

# ***Legal Polycentricity, intergiuridicità e dimensioni “intersistemiche” dell’interpretazione giudiziale. Riflessioni a partire dal caso inglese *Akhter v. Khan****

di Paola Parolari

**Abstract:** Legal Polycentricity, interlegality, and “inter-systemic” dimensions of judicial interpretation. Reflections starting from the English case *Akhter v. Khan* – The paper aims to point out the inter-systemic character of judicial interpretation in contexts of legal polycentricity and interlegality, focusing on the interaction between domestic law, international fundamental rights law, and minority legal orders. Through the paradigmatic case *Akhter v. Khan*, it shows, on the one hand, how international fundamental rights law can lead national judges to take into account minority legal orders; on the other, how this attitude of national judges can, in turn, push for the attribution of new, unexpected and sometimes controversial meanings to both national and international legal sources.

2109

---

**Keywords:** Legal polycentricity; Interlegality; Judicial interpretation; Fundamental rights; Minority legal orders.

## **1. L’interpretazione giudiziale tra *legal polycentricity* e intergiuridicità**

In un mondo sempre più globalizzato e frammentato al tempo stesso, i giudici nazionali devono spesso districarsi tra una pluralità policentrica di fonti del diritto di diversa natura e origine. Oltre ovviamente al diritto interno, giocano un ruolo particolarmente importante le fonti del diritto internazionale in materia di diritti fondamentali, a cui le carte costituzionali di molti stati rinviano esplicitamente. Spesso più sommersa, indiretta e “non ufficiale”<sup>1</sup> – ma non per questo necessariamente meno significativa – è inoltre l’influenza di norme giuridiche consuetudinarie e/o di ispirazione religiosa alle quali si conformano alcuni gruppi insediatisi sul territorio dello stato a seguito di flussi migratori

---

• Una prima versione di questo articolo è stata presentata durante la *ICON-S Italian Chapter Inaugural Conference*, Roma 22-23 novembre 2018, nell’ambito del Workshop “Unità e frammentazione territoriale e sociale e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali”.

<sup>1</sup> L’analisi che segue si concentra sui contesti di immigrazione negli stati europei (e, in particolare, in Inghilterra). Non considera, invece, gli stati (non pochi, in realtà, fuori dall’Europa) in cui sono state istituite forme di pluralismo giuridico nelle quali i sistemi giuridici di alcune minoranze sono formalmente riconosciuti come diritto applicabile, secondo specifici criteri di ripartizione di competenze *ratione personae* e/o *ratione materiae*. Le questioni che si pongono in questi casi sono di grande interesse, ma inevitabilmente differenti da quelle prese in esame in questa sede.

(«minority legal orders»<sup>2</sup>). Queste diverse fonti del diritto<sup>3</sup> non si limitano a coesistere, ma si sovrappongono, si intersecano ed interagiscono tra loro nell'ambito di quel fenomeno che Boaventura de Sousa Santos ha definito intergiuridicità (*interlegality*)<sup>4</sup>.

In questo contesto, fonti riconducibili a spazi giuridici diversi influenzano sempre più spesso le une l'interpretazione delle altre. A prescindere dal fatto che esistano o meno forme esplicite di rinvio e riconoscimento reciproco tra questi spazi, infatti, l'interpretazione giudiziale attraversa le linee di demarcazione che li separano, assumendo una dimensione "intersistemica" che contribuisce a mettere in discussione non solo la tradizionale teoria dei rapporti tra (le fonti di) ordinamenti giuridici diversi, ma anche la stessa nozione di ordinamento giuridico (inteso come insieme dinamico di norme caratterizzato da autonomia ed esclusività<sup>5</sup> o, secondo una prospettiva diversa ma complementare, da unità, coerenza e completezza<sup>6</sup>).

L'osservazione delle pratiche giudiziali dell'interpretazione giuridica suggerisce, inoltre, l'opportunità di riconsiderare l'attuale tendenza a tenere separata l'analisi dei rapporti del diritto nazionale con il diritto internazionale dei diritti fondamentali, da una parte, e con i «minority legal orders», dall'altra<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> M. Malik, *Minority Legal Orders in the UK. Minorities, Pluralism and the Law*, London, 2012.

<sup>3</sup> Sebbene il presente lavoro si concentri esclusivamente sul diritto internazionale dei diritti fondamentali e sui «minority legal orders», l'uno e gli altri non esauriscono, ovviamente, le forme di diritto non statale che possono interagire tra loro e interferire con il diritto statale: basti pensare, ad esempio, al diritto transnazionale e alla nuova *lex mercatoria*.

<sup>4</sup> Scrive B.S. Santos, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in 14 *J. Law & Soc.*, 288 (1987): «[...] socio-legal life is constituted by different legal spaces operating simultaneously on different scales and from different interpretive standpoints. So much is this so that in phenomenological terms and as a result of interaction and intersection among legal spaces one cannot properly speak of law and legality but rather of interlaw and interlegality. More important than the identification of the different legal orders is the tracing of the complex and changing relations among them». Nella letteratura italiana il termine inglese 'interlegality' è spesso tradotto con 'interlegalità', e io stessa ho usato questa traduzione in alcuni miei lavori precedenti. Nondimeno, mi sono col tempo convinta che il termine 'intergiuridicità' traduca più fedelmente l'inglese 'interlegality'. Per questo ho deciso di utilizzarlo in questo lavoro. Ringrazio Luca Baccelli e Tecla Mazzaresse per aver rafforzato la mia intuizione su questo punto.

