

# Le interazioni tra ordinamento giuridico e ordinamento islamico: pluralismo giuridico e *marital captivity* nel Regno Unito e nei Paesi Bassi

di Maria Francesca Cavalcanti

**Abstract:** Secular legal system and Islamic legal system interactions: legal pluralism and marital captivity in United Kingdom and The Netherlands- One of the most complex expressions of legal pluralism in the democratic systems relates to the presence of religious minorities and the determination of differential treatment on the basis of the principle of substantive equality. The concept of legal pluralism is in particular relevant in order to mediate between the instance of Islamic minority, who asks the recognitions of traditional and religious norms, and the secular legal norms.

In this scenario, the phenomenon of marital captivity, caused by the failure of the legal system to recognise Islamic marriage and rights in the event of divorce, appears significant, with particular prejudice for women: the impossibility of dissolving the marriage according to the legal system leaves no choice but to remain prisoners in the marriage or suffer the stigma of the community. The task of balancing the demands of the minority, individual rights and the fundamental principles of the legal system falls to the judges, who are called upon to make decisions based on the reasonable accommodation. Through the analysis of British and Dutch jurisprudence, this paper aims to identify the legal tool box used by judges in considering religious norms, to establish an interaction between the secular legal system and the Islamic legal system, and to seek solutions consistent with the principle of substantive equality.

**Keywords:** Legal pluralism; Marital captivity; Islamic minority; Fundamental rights.

## 1. Considerazioni introduttive

Gli ordinamenti contemporanei si trovano ad affrontare le sfide poste da un sempre crescente pluralismo culturale, etnico e religioso. Tra le sfide di primaria importanza vi è quella della ricerca di soluzioni giuridiche che superino le criticità derivanti dai nuovi scenari, allo scopo di raggiungere soluzioni che bilancino i diritti e le aspettative dei gruppi minoritari con quelle dei singoli individui, divisi tra il desiderio di integrazione e la necessità di preservare la propria identità culturale, etnica e religiosa.

Negli ordinamenti democratici, una delle espressioni più complesse del pluralismo giuridico attiene, infatti, alla dimensione religiosa e alla presenza di minoranze religiosamente identificate come quella musulmana, portatrici

di tradizioni e norme che pretendono di affermarsi nello spazio pubblico e necessitano della determinazione di trattamenti differenziati in virtù del principio di uguaglianza sostanziale<sup>1</sup>.

Nei nuovi scenari definiti dalla globalizzazione, il pluralismo giuridico<sup>2</sup>, che caratterizza gli ordinamenti costituzionali aperti alla pluralità delle culture e delle religioni e, dunque, attraversati da norme non riconducibili direttamente all'ordinamento statale ma in grado di agire all'interno del medesimo spazio pubblico, assume particolare rilevanza in ordine a due circostanze:

a) la crescente richiesta delle minoranze di ottenere non solo pari dignità rispetto alla componente maggioritaria, ma anche il riconoscimento e l'applicazione di regole appartenenti alla propria tradizione o religione per disciplinare, almeno in parte, questioni di particolare rilevanza quali quelle attinenti allo statuto personale;

b) l'affermazione di modelli di comportamento che superano i confini degli Stati per collocarsi in una dimensione transnazionale.

La produzione normativa dello Stato viene, così, integrata da norme che sfuggono al controllo dell'ordinamento ma che, allo stesso tempo, trovano riconoscimento e applicazione da parte dei membri della minoranza, sebbene non presentino i caratteri formali propri delle norme né tantomeno ne abbiano l'efficacia. In tal senso appare più opportuno parlare di pluralismo normativo che di pluralismo giuridico<sup>3</sup>.

In questo contesto i giudici nazionali si confrontano con una pluralità policentrica di fonti del diritto di diversa natura e origine<sup>4</sup>. Al diritto interno e alle fonti del diritto internazionale in materia di diritti fondamentali si aggiunge l'influenza, sebbene non ufficiale, di norme di matrice tradizionale e religiosa alle quali si conformano spontaneamente i membri delle minoranze e che costituiscono i c.d. *minority legal orders*<sup>5</sup>.

Tali fonti "informali" del diritto non si limitano a coesistere con l'ordinamento giuridico, ma instaurano un rapporto dinamico interagendo, influenzandone l'interpretazione e mescolandosi con esso, fino a produrre

---

<sup>1</sup> A. Rinella, *Pluralismo giuridico e giurisdizioni religiose alternative*, in 4, DPCE online, 2018, 111 ss.

<sup>2</sup> G. Teubner, *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, 5, *Cardozo L. Rev.*, 1993, 1443 ss.; J. Griffiths, *What is legal pluralism?*, in 24, *J. Leg. Plur.*, 1986, 1 ss.; E. Ceccherini, *Pluralismo religioso e pluralismo legale: un compromesso possibile*, in E. Ceccherini (ed.), *Pluralismo religioso e libertà di coscienza*, Milano, 2012, 1; R. Motta, *Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2004, 345 ss.; S.E. Merry, *Legal pluralism*, in *Law and Society Review*, 22, 1988, 869 ss.

<sup>3</sup> M. Locchi, *Pluralismo giuridico e diritto comparato nelle società occidentali di immigrazione*, in S. Bagni (ed.), *Lo Stato interculturale: una nuova utopia?*, Bologna, 2017, [amsacta.unibo.it](http://amsacta.unibo.it); A. Facchi, *Customary and Religious Law: Current Perspectives in Legal Pluralism*, in *Jura Gentium*, 2007; F. Puppo, *Il problema del pluralismo giuridico*, in 2, *Società e diritti*, n.4, 2017, 105 ss.

<sup>4</sup> P. Parolari, *Legal Polycentricity, intergiuridicità e dimensioni intersistemiche dell'interpretazione giudiziale. Riflessioni a partire dal caso inglese Akhter v Khan*, DPCE online, 3, 2019, 2109 ss.

<sup>5</sup> M. Malik, *Minority Legal orders in the UK. Minorities, Pluralism and the Law*, London, 2012.

risultati ibridi e ciò a prescindere da un loro ufficiale riconoscimento.

L'integrazione in una società autoctona di gruppi di stranieri è un fenomeno particolarmente complesso che coinvolge molteplici fattori. In particolare le comunità islamiche in Europa sono state percepite come gruppi di stranieri la cui integrazione solleva la questione religiosa nel quadro dei processi di integrazione e implica non soltanto questioni di carattere culturale, etnico, politico e sociale, ma anche di ordine religioso, richiamando quella libertà religiosa che gli ordinamenti costituzionali democratici generalmente riconoscono a favore di tutti gli individui<sup>6</sup>.

Le politiche di integrazione attuate dai Paesi europei mettono in moto processi che danno luogo a forme di convivenza che vanno dalla mera tolleranza alla valorizzazione e promozione delle differenze identitarie<sup>7</sup>.

Le società fortemente multiculturali, in cui si assiste a una evoluzione del principio di uguaglianza in senso sostanziale attraverso la valorizzazione

---

<sup>6</sup> A. Rinella, *La Shari'a in Occidente. Giurisdizioni e Diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, Bologna, 2020, 11.

<sup>7</sup> Tali dinamiche sono oggetto di diversi modelli teorici: a) secondo il paradigma *assimilazionista*, con il trascorrere del tempo, tali dinamiche sociali conducono naturalmente all'assimilazione dei migranti. Il presupposto è il convincimento che tutte le differenze tra individui e comunità abbiano una matrice unitaria nella struttura umana in senso proprio, di conseguenza, l'incontro tra culture e tradizioni si risolve gradualmente con l'assimilazione al modello culturale dominante; b) il modello *funzionalista* più che un'integrazione mira a realizzare un'accoglienza dei migranti funzionale ai benefici che la maggioranza può trarne. Trattandosi di una presenza circoscritta le comunità di migranti non sono incentivate a praticare e consolidare nel nuovo contesto le proprie tradizioni culturali. Presupposto di questo modello è l'inconciliabilità delle differenze tra minoranza e maggioranza; c) il modello *multiculturalista* riconosce non solo i diritti e l'identità dei singoli, ma anche quelli dei gruppi e delle comunità immigrate in un paese. Esso trova attuazione attraverso politiche di inclusione delle comunità immigrate, valorizzandone la cultura di origine e promuovendone il consolidamento e lo sviluppo. Tali comunità sono assecondate nel conservare e promuovere la propria identità culturale entro i limiti dei vincoli derivanti dall'ordinamento giuridico; d) modello di integrazione *transnazionale/interculturale* supera il concetto e la logica dell'integrazione nazionale e della dicotomia tra comunità autoctone e i gruppi di migranti. Al centro del modello ci sono il dialogo, la condivisione e la promozione di una nuova cultura come risultato dell'integrazione, allo scopo di una reciproca apertura e disponibilità alle trasformazioni culturali attraverso l'apprendimento della cultura altrui nel rispetto della propria identità (A. Rinella, *La Shari'a in Occidente. Giurisdizioni e Diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, Bologna, 2020). Per un approfondimento dell'argomento si vedano, solo a titolo di esempio, nell'ambito dell'ampia dottrina in materia: G. Cerrina Feroni, V. Federico, *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, 2018; S. Bartole, N. Olivetti Rason, L. Pegoraro (eds.), *La tutela giuridica delle minoranze*, Padova, 1998; T. Bonazzi, M. Dunne (eds.), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1994; E. Ceccherini, *Multiculturalismo*, in *Digesto, Discipline pubblicistiche*, Torino, 2007; C. Galli, *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, Bologna, 2006; W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, 1995; E. Pföstel (ed), *Multiculturalismo e democrazia*, Roma, 2011; V. Piergigli, *Lingue minoritarie e identità culturali*, Milano, 2011; S. Bagni (ed), *Lo Stato interculturale: una nuova utopia?*, Bologna, 2017; T. Groppi, *Multiculturalismo 4.0*, in 1, Osservatorio costituzionale, 2018, 263-276.

della pluralità delle identità culturali e religiose<sup>8</sup>, come quelle del Regno Unito e dei Paesi Bassi, rappresentano un terreno fertile per verificare il grado di pluralismo giuridico o normativo, nonché la capacità di attribuire alle fonti del diritto significati nuovi, forse inattesi e sicuramente controversi.

