals nella realtà multi-etnica canadese*:



rabbinici hanno esteso la propria attività istituzionale ad ambiti, come la mediazione familiare, nei quali l'ordinamento statale ammette le ADR.

Le motivazioni che spingono il fedele a ricorrere a una corte religiosa non sono da ricercarsi, come di consueto, nel diffuso sentimento di sfiducia verso i tempi e le modalità operative della giustizia civile, piuttosto nella volontà di disciplinare i rapporti giuridici secondo regole di matrice religiosa e di rafforzare la propria appartenenza confessionale. La ragione per la quale il cittadino/fedele si rivolge al *Beth Din* ha dunque motivazioni più intime e profonde: il rispetto delle decisioni della corte religiosa segna il suo essere ebreo. Le autorità religiose, dal canto proprio, in conformità al ruolo guida che compete loro all'interno della comunità ebraica, sollecitano il ricorso ai *Beis Din* al fine di orientare l'agire dei fedeli al rispetto dei precetti divini. A tal riguardo, non è superfluo rammentare che il diritto halachico è attento a disciplinare le azioni concrete dei fedeli, alla traduzione dei precetti religiosi (*mitzvòth*) in prassi. Un ebraismo senza azione non è ebraismo. Narrativa e normativa sono considerati i caratteri identificativi di un ebreo e di una ebrea.

In veste di *arbitration courts*, i tribunali rabbinici dirimono controversie di natura religiosa, finanziaria, commerciale, in materia di lavoro, di rapporti contrattuali, oltre che liti di carattere familiare. Tale modulo ha riscosso un notevole successo nei paesi di *common law* a chiara vocazione multietnica, primi tra tutti Canada e Regno Unito. Nel 1991 la provincia canadese dell'Ontario ha introdotto un *Arbitration Act*, che, oltre ad attribuire rilevanza civile alle decisioni emesse dai tribunali rabbinici nelle materie in cui essi godono di giurisdizione esclusiva, conferisce alle parti la facoltà di scegliere, di comune accordo, un mediatore religioso, commerciale o di altra natura per dirimere una data controversia. La decisione arbitrale acquista, per effetto di questa previsione normativa, valore vincolante, purché sia conforme alle leggi del Canada. Sulla scia dell'Ontario, anche il Regno Unito ha varato, nel 1996, il proprio *Arbitration Act*, ispirato a medesime finalità.

All'indomani di questi interventi legislativi, si è assistito alla proliferazione di corti religiose, e in particolare di *shari'a courts*, le quali "arbitrano" secondo le leggi e le regole dei propri ordinamenti

multiculturalismo vs. uguaglianza, in G. Rolla (cur.), *Eguali, ma diversi. Identità e autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 232 ss.; N. BAKHT, *Family Arbitration Using Sharia Law: Examining Ontario's Arbitration Act and its Impact on Women*, in *Muslim World Journal of Human Rights*, 2004, vol. 1, p. 6 ss.; M. RAFEEQ, *Rethinking Islamic Law Arbitration Tribunals: are They Compatible with Traditional American Notions of Justice?*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2010, 1, p. 108 ss.



confessionali, non sempre coerenti con i principi e i valori che orientano i tribunali statuali. Il problema si è posto, all'evidenza, soprattutto in relazione ai precetti coranici che - come denunciato da alcune organizzazioni mussulmane femminili - porrebbero la donna in una condizione di subordinazione rispetto all'uomo, scatenando un vivace dibattito circa la compatibilità dell'operato di tali tribunali con la tutela dei diritti fondamentali della persona.

Dibattito culminato - nel Regno Unito - con il noto discorso tenuto dal Chief Justice, Lord Philips, presso l'*East London Muslim Centre* il 3 luglio del 2008. In tale circostanza, egli ebbe a dire che una corretta interpretazione del principio della *rule of law*, relativizzato al contesto socio-culturale odierno, impone il rispetto delle diversità culturali e religiose, di talché le regole degli ordinamenti confessionali (ivi incluse quelle sciariatiche) ben possono essere utilizzate come base per la mediazione dei conflitti o come forme di *alternative dispute resolutions*, particolarmente in ambito matrimoniale. Citando ampi passi della *Lecture* pronunciata cinque mesi prima da Rowan Williams, arcivescovo di Canterbury, Lord Philips ha, inoltre, precisato che, fermo il divieto di alcune prescrizioni religiose incompatibili con i valori occidentali - ad esempio quelle che fanno riferimento al delitto di apostasia o all'inflizione di punizioni ai convertiti - , una effettiva libertà di religione si estrinseca anche nel ricorso alla giurisdizione religiosa per risolvere "certain carefully specified matters"⁷⁹, ad esempio "family law matters".

