



Angelo Licastro

(ordinario di Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi di Messina,
Dipartimento di Giurisprudenza)

**La questione della riconoscibilità civile del divorzio islamico al vaglio
della Corte di giustizia dell'Unione europea (a margine della pronuncia
del 20 dicembre 2017, C-372/16) ***

SOMMARIO: 1. Notazioni introduttive - 2. I termini della vicenda da cui origina il rinvio pregiudiziale e la competenza della Corte di giustizia a pronunciarsi sulla questione controversa - 3. La portata applicativa del regolamento n. 1259 del 2010 e le sentenze dei tribunali religiosi - 4. Le implicazioni di carattere sistematico della pronuncia in rapporto al principio di incompetenza dell'Unione nella materia ecclesiastica o religiosa - 5. I dubbi sostanziali circa la riconoscibilità in Europa del ripudio islamico - 6. Conclusioni.

1 - Notazioni introduttive

La pronuncia della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017¹, cui si riferiscono le presenti osservazioni, è stata emanata, in sede di rinvio pregiudiziale, nel corso di una controversia originata da un caso di conflitto di leggi applicabili in Germania al riconoscimento di un "divorzio privato" avente a oggetto un matrimonio islamico contratto in Siria e operato attraverso l'intervento di un locale tribunale religioso.

A dispetto delle circostanze particolarissime della vicenda considerata, la decisione dei giudici di Lussemburgo, necessariamente molto circoscritta negli effetti, sembra presentare notevole interesse per alcune potenziali ricadute su profili di più ampia portata, alquanto controversi e dibattuti negli ultimi tempi, relativi, per un verso, ai rapporti tra la fattispecie "matrimonio religioso" (comprensiva della eventuale fase dissolutiva del vincolo davanti a un'autorità confessionale) e quelle caratterizzate da elementi di estraneità (in senso proprio) cui si riferiscono le norme di conflitto², nonché, per altro verso, ai rapporti tra il diritto

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Corte di giustizia UE, Sez. I, 20 dicembre 2017, C-372/16, *Sahyouni c. Mamisch*.

² Ho approfondito queste tematiche soprattutto in **A. LICASTRO**, *Problemi e prospettive del diritto ecclesiastico internazionale dopo la legge n. 218 del 1995*, Giuffrè, Milano, 1997.



dell'Unione europea (o, meglio, tra l'incessante processo in corso di integrazione sovranazionale a quel livello sperimentato)³ e l'assetto dei tradizionali "diritti ecclesiastici" dei Paesi membri.

Si tenterà, quindi, in queste pagine, di riflettere non solo sull'apporto interpretativo immediatamente offerto dalla Corte in ordine alla sfera di operatività della normativa dell'Unione oggetto del rinvio pregiudiziale, ma anche sui risvolti di carattere sistematico, non altrettanto facilmente riconoscibili, ma presenti, a mio avviso, nella decisione e di significativo interesse anche dalla prospettiva dei diritti ecclesiastici nazionali.

La pronuncia dà poi, ovviamente, lo spunto per riflettere sul nodo veramente cruciale e reale della lite, relativo al problema della riconoscibilità agli effetti civili, secondo il sistema giuridico dell'Unione europea e, di riflesso, secondo i diritti dei diversi Paesi membri, del divorzio islamico, viste le notevoli peculiarità che notoriamente caratterizzano l'istituto: come vedremo a breve, il labile collegamento della fattispecie con il diritto dell'Unione non ha consentito alla Corte di giustizia di pronunciarsi sul punto - sicuramente di più rilevante interesse per l'ecclesiasticista - ma sarà utile al riguardo soffermarsi sulle più articolate conclusioni presentate dall'Avvocato generale, che, per ragioni di completezza di analisi, ha dovuto misurarsi anche con questo aspetto della questione controversa.

2 - I termini della vicenda da cui origina il rinvio pregiudiziale e la competenza della Corte di giustizia a pronunciarsi sulla questione controversa

Le più interessanti peculiarità della fattispecie sottoposta alla Corte di Lussemburgo (per quanto non di immediata evidenza) possono cogliersi, a mio avviso, negli intrecci in essa rinvenibili tra profili riguardanti la "cooperazione giudiziaria in materia civile" (com'è noto, rientrante fra le competenze dell'Unione)⁴ e profili riguardanti la discussa e assai

³ Si è così potuto fondatamente sostenere, in ordine ai temi di più specifico interesse per l'ecclesiasticista, che "l'Unione europea si dimostra laboratorio in cui si sperimentano i nuovi nessi tra religione e diritto, tra democrazia secolarizzata e identità religiose, tra cittadinanza multiculturale e cittadinanza confessionale": **M. VENTURA**, *Diritto e religione in Europa: il laboratorio comunitario*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 581.

⁴ Con il Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, l'obiettivo di "sviluppare una stretta cooperazione nel settore della giustizia e degli affari interni" (GAI) (art. B, quarto comma) costituì il c.d. "terzo pilastro" dell'Unione europea, acquisendo così valenza istituzionale una dimensione, fino ad allora sviluppata tra gli Stati



controversa “materia ecclesiastica” o “religiosa” (sottoposta, invece, a un principio, per quanto anch’esso di non chiara e precisa consistenza, di “incompetenza” dell’Unione)⁵. Riconoscere portata “onnicomprensiva” alla prima materia significa intaccare in qualche misura la seconda, con potenziali ricadute sulla salvaguardia delle specificità e tradizioni nazionali

membri solo in modo informale. La cooperazione affidata al “metodo intergovernativo” o “convenzionale” non ha però offerto garanzie di efficacia e di incisività di azione. Il Trattato di Amsterdam, al fine di “conservare e sviluppare l’Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone” (nuovo testo del quarto comma dell’art. B del TUE), eliminerà, dalle materie del terzo pilastro, quella relativa alla “cooperazione giudiziaria in materia civile” per la quale varranno, da quel momento in poi, le regole del “metodo comunitario” tipiche del primo pilastro dell’Unione. Il Trattato di Lisbona abolirà la struttura per pilastri della legislazione europea, rimettendo, in pratica, al “metodo comunitario” l’intero settore della giustizia e degli affari interni. Peraltro, l’art. 81 TFUE, nel disciplinare la cooperazione giudiziaria in materia civile avente implicazioni transnazionali, prevede una regola particolare per le *misure relative al diritto di famiglia*: esse sono stabilite dal Consiglio, che delibera all’unanimità previa consultazione del Parlamento europeo (par. 3). Questa “previsione di maggior rigore [...] conferma la resistenza degli Stati membri a conferire all’Unione competenze in materia di diritto di famiglia”: **I. OTTAVIANO**, *La prima cooperazione rafforzata dell’Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali*, in *Il dir. dell’Unione europea*, n. 1, 2011, p. 119.

⁵ Su questi temi, sia consentito il rinvio ad **A. LICASTRO**, *Unione europea e “status” delle confessioni religiose. Fra tutela dei diritti umani fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2014, e **ID.**, *L’influenza della Carta di Nizza sui sistemi nazionali europei di disciplina del fenomeno religioso: verso un diritto ecclesiastico dell’Unione?*, in **AA. VV.**, *La Carta dei diritti dell’Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D’Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta, Giappichelli, Torino, 2016, p. 325 ss. Ma si vedano almeno, tra i contributi più recenti, quelli di **D. DURISOTTO**, *Istituzioni europee e libertà religiosa. Cedu e Ue tra processi di integrazione europea e rispetto delle specificità nazionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 301 ss.; **S. MONTESANO**, *Brevi riflessioni sull’art. 17 TFUE e sul progetto di Direttiva del Consiglio recante disposizioni in materia di divieto di discriminazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 18 del 2015, p. 1 ss.; **F. MARGIOTTA BROGLIO**, **M. ORLANDI**, *Articolo 17 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea*, in **AA. VV.**, *Trattati dell’Unione europea*, 2^a ed., a cura di A. Tizzano, Giuffrè, Milano, 2014, p. 454 ss.; **M. VENTURA**, *L’articolo 17 TFUE come fondamento del diritto e della politica ecclesiastica dell’Unione europea*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2/2014, p. 293 ss.; **M. LUGATO**, *L’Unione europea e le Chiese: l’art. 17 TFUE nella prospettiva del principio di attribuzione, del rispetto delle identità nazionali e della libertà religiosa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2/2014, p. 305 ss.; **M. VENTURA**, *Dynamic Law and Religion in Europe. Acknowledging Change. Choosing Change*, European University Institute Working Paper, Religio West Project, 2013; **AA. VV.**, *Le confessioni religiose nel diritto dell’Unione europea*, a cura di L. De Gregorio, il Mulino, Bologna, 2012.



concernenti la disciplina giuridica del fenomeno religioso e i rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose⁶.

Tuttavia, deve essere dedicata, in questa sede, particolare attenzione anche alla mera ricostruzione delle circostanze di fatto e dei termini giuridici della vicenda per come concretamente prospettatasi dinanzi ai giudici tedeschi e poi alla Corte di giustizia, al fine di fare emergere la ricorrenza degli elementi sulle cui basi è stato possibile fondare il collegamento col diritto dell'Unione e la conseguente competenza dei giudici europei a fornire risposta alla questione pregiudiziale a essi sottoposta.

Nel 1999, la sig.ra Soha Sahyouni e il sig. Raja Mamisch contraggono matrimonio islamico in Siria. Nel 2013, il marito, tramite procuratore, manifesta al Tribunale religioso della sharia di quel Paese la sua volontà (unilaterale) di divorziare dalla moglie, ottenendo l'emanazione del provvedimento dichiarativo dell'intervenuto scioglimento del matrimonio. Dal canto suo, la moglie sottoscrive un documento in cui attesta l'avvenuto adempimento nei suoi confronti degli obblighi del marito dipendenti dal contratto di matrimonio e dalla dichiarazione di ripudio.

Il sig. Mamisch, in possesso della cittadinanza siriana dalla nascita e, dal 1977, anche di quella tedesca per naturalizzazione, chiede, quindi, in Germania, il riconoscimento agli effetti civili della pronuncia di divorzio

⁶ Del resto è convinzione diffusa che, né il silenzio dei trattati sulla tradizionale "materia ecclesiastica" (seppur letto in connessione col principio di attribuzione delle competenze dell'Unione), né le puntuali disposizioni di principio, rinvenibili nello stesso diritto primario dell'Unione, chiaramente rivolte a proteggere le prerogative statali concernenti la condizione giuridica dei culti (in particolare l'art. 17 TFUE), né le altrettanto esplicite limitazioni previste in ordine all'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali di Nizza/Strasburgo (art. 51) possono porre efficaci argini al processo di omogeneizzazione indotto dall'incedere dell'integrazione europea e assicurare così l'integrale salvaguardia di un settore dell'ordinamento statale già di per sé e da sempre caratterizzato dalla sua incerta consistenza oggettiva. Al contrario, il progressivo ampliarsi delle competenze dell'Unione (anche oltre il tradizionale recinto economico o mercantile), alcuni approcci interpretativi forse troppo sbilanciati nel senso della valorizzazione delle ragioni sottese al principio di uniformità e del primato del diritto eurolunitario e poco sensibili alle specificità caratteristiche delle identità costituzionali dei Paesi membri, la tipica "trasversalità" e superiorità assiologica delle stesse forme di tutela dei diritti umani fondamentali sperimentate al livello di Unione, sarebbero tutti elementi da leggere in funzione dell'affermarsi di una sorta di "diritto ecclesiastico europeo", destinato a prendere il posto dei vari diritti ecclesiastici nazionali e della disciplina da questi ultimi riservata alla tradizionale "materia ecclesiastica".

Per l'impostazione che si sforza di ricercare un migliore equilibrio tra le esigenze di "unità" e quelle della "diversità", emergenti anche in quest'ultima materia, sia consentito il rinvio ad **A. LICASTRO**, *Unione europea*, cit., e **ID.**, *L'influenza della Carta di Nizza*, cit.



emanata in Siria, che viene concesso dal competente tribunale di Monaco di Baviera⁷. Il ricorso successivamente proposto contro tale decisione dalla moglie, davanti allo stesso tribunale, viene respinto⁸.

Investiti dell'appello, i giudici tedeschi sospendono il procedimento e propongono rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, chiedendo, anzitutto, che venga chiarito «[s]e l'ambito di applicazione di cui all'articolo 1 del regolamento n. 1259/2010, si estenda anche al cosiddetto "divorzio privato", pronunciato, nel caso di specie, dinanzi a un tribunale religioso in Siria sulla base della sharia»⁹.

Vertendo la controversia sul *riconoscimento di una pronunzia* di divorzio (emanata da un'autorità religiosa in uno Stato terzo), il riferimento al regolamento n. 1259 del 2010 (conosciuto anche come "regolamento Roma III")¹⁰ appare, almeno *prima facie*, incomprensibile¹¹: la materia del riconoscimento delle sentenze straniere non è, infatti, disciplinata dal predetto regolamento, contenente norme uniformi per la risoluzione dei *conflitti di leggi* (in materia di divorzio e di separazione personale)¹², ma dal

⁷ *Oberlandesgericht* di Monaco di Baviera, decisione del Presidente del 5 novembre 2013.