## 2. Le possibili interazioni tra ordinamento giuridico e ordinamento islamico

Essere musulmano in Europa solleva indubbiamente questioni e sfide importanti relative alla necessità di conciliare la propria identità religiosa con la partecipazione alla società laica europea. Ma questa sfida coinvolge anche gli ordinamenti giuridici e l'atteggiamento che questi dovrebbero tenere nei confronti di una minoranza religiosa fortemente diversificata, intensamente identitaria, dotata di una notevole forza espansiva, inserita in un contesto già caratterizzato da pluralismo e multiculturalismo quale quello di molti Paesi occidentali.

Tra le istanze avanzate dalla minoranza islamica, vi è quella del riconoscimento di alcuni istituti del diritto islamico, soprattutto nell'ambito della risoluzione delle controversie in materia di diritto di famiglia. In questo contesto, la legge laica degli ordinamenti giuridici occidentali può entrare in contatto con la *sharia* attraverso strumenti diversi:

a) *regole del diritto internazionale privato*: che, qualora ne sussistano le condizioni, consentono l'applicazione del diritto islamico in un ordinamento giuridico secolare in quanto diritto proprio di uno Stato straniero;

b) *incorporazione della sharia nell'ordinamento giuridico statale attraverso la giurisdizione religiosa*: alcuni aspetti del diritto, generalmente legati all'area dello statuto personale, sono interamente disciplinati dal diritto religioso applicato da corti confessionali. Ciascuna comunità dispone, quindi, dell'autorità di definire regole di comportamento indipendenti. Tuttavia, qualsiasi società politica necessita del diritto laico per regolamentare quegli ambiti che non sono disciplinati dalla religione<sup>9</sup> o per attribuire tale delega di potere alle comunità minoritarie. Tale potere resta generalmente soggetto a un certo grado di controllo da parte dello Stato, di conseguenza anche la giurisdizione religiosa resta in una certa misura ancorata all'ordinamento secolare. In questo senso, dunque, appare corretto parlare di una forma di parallelismo asimmetrico. È il caso, ad esempio, della giurisdizione religiosa contemplata dall'ordinamento greco, da quello israeliano e da quello libanese;

c) *giurisdizione alternativa*: la minoranza religiosa può essere esentata dall'applicazione del diritto laico in materia di statuto personale e optare per l'applicazione del diritto religioso all'interno di fori appositamente

---

<sup>8</sup> A. Rinella, M.F. Cavalcanti, *I tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato*, in 1, DPCE 2017, 69 ss.

<sup>9</sup> L. Zucca, *A Secular Europe. Law and Religion in the European Constitutional Landscape*, Oxford, 2012.

riconosciuti dallo Stato che delega loro il potere giurisdizionale. Il diritto religioso viene, quindi, interpretato da tali organismi specializzati, producendo un risultato ibrido. E' il caso dei *Muslim Arbitration Tribunal* contemplati dall'ordinamento del Regno Unito;

d) *reasonable accommodation*: l'ordinamento giuridico informale può assumere rilevanza nella risoluzione delle controversie da parte delle Corti statali. Si tratta di un compromesso che consente all'ordinamento giuridico minoritario di assumere rilevanza nei limiti e sotto il controllo dell'ordinamento giuridico formale. Il compito di realizzare il bilanciamento tra istanze della minoranza, diritti individuali e principi fondamentali dell'ordinamento spetta ai giudici i quali, data la richiesta di riconoscimento di istituti estranei all'ordinamento, sono chiamati a rendere decisioni fondate sulla composizione ragionevole delle differenze. Tale tecnica consente al giudice di sollevare determinati soggetti, caratterizzati da una spiccata identità culturale, dall'applicazione di una regola di carattere generale e considerare le norme di carattere tradizionale o religioso, nei limiti consentiti dall'ordinamento. Lo scopo è quello di evitare l'effetto distorsivo che l'applicazione non contestualizzata della norma giuridica avrebbe sul principio di uguaglianza in senso sostanziale.

Tale tecnica, sebbene nata nei sistemi di common law<sup>10</sup>, caratterizzati da una particolare flessibilità, ha trovato diffusa applicazione anche nei sistemi di civil law, soprattutto nei Paesi del nord Europa.

La tecnica della composizione ragionevole delle differenze è, infatti, utilizzata sempre più spesso dalle Corti civili europee allo scopo di rendere decisioni che possano rispondere alle istanze identitarie delle parti e allo stesso tempo realizzino una mediazione tra le fonti dell'ordinamento minoritario, le fonti dell'ordinamento statale e i principi fondamentali dell'ordinamento.

Questo lavoro si propone di analizzare i risultati dell'applicazione di tale tecnica in materia di matrimonio e divorzio islamico, da parte delle Corti di due degli Stati europei che più di altri hanno cercato di dare risposta alle istanze di riconoscimento della minoranza islamica: il Regno Unito e i Paesi Bassi.

Sebbene si tratti di Paesi che presentano notevoli differenze<sup>11</sup>, in

---

<sup>10</sup> In particolare, tale tecnica è stata sviluppata dalla giurisprudenza della Corte Suprema americana, si vedano ad esempio *Lemon v Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971); *Committee for Public Education and Religious Liberty v. Regan*, 444 U.S. 646 (1980); e da quella della Corte Suprema canadese: *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 S.C.R. 536.

<sup>11</sup> A tal proposito occorre precisare come quello dei Paesi Bassi possa considerarsi un sistema di civil law sui generis. In particolare, il sistema costituzionale di questo Stato si caratterizza per la presenza di forme alternative di *judicial review* escogitate dai giudici per compensare l'assenza di una Corte Costituzionale, così come previsto dall'art. 120 della Costituzione (per un approfondimento si veda G. Martinico, *Studio sulle forme alternative di judicial review: il caso dei Paesi Bassi e della Svizzera*, in 12, *Federalismi.it*, 2017, 1-27). A ciò si aggiunge una grande apertura al diritto internazionale che ha permesso ai giudici nazionali di utilizzare lo

quanto appartenenti a sistemi giuridici diversi, occorre considerare come gli stessi condividano un passato coloniale, un forte pluralismo culturale, una certa attitudine a considerare principi e tradizioni giuridiche di origine diversa, nonché una presenza della minoranza musulmana che ha una storia ormai consolidata<sup>12</sup>. Tali caratteristiche hanno contribuito all'applicazione della tecnica della *reasonable accommodation* nella risoluzione di numerose controversie aventi ad oggetto istanze di riconoscimento di istituti del diritto di famiglia islamico, da parte dei giudici di entrambi gli ordinamenti. Il riferimento è, in particolare alla giurisprudenza prodotta in relazione al fenomeno della *marital captivity* o prigionia coniugale.

### 3. Il diritto di famiglia islamico nelle corti secolari: *marital captivity* nel Regno Unito e nei Paesi Bassi

Già da diversi anni le corti britanniche, così come anche i tribunali olandesi, si imbattono in questioni tanto interessanti quanto complesse in materia di validità dei matrimoni islamici. Ciò ha condotto i giudici a confrontarsi con l'ordinamento giuridico informale e tradizioni a loro pressoché sconosciute, sebbene irrinunciabili per i membri della minoranza islamica. Queste problematiche sono emerse spesso e con regolarità negli ultimi anni, si può, quindi, affermare che rappresentino un fenomeno di pluralismo giuridico nell'ambito del quale si assiste a un'interazione tra diritto islamico, pratiche consuetudinarie e diritto secolare.

Preliminarmente, appare opportuno precisare che, come anticipato,

---

strumentario delle convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo, prima tra tutte la CEDU, per esercitare quel controllo sull'attività del legislatore che era stato precluso dal costituente (G. Martinico, *op.cit.*, 3-4.). L'insieme di tali caratteristiche rendono peculiare il sistema olandese rispetto a quello di altri ordinamenti europei (K.D. Ewing, J.C. Tham, *The Continuing Futility of the Human Rights Act*, in Public Law, 2008, 668 ss.; M. De Visser, *Constitutional Review in Europe: A comparative Analysis*, Oxford, 2014, 80; E. De Wet, *Belgium and the Netherlands*, in H. Keller, A. Stone Sweet (eds.) *A Europe of Rights: The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, 2008; C.W. Van Der Pot, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer, 2014): «It is at this point clear that the Dutch system differ from most of their European neighbours. Their legal system does not involve concentrated review by a specialized constitutional court. This is largely because judicial review of primary legislation in traditionally prohibited pursuant to Article 120 of the Dutch constitution. It is clear from the outset that this ban on judicial review reduces the need for a specialized court. One would be mistaken, however, to conclude that there is no such thing as judicial fundamental rights review in the Netherland. Quite the contrary, Dutch courts usually subject executive action and occasionally Acts of Parliament to rigorous fundamental rights review in the Netherland. Quite the contrary, Dutch courts usually subject executive action and occasionally Acts of Parliament to rigorous fundamental rights review [...] This kind of review is dispersed in the sense that is carried out by any court in the country. They do so on the basis of another provision in the Dutch Constitution , Article 94» (Così J. Uzman, T. Barkhuysen, M.L. Van Emmerik, *The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?*, in EJCL, 2010, 646).

<sup>12</sup> M. Rohe, *Shari'a in Europe*, in J. Cesari, *The Oxford Handbook of European Islam*, Oxford U.P. 2014; D. Pearl, W. Menski, *Muslim Family Law*, Sweet and Maxwell, London, 2008.

quando si considera la *sharia* nella risoluzione di controversie in materia di diritto di famiglia, può accadere che la legge islamica trovi applicazione nell'ordinamento secolare in quanto diritto straniero, per il tramite degli strumenti propri del diritto internazionale privato. Tuttavia, in questa sede, ci si concentrerà su quelle questioni e controversie che richiedono l'applicazione del solo diritto interno.

