



diritto & religioni

Semestrale
Anno I - n. 1/2 2006
gennaio-dicembre

1/2

ISSN 1970-5301

 LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno I - N. 1/2-2006
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, A. Pandolfi
A. Bettetini, G. Lo Castro,
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli,
A. Autiero, G. J. Kaczyński,
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile
Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria
Diritto ecclesiastico e professioni legali

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
A. Fuccillo
F. De Gregorio
G. Carobene
G. Schiano
A. Guarino
F. De Gregorio, A. Fuccillo

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

La libertà religiosa nel periodo del Mandato Britannico in Palestina (1918-1948)

STEFANO TESTA BAPPENHEIM

La giurisdizione religiosa delle varie comunità confessionali residenti in Israele si è sviluppata in tre differenti periodi:

1. durante l'impero ottomano (fino al 1917), nel quale la religione di Stato era quella islamica, ma con molta tolleranza nei confronti delle altre religioni;
2. durante il Mandato Britannico (dal 1918 al 1948);
3. dalla fondazione, nel 1948, dello Stato di Israele; quest'ultimo ha introdotto l'eguaglianza e la reciproca non discriminazione delle differenti religioni.

Lo *status* religioso dei differenti gruppi religiosi mostra grandi differenze¹.

1. Il periodo ottomano

Benché, all'inizio di questo periodo, i maomettani siano stati poco tolleranti, con il passar del tempo la situazione cambiò. Gli appartenenti a religioni differenti da quella islamica rimasero obbligati al pagamento d'una tassa personale a vita (*Charag*), ed ebbero il permesso di continuare a praticare i loro riti religiosi.

I sovrani ottomani continuarono questa politica della tolleranza, accanto alla quale ebbe un ruolo importante anche un altro elemento: la pressione delle Potenze europee sull'impero ottomano, la quale raggiunse il suo apice

¹ Cfr. M.G. Belgiorio De Stefano, *La comparazione del diritto delle religioni del Libro*, Roma, 2002, *passim*; R.H. Drayton, *Laws of Palestine*, London, 1933; Y. Goldfine, *Religiöse Rechtsordnungen in Israel*, in *AfKK*, CXXXVII (1968), pagg. 95 ss.; ID., *Haskamat Hazdadim Kitnai Lesamchut Batei Hadin Harabaniin be-Israel*, Jerusalem, 1960; Y. Kister, *Law of Personal Status*, in AA.VV., *International Lawyers Convention in Israel*, Jerusalem, 1959, pagg. 248 ss.; E. Malchi, *Taskir Toldot Hamischpat be-Eretz Israel*, Tel Aviv, 1950; B. Scharshewski, *Dinei Mischpacha*, Jerusalem, 1958; G. Tedeschi, *Studies in Israel Law*, Jerusalem, 1969; E. Vitta, *The Conflict of Laws in Matters of Personal Status in Palestine*, Tel Aviv, 1947; G. Young, *Corps de droit ottoman*, voll. I-VII, Oxford, 1905-6.

nel secolo XIX: nell'impero ottomano, fino alla metà del secolo XIX, i tribunali religioso-sciariatici, che giudicavano sulla base del Fiqh, avevano competenza in tutte le controversie giudiziarie². I sovrani ottomani notarono, con l'instaurarsi di relazioni internazionali, che il diritto islamico, quale corrispondeva alle precedenti condizioni di vita, non rispondeva più alle necessità d'uno Stato moderno. Ai sovrani diventò anche chiaro come fosse politicamente poco saggio continuare a permettere ai cittadini di altri Stati di venir giudicati dalle speciali autorità giudiziarie consolari. Così il sultano Abdul Medschid I, con il "Chat el Sheriff" del 2 novembre 1839, aprì una nuova epoca, promettendo miglioramenti ed innovazioni nell'ordinamento giudiziario. Quest'epoca, durante la quale vennero promulgate molte nuove leggi, durò dal 1839 sino alla promulgazione del nuovo codice di procedura civile, nel 1879.

Una delle vie per esercitare influenza nelle questioni interne dell'impero ottomano fu proprio quella basata sulle comunità religiose.

I componenti di alcune di queste erano certo cittadini ottomani, ma essi erano anche molto legati all'una od all'altra grande potenza straniera sulla base della loro religione o della loro cultura.

I cattolici, ad esempio, sono stati sempre visti, all'interno dell'impero ottomano, sotto la protezione della Francia, sebbene non vi fosse alcun legame d'origine territoriale fra la Francia e questi cattolici.

Anche i Russi avevano qualche "figlioccio" nell'impero ottomano, ed in particolar modo la comunità greco-ortodossa, che aveva legami con la comunità slava³.

Dopo la conquista di Costantinopoli, nel 1453, il sultano Maometto II promulgò un *Firman*, un decreto, con il quale concesse ai cristiani ortodossi di continuare a praticare i loro riti religiosi⁴.

Questo decreto viene visto come il *Firman* per antonomasia, e da esso

² V. A. Fyzee, *Outline of Muhammadan Law*, London – New York – Bombay, 1955, pagg. 13 ss.; *Enzyklopädie des Islams*, Leipzig, 1908-1934, pagg. 158 ss.

