

Università degli studi di Napoli L'Orientale
Quaderni del Dipartimento di Scienze Umane e Sociali

1

Società multiculturali e diritto delle relazioni familiari

a cura di

Giuseppe Cataldi e Roberta Montinaro



UniorPress

In copertina: Francisco Laso, *Le tre razze, o L'uguaglianza di fronte alla legge*, 1859 ca., (c)
Museo de Arte de Lima, Peru – Google Art Project

Quaderni del Dipartimento di Scienze Umane e Sociali

Direttore

Giuseppe Cataldi

Comitato editoriale

Rossella Bonito Oliva, Giuseppe Cataldi, Flavia Giuseppina Cuturi, Giuseppe Carmine D'Alessandro, Alessandra De Chiara, Michele Gallo, Floriana Galluccio, Girolamo Imbruglia, Antonio Lopes, Luigi Mascilli Migliorini, Giuseppe Moricola, Riccardo Naldi, Andrea Pisani Massamormile, Rosario Sommella, Elena Tavani, Paolo Wulzer.

International Advisory Board

Alessandra Bonazzi, Giovanna Capitelli, Fabio Ciaramelli, Anna Maria Contini, Rafael Casado Raigón, David García Cueto, Carles Carreras i Verdaguer, Francesca Declich, Rita di Leo, Zeldia Alice Franceschi, Simonetta Grilli, Charles F. Hofacker, Marco Mariano, Ferdinando Menga, Mario Angelo Neve, Guido Samarani, Francesco Saraceno, Valentin Todorov, Stefania Zuliani.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

UniorPress

Via Nuova Marina, 59 - 80133, Napoli

ISBN: 978-88-6719-221-2

Il volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze Umane
e Sociali dell'Università degli studi di Napoli "L'Orientale"

Università degli studi di Napoli L'Orientale
Quaderni del Dipartimento di Scienze Umane e Sociali
1

Società multiculturali e diritto delle relazioni familiari

a cura di
Giuseppe Cataldi e Roberta Montinaro



UniorPress
Napoli 2021

Indice

Giampiero Moretti <i>Presentazione</i>	7
Giuseppe Cataldi <i>Diritto internazionale e pluralità delle culture</i>	11
Paola Parolari <i>Società multiculturali e interlegalità</i>	43
Stefania Dazzetti <i>Forme e pratiche del pluralismo religioso nello Stato di Israele. La tutela dei rapporti familiari</i>	63
Deborah Scolart <i>Questo matrimonio non s'ha da fare: né ora né mai? Riflessioni sul diritto islamico e la libertà matrimoniale</i>	91
Emanuele Bilotti <i>Principio monogamico, norma personalista e rilevanza di rapporti poligamici di fatto</i>	131
Marco Rizzuti <i>Ripudio e divorzi privati</i>	157
Michele Tamponi <i>L'educazione religiosa del minore nella società multiculturale</i>	187
Michele Corleto <i>Potestà genitoriale e libertà religiosa del minore: aspetti di diritto internazionale</i>	207

Ilaria Garaci	
<i>Identità culturale e best interest of the child</i>	231
Roberta Montinaro	
Società multiculturali e diritto delle relazioni familiari: itinerari di una ricerca	267
<i>Indice degli autori</i>	299

Presentazione

La realizzazione di questo bel volume trae spunto dalle relazioni svolte dai partecipanti al Convegno tenutosi il 22 ottobre 2019 presso il Rettorato dell'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale" e raccoglie il risultato delle riflessioni che ne sono seguite e che hanno visto il coinvolgimento di altri studiosi. Tale Convegno ero stato chiamato a introdurre in qualità di Direttore del Dipartimento che lo aveva organizzato; un'occasione che per me ha rappresentato la possibilità di tornare a riflettere su ambiti di cui purtroppo non mi occupavo da molto tempo.

Leggendo ora, nella loro stesura definitiva, i vari contributi, tutti davvero notevoli, vorrei qui prendere le mosse da un passaggio contenuto in quello dell'amico Professor Giuseppe Cataldi, il quale, ragionando con acume e sensibilità, così scrive: «A questo punto *occorre identificare un concetto comune di cultura universalmente accettabile da parte delle diverse entità socio-antropologiche che compongono la comunità internazionale*, e quindi evidenziare i limiti che la legittima aspirazione alla propria identità culturale incontra a ragione dell'esigenza del rispetto dei diritti umani. In altre parole, è auspicabile una posizione intermedia tra il relativismo culturale e l'universalismo, posizione che ci sentiamo di condividere: l'universalità esiste ma solo con riferimento ad alcuni concetti basilari in materia, particolarmente quelli relativi alla sacralità e dignità della vita umana» (*Infra*, p.). Tra un *universalismo* inevitabilmente "astratto", proprio delle legislazioni statali, e un *relativismo* del pari inevitabilmente "astratto", in quanto finisce per porre su di uno stesso (astratto, appunto) piano qualunque codificazione o consuetudine giuridica, è dunque giocoforza cercare di organizzare una riflessione che non voglia rimanere indifferente ai problemi sollevati dal Convegno e affrontati variamente nei saggi qui contenuti.

Il "campo" del diritto, considerato nella sua ampiezza non astratta, e conseguentemente quello della filosofia del diritto, come disciplina

che di quel campo è chiamata ad occuparsi in maniera altrettanto poco astratta e/o distaccata, può forse fungere da punto di riferimento per una piccola serie di considerazioni preliminari. Disciplina come poche (forse soltanto la medicina le è in ciò alla pari: non a caso è da tempo fiorita una bioetica che le due discipline in qualche modo connette) al confine tra scienze “dure” e *Humanities*, la giurisprudenza ed il diritto sembrano tra loro condividere ambiti che guardano sia al *fatto* sia al *contesto* del fatto, e non alternativamente, bensì contemporaneamente, laddove per “contesto”, in questa sede, intendo tutte quelle circostanze interne ed esterne che le relazioni a questo Convegno hanno ben messo in luce. Il “fatto” stesso della pluralità culturale variamente evocata non rimanda infatti immediatamente ad un “contesto” estremamente ampio di circostanze interne ed esterne al “fatto” stesso e dal quale né la giurisprudenza né tanto meno l’idea, i principi del diritto possono prescindere? Nel suo scritto del 1894 *Ideen über eine beschreibende und zergliedernde Psychologie* (*Idee su di una psicologia descrittiva ed analitica*), Wilhelm Dilthey poneva le basi per una distinzione che ancor oggi, nell’ambito indicato e con tutti i limiti invocabili, potrebbe forse risultare utile. Si tratta della peraltro ben nota distinzione tra *Verstehen* (comprendere) ed *Erklären* (spiegare); il primo “procedimento di pensiero” (mi esprimo qui in modo estremamente approssimativo, mi si scuserà) è, per Dilthey, tipico delle scienze umane, il secondo di quelle scientifiche. Non mette conto, ora, richiamare l’orizzonte filosofico all’interno del quale Dilthey giunse alla sua formulazione, poiché mi sembra che l’oggetto di questo Convegno, le tematiche che esso ha affrontato e attorno alle quali si è cercato di ragionare, richiedano (quasi a gran voce) una loro comprensione oltre che una (pur necessaria) loro spiegazione, e che il giurista venga in questa sollecitato ad un esercizio di (indispensabile) contemporaneità nel suo riflettere ed agire.