In entrambi i Paesi qui presi in considerazione, affinché il matrimonio islamico possa considerarsi valido e giuridicamente efficace nell'ordinamento giuridico, facendo, così, sorgere diritti e obblighi per le parti, lo stesso deve rispettare i requisiti formali previsti dalla legge, essere registrato o essere preceduto o seguito da una celebrazione nella forma civile. Più precisamente, il codice civile olandese consente ma non riconosce alcun matrimonio religioso e ne ammette la celebrazione solo successivamente alla cerimonia in forma civile<sup>13</sup>. Il matrimonio religioso non ha di per sé alcun valore nell'ordinamento civile olandese che, di conseguenza, non prevede neanche alcuna disciplina per il suo scioglimento, in ordine al quale può essere competente solo l'autorità religiosa<sup>14</sup>.

Nell'ordinamento giuridico britannico il matrimonio e il divorzio sono considerate questioni di *public policy*, con la conseguenza che le condizioni di validità del matrimonio, lo scioglimento del vincolo matrimoniale e le questioni attinenti all'affidamento dei minori sono disciplinate dalla legge, e più in particolare dal *Marriage Act* del 1949 e dal *Matrimonial Causes Act* del 1973<sup>15</sup>.

L'ordinamento giuridico riconosce la validità dei matrimoni religiosi, purché celebrati in conformità ai requisiti richiesti dal *Marriage Act* del 1949, che prevede tre diversi stadi procedurali: «preliminaries, ceremony and registration»<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Codice Civile olandese, art. 1:68. A ciò si aggiunga che l'art.49 del Codice penale olandese criminalizza la condotta del funzionario religioso che celebri il matrimonio senza che sia avvenuta la celebrazione in forma civile. In argomento HC 14.11.2014, ECLI: NL:GHDHA:2014:3848. La norma ha chiaramente sollevato dubbi in ordine alla sua compatibilità con la libertà religiosa e l'art.9 CEDU. Tuttavia, già nel 1971 la Corte Suprema olandese aveva stabilito che criminalizzare tale condotta potesse considerarsi necessario a tutela dell'ordine pubblico in una società democratica. Per cui tale divieto risponde a una esigenza garanzia della certezza del diritto e alle necessità di tutela degli sposi (HR 22.6.1971, NJ 31/1971).

<sup>14</sup> E. De Kroon, *Islamic Law, Secular Law and Societas Norms: the Recognition of Islamic Legal Practice in the Netherlands and the protection of Muslim Women's Human Rights*, in 36, J. Muslim Minor. Aff, n.2, 2016, 153 ss.

<sup>15</sup> E. Butler-Sloss, M. Hill, *Family Law: Current Conflicts and their Resolutions*, in R. Griffith-Jones (ed), *Islam and English Law: Rights, Responsibilities and the Place of Sharia*, Cambridge, 2013, 108 ss.

<sup>16</sup> Law Commission, *Getting Married a Scoping Paper: Executive Summary*, 2015, p.9. Appare opportuno sottolineare come la Commissione abbia sostenuto l'idea di una riforma complessiva delle norme in materia di matrimoni religiosi. A suo parere, infatti, tali norme risultano eccessivamente complesse, poco chiare e non rispondono alle esigenze della società inglese contemporanea. La disciplina risulterebbe, inoltre, discriminatoria rispetto ad alcune

Per quanto attiene, in particolare, ai matrimoni islamici è necessario che il matrimonio sia celebrato in un edificio di culto registrato, a seguito dell'adempimento agli obblighi preliminari richiesti dalla legge, da un funzionario religioso autorizzato o alla presenza di un funzionario civile che procederà alla registrazione del matrimonio e al rilascio del relativo certificato<sup>17</sup>. In mancanza, il matrimonio dovrà necessariamente essere preceduto o seguito dalla celebrazione di una cerimonia nella forma civile. Qualora il matrimonio rimanesse nella sola forma religiosa e privo delle formalità richieste dalla legge dovrà considerarsi nullo in base al *Matrimonial Causes Act* del 1973, se non inesistente.

Le norme sullo scioglimento del matrimonio sono anch'esse contenute nel *Matrimonial Causes Act* del 1973. In base alla sezione 10 dell'*Act* se le parti sono sposate anche con rito religioso, ciascuno dei coniugi può chiedere che il decreto di divorzio, *decree nisi*, pronunciato dalla *Family Court*, non divenga definitivo, *decree absolute*, fino a quando non sia stato sciolto anche il matrimonio religioso. Questa norma trova, tuttavia, applicazione al solo matrimonio ebraico<sup>18</sup>.

Quanto al divorzio, al pari delle corti olandesi anche quelle britanniche non dispongono dell'autorità di sciogliere il matrimonio religioso<sup>19</sup>. Lo scioglimento del matrimonio civile può essere pronunciato solo da una corte dello Stato dopo aver verificato la validità dell'unione matrimoniale in base al diritto inglese, sebbene diverse questioni attinenti al diritto di famiglia possano essere oggetto di arbitrato in base alla disciplina contenuta

---

comunità religiose dal momento che le regole per il riconoscimento dei matrimoni anglicani ed ebraici sarebbero più semplici di quelle dedicate ai matrimoni islamici. Nel 2018 il Governo britannico ha incaricato la Law Commission di redigere un progetto di riforma della normativa.

<sup>17</sup> R. Probert, S. Saleem, *The Legal Treatment of Islamic Marriage Ceremonies*, in 7, *Oxf. J. Law Relig.*, 2018, 376 ss.

<sup>18</sup> La sezione 10 trova applicazione «if a decree of divorce has been granted but not made absolute and the parties to the marriage concerned (a) were married in accordance with (i) the usages of the Jews, or (ii) any other prescribed religious usages; and (b) must co-operate if the marriage is to be dissolved in accordance with those usages. (...) "Prescribed" means prescribed in an order made by the Lord Chancellor after consulting the Lord Chief Justice and such an order (a) must be made by statutory instrument; (b) shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament». Come evidenziato in P. Parolari, *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione. Il caso degli Shari'a Councils in Inghilterra*, Torino, 2020 e F. Sona, *Defending the family treasure chest: navigating muslim families and secured positivistic island of european legal system*, in P. Shah, M.C. Foblets, M. Rohe (eds.), *Family, Religion and Law. Cultural Encounters in Europe*, Farnham, 2014, 115 ss., quando è stato discusso in una Corte della possibilità di estendere l'applicabilità del meccanismo previsto dalla sezione 10 alle coppie unite da matrimonio islamico, il responso del giudice è stato negativo, in ragione dell'assenza di un esplicito ordine del *Lord Chancellor* in tal senso.

<sup>19</sup> A.R. Moosa, D. Helly, *An Analysis of British Judicial Treatment of Islamic Divorce 1997-2009*, in E. Giunchi, *Muslim Family Law in Western Courts*, Routledge, New York, 2014, 132 ss.

nell'*Arbitration Act* del 1996<sup>20</sup>.

Per i musulmani il matrimonio islamico, *nikah*, rappresenta un imperativo morale nonché un contratto giuridicamente vincolante in base alla *sharia* che rende legittima l'unione matrimoniale<sup>21</sup>. *Nikah* costituisce la base della vita familiare che a sua volta può essere considerata come una delle maggiori espressioni dell'identità religiosa e culturale della comunità islamica<sup>22</sup>. Si tratta, quindi, di un elemento irrinunciabile per i membri di questa minoranza.

La mancanza di forme chiare ed efficaci di coordinamento tra le norme del diritto secolare e quelle dei *minority legal orders* delle minoranze islamiche in materia di matrimonio e divorzio incide, inevitabilmente, sulla effettiva tutela dei diritti delle persone appartenenti a questa confessione religiosa<sup>23</sup>.

In entrambi i Paesi, sono ancora particolarmente numerosi i casi di matrimoni non registrati che, privi, in quanto tali, di valore per l'ordinamento statale, vengono definiti come "matrimoni informali", incapaci di assumere rilevanza o produrre effetti giuridici<sup>24</sup>. Tali circostanze producono una serie di conseguenze piuttosto rilevanti lasciando le donne, che in genere rappresentano la parte più vulnerabile, prive di tutela giuridica.

Si tratta del fenomeno della *marital captivity* che si manifesta in due modi diversi:

1) *Non marriage*: il matrimonio religioso viene considerato dall'ordinamento né valido né nullo ma inesistente. Le parti non sono mai state sposate per l'ordinamento, non hanno obblighi né diritti reciproci. Ne

<sup>20</sup> Per un approfondimento del funzionamento dei *Muslim Arbitration Tribunal* in Inghilterra si veda A. Rinella, *La Shari'a in Occidente. Giurisdizioni e Diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, Bologna, 2020.

<sup>21</sup> J.E. Tucker, *Women, Family and Gender in Islamic Law*, Cambridge, 2008, 41.

<sup>22</sup> Per un approfondimento delle dinamiche indotte dal matrimonio islamico si vedano: I.Uddin, *Nikah only marriages: causes, motivation and their impact on Dispute resolution and Islamic divorce proceedings in England and Wales*, in *Oxf. J. Law Relig.*, 7, 2018, 401 ss; G. Parolin, *Interfaith Marriages and Muslim Communities in Scotland: A Hybrid Legal Solution?*, in *EJIMEL*, 3, 17, 83-96.

<sup>23</sup> P. Parolari, *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione. Il caso degli Shari'a Councils in Inghilterra*, op.cit., 143.