³ In Israele questi privilegi, nella forma dei poteri relativamente ridotti che avevano i consoli stranieri, sono rintracciabili nell'art. 67 del *Palestine Order in Council* e nelle *Personal Status (Consular Powers) Regulations* del 1922, v. R.H. Drayton, *Laws of Palestine, cit.*, III, pag. 2781. Ex art. 214 del progetto della "Chock Hajachid we-Hamischpacha – 1955" (Legge sulle persone singole e la famiglia, 1955), § 4, le summenzionate "Regulations" sono state abolite. V. E. Pritsch, *Das schweizerische ZGB in der Türkei*, in *ZfVR*, LIX (1957), pagg. 123 ss.; ID., *Das schweizerische Zivilgesetzbuch in der türkischen Praxis*, in *RabelsZ*, XXIV (1959), pagg. 686 ss.

⁴ V. A. Beatram, *The Orthodox Privileges in Turkey*, in *JCL*, X (1909), pag. 1908. *Firman* indica qui i decreti del sultano, con i quali egli concesse determinati diritti ai non musulmani.

vengono fatti derivare i successivi decreti *Firman*, concessi per gli altri gruppi religiosi.

I diritti che le comunità ricevettero dipesero in larga misura, tuttavia, da quanto potente ed influente ogni comunità fosse.

Comunità che non fossero molto influenti dovettero lasciar regolare i propri rapporti interni secondo la *Sharia*; esse, perciò, s'adattarono col tempo al diritto islamico delle persone, di famiglia e delle successioni.

Un esempio di quest'interessante interdipendenza è l'applicazione, da parte della comunità cristiano-melchita nell'Israele del nord, del diritto successorio islamico.

I capi delle comunità religiose hanno avuto differenti diritti (*ad ex.*, emanare decreti, od incassare le tasse dei componenti della comunità), che si sono accresciuti con il tempo, e che riguardavano tutte le problematiche che oggi in Israele sono indicate come di "status personale"⁵.

Nel 1856 venne concessa la "*Hatti Humayon*" (Carta dei diritti), la quale conferma questi diritti religiosi.

2. Il periodo britannico

Gli Inglesi, dopo aver conquistato la Palestina (1917), lasciarono immutata la situazione giuridica suesposta⁶, e riconobbero l'intero diritto ottomano come ancora vigente in Palestina.

Questo può essere dimostrato dalla causa Rosenbaum contro Rosenbaum, del 1946⁷.

Così si pronunciò la Corte: "L'intenzione del legislatore era, a suo tempo,

⁵ Nella sua raffigurazione dell'impero ottomano, Pritsch (*cit.*, pag. 135) scrive che le comunità religiose non musulmane avevano costituito vari Stati nello Stato: esse erano assoggettate, per le questioni di status, diritto di famiglia ed ereditario, alle disposizioni della loro comunità religiosa, e si trovavano a tale riguardo sotto la giurisdizione e la competenza delle autorità religiose autorizzate dal governo, mentre al tempo stesso erano soggette, per tutte le altre questioni legali, alle disposizioni della sharia, e sottoposte alla giurisdizione delle corti che sulla sua base giudicavano.

⁶ Il diritto inglese non toccò quasi per nulla la questione dello status personale in Israele. Dopo il "Chock Nisuin we-Geruschin - 1957" (legge sui matrimoni ed i divorzi, 1957), queste questioni, che ex art. 48 del Palestine Order in Council non erano loro sottoposte, vennero decise da tribunali religiosi. V. Kister, *cit.*, pag. 244. V. anche § 151, c. 1, della "Chock Hajeruscha - 1965" (Legge matrimoniale) e § 212 "Hazaat Chock Hajachid we-Hanischpacha - 1953" (Legge sulle persone singole e la famiglia).

⁷ V. Berufung in der Zivilsache, 376/46; Psakim Eljonim, II, pag. 5.

quella di non modificare le situazioni giuridiche vigenti, ma di lasciar sussistere la giurisdizione dei differenti tribunali religiosi, com'era nel periodo turco, prima del Mandato britannico. Una prova di questo si trova forse nel decreto n. 42/1918 del maggior generale Moni, il comandante militare dei territori conquistati. Qui viene dichiarato: «La giurisdizione dei tribunali cristiani ed ebraici delle comunità, in merito alle controversie riguardanti lo *status* personale di cittadini ottomani, continuerà ad essere vigente come prima della conquista»⁸.

Alla base di questa politica stava anche l'art. 9 del regolamento del Mandato: «Il mandatario dev'essere responsabile, e quindi deve all'uopo provvedere, del fatto che nel territorio del Mandato l'attuale sistema dell'amministrazione della giustizia garantisca, tanto agli stranieri quanto ai nativi, una piena salvaguardia della loro posizione giuridica.

Ogni tutela dei legami giuridici personali dei differenti popoli e comunità, come pure dei loro interessi religiosi, dev'essere garantita. In particolar modo il controllo e l'amministrazione del *Waqf* saranno svolti in conformità con la legge religiosa e con le disposizioni dei fondatori»⁹.

Il *Waqf* è una particolare istituzione legata ad uno scopo specifico. Ve ne sono due tipi principali: quello privato, o fondazione familiare, i proventi della quale sono devoluti alla famiglia del fondatore e dopo la scomparsa di questa a scopi di beneficenza; e quello pubblico, fondazione di pubblica utilità per scopi religiosi o di beneficenza.

Sulla base di questa disposizione, il legislatore britannico ha redatto l'art. 64 del *Palestine Order in Council*, che recita:

“1. Le controversie concernenti lo *status* personale che riguardino gli stranieri (non musulmani) verranno decise dai tribunali distrettuali. Questi tribunali giudicheranno applicando il diritto personale delle parti, secondo le disposizioni che sono state emanate dall'Alto Commissario. Ciò accadrà a condizione che i tribunali non possano mai giudicare in questioni concernenti il diritto matrimoniale, tranne i casi espressamente previsti da specifiche disposizioni.

