

Sulla nozione di divorzio privato.

Note a margine di due pronunce della Corte di Giustizia e della Cassazione in tema di divorzio islamico, dichiarato da tribunali religiosi.

Laura Baccaglini*

Roberto Toniatti è stato, anzitutto, il mio Professore di Diritto costituzionale; era Preside della Facoltà quando ho conseguito la laurea e, tempo dopo, quando sono diventata ricercatrice di diritto processuale civile. Gli sono grata per le riflessioni che abbiamo condiviso, spesso frutto di scambi di idee, improvvisati nei corridoi della Facoltà. Nella primavera del 2014, Roberto Toniatti, insieme a Davide Strazzari, mi invitò a intervenire in un workshop dal titolo: "Citizenship, Equality and Personal Laws in Northern Africa and Middle East: which prospects for sustainable Legal Pluralism in Europe?".

1. Il tema del seminario ruotava intorno ad esperienze di riconoscimento del fenomeno del pluralismo giuridico, e di applicazione giurisdizionale di diritti di matrice religiosa. Mi fu chiesto di affrontare in chiave comparata la questione della riconoscibilità dei cd. arbitrati religiosi, resi in materia familiare.

L'occasione sorgeva dalla constatazione di un fenomeno in crescente espansione nel Regno Unito. La massiccia presenza di immigrati di religione islamica aveva fatto registrare oltre Manica una vasta diffusione di Sharia Councils. Si tratta di veri e propri corpi religiosi, ai quali la legge islamica assegna veste di tribunali arbitrali, con funzioni che spaziano dalla mediazione, alla conciliazione tra coniugi, al divorzio pronunciato secondo la Sharia. Il dibattito, già noto oltre Oceano soprattutto in Canada, era esploso nel Regno Unito per poi allargarsi ad altri Paesi europei. L'esigenza manifestata dalla comunità islamica era quella di ottenere il riconoscimento nello Stato dei divorzi pronunciati dagli Sharia Councils, per cancellare così la trascrizione dei matrimoni, nel frattempo iscritti nei registri dello stato civile.

Dall'indagine che avevo compiuto era emersa una varietà di approcci al problema dell'arbitrabilità dei divorzi e delle separazioni tra coniugi nei diversi sistemi giuridici esaminati. Constatavo, però, una convergenza nella soluzione, sostanzialmente negativa. Rispetto all'ordinamento italiano, avevo escluso la possibilità di riconoscere un divorzio reso dagli Sharia Councils. Ciò che mi era parso determinante non era tanto l'applicazione di una legge religiosa all'arbitrato (fenomeno peraltro diffuso nel settore degli arbitrati commerciali). Dirimenti mi erano sembrate altre considerazioni: anzitutto, la dubbia qualificabilità di quegli organi religiosi come collegi arbitrali e, poi, il monopolio della giurisdizione statale sulle questioni di status, che impedisce a monte l'arbitrabilità di una lite in materia di divorzio (arg. ex art. 806 c.p.c.) e dunque la circolazione di un eventuale lodo (al netto della sua eventuale

* Professoressa associata di diritto processuale civile, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Trento.

compatibilità con le norme dell'ordine pubblico dello Stato richiesto del riconoscimento).

Sulla questione intendo, qui, ritornare, per verificare se la ferma chiusura dello Stato italiano alla circolazione di queste forme di divorzio, per così dire privato, trovi conferma anche oggi: poco dopo lo svolgimento di quel seminario, il legislatore italiano, con il D.L. 12 settembre 2014, n. 132, poi convertito in L. 162/2014, ha modificato le modalità per ottenere la separazione personale tra coniugi e il divorzio.

Il tema del divorzio cd. privato (e la sua inclusione nell'ambito applicativo della normativa eurounitaria) è stato al centro di una recente sentenza della Corte di Giustizia¹. Della questione (ancorché dalla prospettiva del diritto internazionale privato italiano) si è occupata la stessa Cassazione italiana, con una recentissima sentenza di agosto 2020². Le vicende che hanno originato entrambe le pronunce riguardavano divorzi pronunciati da autorità religiose islamiche, nel Paese di origine dei coniugi.