⁸ *Oberlandesgericht* di Monaco di Baviera, decisione del Presidente dell'8 aprile 2014.

⁹ *Oberlandesgericht* di Monaco di Baviera, decisione del 2 giugno 2015 [punto 1) della questione pregiudiziale]. Il testo (in tedesco) della pronunzia è reperibile nel sito internet http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/olgmuenchen34wx146_14.htm.

¹⁰ Regolamento (UE) n. 1259 del 2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in *GUUE* 29 dicembre 2010, n. L 343.

¹¹ Non vi è spazio, nella motivazione della pronunzia, per l'ipotesi secondo cui sarebbero chiamate in causa le norme sul *conflitto di leggi* in ragione del carattere meramente *dichiarativo* dell'intervento dell'autorità religiosa (e quindi della natura stragiudiziale del ripudio): ricordo che, secondo una tesi dottrinale, dinanzi «ad un ripudio che la pubblica autorità si limita a certificare, [...] la natura recettizia dell'atto pubblico che, per l'appunto, "prende atto" della volontà del marito, suggerisce» di vagliare l'ingresso del valore giuridico straniero alla luce delle norme di conflitto, mentre "la necessità di un provvedimento giudiziario che autorizzi il ripudio [...] conferisce [...] una base giurisdizionale che implica l'abbandono del metodo dei conflitti di leggi a favore del metodo del riconoscimento del provvedimento giudiziario che scioglie il vincolo coniugale": così O. VANIN, *Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, n. 11, p. 1033 e p. 1031 s.

¹² Come è stato osservato, lo «scenario in cui il regolamento si colloca è quello della crescente mobilità internazionale di cittadini UE o di Stati terzi all'interno dell'Unione europea, che ha provocato un aumento dei matrimoni "misti", fra soggetti residenti in Stati membri diversi o aventi diversa cittadinanza, o che risiedono in uno Stato di cui non sono cittadini», con conseguente necessità di "confrontarsi con ordinamenti nazionali che prevedono norme materiali estremamente differenziate in materia di crisi coniugali": I. OTTAVIANO, *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea*, cit., p. 113 s.

Su questo regolamento si vedano, pure, tra gli altri, AA. VV., *Regolamento UE n.*



regolamento n. 2201 del 2003, relativo, appunto, alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale¹³. Quest'ultimo provvedimento normativo, inoltre, a differenza del primo, che ha "carattere universale" (art. 4)¹⁴, è applicabile unicamente tra gli Stati membri dell'Unione.

1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Commentario, a cura di P. Franzina, in *Le Nuove leggi civili comm.*, n. 6, 2011, p. 1435 ss.; **M.C. BARUFFI**, Il regolamento sulla legge applicabile ai "divorzi europei", in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2011, p. 867 ss.; **E. BERGAMINI**, Evoluzioni nel diritto di famiglia dell'Unione europea: il nuovo regolamento 1259/2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 181 ss.; **R. CLERICI**, Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 1053 ss.; **B. NASCIMBENE**, Le norme di conflitto in tema di separazione e divorzio nel regolamento 1259/2010, in *Il diritto del commercio internaz.*, 2012, p. 343 ss.; **M. FALLON**, Le nouveau droit du divorce international selon le règlement Rome III: une évolution tranquille, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2012, p. 291 ss.; **P. HAMMJE**, Le nouveau règlement (UE) n. 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la separation des corps, in *Revue critique de droit international privé*, 2011, p. 291 ss.; **I. OTTAVIANO**, Il regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale nell'ottica della protezione dei diritti fondamentali, in **AA. VV.**, *Percorsi giuridici per l'integrazione*, a cura di G. Caggiano, Giappichelli, Torino, 2014, p. 677 ss.; **P. FRANZINA**, La crisi matrimoniale con elementi di internazionalità, in **AA. VV.**, *Diritto processuale di famiglia*, a cura di A. Graziosi, Giappichelli, Torino, 2016, p. 377 ss.

¹³ Regolamento (CE) n. 2201 del 2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, in *GUUE* 23 dicembre 2003, n. L 338.

Su questo regolamento, in dottrina, vedi, tra gli altri, **I. QUEIROLO**, *Separazione, annullamento, divorzio e responsabilità genitoriale: il regolamento CE 2201/2003*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, a cura di G. Ferrando, tomo I, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 1107 ss.; **E. BERGAMINI**, *Regolamento CE n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento CE n. 1347/2000*, in *Codice della famiglia*, Tomo III, a cura di M. Sesta, Giuffrè, Milano, 2009, p. 4646 s.; **F. UCCELLA**, *La competenza internazionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di famiglia e di responsabilità parentale: regime comune nell'ambito della Unione Europea*, in *Vita notarile*, 2006, n. 3, pt. 1, p. 1261 ss. Per i profili di carattere ecclesiasticistico, può vedersi **A. LICASTRO**, *Unione europea*, cit., p. 149 ss.; **ID.**, *Il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali e le nuove forme di cooperazione giudiziaria europea*, in *Dir. fam. pers.*, 2000, p. 1252 ss.

¹⁴ Sebbene, come precisato nel *considerando* n. 8, "[i]l presente regolamento dovrebbe essere obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile soltanto negli Stati membri partecipanti conformemente ai trattati", l'art. 4 chiarisce proprio il "carattere universale" che assume il rinvio operato alla legge straniera: "[l]a legge designata dal presente regolamento si applica anche ove non sia quella di uno Stato membro

6



Sembrerebbe, pertanto, del tutto assente qualsiasi presupposto atto a fondare la competenza del diritto dell'Unione e, quindi, l'intervento in via pregiudiziale della Corte di giustizia: per un verso, la Siria è ovviamente uno Stato terzo (rispetto a quelli facenti parte dell'Unione), cui non si applica sicuramente il regolamento n. 2201 del 2003 (del quale vedi, in particolare, l'art. 2, n. 4, che, agli effetti del provvedimento, definisce come "decisione" quella "emessa dal giudice di uno Stato *membro*", e l'art. 21, par. 1, che fissa la regola del riconoscimento delle "decisioni pronunciate in uno Stato *membro*"); per altro verso, fattispecie (con elementi di estraneità rispetto alla legge del foro e) collegate con ordinamenti di Stati terzi, relativamente a quelli partecipanti alla particolare forma di cooperazione rafforzata di cui al regolamento n. 1259 del 2010, possono, invece, essere rilevanti ai sensi delle disposizioni da esso previste, ma queste ultime postulano che si verta "in circostanze che comportino un conflitto di leggi" (art. 1 regolamento n. 1259 del 2010), cui dovrebbe restare estranea ogni controversia riguardante il riconoscimento di una sentenza straniera.

Alla luce di queste considerazioni, la Corte di giustizia si dichiara, in un primo momento, manifestamente incompetente a rispondere alle questioni a essa sottoposte dai giudici tedeschi¹⁵.

Si poteva, tuttavia, facilmente ipotizzare, a meno di clamorosi errori dell'autorità giudiziaria nazionale precedente, che l'applicabilità del regolamento n. 1259 del 2010 alla fattispecie controversa dipendesse da particolari regole o prassi dell'ordinamento tedesco.

Ora, la normativa vigente in Germania sulle cause familiari¹⁶ prevede che il riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale *emanate all'estero* (ossia *emanate da uno Stato terzo*, e, quindi, non sottoposte alla disciplina del regolamento n. 2201 del 2003)¹⁷, avvenga solo a seguito

partecipante". Come si era già puntualizzato nel *considerando* n. 12, questo significa "che le norme uniformi in materia di conflitto di leggi dovrebbero poter designare la legge di uno Stato membro partecipante, la legge di uno Stato membro non partecipante o la legge di uno Stato non membro dell'Unione europea".

Il rischio che possano così avere ingresso all'interno dell'Unione europea normative contrastanti con i suoi principi fondamentali "risulta scongiurato nel regolamento dalla previsione di clausole di salvaguardia per prevenire l'applicazione di leggi straniere sul divorzio o sulla separazione personale incompatibili con i valori comuni dell'Unione europea": I. OTTAVIANO, *La prima cooperazione rafforzata*, cit., p. 134.

¹⁵ Corte di giustizia UE, Sez. I, ord. 12 maggio 2016, n. C-281/15, *Sahyouni c. Mamisch*.

¹⁶ *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (FamFG).

¹⁷ L'art. 107 cit. nel testo è disposizione inclusa nella Parte nona della legge, dedicata alle procedure con elementi transnazionali (*Verfahren mit Auslandsbezug*). L'art. 97, n. 1, precisa che le previsioni risultanti da accordi di diritto internazionale prevalgono su quelle



di uno specifico accertamento giudiziale della ricorrenza dei presupposti cui la legge subordina il predetto riconoscimento (salvo che la pronunzia provenga dal giudice o da un'autorità di uno Stato del quale i coniugi possedevano la cittadinanza alla data della decisione, nel qual caso nessuna particolare procedura è richiesta). In pratica, come ricordato dall'Avvocato generale nelle conclusioni¹⁸, si opera un "*verfahrensrechtliche Anerkennung*", ossia una sorta di "riconoscimento procedurale" o, con termini a noi più familiari, una "delibazione" della pronunzia straniera.

Peraltro, nel caso di "divorzi privati" - secondo quanto si apprende dalle stesse precisazioni fornite dal giudice del rinvio e riportate dalla pronunzia della Corte di giustizia¹⁹ - l'autorità giudiziaria chiamata a riconoscere il provvedimento straniero ne vaglierebbe *anche il merito* per accertare la ricorrenza dei *requisiti di validità (sostanziale) del divorzio* previsti dalla legge. E mentre la versione originaria della norma di conflitto contenuta nell'art. 17, par. 1, delle disposizioni preliminari al codice civile individuava la legge regolatrice del divorzio (alla luce della quale effettuare la predetta verifica) in quella "applicabile agli effetti generali del matrimonio alla data della proposizione della domanda di divorzio" (a meno che lo scioglimento del matrimonio fosse del tutto escluso da tale legge)²⁰, alcune modifiche della disposizione, introdotte a seguito dell'entrata in vigore del regolamento europeo, hanno soppresso la precedente norma di conflitto²¹ e indotto la giurisprudenza a compiere il suddetto esame di carattere sostanziale alla luce della legge applicabile ai sensi del medesimo regolamento n. 1259 del 2010.

Sia pure, dunque, per effetto di una norma di origine giurisprudenziale, in pratica, l'ordinamento tedesco, a seguito di una sua libera e autonoma determinazione, ha *esteso l'ambito di operatività del*

includere nella legge dal momento in cui sono divenute legge nazionale direttamente applicabile. Restano impregiudicate le previsioni risultanti dagli atti normativi dell'Unione europea ("*Regelungen in völkerrechtlichen Vereinbarungen gehen, soweit sie unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht geworden sind, den Vorschriften dieses Gesetzes vor. Regelungen in Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft bleiben unberührt*").

¹⁸ Par. 47, nt. 44.

¹⁹ Corte di giustizia UE 20 dicembre 2017, cit., par. 24. Si vedano pure le *Conclusioni* dell'Avvocato generale, ai parr. 44-49.

²⁰ ... nel qual caso - precisava la norma - al divorzio si applica la legge tedesca se il coniuge che chiede il divorzio è tedesco a tale data o lo era al momento del matrimonio.

²¹ Il vigente art. 17, par. 1, cit. si occupa delle "conseguenze patrimoniali del divorzio", che, in via residuale, sono sottoposte alla legge "applicabile al divorzio ai sensi del regolamento (UE) n. 1259/2010": "*Vermögensrechtliche Scheidungsfolgen, die nicht von anderen Vorschriften dieses Abschnitts erfasst sind, unterliegen dem nach der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 auf die Scheidung anzuwendenden Recht*".



regolamento n. 1259 del 2010, e ciò ha fatto anche sul presupposto che *i divorzi privati fossero ricompresi nel campo di applicazione* di questo. Si intuisce, quindi, tenendo conto di tutte le circostanze del caso, l'esigenza di pervenire alla corretta interpretazione della fonte comunitaria pure in relazione a una fattispecie manifestamente estranea all'ambito proprio di applicazione del regolamento (riguardante, come si è già accennato, la materia dei conflitti di leggi e non quella del riconoscimento delle sentenze straniere).