⁸ A questo proposito, è da sottolineare che, al contrario degli ebrei e dei cristiani, i musulmani non erano una 'comunità religiosa'. I musulmani erano 'la collettività', e solo i non musulmani avevano speciali normative.

⁹ § 9: “The Mandatory shall be responsible for seeing that the judicial system established in Palestine shall assure to foreigners, as well as to natives, a complete guarantee of their rights. Respect for the personal status of the various peoples and communities and for their religious interests shall be fully guaranteed. In particular, the control and administration of Wakfs shall be exercised in accordance with religious law and the dispositions of the founders”. V. anche R.H. Davison, *Reform in The Ottoman Empire, 1856-1876*, New Jersey, 1963, pagg. 256 ss.

2. Il diritto personale è il diritto dello Stato della parte interessata, tranne quando il diritto nazionale disponga che si debba giudicare secondo il diritto locale dello straniero. In questo caso si deve applicare il diritto di quest'ultima parte”¹⁰.

Questo significa che, se le leggi dello Stato non disponessero diversamente, i giudici giudicherebbero sulla base del c.d. *status* personale in queste controversie: per i cittadini del Mandato, ad esempio, secondo la legge delle comunità religiose (art. 47), e per gli stranieri, invece, secondo il diritto nazionale di questi ultimi. Così si è data esecuzione alla ricezione del diritto religioso nel periodo ottomano della Palestina¹¹.

Secondo tre articoli (artt. 52, 53 e 54) del *Palestine Order in Council*, il legislatore britannico s'è fatto carico, nel periodo del Mandato, della situazione giuridica, risalente al periodo dei Turchi, in merito alla giurisdizione dei tribunali religiosi, relativamente ai componenti delle loro comunità, per quanto riguardasse i contenziosi inerenti allo *status* personale.

Art. 52¹²: “I tribunali religiosi islamici eserciteranno una giurisdizione esclusiva nelle controversie sullo *status* personale dei musulmani, dei cittadini palestinesi e di quegli stranieri che fossero dal loro diritto nazionale assoggettati, per queste questioni di *status* personale, ai tribunali islamici....”.

Art. 53: “I tribunali della comunità ebraica:

1. eserciteranno una giurisdizione esclusiva per i contenziosi riguardanti il diritto matrimoniale, l'obbligo di pagare gli alimenti e l'autenticazione dei testamenti dei componenti di questa comunità che non siano stranieri, ex art. 59;

2. eserciteranno la giurisdizione per quanto riguarda le controversie di *status* personale degli ebrei stranieri, se entrambe le parti in causa accettassero questa giurisdizione;

¹⁰ È da menzionare il fatto che, con l'accordo delle parti, la loro controversia possa essere portata dinanzi a corti religiose, le quali debbono decidere sulle controversie di status personale delle parti, quand'anche queste fossero straniere. Questa disposizione si trova nell'art. 65 del *Palestine Order in Council*: “Nessuna disposizione dei precedenti articoli dev'essere intesa nel senso che gli stranieri non possano portare le controversie relative al loro status personale dinanzi a corti religiose”.

¹¹ Che inizia con il trattato del 1535 fra il sultano Solimano il magnifico e Francesco I, re di Francia. Questo trattato confermava la giurisdizione che era stata concessa ai consoli degli Stati stranieri, quando la parti fossero state straniere. Esso servirà da modello per i successivi trattati dei sultani: v. J. Brinton, *The Mixed Courts of Egypt*, New Haven, 1931, pagg. 288 ss.; N. Bentwich, *The Migration of the Common Law, VI-Israel*, London, 1960, pagg. 182 ss.; F. Goodby, in *Journ. comp. legist. intern. law*, 1924, pagg. 258 ss.

¹² Il testo originario di questo articolo è stato sostituito dall'art. 10 del *Palestine Order in Council* (Amendment, 1939).

3. eserciteranno una giurisdizione esclusiva su tutti i contenziosi che riguardassero la creazione o l'organizzazione di *Waqf*, od una consacrazione, che secondo un tribunale rabbinico siano regolate dal diritto ebraico”.

Art. 54: “I tribunali delle differenti comunità cristiane:

1. eserciteranno giurisdizione esclusiva in merito alle controversie relative al diritto matrimoniale (compreso il divorzio), all'obbligo di pagare gli alimenti ed all'autenticazione dei testamenti dei componenti di questa comunità che non siano stranieri, ex art. 59;

2. eserciteranno la giurisdizione per quanto riguarda contenziosi di *status* personale dei cristiani stranieri, se entrambe le parti in causa accettassero questa giurisdizione;

3. eserciteranno una giurisdizione esclusiva in ogni causa che riguardasse la creazione o l'organizzazione di *Waqf* o di consacrazioni che, secondo un tribunale religioso della comunità, se la comunità avesse un proprio diritto religioso, siano regolate da tale diritto”¹³.

Anche i tribunali civili ricevono dal legislatore la facoltà di giudicare in controversie relative allo *status* personale.

L'art. 47 prevede: “Secondo le disposizioni di questa parte del *Palestine Order in Council*, anche i tribunali civili avranno giurisdizione in merito alle cause di *status* personale delle persone in Palestina, come viene precisato dall'art. 51. Questa giurisdizione verrà esercitata secondo le leggi e le normative che verranno in seguito emanate, e nell'osservanza di queste leggi e normative i tribunali decideranno secondo il diritto di *status* personale delle parti.