Tanto la *comprensione*, quanto la *spiegazione* (di un evento-fenomeno), rappresentano un tentativo di rinviare (comprensivamente) o di sussumere (in termini logico-razionali) la singolarità-individualità,

che si offre allo studioso (in questo caso al giurista), ad una universalità che supera od oltrepassa il fatto-evento singolo, e in qualche misura può costituirne un orizzonte “superiore”; se in questo quadro aggiungiamo che la comprensione, per essere autentica e fondata, fa riferimento ad una sorta di rapporto “empatico” con il fatto-evento, mentre la spiegazione, generalmente, suole e vuole prescindere proprio dall’empatia suddetta, ecco che il quadro, già di per sé non semplice, pare complicarsi vieppiù. E tuttavia: non si richiede, affinché la soluzione offerta sia *giusta*, che le fattispecie che riguardano il fenomeno migratorio ed il suo amplissimo contesto vengano *contemporaneamente* affrontate sia empaticamente sia nella sfera del diritto positivo vigente? È (anche; forse non solo) in questo senso che mi sembra di capire venga auspicata quella posizione intermedia cui si faceva riferimento più sopra. Passo ora all’ultimo punto, che mi sembra pure non secondario, nello scenario che qui si prospetta.

Quella della contemporaneità è (forse) la sfera dell’equità, concretamente vissuta ed applicata. Esercizio difficilissimo, che prevede, per riuscire (quasi mai purtroppo riesce), un raccordo tra empatizzazione e diritto positivo capace di poggiare sull’esperienza (interna-esterna) del *tempo*. Occorre cioè un esercizio giuridico che sia in grado di conciliare, nella decisione del singolo caso, l’appartenenza di tale fattispecie sia all’irripetibilità (nel tempo) dell’individuale-singolare sia alla norma positiva come orizzonte di una ripetibilità *non identica ma simile*. Il confine di tale ricorso analogico al simile va di volta in volta tracciato a partire dall’empatica comprensione del caso singolo, a partire cioè dall’esperienza del tempo (interna-esterna) che tutti gli attori del caso sperimentano; non tutti i “tempi” sono uguali. Eppure tutti, se autenticamente vissuti, hanno una loro ragione d’essere. Essenziale, nell’orizzonte che così si delinea, è ad esempio l’abbandono dell’idea meccanica di “progresso”, e del suo inevitabile corollario secondo il quale l’antico è “peggiore” dell’attuale; del pari, fondamentale è il rifiuto del relativismo astratto che pone ogni cultura, e dunque meccanicamente *ogni*

manifestazione di tale cultura, su di un piano di indifferentismo nei confronti della sua accettazione. Ma, e qui, chiudo, soltanto il tempo potrà dire l'ultima parola su di un suo possibile ingresso nell'orizzonte delle problematiche affrontate in questo così stimolante Convegno.

Giampiero Moretti

Giuseppe Cataldi

Diritto Internazionale e pluralità delle culture

1. Alberico Gentili, uno dei massimi testimoni degli effetti delle persecuzioni religiose nell'età della Riforma e della Controriforma, costretto ad emigrare in quanto colpevole di idee non ammesse, ammoniva: "At qui in alia civitate sunt, hi si vivunt aliter atque nos vivimus in civitate nostra, nos utique non offendunt" ("Coloro che vivono in un altro Stato seguendo le loro usanze, mentre noi seguiamo le nostre nel nostro Stato, certamente non per questo ci offendono") in quanto "Coniugium quoddam Dei et hominis est religio" ("La religione esprime un rapporto tra uomo e Dio", e cioè non tra uomo ed uomo"), sottolineando la religione come fenomeno interiore e, quindi, come rapporto tra l'uomo e Dio il che implica: "Silete theologi in munere alieno!" sottolineando la necessità di distinguere l'autonomia della valutazione giuridico-politica degli avvenimenti, in particolare della guerra, senza immistione di giudizi di valore di tipo religioso. Entrambe le citazioni sono rintracciabili nel *De Jure Belli* pubblicato nel 1598, opera summa del pensiero politico-giuridico del Gentili tanto originale e lungimirante al suo tempo e tanto attuale oggi.

Nonostante l'evoluzione che il diritto internazionale ha conosciuto in tale ambito, resta pur vero che "scontri" ed intolleranze, motivati dall'appartenenza a credi e religioni diverse, continuano, in forma più o meno grave, ancora oggi a manifestarsi. Dalla notte dei tempi i conflitti di matrice religiosa sono numerosi: dalle crociate alla recente repressione cinese dei monaci tibetani; passando per gli interventi militari dell'occidente sul territorio della ex Jugoslavia decisi a difendere i musulmani della Bosnia e del Kosovo dai serbi ortodossi e dai croati cristiani, alla vicenda endemica del conflitto in Palestina. E un aspetto che spesso caratterizza tali conflitti consiste nella distruzione di edifici e simboli religiosi che non vengono colpiti perché, essendo immobili, rappresentano un bersaglio facile o perché si

vuole distruggere l'opera in sé, ma per il loro significato simbolico in quanto strumento di memoria dell'identità religiosa e/o culturale di una collettività. Si ricordi ad esempio il caso del ponte di Mostar e dei Buddha di Bamiyan. In conclusione, la religione, sia nel passato che nel presente si presenta alternativamente come la principale forza motrice e distruttiva delle idee di libertà, andando, in tal modo, contro i suoi stessi precetti di pace e divenendo strumento di conflitti e guerre.

Il monito di alcuni studiosi va, dunque, nella direzione di evitare la definizione di "guerra di religione" e di "scontro di civiltà", profetizzato da Samuel Huntington e nel senso di riconoscere, al contrario, che ci troviamo di fronte ad uno "scontro di intolleranze", nelle quali la religione si trasforma in un'arma nelle mani del potere. Questo è riscontrabile soprattutto nelle religioni monoteistiche che, con la loro concezione di un Dio unico, tendono a presentare un concetto di verità assoluta, di per sé intollerante, andando, in tal modo, a ridurre lo spazio "delle verità" di cui possono essere portatrici tutte le altre religioni. Una tolleranza, dunque, che va costruita, per richiamare le interessanti affermazioni del giurista Gustavo Zagrebelsky, attraverso le "ragioni del dubbio" che promuove dialogo e confronto al fine della costruzione di una verità suscettibile di essere continuamente riesaminata e riscoperta. "È necessario — scrive Zagrebelsky — che tutte le convinzioni e le fedi cessino di essere verità e si trasformino in opinioni quando diventano pubbliche. Senza questa capacità di trasformazione non si dà dialogo, così spesso retoricamente invocato e tanto meno democrazia". L'etica del dubbio che apre alla ricerca del dialogo tra posizioni differenti, non è, quindi, contraria alla "verità", ne è, anzi, il presupposto ma, solo partendo dalla consapevolezza che nessuno può possederla.

