

Livia Saporito

Matrimonio, relazioni familiari e discriminazioni di genere. Israele alla prova della secolarizzazione

Abstract

Among the Western-style democracies, no other country experiences the problem of religion's place more intensely than Israel. This is the consequence of the ambiguities inherent in the 'Status quo agreement', which proclaimed Israel simultaneously a 'Jewish' and a 'democratic' state. This dualism, which has given rise to a close interconnection between law and religion, interferes with all aspects of the Israeli legal system and, above all, with family law. The pan-religious vision of the family in Israel is, however, questioned by legislators and jurisprudence, both of which aim to guarantee respect for the protection of fundamental rights, in particular the principle of equality within marital relations. There have been numerous corrective actions taken by the Supreme Court, which, faithful to its para-constitutional role, has proceeded to build a judicial bill of rights, ensuring balance between the secular and religious forces extant in the country.

Abstract

Tra le democrazie occidentali, nessun paese sperimenta più intensamente di Israele il problema del ruolo da attribuire alla religione. Ciò è la conseguenza delle ambiguità insite nello 'status quo agreement', che ha proclamato Israele stato 'ebraico' e 'democratico' al tempo stesso, originando una stretta interconnessione tra diritto statale e diritto religioso. Tale dualismo si riflette in tutte le componenti dell'ordinamento giuridico israeliano e, soprattutto, nel diritto di famiglia, tradizionalmente appannaggio dei tribunali religiosi. La visione pan-religiosa della famiglia in Israele è, tuttavia, oggetto di attenzione da parte del legislatore e della giurisprudenza, impegnati a garantire il rispetto della tutela dei diritti fondamentali e, in particolare, del principio di uguaglianza all'interno delle relazioni coniugali.

Numerosi sono stati gli interventi correttivi della Corte Suprema, che, fedele al suo ruolo paracostituzionale, ha provveduto a edificare un vero e proprio 'bill of rights' per via giudiziale, garantendo l'equilibrio tra forze laiche e forze religiose del paese.

Keywords: Family relationships; secularization; gender discrimination; religion; law

1. Il diritto di famiglia in Israele: le ragioni della complessità

Israele costituisce un unicum nel panorama delle democrazie occidentali. Come ha osservato England, "among the Western style democracies, there is no other country which experiences more intensely the

problem of religion's place"¹. Israele nasce, nel 1948, come stato laico, che garantisce la libertà di religione e di coscienza, nondimeno nel *Foundation of Law Act 1980* vengono sanciti i principi di libertà, giustizia ed equità della tradizione ebraica (*moreshet Israel*). Israele è una democrazia con una differenza, dovuta proprio alla difficoltà di conciliare il suo essere stato ebraico e democratico al tempo stesso². La tradizione rabbinica, osservata dalla maggior parte degli ebrei in Israele, non accetta l'idea di un diritto - inteso come insieme di regole coercitive - opposto alla religione, che quale richiede invece il compimento di atti liberi da ogni costrizione. La religione ha una dimensione 'legale'³ poiché si manifesta anch'essa attraverso regole, le quali riguardano tanto il rapporto tra Dio e l'uomo, quanto le relazioni tra l'uomo e il proprio prossimo.

Questo carattere duale, di *Jewish and democratic state* - non scalfito dai tentativi del movimento *Mishpat Ivri* di secolarizzare il diritto religioso (*halachah*)⁴ - si riflette in tutte le componenti dell'ordinamento giuridico israeliano, e soprattutto nel diritto di famiglia, tradizionalmente appannaggio dei tribunali religiosi.

Invero, la 'Legge sulla giurisdizione dei tribunali ecclesiastici' (1953) ha affidato in via esclusiva ai *Beis Din* (letteralmente 'rappresentanti della legge del popolo ebraico') la materia dello *status personae* e, precisamente, del matrimonio, del divorzio e della domanda di mantenimento qualora essa sia connessa a una causa di divorzio. L'art. 1 stabilisce, infatti, che "tutto ciò che concerne il matrimonio e il divorzio di ebrei in Israele, abbiano essi la nazionalità o siano residenti, rientra nella competenza esclusiva dei tribunali rabbinici"; mentre il successivo art. 2 precisa che "i matrimoni e i divorzi tra ebrei in Israele si effettuano secondo le leggi della *Torah*". In altri ambiti, come l'adozione e le successioni, la giurisdizione è soltanto eventuale ed è subordinata al consenso delle parti.

Ad aumentare la complessità contribuisce la natura composita della popolazione di Israele, che è terra di immigrazione: da novecentomila abitanti all'epoca della costituzione dello stato, oggi la popolazione si attesta intorno ai nove milioni. Di essa solo il ventisei per cento riguarda nati in Israele da genitori israeliani. Le etnie ebraiche (le principali sono la sefardita e l'ashkenazita) coesistono infatti con minoranze etniche (la più numerosa delle quali è quella arabo-palestinese, circa il venti per cento, per la maggior parte mussulmani) e minoranze religiose (drusi otto per cento; cristiani nove per cento)⁵. Il venti per cento della popolazione si proclama laica o agnostica. La mancanza di una disciplina civile

¹ Englard (1987: 185). Negli stessi termini si esprime pure Hirschl, (1997: 136): "Israel is Jewish and democratic state").

² Cohn (2004:55).

³ Saporito (2021: 17) "l'ebraismo è una «ortoprassi» che si caratterizza per lo sforzo di regolamentare, attraverso precetti positivi e negativi, permessi e divieti, ogni aspetto pratico della vita del fedele. L'etica ebraica è una forma di vita in cui, prima ancora della intima adesione al precetto divino, riveste carattere preminente l'attuazione delle *mitzvòt* ed il rispetto incondizionato di una legge eteronoma, dunque l'agire, il fare. Il primato dell'azione, enunciato peraltro nell'Esodo (24,7: "faremo e ascolteremo"), giustifica la previsione di minuziosi insegnamenti atti a disciplinare il modo di atteggiarsi in concreto dell'ebreo durante l'arco della sua intera esistenza". In argomento cfr. Dazzetti (2010: 133 ss.).