<sup>5</sup> Si veda, a questo proposito, G. Itzcovich, *Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and Its Law in Three Concepts*, in 18 *ELJ*, 360-369 (2012).

<sup>6</sup> N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960. Proprio a partire da questa caratterizzazione della nozione di ordinamento giuridico muovono le osservazioni di T. Mazzaresse, *Interpretazione e traduzione del diritto nello spazio giuridico globale*, in 8 *Diritto & questioni pubbliche*, 93-95 (2008), sui termini in cui «le più recenti innovazioni del e nel diritto positivo» in atto «nello spazio giuridico globale» mettono in questione «l'unità e l'identità degli ordinamenti» (corsivo nel testo). Si veda inoltre, più di recente, T. Mazzaresse, *Le sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e il disordine delle fonti del Diritto*, in 17 *Diritto & questioni pubbliche*, 116-120 (2017).

<sup>7</sup> Questa tendenza sembra ancora prevalente nella letteratura filosofico-giuridica, seppure con interessanti eccezioni: si veda, in particolare, W. Twining, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, 2009; ma si veda anche, ad esempio, il recentissimo saggio di A. Facchi, *Traditional Local Justice, Women's Rights, and the Rule of Law: A Pluralistic Framework*, in 32 *Ratio Juris*, 210 ss. (2019). Gli studi socio-antropologici, invece, ormai da tempo si occupano dei termini in cui «human rights encounter legal pluralism»: per una sistematizzazione delle diverse linee di ricerca affermatesi in quest'ambito si veda, in particolare, G. Corradi, *Introduction. Human Rights and Legal Pluralism: Four Research Agendas*,

Queste due dimensioni dell’intergiuridicità possono infatti interagire tra loro in un processo circolare di influenza reciproca tra tutti gli spazi giuridici coinvolti.

In questa prospettiva, si intende mettere in evidenza, in particolare: da un lato, come le norme (di diritto internazionale) in materia di diritti fondamentali possano influenzare il modo in cui i giudici nazionali si rapportano ai «minority legal orders» (§ 3); dall’altro, come questi ultimi possano interferire non solo con l’obbligo dei giudici di interpretare il diritto interno in conformità al diritto internazionale ma anche con l’interpretazione del diritto internazionale stesso, costituendo uno stimolo ad attribuire, tanto alle fonti nazionali quanto a quelle internazionali, significati nuovi, inattesi e talvolta controversi (§ 4). La riflessione teorica prenderà spunto dall’analisi del caso inglese *Akhter v. Khan* (2018)<sup>8</sup>: è opportuno, quindi, offrirne preliminarmente una sintetica ricostruzione (§ 2).

## 2. Il caso *Akhter v. Khan* e l’interpretazione del *Matrimonial Causes Act 1973*

Nel dicembre 1998, Nasreen Akhter e Mohammed Shabaz Khan contraggono matrimonio islamico (*nikah*) a Southall, vicino a Londra. Il matrimonio non viene registrato nei registri di stato civile e alla cerimonia islamica non ne segue una civile<sup>9</sup>. Quello tra Akhter e Khan è quindi un esempio paradigmatico di *nikah-only marriage*<sup>10</sup>. Nel novembre 2016, Akhter si rivolge alla *England and Wales Family Court* per chiedere il divorzio, ma Khan eccepisce l’inesistenza del matrimonio per il diritto inglese. A questa eccezione, la ricorrente oppone il contro-argomento secondo il quale il matrimonio non deve considerarsi inesistente, bensì nullo (*void*) ai sensi dell’art. 11 (a) (iii) del *Matrimonial Causes Act 1973*<sup>11</sup>, in quanto celebrato «in disregard of certain requirements as to the formation of marriage»<sup>12</sup>. La

---

in G. Corradi, E. Brems, M. Goodale (Eds), *Human Rights Encounter Legal Pluralism. Normative and Empirical Approaches*, Oxford and Portland, 2017, 1 ss.

<sup>8</sup> *Akhter v. Khan* [2018] EWFC 54. Per una sintetica ricostruzione del caso e della sentenza si rinvia, ad esempio, a F. Cranmer, *Does an Unregistered Nikah Wedding Give Rise to a Valid Marriage, a Void Marriage or a Non-Marriage?*, in 41 *J. Soc. Wel. & Fam. L.*, 96 ss. (2009).

<sup>9</sup> Le norme sulla celebrazione del matrimonio (in particolare sulle condizioni sostanziali e formali di validità) sono contenute nel *Marriage Act 1949* e successive modificazioni.

<sup>10</sup> La letteratura sui *nikah-only marriages* è ormai corposa in Inghilterra. Si vedano, tra molti altri, R. Akhtar, *Unregistered Muslim Marriages: An Emerging Culture of Celebrating Rites and Conceding Rights*, in J. Miles, P. Mody, R. Probert (Eds), *Marriage Rites and Rights*, Oxford and Portland, 2015, 157 ss.; R. Grillo, *Muslim Families, Politics and the Law. A legal Industry in Multicultural Britain*, Farnham, 2015, 39-57; V. Vora, *Unregistered Muslim Marriages in England and Wales: The Issue of Discrimination Through ‘Non-Marriage’ Declarations*, in Y. Suleiman, P. Anderson (Eds), *Muslims in the UK and Europe II*, Cambridge, 2016, 129 ss.; K. O’Sullivan, L. Jackson, *Muslim marriage (non) recognition: implications and possible solutions*, in 39 *J. Soc. Wel. & Fam. L.*, 22 ss. (2017); R. Probert, A. Saleem, *The Legal Treatment of Islamic Marriage Ceremonies*, in 7 *O.J.L.R.*, 376 ss. (2018). Numerose sono inoltre le campagne di sensibilizzazione che sollecitano le coppie musulmane registrare il proprio matrimonio, prima fra tutte quella promossa da Aina Khan ([www.registerourmarriage.org/](http://www.registerourmarriage.org/)).