Emerge, pertanto, la necessità di incrementare il dialogo interreligioso, per aumentare la conoscenza delle e tra le religioni, capirne le differenze, i punti di contatto, creando un deterrente a qualunque tipo di intolleranza e reperendo tra regole che appaiono entrambe giuste quella più equa. È necessario, insomma, ritornare alla mitezza, all'equilibrio, all'apertura di Gentili che, nel suo *De Jure Belli*, teorizzava già ai suoi tempi l'esigenza di

“interventi di umanità” (divenuti di attualità, come è noto, solo dopo il 1989 nella prassi internazionale) e ricordare, ancora una volta, il suo monito a difesa della libertà di coscienza e della tolleranza religiosa: “Religio eius est naturae, ut compelli ad eam invitus nullus debeat” (“La religione di ciascuno è un fatto naturale, tanto che nessuno senza volerlo debba esservi costretto con la forza”).

La crescita esponenziale del fenomeno delle migrazioni internazionali di cui noi tutti siamo testimoni ha come primo effetto, di facile intuizione, l’incontro/scontro tra identità culturali a volte profondamente divergenti in quanto portatrici di differenti modelli religiosi, sociali, comportamentali, valoriali, etc. Ma l’ampiezza che ha assunto, oggi, questo fenomeno impone anche una necessaria ridefinizione non solo dei “luoghi” in cui si svolge la vita di comunità ma anche della composizione dei diritti e dei doveri sui quali la comunità ospitante stessa si fonda, innescando un processo di trasformazione in senso multiculturale e multi-religioso. In questo processo di integrazione, ben lungi dall’essere oggi giorno compiuto in alcuno Stato, è centrale il tema della tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali e, in particolar modo, della libertà di coscienza, di religione e di espressione la cui garanzia è riconosciuta come il fondamento di una società che si dice democratica. In questo contesto, quindi, indispensabile è un riesame dei canoni di analisi dei temi legati allo studio delle libertà suddette e del delicato problema del bilanciamento tra diritti individuali e diritti collettivi.

In molti contesti l’identità culturale è percepita come definizione di parti di un conflitto. L’uso di espressioni come ‘relativismo culturale’ riflette talora un disaccordo di fondo, spesso riferito ai diritti umani oppure ad altre aree dei rapporti interstatuali. La cultura come fonte di conflitti è alla base della percezione del mondo dopo la guerra fredda nella già ricordata catastrofica previsione di S. Huntington.

Esiste, tuttavia, una percezione ‘altra’, che è quella, utile alla contribuzione della cultura al Diritto internazionale, che è l’introduzione della nozione di diversità e pluralismo al fine di facilitare lo scambio di

esperienze, idee, valori. L'identità culturale diventa coesistenza o convergenza quando l'incontro, favorito oggi da quella che definiamo 'globalizzazione', insegna alle persone a imparare dalle culture diverse dalla propria, sfuggendo a un'interpretazione troppo rigorosa delle ragioni della tutela della sovranità dello Stato, che del sistema internazionale costituisce ancora oggi il presupposto essenziale. Tornando al diritto, è evidente che esso può solo tentare di affermare valori condivisi e quindi universali, non potendo certo pretendere di fornire l'"universalità". La stessa Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, nonostante il nome, è stata da sempre intesa come contenente regole che "aspirano" all'universalità.

Quale rapporto c'è tra cultura e fonti del Diritto internazionale? Un esempio ancora formidabile è fornito dall'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, laddove si dice che la Corte, la cui funzione è decidere le controversie che le sono sottoposte, applica – oltre alle convenzioni internazionali, generali o speciali, che istituiscono delle regole espressamente riconosciute dagli Stati in lite, e alla consuetudine internazionale, che attesta una pratica generale accettata come diritto – i *Principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni 'civili'*. Di qui l'importanza di una definizione di 'civiltà'. Ovviamente non è più possibile, al contrario di quanto accadeva a proposito dell'identica formulazione contenuta nello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, accontentarsi di una definizione 'eurocentrica'. Dal punto di vista della Carta delle Nazioni Unite e degli sviluppi successivi occorre prendere in considerazione tradizioni e sistemi giuridici differenti e talvolta distanti.

Ma a quale livello localizzare la 'cultura'? Occorre prescindere dagli Stati e fare riferimento ai 'popoli'? È quanto previsto nelle due disposizioni gemelle dell'art. 1 dei due Patti del 1966 delle Nazioni Unite sui diritti dell'uomo, laddove, dopo aver affermato il diritto di autodeterminazione di tutti i popoli, si precisa che i popoli liberamente perseguiranno il loro 'sviluppo culturale'. Questa espressione è poi ripresa e

riferita ai popoli indigeni nel 2007 nella “Dichiarazione dei diritti dei popoli indigeni”. La Convenzione UNESCO del 20 ottobre 2005 sulla promozione e protezione della diversità delle espressioni culturali, al termine ‘popoli’ aggiunge ‘società’. Il suo art. 4 parla anche di ‘gruppi’. Ne consegue che entità relativamente piccole sono accettate come punto di riferimento dal Diritto internazionale. Ciò come si concilia con l’universalismo e con la sovranità statale, in particolare con il dato ineliminabile per cui sono gli Stati essenzialmente a produrre il Diritto internazionale?

In questa domanda è la sfida, in sintesi: da un lato, la necessaria attenzione alle realtà locali senza cadere nella banalizzazione provinciale delle ‘guerre di campanile’, dall’altro, e nello stesso tempo, perseguire aspirazioni universalistiche senza dimenticare la ricchezza che ogni ‘gruppo’, anche piccolo, sa esprimere. Come far convivere *Global* e *Local*? Ci sono strumenti che il diritto ha elaborato, teorie giurisprudenziali ben note, come la dottrina del ‘margine di apprezzamento’ (si veda in particolare la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani fin dalla sentenza del 7 dicembre 1976 nel caso *Handyside c. Regno Unito*) o le cd. *Limitation Clauses* contenute nei trattati internazionali sui diritti umani. Lo stesso, e ben noto, ‘principio di sussidiarietà’ va nella stessa direzione, così come il concetto internazionalprivatistico di ‘ordine pubblico internazionale’ nell’interpretazione restrittiva oggi prevalente. Alla stessa logica, peraltro, si riconduce, sia pure *a contrario*, l’applicazione della cd. teoria dei ‘contro-limiti’.