<sup>24</sup> Le motivazioni per cui i musulmani mancano di procedere alle formalità richieste dalla legge rispondono a motivazioni diverse tra cui vi sono la convinzione che l'unico vero matrimonio sia quello religioso, l'ignoranza della legge, la riluttanza verso l'ordinamento giuridico ufficiale, la difficoltà di reperire i documenti necessari per i rifugiati, la volontà del marito di non assumersi obblighi di tipo economico a scapito della moglie, la presenza di impedimenti quali la poligamia e molti altri. Per un approfondimento dell'argomento si veda per UK R.J Akhtar, *Unregistered Muslim Marriage: an Emerging Culture of Celebrating Rites and Compromising Rights*, in J. Miller, P. Mody, R. Probert (eds), *Marriage Rites and Rights*, Bloomsbury, London, 2015; I. Yilmaz, *Law as Chamaleon: The Question of Incorporation of Muslim Personal Law into English Law*, in *J.Muslim Min. Aff.*, 21, 2010, 297 ss; V.Vora, *The Continuing muslim marriage conundrum: the Law of England and Wales on Religious Marriage and non marriage in UK*, in *J.Muslim Min. Aff.*, 1, 2020, 148 ss. Per NL si veda S. Rutten, *Protection of spouse in informal marriages by Human Rights*, in *Utrecht L. Rev.*, 2, 2010, 77ss.; J. Van der Leun, A. Leupen, *Informeel huwelijk in Nederland, een exploratieve studie*, Leiden UP, 2009.

derivano una serie di conseguenze negative in relazione al riconoscimento dei figli, al trattamento previdenziale ma soprattutto per quelle donne che, prive di beni e di una posizione lavorativa, restano intrappolate in una situazione in cui i mariti non sono tenuti ad assumersi alcun obbligo nei loro confronti, rimanendo prive di qualsiasi tutela, sebbene a tutte gli effetti sposate per i membri della comunità.

2) *Chained wife o limping marriage*: che abbia validità o meno nell'ordinamento giuridico, il matrimonio religioso può essere sciolto solo dall'autorità religiosa, non avendo le corti civili alcuna competenza in materia. Un eventuale divorzio civile non avrà alcun valore agli occhi della comunità che considererà la coppia ancora sposata. Nel diritto islamico esistono diverse forme di divorzio ma necessitano tutte o quasi della collaborazione, se non del consenso, del marito. In caso di rifiuto da parte dell'uomo, la donna rimarrà incatenata in un matrimonio indesiderato, con una serie di limitazioni della libertà personale che vanno dall'impossibilità di intraprendere una nuova relazione, di contrarre un nuovo matrimonio fino ad arrivare all'impossibilità di recarsi nel paese di origine senza il consenso del coniuge. L'alternativa sarebbe il rischio di subire lo stigma se non l'allontanamento dalla famiglia e dalla comunità.

#### 4. I *non marriages* nella giurisprudenza britannica e il matrimonio informale nell'ordinamento dei Paesi Bassi

In linea di principio l'ordinamento giuridico del Regno Unito non riconosce i matrimoni religiosi che non rispettino i requisiti stabiliti dal *Marriage Act* del 1949<sup>25</sup>. Quando si pone la questione della validità del matrimonio religioso informale, il giudice chiamato a emettere un giudizio in merito ha generalmente due opzioni:

a) dichiarare il matrimonio nullo in base all'art. 11 del *Matrimonial Causes Act* del 1973<sup>26</sup>: in questo caso, sebbene il matrimonio sia invalido, il giudice potrà riconoscere alcuni diritti di carattere economico e patrimoniale

---

<sup>25</sup> A.R. Moosa, D. Helly, *An Analysis of British Judicial Treatment of Islamic Divorce 1997-2009*, in E. Giunchi, *Muslim Family Law in Western Courts*, Routledge, New York, 2014, 132 ss.

<sup>26</sup> L'art.11 del *Matrimonial Causes Act* del 1973 stabilisce che un matrimonio è nullo quando « it is not a valid marriage under the provisions of the Marriage Acts 1949 to 1986 (that is to say where, (i)the parties are within the prohibited degrees of relationship; (ii)either party is under the age of sixteen; or (iii)the parties have intermarried in disregard of certain requirements as to the formation of marriage); (b)that at the time of the marriage either party was already lawfully married , in the case of a polygamous marriage entered into outside England and Wales, that either party was at the time of the marriage domiciled in England and Wales». In base al combinato disposto dell'art. 49 del *Marriage Act* del 1949 e dell'art.11 del *Matrimonial Causes Act* del 1973,un matrimonio nullo deve considerarsi distinto dalla mera coabitazione o dal c.d. non-marriage ( *Asaad v Kurter* [2014] EWHC (Fam) 3852 [95] (Eng.); *El-Gamal v Al- Maktoum* [2011] EWHC (Fam) 3763 [13] (Eng.); *Gandhi v Patel* [2001] EWHC (Ch) 473 (Eng.).

a favore della parte più vulnerabile<sup>27</sup>;

b) dichiarare il matrimonio *non marriage* o inesistente. Tale concetto di creazione giurisprudenziale considera inesistente quel matrimonio che «falls so far outside the provisions of the marriage legislation that is neither a valid nor a void marriage»<sup>28</sup>.

La giurisprudenza ha altresì tracciato la linea di confine tra matrimonio valido, nullo e inesistente ritenendo che alla presenza di alcuni indicatori quali la reale volontà e buona fede delle parti e del celebrante, le circostanze della cerimonia e della sua pubblicità, da valutarsi secondo un approccio casistico, il giudice possa rilevare una presunzione di matrimonio che gli consenta di dichiarare nullo un matrimonio altrimenti inesistente<sup>29</sup>.

La ratio di tale orientamento si trova nella volontà di compiere un passo in avanti in un percorso di composizione ragionevole delle differenze rispetto alle esigenze dei gruppi minoritari<sup>30</sup>. Ciononostante, con particolare riferimento al matrimonio informale islamico si è sviluppata una ormai consolidata giurisprudenza nel senso di ritenerli inesistenti, mancando di riconoscere tale presunzione se non in casi eccezionali, con ciò che ne consegue in termini di tutela<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> V.Vora, *The Continuing muslim Marriage Condrum: the Law of England and Wales on Religious Marriage and non Marriage in Uk*, in 4, *J.Muslim Minor. Aff.*, 1. 2020, 151

<sup>28</sup> Law Commission, *Getting Married. A Scoping Paper*, London, 2015, [www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/12/Getting\\_Married\\_scoping\\_paper\\_.pdf](http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/12/Getting_Married_scoping_paper_.pdf). Per un approfondimento sul tema si veda R. PROBERT, *The Evolving Concept of non marriage*, in *CFLQ*, 25, 2013, 314 ss.; R. Akhtar, *Unregistered Muslim Marriages: An Emerging Culture of Celebrating Rites and Conceding Rights*, in J. Miles, P. Mody, R. Probert (eds), *Marriage Rights and Rights*, Oxford, 2015, 157 ss.; R. Grillo, *Muslim Families, Politics and the Law. A Legal Industry in Multicultural Britain*, Farnham, 2015; R. Akhtar, *Modern Traditions in Muslim Marriage. Practice, Exploring English Narratives*, in *Oxf. J. Law Relig.*, 7, 2018, 427 ss.; V. Vora, *Unregistered Muslim Marriages in England and Wales: The Issue of discrimination through “Non Marriage” Declarations*, in Y.Suleiman, P. Anderson (eds.), *Muslim in UK and Europe*, Cambridge, 2016, 129 ss.; R. Probert, A. Saleem, *The Legal Treatment of Islamic Marriage Ceremonies*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 7, 2018, 376 ss.

<sup>29</sup> *Hudson v Leigh* (Status of non marriage) [2009] EWHC 1306 (Fam) secondo cui: «Questionable ceremonies should I think be addressed on a case by case basis, taking account of a number of factors including whether the key participants, and especially the officiating official, believed, intended and understood that the ceremony would give rise to the status of lawful marriage under English law». Si vedano anche *AA v ASH* [2009] EWHC 636 (Fam) [2010] 1 FLR 6; *Sharbatly v Shagroon* [2012] EWCA Civ 1507 [2013] 1 FLR 1493; *Thyme v Thyme*, 3 All E.R. 129,155; *Chief Adjudication office v Bath*, 1 FLR 8, 2000. Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali in materia si veda R. Probert, *The Presumption in Favour of Marriage*, in 77, *Camb. Law J.*, 2, 2018, 375 ss.

<sup>30</sup> I.Uddin, *Nikah-only marriage: Causes, Motivation and their impact on Dispute resolution and Islamic Divorce proceedings in England and Wales*, in *Oxf. J.LawRelig.*, 7, 2018, 401 ss.

<sup>31</sup> *Dunkali v Lamrani* [2012] EWHC 1748 (Fam); *Sharbatly v Shagroon* [2012] EWCA Civ 1507; *Al-Saedly v Musawi* [2010] EWCA 3293 (Fam); *El Gamal v Al Maktoum* [2011] EWHC B27 (Fam), secondo cui: «there exists nothing here in English law susceptible to a decree of nullity under S.11 Matrimonial Causes Act 1973. There was a wholesale failure to comply with the formal requirements of English law. This was not, as submitted, a void marriage but was, in shorthand, a 'non-marriage. Contra *Ma v JA* and the Attorney General

Più di recente si è avuta in materia una evoluzione importante nella direzione della *reasonable accommodation* in un caso che, sebbene rimasto isolato, offre interessanti spunti di riflessione: si tratta del caso *Akhter v Khan*<sup>32</sup> la cui decisione del 2018 è stata poi riformata in appello nel 2020<sup>33</sup>.

Nel dicembre del 1998, Nasreen Akhter e Mohammed Shabaz Khan hanno celebrato il proprio matrimonio secondo il rito islamico a Southall, vicino Londra. La cerimonia è stata celebrata in pubblico, alla presenza di un Imam e di testimoni. La coppia ha vissuto insieme come marito e moglie per tutta la durata del matrimonio, e come tali sono stati riconosciuti dalla propria comunità. Dalla relazione sono, inoltre, nati quattro figli. Nel 2005, la famiglia si è trasferita a Dubai, dove il matrimonio è stato riconosciuto pienamente valido. In Inghilterra, tuttavia, il matrimonio non è stato registrato nei registri di stato civile e alla cerimonia islamica non ne è seguita una civile, come originariamente concordato tra le parti.

