

Giurisdizione religiosa: la questione islamica in Canada e Stati Uniti

di Maria Francesca Cavalcanti

Abstract: Religious jurisdiction: the islamic issue in Canada and the U.S. – Contemporary legal systems, specially in recent decades, have had to face challenges and issues posed by an upcoming, to a certain extent totally new, pluralism: ethnic, cultural, and religious. One of the most important challenges is represented by the identification of legal solutions aiming at overcoming the conflicts arising from such complexity, in order to ensure the protection of individual and group rights as well as the fulfilment of expectations of minorities in matters of respect of their multiple identities. The question arises Western legal system namely with reference to the Shari'a and its diffusion as a juridical framework, addressing the members of Muslim communities, parallel to Western laicist orders, in view of finding solutions to juridical controversies according to the dictates of Islamic law. The essay examines two very significant experiences: the religious arbitration in Canada and United States, that show a possible way of integration of Muslim minority in the West.

1029

Keywords: Shari'a Courts; Fundamental rights; Legal pluralism; Religious jurisdiction; Canada; United States.

1. Considerazioni introduttive: società multiculturali e fattore religioso

Gli ordinamenti contemporanei, e così anche quelli di Canada e Stati Uniti, 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 da tali nuovi scenari, al fine di raggiungere soluzioni che bilancino i diritti e le aspettative dei gruppi minoritari con i diritti dei singoli individui che vivono in tali comunità e che si trovano divisi tra il desiderio di integrazione nella società e la necessità di preservare la propria identità culturale, etnica e religiosa.

Nel contesto di una società multiculturale, la presenza di minoranze come quella musulmana, che trovano nel fattore religioso il proprio elemento identitario, unita alla crescente richiesta, da parte di tali comunità, del riconoscimento di fori nell'ambito dei quali risolvere le proprie controversie in base al diritto religioso, ha condotto gli ordinamenti occidentali a ripensare il ruolo della neutralità dello Stato verso la religione, ricercando soluzioni di inclusione e tutela delle differenze.

La dicotomia tra legge secolare e legge religiosa crea, chiaramente, non poche difficoltà quando una minoranza religiosa forte, quale è quella musulmana, rivendica il diritto di applicazione della *Shari'a* in materia di diritto di famiglia come elemento della propria libertà religiosa.

Il concetto di *reasonable accommodation* richiede allo Stato, agli individui e alle comunità religiose di raggiungere un compromesso al fine di conciliare la fede e gli ideali secolari.

Occorre, quindi, chiedersi se l'arbitrato religioso, in un contesto multiculturale come quello offerto dagli ordinamenti di Canada e Stati Uniti, possa rappresentare uno strumento di accomodamento ragionevole.

2. Libertà religiosa e neutralità dello Stato

1030

Il primo elemento che influenza il riconoscimento degli arbitrati religiosi è quello legato al ruolo assunto dal fattore religioso nei due ordinamenti.

A) Canada

L'art. 2 della *Canadian Charter of Rights and Freedom* del 1982¹ sancisce la libertà religiosa, soggetta, come qualsiasi altra libertà fondamentale, alla *limitation clause* di cui all'art. 1², in base alla quale una norma limitativa della libertà di coscienza e di religione, così come di ogni altra libertà fondamentale, è valida se tale limitazione è giustificabile nell'ambito di una società libera e democratica.

La norma da sola sembra dire ben poco, tuttavia, la stessa deve essere letta alla luce di altri due principi fondamentali: il principio del multiculturalismo, sancito dall'art. 27³ e il principio di uguaglianza sancito dall'art. 15⁴ della *Canadian*

¹ *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, art. 2: «Everyone has the following fundamental freedoms: freedom of conscience and religion; freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication, freedom of peaceful assembly; and freedom of association», cui si aggiunge il divieto di non discriminazione in base alla razza, nazionalità, etnia, religione e sesso, sancito dall'art.1 del *Canadian Bill of Rights* del 1960: «It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely, the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law; the right of the individual to equality before the law and the protection of the law; freedom of religion; freedom of speech; freedom of assembly and association; and freedom of the press».

² *Canadian Charter of Rights and Freedom*, art. 1: «The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society».

³ La concezione del multiculturalismo canadese risponde al concetto di *ethnic mosaic*, per cui ciascuna minoranza etnica è parte di un mosaico e concorre a realizzare l'identità nazionale canadese. Il multiculturalismo canadese rifiuta l'idea dell'assimilazione, così come quella della mera tolleranza, ma tende al riconoscimento del diritto alla differenza fondato sul rispetto della diversità. Il modello canadese si differenzia dalla soluzione statunitense del *Melting Pot*, che si propone lo scopo di fondere tutte le differenze in una massa omogenea, assimilando le diverse identità culturali a quella americana, fino ad arrivare a fondersi con questa. A partire dagli anni '80 in Canada si è registrata una crescente istituzionalizzazione della politica del multiculturalismo che ha condotto ad una sua affermazione nell'art. 27 *Canadian Charter of*

Charter of Rights and Freedom.

La Corte Suprema ha fornito un'articolata definizione della libertà religiosa in occasione della sentenza resa sul caso *R v Big M Drug Mart* del 1985⁵, affermando che l'essenza del concetto di libertà religiosa consiste nel diritto di professare liberamente e pubblicamente il proprio credo senza timore di discriminazioni. Ma vi è di più.

La libertà religiosa comprende il diritto di ciascun individuo ad agire in conformità al proprio credo⁶.