Altro dato indicativo di base su cui riflettere è il cd. ‘fattore tempo’. Il rispetto della diversità culturale non vuol dire necessariamente ‘cristallizzazione’ dell’una o dell’altra cultura. Due o più culture a confronto mutano e si contaminano in maniera creativa e casuale. Questo è un dato dal quale non si può prescindere, né ha senso cercare di ostacolarlo. La storia dell’umanità e delle migrazioni ci dimostra che tentare di opporsi a questa circostanza ineluttabile costituisce uno sforzo stupido e inutile. Al diritto spetta il compito di prenderne atto e di disciplinare, di conseguenza, i relativi (nuovi) rapporti che ne scaturiscono.

2. La pluralità delle culture e la necessità di tutelare le differenze trovano il loro naturale e forse più complesso banco di prova nella regolamentazione di fattispecie internazionalprivatistiche, quelle fattispecie di diritto privato, cioè, che non si collocano interamente ed esclusivamente all'interno di un unico ordinamento giuridico, ma che risultano simultaneamente collegate con più ordinamenti statali. Quando gli ordinamenti differiscono tra loro in modo radicale per l'intrinseca e irriducibile diversità di valori culturali e di principi generali accolti, i normali conflitti tra ordinamenti, cui danno luogo le suddette fattispecie, diventano dei veri e propri 'conflitti di civiltà'. Ciò accade sovente, soprattutto a seguito dei massicci fenomeni migratori in atto, quando entrano in rapporto ordinamenti 'laici' con ordinamenti fortemente connotati da fattori religiosi, come quelli islamici, in particolare se la fattispecie riguarda il diritto di famiglia e gli *status* personali. Basti pensare alle difficoltà di accogliere all'interno di ordinamenti laici istituti come la poligamia, il ripudio, i matrimoni a tempo, o normative che impediscano l'accertamento del rapporto di filiazione naturale, vietino l'adozione o prevedano discriminazioni tra uomo e donna in materia successoria.

Dinanzi a tali difficoltà gli ordinamenti laici adottano soluzioni diverse, improntate ad atteggiamenti ora di chiusura, ora di prudente apertura a tali istituti e normative, al fine, in questo caso, di rispettare l'identità culturale delle parti del rapporto giuridico internazionalprivatistico. La linea di chiusura è talvolta perseguita attraverso l'identificazione tra *forum* e *ius* o mediante il ricorso massiccio a norme di applicazione necessaria o di diritto internazionale privato materialmente improntate alla difesa di valori caratterizzanti del foro ovvero, infine, e più spesso, attraverso il ricorso sistematico all'ordine pubblico internazionale (materiale e processuale). La linea di apertura ai valori giuridici stranieri, in funzione di tutela dell'identità culturale, è normalmente attuata mediante l'uso del criterio di collegamento della cittadinanza per la determinazione della legge applicabile e, soprattutto, mitigando in vario modo il ricorso all'ordine pubblico internazionale.

Ma anche il diritto internazionale dell'economia, e il diritto del commercio internazionale, risultano fortemente connotati dall'esigenza di tener conto del dato "culturale". Occorre partire dalla consapevolezza per cui l'accentuazione dei fenomeni dell'interdipendenza economica, commerciale e dei mercati internazionali ha favorito la progressiva affermazione, nel panorama economico internazionale, delle imprese multinazionali. Il legame esistente tra diversità culturali e società multinazionali può essere sia positivo sia negativo. È positivo quando le imprese accettano le sfide della diversità, traendo profitto dalle risorse che essa offre. Che si tratti della concezione di prodotti, della creazione delle loro immagini o dell'elaborazione di strategie di *marketing* o dell'organizzazione delle imprese e delle loro politiche concernenti il personale, la diversità culturale è un fattore essenziale da tener presente nelle operazioni commerciali su scala mondiale. Le multinazionali sono sempre più consapevoli dei benefici che possono trarre diversificando i loro prodotti per entrare in nuovi mercati e per rispondere alle attese dei consumatori locali. Tuttavia il legame tra multinazionali e il diverso grado di protezione dei diritti civili e politici o di quelli economici, sociali e culturali (collegato spesso a diversità culturali) può essere del tutto negativo. L'esigenza, da parte di numerosi Paesi, di attrarre investimenti esteri può, infatti, provocare una "corsa verso il basso" nella tutela dei diritti umani e di quelli sociali in particolare. A ciò si aggiunge la delocalizzazione delle attività e dei processi produttivi nei c.d. 'Stati falliti', nei quali la tutela dei diritti umani è del tutto inesistente. Di qui la richiesta di una condotta etica nell'esercizio dell'attività d'impresa, da parte soprattutto della società civile e dell'opinione pubblica internazionale, che ha portato – sotto il profilo giuridico – a una serie di atti non vincolanti, appartenenti alla categoria del *soft law*. L'equazione sviluppo = ottimizzazione dei profitti + accumulazione di beni materiali, fatta propria dal modo occidentale, è rimessa sempre più in discussione da una concezione più ampia dello sviluppo. Trascurando la diversità culturale, le passate strategie di sviluppo hanno addirittura aggravato i difetti cui volevano rimediare. La

presa in conto dei fattori sociali e dell'ambiente culturale, come la partecipazione delle comunità all'elaborazione e alla messa in atto di progetti, come pure le cd. 'eccezioni culturali', sono tutte essenziali per sostenere gli sforzi dello sviluppo sostenibile. In seguito all'elaborazione, negli anni Novanta del secolo passato, del concetto di sviluppo umano, si è accordata maggiore importanza all'integrazione della dimensione culturale nella riflessione sullo sviluppo e nei progetti messi in atto, in particolare del contesto culturale in cui vivono le comunità e i gruppi, dei modi di vita e delle forme locali di comunicazione e di espressione.

Pertanto, la diversità culturale rappresenta una dimensione-chiave trasversale dello sviluppo sostenibile.