<sup>11</sup> Per la verità, la ricorrente propone questo argomento solo in subordine, sostenendo invece, in via principale, che le parti devono considerarsi validamente sposate in ragione dell’istituto della presunzione di matrimonio (*presumption of marriage*). Il giudice esclude tuttavia tale possibilità, per ragioni che sarebbe complicato – e non necessario – ripercorrere in questa sede.

<sup>12</sup> L’art.11 (a) del *Matrimonial Causes Act 1973* stabilisce che un matrimonio è nullo (*void*) quando: «it is not a valid marriage under the provisions of the Marriage Acts 1949 to 1986

questione fondamentale è, quindi, quale statuto giuridico debba essere attribuito, dal punto di vista del diritto inglese, al matrimonio islamico non registrato celebrato tra le parti in Inghilterra<sup>13</sup>.

Sorprendentemente, a dispetto di una giurisprudenza costante secondo la quale un *nikah-only marriage* è un matrimonio inesistente (un *non-marriage*)<sup>14</sup>, il giudice decide che il matrimonio celebrato tra le parti deve qualificarsi come nullo. Nella sentenza si ammette esplicitamente che l'interpretazione dell'art. 11 (a) (iii) del *Matrimonial Causes Act 1973* sulla quale si basa la decisione è abbastanza "elastica" (*flexible*)<sup>15</sup>. È interessante, quindi, vedere quali elementi, di fatto e di diritto, hanno contribuito a determinare la scelta di questa interpretazione a preferenza di altre possibili.

In punto di fatto, il giudice conclude che il matrimonio tra Akhter e Khan è un matrimonio «in every sense save for the issue of legal validity»<sup>16</sup>. Infatti, le parti intendevano sposarsi, non avevano impedimenti sotto il profilo giuridico ed hanno manifestato il proprio consenso durante una cerimonia pubblica officiata da un imam<sup>17</sup>, alla presenza dei testimoni e delle famiglie. Dopo la cerimonia hanno avuto quattro figli, hanno vissuto come marito e moglie per 18 anni e sono stati riconosciuti come tali non solo dalle loro famiglie, dai loro amici e dalla loro comunità, ma anche (probabilmente) da alcune istituzioni pubbliche come scuole, ospedali e fisco<sup>18</sup>. Il giudice ritiene inoltre credibile la ricostruzione della

---

(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)».

<sup>13</sup> È bene sottolineare che, a dispetto di come la notizia della decisione sul caso *Akhter v. Khan* è stata riportata dai *media*, non è mai stato in alcun modo in discussione se il matrimonio islamico, in quanto tale, fosse da considerarsi valido da parte del diritto inglese: la risposta a questo quesito sarebbe stata, indubbiamente, negativa. Si noti, inoltre, che il caso *Akhter v. Khan* si colloca al di fuori del campo di applicazione delle norme di diritto internazionale privato. In base al diritto inglese, infatti, si applicano le norme inglesi sia in relazione alla validità del matrimonio celebrato in Inghilterra, sia in merito al rapporto tra coniugi residenti in Inghilterra.

<sup>14</sup> Nel documento della Law Commission, *Getting Married. A scoping Paper*, London, 2015, ix, [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), si definisce '*non-marriage*' «a marriage that falls so far outside the provisions of the marriage legislation that is neither a valid nor a void marriage». Quella di *non-marriage* è una categoria di creazione giurisprudenziale. Sulla sua origine ed evoluzione, nonché sugli aspetti problematici legati alla sua definizione e al suo impiego si veda R. Probert, *The Evolving Concept of 'Non-Marriage'*, in *25 C.F.L.Q.*, 314 ss. (2013). In generale, sono considerati *non-marriages* tutti i *religious-only marriages*, come conferma anche la Law Commission, *Getting Married*, cit, xi.

<sup>15</sup> *Akhter v. Khan*, par. 96. Il giudice precisa, inoltre: «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» (*Akhter v. Khan*, par. 91)

<sup>16</sup> *Akhter v. Khan* par. 29.

<sup>17</sup> Va detto, per altro, che questo non è un requisito per la validità del matrimonio secondo il diritto islamico.

<sup>18</sup> *Akhter v. Khan* par. 29. Il giudice evidenzia inoltre che Akhter e Khan sono stati trattati come marito e moglie anche dalle autorità statali degli Emirati Arabi Uniti, dove la coppia ha vissuto per qualche tempo dopo la celebrazione del matrimonio islamico in Inghilterra.

ricorrente, secondo la quale il marito si era inizialmente detto d’accordo a far seguire una cerimonia civile a quella religiosa, ma si è poi ripetutamente rifiutato di procedere in tal senso. Ed è proprio il libero convincimento del giudice in merito a questa “inadempienza” di Khan ad incidere in modo determinante sulla sua decisione. Se infatti le parti avessero consapevolmente scelto di sposarsi soltanto con rito islamico – si spiega nella sentenza – il loro matrimonio sarebbe effettivamente ricaduto al di fuori dell’ambito di applicazione del *Marriage Act 1949* e, di conseguenza, anche dell’articolo 11 (a) (iii) del *Matrimonial Causes Act 1973*<sup>19</sup>.