Partendo da questa definizione di libertà religiosa e facendo applicazione del principio del multiculturalismo e del principio di uguaglianza, la giurisprudenza canadese è giunta a formulare il concetto di *equal religious citizenship*, in cui la libertà religiosa e il principio di uguaglianza sono alleati allo scopo di promuovere il diritto di ogni individuo a partecipare alla società canadese senza essere costretto ad abbandonare i principi della propria fede o ad agire in contrasto con questi⁷.

Il principio della *equal religious citizenship* consente, attraverso la tecnica della *reasonable accommodation*, la deroga di regole che pur essendo apparentemente neutrali, possono realizzare un effetto discriminatorio nella loro applicazione concreta⁸.

Lo stesso principio trova applicazione anche nello spazio pubblico, attraverso il riconoscimento della c.d. *constitutional exemption*⁹.

In base a tale concetto è possibile derogare a una norma di portata generale, al fine di tutelare la libertà religiosa, purché l'interesse pubblico non risulti essere preminente¹⁰.

Il ruolo della giurisprudenza è stato fondamentale anche nella definizione dei rapporti tra Stato e Confessioni religiose¹¹.

In materia, la Corte Suprema canadese ha precisato come la libertà religiosa abbia, tra gli altri, lo scopo di impedire indebite interferenze da parte dello Stato nell'ambito religioso, garantendo un equo rispetto di tutte le confessioni religiose¹².

Rights and Freedom del 1982, in base al quale «This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians».

⁴ *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, art. 15: «Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability».

⁵ *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295.

⁶ *Syndicat Northcrest v Amselem* [2004] 2 S.C.R. 551.

⁷ B. Ryder, *The Canadian Conception of Equal religious Citizenship*, in R. Moon (ed.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, Toronto, 2010, 87 ss.

⁸ *Ontario Human Rights Commission and Theresa O'Malley v Simpson-Sears* [1985] 2 S.C.R. 536.

⁹ R. Jukier, J. Woehrling, *Religion and the Secular State in Canada*, in J. Martinez-Torron, W.C. Durham, D.D. Thayer (eds), *Religion and the Secul State: National Reports*, Madrid, 2015, 155 ss.

¹⁰ *R v Videoflicks LTD* del 1985 (14 D.L.R. [4th] 10 [Ont. C.A.]).

¹¹ Il *British North American Act* del 1867, poi *Constitution Act* del 1982, non prevede alcuna norma in materia, né la questione è stata esplicitamente affrontata dalla *Canadian Charter of Rights and Freedom*, lasciando, quindi, spazio all'interpretazione giurisprudenziale.

¹² *AC v Manitoba Director of Child and Family Service* [2009] 2 SCR 181, *Multan v Commission Scolaire Marguerite Bourgeoys* [2006] 1 SCR 256, *Trinity Western University v College of Teachers*

Tuttavia, le istituzioni canadesi non devono mantenere necessariamente una netta separazione con le confessioni religiose, ma astenersi dall'adottare leggi o intraprendere azioni che possano favorire o penalizzare una confessione in particolare.

In tal senso, la concezione canadese di separazione tra Stato e Confessioni religiose, consente al primo di giocare un proprio ruolo nella promozione del pluralismo religioso, purché ciò avvenga in maniera imparziale¹³.

La giurisprudenza della Corte Suprema è, inoltre, intervenuta a indicare ai giudici come affrontare quelle controversie che implicino questioni strettamente religiose, sulla base dei principi di cui si è detto¹⁴. Tali indicazioni sono state formulate attraverso la c.d. *religious question doctrine*, un orientamento costante che impone di lasciare le questioni religiose alle competenti autorità, purché la controversia, oltre a elementi strettamente religiosi non coinvolga i *civil rights*¹⁵.

B) Stati Uniti

Negli Stati Uniti, al pari che in Canada, la Corte Suprema ha giocato un ruolo determinante nel definire tutti questi aspetti in una nazione che, come poche altre, ha conferito carattere religioso alla propria identità collettiva.

Come è noto, nell'ordinamento statunitense, i diritti fondamentali sono sanciti dal *Bill of Rights* del 1791 il cui Primo Emendamento sancisce tra le altre la libertà religiosa¹⁶.

Lo scopo delle c.d. *religious clauses*, la *establishment clause* e la *free exercise clause*, è quello di garantire l'indipendenza dello Stato dalla religione e tutelare il diritto dei cittadini a manifestare liberamente il proprio credo.

I rapporti tra Stato e Confessioni Religiose sono definiti in base alla *establishment clause*, che, come affermato nel caso *Everson v Board of Education* del 1947¹⁷, impone che né il governo federale né il governo locale possano istituire una Chiesa di Stato, approvare leggi che favoriscano una confessione religiosa, costringere un individuo a professare o rinnegare un determinato credo, punire chiunque a causa della propria fede.

Per dirla con le parole di Jefferson¹⁸, la clausola erige un muro di separazione tra lo Stato e le confessioni religiose.

Sebbene nel corso del tempo all'interpretazione della clausola secondo la teoria della c.d. *strict separation* o *no aid*, si sia preferito un atteggiamento di semplice neutralità, c.d. *religious blind* o di accomodamento, l'interpretazione dei rapporti

[2001] 1 SCR 772.

¹³ B. Ryder, *op. cit.*, 92.

¹⁴ N. Walters, *Religious Arbitration in the United States and Canada*, in *Santa Clara Law Review*, 52, 2, 2012, 501 ss.