Il D.L. 132/2014 conv. ha segnato il venir meno del monopolio della giurisdizione statale in materia di separazione e divorzio. Si è ammesso che la modifica dello status di coniuge (o il suo venir meno) possano ottenersi anche per il tramite di procedure di negoziazione assistita davanti ad avvocati (art.6); in assenza di figli e di questioni di carattere patrimoniale, il divorzio o la separazione personale tra coniugi è ammissibile anche tramite la semplice manifestazione del consenso degli sposi davanti all'ufficiale dello stato civile del Comune di residenza di uno dei coniugi, ovvero del Comune del luogo in cui il matrimonio è stato trascritto o iscritto (art. 12). Vengono così introdotte due modalità perfettamente alternative alla pronuncia di sentenze di divorzio o separazione personale, emesse dall'Autorità giudiziaria.

Anche in Italia, dunque, ha fatto ingresso il cd. divorzio stragiudiziale, fenomeno già noto in altri ordinamenti europei. L'impiego dell'aggettivo stragiudiziale (e non privato) per descrivere l'istituto ne traccia, però, l'esatto perimetro applicativo³. Infatti, la modifica dello status coniugale, quale che sia la modalità prescelta per ottenerla, esige pur sempre l'intervento del braccio secolare dello Stato⁴. Nel caso di negoziazione assistita, l'accordo raggiunto tra coniugi, mediante assistenza di avvocati, deve comunque essere trasmesso al P.M.: costui comunica il nullaosta all'ufficio dello stato civile competente, in assenza di irregolarità, ovvero autorizza l'accordo, in presenza di figli minori. Qualora, invece, i coniugi (potendolo fare) si rivolgano all'ufficiale dello stato civile, costui può rifiutarsi di trascrivere la separazione o il divorzio se essi siano contrari a norme di ordine pubblico. L'intervento dell'autorità statale è, pertanto, sempre presente anche nelle nuove procedure, sebbene con funzione circoscritta alla certificazione della volontà

¹ Corte di Giustizia UE, 20 dicembre 2017, C-372/16.

² Cass. civ., I sez., 7 agosto 2020, n. 17170.

³ C. Honorati, L'efficacia cross-border degli accordi stragiudiziali in materia familiare tra i Regolamenti Bruxelles II-bis e Bruxelles II-ter, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, 26, secondo cui il nuovo modello di composizione delle controversie presenta i caratteri della volontaria giurisdizione, piuttosto che quelli della autonomia privata.

⁴ F. Tommaseo, La gestione dei conflitti coniugali tra autonomia privata e giurisdizione, in *Fam. Dir.*, 2015, p. 1057.

espressa dai coniugi e al controllo del rispetto delle condizioni dell'accordo, in forma più o meno marcata, a seconda delle situazioni considerate.

Se è venuta meno l'imprescindibilità di un intervento giurisdizionale a monte, l'intervento dello Stato resta comunque imposto mediante un controllo a valle dell'intervenuto accordo. Il che porta a negare che la caduta del dogma della giurisdizione costitutiva in materia di status coniugale⁵ abbia aperto a forme di divorzi privati.

2. La riconoscibilità di un divorzio privato è tema sul quale si è pronunciata la stessa Corte di Giustizia⁶. Sollecitata da un rinvio pregiudiziale formulato dall'Oberlandesgericht di Monaco nel 2015⁷, la Corte era stata chiamata a stabilire se il Reg. 1259/2010, che ha istituito una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale tra coniugi, si estenda anche ad un divorzio risultante da una dichiarazione unilaterale di uno dei coniugi resa davanti al Tribunale religioso di uno Stato terzo⁸.

La vicenda molto complessa trae origine dalla pronuncia di un tribunale religioso siriano che, applicando la Sharia, aveva accertato la volontà unilaterale del marito di divorziare dalla moglie. Quest'ultima, a sua volta, sottoscriveva un documento con il quale attestava il regolare adempimento da parte del marito delle obbligazioni patrimoniali conseguenti al ripudio. I coniugi, entrambi dotati di doppia cittadinanza, siriana e tedesca, sposati in Siria, risultavano residenti in Germania: ciò spiega perché il marito si fosse rivolto al tribunale di Monaco, per ottenere il riconoscimento degli effetti civili del divorzio pronunciato dal tribunale religioso siriano. Impugnata la sentenza di accoglimento dalla moglie, la Corte d'appello, però, sospendeva il processo e formulava rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, chiedendo anzitutto se il Reg. UE 1259/2010, sulla legge applicabile al divorzio, trovasse applicazione anche ad un'ipotesi di divorzio privato.