In punto di diritto, invece, il giudice ritiene che militino in favore della soluzione adottata gli articoli 8 e 12 della Cedu – che sanciscono rispettivamente il diritto alla vita privata e familiare e il diritto al matrimonio – per le ragioni che si prenderanno in esame di seguito (§ 4). Gioca un ruolo importante, inoltre, l’art. 3 della *Convenzione sui diritti dell’infanzia* (ONU, 1989), che stabilisce il principio per cui si deve tenere in considerazione il superiore interesse del minore (*best interest of the child*) in tutte le decisioni che lo riguardano. Come ricorda il giudice, infatti, la Corte Suprema del Regno Unito ha chiarito che l’art. 8 della Cedu deve essere letto attraverso la lente dell’art. 3 della Convenzione ONU<sup>20</sup>.

Ora, il giudice esclude che la propria decisione possa avere valore di precedente: la giurisprudenza è univoca, infatti, nel ritenere che la valutazione circa la nullità o inesistenza di un matrimonio debba essere fatta caso per caso. Nondimeno, nella sentenza traspare – nemmeno troppo tra le righe – che le questioni in gioco vanno ben al di là del caso oggetto di giudizio. Il giudice evidenzia infatti la problematicità insita nel disconoscere qualsiasi rilevanza ai matrimoni celebrati esclusivamente con rito islamico. In particolare, sottolinea come qualificare un *nikah-only marriage* come un *non-marriage* privi – ingiustamente – il soggetto più vulnerabile della coppia delle tutele previste dalla legge inglese in caso di divorzio o di nullità del matrimonio<sup>21</sup>. Nel caso di

---

<sup>19</sup> Sul punto si tornerà più diffusamente al § 4. Si noti, peraltro, che in questo modo il giudice ha attribuito un rilievo centrale all’intenzione delle parti, al contrario di quanto stabilito dalla giurisprudenza precedente secondo la quale la forma deve prevalere sulle intenzioni. Si veda nuovamente, a questo proposito, R. Probert, *The Evolving Concept of ‘Non-Marriage’*, cit., 319-320.

<sup>20</sup> *Akhter v. Khan*, par. 82. Le considerazioni relative alla tutela (dei diritti) dei figli hanno molto peso nella sentenza: è opinione del giudice, infatti, che la decisione sulla nullità/inesistenza del matrimonio sia un’operazione che riguarda anche i figli, se non altro perché il fatto che la madre non possa accedere alle tutele patrimoniali previste in caso di nullità del matrimonio non può che riflettersi negativamente anche su di essi. Per semplicità, comunque, nel proseguo si ometterà di riferire nel dettaglio le argomentazioni relative a questo aspetto, in quanto non dirimenti ai fini della presente analisi.

<sup>21</sup> Si tratta di una questione messa in evidenza anche dal report della Law Commission, *Getting Married*, cit., par. 2.103, nel contesto di una più generale riflessione sull’inadeguatezza dell’attuale normativa inglese in materia di matrimonio: «Society has changed [...], and the legal framework no longer meets the needs of a culturally and ethnically diverse society. [...] It can be no longer be assumed that the vast majority of the population have a shared understanding of what makes a marriage and of the formalities with which they need to comply, and recent case law has exposed the fact that the legal framework is silent on key points relating to the making of marriages». In seguito, il Ministry of Housing, Communities & Local Government, *Integrated communities strategy green paper*, London, 2018, 15, ha affermato che «To challenge the practices that can hinder integration and equal rights, we will: empower marginalised women, including exploring reform of the law on marriage and

inesistenza del matrimonio, infatti, le parti non hanno accesso a specifiche forme di tutela giudiziale in relazione alla ripartizione dei beni patrimoniali e al mantenimento. Secondo il giudice, questo non crea ovviamente alcun problema in casi indiscussi di *non-marriages* – come, ad esempio, quelli celebrati in un film – ma suscita invece grandi perplessità con riferimento a situazioni come quella di Akhter e Khan: situazioni, tutt'altro che rare tra i musulmani residenti in Inghilterra, in cui due persone, sposate secondo le regole del diritto islamico, non solo hanno inteso e vissuto il loro rapporto come un matrimonio ma sono anche state riconosciute e trattate come marito e moglie dalla società e dalle istituzioni. In questi casi, sottolinea il giudice, parlare di *non-marriage* sembra inadatto (*inapt*) e spregiativo (*pejorative*), e per questo mette a disagio (*feels uncomfortable*), oltre a poter risultare offensivo (*insulting*) per i soggetti coinvolti<sup>22</sup>. In altre parole, il giudice muove dalla convinzione che, nella sostanza, un matrimonio islamico non sia “meno matrimonio” di uno celebrato con rito civile soltanto perché non rispetta le forme prescritte dalle leggi inglesi<sup>23</sup>. Come risulterà evidente, queste considerazioni orientano e condizionano in modo decisivo l'attività interpretativa del giudice in punto di diritto.

### **3. La tutela dei diritti fondamentali come stimolo a tener conto dei «minority legal orders»**

La decisione sul caso *Akhter v. Khan* nasce quindi dalla volontà di evitare che il matrimonio islamico celebrato tra le parti in Inghilterra venga completamente disconosciuto dal diritto inglese, in considerazione delle conseguenze negative che ne deriverebbero per la tutela dei diritti fondamentali della moglie (e dei figli).