Laddove sia stata iniziata in un tribunale statale una causa civile o penale nella quale, durante il processo, fosse stata sollevata una questione relativa allo *status* personale, e la sua risoluzione fosse necessaria per il prosieguo del processo, allora si può chiedere una perizia ad un giurista che sia specializzato in questo settore giuridico”.

Quest'articolo subordina il tribunale statale ad una giurisdizione concorrente in tutte le fattispecie che non ricadano nella giurisdizione esclusiva d'un tribunale religioso¹⁴.

¹³ Qui v'è un argomento a favore del fatto che i musulmani avessero uno status particolare anche durante il periodo del Mandato. Come già detto, i musulmani non erano una 'comunità religiosa'. L'art. 52 parla infatti di 'tribunali islamici', mentre gli artt. 53 e 54 parlano di 'tribunali della comunità ebraica' o 'delle differenti comunità cristiane'. Inoltre, al contrario del caso di ebrei e cristiani, il tribunale civile non ha nessuna competenza sulle questioni di status dei musulmani. La competenza esclusiva è dei tribunali religiosi, ed anche un'eventuale concorde volontà contraria di entrambe le parti non avrebbe qui nessuna rilevanza.

¹⁴ Per la migliore comprensione dell'art. 47, v. la causa Skornik contro Skornik, in Psakim Eljonim,

In relazione a ciò è necessario chiarire il significato dei due concetti di “questioni relative allo *status* personale” e di “comunità religiosa” nel diritto del Mandato ed in quello israeliano.

b) Le “questioni relative allo *status* personale”

Il significato del primo concetto è chiarito dall’art. 51 del *Palestine Order in Council*.

Art. 51: “In osservanza delle disposizioni dell’art. 64 e 67, la giurisdizione in merito alle controversie di *status* personale viene affidata ai tribunali delle comunità religiose secondo le disposizioni di questa parte.

Secondo queste disposizioni, il concetto di «questioni relative allo *status* personale» significa: contenziosi relativi a matrimoni e divorzi, al diritto agli alimenti, alla tutela¹⁵ dei figli legittimi minorenni e dei minorenni adottati, ai negozi giuridici con persone legalmente dichiarate incapaci, e, inoltre, ad eredità, testamenti, lasciti¹⁶ ed amministrazione dei beni degli assenti”.

Questa lista di fattispecie relative allo *status* personale¹⁷ è molto importante¹⁸.

XIV, 191/51, pag. 394: “Gli artt. 46 e 47 si riferiscono entrambi alla giurisdizione delle corti. Nell’art. 46 il legislatore ha stabilito il rinvio al Common Law ed all’Equity, qualora nel diritto ottomano ancora vigente o nelle ordinanze del Mandato non vi fosse nessuna soluzione alla controversia... L’art. 47 è un articolo di portata generale. Esso non definisce cosa sia il concetto di normativa sullo status personale, e non distingue fra cittadini stranieri, del Mandato ed apolidi. Relativo agli stranieri è l’art. 64, che contiene una disposizione esplicita, secondo la quale la normativa sullo status personale è il diritto nazionale, cioè il diritto dello Stato di cui sia cittadino lo straniero interessato. Ma relativo alle parti che non siano stranieri, l’art. 47 non contiene nessuna disposizione come l’art. 64. Solo in seguito le corti hanno chiarito che la normativa sullo status personale per cittadini del Mandato ed apolidi sia il loro diritto confessionale, come dice l’art. 47”.

¹⁵ V. la “Chock Imutz jeladim” (§§ 23 e 24).

¹⁶ V. la “Chock Hajeruscha – 1965”, §§ 151, 155 e 156b.

¹⁷ Anche il concetto di “status personale” è in dottrina poco chiaro. Questo concetto è più utilizzato nel sistema giuridico inglese. Una dettagliata spiegazione di questo concetto è in A. Beatram, *The Orthodox Privileges in Turkey*, cit., pagg. 134 ss., ed in W. Raeburn, *Dispense with the Personal Law*, in *Intern. Comp. Law Quart.*, XII (1963), pagg. 125 ss. Anche J. Brinton, *The Mixed Courts of Egypt*, cit., pag. 281, tratta del concetto, scrivendo: “The phrase ‘statut personnel’ is commonly translated by the term ‘personal status’ (see fon instance Art. 42, Treaty of Lausanne). Properly speaking the word ‘statut’ refers to a Law rather than a status. The ‘law of the personal status’ is a thus more correct rendering”.

¹⁸ A questo riguardo Scharschewski, pag. 13: “Tutti gli articoli del Palestine Order in Council precedentemente menzionati non si applicano al cd ‘diritto di famiglia’, ma alle normative sullo status personale. Per definire quest’ultimo concetto, vi è all’art. 51 un elenco con molteplici significati; perciò è da verificare in che misura questi concetti, che vengono considerati come proprî del diritto di famiglia siano ricompresi in quest’elenco. Ciò è molto importante, giacché solo i concetti di

In interdipendenza con essa si pone un problema, che, in realtà, è sempre un fenomeno concomitante con la ricezione del diritto.

È una problematica di diritto privato internazionale, chiamata problema di qualificazione.

È chiaro che i concetti enunciati nell'art. 51 venivano interpretati durante il periodo ottomano secondo il diritto religioso.

Ma ora, dopo che il legislatore inglese ha recepito, con gli artt. 51 e 46, le disposizioni relative ai diritti di *status* personale, si pone il problema di come debbano essere intesi questi concetti di diritti di *status* personale.