⁴ Le caratteristiche e gli obiettivi del movimento *Mishpat Ivri*, nato sul finire del IX secolo, sono illustrati da Roszler (2017: 715 ss.), il quale osserva che il dibattito sulla secolarizzazione del diritto religioso è utile a comprendere le differenti posizioni in seno alla odierna società israeliana sul modo di intendere la stessa identità nazionale.

⁵ Oltre alla comunità ebraica, che è la più numerosa, sono riconosciute altre tredici comunità religiose, tra cui la drusa, la mussulmana e la cristiana (cfr., al riguardo, Lapidoth, Corinaldi (1994: 287).

del matrimonio e, sullo sfondo, il conflitto israelo-palestinese, conferiscono alle relazioni familiari contorni affatto peculiari, soprattutto per ciò che concerne i rapporti tra coniugi, improntati alla disparità di genere. Ciò che segna una incommensurabile distanza rispetto ai paesi della tradizione giuridica occidentale. Nondimeno – e come si dirà in appresso – al monopolio delle fonti religiose in materia di matrimonio e di divorzio fanno da contraltare, per un verso, una legislazione all'avanguardia in tema di unioni di fatto, anche *same sex*⁶, e di accesso alle tecniche di fecondazione assistita e, per altro verso, una imponente opera di secolarizzazione da parte della Suprema Corte, cui – in assenza di una carta dei diritti in senso stretto⁷ – compete un potere para-costituente.

2. Chi è l'ebreo? Il divieto dei matrimoni misti e l'irrilevanza dei matrimoni civili

L'auto comprensione dell'ebraismo ha originato interpretazioni contrastanti già all'indomani della costituzione dello stato di Israele. La Legge del Ritorno del 1950⁸, di evidente matrice sionista, sanciva il diritto di tutti gli ebrei e dei loro familiari più prossimi di stabilirsi in Israele e di acquisire automaticamente la cittadinanza israeliana, omettendo tuttavia di chiarire chi dovesse considerarsi 'ebreo'.

Secondo la legge halachica⁹, l'identità di ebreo è determinata in base alla discendenza materna: ebreo è unicamente il nato da madre ebrea o il convertito all'ebraismo. Nei primi anni della sua applicazione, la *Law of Return* è stata intesa in questi più ristretti termini. In seguito, soprattutto a causa dei massicci fenomeni migratori verso Israele, tale interpretazione ha cominciato a vacillare e la stessa legittimità della Legge è stata messa in discussione. Le critiche si sono appuntate in primo luogo sulla discriminazione che essa perpetrerebbe in danno dei cittadini non ebrei dello stato di Israele e degli immigrati di diversa nazionalità. Un secondo rilievo attiene alla sua perdurante utilità, tenuto conto degli enormi cambiamenti che hanno investito la società israeliana dai tempi della fondazione dello Stato ad oggi¹⁰. Nel 1970, un emendamento, fortemente osteggiato dal *Chief Rabbinate*, ha esteso il 'diritto al ritorno' anche al coniuge di un ebreo, ai figli e ai nipoti di questi e ai rispettivi mariti e mogli.

⁶ Cfr. Einhorn (2008: 222).

⁷ All'indomani della Dichiarazione di Indipendenza (1948), i contrasti insorti in sede di Assemblea costituente circa la forma da attribuire alla costituzione israeliana sono sfociati nella emanazione della cd. 'Harari Resolution' (13 giugno 1950), in virtù della quale la Constituent Assembly ha mutato il proprio nome in Knesset, optando per l'emanazione di una costituzione composta di capitoli isolati, ciascuno dei quali è denominato *basic law* (Divrei Ha-Knesset, vol. 5, p. 1793: "the Constitution shall be composed of individual chapters, in such a manner that each of them shall constitute a basic law in itself. The individual chapters shall be brought before the Knesset [...] and all the chapters together will form the State Constitution").

⁸ Per una approfondita trattazione del dibattito che ha accompagnato l'emanazione della *Law of Return* si rinvia a Joppke (2005:157-70; 176-81; 192-218); Yakobson, Rubinstein (2008: 125-35), questi ultimi con particolare attenzione al contesto europeo e internazionale.

⁹ L'*Halacáh* (letteralmente 'strada') è la sezione legislativa del *Talmud*, contenente norme di vita e di comportamento.

¹⁰ Per questi rilievi cfr. Sapir, Goldfeder (2018: 204); Altschul (2002: 1345-1356).

Categorie di fatto coincidenti con quanti, pur non essendo ebrei in base alla *halachah*, erano stati vittime delle persecuzioni razziali fasciste e naziste¹¹.

Essere cittadino israeliano non significa, automaticamente, essere un ebreo. Profilo, quest'ultimo, particolarmente delicato là dove, secondo la legge mosaica, gli ebrei possono contrarre matrimonio solo tra loro, mentre non sono ammessi i matrimoni 'misti' (o interreligiosi) – tra ebrei e non ebrei (i cc.dd. gentili)¹² – e, pur se non tecnicamente vietati, sono considerati irrilevanti i matrimoni 'civili'. La proibizione per un ebreo di sposare un non ebreo si fonda sulla Bibbia; recita il Deuteronomio (7:3): “non darai tua figlia al loro figlio e non prenderai sua figlia per tuo figlio”. Tale impedimento riguarda, a rigore, indifferentemente uomini e donne; tuttavia, e a dispetto della citata regola sulla discendenza materna, il matrimonio dell'uomo con la straniera è più tollerato di quanto non lo sia quello della donna con lo straniero, poiché i figli nati da padre non ebreo sono considerati ebrei a tutti gli effetti. Lungi dall'alimentare una discriminazione razziale nei confronti dei gentili, il divieto risponde a un comandamento divino, da cui origina la responsabilità di ogni ebreo di adempiere ai precetti della *Toràh*. Il matrimonio misto è, dunque, contrario alla volontà di Dio.