Il giudice sembra essere consapevole non solo che il diritto inglese coesiste e compete con i «minority legal orders» di diverse minoranze religiose e/o culturali ma anche che l'uno e gli altri interagiscono e si intrecciano per il tramite delle azioni delle persone che si trovano all'intersezione tra essi. Come nella definizione di intergiuridicità proposta da Boaventura de Sousa Santos, infatti, queste persone pensano e agiscono sospese tra «spazi giuridici sovrapposti, compenetrati e mescolati»<sup>24</sup>. Navigano tra sistemi giuridici diversi e mettono 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 volta, del modo migliore per regolare i propri rapporti e interessi. Così, anche quando rimangono maggiormente legate alla propria cultura d'origine e alle norme giuridiche che ne sono espressione (cosa che accade con particolare frequenza in ambito di relazioni familiari), non è escluso che decidano poi di

---

religious weddings», e, poco più tardi, il Governo ha dichiarato di voler affidare alla Law Commission l'incarico di elaborare un progetto di riforma della normativa in materia di matrimonio.

<sup>22</sup> *Akhter v. Khan* par. 8.

<sup>23</sup> Per questo ritiene che «Those who have religiously married and have lived for many years, raised families and been treated by the family community and state authorities as married should not have the term non-marriage applied to them» (*Akhter v. Khan*, par. 80).

<sup>24</sup> B.S. Santos, *Law: A Map of Misreading*, cit., 298, traduzione mia.

rivolgersi ai giudici nazionali per risolvere le proprie controversie, come è avvenuto in effetti nel caso *Akhter v. Khan*<sup>25</sup>.

Queste dinamiche determinano inevitabilmente forme di reciproca contaminazione e trasformazione dei diversi spazi giuridici coinvolti, ed è irrilevante, in un contesto simile, che il diritto nazionale non riconosca formalmente i «minority legal orders». I giudici, in Inghilterra come in molti altri paesi europei, si sono già trovati, e continueranno a trovarsi, in situazioni nelle quali le controversie sulle quali sono chiamati a decidere sono inscindibilmente connesse a rapporti istituiti sulla base di norme diverse da quelle del diritto nazionale. Non è possibile, quindi, ignorare l’eventuale ruolo che un determinato «minority legal order» ha svolto nel plasmare le relazioni tra le parti se non a costo di pregiudicare l’effettiva tutela dei loro diritti fondamentali, in violazione tanto del diritto (costituzionale) nazionale quanto di quello internazionale.

In questa prospettiva, casi come *Akhter v. Khan* sollecitano un’attenta riflessione su come il carattere culturalmente connotato del diritto (nazionale) condizioni l’effettiva eguaglianza nella tutela dei diritti fondamentali di soggetti diversi, a seconda delle tradizioni (giuridiche) in conformità alle quali essi hanno orientato le proprie azioni e intessuto le proprie relazioni. Da un lato, infatti, le scelte del legislatore sono inevitabilmente condizionate dalle categorie storiche, epistemologiche ed etiche nelle quali si articola la cultura (giuridica) che esse presuppongono e alle quali rinviano<sup>26</sup>. Dall’altro, allo stesso tempo, sono le definizioni di determinati comportamenti, istituti o rapporti sociali esplicitamente formulate o implicitamente presupposte dal diritto a determinare l’inclusione o, al contrario, l’esclusione di specifiche fattispecie concrete dall’ambito di applicazione

---

<sup>25</sup> È significativo, a questo proposito, che *Akhter* abbia scelto di non rivolgersi ad istituzioni che avrebbero agito sulla base del diritto islamico. In Inghilterra esistono, infatti, i c.d. *sharī‘ah councils*: organizzazioni private, non riconosciute dal diritto inglese, che rilasciano certificati di divorzio islamico. La letteratura sull’argomento è ormai sterminata: per un’introduzione al tema e per alcuni riferimenti bibliografici si rinvia a P. Parolari, *Sharī‘ah e corti islamiche in Inghilterra tra mito e realtà. Pluralità di ordinamenti giuridici e interlegalità nelle società multireligiose e multiculturali*, in 47 *Mat. stor. cultura giur.*, 157 ss. (2017). La questione degli *sharī‘ah councils*, anche ma non solo in connessione con la questione della registrazione del matrimonio islamico, è stata oggetto di diverse indagini da parte delle istituzioni inglesi. In particolare, nel febbraio 2018, è stata pubblicata *The Independent Review Into the Application of Sharia Law in England and Wales*, commissionata dal Secretary of State for the Home Department e redatta da un gruppo di esperti indipendenti coordinati da Mona Siddiqi. Sulla questione specifica del rapporto tra *nikah-only marriages* e *sharī‘ah councils* si veda, inoltre, I. Uddin, *Nikah-only Marriages: Causes, Motivations, and Their Impact on Dispute Resolution and Islamic Divorce Proceedings in England and Wales*, in 7 *O.J.L.R.*, 401 ss (2018). *Akhter v. Khan* non è comunque l’unico caso in cui le parti si sono rivolte a giudici inglesi per controversie legate a *nikah-only marriages*. Altri casi concernenti la validità dei *nikah-only marriages*, sono riportati, ad esempio, in R. Probert, *The Evolving Concept of ‘Non-Marriage’*, cit. e Law Commission, *Getting Married*, cit. Su questioni legate al *mahr* (il dono fatto o promesso dal marito alla moglie in occasione del *nikah*, che è parte costitutiva del matrimonio islamico), invece, è di particolare interesse, tra gli altri, il caso *Uddin v. Choudhury*, preso approfonditamente in esame da J. Bowen, *How Could English Courts Recognize Shariah?*, in 7 *U. St. Thomas L.J.*, 411 ss. (2010).