¹⁵ *Reed v Regina* [1989] 3 F.C. 259 (Fed.Ct.) (Can).

¹⁶ *Bill of Rights, Amendment I*: «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances».

¹⁷ *Everson v Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

¹⁸ T. Jefferson, *Letter to the Danbury Baptist*, 1 Jan. 1802, on line su www.loc.gov/loc/lcib/9806/danpre.html.

tra Stato e confessioni religiose resta improntato, diversamente che in Canada, ad una netta separazione¹⁹.

Il libero esercizio della libertà religiosa è, invece, affermato dalla *free exercise clause* che impedisce allo Stato di penalizzare l'esercizio della fede.

Nell'interpretazione della *free exercise clause*, la giurisprudenza americana dichiara la piena libertà del credo religioso, ma in maniera parzialmente diversa rispetto all'interpretazione canadese dell'*equal religious citizenship*.

In un primo momento, la giurisprudenza sembrava concorde nel ritenere che tutti i comportamenti guidati da una motivazione religiosa potessero essere sottratti all'applicazione di norme di carattere generale, con il solo limite delle azioni che potessero rappresentare una minaccia per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico o la pace²⁰, secondo il principio del *clear and present danger*.

A partire dagli anni '60, al citato principio viene affiancato il c.d. *balancing test*²¹, in base al quale, in caso di contrasto tra interessi pubblici e religione, occorre procedere a un bilanciamento dando prevalenza all'interesse preminente.

Negli anni '90, l'orientamento giurisprudenziale in materia ha subito un'ulteriore evoluzione.

Posta la necessità di procedere sempre al *balancing test*, nel caso in cui ad essere soggetta ad esame sia una legge di carattere generale, la libertà religiosa può essere compressa o addirittura soccombere²².

Contrariamente a quanto affermato dalla giurisprudenza canadese, secondo la Corte Suprema Americana, una norma neutrale, applicabile alla generalità dei consociati, non può considerarsi contraria alla *free exercise clause*, qualora imponga un limite alla libertà di culto, a meno che il suo scopo primario non sia quello di interferire con una fede religiosa in particolare²³.

Partendo da tali principi, anche la giurisprudenza americana ha formulato una propria *religious question doctrine*, alla cui base vi è il principio secondo cui occorre demandare la decisione sulle questioni religiose alle autorità competenti in materia, a meno che la controversia non coinvolga anche elementi di interesse pubblico.

Nell'affrontare le controversie aventi carattere religioso, la giurisprudenza statunitense, in maniera più sistematica rispetto a quella canadese, ha seguito due linee ermeneutiche ben precise.

In base al principio della c.d. *policy defence*, nel caso in cui una controversia sia stata decisa da un'autorità religiosa gerarchicamente organizzata, avente proprie regole e procedure interne, la Corte statale, a meno che non sia coinvolto un *civil interest* o la decisione non sia frutto di frode o collusione, è tenuta ad accettare la decisione dell'autorità ecclesiastica²⁴.

¹⁹ C.L. Eisgruber, M. Zeisberg, *Religious Freedom in Canada and United States*, in *International Journal of Constitutional Law*, 4, 2, 2006, 244 ss.

²⁰ *Cantwell v Connecticut* 98 U.S. 145 (1940).

²¹ *Sherbert v Verner* 374 U.S. 398 (1963).

²² *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v Smith* 494, U.S. 872 (1990).

²³ C.L. Eisgruber, M. Zeisberg, *op. cit.*, 245.

²⁴ *Alicea v New Brunswick Theological Seminary* 608, A2d 218 (N.J.) 1992; *Hardwick v First Baptist Church*, 524, A2d, 1298 (N.J. Super.Ct.App. Div.) 1987.

Occorre, tuttavia, tenere in considerazione che il panorama religioso statunitense comprende comunità religiose prive di una struttura gerarchica, rendendo la dottrina della *policy defence* di uso limitato²⁵. La Corte Suprema ha, quindi, adottato un approccio alternativo cui fare riferimento, il c.d. *neutral principle*, secondo cui i principi costituzionali non impongono una deferenza obbligatoria all'autorità religiosa, quando non ne sussistano le condizioni.

In questi casi, dovrà farsi riferimento a un approccio neutrale, purché la Corte possa applicare la legge secolare e risolvere la controversia senza entrare nel merito della questione religiosa²⁶.

3. Disciplina dell'arbitrato e dell'arbitrato religioso

Il secondo elemento da tenere in considerazione è la normativa che costituisce il presupposto necessario per l'istituzione degli arbitrati religiosi. In entrambi gli ordinamenti, i tribunali arbitrali religiosi assumono come punto di riferimento la disciplina generale in materia di arbitrato.

A) Canada

Fino a circa venticinque anni fa la disciplina dell'arbitrato in Canada si è basata sugli *Statutes* britannici risalenti al XIX secolo²⁷.

Al fine di dotarsi di un'apposita disciplina in materia di arbitrato, la maggior parte delle Province canadesi, tra la fine degli anni'80 e l'inizio degli anni'90, ha deciso di adottare nuovi *Arbitration Act*, applicabili solo agli arbitrati interni con esclusione di quelli internazionali²⁸.

È sulla base della disciplina provinciale in materia di arbitrato, in combinato con i principi in materia di multiculturalismo e libertà religiosa, come interpretati dalla Corte Suprema, che in Canada hanno trovato spazio gli arbitrati religiosi.