Il giudizio di disvalore che circonda i matrimoni interreligiosi – sprezzanti della legge mosaica – non si estende a quelli celebrati tra ebrei che abbiano scelto in via esclusiva una cerimonia civile, non accompagnata cioè da una cerimonia religiosa, i quali mostrano di ignorare la *halachah*, senza porsi tuttavia in contrasto con essa¹³. In astratto, il diritto ebraico non impedisce dunque a una coppia di celebrare (anche) un matrimonio civile, ma, nei fatti, ove questo non sia semplicemente ancillare rispetto a quello religioso, nascono, sul piano pratico, problemi di coesistenza del diritto sacro con il diritto secolare, soprattutto per ciò che concerne lo *status personae*, problemi solo in parte risolti dalla recente legge sulle unioni civili (2010)¹⁴. Diffusa è, inoltre, la convinzione che siffatto sistema matrimoniale si ponga in insanabile contrasto con il diritto a sposarsi e a costituire una famiglia sancito dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo (art. 16)¹⁵.

Ci si domanda, ad esempio, se sia necessario il rilascio del certificato di divorzio da parte dei tribunali rabbinici – il cd. *get*, di cui si dirà in appresso – nel caso in cui i coniugi desiderino risposarsi (con cerimonia religiosa). Profilo, quest'ultimo, particolarmente controverso al punto da determinare vistose intromissioni delle corti statuali, sia israeliane sia straniere, nelle decisioni delle corti religiose in materia di relazioni coniugali nel segno dell'eguaglianza dei coniugi e della non discriminazione della

¹¹ Sul punto cfr. Mancini (2010:783), che riporta un aneddoto riguardante l'ex Ministro Golda Meier all'epoca in cui fu varata la modifica della Legge sul Ritorno: “se l'avere un legame di parentela con una persona ebrea era stato sufficiente per finire in una camera a gas, non poteva non soddisfare i requisiti per ottenere la cittadinanza israeliana”.

¹² In argomento cfr. Satlow (2001:133 ss.); Rabello (2003:31 ss.)

¹³ V'è una sostanziale differenza nella *halachah* tra matrimonio con disparità di culto e matrimonio civile giacché in quest'ultimo “laws of Moses and Israel are ignored; in cult marriages, they are openly rejected. Second, church or cult marriage is a contradiction of Jewish marriage, but civil marriage is not”, testualmente Lamm (1980: 171).

¹⁴ *Law on Spousal Agreements for Persons Without a Religion*, 5770-2010, at 428, SH No. 2235 (2010).

¹⁵ “Those that support civil marriage have claimed that Israel's current infrastructure violates the Universal Declaration of Human Rights, which states that ‘men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to find a family’”, così testualmente Altaras (2019:146).

donna. L'interrogativo – uno tra i tanti che circondano la materia delle relazioni coniugali – rimanda alla più ampia questione se sia preferibile che ciascuna tradizione religiosa resti la custode privilegiata del matrimonio tra i suoi aderenti attraverso le proprie istituzioni¹⁶. Discorrere di 'privatizzazione' del matrimonio all'interno di un modello giuridico complesso come quello israeliano rischia, tuttavia, di suonare banale e – a tratti – fuorviante. Occorre, piuttosto, porre mente al significato che il matrimonio religioso riveste all'interno del diritto ebraico. Il matrimonio, scandito da un minuzioso cerimoniale, risponde ad un comando divino – “amatevi e moltiplicatevi” (Genesi) – ed è sostanzialmente funzionale alla procreazione; il celibato è fortemente disincentivato secondo una visione che è territorio esclusivo della religione, rispetto alla quale lo Stato è considerato incompetente. Sin qui, notevoli sono i punti di contatto con la tradizione cristiana. Ciò che differenzia il matrimonio giudaico da quello cristiano è il dato per cui la dimensione sacramentale cede il passo a una connotazione contrattualizzata e sociale del vincolo, esemplificata dalla presenza del rabbino quale guida della sposa¹⁷ in luogo del prete. Per tal via, il diritto religioso assicura alla comunità giudaica il controllo dei matrimoni tra i propri membri, garantendo, nel contempo, che coloro i quali professano altre religioni celebrino il matrimonio secondo le proprie regole¹⁸. È, infatti, del tutto assente nell'ebraismo l'aspirazione all'universalismo tipica della cultura cristiana: il matrimonio ebraico riguarda soltanto gli ebrei¹⁹. Questo atteggiamento si giustifica non soltanto alla luce del dato che gli ebrei sono stati, storicamente, sin dai tempi della diaspora, abituati a essere una minoranza rispetto ad altre confessioni religiose (cristiana, mussulmana) o etnie, ma soprattutto perché il sistema *Millet*²⁰ – imposto dai dominatori ottomani ed ereditato dagli inglesi, prima, e dai padri fondatori dello stato di Israele, poi – consente a ciascuno di gestire gli affari concernenti la sfera religiosa secondo le proprie regole e le proprie tradizioni²¹.

Sono, infine, tendenzialmente riconosciuti²² i matrimoni civili celebrati all'estero, ad esempio nella vicina Cipro, e registrati in Israele – da taluni considerati una versione soft delle leggi contro l'incrocio di razze²³ – sulla scorta del principio di diritto internazionale privato della *lex loci celebrationis*.

¹⁶ È di quest'avviso Crane (2006:1247), il quale, con specifico riferimento all'esperienza statunitense osserva: “the more that marriage is reified as a secular and civil institution - for example, by a federal constitutional amendment defining marriage in a uniform manner for all states - the greater the threat to Jewish marriage as the province of Jewish law. It is sufficient support for the privatization argument that Jewish law has no use for civil marriage. Proving active hostility toward civil marriage is not required to make the privatization argument”. In termini generali cfr. Knouse (2012: 362 ss.)