Nel novembre del 2016, Nasreen Akhter si è rivolta alla *England and Wales Family Court* per chiedere il divorzio dal marito Mohammed Shabaz Khan. La Corte si è, quindi, trovata innanzi a un esempio di *nikah only marriage*. Khan, infatti, si è opposto alla richiesta di divorzio eccependo l'inesistenza del matrimonio per il diritto inglese.

La ricorrente ha sostenuto, in primo luogo, la sussistenza di una presunzione di matrimonio, derivante dalla convivenza e dalla reputazione della coppia, sufficiente a convalidare il matrimonio. In subordine ha affermato che il matrimonio non potesse, in ogni caso, considerarsi inesistente, bensì nullo ai sensi dell'art. 11 del *Matrimonial Causes Act* del 1973, in quanto celebrato «in disregard of certain requirements as to the formation of marriage».

Escluso che sussistesse una *presumption of marriage* che consentisse di dichiarare l'esistenza di un matrimonio valido<sup>34</sup>, la questione che si è posta all'attenzione della *Family Court* è se il matrimonio islamico non registrato possa considerarsi nullo, *void*, o debba piuttosto essere qualificato inesistente, un *non marriage*.

In maniera innovativa rispetto alla giurisprudenza consolidata che ha generalmente considerato il *nikah only marriage* come matrimonio inesistente<sup>35</sup>, il giudice ha dichiarato il matrimonio c.d. *nikah only* nullo in base

---

[2012] EWHC 2219 (Fam).

<sup>32</sup> *Akhter v Khan* [2018] EWHC (Fam) 54 [1] (Eng.).

<sup>33</sup> *Her Majesty's Attorney General v Akhter* [2020] EWCA Civ 122

<sup>34</sup> Il giudice ha rigettato tale richiesta ritenendo che la considerazione della coppia come marito e moglie da parte della comunità derivasse in ogni caso da una cerimonia invalida secondo la legge britannica. Di conseguenza la presunzione sebbene indichi l'esistenza dell'unione non può considerarsi sufficiente a renderla valida. In questo senso anche *Al-Saedy v Musawi* [2010] EWHC (Fam) 3293 [72] (Eng.); *Hudson v Leigh* [2009] EWHC (Fam) 1306 [69] (Eng).

<sup>35</sup> *Al-Saedy v Musawi* [2010] EWHC (Fam) 3293 [72] (Eng.); *Hudson v Leigh* [2009] EWHC (Fam) 1306 [69] (Eng); *Dunkali v Lamrani* [2012] EWHC 1748 (Fam); *Sharbatly v*

all'art.11 del *Matrimonial Causes Act* del 1973.

Secondo il giudice a favore di tale soluzione militano gli artt.8 e 12 CEDU che sanciscono il diritto alla vita familiare e il diritto al matrimonio, nonché l'art.3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia del 1989<sup>36</sup> relativamente all'interesse superiore dei figli della coppia. La qualificazione dell'unione come *non marriage*, infatti, determinerebbe non soltanto una violazione del legittimo diritto della donna alla distribuzione dei beni familiari ma avrebbe conseguenze negative anche sui quattro figli minori delle parti.

La Corte ha osservato come l'art. 49 del *Marriage Act* del 1949 e l'art.11 del *Matrimonial Causes Act* del 1973 indichino gli elementi che rendono nullo un matrimonio, senza, tuttavia, coprire tutte le situazioni che possono determinarsi in concreto. Appare, quindi, particolarmente difficile stabilire dei criteri di distinzione tra matrimonio invalido e *non marriage* che siano validi in qualsiasi caso<sup>37</sup>. Secondo la Corte, poiché in questo caso vengono in rilievo disposizioni in materia di diritti umani<sup>38</sup>, le norme di diritto di famiglia su cui si basa la decisione devono essere interpretate in maniera flessibile<sup>39</sup>.

A tal proposito il giudice ha sostenuto che quando si esamina una controversia matrimoniale il tribunale deve tenere in considerazione diversi fattori quali ad esempio: a) se la cerimonia o l'evento si presentava o si presumeva essere un matrimonio legittimo e le parti avevano convenuto che sarebbero state adottate le necessarie formalità giuridiche; b) se la cerimonia recava tutti o un numero sufficiente di segni distintivi del matrimonio<sup>40</sup>; c) se le parti e l'officiante hanno creduto, inteso e compreso che dalla cerimonia derivasse un matrimonio legittimo; d) se l'inosservanza delle formalità legali sia stata una decisione congiunta o dovuta al mancato adempimento di una delle parti.

Ritendo sussistenti tutti questi elementi nel caso di specie, il giudice

---

Shagroon [2012] EWCA Civ 1507; Al-Saedy v Musawi [2010] EWCA 3293 (Fam); El Gamal v Al Maktoum [2011] EWHC B27 (Fam). Contra Ma v JA and the Attorney General [2012] EWHC 2219 (Fam).

<sup>36</sup> La Convenzione ONU dei diritti del fanciullo, UNCRC 1989, è stata ratificata dal Regno Unito nel 1991 ed è entrata in vigore nel 1992. Sebbene non fosse stata incorporata tramite apposita legge nel diritto interno e non facesse, quindi, parte del diritto vigente, le successive decisioni della Corte Suprema hanno garantito che i diritti stabiliti nell'UNCRC devono essere garantiti.

<sup>37</sup> In questo senso anche MA v JA & Attorney General [2012] EWHC (Fam) 2219 [92] (Eng).

<sup>38</sup> In questo senso White v White [2001] 1 AC 596 (Eng).

<sup>39</sup> Akhter v Khan, §91: «It seems to me that the net effect of my conclusions on the fundamental rights arguments points in favour of an interpretation of section 11 which allows more flexibility. I do not consider that this extension is inconsistent with the wording of the section itself or carries the existing interpretation much further».

<sup>40</sup> E dunque se il matrimonio è stato celebrato in pubblico, alla presenza di testimoni, se gli sposi si sono scambiati delle promesse.

non ha dubbi che quello intervenuto tra Akhter e Khan debba qualificarsi come matrimonio nullo, in quanto pur non rispettandone i requisiti formali, rientra negli scopi dell'*Act del 1973*<sup>41</sup>. Di conseguenza, la moglie ha diritto a una sentenza di nullità che le consenta di rivendicare i suoi diritti sui beni familiari.

Il giudice è consapevole che tali norme non possano essere interpretate in modo da stabilire un obbligo per lo Stato di riconoscere i matrimoni religiosi o di stabilire regole peculiari per alcune coppie<sup>42</sup>, tuttavia, egli ritiene che le stesse possano essere utilizzate allo scopo di qualificare il matrimonio come nullo quando le parti «sought to effect or intended to effect a legal marriage»<sup>43</sup>. Da tale interpretazione derivano le seguenti conclusioni:

a) quando un'autorità pubblica utilizza il termine *non marriage* per definire un matrimonio rischia di compiere un'indebita ingerenza nel diritto alla vita familiare dei soggetti coinvolti, svilendo il significato e il valore della relazione, con una conseguente violazione dell'art.8 CEDU;

b) non può mettersi in discussione che sia prerogativa dello Stato disciplinare l'istituto del matrimonio, tuttavia, la considerazione del matrimonio islamico come *non marriage* determinerebbe una violazione dell'art.12 CEDU, se non da parte dello Stato, da parte del marito che, rifiutando la registrazione del matrimonio, viola un diritto fondamentale della moglie.

A parere del giudice, tale norma non produce solo effetti verticali, ma anche orizzontali, facendo sorgere obblighi direttamente nei rapporti tra privati: rifiutandosi di sposare civilmente Akhter, nonostante quanto originariamente concordato, Khan ha violato il diritto al matrimonio della moglie. Del resto, le parti erano pienamente consapevoli che il processo che stavano intraprendendo avrebbe dovuto condurre a un matrimonio legalmente valido. Di conseguenza, la qualificazione di tale matrimonio come *non-marriage*, priverebbe la donna di qualsiasi tutela, contrariamente ai «general principles of fairness or equitable principles»<sup>44</sup>.

Si tratta senza dubbio di una interpretazione inedita dell'art.12 CEDU, soprattutto per quanto attiene alla possibilità di individuare una violazione

---

<sup>41</sup> Le parti, infatti, intendevano sposarsi, hanno manifestato il proprio consenso in pubblico, alla presenza dei testimoni e delle rispettive famiglie, e non presentavano impedimenti sotto il profilo giuridico. Nel corso della loro vita matrimoniale, durata diciotto anni, hanno avuto quattro figli e sono stati riconosciuti come marito e moglie dalla comunità in cui vivono. Il giudice ha, inoltre, tenuto in considerazione l'intenzione delle parti di far seguire una cerimonia civile a quella religiosa, a cui il marito si è poi opposto nonostante le insistenze della moglie. Secondo il giudice, da tali circostanze è possibile dedurre una reale intenzione delle parti ad adempiere ai requisiti richiesti dalla legge, impedita unicamente dal venir meno del marito alle promesse fatte alla moglie.

<sup>42</sup> ECtHR *Yegit v Turkey* 20.11.2010, n. 3976/05; *Munoz Diaz v Spain* 8.12.2009, n. 49151/07.

<sup>43</sup> *Akhter v Khan*, §93.

<sup>44</sup> *Akhter v Khan*, §93.

della norma nel comportamento di uno dei due coniugi. Appare in particolare problematico il fatto che l'art.12 della CEDU tuteli non solo la libertà di contrarre matrimonio, ma altresì la libertà negativa di non farlo.

A tal proposito si potrebbe affermare che anche il marito avesse il diritto a non contrarre matrimonio ai sensi della medesima norma, tuttavia, il giudice ha ritenuto che, in un'ottica di bilanciamento degli interessi coinvolti, e considerate le circostanze del caso concreto, a prevalere dovesse essere il diritto della donna, la parte più vulnerabile.