In situazioni del genere, la Corte di giustizia, per giurisprudenza consolidata, si reputa competente a fornire risposta alle questioni sollevate dai giudici nazionali in sede di rinvio pregiudiziale, al fine di evitare future divergenze interpretative della fonte del diritto dell'Unione altrimenti sempre possibili²². Su queste basi, e dietro precisa sollecitazione dei giudici di Lussemburgo, lo stesso *Oberlandesgericht* ha pertanto proposto una nuova domanda di pronuncia pregiudiziale, fornendo più puntuali ed esaurienti chiarimenti sull'applicabilità, nell'ordinamento tedesco, alla fattispecie controversa, del regolamento n. 1259 del 2010 e mettendo, così, la Corte di giustizia nella condizione di potere fornire l'interpretazione richiesta.

3 - La portata applicativa del regolamento n. 1259 del 2010 e le sentenze dei tribunali religiosi

La prima questione da chiarire è, dunque, quella relativa all'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento n. 1259 del 2010, come definito dall'art. 1. Può esso ritenersi *comprendivo dei "divorzi privati", in particolare nel caso in cui questi si perfezionino attraverso una dichiarazione resa dinanzi a un tribunale religioso della sharia?*

Nelle sue conclusioni, l'Avvocato generale aveva sottolineato che il problema in questione è del tutto indipendente dal carattere unilaterale o reciproco della dichiarazione di divorzio resa dalle parti e, quindi, dalle

²² L'orientamento giurisprudenziale risale a Corte di giustizia CE, 18 ottobre 1990, C-297/88 e C-197/89, *Dzodzi c. Stato belga*, parr. 36 e 37: "[n]on risulta dal dettato dell'art. 177 né dalle finalità del procedimento istituito da questo articolo che gli autori del Trattato abbiano inteso sottrarre alla competenza della Corte i rinvii pregiudiziali vertenti su di una norma comunitaria nel caso specifico in cui il diritto nazionale di uno Stato membro rinvia al contenuto della norma in parola per determinare le norme da applicare a una situazione puramente interna a detto Stato". "L'ordinamento giuridico comunitario ha anzi manifestamente interesse, per evitare future divergenze d'interpretazione, a garantire un'interpretazione uniforme di tutte le norme di diritto comunitario, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate". Analogamente, fra le tante, Corte di giustizia UE, Sez. III, 18 ottobre 2012, C-583/10, *United States of America c. Nolan*, parr. 45-47.



peculiarità che caratterizzano il divorzio islamico, valutate anche in rapporto all'inclusione nel regolamento della norma "antidiscriminatoria" di cui all'art. 10 (su cui si tornerà più avanti). Esso, al contrario, si porrebbe con riguardo a qualsiasi forma di divorzio che si realizzi senza l'intervento "costitutivo" di una autorità pubblica²³.

Lamentata, quindi, la mancanza, nel regolamento, di una definizione nella specie rilevante di "divorzio", si pone l'accento, per desumerne l'estraneità dei divorzi di natura privata rispetto all'ambito applicativo (come definito dall'art. 1 cit.) della fonte comunitaria, sulle

«disposizioni [...] che attribuiscono un ruolo centrale all'intervento di un' „autorità giurisdizionale“ [...] e all'esistenza di un "procedimento" ai fini dello scioglimento o dell'allentamento del vincolo matrimoniale»²⁴.

Anche i nessi rinvenibili con il regolamento n. 2201 del 2003, basati sugli "stretti legami che esistono dal punto di vista storico fra questi due atti"²⁵, servono, nell'argomentare dell'Avvocato, esclusivamente per pervenire alla definizione del concetto di "divorzio" che il legislatore avrebbe inteso adottare²⁶.

Soltanto, infine, ragioni di opportunità potrebbero condizionare l'eventuale scelta del legislatore dell'Unione di includere in futuro i divorzi privati nella sfera di applicazione dei citati regolamenti, previa però

"un'analisi approfondita delle implicazioni concrete che tale operazione potrebbe avere, con riferimento ai diversi sistemi giuridici degli Stati membri partecipanti" che adottano "approcci estremamente diversi [...] in relazione al recepimento di decisioni straniere consistenti in un ripudio"²⁷.

La Corte di giustizia sottoscriverà questo tipo di impostazione, ribadendo che il regolamento "riguarda esclusivamente i divorzi pronunciati da un'autorità giurisdizionale statale, da un'autorità pubblica o con il suo controllo"²⁸ e insistendo sulla necessità della esatta delimitazione del concetto di "divorzio" adottato dal legislatore dell'Unione. Lo stesso nesso intercorrente tra i due regolamenti in esame (tanto da giustificare una loro lettura congiunta), ora colto (non in una

²³ *Conclusioni*, par. 55.

²⁴ *Conclusioni*, par. 60.

²⁵ *Conclusioni*, par. 63.

²⁶ *Conclusioni*, par. 64.

²⁷ *Conclusioni*, par. 66 e nt. 75.

²⁸ Corte di giustizia UE, 20 dicembre 2017, cit., par. 39.



coincidenza di carattere storico, ma) nella circostanza che entrambi riguardano la “cooperazione giudiziaria in materia civile”, non prelude a un tentativo di definizione dei confini oggettivi relativi a quest’ultimo settore del diritto dell’Unione, ma serve solo a mettere in guardia dal rischio di una ricostruzione (l’una rispetto all’altra) divergente delle rispettive sfere di applicazione delle due fonti comunitarie²⁹.

Ribadita l’esattezza, a mio avviso, delle conclusioni cui giunge la Corte di giustizia a proposito del campo di applicazione del regolamento n. 1259 del 2010³⁰ (salvo quanto dirò appresso), si può intanto aggiungere, a commento dei passaggi della decisione ora richiamati, qualche precisazione, utile, ritengo, per un migliore inquadramento sistematico della questione in esame.

La Corte, come si è detto, al fine di individuare il campo di applicazione del regolamento n. 1259 del 2010, reputa necessario ricostruire la nozione di “divorzio” a esso sottesa (anche alla luce di quella desumibile dal regolamento n. 2201 del 2003), per poi constatarne l’incompatibilità con le caratteristiche tipiche dei c.d. “divorzi privati”. Più precisamente, l’intervento dell’autorità pubblica statale (giudice o autorità amministrativa) sarebbe richiesto dai regolamenti in esame, secondo la ricostruzione operata dai giudici di Lussemburgo, quale *elemento costitutivo della fattispecie “divorzio”* cui essi attribuiscono rilevanza. A leggere in maniera frettolosa o distratta le conclusioni dell’Avvocato generale, potrebbe addirittura sembrare che si sia voluto contrapporre, in qualche passaggio³¹, una decisione *a carattere costitutivo* dell’autorità pubblica (senz’altro rilevante ai sensi del regolamento) a un intervento *meramente declaratorio* dell’autorità religiosa (per questo motivo escluso dalla portata applicativa di quello)³².

²⁹ Corte di giustizia UE, 20 dicembre 2017, cit., parr. 42-43.

³⁰ Ero pervenuto alle medesime conclusioni a proposito dell’art. 1 del regolamento (CE) n. 1347 del 2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi (in *GUUE* 30 giugno 2000, n. L 160), che sarà poi sostituito dal regolamento n. 2201 del 2003, cit., su cui pure si basa, come si è visto, l’interpretazione della Corte: **A. LICASTRO**, *Il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali*, cit.

³¹ Nella stessa parte finale delle conclusioni, si proponeva di rispondere alla questione pregiudiziale ribadendo che le norme del regolamento devono essere interpretate nel senso che non rientrano nel loro ambito di applicazione “i divorzi pronunciati senza una decisione *con effetto costitutivo* emessa da un’autorità giurisdizionale o da un’altra autorità pubblica, come il divorzio risultante dalla dichiarazione unilaterale di un coniuge *registrata* da un tribunale religioso” (par. 105, miei i corsivi).

³² Forse proprio per non creare l’equivoco di cui al testo, la motivazione della pronunzia



In realtà, a fare ritenere senz'altro esclusi dal campo di applicazione dell'art. 1 del regolamento n. 1259 del 2010 (come da quello dell'art. 1 del regolamento n. 2201 del 2003) i "divorzi privati", pronunziati dai tribunali della sharia, interviene una considerazione di portata ben più radicale di quelle cui si rifà la Corte di giustizia, e logicamente a esse pregiudiziale³³, legata all'elemento della *tipica statualità o interstatalità delle norme di conflitto*.

Almeno nella realtà europea, le norme di diritto internazionale privato e processuale sono, cioè, essenzialmente rivolte a risolvere conflitti tra leggi *statali*, per effetto di una loro intrinseca nota caratteristica, evidentemente presupposta dall'art. 1 dei regolamenti in esame e dalle altre norme in essi incluse. A rigore, non si può, quindi, neppure affermare, secondo quanto invece sostenuto sia dall'Avvocato generale sia dalla Corte di giustizia, che l'art. 1 del regolamento n. 1259 del 2010 non contiene alcun *riferimento testuale* utile a risolvere la questione controversa: al contrario, stabilendo che "[i]l presente regolamento si applica, *in circostanze che comportino un conflitto di leggi*, al divorzio e alla separazione personale", si può essere autorizzati a presumere che esso si rifaccia a una nozione avente un preciso significato tecnico-giuridico, che evidentemente rimanda alle elaborazioni più consolidate e diffuse della scienza del diritto internazionale privato e processuale. Tutti gli altri riferimenti testuali operati dalle norme dei due regolamenti, in termini inequivocabili, a leggi, autorità o decisioni *statali*³⁴, altro non sono che indice della suddetta nota tipica inerente alle norme di conflitto.

della Corte di giustizia non farà alcuna menzione dell'asserito carattere declaratorio del divorzio islamico e farà richiamo al carattere costitutivo del divorzio pronunziato dall'autorità dello Stato solo nel riferire argomentazioni altrui.

³³ Ritiene giustamente che restano "*cependant a priori exclus du domaine du texte les procédures purement religieuses, car l'autorité n'intervient pas dans ce cas au nom de l'État membre participant, sauf à être instituée par lui*", P. HAMMJE, *Le nouveau règlement (UE) n. 1259/2010*, cit., al punto 7, richiamato dallo stesso Avvocato generale, *Conclusioni*, par. 60, nt. 64.

³⁴ Si veda, ad esempio, il riferimento alle "autorità degli Stati membri" (art. 3, regolamento 1259 e art. 2, regolamento 2201), alla "legge [...] di uno Stato membro" (art. 4, regolamento 1259), alla "legge dello Stato" (artt. 5, 7 e 8, regolamento n. 1259) o alla "legge del foro" (art. 5 e 10, regolamento 1259), alla "legge del paese" di residenza (art. 6, par. 2, regolamento 1259), alle "norme giuridiche in vigore in quello Stato" (art. 11, regolamento 1259), alle "autorità giurisdizionali di uno Stato" o "dello Stato" membro (art. 13, regolamento 1259 e artt. 3 e 21, regolamento 2201), alla "decisione [...] emessa dal giudice di uno Stato membro" (art. 2, regolamento 2201), alla competenza del "giudice di uno Stato membro" (art. 7 regolamento 2201), alla "decisione giudiziaria" (art. 2, regolamento 2201), alle "materie civili" (art. 1, regolamento n. 2201), alla "autorità giurisdizionale" o alla "autorità giurisdizionale dello Stato" (artt. 4 e 5, regolamento 2201; vedi anche artt. 6 e 27, regolamento 2201), alle "decisioni pronunciate in uno Stato membro" (art. 21 regolamento 2201).



Ne deriva, che i matrimoni *religiosi*, le sentenze dei *giudici ecclesiastici*, dei *tribunali religiosi* o di qualunque *autorità confessionale*, celebrati o pronunciate *all'interno o all'esterno* dei confini territoriali nazionali, in mancanza di forme specifiche di ricezione o di equiparazione normativa ai corrispondenti atti statali, sono e rimangono forme di estrinsecazione del sentire religioso, escluse, *in linea di principio*, dal campo di applicazione delle norme in esame (come di qualsiasi altra norma di diritto internazionale privato)³⁵.

Semmai, un richiamo diretto, da parte delle norme del regolamento in esame, alle regole di natura religiosa, potrebbe profilarsi in fase di applicazione dell'art. 15, relativo ai "conflitti interpersonali di leggi". Questi ricorrono nel caso di rinvio alla legge degli Stati *con due o più sistemi giuridici*, i quali (o alcuni dei quali) possono basarsi su *fonti di carattere confessionale*.

Ai sensi di questa disposizione - pensata, evidentemente, per far fronte a situazioni o a contesti molto diversi da quelli europei, con cui doversi confrontare per effetto del "carattere universale" del rinvio alla legge straniera (art. 4, regolamento n. 1259 del 2010) - in questi casi (cioè in presenza di due o più sistemi giuridici o complessi di norme applicabili a categorie diverse di persone), ogni riferimento alla legge dello Stato richiamata dalla norma di conflitto deve intendersi fatto al sistema giuridico *determinato dalle norme in vigore* in quello Stato. In presenza, quindi, di leggi personali *a fondamento confessionale*, saranno, di regola, sempre le *norme statali richiamate* a sciogliere il dubbio sulla norma applicabile al conflitto interpersonale e a rendere, quindi, possibile l'applicazione della regola religiosa.