<sup>26</sup> Sul rapporto tra diritto e cultura si veda, *ex multis*, R. Cotterrell, *Comparative Law and Legal Culture*, in M. Reimann, R. Zimmermann (Eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, 710 ss.

delle norme che disciplinano la materia<sup>27</sup>: sono i *Marriage Acts*, ad esempio, a stabilire cosa è un matrimonio e cosa non lo è (o, detto altrimenti, il compimento di quale sequenza di atti, da parte di determinati soggetti, ha come effetto la costituzione di un matrimonio valido). Di conseguenza, volutamente o meno, le scelte del legislatore possono pregiudicare il godimento di alcuni diritti da parte di quei soggetti che, in un determinato momento della loro vita, hanno agito sulla base di culture e tradizioni (giuridiche) differenti da quella dominante<sup>28</sup>.

Da qui, a mio avviso, il disagio espresso dal giudice della sentenza *Akhter v. Khan* rispetto ad una possibile interpretazione del diritto nazionale totalmente chiusa a forme di matrimonio che, sebbene diverse da quelle in esso previste, appaiono altrettanto bisognose (e forse, si potrebbe azzardare, meritevoli) di tutela.

Sotto questo profilo, si rivela necessario riflettere anche sul rapporto tra il diritto, i suoi interpreti e la loro cultura. Così come il legislatore, infatti, anche l'interprete si pone sempre di fronte alle fonti normative partendo dal punto di vista particolare della propria cultura (giuridica) e, quando svolge l'attività interpretativa, ha già delle aspettative circa ciò che il diritto dice o può voler dire, in ragione di quella che i filosofi del diritto di indirizzo ermeneutico definirebbero «precomprensione»<sup>29</sup>. Nondimeno, il carattere culturalmente connotato del diritto non esclude che, in alcuni casi ed entro certi limiti, si possa fare spazio al riconoscimento della diversità culturale prestando attenzione a quali significati, tra quelli ascrivibili ad una disposizione normativa, consentano una tutela più ampia dei diritti di quelle persone che si riconoscono in culture e tradizioni (giuridiche) differenti. A tal fine, è però necessario che i giudici utilizzino il margine di discrezionalità che sempre caratterizza l'interpretazione delle fonti del diritto in una chiave «sensibile alla cultura»<sup>30</sup>, rimettendo in discussione quello che Alison Renteln ha definito «paradigma monoculturale»<sup>31</sup> del diritto.

#### 4. I «minority legal orders» come stimolo alla risignificazione delle fonti del diritto interno e internazionale

Sollecitata dall'esigenza di tutelare diritti fondamentali sanciti a livello (inter)nazionale, l'attenzione per i «minority legal orders» retroagisce al tempo stesso su come tali diritti sono intesi, nonché sul modo in cui sono interpretate le

---

<sup>27</sup> Si tratta, niente più e niente meno, della questione del carattere costitutivo del linguaggio giuridico.

<sup>28</sup> Per qualche esempio (relativo proprio alla nozione di famiglia) si rinvia a P. Parolari, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, Torino, 2016, 141-144.

<sup>29</sup> Sul modo in cui l'ermeneutica giuridica affronta il tema del rapporto tra cultura, diritto e interpretazione si vedano, ad esempio, B. Pastore, *Impegni ermeneutici: il diritto e le tensioni del pluralismo culturale*, in 1 *Ars Interpretandi*, 41 ss. (2012); G. Zaccaria, *Pluralismo, ermeneutica, multiculturalismo: una triade concettuale*, in 31 *Ragion pratica*, 559 ss. (2008).

<sup>30</sup> B. Pastore, *Lo spazio del riconoscimento. Identità culturali e sfera pubblica*, in T. Mazzarese (Ed), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, 2013, 115 ss.

<sup>31</sup> A.D. Renteln, *The Cultural Defense: Challenging the Monocultural Paradigm*, in M.-C. Foblets, J.-F. Gaudreault-Desbiens, A.D. Renteln (Eds), *Cultural Diversity and the Law. State Responses from Around the World*, Bruxelles, 791 ss.

disposizioni che li sanciscono o che ne determinano le modalità di attuazione e di esercizio.

Nel caso *Akhter v. Khan*, come si è anticipato, l’articolo 11 (a) (iii) del *Matrimonial Causes Act 1973* è stato interpretato alla luce degli articoli 8 e 12 della Cedu. Nell’argomentazione del giudice ha svolto quindi un ruolo fondamentale la tecnica dell’interpretazione conforme. Questo di per sé non stupisce: tale tecnica è ormai stabilmente e pervasivamente utilizzata dai giuristi in generale, e dai giudici in particolare, anche perché trova fondamento esplicito nel diritto interno di molti stati. In particolare, nel caso di specie, l’obbligo di interpretazione conforme alla Cedu è sancito dall’articolo 3 dello *Human Rights Act 1998*<sup>32</sup>. Nondimeno, è significativo osservare in che modo le norme di diritto internazionale vengono ricostruite e utilizzate dal giudice. È evidente, infatti, che ad essere interpretata non è solo la disposizione normativa alla quale si intende attribuire significato nel caso specifico ma anche, necessariamente, la disposizione normativa dalla quale si ricava la norma che si assume a parametro di riferimento.