La decisione resa sul caso *Akhter v Khan* è stata adottata con un approccio che il giudice stesso ha definito olistico, ispirato al principio di uguaglianza in senso sostanziale, cui egli è giunto attraverso l'utilizzo della tecnica della *reasonable accommodation* e della interpretazione conforme, allo scopo di evitare un'ingiustizia sostanziale a scapito dei soggetti più vulnerabili, facendo, in particolare, affidamento sulla qualificazione della CEDU come *living instrument*, passibile di interpretazione evolutiva<sup>45</sup>.

Nelle conclusioni, la Corte ha comunque sottolineato come tale sentenza non introduca un automatico riconoscimento di tutti i matrimoni islamici e non possa essere assunta come precedente. Ciò in quanto ogni caso deve essere giudicato nel merito, valutando le particolari circostanze che lo caratterizzano.

Come anticipato, la sentenza è stata riformata nel 2020 dalla Corte d'Appello<sup>46</sup> che ha ribadito l'orientamento giurisprudenziale prevalente, sottolineando la necessità di garantire l'interesse pubblico ad assicurare l'osservanza dei requisiti formali imposti dalla legge in materia di matrimonio, i quali prevalgono, anche a tutela delle parti stesse, rispetto alla loro originaria intenzione e buona fede. In particolare, la corte ha ribadito come « marriage creates an important status, a status “of very great consequence”, [...]. Its importance as a matter of law derives from the significant legal rights and obligations it creates. It engages both the private interests of the parties to the marriage and the interests of the state. It is clearly in the private interests of the parties that they can prove that they are legally married and that they are, therefore, entitled to the rights consequent on their being married. It is also in the interests of the state that the creation of the status is both clearly defined and protected. The protection of the status of marriage includes such issues as forced marriages and “sham” marriages»<sup>47</sup>.

Di conseguenza, a parere della Corte, negare il riconoscimento di matrimonio nullo in questo caso non determina una violazione dell'art.8 CEDU, né è possibile attribuire efficacia orizzontale all'art.12 della

---

<sup>45</sup> Sulla controversa possibilità che anche i giudici nazionali possano fornire un'interpretazione evolutiva della CEDU si veda H.P. Aust, G. Nolte (eds), *The interpretation of International Law by Domestic Courts. Uniformity, Diversity, Convergence*, Oxford, 2016.

<sup>46</sup> *Akhter v Khan and another* (2020) EWCA Civ 122 (2020) All ER (D) 88 (Feb).

<sup>47</sup> *Akhter v Khan and another* (2020) EWCA Civ 122 (2020) All ER (D) 88 (Feb).

Convenzione.

La Corte d'Appello ha così eliminato una soluzione, seppure imperfetta, a un problema che resta aperto e che lascia molte donne musulmane inglesi prive della possibilità di rivolgersi a una Corte civile per vedere tutelati i propri diritti<sup>48</sup>.

Anche nell'ordinamento olandese appare chiaro come la celebrazione del matrimonio, nella sola forma religiosa, non ne consenta il riconoscimento davanti alla legge. Tuttavia, il codice civile tutela coloro i quali abbiano contratto questo tipo di matrimonio in buona fede<sup>49</sup>.

Con la sentenza HR 17.6.2005, LJN AS 9035 la Corte Suprema olandese ha affrontato la questione della validità del matrimonio islamico tra una donna di nazionalità olandese e un diplomatico saudita. La coppia si era sposata in Belgio nel 1993 con una celebrazione pubblica, alla presenza di un Imam e di testimoni. Il matrimonio non è stato, tuttavia, registrato nei Paesi Bassi. Nel 1994 dall'unione nasce un bambino il cui certificato di nascita viene registrato presso dall'Ufficiale dello Stato civile dell'Aja. Pochi anni dopo, nel 1997, la donna decide di interrompere la relazione e di chiedere al Tribunale distrettuale dell'Aja di correggere l'atto di nascita del bambino, eliminando il cognome paterno, sulla base della circostanza che il matrimonio celebrato secondo il rito islamico non potesse essere considerato esistente nell'ordinamento dei Paesi Bassi e, di conseguenza, l'uomo non avesse riconosciuto il bambino in maniera conforme al diritto olandese.

Dopo la conclusione dei procedimenti di primo e secondo grado in favore del marito, la Corte Suprema olandese è stata chiamata a stabilire se le parti dovessero considerarsi sposate al momento della nascita del bambino e, dunque, se il matrimonio islamico, *Imamhuwelijk*, intercorso tra le parti

---

<sup>48</sup>P. Parolari nel suo interessante saggio *Legal Polycentricity, intergiuridicità e dimensioni "intersistemiche" dell'interpretazione giudiziale. Riflessioni a partire dal caso inglese Akhter v Khan*, in DPCE online, 3,2019, sottolinea come sia significativo che Akhter abbia scelto di non rivolgersi a istituzioni che avrebbero agito sulla base del diritto islamico. Per poter comprendere la scelta della ricorrente credo sia opportuno fare alcune considerazioni. Le due istituzioni attualmente disponibili nel Regno Unito per la risoluzione di controversie in base alla *Shari'a* sono gli *Shari'a Council* e i *Muslim Arbitration Tribunal*. Le decisioni dei primi sono prive di efficacia giuridica vincolante nell'ordinamento, si può quindi presumere che la signora Akhter e i suoi legali non considerassero opportuno rivolgersi a questo tipo di organismo. Quanto al tribunale arbitrale, affinché tale organismo potesse esaminare la controversia, sarebbe stato necessario ottenere un'adesione alla convenzione arbitrale da parte del marito, il quale, vista la posizione di vantaggio offerta dal diritto inglese, possiamo presumere non ne avesse interesse (per un approfondimento sul funzionamento dei citati organismi si veda A. Rinella, *La Sharia in Occidente*, op.cit.). In ogni caso la presenza di organismi capaci di risolvere una controversia in base al diritto islamico non può escludere il legittimo diritto della ricorrente a volere ottenere tutela innanzi a una corte dello Stato in base al diritto civile, anche a seguito di una valutazione della maggiore protezione ottenibile. A mio parere questo caso contribuisce a mettere in luce l'inadeguatezza dell'attuale disciplina inglese del matrimonio rispetto alla tutela di situazioni particolari in cui incorrono ancora molte donne musulmane.

<sup>49</sup> Codice Civile olandese, art.1:77

potesse considerarsi valido nell'ordinamento dei Paesi Bassi.

La Corte Suprema, tenuto conto delle specifiche circostanze del caso concreto, ha ritenuto che le parti avessero una reale intenzione di contrarre un matrimonio legalmente valido e che avessero, dunque, agito in buona fede al momento della celebrazione.

I giudici hanno, quindi, riconosciuto, in presenza della comprovata buona fede delle parti, una presunzione di matrimonio. Tale presunzione consente di considerare il matrimonio islamico esistente sebbene nullo, in quanto privo dei requisiti richiesti dalla legge, con gli esiti di cui si è già detto in ordine alle diverse conseguenze di un matrimonio nullo e di un *non marriage*<sup>50</sup>.

La giurisprudenza olandese si è pronunciata implicitamente in ordine alla validità del matrimonio islamico nel tentativo di risolvere anche un'altra questione particolarmente complessa legata all'interazione tra diritto religioso e diritto secolare. Si tratta del divorzio religioso e del già citato fenomeno della *chained wife*. Appare interessante rilevare come la giurisprudenza olandese, nella risoluzione di tali controversie, abbia anch'essa preso in considerazione gli artt.8 e 12 CEDU, così come fatto dalla corte del caso *Akhter* del 2018.

## 5. Il fenomeno della *chained wife* nella giurisprudenza olandese e la risposta britannica al problema

Il fenomeno della *chained wife* è stato affrontato in maniera approfondita dalla dottrina olandese<sup>51</sup> ma è un fenomeno che si manifesta in diversi ordinamenti secolari occidentali<sup>52</sup>. Più in particolare, di fronte a tale situazione ci si è chiesti se lo Stato possa intervenire in una controversia di carattere strettamente religioso, derivante da una situazione che acquista valore solo nell'ordinamento giuridico informale e che è, invece, inesistente per quello ufficiale.

La risposta affermativa della Corte Suprema olandese è arrivata già nel 1982, in occasione della decisione emessa in un caso che coinvolgeva una

<sup>50</sup> HR 17.6.2005, LJN AS 9035

<sup>51</sup> S. Rutten, B. Deogratias, P. Kruniger, *Marital Captivity. Divorce, Religion and Human Rights*, Den Haag, 2019; S. Rutten, *The Netherlands. Applying Sharia to Family Law Issue in the Netherlands*, in M.S. Berger, *Applying Sharia in the West. Facts, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in the West*, Leiden, 2013, 97 ss.; E. Van Eijk, *Khul Divorce in the Netherlands: Dutch Muslim Women seeking Religious Divorce*, in *Islam.Law.Soc.*, 26, 2019, 35 ss.; B. Deogratias, *Trapped in Religious Marriages: a Human Rights Perspectives on the Phenomenon of Marital Captivity*, Cambridge, 2020.

<sup>52</sup> Si veda ad esempio per la Germania A.Quraishi, F. Vogel, *The islamic Marriage contract. Case studies in Islamic Family Law*, Islamic Legal Studies, Cambridge, 2008; P. Fournier, P.McDougall, *Fals jurisdiction? A Revisionist Take on Customary religious Law in Germany*, in *Texas Inter. Law J.*, 1, 2013, 1 ss. Per la Danimarca R. Mehdi, *Danish Law and practice among muslim pakistanis in Denmark*, *IJCP*, 1, 2003, 115 ss; R. Mehdi, W. Menski, J.S. Nielsen, *Muslim Divorce in Denmark. Findings from empirical investigation*, DJOF Pub, Copenhagen, 2012.

coppia di religione ebraica, e che ha rappresentato il *leading case* di una giurisprudenza ormai consolidata, che si è arricchita nel tempo<sup>53</sup>.