Vero è però che, in mancanza di norme (statali) di questo tipo, volte cioè a risolvere i conflitti interpersonali, l'art. 15 dichiara applicabile "il sistema giuridico o il complesso di norme con cui il coniuge o i coniugi hanno il legame più stretto", per cui il rinvio, ipotizzando ancora una volta l'intervenuto richiamo della legge di uno Stato in cui coesistono leggi personali a fondamento confessionale, in questo caso, parrebbe direttamente operato nei riguardi delle norme religiose. E tuttavia, a mio avviso, anche in queste situazioni, non sarà difficile scorgere una *sostanziale coincidenza tra norma statale e norma confessionale/religiosa* che giustifica la concreta operatività del rinvio.

³⁵ In pratica, va ravvisata una intrinseca diversità nei metodi e nelle forme di soluzione dei conflitti di leggi (e giurisdizioni) (intesi in senso proprio) *tra diritti statali* e quelli riguardanti i conflitti di leggi (e giurisdizioni) (intesi in senso analogo) *tra diritto statale e diritti confessionali*.



La suddetta coincidenza, consentendo in pratica di superare l'impossibilità sostanziale (ontologica, direi) che norme di conflitto rinviino (direttamente) a norme confessionali, spiega pure in quali casi *norme di carattere religioso* in materia matrimoniale possano essere richiamate in forza della disposizione dell'art. 5 del regolamento n. 1259 del 2010.

Questa norma consente alle parti di designare, di comune accordo, la legge applicabile al divorzio o alla separazione, scegliendola tra quelle in essa indicate e aventi stretta connessione con il matrimonio³⁶. Come è stato esattamente osservato, avendo ancora una volta presente proprio la fattispecie del matrimonio islamico, il richiamo in questione sarà possibile "solo se le *regulae iuris* riconducibili a entità confessionali siano riprodotte o richiamate in norme statali"³⁷.

Impostata in questi termini la questione controversa (e non in quelli, forse eccessivamente angusti, della definizione del concetto di "divorzio" recepito dalle norme europee), ci si introduce in un suo ulteriore risvolto, che si può precisare nei seguenti termini: se il tribunale della sharia, pur essendo indiscutibilmente un tribunale religioso, è equiparato *dalla legge dello Stato* in cui siede a un *tribunale statale* e opera, quindi, all'estero, sostanzialmente quale organo appartenente all'organizzazione giudiziaria di uno Stato eventualmente anche privo di propri giudici competenti nelle controversie di carattere familiare, la pronuncia da esso emanata si può ancora considerare un "divorzio privato" escluso dal campo di applicazione dei regolamenti?

La Corte di giustizia non accenna affatto a questa eventualità, nonostante il giudice del rinvio avesse ritenuto, mi pare, sostanzialmente sovrapponibile, nel medesimo tribunale da cui è stata emanata la pronuncia di divorzio, la veste di *organo religioso* con quella, atta a conferirgli una

³⁶ Il testo della disposizione è il seguente: "(Scelta della legge applicabile dalle parti). 1. I coniugi possono designare di comune accordo la legge applicabile al divorzio e alla separazione personale purché si tratti di una delle seguenti leggi: a) la legge dello Stato della residenza abituale dei coniugi al momento della conclusione dell'accordo; o b) la legge dello Stato dell'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora al momento della conclusione dell'accordo; o c) la legge dello Stato di cui uno dei coniugi ha la cittadinanza al momento della conclusione dell'accordo; o d) la legge del foro. / 2. Fatto salvo il paragrafo 3, l'accordo che designa la legge applicabile può essere concluso e modificato in qualsiasi momento, ma al più tardi nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale. / 3. Ove previsto dalla legge del foro, i coniugi possono del pari designare la legge applicabile nel corso del procedimento dinanzi all'autorità giurisdizionale. In tal caso, quest'ultima mette agli atti tale designazione in conformità della legge del foro".

³⁷ I. OTTAVIANO, *Il regolamento (UE) n. 1259/2010*, cit., p. 685; si veda pure ID., *La prima cooperazione rafforzata*, cit., p. 136 s. (e AA. ivi indicati).



qualche connotazione di natura *propriamente statale*, derivante dall'essere esso riconosciuto dalle norme civili in materia di diritto di famiglia³⁸.

Questo profilo della questione è tutt'altro che irrilevante o secondario, ma la Corte di giustizia sembra essersi implicitamente orientata in senso contrario alla possibile attribuzione di una qualche rilevanza alla peculiarità dell'accennata situazione, adottando un atteggiamento di sostanziale chiusura, quasi preconcepita - si potrebbe, forse, aggiungere - verso il provvedimento straniero.

Nella puntualizzazione secondo cui rientrano nel campo di applicazione del regolamento solo i divorzi "pronunciati da un'autorità giurisdizionale statale, da un'autorità pubblica o *con il suo controllo*" (mio, naturalmente, il corsivo)³⁹, sembra proprio potersi cogliere l'intento di volere affermare che *anche le pronunzie dei tribunali religiosi sostanzialmente assimilate nello Stato straniero a quelle dei tribunali statali o automaticamente riconosciute efficaci civilmente in quello Stato* restano escluse dalla sfera di applicazione delle norme europee di conflitto.

4 - Le implicazioni di carattere sistematico della pronunzia in rapporto al principio di incompetenza dell'Unione nella materia ecclesiastica o religiosa

I regolamenti in esame non si applicano ai procedimenti di separazione, di divorzio o (limitatamente al regolamento n. 2201 del 2003) di invalidità del matrimonio, aventi *natura meramente religiosa*. A parte gli argomenti individuati dalla Corte di giustizia e gli altri riassunti nel precedente paragrafo, resta a tal fine eloquente, sebbene non riproposta nel regolamento n. 2201 del 2003, la puntuale precisazione contenuta nel "considerando" n. 9 del regolamento n. 1347 del 2000⁴⁰.

Ma le stesse fonti comunitarie non incidono neppure su quei procedimenti *di natura religiosa suscettibili di rivestire efficacia civile* attraverso

³⁸ Cfr. *Oberlandesgericht* di Monaco di Baviera, decisione del 2 giugno 2015, cit., al punto 12.2: "*Zwar handelt es sich um ein religiöses Gericht; dessen Tätigkeit auf dem Gebiet des Eherechts ist jedoch staatlicherseits anerkannt*".

³⁹ Corte di giustizia UE, 20 dicembre 2017, cit., par. 39.

⁴⁰ "Il campo d'applicazione del presente regolamento è limitato ai procedimenti civili e ai procedimenti non giudiziari previsti in materia matrimoniale in determinati Stati membri, ad esclusione dei procedimenti di natura meramente religiosa". Ricordo, altresì, che il regolamento n. 1259 del 2010 non si sovrappone in alcun modo alle previsioni di quello n. 2201 del 2003 (in quanto ne "fa salva l'applicazione": art. 2, regolamento 1259 cit., dovendo risultare con esso "coerente": *considerando* n. 10 regolamento 1259 cit.).



i quali, in alcuni Stati membri, per effetto di precise disposizioni di carattere concordatario, è consentito vagliare la valida costituzione o la permanente vitalità dello *status* coniugale; anche se, bisogna aggiungere, si tratta di esito che, nella sistematica complessiva adottata dal citato regolamento n. 2201, sembrerebbe conseguire alla *specifica norma di salvaguardia* contenuta nell'art. 63, parr. 1 e 3⁴¹, anziché a quella contenente la *definizione del campo di applicazione* contenuta nell'art. 1⁴².

Non può, del resto, trascurarsi che quel tipo di procedimenti si colloca all'interno di fattispecie del tutto particolari, che devono essere riguardate non solo sotto il profilo dell'interesse (rilevante dal punto di vista dell'ordinamento dell'Unione) alla *libera circolazione delle persone* fra i Paesi membri, ma anche, e ancor prima, sotto quello (rilevante, in massima parte, dal punto di vista dell'ordinamento costituzionale degli Stati membri) della volontà di cooperazione, tra lo Stato e i gruppi confessionali, in funzione della *tutela della libertà di religione* individuale e collettiva. Una considerazione di quei procedimenti unicamente sotto il profilo dell'oggetto e degli scopi degli atti normativi comunitari in esame si giustifica solo con riguardo al loro atto conclusivo, cioè alla *sentenza statale deliberativa* delle decisioni ecclesiastiche, da assimilare senz'altro a una qualsiasi altra sentenza statale emanata nella "materia civile" relativa all'annullamento del matrimonio⁴³.

Restano pure escluse da qualsiasi influenza, diretta o indiretta, tutte le eventuali forme di riconoscimento agli effetti civili dei *divorzi religiosi pronunciati in Stati terzi* dipendenti dall'operare delle *comuni norme di conflitto* proprie dei diversi Paesi membri. Si è visto che lo stesso ordinamento tedesco, solo per effetto di una scelta espressione dei propri poteri sovrani si è determinato a estendere la portata applicativa del regolamento n. 1259 del 2010 oltre il suo specifico campo di applicazione; ma né i vincoli derivanti dai regolamenti comunitari, né la pronuncia della Corte di giustizia possono in qualche modo pregiudicare la facoltà della

⁴¹ A rigore, non si giustificerebbe, altrimenti, una norma in cui si prevede che "[i]l presente regolamento fa salv[i]" i concordati in cui è prevista una particolare procedura di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale.

⁴² "Il presente regolamento si applica, indipendentemente dal tipo di autorità giurisdizionale, alle materie civili relative: a) al divorzio, alla separazione personale e all'annullamento del matrimonio; [...]".

⁴³ Ritengo, quindi, che del tutto coerentemente il regolamento n. 2201 del 2003 abbia potuto dettare la norma enunciata nell'art. 63, parr. 2 e 3, per effetto della quale si sono estesi a ogni decisione "relativa all'invalidità di un matrimonio disciplinata" dai concordati in essi elencati, le regole sul riconoscimento delle sentenze dettate dal "capo III, sezione 1, del [...] regolamento".



Germania di ripristinare o introdurre, in piena autonomia, norme di conflitto che consentano il riconoscimento di “divorzi privati” pronunciati in Stati terzi e ivi sostanzialmente equiparati a sentenze statali⁴⁴. A maggior ragione, la stessa conclusione vale per gli Stati membri che ammettano il riconoscimento di quel tipo di provvedimenti, senza operare alcun rinvio alle fonti comunitarie.

Ancor meno i regolamenti in esame (e la decisione della Corte) potrebbero condizionare eventuali scelte dei Paesi membri dell’Unione di allestire particolari meccanismi di riconoscimento civile di decisioni in materia matrimoniale, del tipo di quelle sottoposte all’esame dei giudici di Lussemburgo, *pronunziate all’interno dei rispettivi confini nazionali*. È da escludere, anzi, che, in tal caso, l’Unione possa vantare una qualche competenza in materia, dovendo piuttosto ritenersi che siano i principi fondamentali riguardanti i rapporti tra gli Stati membri e le confessioni religiose a guidare, di volta in volta, in questo ambito, le scelte dei legislatori e dei governi.

In futuro, sempre più spesso ci si dovrà confrontare, in Europa, proprio con queste situazioni, di fronte all’incremento della quota di cittadini europei di religione islamica, nei cui confronti non potrà continuare a farsi applicazione degli strumenti di garanzia delle “identità religiose diverse” assicurate allo “straniero” dalle norme di diritto

⁴⁴ Questa impostazione mi pare corrisponda a quella seguita dallo stesso Avvocato generale, il quale sembra ricavarne argomento per mettere in dubbio, almeno in via ipotetica, la stessa rilevanza della questione pregiudiziale sottoposta alla Corte di giustizia.

Si osserva, infatti, che è lecito interrogarsi sulla rilevanza della questione pregiudiziale, dal momento che le disposizioni del regolamento n. 1259 del 2010 sono applicabili alla controversia solo per effetto del rinvio diretto a tale regolamento effettuato dal diritto tedesco al fine di determinare la legge applicabile nei procedimenti giudiziari sul riconoscimento di divorzi privati pronunciati all’estero.

Si potrebbe pertanto ritenere, sempre secondo l’Avvocato generale, “che la presa di posizione richiesta alla Corte sull’ambito di applicazione di detto regolamento non sia necessaria per risolvere tale controversia, dal momento che il diritto tedesco impone che siffatti procedimenti siano, in ogni caso, disciplinati da tale regolamento” (*Conclusioni*, par. 53). Inoltre, “qualora la Corte dovesse rispondere negativamente, come intendo suggerire, le autorità tedesche si troveranno, in concreto, a dover adeguare nella misura necessaria le norme di diritto nazionale, come ammesso dal governo tedesco in udienza” (*ivi*, par. 54).