È interessante, in particolare, il modo in cui viene interpretato l’articolo 8 della Cedu sul diritto alla vita privata e familiare. Il giudice è consapevole che, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, questo articolo non può essere inteso nel senso di imporre agli stati l’obbligo di riconoscere i matrimoni religiosi o di stabilire regole speciali per determinate categorie di coppie non sposate<sup>33</sup>. Nondimeno, si dice convinto che esso supporti la scelta di qualificare il matrimonio come nullo, anziché inesistente, in quei casi in cui le parti hanno provato a porre in essere un matrimonio civile o intendevano farlo (*sought to effect or intended to effect a legal marriage*)<sup>34</sup>. In particolare, il giudice si dice convinto che quando un’autorità pubblica, quale è una corte, utilizza un termine negativo e potenzialmente offensivo come *non-marriage* al di fuori dei casi in cui è totalmente e indiscutibilmente escluso che le parti intendessero sposarsi, rischia di compiere un’indebita ingerenza nel diritto alla vita familiare dei soggetti coinvolti. Secondo il giudice, quindi, può essere considerato come un’indebita ingerenza non solo ciò che ostacola la libera scelta di modelli di vita familiare diversi da quello *mainstream*, ma anche una decisione giudiziale che svilisca il significato e il valore di un matrimonio conforme al diritto islamico solo perché non soddisfa i requisiti formali previsti dalla legge inglese. Questa definizione della nozione di ingerenza mi pare però peculiare e innovativa rispetto alla stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Ancor più interessante, poi, è il modo in cui il giudice interpreta e utilizza l’articolo 12 della Cedu sul diritto al matrimonio. Da un lato, infatti, non mette in alcun modo in discussione che sia prerogativa dello stato stabilire i termini in cui

---

<sup>32</sup> *Human Rights Act 1998*: “Section 3 – Interpretation of legislation – (1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights”. Fermo restando che la modifica della legge è prerogativa del Parlamento e che il giudice non può aggirare questa riserva con una “interpretazione creativa” (*Akhter v. Khan* par. 60).

<sup>33</sup> *Akhter v. Khan* par. 79.

<sup>34</sup> *Akhter v. Khan* par. 80. In questo caso mi pare che ‘legal’ vada inteso come contrapposto a ‘religious’, per questo ho ritenuto di tradurlo con ‘civile’.

il diritto al matrimonio si esercita a livello nazionale, e ribadisce che l'art. 12 della Cedu non determina alcun diritto a non vedere qualificata la propria situazione come un *non-marriage*<sup>35</sup>. Dall'altro, tuttavia, ritiene che, se il matrimonio tra Akhter e Khan venisse considerato inesistente, si configurerebbe una violazione dell'art. 12 Cedu (non tanto da parte dello stato quanto) da parte dello stesso Khan. Tale articolo, infatti, non produce solo effetti verticali, ma anche orizzontali, facendo sorgere obblighi direttamente nei rapporti tra privati. È in questa prospettiva che, come si è anticipato (§ 2), il giudice attribuisce un ruolo chiave alla responsabilità del marito nel non aver voluto procedere al matrimonio civile dopo quello religioso: a suo avviso, infatti, rifiutandosi di sposare civilmente Akhter in spregio dell'impegno preso, Khan ha violato il diritto al matrimonio di quest'ultima. D'altra parte, una volta che Akhter «had embarked *in the process*»<sup>36</sup> – una volta, cioè, che il matrimonio islamico è stato celebrato e consumato – lei non poteva più tirarsi indietro: di conseguenza, se ora il matrimonio venisse qualificato come inesistente, resterebbe priva di qualsiasi tutela in base al diritto inglese. Ciò posto, il giudice ritiene che sia suo dovere, in quanto istituzione dello stato, tener conto di questi aspetti e intervenire a garanzia dell'effettiva tutela del diritto al matrimonio della ricorrente. A tal fine, si richiama quindi alla massima di *Equity* secondo la quale «equity treats as done that [...] which ought to be done and [...] focuses on intent not form»<sup>37</sup>.

Ora, a prescindere da ogni altra possibile considerazione<sup>38</sup>, anche in questo caso l'interpretazione della Cedu proposta dal giudice appare, quanto meno, abbastanza libera. Di solito, infatti, quando si parla di effetti orizzontali dell'art. 12

---

<sup>35</sup> Si noti, a questo proposito, che il giudice respinge l'argomento della ricorrente secondo il quale ci sarebbe una violazione dell'art. 6 Cedu, dovuto all'impossibilità di agire in giudizio per ottenere *financial remedies* nel caso in cui si ritenesse che il suo è un *non-marriage*: "It is not asserted that there is discrimination in relation to the right to marry and it is accepted that the right to marry does not carry with it a right to divorce still less a right to nullity or a right not to be characterised as being in a non-marriage. The ability to mount a financial remedy claim ultimately derives from this categorisation. The substantive law of financial remedy is therefore accessible without discrimination but is dependent upon status" (*Akhter v. Khan* par. 77). Analogamente, il giudice respinge l'argomento secondo il quale la qualifica di *non-marriage*, escludendo i *financial remedies* riservati ai coniugi (50% share) viola l'art. 1 del Protocollo 1 della Cedu (diritto di proprietà), perché l'esistenza di tale diritto dipende proprio dall'esistenza di un matrimonio, sia esso valido o nullo (*Akhter v. Khan* par. 88).

<sup>36</sup> *Akhter v. Khan* par. 83, corsivo mio.