Il quesito appariva (così come era apparso, la prima volta, alla Corte di Giustizia⁹) irricevibile posto che la controversia verteva sul riconoscimento di un provvedimento di divorzio, non già sulla legge applicabile alla relativa domanda. A venire in gioco, dunque, poteva essere semmai il Reg. CE 2201/2003, che di riconoscimento di provvedimenti divorzili si occupa¹⁰: anche in questa ipotesi, comunque, il dubbio relativo alla pertinenza del rinvio pregiudiziale si sarebbe posto fin da subito, atteso

⁵ F. Danovi, *Il P.M. nella procedura di negoziazione assistita. I rapporti con il Presidente del Tribunale*, in *Fam. Dir.*, 2017, p. 71.

⁶ Corte di Giustizia UE, 20 dicembre 2017, C-372/16, cit.

⁷ Oberlandesgericht Monaco di Baviera, 2 giugno 2015. La si v. in http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/olgmuenchen34wx146_14.htm

⁸ Reg. UE 1259/2010, 20 dicembre 2010, in *G.U.U.E.*, 29 dicembre 2010, L 343, pp. 10 e ss.

⁹ Corte di Giustizia UE, 12 maggio 2016, C-281/15.

¹⁰ Reg. (CE) del Consiglio n. 2201/2003, 27 novembre 2003, in *G.U.U.E.*, 23 dicembre 2003, L 338, 1 ss.

che (anche) l'applicazione di quel Regolamento sarebbe stata messa fuori gioco, trattandosi di riconoscere qui la pronuncia di uno Stato terzo all'UE.

Riformulata la questione, i giudici rimettenti precisavano che, in Germania, il riconoscimento delle decisioni di un giudice o di un'autorità statale stranieri che pronunciano un divorzio è concesso in assenza di qualsivoglia esame della loro legittimità. Al contrario, il riconoscimento dei divorzi privati è subordinato alla verifica della loro validità, in base alla legge applicabile, individuata in forza della normativa di diritto internazionale privato¹¹. Si precisava poi che l'entrata in vigore del Reg. UE 1259/2010 aveva indotto il legislatore tedesco a sopprimere le norme di diritto internazionale privato che precedentemente disciplinavano la questione, optando per un rinvio recettizio alle norme del richiamato Reg.

Ciò spiega(va) dunque la ragione del primo (e pregiudiziale) quesito formulato dal giudice del rinvio. Si chiedeva alla Corte di Giustizia di dichiarare se l'ambito di applicazione del Reg. UE 1259/2010 si estendesse anche a fattispecie di divorzio privato, ottenuto, com'era accaduto nel caso di specie, mediante dichiarazione unilaterale di uno dei coniugi dinanzi a un tribunale religioso in Siria in base alla Sharia.

La Corte di Giustizia, nella decisione assunta a riguardo, muove dalla constatazione della mancanza di una nozione di divorzio, all'interno del Reg. UE 1259/2010; valorizza però la previsione contenuta nel considerando 10, secondo cui dovrebbe esservi piena coincidenza tra la sfera di applicazione di quel Regolamento con il Reg. CE 2201/2003, dettato in tema di giurisdizione e riconoscimento di provvedimenti divorzili.

Dalla lettura sistematica di questo secondo Reg., ed in particolare dalla nozione di decisione, intesa quale provvedimento emesso dall'autorità pubblica (art. 2), la Corte di Giustizia trae la conclusione che la nozione europea di divorzio, rilevante ai fini dell'applicazione di entrambi i Reg., comprende solo quelli "pronunciati da un'autorità statale, da un'autorità pubblica o con il suo controllo"¹², con esclusione dunque dei divorzi fondati su una dichiarazione di volontà privata, pronunciata davanti a Tribunali religiosi¹³.

Si conferma così l'idea che, anche ai fini della normativa eurounitaria, la caduta del dogma della necessaria tutela giurisdizionale costituiva in materia di status e l'ingresso di nuove figure di divorzio stragiudiziale (fuori dalle Corti) non comportino di per sé il riconoscimento di accordi puramente negoziali.

L'atteggiamento di netta chiusura rispetto a queste forme di divorzio sembra trovare conferma anche nel Reg. UE 1111/2019¹⁴, destinato ad entrare in vigore nel 2022, sostituendo il cit. Reg. CE 2201/2003. Nel considerando 14 del nuovo Reg. si legge,

¹¹ Art. 107, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, FamFG.

¹² Corte di Giustizia UE, 20 dicembre 2017, cit., par. 39.

¹³ Corte di Giustizia UE, 20 dicembre 2017, cit., par. 45.

¹⁴ Reg. (UE) 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori, in G.U.U.E., 2 luglio 2019, n. L 178, p. 1.

infatti, che "Il regolamento non dovrebbe consentire la libera circolazione di accordi meramente privati. Tuttavia, dovrebbero circolare gli accordi che non sono né una decisione né un atto pubblico, ma che sono registrati da un'autorità pubblica a tal fine competente".