Essi debbono essere intesi secondo il diritto inglese, oppure secondo il diritto religioso delle differenti comunità?

diritto di famiglia che siano compresi in questa lista concernono la normativa sullo status personale, mentre tutti gli altri che non vi fossero ricompresi, anche se il loro contenuto concettuale rientrasse nell'ambito del diritto di famiglia, sarebbero sottoposti al locale diritto generale (leggi ottomane, disposizioni del Mandato e leggi israeliane)". Secondo questa opinione, l'art. 47 è molto vasto. Conformemente a questo articolo, il legislatore autorizza i tribunali civili, in generale, a decidere su questioni di status personale. Quest'autorizzazione è circoscritta solo da questa parte del Kings Order, ed è quindi da desumere che il diritto civile sia idoneo a risolvere tutti i problemi di diritto di famiglia che non rientrassero nella giurisdizione dei tribunali religiosi. Qui si vede già come il legislatore del Mandato – e successivamente il legislatore israeliano – mediante il § 11 del "Pkudat Sidrei Haschilton we-Hamischpat" abbia recepito il diritto in questo ambito. Così scrive E. Malchi, *Taskir Toldot Hamischpat be-Eretz Israel, cit.*, pag. 43: "Come già ricordato, queste comunità hanno un'autonomia religiosa ma nessuna autonomia giuridica. Le controversie che oggi vengono viste come questioni di diritto di famiglia, erano un tempo nell'ambito dell'autonomia delle comunità, poiché queste questioni giuridiche erano strettamente legate all'ufficio divino quotidiano ad alla religione. Dal momento che nell'islamismo la beneficenza è uno dei cinque principi base, l'autonomia religiosa ricomprende anche le questioni relative alla beneficenze. Il diritto al nome di consacrazione, matrimonio, divorzio ed il diritto di famiglia stesso erano trattate come una parte della religione. Poiché le questioni di eredità erano da un lato legate alla beneficenza, e dall'altro agli obblighi che un uomo aveva nei confronti della propria famiglia, anche queste questioni erano ricomprese nell'ambito dell'autonomia. Inoltre, i presidenti delle comunità hanno obblighi, in ragione della loro religione (ed in piena conformità con la religione islamica) nei confronti degli appartenenti alla loro comunità che non siano autonomi, come i minorenni, gli incapaci di mente e gli assenti. Anche queste questioni sono quindi ricomprese nell'ambito dell'autonomia, sebbene non abbiano un diretto collegamento con la religione". Durante l'impero ottomano, v. la circolare del marzo 1887 del ministro della giustizia turco (G. Young, *Corps de droit ottoman, cit.*, I, pag. 29), che enumera i poteri dei tribunali sciariatici e quelli dei tribunali civili: questi ultimi possono agire in ambito commerciale, penale, conflitti di interessi, risarcimento danni. La possibilità per le parti, in talune materie, di rivolgersi alla giurisdizione dei tribunali religiosi risale all'imperatore Onorio, 389 dC, ripresa nel *Corpus Iuris Civilis* (C 1, 9, 8): "Gli imperatori Arcadio e Onorio a Eutichiano, praef. praet. Quegli ebrei che vivano secondo il diritto romano comune, si debbono assolutamente, in quelle questioni che non riguardino la loro fede, ma i loro rapporti e diritti civili, rivolgere al procedimento giudiziario secondo il diritto romano. Se però alcuni di loro volessero portare le loro controversie giudiziarie dinanzi a correligionari, che entrambe le parti riconoscessero come giudici arbitri, cosa che però è possibile solo per questioni di diritto civile, allora ciò resta loro consentito, ed i giudici ordinarî debbono dare esecuzione a questi arbitrati. Dato a Costantinopoli, il 31 gennaio 398".

Questo è un problema di difficile soluzione, dal momento che il significato di questi concetti è differente a seconda che si prenda in esame, da un lato, l'art. 51 del *Palestine Order in Council* e, dall'altro, i diversi sistemi giuridici religiosi.

Se il diritto rinviante fosse decisivo, si dovrebbero interpretare questi concetti dell'art. 51 secondo il sistema giuridico inglese. Il diritto inglese ha (con il legislatore del Mandato) autorizzato i tribunali religiosi ad giudicare queste questioni: ciò significa che la giurisdizione proviene da esso¹⁹.

Accettando questo principio anche in relazione ai concetti dell'art. 51, si delinerebbe una situazione contraddittoria: la particolarità della giurisdizione religiosa consiste nel fatto che essa si basa su regole di origine divina.

Qui viene però richiesto ai tribunali religiosi di giudicare contro le proprie regole²⁰.

Le principali sentenze durante il periodo del Mandato ignorarono il problema della ricezione e della qualificazione, e stabilirono che i concetti dell'art. 51 dovessero venir interpretati secondo i diritti religiosi delle comunità²¹.

Per i due concetti di "Alimony" e "Maintenance" si ebbe un'eccezione, essendo essi stati interpretati secondo il diritto inglese, giacché non v'era nessun sistema giuridico religioso che rilevasse una differenza fra di essi.

Vennero fatti due tentativi per giustificare questa prassi dei tribunali:

1. il tentativo del giudice Agranat, nella causa "Rosenbaum contro Rosenbaum"²²: egli ritenne che il legislatore inglese si fosse proposto un decreto d'unitarie e generali definizioni per i differenti concetti indicati nell'art. 51 del *Palestine Order in Council*, per quanto riguarda sia la lingua inglese, che il legislatore utilizzò, sia il contenuto.

Ciò significa, in altre parole, che per comprendere un concetto che il legislatore avesse utilizzato in un articolo, ci si sarebbe dovuti rivolgere al diritto inglese e da questo trarre la definizione.