Nel sistema delle Nazioni Unite, il nesso imprescindibile tra tutela della cultura e mantenimento della pace e della sicurezza internazionali è poi riconosciuto in modo inequivocabile nel preambolo dell'atto costitutivo dell'UNESCO. Da sempre, sospetto e diffidenza, ignoranza e pregiudizi in relazione ai rispettivi stili di vita hanno alimentato incomprensioni tra i popoli che, troppo spesso, nella storia dell'umanità, sono degenerare in conflitti armati. Nel 2015 la stessa organizzazione — con specifico riferimento alla devastante proliferazione di attacchi deliberati alla diversità culturale, in tutte le sue manifestazioni, dell'ultimo decennio — ha sottolineato: « [...] *This form of multi-faceted denial of culture and cultural diversity [...] highlights how the destruction of cultural heritage is far more than a cultural tragedy and has become a security issue, and why the protection of culture cannot be delinked from humanitarian operations and must be a key component of any strategy for peace.* » (Piano d'azione UNESCO, par. 1) Nella prassi degli organi principali delle Nazioni Unite, affermazioni analoghe si riscontrano soprattutto in atti recenti dell'Assemblea generale e del Consiglio di sicurezza così come in atti internazionali adottati da gruppi di Stati a livello regionale. Ad esempio, gli attacchi deliberati nei confronti del patrimonio culturale sono di per sé qualificati come minaccia alla pace e alla sicurezza internazionali nella Dichiarazione di Abu Dhabi sulla salvaguardia del

patrimonio culturale in pericolo che capi di Stato e di Governo e rappresentanti di organizzazioni internazionali hanno adottato il 3 dicembre 2016: «*Heritage, in all its diversity, is a source of collective wealth that encourages dialogue. It is a vehicle for closer relations, tolerance, freedom, and respect. Its destruction is a threat to peace, as is the illicit trafficking of cultural property that often emerges in times of crisis*».

Il diritto individuale di prendere parte alla vita culturale è poi previsto, a livello universale, dall'art. 15, par. 1, lett. a), del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966. Esso implica il diritto di accesso alla propria e a tutte le altre culture e, di conseguenza, al patrimonio culturale nel suo complesso. Il carattere *erga omnes* di tale diritto sarebbe però privato del suo oggetto se, a livello nazionale e internazionale, non fossero adottati provvedimenti a tutela del patrimonio culturale nell'interesse della comunità internazionale nel suo complesso. Inoltre, la tutela di tale diritto non comporta, a carico degli Stati, soltanto obblighi di astensione, consistenti nel non interferire con le libertà culturali individuali, ma anche obblighi di fare, volti a dare concreta protezione all'esercizio di tale diritto.

3. Come i giusnaturalisti e, ben più di recente, le riflessioni di Norberto Bobbio ci hanno insegnato, i diritti umani sono da considerarsi innati nella persona umana. Compito dello Stato è pertanto il riconoscimento e non l'attribuzione di questi diritti all'individuo.

I diritti umani sono nati nella cultura giuridica occidentale. Ma l'idea universalistica della natura umana è antica, ed arriva in Occidente con il messaggio cristiano. La trasformazione di questa idea, poi, in un progetto politico si avrà con l'età moderna, in particolare con le rivoluzioni francese ed americana, che non a caso hanno prodotto, come è noto, le prime solenni dichiarazioni sui diritti dell'uomo.

Tuttavia, se principi come l'uguaglianza di fronte alla legge o ai tribunali, o il diritto ad esprimere liberamente le proprie idee, costituiscono conquiste del mondo occidentale tradottesi, con alterne fortune,

in altri contesti e in ambito universale, bisogna riconoscere che la sacralità della vita in tutte le sue forme, non solo quella umana, è sentita ad esempio come l'espressione del principio assoluto di non violenza nell'insegnamento buddista soprattutto. Ed è il mondo islamico, per fare un altro esempio, che avverte come primaria l'esigenza di un'economia innanzitutto votata alla solidarietà.

A questo punto è legittimo porsi un quesito, reso attuale (e tante volte drammatico) dagli eventi di questi ultimi anni. In un mondo così variegato, può realmente parlarsi di universalità dei diritti umani? Del resto, la stessa Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 10 dicembre 1948 costituisce un atto normativo privo di natura vincolante per gli Stati (una raccomandazione), e sicuramente privo, come già detto, di quel valore universale che propugnava, essendo stata votata da una maggioranza di Paesi occidentali o filo-occidentali, con l'astensione del blocco socialista e dei Paesi arabo-islamici allora presenti in Assemblea generale. Essa, inoltre, dava per scontato l'uso dello strumento del "diritto" per l'affermazione delle posizioni individuali, e propugnava, sia pure implicitamente, il primato dell'essere umano sulla natura e sulle specie animali, in netta dissonanza con culture "altre" rispetto alla tradizione di stampo soprattutto europeo. Infine, quel mettere al centro l'attenzione e la tutela dell'individuo, in ossequio alla tradizione giudaico-cristiana, significava rinunciare a valorizzare forme di tutela "collettive" (minoranze, classe operaia, clan, tribù, etc.), ritenute invece centrali in altri contesti culturali.

La Dichiarazione, tuttavia, ha da allora proliferato in maniera insperata e forse inaspettata, divenendo fonte di obblighi internazionali e di scelte costituzionali e legislative degli Stati. Oggi abbiamo a disposizione un corpus di trattati internazionali che hanno riprodotto e dettagliato, trasformandole in impegni vincolanti, le sue disposizioni, e ciò a livello sia universale, soprattutto grazie all'opera dell'Organizzazione delle Nazioni unite, sia regionale, e cioè in ambiti continentali e locali. A volte si è trattato di convenzioni "generaliste", a volte singoli diritti o "famiglie" di diritti

(rifugiato, minori, sparizioni forzate, ecc.) hanno sviluppato i principi contenuti nella Dichiarazione. Allo stesso modo, gli Stati ad essa si sono ispirati o mediante rinvio, nelle Costituzioni, alle sue singole previsioni, o riformulando le sue disposizioni, e ciò in tutti i Continenti.

Il secolo scorso ha compiuto quindi una completa codificazione dei diritti umani, partendo dal concetto di “dignità”, più volte ripetuto nei trenta articoli della Dichiarazione, in risposta allo scempio fattone nella seconda guerra mondiale. La violazione di un diritto in un Paese ha cominciato ad essere percepita come tale in ogni parte del mondo, come profetizzava Kant. Questo è anche il senso della vocazione “universalistica” dei diritti.

Ma ciò non è ancora sufficiente, il cammino non è ancora del tutto compiuto. Il secolo presente, dopo il secolo della codificazione, dovrebbe essere il secolo dell’efficacia, della concreta e piena affermazione, ossia della compiuta trasformazione di questi diritti in *legal rights* provvisti di piena effettività, secondo l’auspicio di Norberto Bobbio.