Da ciò si desume, dunque, l'impossibilità per le pronunce degli Sharia Council, dalle quali abbiamo preso le mosse, di circolare secondo le norme di diritto eurounitario: finché la pronuncia di divorzio, resa da un Tribunale religioso, non sia recepita dall'Autorità dello Stato, la cessazione degli effetti civili di quel matrimonio non può assumere rilievo in base ai Regolamenti europei.

L'esito cui perviene la Corte di Giustizia, coerente con il dettato dei Reg., suscita peraltro perplessità se confrontato con il caso concreto che ne ha originato il rinvio. Chi in dottrina ha commentato quell'arresto, ha giustamente osservato che ciò che ha indotto i giudici del Lussemburgo ad escludere il divorzio reso da un Tribunale religioso dal campo di applicazione del Reg. 1259/2010, sia stata una concezione eccessivamente restrittiva, e forse frettolosa, del concetto di statualità delle norme di conflitto, da un lato, e di appartenenza allo Stato dell'organo che l'ha pronunciato¹⁵, dall'altro lato.

La perplessità nasce dalla constatazione della presenza di ordinamenti plurilegislativi, nei quali è ammessa la coesistenza di più sistemi normativi anche a base personale: ad esse sembra far richiamo lo stesso art. 15 Reg. UE 1259/2010, là dove si riferisce a conflitto interpersonali di leggi. Ne sono un esempio proprio molti Stati islamici, nei quali si ammette che le questioni relative allo status di coniuge siano decise in forza di leggi religiose e da parte di Tribunali religiosi. In quei Paesi, dunque, è la legge religiosa che diviene legge dello Stato e la pronuncia resa dal Tribunale religioso è riconosciuta come legge dello Stato. Questa è la precisazione, di non poco conto, che ci si sarebbe aspettati dalla Corte di Giustizia. Vero è che, nel caso tedesco, il marito aveva ottenuto il divorzio da un tribunale religioso, che aveva fatto applicazione della Sharia; è altrettanto vero, però, che quella decisione, per scelta dello Stato siriano, è considerata pronuncia emessa da Autorità giurisdizionale dello Stato.

3. Questa indagine, del tutto obliterata dalla Corte di Giustizia, è stata invece sapientemente condotta da una recentissima pronuncia della Cassazione¹⁶, chiamata a pronunciarsi sulla riconoscibilità di divorzio, per ripudio unilaterale del marito, dichiarato da un tribunale shariatico di Nablus occidentale (Palestina) nel 2012. L'ufficiale dello stato civile italiano, su richiesta del marito (che con la moglie

¹⁵ A. Licastro, 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), in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, 2017, p.14.

¹⁶ Cass. civ., I sez., 7 agosto 2020, n. 17170, cit.

risiedeva a Roma), aveva provveduto a trascrivere il divorzio, in forza dell'art. 63, comma 2, lett. g) D.P.R. n. 396/2000¹⁷.

Intendendo contestare le condizioni per il riconoscimento di quel divorzio, la moglie formulava domanda ex art 67 l. 218/95, dinnanzi alla Corte d'Appello di Roma. Ciò che la ricorrente lamentava era l'assenza in capo a quella decisione di almeno due delle condizioni imposte dalla legge italiana per il riconoscimento di sentenze straniere. Da un lato, il mancato rispetto del diritto di difesa (art. 64, comma 1, lett. b, l. 218/95), dal momento che il procedimento che si era svolto dinnanzi al tribunale palestinese si era basato unicamente sulla manifestazione di volontà del marito, senza possibilità di contraddittorio da parte della moglie. Dall'altro lato, la ricorrente lamentava la violazione delle norme dell'ordine pubblico (art. 64, comma 1, lett. g, l. 218/95), posto che il giudice straniero non aveva affatto accertato il venir meno in concreto della comunione di vita tra coniugi, essendosi soltanto limitato a raccogliere la dichiarazione di volontà unilaterale del marito (come in effetti la legge islamica prevede).

La Corte d'Appello di Roma accoglieva la domanda proposta dalla ricorrente ma l'ordinanza veniva impugnata dal marito in sede di legittimità.

Per quanto qui rileva, giova rimarcare che né la ricorrente, né la Corte d'Appello avevano contestato la giurisdizione in capo al tribunale religioso che aveva pronunciato il divorzio; tantomeno, avevano escluso l'attribuzione al provvedimento da riconoscere della qualificazione di sentenza¹⁸.