¹⁷ Mihaly (1965: 290 ss.): “Jewish matrimony is not comparable to a 'sacrament' performed by a priest, for it is the *Jewish* bridegroom who weds the bride under the guidance of a rabbi or another qualified person”.

¹⁸ *Rabbinical Courts Jurisdiction (Marriage and Divorce Law)* 5713-1953, section 2.

¹⁹ L'aspetto è rimarcato da Crane (2010:1243).

²⁰ Il sistema “Millet” è illustrato da Sezgin (2010: 631-632).

²¹ Come osserva Glendon (1989: 15), il diritto israeliano “leaves matters of personal status to be decided by the religious or customary tribunals of the group involved”.

²² Halperin-Kaddari (2004: 244), dubita della validità dei matrimoni civili celebrati all'estero e poi registrati in Israele.

²³ Triger (2009: 479): “I call this a softened version of anti-miscegenation laws because although performance of intermarriage is impossible within Israel, such marriages, if performed abroad, are registered in Israel, with the couples enjoying some of the same benefits that couples married in Israel enjoy”.

3. Uguaglianza di genere e relazioni coniugali nell'orientamento della Corte Suprema: la disciplina del *get* ed il dramma delle mogli incatenate

La visione pan-religiosa della famiglia in Israele è, sin dalla metà dello scorso secolo, oggetto di rivendicazioni da parte del legislatore e della giurisprudenza, tesi a garantire il rispetto della tutela dei diritti fondamentali, e in particolare del principio di uguaglianza, all'interno delle relazioni coniugali. Numerosi sono stati gli interventi della *Knesset* in questa direzione: si pensi, tra le altre, alle leggi sulla protezione delle donne avverso le discriminazioni (*Equality of Women's Rights Law 1951*); sulle relazioni finanziarie tra coniugi (1973); sulla successione (1965); sulla dissoluzione del matrimonio in casi speciali (1969), e, più di recente, alla *Prevention of Sexual Harassment Law 1998*, volta a reprimere le molestie sessuali e lo sfruttamento, anche favorendo l'accesso delle donne – ivi comprese quelle arabe – al pubblico impiego (*Government Companies Law 1975*); alla legge – alquanto permissiva, pur se non esente dal dubbio di rispondere a finalità diverse dalla effettiva emancipazione della donna²⁴ – che consente di usufruire di tecniche di riproduzione assistita, ivi compreso l'affitto dell'utero (*Consent to Surrogacy Motherhood Law 1996*)²⁵.

Ancor più determinante è stato il contributo delle corti statuali e, sopra tutte, della Corte Suprema, la quale, forte di una opinione pubblica favorevole a una interpretazione in chiave maggiormente secolare delle relazioni coniugali, ha operato frequenti incursioni nel diritto halachico. Trattasi di interventi relativi non tanto al matrimonio *ex se* – istituto considerato emblematico della tradizione ebraica e dunque intoccabile – quanto al divorzio, e, in special modo, alle conseguenze economiche derivanti dalla dissoluzione del vincolo.

Nel diritto ebraico, le fonti (*Torah* e *Talmud*) non attribuiscono al divorzio una accezione di per sé negativa, giacché l'unione coniugale non è concepita come perpetua. Essendo, tuttavia, la famiglia considerata il nucleo essenziale del mondo ebraico, il presidio delle tradizioni da tramandare alle future generazioni, i *Beis Din* esperiranno ogni utile tentativo di conciliazione atto a superare la crisi coniugale e a ricostituire l'armonia familiare, prima di procedere alla dissoluzione dell'unione.

Il diritto halachico subordina il divorzio al rilascio di un documento, detto *get*, con il quale il marito comunica unilateralmente alla moglie la fine del matrimonio²⁶. In teoria, alla volontà dell'uomo di concedere il *get* corrisponde la volontà della donna di accettarlo. Nei fatti, e in spregio al principio di uguaglianza, ove la donna non voglia accettare il documento, la corte rabbinica la dichiarerà ribelle e il marito potrà risposarsi, mentre qualora il marito si rifiuti di concedere il *get*, la donna diverrà una *agunah*, una 'moglie incatenata'. Una *agunah* non potrà risposarsi e i figli nati fuori dal matrimonio

²⁴ Ad avviso di Mancini (2010: 796-797), la legge, similmente a quella che consente l'interruzione della gravidanza, è solo all'apparenza liberale; al contrario essa “sembra tesa a cristallizzare i ruoli di genere, più che a contribuire all'emancipazione delle donne nella sfera sessuale e riproduttiva”, essendo la maternità “profondamente radicata nella struttura patriarcale» e tradendo «un chiaro scopo pro-natalistico”.

²⁵ Sul tema cfr. Povarsky (1998: 409 ss.); Kahn (2000: 64 ss.).

²⁶ Deuteronomio (24.1): “Quand'uno avrà preso una donna e sarà divenuto suo marito, se avvenga ch'ella poi non gli sia più gradita perché ha trovato in lei qualcosa di vergognoso, scriva per lei un libello di ripudio e glielo consegni in mano e la mandi via di casa sua”.

(non sciolto) saranno considerati *mamzerim*, ovvero nati da una relazione adulterina, in quanto tali esclusi dalla comunità ebraica fino alla decima generazione e impossibilitati a sposarsi se non tra loro. A ciò si aggiunga che i mariti recalcitranti²⁷ spesso lasciano il paese e sempre meno di frequente sono destinatari di sanzioni da parte delle corti rabbiniche, condannando le donne – siano esse osservanti o meno – a restare incatenate al proprio marito.