Mi pare ovvio che questo “adeguamento”, di cui parla l’Avvocato generale, non imponga di recepire le norme del regolamento come interpretate dalla Corte, ma, al contrario, implichi l’eliminazione del rinvio alla fonte comunitaria nel caso in cui l’ordinamento tedesco intenda mantenere la disponibilità ad accogliere al proprio interno quel tipo di provvedimenti emanati dalle autorità religiose.



internazionale privato. L'esperienza degli ultimi anni della Gran Bretagna può considerarsi assolutamente paradigmatica al riguardo.

Torna, dunque, faticosamente, a riacquisire una certa consistenza l'ambito rimesso dagli ordinamenti di alcuni Paesi membri alla disciplina della tradizionale "materia ecclesiastica" o "religiosa". È risaputo che questa ha incerta composizione, tipica declinazione "trasversale" e confini oggettivi labili e in parte indefiniti. Tuttavia, per come emerge dall'assetto costituzionale del sistema delle fonti del diritto ecclesiastico di quei Paesi, essa non può restare assorbita in un onnicomprensivo concetto di "cooperazione giudiziaria in materia civile". Se, come da tempo sottolineato da attenta dottrina, le competenze dell'Unione rientranti in quest'ultima materia possono senz'altro risultare "di interesse religioso"⁴⁵, ciò può comportare una qualche sovrapposizione o indiretta incidenza del sistema eurounitario sugli assetti interni del diritto ecclesiastico, ma non il superamento o la cancellazione di ambiti di competenza tipicamente statali e che la stessa Unione, del resto, si è impegnata a rispettare (art. 17, par. 1, TFUE).

Pare indubbio che, sebbene la Corte di giustizia si limiti a fornire l'interpretazione del regolamento comunitario ritenuta maggiormente coerente alla "lettera", al "contesto" e all'„obiettivo perseguito" dalla fonte, senza affrontare in alcun modo le questioni appena accennate, si porrebbe chiaramente un *problema di demarcazione delle competenze* dell'Unione, rispetto a quelle proprie degli Stati membri, qualora al settore della "cooperazione giudiziaria in materia civile" venisse attribuita portata talmente ampia, assorbente e inclusiva, da abbracciare fattispecie *d'interesse religioso prive di qualunque elemento avente carattere transnazionale*.

E può, a mio avviso, sotto l'aspetto ora in esame, apprezzarsi positivamente il fatto che, pur di fronte a una fattispecie caratterizzata dalla presenza del suddetto elemento, la Corte abbia adottato un atteggiamento molto prudente (senz'altro rispettoso delle prerogative esercitate dagli Stati membri su ambiti materiali quanto meno contigui a quelli rientranti nell'oggetto tipico dei diritti ecclesiastici nazionali), ritenendo, come si è visto, estranei alla materia regolata dai regolamenti i divorzi pronunciati dalle autorità religiose (senza successivo controllo da parte delle autorità statali straniere) all'estero (e, a maggior ragione, si può aggiungere, entro i confini nazionali dei Paesi membri).

⁴⁵ M. VENTURA, *Diritto e religione in Europa*, cit., p. 590.



5 - I dubbi sostanziali circa la riconoscibilità in Europa del ripudio islamico

La questione pregiudiziale sottoposta alla Corte di giustizia, sia pure subordinatamente all'ipotesi che si fosse riconosciuta l'applicabilità del regolamento n. 1259 del 2010 ai c.d. "divorzi privati" e, in particolare, ai divorzi pronunciati dai tribunali islamici a seguito di dichiarazione unilaterale di ripudio del marito, verteva anche sul nodo cruciale che essi pongono in rapporto al principio fondamentale di non discriminazione dei coniugi in ragione del sesso di ciascuno⁴⁶. È questo uno dei profili controversi, insieme con quello riguardante il dubbio del mancato rispetto del principio del contraddittorio, che più spesso vengono sollevati anche davanti alle giurisdizioni nazionali⁴⁷.

⁴⁶ Come è stato osservato, la "disuguaglianza giuridica tra i coniugi all'interno del matrimonio islamico si manifesta in tutta la sua portata proprio nel momento dello scioglimento del legame": **M. BLASI, G. SARNARI**, *I matrimoni e le convivenze "internazionali"*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 344.

⁴⁷ Premesso che ogni decisione giurisprudenziale in materia deve essere valutata alla luce della estrema varietà delle forme e delle particolari discipline che assume il ripudio nei diversi ordinamenti (rimarca opportunamente questo aspetto, **P. VIRGADAMO**, *Ripudio islamico e contrarietà all'ordine pubblico tra unitarietà del limite e corretta individuazione dei principi*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 2, p. 354), una panoramica dei principali indirizzi seguiti in Francia, Spagna, Belgio, Svizzera e Germania si può leggere in **A. MADERA**, *Lo scioglimento del matrimonio religiosamente caratterizzato fra tecniche di accomodamento e giurisdizione statale esclusiva*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 23 ss., nt. 9 (cui si rinvia anche per altre indicazioni). Sul punto, nella giurisprudenza italiana più recente, vedi App. Roma, 12 dicembre 2016, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 2, p. 347 ss., con nota di **P. VIRGADAMO**, *Ripudio islamico*, cit., p. 353 ss., che ha ritenuto non riconoscibile la sentenza del Tribunale sciaraitico palestinese di scioglimento per ripudio del matrimonio contratto da due cittadini giordani, per contrasto con l'inderogabile principio di ordine pubblico consistente nella necessità che il divorzio consegua all'accertamento del venir meno della comunione di vita tra i coniugi, da condurre nel rigoroso rispetto dei diritti essenziali della difesa e quindi delle regole del contraddittorio, non superabili dalla circostanza che la donna abbia prelevato dal conto corrente comune l'importo spettante a titolo di restituzione della dote; App. Venezia, 9 aprile 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, n. 11, p. 1209 ss., con nota di **O. VANIN**, *Ripudio islamico*, cit., secondo cui la sentenza straniera (nel caso di specie pronunciata in Marocco) che, in osservanza della *shari'a*, dichiara sciolto il matrimonio per ripudio non può essere riconosciuta in Italia qualora intervenga all'esito di un procedimento che non garantisce alla moglie un diritto di difesa effettivo, non potendo ritenersi a tal fine sufficiente "la mera possibilità di partecipare al giudizio e di consentire alla richiesta, ovvero la garanzia che in caso di assenza la richiesta stessa verrà comunicata" alla parte. In senso contrario, App. Cagliari, 16 maggio 2008, n. 198, in *Immigrazione.it*, con nota di **A. BARBU**, *Compatibilità del ripudio-divorzio islamico e ordine pubblico italiano*, che, pronunciandosi sul riconoscimento di un divorzio islamico emanato "dalla competente autorità a seguito della procedura



L'Alta Corte regionale di Monaco aveva chiesto ai giudici di Lussemburgo di chiarire se la norma contenuta nell'art. 10 del più volte citato regolamento potesse costituire un ostacolo al riconoscimento del divorzio islamico.

Questa disposizione, stabilendo che si applichi (in via suppletiva)⁴⁸ la legge del foro qualora la legge (straniera) richiamata (ai sensi dell'art. 5 o dell'art. 8) non preveda affatto il divorzio o "non conceda a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio o alla separazione personale", sembrerebbe, in effetti, sbarrare la strada a qualsiasi forma di ricezione della disciplina del divorzio islamico, sicuramente sbilanciata a favore del marito.

Del resto, c'è il dubbio, fondato, che la seconda parte della disposizione in questione sia stata pensata proprio avendo presente la disciplina del divorzio "differenziata sulla base del sesso, contemplata in numerosi ordinamenti di ispirazione religiosa", che, rendendo in concreto inaccessibile l'istituto alle donne, viene appunto parificata all'inesistenza di qualsiasi previsione legislativa sul divorzio⁴⁹. Come si è già accennato, però, anche dalla prospettiva da ultimo segnalata, la norma non può costituire un argomento decisivo per sostenere che il legislatore dell'Unione abbia inteso ricomprendere nel campo di applicazione del regolamento i divorzi disciplinati dal diritto confessionale e pronunziati dai tribunali religiosi, dal momento che nulla autorizza a ritenere inesistenti leggi straniere

ufficialmente riconosciuta dallo Stato egiziano" e disciplinata dalla legge di questo Stato - oggetto, come si è osservato, di un "approccio astratto" da parte del giudice (O. VANIN, *Ripudio islamico*, cit., p. 1035) - non ha ravvisato la ricorrenza di ragioni ostative, sia perché risulterebbe salvaguardata la possibilità di intervento della moglie, sia perché risultava verificata la irreversibile dissoluzione del vincolo, sia perché, infine, "nel diritto civile egiziano la moglie ha un uguale diritto (unilaterale) di sciogliersi dal vincolo matrimoniale anche in mancanza del consenso del marito". Si vedano pure, oltre alle referenze contenute negli scritti citati, quelle offerte da G. NENCINI, *L'ordine pubblico e le sentenze straniere di divorzio nella legge 218/95*, in *Stato civ.*, n. 4, 2009, p. 248 ss.; A. SINAGRA, *Ripudio-divorzio islamico ed ordine pubblico*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 163 ss.; A. GALOPPINI, *Il ripudio e la sua rilevanza nell'ordinamento italiano*, *ivi*, n. 3, 2005, p. 969 ss.; M. d'ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, *ivi*, n. 1, 2004, p. 189 ss.

⁴⁸ I. OTTAVIANO, *La prima cooperazione rafforzata*, cit., p. 140, che parla di «ruolo "suppletivo"» così assunto dalla *lex fori*.

⁴⁹ I. OTTAVIANO, *La prima cooperazione rafforzata*, cit., p. 141, che, peraltro, esprime dubbi sull'opportunità dell'equiparazione, potendosi ritenere sufficiente a bloccare l'ingresso di leggi discriminatorie la classica garanzia derivante dalla clausola del rispetto dell'ordine pubblico, considerato che tutti i Paesi dell'Unione prevedono il principio fondamentale di parità fra i sessi (*ivi*, p. 140-142).



discriminatorie in materia di divorzio *di diretta provenienza statale*, rispetto alle quali essa conserverebbe un proprio spazio di concreta operatività.

Collocandosi dalla prospettiva praticamente rovesciata rispetto a quella appena enunciata, il giudice del rinvio, una volta ammessa l'applicabilità del regolamento ai divorzi islamici, si trova proprio di fronte all'ostacolo rappresentato dalla disposizione richiamata. Ed egli sottopone alla Corte la questione se quello stesso ostacolo possa superarsi qualora, nonostante la legge (astrattamente richiamata) riservi un trattamento differente ai coniugi in ragione del sesso di ciascuno, risulti che *nel singolo caso considerato* (cioè in concreto) essa *non sia stata applicata in modo discriminatorio*⁵⁰.

Nel qual caso bisognerebbe pure stabilire se sia sufficiente a escludere il carattere *effettivamente* discriminatorio dello scioglimento del matrimonio, *l'adesione della donna* al divorzio (risultante in modo implicito, ad esempio, dall'intervenuta accettazione delle prestazioni di carattere

⁵⁰ Si veda il punto 2) della questione pregiudiziale, che è così formulato: "In caso di risposta affermativa alla prima questione: qualora trovi applicazione il regolamento [n. 1259 del 2010], se [nell'ambito dell'esame in forza] del suo articolo 10, nei casi di divorzio privato, a) occorra fondarsi in astratto su un confronto dal quale risulti che la legge applicabile a norma dell'articolo 8 riconosce il diritto di accedere al divorzio anche all'altro coniuge, ma lo subordina - in ragione del sesso di tale coniuge - a condizioni procedurali e sostanziali diverse da quelle vevoli per l'accesso al divorzio del primo coniuge, oppure b) se l'applicabilità della disposizione sia subordinata alla condizione che l'applicazione della legge straniera astrattamente discriminatoria sia anche nel singolo caso - in concreto - discriminatoria".

Risulta dalle *Conclusioni* dell'Avvocato generale (par. 72) che il governo tedesco si è dichiarato favorevole all'interpretazione della norma che porta a escludere il rinvio alla legge straniera solo in presenza di un concreto trattamento discriminatorio ai danni di uno dei coniugi. In senso contrario, si sarebbero espressi invece i governi francese, ungherese e portoghese, nonché la Commissione (*ivi*, par. 73).

La tesi più sensibile al recepimento del valore straniero è presente anche nella dottrina italiana: cfr. **C. CAMPIGLIO**, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, n. 4, 2011, p. 1057 s., secondo cui "di fronte a un provvedimento emanato all'estero, la tollerabilità va riferita al momento in cui il giudice è chiamato alla sua verifica, e non al momento in cui la norma straniera è stata applicata all'estero. Cosicché, se la norma è discriminatoria, occorre superare il formalismo del principio di uguaglianza [...], per focalizzarsi piuttosto sulla sostanza, sugli effetti concreti del provvedimento straniero. In caso contrario, l'individuo già penalizzato dalla norma estera potrebbe in concreto essere ulteriormente svantaggiato".