Questa è anche l'opinione di larga parte della Dottrina²³.

Si deve, quindi, mutuare la definizione dalla lingua e dalla giurisprudenza inglesi.

¹⁹ V. E. Vitta, *The Conflict of Laws in Matters of Personal Status in Palestine*, cit., pagg. 26 ss.

²⁰ V. Stark vs Rappresentanti dell'ufficio giudiziario, in Bagaz, *Sentenze della Corte suprema israeliana*, 32/31, in M. Levanon, *Current Law Reports*, 1945, V, pag. 50.

²¹ Alpert vs Rappresentanti dell'ufficio giudiziario, Corte speciale 1/28, in *Palestine Law Report*, 1920-1947, I, pag. 395; Hadad vs Hadad, 62/37, in M. Levanon, cit., II, pag. 133.

²² In *Psakim Eljonim* XIV, pag. 137

²³ Cfr. E. Vitta, *The Conflict of Laws in Matters of personal Status in Palestine*, cit., pag. 28.

Ma cosa viene assunto dal diritto inglese o dalla giurisprudenza inglese?

Secondo varî Autori non è da accettare l'ipotesi secondo la quale il legislatore inglese non sapesse che le categorie giuridiche non si accordano ai sistemi giuridici religiosi; bisognerebbe concludere, invece, che il legislatore inglese non intendesse che il significato degli istituti giuridici indicati nell'art. 51 fosse identico a quello nel diritto inglese, ma che questo volesse dare una definizione attraverso la quale le categorie in questione acquisissero in lingua inglese una qualità giuridica comprensibile.

Bisogna anche tener conto del fatto, però, d'aver a che fare con un diritto religioso, cioè con un tribunale particolare²⁴, quando esso deve giudicare se una questione rientri nell'ambito del diritto di *status* personale, e quindi sia sottoposta all'ambito della giurisdizione esclusiva dei tribunali religiosi, ed esaminare se questa questione racchiuda una categoria giuridica che sia simile anche nel diritto inglese.

Per una spiegazione più precisa ci si deve riallacciare all'esempio del testamento.

Agranat ritiene che non ci si debba attenere strettamente alle disposizioni del diritto inglese, ma al logico significato del concetto di "testamento".

Un testamento è la dichiarazione d'una persona in merito alle proprie intenzioni o volontà in merito al destino dei proprî beni dopo la morte.

Fra gli elementi d'un testamento rientrano la sua forma (scritta o verbale) e la possibilità di revocarlo.

Questi elementi concernono punti esterni all'ambito del logico significato del diritto inglese.

In merito a questi elementi viene deciso, perciò, in caso di contenziosi, secondo il diritto religioso.

2. Il secondo tentativo di distinguere fra il problema della qualificazione e quello del significato dei concetti dell'art. 51 si sviluppa come segue: il problema della qualificazione sussiste quando due sistemi giuridici accettano i medesimi principî giuridici, come ad esempio la differenza fra forma e contenuto, ma, mentre una questione venga qualificata da un sistema giuridico come un problema di merito, essa venga qualificata da un altro sistema giuridico come un problema di forma.

²⁴ L'art. 55 prevede: "Se si ponesse il problema di valutare se una determinata controversia rientrasse nel novero di quelle relative allo status personale, che sono sottoposte all'esclusiva giurisdizione dei tribunali religiosi, allora tale caso verrà portato dinanzi ad un tribunale speciale, la cui composizione dev'essere stata stabilita con decreto".

Il dilemma è, perciò, quale soluzione si debba preferire fra le due.

Non vi sarebbe, però, un problema di qualificazione, bensì solo difficoltà per la soluzione giuridica del problema.

Così nel diritto ebraico il padre è obbligato al pagamento degli alimenti al figlio illegittimo, s'egli lo avesse riconosciuto come suo.

Secondo il diritto inglese, invece, all'epoca del Mandato, non sussiste in un caso del genere alcun obbligo di mantenimento.

Ma anche secondo il diritto inglese il sostegno d'un padre verso un suo figlio illegittimo viene considerato come pagamento degli alimenti, solamente egli, secondo il diritto inglese, non vi era obbligato.

Secondo entrambi i sistemi giuridici il sostegno economico viene considerato come pagamento degli alimenti, ma solo l'obbligo giuridico di pagarlo è differente.

Una qualche forma di pagamento degli alimenti dovrebbe assolutamente venir fornita secondo il diritto ebraico, mentre il diritto inglese non vede tale imperativo categorico.

La stessa cosa si ha nel caso dei testamenti.

Se un testamento dev'essere sempre revocabile secondo il diritto inglese (ciò significa che il testatore può sempre modificare o anche distruggere il proprio testamento), ciò non significa che un testamento irrevocabile non sia un testamento valido, ma ciò significa solo che il diritto inglese non considera tale forma di testamento come giuridicamente obbligata.

Da ciò deriva quanto segue: poiché in ogni questione relativa ai diritti personali di *status* i concetti del diritto inglese si identificano con quelli del diritto ebraico, e le differenze emergono nella soluzione dei problemi, si giunge al risultato che, dal momento che il *Palestine Order in Council* devolve le controversie relative agli *status* personali ai tribunali religiosi, il tribunale religioso applicherà le proprie soluzioni giuridiche, ciò significa che giudicherà secondo il diritto religioso.

c) Le “comunità religiose”.

Il secondo concetto di “comunità religiose” ha avuto, tanto nel territorio dell'ex Mandato britannico, quanto anche oggi nello Stato d'Israele, un significato bisognoso di interpretazione, la quale non è la stessa per ogni comunità religiosa. Il legislatore del Mandato ha continuato a riconoscere gli *status* giuridici esistenti nella precedente epoca ottomana²⁵.