<sup>37</sup> *Akhter v. Khan* par. 83. In conclusione quindi, a suo avviso, «Article 12 ECHR on a horizontal effect basis together with general principles of fairness or equitable principles support the proposition that if the parties had agreed to or it was their joint understanding that they would engage in a process which would ultimately lead to a legally valid marriage means that should be taken into account in determining whether took place falls within or without the parameters of section 11» (*Akhter v. Khan* par. 93 lett. c, corsivo mio).

<sup>38</sup> Ci sono infatti almeno altre due questioni che sarebbe interessante approfondire. La prima riguarda il modo in cui il giudice individua nei principi di *Equity* lo strumento attraverso il quale lo stato può far fronte al proprio dovere di porre rimedio alla supposta violazione dell'art. 12 Cedu da parte di Khan. La seconda, e ancor più importante, riguarda invece come il giudice possa considerare la totale mancanza di una cerimonia civile alla stregua di un'ipotesi di matrimonio celebrato «in disregard of certain requirements as to the formation of marriage», facendo ricorso ad un concetto del tutto inedito di «process of marrying». A suo avviso, infatti: «When considering the question of a marriage the court should be able to take a *holistic view of a process rather than a single ceremony*» (*Akhter v. Khan*, par. 94 lett. a, corsivi miei).

si fa riferimento alla illegittimità di interferenze nel diritto al matrimonio da parte di soggetti terzi<sup>39</sup>. Che l’ingerenza nel diritto di sposarsi possa essere rinvenuta nel comportamento di uno dei potenziali coniugi è invece non solo inedito, per quanto a mia conoscenza, ma anche problematico: l’art. 12 Cedu tutela, infatti, anche la libertà negativa di non contrarre matrimonio. La scelta di Khan di non procedere al matrimonio civile potrebbe quindi essere anch’essa considerata come l’esercizio di un diritto. Esiste allora un conflitto tra il diritto di Akhter di sposarsi e quello di Khan di non sposarsi, rispetto al quale il giudice avrebbe dovuto operare un bilanciamento (evidenziando, peraltro, anche le condizioni di legittimità della propria ingerenza nel diritto di Khan a non sposarsi). Certamente il giudice ha fatto le proprie valutazioni, privilegiando la tutela del soggetto ritenuto più vulnerabile (in questo caso, la moglie). Tuttavia, di tale bilanciamento – e in verità del conflitto stesso – non c’è traccia esplicita nella sentenza.

Il giudice, quindi, da un lato, utilizza la tecnica dell’interpretazione conforme come strumento di risignificazione del diritto interno, al fine di evitare che la frammentazione giuridica legata alla presenza di minoranze islamiche in Inghilterra possa tradursi nella denegata tutela dei diritti fondamentali sanciti dalla Cedu; dall’altro, nel far questo, finisce di fatto per ridefinire anche il significato delle stesse fonti internazionali dalle quali ricava le norme parametro dell’interpretazione conforme. Non è un caso, in questa prospettiva, che il giudice richiami espressamente la giurisprudenza della Corte di Strasburgo secondo la quale la Cedu è un *living instrument*, passibile di interpretazione evolutiva<sup>40</sup>. In questo modo, il cerchio si chiude, evidenziando tutto il potenziale dirompente e trasformativo della dimensione “intersistemica” dell’interpretazione giudiziale.

## 5. Considerazioni conclusive

La sentenza sul caso *Akhter v. Khan* si presta indubbiamente a diverse letture e si espone potenzialmente a molte critiche. Si può discutere, in particolare, se l’interpretazione delle norme nazionali e internazionali rilevanti operata dal giudice non sia stata davvero troppo elastica, eccedendo i limiti della legittima discrezionalità dell’interprete per sfociare in una forma di “giurisprudenza creativa” e di eccessivo attivismo giudiziale. Certo è che questo caso offre un

<sup>39</sup> Sono illegittime, ad esempio, di disposizioni testamentarie che impongano l’onere di (non) sposarsi, o divieti di sposarsi contenuti in contratti di lavoro, o licenziamenti conseguenti a matrimonio.

<sup>40</sup> È controverso, tuttavia, se la possibilità di un’interpretazione evolutiva della Cedu sia aperta ai giudici nazionali o debba essere considerata una prerogativa esclusiva della Corte di Strasburgo. In particolare, nel contesto inglese, tale apertura sembra contrastare con il c.d. “mirror principle” formulato in *R (Ullah) v. Special Adjudicator* [2004] UKHL 26, in base al quale: «It is of course open to member states to provide for rights more generous than those guaranteed by the [ECHR], but such provision should not be the product of interpretation of the Convention by national courts [...]. The duty of national court is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more but certainly no less». Principio che, tuttavia, sembra rimanere controverso nella stessa giurisprudenza inglese. Sul punto si veda C. Djefal, *Dynamic and Evolutive Interpretation of the ECHR by Domestic Courts*, in H.P. Aust, G. Nolte (Éds), *The interpretation of International Law by Domestic Courts. Uniformity, Diversity, Convergence*, Oxford, 2016, 185-188 ss.

esempio paradigmatico di come, in contesti di *legal polycentricity* caratterizzati da forme pervasive di intergiuridicità, non sia possibile “ragionare per compartimenti stagni”.

Il carattere sempre più “intersistemico” dell’interpretazione giudiziale è, in questo senso, espressione dell’esigenza di armonizzare la pluralità di fonti del diritto applicabili a fattispecie concrete che si pongono all’intersezione tra spazi giuridici diversi. Mentre infatti la politica, molto spesso (e forse, per certi aspetti, comprensibilmente), esita a confrontarsi con il gravoso compito di mettere ordine in questa complessità, i giudici non possono permetterselo.