Le questioni relative alla legittimità di questo particolare tipo di arbitrati, e soprattutto degli arbitrati islamici, sono stati al centro di un acceso dibattito pubblico che, nato nella Provincia dell'Ontario, si è diffuso in tutta la federazione e ha condotto all'affermazione del divieto di arbitrato religioso, arrestando le implicazioni naturali del multiculturalismo verso il riconoscimento di un certo grado di autonomia giurisdizionale delle minoranze religiose.

L'*Ontario Arbitration Act* del 1991 aveva un ambito di applicazione particolarmente ampio, trovando applicazione, per quanto qui di interesse, alle conseguenze patrimoniali dello scioglimento del vincolo matrimoniale nonché alle controversie in materia successoria²⁹.

²⁵ E.L. Thompson, F.S. Yunus, *Choice of Laws or Choice of Culture: How western Nations treat the islamic marriage contract in Domestic Courts*, in *Wisconsin International Law Journal*, 25, 2, 2007, 362 ss.

²⁶ *Jones v Wolfe*, 443, U.S. 595 (1979); *Sieger v Sieger* 6975, WL (N.Y. Sup.Ct.) 2005.

²⁷ J.B. Casey, J.Mills, *Arbitration Law in Canada: Practice and Procedure*, New York, 2005.

²⁸ Fanno eccezione le Province di Newfoundland, Labrador e Prince Edward Island, in cui la materia è ancora regolata da leggi basate sull'*English Arbitration Act* del 1889.

²⁹ *Ontario Arbitration Act*, 1991, § 2.

Inoltre, il *Family Law Act* del 1990, nel disciplinare gli accordi patrimoniali tra i coniugi, prevedeva espressamente la possibilità di stipulare accordi di arbitrato e mediazione³⁰.

Dall'applicazione congiunta delle due normative si evincono una serie di principi applicabili, quantomeno fino alla riforma intervenuta nel 2006, all'arbitrato religioso in materia di diritto di famiglia.

In primo luogo, ai coniugi è consentito negoziare un accordo, c.d. *domestic contract*, con cui disciplinare anticipatamente le questioni patrimoniali che potrebbero insorgere in sede di separazione e divorzio, discostandosi dal regime legale in materia.

Inoltre, in caso di controversia, i coniugi possono concordemente decidere di rivolgersi a organismi privati di arbitrato o mediazione in alternativa alla Corte statale, scegliendo, altresì, la normativa e la procedura da applicare alla risoluzione della controversia, compreso, dunque, il diritto religioso³¹.

Infine, il lodo arbitrale è vincolante per le parti e può essere reso esecutivo dalle Corti statali a seguito di apposita istanza³².

La Corte adita potrà, altresì, annullare o riformare il lodo qualora accerti la violazione dei diritti fondamentali di una delle parti, l'incapacità delle parti a sottoscrivere l'accordo di arbitrato, l'invalidità dell'accordo di arbitrato in base alla disciplina del contratto o la parzialità degli arbitri³³, pur senza poter entrare nel merito della questione religiosa.

In base al combinato disposto del *Family Law Act* e dell'*Arbitration Act*, letti alla luce dei principi costituzionali in materia di libertà religiosa e multiculturalismo, lo Stato canadese ha autorizzato l'istituzione di tribunali arbitrali cristiani ed ebraici³⁴.

Per oltre un decennio, queste giurisdizioni parallele hanno operato nella Provincia dell'Ontario, e nel resto del Canada, senza particolari ostacoli.

Il clima di favore che aveva connotato la vita degli arbitrati religiosi sin dagli anni '90 è radicalmente mutato a seguito della richiesta da parte della comunità islamica di istituire un tribunale arbitrale tramite il quale fare applicazione della *Shari'a* in materia di diritto di famiglia³⁵.

La possibilità di applicazione della *Shari'a* nell'ordinamento canadese attraverso il sistema di arbitrato, ha destato la preoccupazione dell'opinione pubblica, dei gruppi politici e delle associazioni femministe.

In particolare, si sosteneva che la delega da parte dello Stato del potere giurisdizionale a favore dei tribunali arbitrali religiosi e la conseguente

³⁰ *Family Law Act*, 1990, §§ 52-54.

³¹ *Ontario Arbitration Act*, 1991, § 32.

³² *Ontario Arbitration Act*, 1991, § 37.

³³ *Ontario Arbitration Act*, 1991, § 45.

³⁴ S. McGill, *Religious Tribunals and the Ontario Arbitration Act 1991: The Catalyst for Change*, in *Journal of Law and Social Policy*, 20, 3, 2005, 53 ss.

³⁵ Il dibattito in ordine alla legittimità dell'arbitrato religioso ha preso vita in Ontario con la nascita, nel 2003, dell'*Islamic Institute of Civil Justice*, con il dichiarato fine di fornire ai fedeli musulmani residenti in Ontario, la possibilità di risolvere le controversie in materia di diritto di famiglia, in base a valori e regole coerenti con la propria fede rimanendo all'interno del sistema giudiziario canadese.

applicazione della legge musulmana, avrebbe sacrificato i diritti delle donne sull'altare del multiculturalismo a causa dell'impostazione fortemente patriarcale dell'ordinamento islamico³⁶.

Nel 2004, in risposta alla crescente pressione da parte dell'opinione pubblica, l'*Attorney General* Michel Bryant e il *Women's Issue Minister* Sandra Pupatello, hanno disposto un'indagine al fine di comprendere gli effetti dell'arbitrato religioso nell'ordinamento canadese, affidando il compito al procuratore generale Marion Boyd.