²⁵ Una comunità era stata, al tempo dei Turchi, riconosciuta come comunità religiosa in base alla sua

Secondo la seconda integrazione del *Palestine Order in Council*²⁶ queste comunità sono considerate come comunità religiose:

- 1) la comunità orientale-ortodossa,
- 2) la comunità romano-cattolica,
- 3) la comunità armeno-gregoriana,
- 4) la comunità armeno-cattolica,
- 5) la comunità siro-cattolica,
- 6) la comunità caldeo-uniata,
- 7) la comunità ebraica,
- 8) la comunità greco-cattolico-melchita,
- 9) la comunità maronita,
- 10) la comunità siro-ortodossa.

A questa lista sono da aggiungere anche i musulmani, che, come già detto, a causa del loro speciale *status* non erano stati menzionati dal legislatore mandatario²⁷.

Anche i Drusi sono oggi una comunità religiosa. Lo Stato di Israele ha riconosciuto loro questo *status*²⁸.

Al contrario non vennero riconosciute come comunità religiose altre collettività religiose, come i Copti, gli Assiro-nestoriani, e, soprattutto, i Protestanti.

I sistemi religiosi di alcune comunità debbono venir brevemente descritti.

Questi sistemi giuridici vennero recepiti prima nel Mandato britannico dal *Palestine Order in Council*, e successivamente anche in Israele, dal § 11 del *Pkudat Sidrei Haschilton we-Hamischpat*.

religione. Non era possibile che vi fossero due distinte comunità religiose della stessa religione. Inoltre, all'epoca dei Turchi, v'era la condizione che una comunità religiosa avesse un 'Firman' ed un patriarca. Alcune delle comunità cristiane oggi in Israele sono piccole (come quella caldeo-uniata), ma avendo esse nel periodo ottomano avuto un gran numero di componenti, gli Inglesi ereditarono questa situazione e recepirono le disposizioni normative, e per questo motivo i Caldei conservarono anche nel periodo del Mandato lo status di comunità religiosa.

²⁶ Come pure secondo l'integrazione del *Palestine Order in Council del 1933*, v. la *Inheritance Ordinance*, in R.H. Drayton, *Laws of Palestine, cit.*, II.

²⁷ V. J. Brinton, *The Mixed Courts of Egypt, cit.*, pagg. 276 ss.

²⁸ Il riconoscimento è dovuto a due ragioni: *in primis*, la religione drusa è differente da quella islamica, seguendo essa la legge mosaica, il Vangelo cristiano, il Corano ed altri articoli di fede. Gli Ottomani e gli Inglesi, tuttavia, non avevano riconosciuto i Drusi come religione indipendente, e perciò non li avevano enumerati fra le comunità religiose. *In secundis*, in seguito all'alleanza dei Drusi con lo Stato d'Israele, sia durante la guerra d'indipendenza del 1948, sia successivamente, essi vennero riconosciuti come comunità religiosa indipendente dalla "Takanot Edot Datioi (Irgun) (Eda-Drusit)", del 1957.

aa) I Musulmani.

Qui dev'essere solo ricordato che nel Mandato viene applicato il codice di diritto matrimoniale e di famiglia di Kadry Pascha.

bb) I Greco-ortodossi.

Il diritto della comunità greco-ortodossa è raccolto nel c.d. *Hexabiblos* dell'Harmoniopulo, un'opera del XIV secolo, che in fondo risale alle legislazione giustiniana. Il Patriarcato di Gerusalemme utilizza l'un po' più moderna raccolta di Karavokyros, del secolo XIX.

cc) Gli Armeno-cattolici.

Essi utilizzano un sistema giuridico tradizionale.

dd) I Romano-cattolici.

Nei tribunali della comunità romano-cattolica viene applicato il diritto canonico.

A questo proposito è da sottolineare che i Beduini in Palestina ricevono uno *status* particolare dal *Palestine Order in Council*²⁹.

Un tribunale religioso può, quindi, giudicare in merito alle questioni riguardanti lo *status* personale dei componenti della propria comunità.

Ma cosa accadrà se le parti d'un contenzioso appartenessero a due comunità differenti?

La risposta si trova nell'art. 55: "Se le parti d'un processo appartenessero a comunità religiose differenti, ogni parte può fare istanza al giudice più anziano, che deciderà a quale tribunale spetti la giurisdizione. Egli si può anche far consigliare dagli esperti della comunità.....".

Appare chiaramente come i poteri del giudice più anziano siano molto ampi, ed egli teoricamente può assegnare secondo i propri desideri la giurisdizione ad ogni tribunale.

Nella prassi, però, vi sono tre possibilità:

1. la controversia verrà giudicata dal tribunale religioso della comunità della parte A;

2. la controversia verrà giudicata dal tribunale religioso della comunità della parte B;

3. la controversia verrà giudicata dal tribunale civile.

Nell'art. 55 viene trattato un caso nel quale entrambe le parti appartengono a comunità religiose riconosciute. Cosa accadrebbe se una delle parti ap-

²⁹ L'art. 45 del *Palestine Order in Council* recita: "The High Commissioner may by order establish such separate Courts for the district of Beer-sheba and for such other tribal areas as he may think fit. Such Courts may apply tribal custom, so far as it not repugnant to natural justice or morality".

partenesse ad una comunità religiosa non riconosciuta? Appare chiaro che in caso del genere la giurisdizione sarebbe del tribunale civile, secondo l'art. 47.