Il bilancio dei due primi decenni del millennio non appare tuttavia molto incoraggiante. Si va da adesioni solo “di facciata” a convenzioni internazionali (fenomeno riscontrabile in particolare nei Paesi in via di sviluppo), all’ipocrisia della “esternalizzazione” del “lavoro sporco” verso altri Paesi o luoghi al di fuori della giurisdizione dello Stato (è il caso della tortura, ad esempio, se pensiamo alle conseguenze delle cd. *Extraordinary Renditions* o alla vicenda dei detenuti in attesa di processo a *Guantanamo Bay*), fino alla gestione dei migranti (e qui il pensiero va allo *Statement* degli Stati membri dell’Unione europea con la Turchia del 18 marzo 2016 e agli accordi bilaterali, quale il “Memorandum d’Intesa” Italia-Libia del 2 febbraio 2017, con Stati che non garantiscono la tutela dei diritti fondamentali). Inoltre, il “sovrano” imperante in Europa relega attualmente a mero richiamo etico e non ad obbligo giuridico la solidarietà, pur scritta a lettere cubitali nei “sacri testi” dell’Unione europea. Da ultimo, la pandemia da Covid-19 ha imposto restrizioni alle libertà personali, pur comprensibili e ampiamente giustificabili, che

comunque pongono continuamente in discussione i confini tra esigenze collettive e diritti individuali.

4. È ampiamente noto che vivo è il dibattito circa i limiti del cd. "relativismo culturale", contrapposto all'esigenza di affermazione dell'universalità dei diritti umani. Fin dove è lecito ed opportuno esigere il rispetto delle diversità di regole, prassi, abitudini, collegate a specificità culturali, geografiche, etniche od altro (in una parola: il "multiculturalismo"), e quando invece deve imporsi necessariamente una regola unica e comune, in quanto espressione di valori "fondanti" dell'umanità: i diritti umani universali?

Per rendersi conto in maniera efficace dei termini della questione, che coinvolge anche la discussione sulle conseguenze della cd. "globalizzazione", sembra opportuno fare riferimento ad un caso concreto nel quale le diverse posizioni sono emerse in maniera significativa. Si tratta della Conferenza mondiale sullo sviluppo sostenibile di Johannesburg del 2002. Nella stesura del documento finale sull'aborto e la salute riproduttiva, infatti, mentre gli Stati Uniti, il Vaticano e molti paesi in via di sviluppo propendevano per l'affermazione secondo la quale i servizi sanitari dovrebbero essere, in materia, *"in linea con le leggi nazionali e i valori culturali e religiosi"*, altri paesi, in particolare il Canada e gli Stati membri dell'Unione europea, hanno insistito perché fosse aggiunta la formula *"...e in conformità con i diritti umani e le libertà fondamentali"*. Il motivo della posizione di questo secondo gruppo di paesi è chiaro, ed è costituito dal timore di avallare pratiche tradizionali come ad esempio l'infibulazione, ritenute per l'appunto contrarie ai diritti umani.

La necessità, e spesso l'urgenza, di stabilire se si possa parlare di diritti umani universali, e, in caso affermativo, quali in concreto essi siano si avverte non solo a livello interazionale, ma anche a livello nazionale. Penso in particolare al tema dell'immigrazione, e quindi della necessità di adattare l'ordinamento interno alle nuove realtà ed esigenze introdotte dalle culture di provenienza degli immigrati, difen-

dendo, però l'inderogabilità dei principi fondamentali dello Stato, principi fondamentali che in un ordinamento democratico si basano a loro volta sui diritti umani.

Ma è lo stesso strumento del "diritto", prima ancora che i "diritti umani", ad essere in discussione, come accennato. Ormai è un dato acquisito, nel mondo occidentale, che un'efficace realizzazione delle aspirazioni individuali passi attraverso la costruzione di una posizione di diritto, contrapposta evidentemente ad un obbligo, e quindi oggetto di tutela in via giudiziaria. Ciò in quanto, nella tradizione occidentale, dissoltisi con l'affermazione dello Stato sovrano i "corpi intermedi" propri delle epoche precedenti, l'umano si è identificato con l'individuo, e questi ha proceduto alla sua affermazione attraverso la difesa e la liberazione dalla "invadenza" talora propria dello Stato sovrano. Ma l'individualismo ed il collegamento necessario con il diritto pongono problemi a culture diverse da quelle occidentali, culture nelle quali l'affermazione individuale è subordinata a valori quali l'interesse della famiglia, del clan, dell'armonia universale, ed il diritto non è necessariamente lo strumento favorito per risolvere i conflitti, né il più efficace. Le condizioni idonee per la tutela giudiziaria spesso mancano nei paesi non appartenenti all'area cd. occidentale. Ci riferiamo, tra gli altri, ai requisiti dell'indipendenza dei giudici e alla facilità di accesso, dal punto di vista tanto economico che culturale, ad un avvocato.

Ma non si tratta solo di questo. In Cina, ad esempio, lo strumento appropriato per risolvere i conflitti non è considerato il ricorso alla giustizia per l'affermazione del diritto, ma la conciliazione. Anche durante la rivoluzione culturale (e qui la mente va inevitabilmente alle immagini del film di Bertolucci "L'ultimo imperatore"), diffusa fu l'utilizzazione di strumenti antichi e tradizionali di conciliazione, rappresentati dai "comitati di mediazione del popolo", per "rieducare" i controrivoluzionari. Anche in Giappone la conciliazione è preferita nelle questioni di carattere personale o familiare, mentre il diritto è considerato idoneo a risolvere le questioni relative ad affari, commercio e industria. Nella tradizione afri-

cana, poi, il capotribù o il “consiglio degli anziani” hanno il compito di conciliare le diverse esigenze e richieste sulla base dell’equità. In questo continente, con l’importazione del concetto di “Stato”, si è provocata la dissoluzione di questi sistemi senza però sostituirli, per le difficoltà che indicavamo poc’anzi, con gli strumenti affermatasi nel mondo occidentale. Anzi, le *élites* di molti paesi africani hanno avuto facile gioco nello strutturare l’ordinamento interno secondo il modello dello Stato sovrano senza però quel bilanciamento offerto, nei paesi occidentali, dal sistema interno ed internazionale di tutela dei diritti individuali. I conflitti etnici, le guerre civili che contraddistinguono l’epoca attuale trovano la loro causa anche in questa situazione.

La diversa impostazione che fa capo da un lato alla conciliazione sulla base dell’equità e dall’altro all’affermazione delle posizioni individuali sulla base dell’applicazione del diritto si ripropone d’altra parte in merito ad una questione di grande importanza e attualità nell’ambito dell’ordinamento della Comunità degli Stati, e che può riassumersi nel seguente quesito: l’esigenza della “riconciliazione nazionale” all’indomani di un conflitto armato, di solito assecondata, in nome del ristabilimento della pace, anche dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, può prevalere rispetto alla necessità di non lasciare impuniti i crimini individuali commessi? La questione, che coinvolge problemi quali l’imprescrittibilità dei crimini individuali, e più in generale il problema della guerra, è complessa e non può essere certo affrontata in questa sede. Ci limitiamo a fare cenno solo per mostrare le importanti implicazioni, anche pratiche, della questione della universalità dei diritti umani.