Il risultato è stato il rapporto dal titolo *Dispute resolution in family law: Protecting choice, promoting inclusion*, il c.d. Rapporto Boyd, presentato ufficialmente il 20 dicembre 2004³⁷.

I risultati dell'indagine hanno condotto il Procuratore generale ad affermare l'assenza di elementi che possano condurre a considerare l'arbitrato religioso una minaccia nei confronti dei diritti delle donne e dell'uguaglianza di genere.

Al contrario, questa forma alternativa di giustizia, secondo il Procuratore, ha il vantaggio di consentire ai gruppi minoritari di rimanere fedeli alla propria identità culturale e di favorire l'emersione di pratiche di giustizia su cui lo Stato non ha alcun controllo vincolandole al potere statale.

Premesso l'atteggiamento di favore nei confronti dell'arbitrato religioso, il *Report Boyd*, ha proposto una serie di modifiche alla disciplina dell'arbitrato con lo scopo di assicurare maggiori garanzie alle parti.

Secondo il Procuratore Boyd, il primo nodo da sciogliere riguarda la fonte religiosa applicabile in sede arbitrale.

Al fine di garantire la certezza del diritto e la tutela dei diritti fondamentali delle parti è, quindi, necessario che l'*arbitration agreement* indichi non solo la norma religiosa applicabile ma anche a quale interpretazione della stessa debbano attenersi gli arbitri.

Ulteriori necessarie integrazioni sono state individuate nella previsione di un obbligo di assistenza legale indipendente a favore delle parti e di consenso informato delle stesse.

Nonostante l'esito positivo del *Report* e il supporto della dottrina, secondo cui più che proibire l'arbitrato religioso sarebbe stato opportuno tentare un approccio equilibrato che contemperasse il principio di uguaglianza con i diritti in materia di libertà religiosa³⁸, il governo federale canadese ha scelto di introdurre il divieto di applicazione di leggi diverse da quelle dello Stato nell'ambito dell'arbitrato in materia di diritto di famiglia³⁹.

³⁶ J.F. Gaudreault-Desbiens, *On private Choice and Public Justice: Some microscopic and macroscopic reflections on the State's Role in addressing Faith based Arbitration*, in R. Murphy, P.A. Molinari (eds), *Doing Justice: Dispute Resolution in the Courts and Beyond*, Montreal, 2009, 53 ss.

³⁷ www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/executivesummary.html.

³⁸ N. Bakht, *Were Muslim barbarians really knocking on the Gates of Ontario? The Religious Arbitration Controversy. Another Perspective*, in *Ottawa Law Review*, 40, 2006, 67 ss; S. Razack, *Imperrilled Muslim Women, dangerous Muslim Man and Civilized Europeans: legal and social response to forced marriage*, in *Feminist Legal Studies*, 12, 2, 2004, 129 ss.

³⁹ *Family Statute Amendment Act*, 2006.

Partendo dall'iniziativa a livello federale, la Provincia dell'Ontario, nel 2006, ha modificato la disciplina dell'arbitrato nonché il *Family Law Act*, stabilendo che l'arbitrato in materia di diritto di famiglia può essere condotto esclusivamente in conformità alla legge dell'Ontario o di altra giurisdizione canadese⁴⁰.

In caso contrario, al lodo non potrà essere riconosciuto alcun effetto giuridico nell'ordinamento canadese⁴¹.

Con la riforma dell'*Arbitration Act* e del *Family Law Act*, il governo dell'Ontario, si è posto in controtendenza non solo rispetto alle altre società multiculturali quali quelle di Gran Bretagna e Stati Uniti, ma anche rispetto ai corollari del principio del multiculturalismo come individuati dalla Corte Suprema canadese.

Sebbene la riforma del 2006 sia stata percepita dall'opinione pubblica come un radicale divieto dell'arbitrato religioso, il pacchetto di emendamenti apportati all'*Arbitration Act* e al *Family Law Act* nel 2006, nella sua applicazione concreta, non impedisce l'arbitrato religioso ma si limita a privare le pronunce di efficacia giuridica vincolante nell'ordinamento canadese.

Di fatto, con le riforme del 2006 non è stata vietata l'applicazione delle fonti normative di carattere religioso ma si è piuttosto persa l'occasione di prevenire i c.d. *black alley arbitration*, attraverso un regime legale che avrebbe potuto assicurare misure a garanzia della trasparenza, responsabilità e competenza nei giudizi⁴².

B) Stati Uniti

Al pari del Canada, anche negli Stati Uniti, l'arbitrato ha una storia risalente nel tempo, ma è solo a partire dal XX secolo che è stato legittimato dalle Corti statali.

L'arbitrato trova la propria disciplina generale nel *Federal Arbitration Act* del 1925.

Le discipline statali dell'arbitrato hanno assunto come punto di riferimento l'*Uniform Arbitration Act* del 1955, cui è seguito il *Revisited Uniform Arbitration Act* del 2000.

In base a tale quadro normativo posso individuarsi alcuni punti essenziali della disciplina dell'arbitrato:

1) affinché l'arbitrato possa considerarsi pienamente legittimo è necessario che la controversia sia a esso assoggettata in base ad accordo scritto disciplinato dalla legge sul contratto⁴³;

2) la procedura arbitrale è stabilita dalle parti nell'accordo arbitrale, così come piena libertà è lasciata in relazione alla scelta della legge in base alla quale dirimere le controversie⁴⁴;

3) una volta emesso il lodo le parti possono richiedere alla Corte statale competente di riformarlo o di renderlo esecutivo, nel qual caso il lodo assume forza

⁴⁰ *Ontario Arbitration Act*, 2006, § 1.