La palese discriminazione di genere che si consuma per effetto della disciplina del *get* è stata, a più riprese, oggetto di interventi correttivi a opera della Corte Suprema, la quale, nel *leading case* *Bavly*²⁸ (1994), ha annullato la sentenza con la quale la corte rabbinica accordava a una donna divorziata un ristoro di ordine finanziario di gran lunga inferiore agli standard praticati dalle corti statuali. In motivazione si legge che tale divario è da reputarsi lesivo, oltre che della parità dei sessi, della certezza che deve ispirare i principi del diritto civile, i quali non possono variare in base ai tribunali dai quali i cittadini vengono giudicati. Per tal via la Corte Suprema ha affermato, nella sostanza, la propria competenza a giudicare, in qualità di organo di ultima istanza, le controversie decise da tutti i tribunali religiosi. Di analogo tenore il caso *Katz*²⁹ in cui essa, a distanza di due anni dal precedente *Bavly* ribadisce che le corti rabbiniche, in quanto organi di diritto pubblico istituiti in forza di una legge statale, sono subordinate alla legge stessa e pertanto non possono ostacolare gli individui che scelgono la giurisdizione civile.

Queste incursioni della Suprema Corte nel diritto mosaico non hanno, a oggi, condotto – come pure da molti auspicato³⁰ – ad un *civil enforcement* del divorzio, alla stregua di quanto è avvenuto in altri paesi nei quali consistente è la presenza della comunità ortodossa. In Canada, ad esempio, nello Stato dell'Ontario – con l'*Ontario's Family Law Act State 1990* – e, a livello di legislazione federale – con il *Divorce Act 1985*, sono state introdotte specifiche misure avverso il marito che si rifiuti di concedere il *get*, fornendo la base per una giurisprudenza³¹ che, senza indugio, sacrifica la libertà religiosa del marito al cospetto del diritto della donna, ebrea osservante e canadese, di liberarsi dalle catene del *get*.

Ancor più decisa è stata la risposta fornita, per via legislativa, dallo Stato di New York al problema delle *agunoth* con la *Second Get Law 1992*, che, emendando il precedente e più sfumato *Get Statute* del

²⁷ Kaplan, Perry (2005: 773 ss.)

²⁸ *Hava Bavly v. The Great Rabbinical Courts and Others*, HCJ 100/92, 48, (2), PD 221. Il caso è commentato da Halperin-Kaddari (1994:37); Halperin-Kaddari (2002: 18); Hirschl, Shachar (2005:205 ss).

²⁹ *Katz v. Jerusalem Regional Rabbinical Court*, HC, 3269/95, 50(4) P.D. 590.

³⁰ “The Supreme Court of Israel has not clearly or specifically addressed the balance between the rights and obligations of the husband and wife in the process of enforcing divorce judgments, neither before nor after the enactment of the of the two important constitutional Basic Laws enacted in 1992. A detailed policy analysis of the sanctions against recalcitrant spouses in Rabbinical courts in Israel—in light of the principles of Jewish and constitutional law in the country—has not yet been undertaken”. Così, Kaplan (2012: 1 ss.), il quale, nel denunciare l'assenza di indicazioni della Suprema Corte, propone di individuare sanzioni atte a garantire l'*enforcement* delle obbligazioni gravanti sui coniugi all'indomani del divorzio, in conformità del diritto ebraico e dei principi costituzionali).

³¹ Cfr. il caso deciso dalla Suprema Corte Canadese: *Bruker v. Marcovitz*, (2007), 3. S.C.R., 607, 2007 SCC 54.

1983, commisura l'assegno di mantenimento a favore della donna al pregiudizio da questa concretamente patito per effetto della sua condizione di *chained wife*³².

Il tema ha tenuto banco nelle aule giudiziarie dell'intero globo, compresi i paesi di *civil law*, dove sono rare, ma non infrequenti, le ipotesi in cui tribunali statuali fanno diretto riferimento alle regole religiose. In Olanda, ad esempio, sin dal 1982, la Corte Suprema sanziona la condotta del marito riluttante al rilascio del *get*, ancorché ravvisi in tale comportamento una fattispecie di *tort of negligence*, dunque di illecito, e non la violazione di un diritto della personalità.

Comparata alle esperienze straniere, la risposta del modello israeliano al dramma delle mogli incatenate sembrerebbe modesta e di scarso impatto. Tuttavia, le ragioni di questo *self restraint* sono molteplici e profonde: nessuna corte statale, inclusa la Suprema Corte israeliana, può obbligare un soggetto – il marito nel caso di specie – a compiere un atto, il rilascio del *get*, di contenuto squisitamente religioso. Neppure quando è in ballo il super principio di uguaglianza. Ciò spiega perché i giudici civili si limitino a incidere sul *quantum* del danno, morale e materiale, conseguente alla mancata concessione del documento divorzile e a occuparsi di questioni secondarie, relative al mantenimento e all'affidamento³³ dei figli; materie nelle quali le corti statuali hanno una competenza concorrente con quella dei tribunali rabbinici. In secondo luogo, occorre tener presente che Israele ha firmato e ratificato una serie di trattati internazionali che proibiscono la discriminazione (anche) di genere, ma non si è mai preoccupato di darvi attuazione con leggi dello Stato; sì che il diritto internazionale pattizio non può essere invocato ove confligga con la legislazione interna, nella fattispecie con la legge sulla giurisdizione dei tribunali ecclesiastici del 1953. La disciplina del matrimonio e delle relazioni familiari costituisce un fondamentale punto di snodo nei più ampi rapporti tra la componente laica, che è poi la più consistente, e la componente religiosa della popolazione israeliana, giacché rappresenta la cartina

³² Il cd. 'Get Statute' del 1983 subordinava l'ottenimento del divorzio civile all'eliminazione, da parte dell'attore, uomo o donna, di tutti gli ostacoli che si frapponevano al nuovo matrimonio dell'altro partner, prevedendo appositi rimedi. Il dettato della legge era tuttavia alquanto neutrale e sfumato e non risolveva il problema dell'impossibilità per la donna ebrea di divorziare in caso di mancata concessione del *get* da parte del marito recalcitrante. A questo intervento ha fatto seguito la *Second Get Law* del 1992 (*The Amendment of the Equitable Distribution Law of the State of New York*), il quale conferisce al giudice il potere di valutare, nella determinazione dell'assegno di mantenimento, i pregiudizievoli effetti che patisce la donna impossibilitata a risposarsi. Il disposto normativo ha suscitato, com'era prevedibile, vibrante proteste nella comunità ortodossa statunitense, per pretesa violazione del diritto mosaico e per presunta incostituzionalità, alimentando un vivace dibattito dottrinario – vieppiù all'indomani della legalizzazione dei *same sex marriages* da parte della U.S Supreme Court – tra fautori e detrattori della cd. 'privatizzazione' del matrimonio, ovvero del matrimonio governato esclusivamente da regole religiose.