Particolari difficoltà emergono se si vuol sapere secondo quale diritto positivo bisognerebbe giudicare in un caso come questo, cioè quando una parte appartenesse ad una comunità religiosa non riconosciuta.

Ad eccezione del caso Gorochow non vi sono altre soluzioni a casi di questo tipo nella giurisprudenza del Mandato.

È molto probabile si possa concludere sussista, in questo caso, una lacuna legislativa, ed in tal caso si dovrebbe, secondo l'art. 46 del *Palestine Order in Council*, applicare il diritto inglese.

2. La ricezione dell'ordinamento giuridico ebraico

Nelle comunità ebraiche vennero intraprese dai legislatori israeliani varie modifiche, in contrasto con le altre comunità religiose, con le quali le disposizioni del *Palestine Order in Council* sono rimaste in vigore.

Come già detto, nel 1856 venne emanato lo *Hatti Humayon*. Questa carta conteneva diritti per tutti i cittadini non musulmani nell'impero ottomano. Successivamente vennero emanati vari regolamenti sulla base di questa carta, e nel 1864 seguirono norme per la comunità ebraica. Nel paragrafo 29 di questi regolamenti si dice: "Tutte le questioni religiose sono rimesse al *Bet Din*".

Questa situazione giuridica venne mantenuta dagli Inglesi nel Mandato e poi dagli Israeliani in Israele.

Il *Bet Din* decide, ovviamente, secondo il diritto ebraico.

Il diritto ebraico ha giurisdizione universale su tutti gli Ebrei, ovunque vivano, a prescindere dalla loro nazionalità, cittadinanza, residenza o luogo di lavoro.

Secondo Agranat il diritto ebraico non è un diritto religioso³⁰.

Questa conclusione sarebbe indicata dallo sviluppo storico del popolo ebraico.

Inoltre sarebbe irrealistico pensare diversamente, cioè che gli Ebrei non religiosi fossero obbligati ad obbedire al diritto ebraico solo perché esso è un diritto religioso.

³⁰ V. Cohen e Busliks vs Avvocatura generale dello Stato, 238/53, in *Piskei Din*, XIV, pag. 278.

Al contrario, dice Agranat, il diritto ebraico è il diritto nazionale degli Ebrei in tutto il mondo.

Con il desiderio e la speranza del ritorno nella loro terra essi avrebbero conservato le loro peculiari caratteristiche nazionali, specialmente il diritto ebraico.

È vero, continua Agranat, che durante il lungo tempo nel quale gli Ebrei vissero fra le mura d'un ghetto, il diritto ebraico assunse forme sempre più religiose, ma esso non ha mai smesso d'essere il diritto nazionale, anche quando gli Ebrei lasciarono i ghetti.

Dopo l'emancipazione, infatti, essi avrebbero percepito molte cose del diritto ebraico come loro estranee.

Da ciò deriva che Achad Haam scrisse sul significato dello *Schulchan Aruch* nella vita del popolo ebraico:

“A quei tempi era il libro più adatto per la mentalità del nostro popolo... Questo libro è la dottrina, com'era accettata alla fine del Medioevo, come a suo tempo il Talmud fu la nostra dottrina, e come lo fu la Torah, quando il popolo viveva ancora nella sua terra. Questi tre eventi rappresentano tre livelli nell'evoluzione dello spirito popolare israeliano, ciascuno secondo le sue esigenze nei differenti periodi”.

Secondo larga parte della Dottrina, però, le parole di Haam provano il contrario. La Torah è un insieme di religione e di diritto, come il Talmud e lo *Schulchan Aruch*. Proprio perché la religione ebraica racchiude il diritto ebraico, è riuscito agli Ebrei di considerarsi come un popolo e non come una comunità religiosa.

Come già detto, non v'è nel *Palestine Order in Council* alcun articolo che stabilisca espressamente che le disposizioni giuridiche relative alle questioni sullo *status* personale debbano venir applicate dai tribunali civili.

I tribunali civili, però, così hanno fatto.

Contro la prassi si può addurre il fatto che l'art. 46 del *Palestine Order in Council* abbia recepito il diritto previgente, nella misura in cui non l'abbia modificato.

Nell'impero ottomano, però, i tribunali civili hanno applicato il diritto islamico. La logica conseguenza sarebbe quella di dover applicare ancora oggi il diritto islamico come diritto materiale nei processi relativi allo *status* personale. Ciò porterebbe, però, all'assurda conseguenza che anche i componenti delle comunità ebraica e cristiana sarebbero soggetti, per le questioni relative allo *status* personale, al diritto islamico.

Un significativo cambiamento nei diritti connessi allo *status* personale venne apportato nello Stato di Israele dalla *Chock Schiput Batei Din Rabanim* (Legge sulla giurisdizione dei tribunali rabbinici), del 1953.

Questa legge è un compromesso fra due tendenze estreme: nell'opinione pubblica israeliana molti volevano affidare la giurisdizione sulle questioni attinenti lo *status* personale ai tribunali rabbinici ed a nessun altro, mentre altri volevano limitare il più possibile l'ambito della giurisdizione rabbinica.

Alla fine, dunque, vinse la prima tendenza. Ciò può essere chiaramente visto dal primo paragrafo di questa legge: "*Matters of marriage and divorce of Jews in Israel, being nationals or residents of the state shall be under the exclusive jurisdiction of rabbinical courts*".

Nel secondo paragrafo di questa legge si trova la definizione in merito al diritto materiale: "*Marriages and divorces of Jews shall be performed in Israel in accordance with Jewish religious law*".