Riguardo agli orientamenti più restrittivi seguiti dalla giurisprudenza francese e belga, **A. MADERA**, *Lo scioglimento del matrimonio religiosamente caratterizzato*, cit., p. 59, osserva che essi segnerebbero "il passaggio da una valutazione più flessibile degli interessi di ordine pubblico ad un maggiore rigore della loro definizione, mediante uno scrutinio rigoroso della norma straniera piuttosto che del risultato della sua applicazione".



patrimoniale che il marito si è impegnato ad assicurare, esattamente per come si erano svolti i fatti di causa, già in precedenza riassunti)⁵¹. E anche questo quesito veniva, quindi, proposto ai giudici di Lussemburgo, subordinatamente, com'è ovvio, alla affermativa soluzione dei precedenti.

La risposta da dare al primo quesito (se, cioè, sia sufficiente una legge *astrattamente* discriminatoria a impedire il rinvio a essa da parte delle norme in esame di conflitto) parrebbe, in verità, obbligata alla luce del tenore testuale del regolamento. È vero che il "considerando" n. 24, nella versione in lingua tedesca⁵² e in lingua danese⁵³, contiene un *incipit* ("[i]n certe situazioni nelle quali la legge applicabile [...]") che sembrerebbe alludere proprio alla necessità di una verifica sul contesto e sulle circostanze di fatto concretamente rilevanti; una eventualità del genere risulta, però, smentita sia dal testo dell'art. 10 ("[q]ualora la legge applicabile [...] non preveda il divorzio o non conceda a uno dei coniugi [...] pari condizioni di accesso [...]"), sia dalle altre versioni linguistiche del medesimo "considerando"⁵⁴.

A fondare il dubbio sollevato dal giudice del rinvio parrebbero però intervenire altri fattori, che si inscrivono nelle comuni ricostruzioni delle tecniche di richiamo del diritto straniero operato dalle norme di diritto internazionale privato e dei limiti da queste previsti all'ingresso della legge straniera.

A quest'ultimo riguardo, è noto che è chiamato a giocare un ruolo fondamentale il concetto di "ordine pubblico". Per rimanere nell'ambito del regolamento in esame, l'art. 12 stabilisce che "[l']applicazione di una norma della legge designata in virtù del presente regolamento può essere esclusa *solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro*" (mio il corsivo): in tal modo, il legislatore sembrerebbe proprio volere ribadire che la verifica di compatibilità tra legge straniera e ordine pubblico non va condotta in astratto, ma va fatta *alla luce degli effetti concreti che l'applicazione della legge straniera produrrebbe all'interno del sistema giuridico del foro*⁵⁵.

⁵¹ Si veda il punto 3) della questione pregiudiziale, che è così formulato: "In caso di risposta affermativa alla seconda alternativa della seconda questione [, b]: se il consenso al divorzio prestato dal coniuge discriminato - anche mediante la sua accettazione di prestazioni compensative - costituisca già un motivo per disapplicare la disposizione sopra citata".

⁵² "In bestimmten Situationen, in denen das anzuwendende Recht [...]".

⁵³ "I visse situationer, hvor den valgte lov [...]".

⁵⁴ Cfr., ad esempio, la versione italiana: "In certe situazioni, quali quelle in cui la legge applicabile non prevede il divorzio o non concede a uno dei coniugi [...] pari condizioni di accesso [...]".

⁵⁵ Qualcosa del genere, *mutatis mutandis*, si può riscontrare nella stessa disciplina



A questo punto, si prospetta una duplice possibilità: se l'art. 10 regolamento n. 1259 del 2010 è da intendere come *specificazione* del più generale principio di cui all'art. 12 del medesimo regolamento, potrebbe ritenersi giustificato l'approccio interpretativo contestualizzato alle circostanze della situazione concreta, di cui si è detto; se, invece, si ritiene che il medesimo articolo abbia introdotto *una deroga* a quel principio, secondo la tesi accolta dall'Avvocato generale⁵⁶, si rafforza l'ipotesi esattamente contraria, volta pregiudizialmente e in astratto a escludere ogni possibile rinvio alla legge straniera discriminatoria.

Complica ulteriormente il quadro fin qui tracciato, l'anomala applicazione (conseguente allo specifico assetto dell'ordinamento tedesco) del regolamento dettato per risolvere i conflitti *di leggi* alla (diversa) materia del riconoscimento *delle sentenze straniere*.

È chiaro che la sentenza presuppone l'avvenuta conclusione di un processo e, quindi, l'(intervenuta) *applicazione* di una legge *a una concreta situazione di fatto*. In ragione del sopra richiamato assetto, tutto peculiare dell'ordinamento tedesco, non si potrà porre una questione di diretto

italiana riguardante il riconoscimento delle sentenze straniere. L'art. 64, lett. g), della legge n. 218 del 1995 stabilisce che "[l]a sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: [...] le sue disposizioni *non producono effetti* contrari all'ordine pubblico" (mio naturalmente il corsivo). In tal modo, sembrerebbe essersi voluto sottolineare che al fine di riscontrare un eventuale contrasto con l'ordine pubblico non bisogna guardare alla regola in base alla quale la sentenza straniera è stata pronunciata, quanto, invece, alle *conseguenze concrete* che possono derivarne nell'ordinamento interno. Si è così giunti a sostenere - a mio parere con eccessiva semplificazione - la mancanza di contrasto tra ripudio e ordine pubblico, una volta verificato "che gli effetti del divorzio islamico sono quelli che lo stesso ordinamento italiano riconduce alla pronuncia di divorzio, e, cioè, lo scioglimento del matrimonio, la libertà di *status* degli ex coniugi, il soddisfacimento dell'obbligo di solidarietà coniugale attraverso la corresponsione a favore della parte più debole di un assegno di mantenimento": **A. BARBU**, *Brevi note in materia di riconoscimento del ripudio-divorzio islamico*, cit., p. 317.

⁵⁶ Cfr. *Conclusioni*, par. 82: "Un raffronto tanto del testo quanto della ratio di tali disposizioni dimostra che l'articolo 10 non può essere visto come una semplice variante della riserva di ordine pubblico enunciata all'articolo 12 di detto regolamento, anche se tali disposizioni sono complementari. Infatti, l'articolo 10 è formulato in termini più ampi, dal momento che consente di respingere la legge straniera in toto, e non solo di ostacolare "una disposizione" isolata reputata incompatibile con l'ordine pubblico del foro, come previsto dall'articolo 12. Inoltre, diversamente dall'articolo 12, il quale lascia ai giudici nazionali la libertà di valutare in maniera discrezionale l'esistenza di una violazione dell'ordine pubblico, l'articolo 10 non contiene un siffatto margine discrezionale, ma tende ad essere applicato in modo pressoché automatico, non appena il giudice adito constati che i requisiti da esso enunciati sono effettivamente soddisfatti".



ingresso nel sistema giuridico del foro della regola astratta contenuta nella legge richiamata dalle norme di conflitto del regolamento in esame, in quanto ci si dovrà sempre confrontare con la concretizzazione a essa data dal giudice (o dall'autorità) che ha pronunciato la sentenza straniera da riconoscere.

Anche questo elemento è, però, considerato influente nelle Conclusioni dell'Avvocato generale, e ad assumere esclusivo rilievo è la pregnanza assiologica della garanzia di paritario accesso al divorzio fra uomini e donne, considerata come un diritto talmente fondamentale da non potere essere sottoposto ad alcuna restrizione, neppure se risultante dalle circostanze concrete⁵⁷. Sembrerebbe questa del resto una conseguenza di una più generale evoluzione dell'istituto del divorzio, che si è andato trasformando dalla configurazione originaria di forma di soluzione estrema di una crisi matrimoniale (c.d. "divorzio-rimedio"), "a libertà irriducibilmente tutelata in quanto attinente alla sfera più intima dell'individuo", del quale concorre così a definire l'„identità" e la "personalità"⁵⁸.

Sull'ultima questione sottoposta alla Corte (se, cioè, come si è già accennato, sia sufficiente l'adesione al ripudio unilaterale da parte della moglie - nel caso in esame, secondo il giudice del rinvio, desumibile per implicito dall'accettazione delle prestazioni economiche compensative offerte dal marito - a superare gli effetti di carattere potenzialmente discriminatorio suscettibili di prodursi ai danni di uno dei coniugi per effetto dell'applicazione della normativa richiamata)⁵⁹, la tesi negativa espressa dall'Avvocato generale si fonda su due principali argomenti.

Anzitutto, viene negata ogni equivalenza sostanziale tra accettazione *del divorzio* e accettazione *delle prestazioni* di carattere compensativo a esso conseguenti: la seconda non autorizzerebbe, cioè, a desumere implicitamente l'esistenza della prima, in quanto, nell'un caso, verrebbe in gioco "l'accettazione [...] delle conseguenze di un procedimento di divorzio", mentre, nell'altro, "l'accettazione [...] del principio del divorzio"⁶⁰.

⁵⁷ Conclusioni, par. 84.

⁵⁸ A. MADERA, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., p. 6. Sulle differenze tra "divorzio-rimedio", "divorzio-sanzione" e "divorzio consensuale", cfr. M. DOSSETTI, *Lo scioglimento del matrimonio per pronuncia di divorzio*, in G. Bonilini, F. Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 2010, p. 57.

⁵⁹ Naturalmente, questo profilo della questione sottoposta alla Corte di giustizia presupponeva che fosse stata data risposta affermativa agli altri due, sopra esaminati, aventi carattere logicamente pregiudiziale.

⁶⁰ Conclusioni, cit., par. 95.



In secondo luogo, si ritiene che la garanzia in esame, collegata ai principi del diritto dell'Unione sul divieto di discriminazione in base al sesso, debba intendersi come sottratta alla libera disponibilità delle parti in funzione di una più efficace protezione del coniuge più debole, talvolta ignaro delle tutele offerte dall'ordinamento del foro ed esposto a sempre possibili costrizioni⁶¹. Confermerebbe la validità di tali conclusioni, l'operatività del divieto di cui all'art. 10 del regolamento n. 1259 del 2010 anche quando la legge applicabile sia quella *liberamente eletta* dalle parti ai sensi dell'art. 5 del medesimo regolamento⁶².

Per tutte queste ragioni, secondo l'Avvocato generale, la circostanza che il coniuge "discriminato" (in quanto potenzialmente leso dalla applicazione di una legge che non conceda eguali condizioni di accesso al divorzio) abbia eventualmente acconsentito al ripudio non potrebbe in alcun modo incidere sull'applicabilità del divieto previsto dall'art. 10 regolamento n. 1259 del 2010.

A mio parere, le preoccupazioni di cui si fa carico l'Avvocato generale sono senz'altro fondate e anche la lettura sistematica della disposizione, in connessione con quanto stabilito dall'art. 5 del regolamento, appare convincente: se l'applicazione della legge del foro, in presenza di una normativa avente carattere discriminatorio, è necessaria anche nel caso di scelta concorde delle parti, sembra inevitabile concludere che entri in gioco una materia sottratta alla loro libera disponibilità.

Sembra, però, pure innegabile che le due situazioni considerate non sono pienamente sovrapponibili.

Mentre apparirebbe come del tutto irragionevole il consenso che venisse dato *preventivamente* e con piena consapevolezza da un coniuge all'applicazione di una legge per lui sfavorevole⁶³, potrebbe essere meno improbabile che il coniuge accetti liberamente *ex post* gli effetti derivanti dall'applicazione di quella legge: è vero che l'accettazione *delle conseguenze* del divorzio è cosa ben diversa dall'accettazione del principio *della disparità di accesso all'istituto e dello stesso divorzio*⁶⁴, e tuttavia, *se la donna è pienamente*

⁶¹ *Conclusioni*, cit., par. 102 e nt. 117.

⁶² *Conclusioni*, cit., par. 103.

⁶³ Lo stesso regolamento n. 1259 del 2010 si fa carico del problema della ragionevolezza della scelta operata dai coniugi, prevedendo che "un coniuge, al fine di dimostrare che non ha dato il suo consenso, può riferirsi alla legge del paese in cui ha la residenza abituale nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale, se dalle circostanze risulta che non sarebbe ragionevole stabilire l'effetto del suo comportamento secondo la legge" eletta d'accordo con l'altro coniuge (art. 6, par. 2).

⁶⁴ Secondo la ricostruzione che talvolta ne fa la giurisprudenza (vedi App. Cagliari, 16 maggio 2008, n. 198, cit., punto 2.7), in alcuni ordinamenti ispirati alla legge religiosa



consapevole dei suoi diritti (garantiti dalla legge del foro), al netto, ovviamente, di forme di costrizione sempre inammissibili e salvo i margini per far valere eventuali ripensamenti, è difficile negare che la prima implichi la volontà della donna di prestare adesione (se non alla scelta del marito di porre fine al legame matrimoniale) al procedimento di scioglimento del matrimonio regolato dalla legge religiosa (unilateralmente avviato dall'altro coniuge). Così come è difficile negare, nonostante la palese situazione di ineguaglianza tra i coniugi derivante dall'applicazione della regola religiosa islamica, che l'accettazione del ripudio finisca col privare l'istituto del suo carattere unilaterale e discriminatorio, trasformandolo in una sorta di divorzio consensuale⁶⁵.