³³ Nel caso *Amir* (*Amir v. Haifa District Court*, H.C., 5507/96, 50 (3) P.D. 321), la Corte Suprema ha annullato la decisione con la quale i tribunali religiosi statuivano che un padre divorziato, divenuto religioso, potesse decidere unilateralmente dell'educazione dei figli, malgrado questi fossero stati affidati alla madre.

al tornasole delle contraddizioni insite nello stesso *status quo agreement*, frutto del compromesso raggiunto all'epoca della Dichiarazione di indipendenza³⁴.

4. Lo 'Stato' e la 'Sinagoga'. Verso la secolarizzazione delle relazioni familiari?

Le sempre più frequenti incursioni della Suprema Corte nella materia delle relazioni coniugali testimoniano la diffusa convinzione che la giurisdizione dei tribunali religiosi non possa dar vita a oasi teocratiche all'interno del sistema giuridico israeliano, in spregio ai valori fondanti l'ordinamento, e, in particolare, al principio dell'uguaglianza, anche di genere (quasi un mito dell'ideologia sionista, simboleggiato dal caso delle soldatesse).

La questione si inserisce, a ben vedere, nel più ampio, e mai sopito, dibattito intorno al peso specifico da riconoscere al diritto religioso nel modello statale israeliano. Da una parte v'è chi attribuisce a esso una funzione meramente complementare, "as a decoration and not as serious source of substantive law"³⁵, cui la Corte Suprema farà ricorso solo a condizione che esso non si ponga in contrasto con il diritto secolare³⁶; altri, invece, annettono al diritto religioso un'importanza sostanziale e strategica nell'interpretazione che le corti statuali operano di nozioni quali *equity* e *policy* o di clausole generali come la buona fede, e non escludono che l'incorporazione del diritto mosaico rappresenti, in talune circostanze, la sola opzione ermeneutica sulla quale il massimo organo giurisprudenziale fonda le proprie decisioni.

L'orientamento incline a riconoscere il primato del diritto statale nella pluralità delle fonti ordinamentali non esita a ricorrere ad argomentazioni di carattere, per così dire, tecnico, che fanno leva sulla presunta incompatibilità della regola *stare decisis* con le decisioni emanate dalle corti rabbiniche in materie come quella dei rapporti coniugali. I precetti mosaici – si osserva – non sono idonei a fungere da *rationes decidendi* di casi giudicati da organi statuali giacché non consoni ai valori liberali e democratici che ispirano la moderna società israeliana³⁷, al punto da generare reazioni di 'rigetto' rispetto ad eventuali trapianti giuridici. Esclusa la loro valenza come precedenti vincolanti, i

³⁴ Sul difficile equilibrio tra corrente sionista laica – favorevole alla creazione di uno Stato che preservasse la cultura e la tradizione ebraiche, relegando la religione in una posizione subordinata – e corrente ortodossa – che rigetta ogni possibile relazione tra stato e religione, giungendo a negare legittimazione al (neonato) stato di Israele – cfr. le sempre attuali riflessioni di England (1987:185 ss.), e, più di recente, da Barak-Erez (2009: 2495 ss.).

³⁵ Bass, Cheshin (1978: 212).

³⁶ Cfr. HCJ 390/79 Dwaikat v. State of Israel 34(1) IsrSC 1, 17 [1980], nella traduzione di Zamir, Zysblat (1997: 383), ove si afferma: "Israel is a state where the Halakha is applied only in so far as secular law allows it".

³⁷ Sia pure dalla prospettiva dei diritti dell'uomo, il problema della compatibilità tra diritto religioso e diritto secolare è oggetto della riflessione di Wermuth (2011:1125): "The human rights values, sui generis to the Modern Era, do not have explicit sources in the corpora of Jewish law. In fact, depending on whose interpretation one accepts, Jewish law can at times stand antithetical to modern human rights values. This conundrum offers Israeli jurists the opportunity to reject the use of Jewish law in these areas or to find creative ways to base these modern freedoms on Jewish law principles otherwise not discussed or developed in previous centuries".

precetti religiosi rappresenterebbero, nondimeno, se correttamente impiegati³⁸, uno strumento ermeneutico utile a meglio comprendere e ad arricchire il patrimonio culturale del diritto israeliano³⁹. Il valore vincolante del precedente riprenderebbe, inoltre, vigore nel caso di decisioni vertenti su taluni ambiti del diritto privato, ad esempio il diritto dei contratti e la responsabilità civile, ove meno netta, ancorché non del tutto assente, è la contrapposizione tra principi religiosi e principi secolari.

Invero, quale che sia l'entità dell'influenza che si intenda accordare, in linea di principio, al diritto divino sul diritto statale, è un fatto che le corti secolari tentano di arginare, per via giudiziale, taluni (pretesi) eccessi del diritto religioso o di porre rimedio a sue (presunte) storture al fine di eliminare quei caratteri della disciplina delle relazioni coniugali che fanno assumere all'ordinamento israeliano tratti profondamente differenti da quelli rinvenibili nelle altre democrazie occidentali. Indefessa è, in tal senso, l'opera svolta dalla Corte Suprema, strenua paladina dei valori liberali – il principio di uguaglianza sopra tutti – reputati imprescindibili all'interno di uno stato che si autodefinisce (ebraico e) democratico. L'attivismo della corte è da imputare alla mancanza di una Costituzione in senso stretto, che – come si accennava – ha finito con l'attribuire alla Corte una funzione para-costituente, concretatasi nella formazione, a colpi di sentenze, di un vero e proprio *Judicial Bill of Rights*. A favorire questo ruolo di supplenza è stata, altresì, l'inerzia della *Knesset*⁴⁰, che si è scientemente astenuta da qualsivoglia intervento sullo *status quo agreement*, lasciando che fosse la giurisprudenza la garante del compromesso faticosamente raggiunto tra forze laiche e forze religiose del paese. Ampliando il novero dei diritti fondamentali, e forte della sua solida reputazione presso la collettività, la Corte è riuscita a rendere tollerabile l'accordo anche alla maggioranza laica della popolazione, che, per converso, ha dovuto, per così dire, metabolizzare il monopolio delle corti religiose nel diritto di famiglia. V'è pure, comunque, chi attribuisce al monopolio delle corti rabbiniche la funzione di preservare le differenti identità collettive in una società composita e multiculturale come quella israeliana⁴¹.