⁴¹ *Ontario Arbitration Act*, 2006, § 2.

⁴² A. Emon, *A mistake to ban Shari'a*, in *The Globe and Mail*, 13 settembre 2005.

⁴³ FAA, 1925, § 2; RUAA, 2000, §7.

⁴⁴ FAA, 1925, § 7.

di giudicato⁴⁵.

Sulla base di tale quadro giuridico particolarmente ampio, le comunità religiose, tra cui quelle islamiche, hanno creato sul territorio statunitense organizzazioni ed enti che amministrano l'arbitrato applicando il diritto religioso.

Diversamente da quanto accade per i tribunali ebraici e cristiani, la comunità islamica, sebbene ben radicata sul territorio americano, non dispone di una rete di collegamento che raggruppi in un'unica organizzazione sovraordinata le autorità arbitrali islamiche⁴⁶

Per questo motivo, non è possibile individuare una procedura arbitrale uniforme, sebbene alcune comunità, negli ultimi anni siano riuscite a individuare una procedura prestabilita⁴⁷.

La procedura è, in genere, ispirata a un'ampia informalità, chiusura e segretezza.

La *Texas Islamic Court*, in particolare, si è dotata di un vero e proprio statuto, in base al quale «The objective of this Court is to resolve any dispute among Muslims residing in USA while complying with the federal laws of the United States and Texas state laws under the approval of the Texas Judicial system»⁴⁸.

Quando le parti si rivolgono alla Corte, il *direction board*, composto da cinque membri tutti esperti in diritto islamico, assegna la controversia ad un collegio arbitrale composto da tre arbitri e un consulente legale. La decisione del collegio arbitrale viene sottoposta alla Corte statale competente, per la sua riforma o esecuzione⁴⁹.

Al pari che in Canada, anche negli Stati Uniti, sotto la pressione dell'opinione pubblica, alcuni Stati hanno modificato o tentato di modificare le proprie costituzioni al fine di impedire l'applicazione del diritto religioso⁵⁰.

Il primo Stato a seguire questa strada è stato l'Oklahoma, quando, nel novembre del 2010, a seguito di Referendum popolare è stato approvato un emendamento alla costituzione dello Stato che proibisce l'applicazione di norme appartenenti a diritti culturali o religiosi, specificando il divieto di applicazione della *Shari'a*⁵¹.

L'emendamento è stato, tuttavia, dichiarato incostituzionale⁵² per violazione del Primo Emendamento, in quanto lo scopo specifico della legge era quello di impedire l'applicazione della *Shari'a*, determinando così una palese discriminazione della comunità musulmana⁵³.

⁴⁵ FAA, 1925, § 9, RUAA, 2000, § 23.

⁴⁶ M. Abbamonte, *Stati Uniti*, in F. Alicino (ed), *Il costituzionalismo di fronte all'Islam. Giurisdizioni alternative nelle società multiculturali*, Bordeaux, 2016, 192 ss.

⁴⁷ J.H. Grossman, *Is this Arbitration? Religious Tribunals, Judicial Review and Due Process*, in *Columbia Law Review*, 2, 2007, 177 ss.

⁴⁸ www.islamictribunal.org/our-constitution/.

⁴⁹ www.islamictribunal.org/our-constitution/.

⁵⁰ Azioni in tal senso sono state intraprese in particolare in North Carolina, Arizona, Kansas, Louisiana, Oklahoma, South Dakota, Tennessee.

⁵¹ In argomento E. Sisson, *The Future of Shari'a law in American Arbitration*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 48, 2015, 891 ss.

⁵² *Arwad v Zirrax*, 670 F, 3d 1111, 1132 (10th Cir 2013).

⁵³ edition.cnn.com/2012/01/10/justice/oklahoma-sharia/index.html.

Dato l'ostacolo posto dal Primo Emendamento al divieto di applicazione della *Shari'a* attraverso i tribunali arbitrali, negli Stati Uniti il dibattito in materia si è concentrato sulle condizioni alle quali le Corti statali possono riconoscere esecutività al lodo religioso.

Poiché in base alle dottrine del *neutral principles* e della *policy defence*, ai giudici non è consentito entrare nel merito della questione religiosa decisa dal lodo, sono altri gli elementi soggetti al controllo giurisdizionale⁵⁴.

In primo luogo, la Corte procederà a valutare la validità dell'accordo arbitrale che sottopone la controversia al tribunale religioso.

L'accordo deve essere redatto per iscritto, rispettare i requisiti di validità previsti per i contratti in base alla legge e rimettere chiaramente la controversia al tribunale religioso⁵⁵.

Nonostante l'informalità delle procedure, la Corte, al fine di riconoscere esecutività al lodo, dovrà accertare che le parti abbiano aderito volontariamente e coscientemente all'accordo arbitrale, e che le procedure stabilite dalle parti e applicate in sede di arbitrato rispettino i requisiti minimi del giusto processo⁵⁶.

Come anticipato, in virtù del Primo Emendamento, la Corte non può entrare nel merito della questione decisa dal lodo e quindi riformare una decisione del tribunale religioso per errore di fatto o di diritto, ma potrà annullare la decisione qualora la stessa sia stata assunta in palese disprezzo della legge, sia contraria all'ordine pubblico o violi i diritti fondamentali delle parti⁵⁷.