Detto questo, è evidente tuttavia che sia ormai irreversibile, a livello internazionale, la scelta, affermata nella prassi, di affidare al diritto la realizzazione delle aspirazioni individuali, collegando all’individuo la titolarità dei diritti umani nell’ottica della tradizione giudaico-cristiana. Ciò ha comportato l’evidente sacrificio, come già detto, di forme di tutela collettiva, che si palesa con evidenza soprattutto in tema di tutela

delle minoranze. In effetti va ricordato come la stessa Carta delle Nazioni Unite non contenga alcuna previsione in merito ai diritti delle minoranze. Sul piano universale è possibile riscontrare solo due strumenti posti in essere dalle Nazioni Unite che fanno riferimento ai diritti delle minoranze ed entrambi si riferiscono esplicitamente a diritti relativi ai singoli soggetti che ne fanno parte. Tali strumenti sono l'articolo 27 del Patto sui diritti civili e politici del 1966 e la Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali, etniche, religiose o linguistiche del 18 dicembre 1992. L'articolo 2 di quest'ultima Dichiarazione, che si propone di dare attuazione a quanto stabilito in linea generale nel Patto del 1966, afferma che "Le persone appartenenti alle minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche hanno il diritto di beneficiare della loro cultura, di professare e praticare la loro religione e di usare il loro linguaggio, in privato e in pubblico, liberamente e senza interferenza o qualsiasi altra forma di discriminazione". Appare evidente come questa disposizione preveda che la tutela delle minoranze sia posta in essere attraverso la protezione dei diritti individuali propri dei soggetti ad esse appartenenti; i singoli Stati, indipendentemente dal proprio assetto normativo interno, dovrebbero comunque fornire delle garanzie minime conformemente a quanto previsto sul piano internazionale.

A questo punto occorre identificare un concetto comune di cultura universalmente accettabile da parte delle diverse entità socio-antropologiche che compongono la comunità internazionale, e quindi evidenziare i limiti che la legittima aspirazione alla propria identità culturale incontra a ragione dell'esigenza del rispetto dei diritti umani. In altre parole, esiste una posizione intermedia tra il relativismo culturale e l'universalismo, posizione che ci sentiamo di condividere: l'universalità esiste ma solo con riferimento ad alcuni concetti basilari in materia, particolarmente quelli relativi alla sacralità e dignità della vita umana.

In proposito mi sembra importante ricordare che nella risoluzione adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 18 settembre 2000

(*United Nations Millennium Declaration*) i Capi di Stato e di Governo convenuti per l'occasione a New York hanno riconosciuto, al punto 2 della risoluzione, che, in aggiunta alle "*separate responsibilities to our individual societies*" esiste una "*collective responsibility to uphold the principles of human dignity, equality and equity at the global level*".

5. Le conseguenze di quanto abbiamo appena affermato sono molteplici e significative, ne mettiamo in luce due, una collegata ai limiti alla sovranità, l'altra relativa alla distinzione tra diritti umani veramente universali (e quindi inderogabili) e diritti umani soggetti al bilanciamento tra i valori garantiti dallo Stato.

Innanzitutto l'obbligo internazionale dello Stato al riconoscimento di uguali diritti ad ogni individuo implica due importanti limiti alla sua sovranità. Il primo è rappresentato dalla progressiva erosione del principio di non ingerenza negli affari interni di uno Stato. Questo principio, contenuto anche nella Carta delle Nazioni Unite all'art. 2, par. 7, non ha più valore assoluto. Alla luce delle trasformazioni avvenute nella prassi internazionale, uno Stato non è più legittimato ad invocare tale principio se nell'ambito della sua giurisdizione avvengono violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani. In queste ipotesi si ipotizza addirittura, come è noto, l'esistenza di un "diritto-dovere" di "ingerenza umanitaria" o di "intervento di umanità" della comunità internazionale.

Il secondo limite, anch'esso affermatosi progressivamente con l'evolversi della prassi, consiste nel superamento del principio di reciprocità, una delle regole fondanti l'assetto tradizionale dei rapporti tra Stati, e ancora valida in contesti diversi dalla tutela dei diritti umani. In applicazione del principio di reciprocità, uno Stato è tenuto ad osservare un obbligo assunto nei confronti di un altro Stato solo nella misura in cui quest'ultimo osservi lo stesso obbligo. Ma poiché, come si è detto, i diritti umani sono collegati, nella titolarità, agli individui e non allo Stato, il riconoscimento di questi diritti non può essere negato ad un

individuo sul presupposto della violazione compiuta dal suo Stato nazionale, il quale abbia disconosciuto tali diritti in circostanze analoghe.

Anche l'art. 10 della Costituzione italiana, al terzo comma, stabilendo che *"la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali"* rende superata la condizione di reciprocità (ancora prevista nell'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile), in particolare in relazione a diritti costituzionalmente garantiti, e comunque subordina le previsioni normative interne al contenuto, in materia, delle norme internazionali alle quali il nostro ordinamento si sia conformato. L'applicazione della condizione di reciprocità è stata, ciononostante, da più parti prospettata in Italia nel dibattito sulla libertà di religione. Va ricordato tuttavia che la Costituzione italiana, all'art. 8 prevede che *"tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge"*, e all'art. 19 che *"tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa..., di farne propaganda e di esercitarne in privato e pubblico il culto"*. In tema di reciprocità, per quanto riguarda il rinvio al diritto internazionale effettuato dal terzo comma dell'art. 10 Cost., giova forse ricordare che il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione è riconosciuto nel Patto sui diritti civili e politici del 1966 (art. 18) e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 9) senza alcuna possibilità di condizionarne il godimento alla reciprocità, e che questi principi fanno parte anche dell'ordinamento dell'Unione europea, in particolare nella disposizione dell'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Tutte queste norme internazionali, come è evidente, derivano da un'unica matrice, e cioè l'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

Un'ulteriore importante conseguenza delle considerazioni poco sopra svolte è data dalla circostanza per cui l'affermazione della universalità solo con riferimento ad alcuni concetti basilari in materia di diritti umani implica l'accettazione del principio per cui non tutti i diritti umani affermati nelle convenzioni attualmente in vigore e nelle risoluzioni degli organismi internazionali sono sullo stesso piano, rivestono

cioè la stessa importanza. Del resto, sia la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (all'art. 15), sia il Patto sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite (all'art. 4), sia la Convenzione interamericana sui diritti dell'uomo (all'art. 27) prevedono una distinzione tra diritti relativamente garantiti e diritti garantiti in assoluto. In quest'ultima categoria rientrano quei diritti rispetto ai quali non è possibile nessuna deroga, nemmeno in circostanze eccezionali quali la guerra o uno stato di emergenza dichiarato a causa di un pericolo pubblico di altra natura. La lista dei diritti inderogabili non è univoca nell'ambito delle tre Convenzioni nominate; inoltre, nei commenti dedicati alle disposizioni indicate, si è sempre messa in luce l'esistenza di disposizioni implicitamente sottratte al diritto di deroga. Ma al di là delle difficoltà insite nel compito di stilare un elenco preciso ed attendibile di diritti inderogabili anche implicitamente, ed al di là delle differenze di formulazione nei vari strumenti convenzionali, l'esistenza di un "nocciolo duro" comune di diritti inderogabili è comunque significativo. Si tratta di diritti che si affermano, in tal modo, come essenziali alla dignità umana, presumibile espressione di principi di *jus cogens*. È il caso di ricordare che il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea opportunamente afferma, tra l'altro, che *"l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e solidarietà"*, aggiungendo poco dopo che *"l'Unione contribuisce al mantenimento e allo sviluppo di questi valori comuni, nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli europei"*.