Andrebbe, però, verificato se l'accento posto dall'Avvocato generale sul carattere imperativo della norma, la cui applicazione resterebbe, come si è visto, sottratta alla disponibilità delle parti, anche per assicurare una più efficace tutela al coniuge più debole, sia in linea con gli sviluppi più recenti delle legislazioni europee in materia di divorzio e di separazione personale, tendenzialmente orientate verso una crescente "privatizzazione", o "deistituzionalizzazione" delle scelte riguardanti le sorti del rapporto matrimoniale, almeno nelle situazioni in cui manchino figli non autosufficienti.

6 - Conclusioni

La decisione della Corte di giustizia e gli argomenti addotti dall'Avvocato generale contro la riconoscibilità del ripudio islamico riflettono gli orientamenti tuttora maggioritari della giurisprudenza di molti Stati membri dell'Unione e paiono in linea con le riflessioni poste a base degli indirizzi più consolidati della dottrina.

islamica, è proprio la *manca*za del consenso della moglie al divorzio a riservarle il diritto a una sorta di indennità di consolazione, che tiene conto della situazione finanziaria del marito, delle circostanze del divorzio e della durata del matrimonio (cfr. pure **A. BARBU**, *Compatibilità del ripudio-divorzio islamico*, cit., p. 312). Ricorda che nel diritto islamico (come nel diritto ebraico) gli strumenti economici in parola mirano proprio a compensare l'„intrinseca disparità della libertà matrimoniale in uscita dei coniugi", **A. MADERA**, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., p. 16.

⁶⁵ Cfr. **C. CAMPIGLIO**, *Identità culturale*, cit., p. 1061, la quale, invitando a "concentrare l'attenzione non già sull'atto di ripudio in sé bensì sulle sue conseguenze concrete", sottolinea che, in questi casi, "l'impatto concreto della violazione del principio di uguaglianza è ridotto".



Sebbene, cioè, sia cresciuto, negli ultimi tempi, in molti paesi, il *favor* verso forme di scioglimento del matrimonio affidate, in buona sostanza (per quanto non nella forma), all'*autonomia delle parti*, con la valorizzazione dell'apporto *negoziale* dei coniugi anche nella fase risolutiva del vincolo - in alcuni casi coincidente, nella pratica concreta, con una libera manifestazione personale di *mutuo consenso* alla cessazione del legame matrimoniale - tuttavia non si è avuto l'abbandono della «gestione, in regime "monopolistico"»⁶⁶, di quella fase, ancora rimessa al necessario intervento di una *autorità statale* capace di marcare la permanente *rilevanza pubblicistica* dell'istituto. In questo senso, il "divorzio privato", in quanto prescinde, per definizione, da qualsiasi forma di intervento di una pubblica autorità, resta estraneo alla realtà dei Paesi dell'Unione europea.

Sicuramente non incide (o non dovrebbe in alcun modo incidere) sulla configurazione più tradizionale del divorzio l'introduzione di procedure giudiziarie più agili e snelle del passato: un conto è, infatti, semplificare l'*iter* destinato pur sempre a sfociare in una forma di *controllo giudiziale* dell'esistenza di *determinati e specifici presupposti* di carattere sostanziale cui è subordinato dalla legge lo scioglimento di un vincolo tendenzialmente definitivo (contratto, cioè, con l'intento di farlo durare per sempre), altra cosa è intervenire su questi ultimi, elidendone (in tutto o in parte) il peso o la rilevanza.

Molto più significativi, quanto alle possibili ricadute sistematiche sull'istituto, sono, invece, i casi in cui, stando al tenore delle legislazioni nazionali di diversi Paesi dell'Unione europea, lo scioglimento del matrimonio non dipende da una procedura di carattere giudiziale, ma da una qualche forma di *intervento dell'autorità amministrativa* (di regola, l'Ufficiale dello Stato civile). Questo tipo di evoluzione sembra implicare che le regole del contraddittorio e del "giusto processo" non possano più (o, almeno, non sempre) considerarsi altrettanti principi di ordine pubblico⁶⁷ capaci (comunque) di impedire l'ingresso di provvedimenti

⁶⁶ A. MADERA, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., p. 10 s.

⁶⁷ Cfr. C. CAMPIGLIO, *Identità culturale*, cit., p. 1062, che, nel contesto delle riflessioni sulla compatibilità del ripudio estero con i principi dell'equo processo, invita a "prendere atto della recente tendenza degli ordinamenti giuridici a introdurre forme di soluzione stragiudiziale delle controversie matrimoniali". Per il contrario, consolidato, orientamento della giurisprudenza, cfr., per tutte, Cass. civ., Sez. I, 28 maggio 2004, n. 10378, secondo cui costituisce "profilo di ordine pubblico solo la necessità che lo scioglimento del matrimonio venga pronunciato [...] all'esito di un rigoroso accertamento - condotto nel rispetto dei diritti di difesa delle parti, e sulla base di prove non evidenzianti dolo o collusione delle parti - dell'irrimediabile disfacimento della comunione familiare il quale costituisce l'unico



stranieri di divorzio emanati da autorità religiose (fermo restando, ovviamente, che tali principi continueranno integralmente a condizionare il riconoscimento di decisioni straniere di scioglimento delle unioni coniugali nei casi in cui queste debbano rimanere affidate allo strumento processuale/contenzioso).

Ma vi è di più. Il modello burocratico/amministrativo di divorzio sembra privare l'istituto del solido ancoraggio alla sfera degli interessi personali *indisponibili* che era assicurato dall'intervento del giudice, proiettandolo in una dimensione *negoziale* inedita, almeno per alcuni ordinamenti.

A questi sviluppi non è rimasto estraneo il nostro stesso diritto di famiglia, in particolare a seguito dell'introduzione dello strumento previsto dall'art. 12 del decreto-legge 12 settembre 2014 n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, la cui fisionomia appare atta a segnare in materia, come è stato non a torto sottolineato, un "passaggio epocale, anche sul piano dei principi", con possibili ripercussioni «sulla fisionomia dell'intero sistema della "crisi coniugale"»⁶⁸.

La disposizione citata ha previsto, nel quadro della disciplina di una serie di misure di "degiurisdizionalizzazione", la figura degli *accordi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ricevuti dall'ufficiale dello stato civile* a seguito di richiesta congiunta da parte dei coniugi. È, infatti, stabilito che i coniugi

inderogabile presupposto delle varie ipotesi di divorzio previste dall'art. 3 della legge n. 898/70".

⁶⁸ Così **M.N. BUGETTI**, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corr. giur.*, n. 4, 2015, p. 516 e p. 525. Secondo **F. DANOVI**, *Il d.l. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, n. 10, 2014, p. 950, rispetto alle norme sul c.d. "divorzio breve", "le norme introdotte con il d.l. n. 132/2014 hanno un contenuto [...] per alcuni profili più dirimente, in quanto introducono nel sistema modalità semplificate per ottenere la separazione, il divorzio e le relative modifiche, ammettendo per la prima volta in assoluto che, per l'attenuazione o finanche la radicale elisione dello *status* matrimoniale, non sia necessaria la presenza e il filtro del giudice". Sul tema, cfr. pure, fra gli altri, **A. GRAZIOSI**, *Osservazioni perplesse sulle ultime (?) stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2015, n. 12, p. 1111 ss.; **I. OTTOBRINO**, *La "degiurisdizionalizzazione" in materia di separazione e divorzio: semplificazione o "vulnus" di tutela?*, Nota a Cons. Stato sez. III 26 ottobre 2016, n. 4478, in *Corr. giur.*, 2017, fasc. 4, p. 507 ss.; **G. CASABURI**, *Il Consiglio di Stato fa rivivere separazione e divorzio "municipali" abrogati, o quasi, dal Tar Lazio*, Nota a Cons. Stato sez. III 26 ottobre 2016, n. 4478, in *Foro it.*, 2016, n. 12, 2016, III, pp. 648 ss.; **C. CARIGLIA**, *Separazione, divorzio e modifiche dinanzi al sindaco*, in *Giur. it.*, n. 7, 2015, p. 1739 ss.; **A. COSSIRI**, *La degiurisdizionalizzazione di separazione e divorzio nella legge n. 162 del 2014*, in *Quad. cost.*, 2015, n. 1, p. 178 ss.



“possono concludere, innanzi al sindaco, quale ufficiale dello stato civile [...], del comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui è iscritto o trascritto l’atto di matrimonio, con l’assistenza facoltativa di un avvocato, un accordo [...] nei casi di cui all’articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 1° dicembre 1970, n. 898, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio [...]” (art. 12, comma 1, d.-l. cit.)⁶⁹.

L’accordo ricevuto dall’Ufficiale dello Stato civile “tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono [...] i procedimenti [...] di cessazione degli effetti civili” e di scioglimento del matrimonio (art. 12, comma 3, d.-l. cit.), risultando così espressamente confermato dal legislatore il superamento del precedente schema procedurale affidato al necessario intervento e controllo del giudice⁷⁰.

A parere della dottrina, si sarebbe in tal modo decretato “il possibile venir meno del controllo pubblicistico” sullo scioglimento del vincolo, enfatizzando “il ruolo dell’autonomia privata in tale ambito”⁷¹. È certo, infatti, che la presenza dell’Ufficiale dello stato civile costituisce una “*conditio juris* di efficacia ineludibile”⁷² dell’accordo raggiunto; tuttavia nessun controllo sull’effettivo intervenuto dissolvimento della comunione matrimoniale sembra a lui demandato dalla legge (dal cui enunciato pare dedursi l’esistenza di compiti di controllo specifici, ma di carattere meramente formale⁷³, che accompagnano quelli generici dipendenti dalla

⁶⁹ La possibilità del ricorso a tale strumento resta espressamente esclusa in presenza di figli minori, incapaci o portatori di handicap grave, ovvero economicamente non autosufficienti (art. 12, secondo comma, d.-l. cit.). L’accordo, inoltre, non può contenere patti di trasferimento patrimoniale (art. 12, comma 3, d.-l. cit.). Secondo quanto chiarito dal Consiglio di Stato (Sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4478), quest’ultima espressione non vieta la corresponsione di un assegno periodico, ma si riferisce solo agli accordi traslativi con i quali i coniugi decidono, mediante il c.d. assegno *una tantum*, di regolare l’assetto dei propri rapporti economici una volta per tutte.

⁷⁰ Come risulta dalla disposizione in esame, l’Ufficiale dello stato civile si limita a ricevere da ciascuna delle parti personalmente la dichiarazione che esse vogliono far cessare gli effetti civili del matrimonio o ottenerne lo scioglimento secondo condizioni tra di esse concordate. L’atto contenente l’accordo è quindi compilato e sottoscritto immediatamente dopo il ricevimento delle suddette dichiarazioni. A questo punto, l’Ufficiale dello stato civile invita i coniugi a comparire di fronte a sé per la conferma dell’accordo dopo un periodo di riflessione di trenta giorni (art. 12, terzo comma, d.-l. cit.).

⁷¹ M.N. BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice*, p. 525.

⁷² F. DANOVI, *Il d.l. n. 132/2014*, cit., p. 953.

⁷³ Si pensi alla verifica riguardante l’assenza di figli minorenni o incapaci, portatori di handicap o comunque non autosufficienti. Ovviamente, il pubblico ufficiale dovrà anche accertare l’esistenza della sentenza di separazione ovvero del provvedimento di



funzione pubblicistica ricoperta dal funzionario, assai distanti, dal punto di vista dei contenuti e delle garanzie offerte, da quelli affidati al giudice). Il dubbio che, quanto meno nella pratica concreta, egli sia chiamato a svolgere una funzione *meramente certificativa*, atta a suggellare e a dotare delle necessarie forme di pubblicità la rottura di un legame che trova la sua causa (necessaria e) sufficiente nell'*accordo dei coniugi*, è forte. Come è stato scritto,

“[n]on è più vero [...] che l'azione di scioglimento del matrimonio rientra nella categoria delle azioni costitutive dirette a raggiungere un effetto non conseguibile in via di autonomia privata, poiché la fonte da cui scaturiscono gli effetti tipici [...] del divorzio va ravvisata non già nella pronuncia del giudice, bensì nel consenso stesso dei coniugi (ancorché sottoposto alla *condicio iuris* dell'intervento della pubblica autorità)”⁷⁴.