A dispetto di questo precario equilibrio, in dottrina va consolidandosi l'orientamento secondo cui il nodo dei rapporti stato-religione in Israele vada sciolto in termini meno ambigui di quanto non sia avvenuto con la Dichiarazione di indipendenza. Era prevedibile, si osserva, che l'incontro tra una religione antica come l'ebraismo e uno Stato di nuova costituzione avrebbe messo in pericolo la tenuta

³⁸ Ad avviso di Friedell (2009: 659), la Suprema Corte israeliana ha, in taluni casi, mal applicato il diritto religioso, ora decontestualizzandolo, ora introducendovi moderni concetti inconciliabili con esso; ora, infine, per riempire lacune che invece andavano colmate attraverso il ricorso al common law (conformemente alle indicazioni del *Foundation of Law Act* 1980: "Where the court, faced with a legal question requiring decision, finds no answer to it in statute law or case-law or by analogy, it shall decide it in light of the principles of freedom, justice, equity and peace of Israel's heritage").

³⁹ Sulla capacità di adattamento del diritto religioso cfr. Wermuth (2011:1125), ad avviso del quale è falsa la convinzione che esso sia incompatibile con la protezione dei diritti umani, laddove "the modern jurisprudence of many Israeli rabbis and the Supreme Court of Israel demonstrate that Jewish law can be interpreted consistently with modern human rights values".

⁴⁰ Per questi rilievi cfr. Mancini (2010: 799).

⁴¹ In questa prospettiva cfr. Shachar (2000: 57 ss.), la quale attribuisce allo *status quo agreement* una ulteriore funzione: garantire a ciascuna comunità presente nel paese la propria identità collettiva – scelta confermata dalla reiterazione del sistema *Millet* – e definire, nel contempo, chi sia ascrivibile, per nascita o per matrimonio, alla maggioranza nell'ambito della composita società israeliana.

di taluni dei valori propri della *western legal tradition*. Il dualismo tra diritto secolare e diritto religioso, particolarmente evidente nel diritto di famiglia e delle persone⁴², introduce infatti all'interno del modello israeliano una sorta di elemento federativo, che è responsabile delle tensioni tra i principi democratici e la tradizione religiosa.

Questa doppia anima dell'ordinamento giuridico è tradizionalmente interpretata e giustificata come l'inevitabile portato di un sistema nel quale diritto statale e diritto religioso sono inestricabilmente connessi. Tuttavia, questa non pare costituire una motivazione decisiva e assorbente ove si ponga mente al fatto che la commistione tra stato e religione esiste da tempo immemorabile e non è una prerogativa di Israele: Socrate fu processato poiché ritenuto colpevole di non credere negli dei; l'editto di Tessalonica impose il cristianesimo come religione ufficiale dell'impero romano, solo per fare degli esempi. Bisogna attendere l'età dei lumi perché emerga la necessità di una separazione tra potere secolare e potere religioso, e la previsione dell'*establishment clause* all'interno del *Bill of Rights* nord-americano perché il principio sia consacrato in un testo di legge, replicato in tutte le costituzioni moderne e democratiche a venire⁴³.

La soluzione per sanare questa dicotomia passa, allora, attraverso soluzioni drastiche, quali la privatizzazione del *Chief Rabbinate* – autorità che detiene il monopolio incontrastato della materia familiare –; l'emanazione di una legge sui matrimoni civili; la rinuncia della comunità ortodossa ad imporre la propria religione – che dovrebbe restare mero affare privato – come 'la' religione da professare nello Stato; la netta affermazione del principio della separazione tra lo Stato e la Sinagoga⁴⁴. La domanda è se ciò sia tecnicamente e culturalmente esigibile all'interno di un modello giuridico composito e complesso come quello israeliano, senza snaturarne la più intima essenza.

⁴² Sul punto sia consentito il rinvio a Saporito (2018: 1).

⁴³ Sul punto cfr. Stopler (2013: 150-151).

⁴⁴ Parafrasando Altaras (2019: 133), ad avviso del quale gli ebrei ortodossi sono un gruppo etnico che non può imporre allo stato di professare la religione ebraica. Lo stato di Israele, inteso come *Jewish State*, sta a indicare il diritto ancestrale degli ebrei di abitare la propria terra; pertanto, nella radicale prospettiva dell'A., "Separation is not only necessary to preserve Israel's democratic nature, but it is essential to preserve Israel's Jewish nature".