¹⁷ Norma, questa, che nel riferirsi sia alle sentenze, sia agli altri atti con cui si pronuncia all'estero la nullità, lo scioglimento, la cessazione degli effetti civili di un matrimonio, dispone che l'ufficiale civile preposto alla loro trascrizione, possa rifiutarsi solo se "gli atti formati all'estero siano contrari all'ordine pubblico".

¹⁸ Si tratta di un'affermazione che assume un rilievo specie se si considera che, nel caso di specie, si trattava di un divorzio islamico. La ragione più comune che, nella tradizione islamica, conduce al divorzio è il ripudio, quale atto di volontà unilaterale del marito che, con scelta irrevocabile, può ripudiare la moglie (Talāq), dinnanzi ad una autorità religiosa: costei si limita a prenderne atto, certificando la volontà dichiarata dal coniuge.

Una siffatta modalità di scioglimento del vincolo matrimonio (così lontana dalla cultura e dalla tradizione occidentale) è al centro dell'attenzione degli interpreti e con essa da tempo si misurano le stesse Corti degli Stati europei, cui è chiesto il riconoscimento di questi atti (tra molti, e da ultimo, L. Carpaneto, F. Pesce, I. Queirolo, La "famiglia in movimento" nello spazio europeo di libertà e giustizia, Torino, 2019). Merita peraltro osservare che le modalità con le quali il ripudio viene espresso, la presenza della moglie all'atto del ripudio, l'esistenza di un'autorità dello Stato (o dallo stesso riconosciuta come tale) non sono le medesime, in tutti gli Stati musulmani.

Ciò significa che, prima ancora di chiedersi se quell'atto sia o non sia compatibile con la nozione di ordine pubblico dello Stato richiesto, il giudice italiano, richiesto del riconoscimento, dovrà domandarsi se l'autorità religiosa del Paese straniero, che ha raccolto la volontà del marito di ripudiare la moglie, sia o non sia considerata autorità giurisdizionale ovvero amministrativa in quell'ordinamento.

Se non lo è, si è dinnanzi ad un cd. divorzio privato.

Altrimenti, si è in presenza di un provvedimento in astratto riconoscibile. Se si tratta di sentenza, opererà la procedura di cui agli artt. 64-67 L. 218/95. Altrimenti, verrà in gioco il sistema di riconoscimento più semplificato previsto dall'art. 65 L. cit., per gli atti amministrativi emessi in un ordinamento la cui legge sia richiamata dalle norme del diritto internazionale privato italiano. Ad ogni modo, condizione imposta in entrambi i casi è la necessità che il provvedimento o la sentenza straniera siano compatibili con l'ordine pubblico. Presupposto, questo, che la Cassazione, nel caso di specie, ha escluso, accogliendo così il ricorso della moglie e negando il riconoscimento della decisione di divorzio per ripudio.

Su questo profilo, invece, si sofferma la Suprema Corte, sollecitata verosimilmente dalla recente pronuncia della Corte di Giustizia, che aveva preso le mosse da un caso analogo (pronuncia di divorzio, resa da un Tribunale religioso).

La Cassazione, però, nega natura privata al provvedimento straniero, valorizzando la circostanza che, in presenza di un ordinamento plurilegislativo¹⁹, come è quello palestinese, le questioni che riguardano lo statuto personale dei cittadini possono essere risolte in base alla legge religiosa, che è legge dello Stato e da tribunali religiosi, che sono considerati parti della compagine giurisdizionale dello Stato. Di qui, la conclusione che quelle pronunce debbano considerarsi atti giurisdizionali stranieri e possano essere fatte oggetto di riconoscimento.

Come sopra accennato, è questa la conclusione che ci si sarebbe attesi anche dalla Corte di Giustizia. L'esito opposto cui essa è giunta lascia in bocca il sapore amaro di un'occasione mancata. La risposta negativa al primo quesito formulato dai giudici del rinvio ha impedito ai giudici di Lussemburgo di misurarsi con l'altra, e ben più delicata questione, sollevata dal giudice tedesco e rimasta assorbita: quella della compatibilità con l'ordine pubblico di una legge o di una decisione straniera che riconosce il ripudio unilaterale del marito²⁰.

¹⁹ Così, l'art. 18 L. 218/95.

²⁰ Su questo profilo, amplius, S. Tonolo, Ripudi islamici, divorzi privati e ordine pubblico: quale efficacia?, in www.questionegiustizia, 2020, p. 1 ss.