In termini non dissimili si era espresso, da principio, anche il Governo dell'Ontario, che, chiamato a pronunciarsi sull'impatto prodotto dalle *Shariaa Courts* sulla società canadese, ha caldeggiato il ricorso all'*arbitration*⁸⁰. Nel rapporto "Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion", redatto da Marion Boyd, ex ministro responsabile per Women's issues, traspare, sin dal titolo, un deciso favor per le corti religiose, le quali, lungi dal discriminare le donne mussulmane, agevolerebbero l'integrazione di questo gruppo religioso

⁷⁹ R. WILLIAMS, *Civil and Religious Law in England. A Religious Perspective. The Foundation Lecture at the Royal Courts of Justice*, February 7 2008, in *Ecclesiastical Law Journal*, 2008, n. 10, p. 262 ss. (contra, S. BANO, *In Pursuit of Religious and Legal Diversity: A Response to the Archbishop of Canterbury and the Sharia Debate in Britain*, *ivi*, p. 283 ss.).

⁸⁰ Sul punto cfr. A. HOGBEN, *Arbitration and Family Laws: Muslim Women Campaign to Eliminate the Use of Religious Laws in Legally-Binding Arbitration*, in *Canadian Woman Studies*, vol. 25, 2006, p. 133 ss.; F. KUTTY, *The Myth and Reality of 'Shari'a' Courts in Canada: A Delayed Opportunity for the Indigenization of Islamic Legal Rulings*, in *University of St. Thomas Law Journal*, 2010, vol. 7, p. 559 ss.,



nella comunità statale. L'entusiasmo ha subito, tuttavia, una battuta di arresto nel 2005 quando il Governo⁸¹, pur mantenendo formalmente in vita i tribunali arbitrali, ha disconosciuto l'efficacia dei loro verdeti.

Lo *Shari'a Debate* ha offerto l'occasione di ripensare il rapporto tra Stato e tutte le confessioni religiose, non solo l'Islam. I già citati *Ontario's Family Law Act State 1990* e *Divorce Act 1985* costituiscono, con riferimento specifico alle decisioni dei tribunali rabbinici in materia di rilascio del "get", un esempio del tentativo di arginare l'impiego del diritto religioso in materia familiare. Scelta ribadita, a livello federale, dal *Family Statute Amendment Act 2005* e, nella liberale provincia dell'Ontario, dal *Family Statute Amendment Act 2009*, nei quali si riafferma in termini perentori la supremazia⁸² della giurisdizione statale su quella religiosa in nome del rispetto dei *fundamental rights*.

Attualmente, nelle comunità ebraiche presenti nel Regno Unito e negli Stati Uniti, frequente è il ricorso ai tribunali rabbinici in funzione di corti arbitrali. Per effetto dell'*Arbitration Act 1996*⁸³, le decisioni dei *Beis Din* inglesi sono assimilate agli accordi arbitrali o alle transazioni arbitrali, e, in virtù della loro natura negoziale, i lodi possono essere resi esecutivi dalla High Court. La parte che è prevalsa nell'arbitrato potrà, infatti, richiedere alla Corte un *leave to enforce* che consente l'esecuzione forzata del lodo. L'attività di queste corti - nel Regno Unito come negli USA - non è circoscritta agli affari religiosi interni alla comunità ebraica, ma si è, via via, estesa all'ambito civile e commerciale.

Sulla scia dell'esperienza di *Common Law*, anche nel nostro paese, soprattutto all'indomani del varo della legge 9 agosto 2013, n. 98 in materia di mediazione e conciliazione, ci si interroga sulla possibilità di ampliare la sfera di operatività dei tribunali rabbinici.