In altri termini, sembrerebbe essersi transitato da *forme di snellimento processuale*, concesse in presenza di una domanda congiunta dei coniugi finalizzata però pur sempre all'accertamento giudiziale dei presupposti necessari per la pronuncia di scioglimento del matrimonio (in coerenza con il principio dell'indisponibilità degli *status* personali), a qualcosa di molto simile a un *divorzio consensuale*, basato unicamente sulla concorde volontà delle parti che l'Ufficiale dello stato civile si limita a “certificare” (per converso, difficilmente conciliabile con quel principio).

È vero che, *sul piano pratico*, non si è di fronte a una sconvolgente novità, in quanto, in presenza della volontà anche di una sola delle parti che sia determinata a porre fine al vincolo matrimoniale, il giudice stesso (per quanto formalmente chiamato a compiere una verifica non limitata alla effettiva ricorrenza della volontà dei coniugi di porre fine al rapporto) si limita in sostanza a “certificare” una situazione di fatto su cui spetta ai diretti interessati dire l'ultima parola. *Sul piano dei principi*, tuttavia, l'avallo legislativo a un ampliamento di questo tipo degli spazi di *autonomia negoziale*, in materia tipicamente indisponibile, non può essere sottovalutato. Per quanto simbolico potesse ormai apparire l'intervento del giudice nella procedura di divorzio,

“la riforma infligge un *vulnus* evidente al sistema, superando *tout court* il principio fondante secondo il quale la caducazione dello stato di coniuge può conseguire unicamente ad una pronuncia giudiziale costitutiva”⁷⁵.

omologazione della separazione consensuale e il protrarsi della separazione per il tempo minimo previsto dalla legge.

⁷⁴ M.N. BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice*, cit., p. 525.

⁷⁵ M.N. BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice*, cit., p. 527.



Potrà continuare a sostenersi, se si vuole, che anche la fattispecie in esame, nonostante le apparenze, operi in realtà, ancora una volta, sul piano dello snellimento delle procedure⁷⁶ e che causa dello scioglimento del matrimonio non sia neppure in tal caso il comune consenso dei coniugi, quanto l'irreversibile venir meno della loro comunione di vita desumibile dal dato oggettivo del protrarsi della separazione cui la legge subordina l'applicabilità dell'istituto⁷⁷. Una conclusione che fa salvo il principio dell'indisponibilità degli *status*, consente di "controllare" i riflessi più "eversivi" della riforma a livello di sistema, ma che, per risultare coerente, dovrebbe negare anche al giudice (almeno nell'ipotesi di ricorso congiunto) qualsiasi potere di verifica sostanziale avente a oggetto il possibile mantenimento o la ricostituzione della comunione di vita coniugale in presenza del requisito della separazione protratta per il tempo fissato dalla legge⁷⁸. Per quanto maggiormente interessa in questa sede, è in ogni caso significativo che anche chi ha compiuto quel lodevole sforzo interpretativo, giustamente preoccupato della salvaguardia dei principi basilari del sistema, abbia dovuto riconoscere che la riforma "ha compiuto un passo di

⁷⁶ Parla di «"procedura semplificata, la quale consente ai coniugi di percorrere, in alternativa alla tradizionale strada della tutela giurisdizionale, una via interamente "autogestita"», anche il Cons. Stato, 26 ottobre 2016, cit., par. 1.2.

⁷⁷ Suggestisce questo tipo di interpretazione, **M.N. BUGETTI**, *Separazione e divorzio senza giudice*, cit., p. 528 s. Invita a contrastare "con fermezza" l'ipotesi che "la più celere modalità di dissoluzione del vincolo", introdotta dal legislatore, abbia inciso sui presupposti previsti dalla legge per la pronuncia di divorzio, "anche se sembra, nei fatti, finire col farlo", **P. VIRGADAMO**, *Ripudio islamico*, cit., p. 362, nt. 43.

⁷⁸ Per quanto si tratti di questione notoriamente assai controversa (rinvio, per tutti, a **M. DOSSETTI**, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., p. 71 ss.), un sia pur circoscritto potere giudiziale di verifica riguardo alla possibilità che sia mantenuta in vita la comunione spirituale e materiale tra i coniugi (di là del semplice riscontro dell'esistenza di una delle cause fissate dall'art. 3 della legge n. 898 del 1970) sembra innegabile (ricorda che "la sussistenza di una delle cause elencate dall'art. 3 l.d. [...] è, secondo i più, di per sé insufficiente a fondare la pronuncia di divorzio, dovendo pur sempre accertare, il giudice, che la comunione di vita coniugale non può essere mantenuta o ricostituita", **G. BONILINI**, *Le cause di divorzio in generale*, in G. Bonilini, F. Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, 3^a ed., cit., p. 134). Questo, da un lato, non significa negare le evidenti diversità tra il sistema delineato dalla legge n. 898 del 1970 e quelli contenenti c.dd. "clausole di durezza" più o meno rigide, né, dall'altro lato, trascurare il dato di fatto secondo il quale "ben difficilmente il giudice, in presenza di uno dei casi tassativi, negherà il divorzio, assumendo che non è stato provato l'ulteriore presupposto della impossibilità di mantenere o ricostituire la comunione spirituale e materiale" (**M. DOSSETTI**, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., p. 74).



non poco momento verso la negoziabilità dello *status*, pur senza sfociare nella sua piena disponibilità⁷⁹.

In ogni caso, uno spostamento così deciso (per quanto non totale e non incondizionato) a favore dell'incidenza dell'autonomia privata nella gestione delle crisi coniugali sembra capace di ulteriori ripercussioni sistematiche, escludendo che si possa ravvisare l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un principio di ordine pubblico consistente nella necessità che il divorzio consegua solo in presenza di *specifiche cause predeterminate dalla legge* e non per mera volontà dei coniugi⁸⁰.

Anche dalla prospettiva di chi nega che lo strumento di cui all'art. 12 citato abbia introdotto nel nostro diritto di famiglia il divorzio consensuale⁸¹, sarà ora senz'altro più difficile opporre un atteggiamento di chiusura verso gli ordinamenti stranieri che accolgono queste forme di scioglimento del matrimonio, *essendosi significativamente ridotta*, come si è visto, *la distanza che separava, sul punto, la nostra legislazione e il diritto di alcuni Stati stranieri*⁸².

Pur con tutte le cautele che sconsiglierebbero di enfatizzare l'incidenza sistematica di riforme come quella su cui ci si è soffermati (o di altre analoghe), tutt'altro che innocue, però, dal punto di vista dei principi, sembra dunque potersi ribadire che una pronuncia di ripudio emanata all'estero da una autorità religiosa, purché equiparabile, secondo la legge straniera, a una sentenza del giudice statale, non dovrebbe (più) vedersi (pregiudizialmente) preclusa la possibilità di essere riconosciuta nel nostro ordinamento (solo) perché *meramente dichiarativa* della volontà di porre fine al vincolo matrimoniale *espressa dai coniugi*. In presenza, cioè, di una evoluzione degli strumenti che possono condurre allo scioglimento del vincolo matrimoniale volta a dare sempre maggiore rilevanza all'autonomia negoziale, non si vede perché la scelta individuale dei coniugi (sempre più concepita come proiezione di una libertà

⁷⁹ M.N. BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice*, cit., p. 528.

⁸⁰ Si rifà, invece, anche a tale argomento, ad esempio, App. Roma 9 luglio 1973, in *Dir. fam. pers.*, 1974, p. 653, con nota di C. SCHWARZENBERG, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello scioglimento di matrimonio islamico per ripudio*.

⁸¹ Dubita della compatibilità costituzionale di un "divorzio puramente consensuale", per contrasto col principio (ricavato dall'art. 29 Cost.) della stabilità familiare, M. DOSSETTI, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., p. 57 e nt. 80.

⁸² Del resto, è da noi solitamente ammesso il riconoscimento dei divorzi consensuali pronunciati all'estero. Ad esempio, riguardo alla normativa brasiliana, in base alla quale il divorzio può essere riconosciuto su richiesta degli interessati da presentare presso l'ufficio notarile al quale è affidata la gestione dello stato civile, che rilascia un atto da depositare e registrare presso il competente tribunale: cfr. Circ. Min. dell'interno, 12 luglio 2011, n. 18.



personalissima) di porre fine al rapporto, se concorde, debba ricevere un trattamento peggiore a seconda che sia o no connessa a motivazioni fideistiche e costituisca o no, quindi, svolgimento o estrinsecazione della libertà di religione. Si pensi a un ripudio pronunciato dal marito con l'esplicito assenso della moglie o al caso in cui sia proprio quest'ultima a chiedere il riconoscimento civile di una sentenza emanata a seguito del ripudio unilaterale da parte del marito.

Peraltro, anche in questi casi (oltre che, ovviamente, in quelli in cui manchi qualsiasi assenso della donna) il problema cruciale che pone il ripudio, nel contesto europeo, è quello della sua dubbia compatibilità col *principio di eguaglianza dei coniugi*, non essendo concesso alla moglie di ripudiare (unilateralmente) il marito.

Questa evidente disparità di trattamento legata al sesso potrebbe non assumere concreta rilevanza *fuori dal contesto del conflitto di leggi*, essendo richiesto ai giudici europei di pronunciarsi sulla riconoscibilità di provvedimenti di ripudio che danno *concreta determinazione* al (valore straniero del) potere unilaterale *del marito* di scioglimento del matrimonio (il cui carattere discriminatorio potrebbe essere di fatto neutralizzato da una chiara manifestazione di assenso o adesione da parte della donna)⁸³; tuttavia, la semplice esplicitazione di una sorta di *diritto potestativo maritale di divorzio* (omologato o registrato da una qualche autorità straniera), anche se seguito da forme di approvazione differita da parte della moglie, appare chiaramente incompatibile col *principio di struttura del diritto di famiglia* dei Paesi europei della assoluta *parità morale e giuridica dei coniugi*.

Bene, quindi, a mio avviso, ha fatto l'Avvocato generale a insistere sul punto, di dirimente importanza, della necessità del rispetto del principio di non discriminazione in base al sesso dei coniugi; al tempo stesso, però, non appare del tutto congruo pretendere incondizionatamente la salvaguardia *astratta* del divieto di discriminazione, anche accettando di fare ricadere sulla donna le *concrete* conseguenze pregiudizievoli del ripudio, in nome di una superiorità assiologica del principio che, di fatto, potrebbe finire (e nella misura in cui finisca) col ripercuotersi negativamente proprio nei confronti del soggetto discriminato.

⁸³ ... restando, quindi, escluso che, quando si tratta di verificare l'ingresso nell'ordinamento del foro di sentenze straniere, si possa prospettare la questione del riconoscimento di provvedimenti che danno concreta determinazione al valore straniero *dell'assenza del potere unilaterale della moglie* di scioglimento del matrimonio, ossia del diniego alla donna della possibilità di ripudiare unilateralmente il marito secondo la disciplina della legge religiosa islamica.



Probabilmente il processo di “degiurisdizionalizzazione” o di “deistituzionalizzazione” del divorzio (e, più in generale, del sistema della crisi familiare), che abbiamo conosciuto in questi anni, è ormai irreversibile, e potrà coniugarsi anche con ragionevoli forme di raccordo civile concesse all’esercizio della libertà di scelta di strumenti di scioglimento del matrimonio affidati alla gestione confessionale. È però doveroso auspicare che tutti questi (eventuali) sviluppi, per quanto positivamente apprezzabili in funzione di una migliore tutela delle “identità culturali e religiose diverse”, non segnino mai alcun arretramento rispetto a irrinunciabili principi patrimonio dell’attuale civiltà giuridica europea.

Il ripudio unilaterale è e resta un provvedimento chiaramente incompatibile col *principio di ordine pubblico familiare di parità dei coniugi*. Anche alla luce della tendenza di molti ordinamenti, già descritta, che attribuisce spazi sempre più ampi alla gestione “negoziale” del vincolo matrimoniale, deve tuttavia ritenersi che, in alcune particolari situazioni e a seguito di appropriate valutazioni, sia preferibile lasciare alla donna la scelta di far valere siffatta incompatibilità o di rinunciarvi, in funzione di una migliore tutela dei suoi stessi interessi personali e familiari. Nella seconda ipotesi, a rigore, non si deve neppure vedere necessariamente una adesione della donna alla decisione unilaterale del marito di porre termine alla comunione di vita matrimoniale (che potrebbe apparire non pienamente rispettosa del principio di pari dignità tra i sessi), quanto piuttosto l’effetto proprio di quella tutela *sostanziale ed effettiva* (e non meramente astratta e irrelata) dell’eguaglianza⁸⁴, su cui ha giustamente insistito lo stesso Avvocato generale.

⁸⁴ Sottolinea che, “di fronte al ripudio, il valore da preservare è quello dell’eguaglianza dei coniugi” e che “la difesa di tale principio deve tenere conto delle loro posizioni sostanziali (con riferimento tanto alla dissoluzione del vincolo quanto alle conseguenze personali e patrimoniali)”, O. VANIN, *Ripudio islamico*, cit., p. 1036.