Più specificatamente la Corte Suprema ha affermato che i tribunali civili non hanno alcuna competenza sul matrimonio religioso né sul suo scioglimento non essendo questo riconosciuto dall'ordinamento civile. Tuttavia, ne riconosce implicitamente la validità affermando che il rifiuto del marito a cooperare nel divorzio religioso possa costituire un atto illecito<sup>54</sup>. A parere della Corte, nel fare tale valutazione, il giudice deve compiere un bilanciamento tra gli interessi della donna e quelli dell'uomo, tenendo in particolare considerazione i motivi del rifiuto da parte del marito e i costi da sopportare<sup>55</sup>. Se a seguito di tale bilanciamento, il giudice dovesse rilevare che la condotta del marito integra un atto illecito potrà ordinargli di collaborare al divorzio a pena del pagamento di una sanzione pecuniaria per ogni giorno di ritardo<sup>56</sup>.

In questo modo, sebbene l'ordinamento non riconosca il matrimonio religioso, la Corte Suprema riconosce gli effetti giuridici prodotti dal rifiuto del marito a tenere un comportamento religiosamente orientato. La priorità della Corte è evidentemente quella di tutelare la posizione vulnerabile della donna.

Tale orientamento giurisprudenziale è stato applicato per la prima volta al caso di una coppia musulmana nel 1989<sup>57</sup> ed è arrivata fino ad oggi arricchendosi di nuovi elementi, alcuni dei quali, particolarmente rilevanti<sup>58</sup>.

A partire dal 2010 la giurisprudenza olandese ha affermato espressamente che il rifiuto del marito a collaborare allo scioglimento del matrimonio costituisce un illecito civile in quanto viola i diritti fondamentali della donna sanciti dagli artt. 8 e 12 CEDU i quali, nel processo di bilanciamento, risultano essere prevalenti rispetto alla libertà religiosa del marito<sup>59</sup>. La giurisprudenza olandese ha, quindi, fatto uso, con maggiore

---

<sup>53</sup> HR 22.1.1982 NJ 489/1982

<sup>54</sup> Codice civile olandese, art. 6:162. La sentenza riformava la decisione della Corte d'Appello secondo cui un tribunale civile non può obbligare un uomo a esercitare un determinato comportamento religioso.

<sup>55</sup> Hof Den Haag 21.11.2017 EB 2018/21, RB Oost-Brabant 3.8.2016 EB 2016/88.

<sup>56</sup> F. Ibili, *De Rol van de Nederlandse Rechter bij de ontbinding van informele religieuze huweliken*, JCDI, 25, 2019, 1 ss.

<sup>57</sup> HR 10.11.1989 NJ 1990/112

<sup>58</sup> Contra RB Rotterdam 6.1.2016 EB 2016/40, RB Rotterdam 9.9.2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6943, Hof Den Haag 21.11.2017, secondo cui questo tipo di procedura coinvolge interessi non contemplati né tutelati dall'ordinamento civile.

<sup>59</sup> RB Rotterdam 8.12.2010 ECLI:NL:RBROT:2010:BP8396, RB Den Haag 8.6.2012, 418988/KGZA 12-489, RB Amsterdam 10.4.2012, LJNBW 3800; RB Den Haag 21.10.2014 ECLI:NL:RBDHA:2013:5254, Hof Den Haag 21.11.2017 EB 2018/21, RB Ost-Brabant 3.8.2016 EB 2016/88, Rb Rotterdam 28.2.2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1720; RB Amsterdam 21.12.2018 ECLI:NL:RBAMS:2018:9363, Hof Den Haag 16.10.2018 ECLI:NL:GHDHA:2018:2893, RB Oost-Brabant 3.8.2016 EB 2016/2018, RB Den Haag 21.10.2014 ECLI:NL:RBDHA:2014:14191. Più di recente GEHO Den Haag ECLI:NL:GHDHA:2019:1818, RB Oost-Brabant 13.8.2019 ECLI:NL:RBOBR:2019:4641; RB

successo, degli stessi dei principi e ragionamenti proposti in materia dalla giurisprudenza britannica nel caso Akhter del 2018.

In questo senso i diritti umani, generalmente utilizzati per valutare la compatibilità della *sharia* con l'ordinamento giuridico secolare e come scudo contro le possibili violazioni dei diritti all'interno dell'ordinamento giuridico minoritario, rappresentano qui la chiave per farlo emergere e interagire con l'ordinamento giuridico ufficiale<sup>60</sup>. Invocare una violazione dei diritti umani in questo senso ha, inoltre, il vantaggio di autorizzare l'intervento dello Stato in una questione di carattere religioso o comunque di competenza di un'autorità religiosa<sup>61</sup>. Del resto, in diverse occasioni, la Corte EDU ha sottolineato l'importanza della tolleranza del pluralismo religioso nelle attuali società democratiche pluraliste<sup>62</sup>.

Si tratta, tuttavia, di una interpretazione che non è rimasta esente da critiche. Secondo parte della dottrina, infatti, tale orientamento consentirebbe un'applicazione eccessivamente creativa dell'effetto orizzontale delle norme in materia di diritti umani, non terrebbe in debita considerazione la libertà religiosa del marito e soprattutto non realizzerebbe un reale accomodamento con la *sharia*<sup>63</sup>, considerando le norme dell'ordinamento informale in maniera decontestualizzata ed evidenziando una scarsa conoscenza del diritto islamico<sup>64</sup>.

Nonostante l'ordinamento giuridico olandese non riconosca il matrimonio islamico e i suoi effetti all'interno dell'ordinamento, la giurisprudenza non ha potuto evitare di confrontarsi con l'ordinamento giuridico informale allo scopo di perseguire un risultato pratico: la garanzia di una piena tutela delle donne in corrispondenza a una tradizione ben radicata nella cultura giuridica olandese di promozione dell'uguaglianza di genere. A tale scopo i tribunali hanno creato una *fiction iuris*, ricorrendo alla figura dell'illecito civile, rafforzata dal coinvolgimento della disciplina dei

---

Rotterdam 14.4.2020 ECLI:NL:RBROT:2020:3468.

<sup>60</sup> Del resto, l'utilizzo dei diritti umani in questo contesto ricorre anche in altre giurisdizioni. Si veda ad. Esempio la Corte Suprema Canadese in *Baker v. Canada* 14.12.2007 n. 31212.

<sup>61</sup> ECHR *Pellegrini v Italy*, 20.7.2001, 30882/96; *Obst v Germany* 23.9.2010, 425/03; *Schütz v Germany* 10.5.2011, 1620/03; *Siebnhaar v Germany* 20.6.2011, 18136/02.

<sup>62</sup> E. Brems, *Human Rights as Framework for Negotiating /Protecting Cultural Differences. An Exploration of the Case law of European Courts of Human Rights* in MC Foblets (ed), *Cultural Diversity and the Law*, Bruylant, Bruxelles, 663 ss.

<sup>63</sup> Tale ultima obiezione nasce in particolare dal fatto che la giurisprudenza olandese non terrebbe in alcuna considerazione i diversi tipi di divorzio contemplati dalla legge islamica, i quali trovano diversa applicazione a seconda delle circostanze, producendo effetti diversi nei rapporti, soprattutto economici, tra le parti. Così GH Den Haag 4.6.2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5254; RB Amsterdam 2.4.2014 ECLI:NL:RBAMS:2014:1644.

<sup>64</sup> E. DE KROON, *Islamic Law, Secular Law and Societal Norms: The Recognition of Islamic Legal Practice in the Netherlands and the protection of Muslim Women's Human Rights*, in *Journal of Muslim Minority Affairs*, vol.36, n.2, 2016, pp. 153-183. A favore dell'approccio attraverso la disciplina dei diritti umani S. Rutten, *Protection of Spouse in Informal Marriages by Human Rights*, *Utrecht law Review*, vol.6, n.2, 2010, pp.77 ss.

diritti umani, e riconoscendo implicitamente non solo l'esistenza dei matrimoni religiosi ma anche il valore dell'ordinamento giuridico informale con cui la giurisprudenza non può sottrarsi dall'interagire.

Allo stesso tempo, i giudici non sembrano disposti ad approfondire tutte le implicazioni del diritto islamico e del suo parziale riconoscimento, tenendo in considerazione solo quegli aspetti strettamente necessari a raggiungere il risultato concreto di rafforzamento della posizione della donna<sup>65</sup>.

Soprattutto, resta aperto il problema del rinvio della decisione sostanziale sul divorzio a un'autorità religiosa islamica la cui decisione sfugge al controllo dell'ordinamento sotto il profilo della tutela dei soggetti deboli, con possibili conseguenze negative soprattutto nel caso in cui le parti non abbiano contratto anche il matrimonio civile.

Naturalmente, la tutela dei soggetti più vulnerabili è di prioritaria importanza, ma vale la pena di esplorare altre opzioni che possano coniugare tale necessità con una maggiore comprensione e confronto con il diritto islamico.

In materia di divorzio religioso, a fronte di una simile situazione di non riconoscimento dello status matrimoniale, l'ordinamento inglese conferma il proprio orientamento nel non attribuire alcun valore all'unione matrimoniale di carattere essenzialmente religioso. Così, di fronte a un matrimonio informale, le Corti britanniche hanno rifiutato l'idea della illegittimità del rifiuto del marito a cooperare nel divorzio religioso, ritenendo la questione estranea alla competenza della giurisdizione civile<sup>66</sup>.

In questi casi viene, quindi, in rilievo la funzione sociale dei fori religiosi nelle forme dei *Muslim Arbitration Tribunal* e dei c.d. *Shari'a Council*<sup>67</sup>,

---

<sup>65</sup> In particolare l'obiettivo di dare priorità alla tutela dei diritti delle donne senza tenere in considerazione alcuni aspetti peculiari del diritto islamico ha avuto un effetto controproducente in alcuni particolari casi di poligamia, in cui una delle due donne si è vista privata di qualsiasi tutela. Si veda ad esempio HR 17.6.2011, LJN BP9500.