Nell'ordinamento giuridico italiano, la comunità ebraica, al pari delle altre confessioni religiose, è considerata una "formazione sociale originaria", dotata di autonomia amministrativa, legislativa e giurisdizionale. Ciò spiega, sin dall'epoca romana, l'attività istituzionale dei tribunali rabbinici, i quali possono essere aditi per determinare la "condizione personale", ovvero per stabilire se un soggetto possa essere

⁸¹ La presa di posizione del Governo, con a capo il Primo Ministro Dalton McGuinty, è commentata da K. LESLIE, *McGuinty Rejects Ontario's Use of Shariah Law and All Religious Arbitrations*, in *Canadian Press*, 11 settembre 2005.

⁸² In argomento cfr. R. HIRSCHL, A. SHACHAR, *The New Wall of Separation: Permitting Diversity, Restricting Competition*, in *Cardozo Law Review*, 2009, vol. 30, p. 2556.

⁸³ Cfr. R. PILLITTERI, *L'Arbitration Act 1996: L'attesa riforma della legge inglese sull'arbitrato*, in *Diritto comm. internazionale*, 1997, 4, p. 803 ss.



considerato “ebreo” o “non ebreo” ai sensi del diritto halachico; per la certificazione kosher di ristoranti e produttori alimentari; nei casi di conversione all’ebraismo (la delicatezza della materia postula che almeno un membro della corte sia un rabbino esperto sulle leggi di conversione); per la supervisione della costruzione e manutenzione di una *mikveh* (vasca rituale); per le questioni relative alle pratiche di sepoltura e lutto.

Il *Beth Din* opera, di norma, in composizione collegiale. Nell’ebraismo ortodosso, esso è composto da tre uomini ebrei osservanti, di cui almeno uno esperto di *halachà*; nelle comunità progressiste è ammessa anche la partecipazione delle donne. Se insediato per decidere una questione occasionale - come ad esempio la verifica dei voti religiosi -, non è necessaria la presenza di rabbini; viceversa, ove si tratti di casi che involgono questioni pecuniarie ingenti o di particolare complessità, tra i suoi membri deve esservi un “giudice” (*dayan*).

I *Beis Din* applicano il diritto statale e le decisioni da essi emanate hanno valore di lodo arbitrale, mentre restano disciplinate dal diritto ebraico le sole controversie originate da motivazioni religiose: le conversioni, il rientro, le questioni relative alla ebraicità, il rilascio di certificazioni, i riti, le feste, il divorzio religioso. Malgrado le pressioni esercitate dalle comunità confessionali - è discussa, ad esempio, la possibilità di istituire, in Italia, un *Beth Din* unico, che si occupi di diritto matrimoniale e del delicato problema delle conversioni in tutto il territorio nazionale⁸⁴, sulla falsariga di alcune esperienze straniere -, il rischio di un’attività giurisdizionale non rispettosa dei principi fondamentali che governano l’ordinamento italiano, se non di una “secessione culturale e giuridica”⁸⁵.

⁸⁴ Le argomentazioni di coloro che si dicono favorevoli all’istituzione di un *Beth Din* unico fanno leva, essenzialmente, sulle modeste dimensioni della comunità ebraica italiana, e sulla necessità che esso, mantenendo uno stretto contatto con i rabbinati locali, sia garanzia di autonomia. In senso contrario si osserva che procedure facili e una corte controllabile renderebbero appetibile il ricorso a questa istituzione. Ciò spiegherebbe, in qualche misura, il self restraint mostrato anche da altri sistemi giuridici europei, non tutti dotati di un tribunale rabbinico unico, con l’eccezione della Francia, dove, strettamente collegati al Concistoire, vi sono i *Beis Din* ufficiali di Parigi, Lione e Strasburgo (più altri indipendenti); del Regno Unito, che annovera, a Londra, il tribunale delle United Synagogues e quello sefardita, a Manchester, il *Beth Din* della Federation, più quelli di organizzazioni autonome charedi; dei Paesi Bassi, ove, ad Amsterdam, ne funzionano due; della Svizzera (uno); e della Germania, composto da due giudici mandati dal rabbinato di Israele, cui si associa di volta in volta il rabbino della comunità.

⁸⁵ Testualmente G. ANELLO, “Fratture culturali” e “terapie giuridiche”. Un percorso giurisprudenziale tra multiculturalismo e soluzioni interculturali, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., novembre 2009, p. 34.