Verificato il rispetto di questi requisiti, le Corti americane, nella maggior parte dei casi, tendono a dare pieno riconoscimento alla validità delle decisioni arbitrali di matrice religiosa.

4. I termini del dibattito sulle *Shari'a Court*

Il dibattito nato in Ontario circa l'opportunità di dare applicazione alla *Shari'a*, ha superato i confini della federazione canadese per coinvolgere gli altri paesi di common law, sebbene con esiti diversi.

Al fine di comprendere quali siano stati i termini del dibattito nato intorno alle *Shari'a Courts*, appare opportuno analizzare le singole obiezioni che hanno scatenato l'opinione pubblica contro l'applicazione del diritto musulmano in Canada e Stati Uniti.

A) *Iniquità di genere*

L'obiezione più comune all'utilizzo dell'arbitrato religioso islamico è la presunta iniquità di genere intrinseca alla *Shari'a* con un conseguente squilibrio di potere nel contesto arbitrale.

⁵⁴ *Sieger v Sieger*, 297 A.D., 2d 33, 35.

⁵⁵ L.A. Bambach, *The Enforceability of Arbitration Decisions made by muslim religious Tribunals: Examining the Beth Din Precedent*, in *Journal of Law and Religion*, 25, 2009, 379 ss.

⁵⁶ C.L. Wolfe, *Faith based Arbitration: Friend or Foe. An evaluation of Religious Arbitration system and their interaction with secular Courts*, in *Fordham Law Review*, 75, 2006, 427 ss.

⁵⁷ C.L. Wolfe, *op. cit.*, 442.

In particolare, si sostiene che la disciplina dell'arbitrato consentirebbe l'utilizzo di qualsiasi interpretazione della legge islamica, anche quelle più estremiste, facendo così venir meno qualsiasi tutela del diritto di uguaglianza per i soggetti più vulnerabili⁵⁸.

A tale posizione è stato obiettato che la stessa non tiene in alcuna considerazione le donne di fede che desiderano vivere la propria vita secondo i precetti dell'Islam, e che per ciò solo sono ritenute deboli e incapaci di assumere decisioni autonome⁵⁹.

Inoltre, dato l'impegno dei governi occidentali nel promuovere la tutela della libertà e dell'uguaglianza religiosa, appare quantomeno contraddittorio affermare che l'imposizione di un determinato stile di vita secolare, in luogo di quello religioso, sia l'unico mezzo possibile per tutelare i soggetti più vulnerabili⁶⁰.

B) *Vizio di volontà nell'adesione all'arbitrato*

Una seconda obiezione mossa nei confronti dell'arbitrato religioso è quella secondo cui non sarebbe possibile verificare la genuinità della volontà espressa dalle parti nell'adesione all'arbitrato.

Le donne musulmane potrebbero aderire all'arbitrato, e quindi sottoscrivere una clausola arbitrale al momento del matrimonio, non per volontà ma anche perché spinte dalla pressione culturale esercitata dalla comunità di appartenenza⁶¹.

Secondo tale posizione, i fedeli musulmani, e in particolare le donne, potrebbero sentirsi costretti a rivolgersi all'arbitrato religioso spinti dal timore che portare le controversie familiari dinnanzi a una Corte statale li etichetterebbe come cattivi musulmani, con conseguente allontanamento dalla propria comunità o alienamento dalla propria famiglia⁶².

Questi stessi timori sono stati utilizzati dai sostenitori dell'arbitrato religioso per affermare la necessità di istituzionalizzare l'arbitrato religioso e integrarlo nei sistemi giuridici di Canada e Stati Uniti.

In tal modo, si ritiene di poter prevenire l'assunzione di decisioni da parte di *leader* religiosi non ufficialmente autorizzati a rendere giustizia o comunque non qualificati, i quali rendono decisioni che, seppur non giuridicamente vincolanti, possono esserlo da un punto di vista morale per il fedele⁶³.

Attraverso un tribunale arbitrale religioso lo Stato può, invece, garantire un sufficiente livello di controllo e tutela dei diritti individuali e allo stesso tempo garantire la libertà religiosa.

⁵⁸ N. Bakht, *op. cit.*, 75.

⁵⁹ S. Razack, *op. cit.*, 133.

⁶⁰ N. Bakht, *op. cit.*, 75.

⁶¹ B.M. Choksi, *Religious Arbitration in Ontario. Making the case based on the British example of the Muslim Arbitration Tribunal*, Philadelphia, 2012.

⁶² N. Bakht, *op. cit.*, 77.

⁶³ B.M. Choksi, *op. cit.*, 33.

C) *Carenza di consenso informato*

I critici hanno anche osservato che le parti dell'arbitrato religioso, e in particolare le donne, potrebbero non essere pienamente informati dei propri diritti e delle implicazioni legali dell'arbitrato⁶⁴.

A ciò si aggiunge che molte delle controversie in materia di divorzio hanno a oggetto contratti matrimoniali stipulati in paesi stranieri da persone che solo di recente vivono in Canada e Stati Uniti e che, quindi, potrebbero non essere a conoscenza dei propri diritti.

A tale ultima affermazione si obietta che proprio in questi casi l'intervento dell'arbitrato religioso appare necessario, potendo contribuire all'integrazione dei nuovi cittadini.