<sup>66</sup> Chaudary v Chaudary, FLR 476, Fam 19, 1985. A.R. Moosa, D. Helly, *An Analysis of British Judicial Treatment of Islamic Divorces 1997-2009* in E.Giunchi, *Muslim Family Law in Western Courts*, New York, Routledge, 2014, 132.. Si veda C. Proudman, *Religious Marriage: Stayin a Decree absolute in order to increase the Chance of obtaing a Religious Divorce*, in *Family Law Week*, 2013, <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed111039>.

<sup>67</sup> Per un approfondimento del tema dei c.d. Tribunali islamici in Gran Bretagna e delle relative problematiche si veda A. Rinella, *Pluralismo giuridico e giurisdizioni religiose alternative*, op.cit., A. Rinella, M.F. Cavalcanti, *I tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato* op.cit, F. SONA, *Giustizia religiosa e islam. Il Caso degli Shari'a Council nel Regno Unito*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoeChiese.it, 34, 2016; E.R. Maret, *Mind the Gap: the Equality Bill and the Sharia Arbitration in the United Kingdom*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 36, 2013, pp. 257 ss.; A. Sachar, *Multicultural Jurisdiction: Cultural Differences and Women's Right*, Cambridge U.P., Cambridge, 2001; M. Abbamonte, *L'esperienza dei faith based arbitration in Ontario, Stati Uniti e Inghilterra*, in F. Alicino (ed), *Il costituzionalismo di fronte all'Islam. Giurisdizioni alternative nelle società multiculturali*, Bordeaux, Roma, 2016, 163 ss; P.Parolari, *Legal Polycentricity, intergiuridicità e dimensioni intersistemiche dell'interpretazione giudiziale. Riflessioni a partire dal caso inglese Akhter*

cui si sono rivolte anche alcune coppie olandesi<sup>68</sup>.

Si può notare una sostanziale differenza nell'approccio adottato dai due Paesi nei confronti del medesimo problema: le corti britanniche, rifiutando di riconoscere la propria competenza sulla questione e di applicare un approccio basato sui diritti umani, delegano la soluzione del problema all'arbitrato islamico, probabilmente consapevoli della capacità di questo istituto di coniugare le esigenze del diritto religioso e del diritto secolare attraverso un risultato ibrido. Resta, tuttavia, un vuoto di tutela che impedisce alle parti, ma soprattutto ai soggetti più vulnerabili, di rivolgersi alle corti secolari, di modo che in molti casi l'unica strada percorribile resta quella della giurisdizione alternativa religiosa.

I tribunali olandesi si sono fatti carico della responsabilità di intervenire sulla questione dei matrimoni e divorzi religiosi con una strategia che ha tradotto le esigenze dell'ordinamento informale nella lingua nota al diritto civile, utilizzando come tramite la disciplina dei diritti umani. Restano, tuttavia, aperte alcune questioni interpretative di non scarsa rilevanza, la cui soluzione richiederebbe una maggiore conoscenza del diritto islamico. Una conoscenza che del resto si può pretendere fino a un certo punto da parte di un giudice civile.

## 6. Considerazioni conclusive

La giurisprudenza esaminata evidenzia come gli ordinamenti giuridici statali non possano esimersi dal confronto con gli ordinamenti giuridici minoritari allo scopo di garantire un corretto bilanciamento tra libertà religiosa, diritti collettivi, diritti individuali e principi fondamentali dell'ordinamento, in un'ottica di composizione ragionevole delle differenze, allo scopo di raggiungere un risultato in linea con il principio di uguaglianza in senso sostanziale.

Dall'analisi dell'approccio adottato da entrambi i Paesi esaminati al problema della *marital captivity* sembra potersi dedurre una certa consapevolezza da parte della giurisprudenza rispetto al fatto che l'ordinamento giuridico statale coesiste e compete con il *minority legal order* islamico. L'interazione tra i due sistemi è determinata dal comportamento dei membri della minoranza che si muovono naturalmente tra il piano del diritto secolare e il piano del diritto tradizionale o religioso. In questo senso, i membri della minoranza si rivolgono alternativamente agli arbitrati religiosi, quando disponibili, o alle corti civili, quando disposte ad ascoltarli, chiedendo una mediazione tra le norme tradizionali e quelle secolari in materia di tutela dei diritti fondamentali, mettendo «in atto diverse e mutevoli strategie di gestione della complessità giuridica in cui sono immerse, compiendo anche pratiche di *forum shopping*, alla ricerca, di volta in

---

*v Khan*, in DPCE on line, 3, 2019.

<sup>68</sup> E. De Kroon, op.cit., 168.

volta, del modo migliore per regolare i propri rapporti e interessi»<sup>69</sup>.

In entrambi i casi, appaiono inevitabili forme di contaminazione e interazione, e ciò a prescindere da un riconoscimento ufficiale dell'ordinamento giuridico informale<sup>70</sup>.

A questa forma di interazione si aggiunge quella dei rapporti tra il diritto internazionale in materia di diritti umani, ordinamento giuridico di minoranza e l'ordinamento giuridico formale. In questa prospettiva, le norme in materia di diritti fondamentali influenzano il modo in cui i giudici nazionali si rapportano al *minority legal order*, il che si ripercuote anche sul modo di interpretare il diritto internazionale stesso e le fonti del diritto nazionale<sup>71</sup>.

I diritti umani, generalmente utilizzati per valutare la compatibilità della *sharia* con l'ordinamento giuridico secolare e come scudo contro le possibili violazioni del diritto interno, rappresentano in questo caso la chiave per fare emergere e interagire l'ordinamento minoritario con quello statale, oltre che consentire, o meglio giustificare, l'intervento dello Stato in una questione di carattere religioso.

Si tratta di una interpretazione non esente da critiche tra cui quella che vede nella stessa una applicazione eccessivamente creativa dell'effetto orizzontale delle norme in materia di diritti umani, cui si aggiunge la considerazione secondo cui non si determinerebbe una reale *accommodation* con il diritto islamico poiché le norme dell'ordinamento informale verrebbero considerate in maniera del tutto decontestualizzata.

Ma dall'analisi delle problematiche esposte sembra emergere anche una certa inadeguatezza dell'impianto normativo a far fronte alle particolari esigenze dei membri delle minoranze religiose in generale e, più in particolare, di quella islamica. Ci si aspetterebbe, infatti, che a fronte di un mutamento della società in senso multiculturale e pluralistico, il legislatore si assuma la responsabilità di adeguare gli strumenti legislativi alle nuove esigenze sociali.

Di tale responsabilità sembrano, invece, essere stati investiti i giudici, in contraddizione con la logica binaria di una rigida distinzione tra momento applicativo e momento creativo del diritto, che conduce la magistratura ad essere «una delle istituzioni chiave della società pluralista»<sup>72</sup>.

Ciò vale soprattutto per i gruppi minoritari che, trovando resistenze e difficoltà nella rappresentanza politica, hanno condotto le proprie istanze di riconoscimento nelle aule di giustizia divenute non solo un luogo di risoluzione ma anche di espressione delle stesse<sup>73</sup>. Ciò porta a interrogarsi

---

<sup>69</sup> P.Parolari, *Legal Polycentricity, intergiuridicità e dimensioni intersistemiche dell'interpretazione giudiziale. Riflessioni a partire dal caso inglese Akhter v Khan*, in DPCE on line, 3, 2019.

<sup>70</sup> P. Parolari, op.cit., 2115.

<sup>71</sup> G.Corradi, *Introduction. Human Rights and Legal Pluralism: Four research Agendas*, in G.Corradi, E. Brems, M. Goodale (eds), *Human Rights Encounter Legal Pluralism. Normative and Empirical Approaches*, Bloombury, Oxford, 2017., 1 ss.

<sup>72</sup> S.Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, 195.

<sup>73</sup> S.Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, 195.

sulla idoneità dei giudici ad assumere questa responsabilità, a intervenire attraverso le loro pronunce a un processo di trasformazione sociale, spesso costretti a difficili traduzioni di istituti a loro sconosciuti, al solo scopo di ottenere un risultato di giustizia sostanziale a favore di un soggetto vulnerabile, altrimenti ignorato dall'ordinamento giuridico di maggioranza.

Nonostante la resistenza dell'ordinamento e della politica, si percepisce chiaramente uno sforzo da parte della giurisprudenza nel voler trovare soluzioni che possano coniugare le ragioni del diritto nazionale e le necessità culturali delle parti. Tale sforzo esprime l'esigenza di armonizzare la pluralità delle fonti del diritto applicabili a fattispecie concrete, allo scopo di colmare vuoti di tutela nello spirito della *reasonable accommodation*.

Tuttavia, tale impegno per quanto utile, risulta spesso insufficiente oltre che incerto, essendo rimesso alla discrezionalità dei giudici stessi i quali, come dimostrato dal caso *Akhter*, non hanno alcun obbligo di considerazione delle istanze minoritarie e di interpretazione delle norme attraverso una ragionevole composizione delle differenze. Un'eventualità questa che, rimanendo ancorata alla regola *one law for all* e a obiettivi di uguaglianza formale, finisce per condurre a un risultato discriminatorio in concreto.

Appare, quindi, più efficace, in questo senso l'approccio olandese di *reasonable accommodation* che mette in contatto fonti dell'ordinamento interno, con fonti religiose informali e fonti internazionali allo scopo di realizzare un risultato in linea con il principio di uguaglianza in senso sostanziale.

Nonostante le difficoltà e le criticità emerse, quella dell'applicazione della tecnica della ragionevole composizione delle differenze rappresenta una strada che, in mancanza di mirati interventi legislativi, vale la pena continuare a percorrere: nel rispetto dei diritti e principi fondamentali dell'ordinamento, lo scopo resta quello di considerare gli individui non più come soggetti astratti ma nella loro qualità di persone, di valutare non solo il caso in concreto ma soprattutto l'individuo concreto.

Maria Francesca Cavalcanti  
Dip.to di Giurisprudenza, Economia,  
Politica e Lingue Moderne  
Università LUMSA  
f.cavalcanti1@lumsa.it