Bibliografia

- Altaras D., 2019, *Separation of Synagogue and State in Israel*, in *Ariz. J. Int'l & Comp. Law*, vol. 36, 146.
- Altshul M.J., 2002, *Israel's Law of Return and the Debate of Altering, Repealing, or Maintaining Its Present Language*, in *U.Ill. L. Rev.*, 1345-1356.
- Barak-Erez D., 2009, *Law and Religion under the Status Quo Model: Between Past Compromises and Constant Change*, in *Cardozo L. Rev.*, vol. 30, 2495 ss.
- Bass M., Cheshin D., 1978, *Jewish Law in the Judgments of the Supreme Court of the State of Israel*, in *Jewish L. Ann.*, vol. 1, 212.
- Cohn M., 2004, *Religious Courts and Religious Courts in Israel, The Jewish Case*, in *Scandinavian J. of Social Sciences*, 55
- Crane D.A., 2006, *Abolishing Civil Marriage: a "Judeo-Christian" Argument for Privatizing Marriage*, in *Cardozo L. Rev.*, vol. 27, 1247.
- Dazzetti S., 2010, *Le regole alimentari nella tradizione ebraica*, in *Dir. eccl.*, 1, 131-15.
- Einhorn V.T., 2008, *Same-Sex Family Unions in Israel*, in *Utrecht L. Rev.*, 222.
- Englard I., 198, *Law and Religion in Israel*, in *Am. J. Comp. Law*, 185
- Friedell S., 2009, *Some Observations about Jewish Law in Israel's Supreme Court*, in *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, vol. 8, 659
- Glendon M.A., 1989, *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, Chicago, 15.
- Halperin-Kaddari R., 1994, *Family Law and Jurisdiction in Israel and the Bawli Case*, in *Justice*, 37
- Halperin-Kaddari R., 2002, *Expressions of Legal Pluralism in Israel: The Interaction Between the High Court of Justice and Rabbinical Courts in Family Matters and Beyond*, in *Jewish Family Law in the State of Israel*, a cura di M.D.A. Freeman, State University of new York: Binghamton, 18.
- Halperin-Kaddari R., 2004, *Women in Israel: A State of Their Own*, [Philadelphia](#), 244.
- Hirschl R., 1997, *The 'Constitutional Revolution' and the Emergence of the New Economic Order in Israel*, in *Israel Studies*, 1, 136
- Hirschl R., Shachar A., 2005, *Constitutional Transformation, Gender Equality, and Religion/National Conflict in Israel: Tentative Progress through the Obstacle Course*, in *AA.VV., The Gender of Constitutional Jurisprudence*, a cura di B. Baines e R. Rubio-Marin, Cambridge, 205.
- Joppke C., 2005, *Selecting by Origin: Ethic Migration in the Liberal State*, 157-70; 176-81; 192-218.
- Yakobson, A. Rubinstein, 2008, *Israel and the Family of Nations: the Jewish Nation-State and Human Rights*, Routledge, 125-35.
- Kahn S. M., 2000, *Reproducing Jews: A Cultural Account of Assisted Conception in Israel*, Duke University Press, Durham, 64.
- Kaplan Y.S., 2012, *Enforcement of Divorce Judgments in Jewish Courts in Israel: The Interaction Between Religious and Constitutional Law*, in *Middle East Law and Governance*, 4, 1 ss.
- Knouse J., 2012, *Civil Marriage: Threat to Democracy*, in *Michigan Journal of Gender & Law.*, vol. 18, 362.
- Lamm M., 1980, *The Jewish Way in Love and Marriage*, San Francisco, 171.
- Lapidoth R., Corinaldi, 1994, *Freedom of Religion in Israel*, in *Rabello A.M., Israeli Report to the XIV International Congress of Comparative Law*, Jerusalem, 287.
- Mancini S., 2010, *Un infelice matrimonio di convenienza: la famiglia in Israele tra tradizione e modernità*, in *Dir. pub. comp. eur.*, II, 783.
- Mihaly E., *The Jewish View of Marriage*, 1965, in *The Jewish Marriage Anthology*, a cura di Goodmann P. e Goodman H., Jewish Publication Society, 290.

- Povarsky C., 1998, *Regulating Advanced Reproductive Technologies: A Comparative Analysis of Jewish and American Law*, in *U. Tol. L. Rev.*, vol. 29, 409.
- Rabello A.M., 2003, *Sulla recente problematica dei matrimoni misti nello Stato di Israele*, in *Annuario Direcom.* 31.
- Roszler I., 2017, *Law as a Prism into National Identity: The Case of Mishpat Ivri*, in *Univ. Pa. J. Int'l L.*, vol. 38, 715.
- Sapir G., Goldfeder M., 2018, *Law, Religion, and Immigration: Building Bridges with Express lanes*, in *Emory Int'l L. Rev.*, vol. 32, 204.
- Saporito L., 2018, *La fatale attrazione tra diritto sacro e diritto secolare nel modello israeliano: la giurisdizione dei tribunali rabbinici in materia di matrimonio e divorzio*, in *Rivista telematica (www.statoechiede.it)*, n. 9, 1 ss.
- Saporito L., 2021, *I consumatori del ghetto: cibo religioso e mercati alimentari*, in *Comparazione e diritto civile*, n. 1, 1 ss.
- Satlow M.L., 2001, *Jewish Marriage in Antiquity*, Princeton University Press, Princeton NJ, 133 s.
- Sezgin Y., *The Israeli Millet System: Examining Legal Pluralism Through Lenses of NationBuilding and Human Rights*, in *Israel Law Rev.* vol. 43, 631-632.
- Shachar A., 2000, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, 57. ss.
- Stopler G., 2013, *Religious Establishment, Pluralism and Equality in Israel—Can the Circle be Squared?*, in *2 Oxford J. L. & Religion*, vol. 2, 150-151.
- Triger Zvi H., 2009, *The Gendered Racial Formation: Foreign Men, "Our" Women, and the Law*, in *Women's Rights L. Rep.*, vol. 30, 479
- Wermuth D., *Human Rights in Jewish Law: Contemporary Juristic and Rabbinic Conceptions*, cit., 1125.
- Kaplan Y., Perry R., *Tort Liability of Recalcitrant Husbands*, in *Tel Aviv Univ. L. Rev.*, 2005, 773 ss.
- Yakobson A., Rubinstein A., 2008, *Israel and the Family of Nations: the Jewish Nation-State and Human Rights*. 125-35.
- Zamir I., Zyblat A., 1997, *Public Law in Israel*, 1997, 383.

Email address: livia.saporito@unicampania.it

Pubblicato il 12 marzo 2021