Le *Shari'a Courts*, infatti, incoraggerebbero gli immigrati di religione musulmana a partecipare e a comprendere l'ordinamento canadese e statunitense, promuovendo un contributo sociale positivo da parte di comunità generalmente molto chiuse⁶⁵.

D) *Creazione di un ordinamento giuridico parallelo che priva i cittadini dei propri diritti*

I critici dell'arbitrato religioso hanno, inoltre, affermato che tale sistema creerebbe un sistema giuridico parallelo e autonomo rispetto a quello statale, basato sulla legge religiosa a scapito dei diritti fondamentali dei cittadini⁶⁶.

In realtà, nonostante l'impegno di Canada e Stati Uniti per l'affermazione del multiculturalismo, non esistono casi di regimi giuridici autonomi che operano al di fuori del sistema federale.

La tecnica dell'*accommodation*, che caratterizza l'esercizio del multiculturalismo in questi due paesi, ha comunque ad oggetto norme già esistenti promulgate dalle autorità competenti e non comprende una delega del potere legislativo.

Affermare che l'arbitrato islamico rappresenti un sistema di giustizia esterno rispetto all'ordinamento statale non è corretto.

Inoltre, la competenza del tribunale arbitrale resta circoscritta a quanto stabilito dalle parti nell'accordo arbitrale e il lodo al vaglio delle Corti statali⁶⁷.

E) *Una sola legge per tutti*

I detrattori dell'arbitrato religioso fanno generalmente riferimento a quello che in Canada è diventato un vero e proprio slogan e per cui dovrebbe esserci *One Law for all Canadians*.

In particolare, si invoca il principio secondo cui tutti i cittadini, indipendentemente dallo status, razza o credo religioso sono soggetti agli stessi diritti e obblighi in base a leggi scritte promulgate democraticamente.

⁶⁴ N. Walter, *op. cit.*, 542.

⁶⁵ C.L. Wolfe, *op. cit.*, 455.

⁶⁶ A. MacLink, *Religious Tribunals and the Ontario Arbitration Act 1991: The Catalyst for Change*, in *Journal of Law and Social Policy*, 20, 3, 2005, 53 ss.

⁶⁷ A. MacLink, *op. cit.*, 63.

Sebbene, il concetto per cui dovrebbe applicarsi una legge diversa a ciascuna comunità sulla base delle differenze etniche, culturali o religiose è un'idea inaccettabile, secondo i sostenitori dell'arbitrato religioso, il paradosso di tale ragionamento sarebbe nel fatto che l'invocata *One Law for all*, che disciplina il diritto di famiglia e il procedimento arbitrale, è una legge che consente alle parti di individuare la fonte giuridica, anche diversa dalla normativa statale, in base alla quale disciplinare i propri rapporti.

Pertanto, non sarebbe corretto parlare di un unico diritto di famiglia per tutti i cittadini, quando sono le stesse leggi canadesi e statunitensi a consentire alle parti l'applicazione di una norma diversa da quella statale⁶⁸.

Occorre, tuttavia, sottolineare come tale tesi non tenga in considerazione la necessità di coniugare il principio di uguaglianza in senso formale con il principio di uguaglianza in senso sostanziale.

5. Conclusioni

Canada e Stati Uniti, con la loro storia politica e istituzionale, rappresentano, senza dubbio, un terreno particolarmente fertile in cui sperimentare soluzioni per la risoluzione dei conflitti multiculturali.

I vantaggi e la flessibilità tipici del sistema arbitrale, la crescente necessità di implementazione delle politiche multiculturali e la difficoltà dei sistemi giurisdizionali laici nell'affrontare le questioni di carattere religioso, suggeriscono di considerare la possibilità di un effetto positivo dell'arbitrato religioso nel cammino verso l'individuazione di soluzioni di accomodamento ragionevole negli ordinamenti giuridici occidentali.

Tuttavia, alcune fondate critiche a tali sistemi rendono necessaria una riforma delle normative in materia, al fine di garantire una maggiore tutela dei soggetti più vulnerabili.

Non vi è dubbio che, come evidenziato dal *Report Boyd*, quello dell'arbitrato religioso sia uno strumento imperfetto che necessita di un'attenta riforma.

Allo stesso tempo, la scelta di vietare l'applicazione del diritto religioso, affermata in Canada e in alcuni Stati americani, impedisce di cogliere una preziosa occasione di offrire un'apertura a una comunità fortemente identitaria come quella musulmana.

Di fatto, il divieto di istituzione di tribunali islamici ufficiali, non impedisce al fedele di rivolgersi ai *leader* religiosi della propria comunità al fine di risolvere controversie di carattere familiare.

Gli organismi di consulenza informale sfuggono al controllo dello Stato ed emettono decisioni che, pur non avendo carattere giuridicamente vincolante, hanno un alto valore morale per i fedeli.

Il divieto di arbitrato religioso sposta nelle mani delle Corti secolari la responsabilità di confrontarsi con istituti estranei alla cultura giuridica dei giudici occidentali.

⁶⁸ S. McGill, *op. cit.* 61.

Una risposta adeguata alle critiche mosse all'arbitrato religioso non sembra, dunque, essere quella di vietarne l'esistenza, ma piuttosto di prevedere procedure e sistemi di controllo più rigorosi.

L'adeguato utilizzo dell'arbitrato religioso ha il potenziale di consentire la realizzazione di un sistema ibrido, una conciliazione tra diritto e religione che, nella risoluzione dei casi concreti, può offrire esiti coerenti con un sentimento di giustizia sostanziale.