Senza avere la pretesa di un'indicazione esaustiva, è il caso di menzionare questi diritti che sembrano, alla luce delle convenzioni poco sopra nominate, affermarsi come essenziali: il diritto alla vita, il diritto a non essere sottoposto a tortura o a trattamenti crudeli disumani o degradanti, il diritto a non essere tenuto in stato di schiavitù o servitù, il diritto a non essere condannato per un'azione od un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale.

Sofferamoci sul divieto di tortura. Né l'applicazione di una legge interna in materia di immunità, né altri usi o tradizioni culturali e religiose possono costituire una ragione per la violazione del diritto a non essere sottoposto a tortura, trattandosi di un diritto umano fondamentale ed universale, previsto come tale da una norma di *jus cogens*.

Quindi, nella gerarchia delle fonti, tanto interne che internazionali, le norme fondamentali sui diritti umani occupano una posizione di vertice, e ogni altra norma non può che cedere al confronto. Restano indubbiamente aperte le questioni di interpretazione (soggette, come è chiaro, anche all'evoluzione nel tempo) dell'ambito entro il quale opera un certo principio.

Ad esempio, in materia di diritto alla vita, la Corte costituzionale italiana nella sentenza *Venezia* del 27 giugno 1996, n. 223, negò l'estradizione - pur in presenza di un trattato e pur con le assicurazioni degli Stati Uniti, previste dal trattato, circa la commutazione della pena in ergastolo - di un cittadino condannato a morte, e ciò a ragione del valore di garanzia assoluta e preminente, nell'ordinamento italiano, del diritto alla vita. In altro contesto, la Commissione europea dei diritti dell'uomo, nella decisione del 18 ottobre 1995 (*Rasheed Fugar c. Italia*) respinse il ricorso di un cittadino irakeno mutilato in patria da una mina venduta da ditta italiana, e che accusava lo Stato italiano di attentare al diritto alla vita a causa dell'assenza di una legislazione interna sul controllo della vendita di armi (legislazione intervenuta solo negli anni novanta). La Commissione ritenne però che la mutilazione non poteva considerarsi quale conseguenza diretta dell'assenza di legislazione in materia nell'ordinamento italiano.

Se nel caso *Venezia* la Corte costituzionale, in nome della preminenza assoluta dei diritti umani, ha fatto prevalere un'interpretazione della Costituzione che non consentiva l'applicazione di un trattato internazionale pur in vigore, nel caso deciso dalla stessa Corte con la più recente sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014 la situazione si presentava ben più complessa. La Corte internazionale di Giustizia, con sentenza del 3 febbraio

2012, aveva infatti condannato l'Italia, su ricorso della Germania, a causa della giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di rapporti tra crimini di guerra e immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile, avendo i giudici italiani ritenuto la propria giurisdizione rispetto ai ricorsi in sede civile presentati contro la Germania da cittadini italiani in relazione agli avvenimenti (lavoro forzato) avvenuti all'epoca della seconda guerra mondiale. Ciò in virtù dell'affermata prevalenza gerarchica delle norme a tutela dei diritti fondamentali rispetto alla norma sull'immunità dello Stato straniero. La conseguenza della condanna da parte della Corte dell'Aja fu pertanto un immediato revirement giurisprudenziale da parte dei tribunali italiani, e ciò sia in sede di diretta applicazione della sentenza internazionale, ritenendo i giudici italiani di essere a ciò tenuti senza possibilità di eccezioni, sia, in seguito, alla luce dell'emanazione di una disposizione di legge ad hoc che aveva vincolato i giudici all'esecuzione della sentenza stessa (legge 14 gennaio 2013 n. 5). Chiamata a pronunciarsi, dal Tribunale di Firenze, sulla legittimità costituzionale di questa legge, alla luce dell'art. 24 Cost. che garantisce a tutti il diritto ad agire in giudizio, la Corte costituzionale, con la sentenza citata, ha invece affermato che l'assenza «di una tutela effettiva dei diritti fondamentali mediante un giudice» che si produrrebbe introducendo nell'ordinamento italiano la norma consuetudinaria sull'immunità dello Stato straniero (la Germania nella specie) dalla giurisdizione civile, come interpretata dalla Corte internazionale di giustizia, rende impossibile «limitatamente alla parte in cui estende l'immunità alle azioni di danni provocati da atti corrispondenti a violazioni così gravi», che possa operare il rinvio al diritto consuetudinario di cui al primo comma dell'art. 10 della Costituzione. Ne consegue pertanto l'esistenza, nella specie, di un "muro" invalicabile costituito dal funzionamento di un "contro-limite" all'apertura naturale dell'ordinamento costituzionale al diritto consuetudinario prevista nell'art. 10, primo comma, Cost. Di qui anche l'affermata, dalla Corte, "illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 17 agosto 1957, n. 848 (esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato

a San Francisco il 26 giugno 1945), limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, esclusivamente nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia (CIG) del 3 febbraio 2012, che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona". Sebbene questa conclusione colpisca non poco, questa sentenza, lungi dall'essere una decisione "eccentrica" rispetto all'osservanza della legalità internazionale, s'iscrive invece nel solco della giurisprudenza interna rivolta alla corretta interpretazione e sviluppo del diritto internazionale. Quando i principi fondamentali dell'ordinamento statale garantiti dal controllo delle Corti supreme nazionali corrispondono anche al "comune sentire" della comunità internazionale, queste Corti svolgono anche un ruolo al servizio dell'ordinamento internazionale. Sostanzialmente, in questo caso, le Corti nazionali difendono il diritto internazionale da...sé stesso! Questa è la differenza, in termini di legittimità sul piano internazionale, tra le ipotesi di difesa di valori non generalmente condivisi (pensiamo all'esempio della difesa di principi religiosi nazionali di stampo "fondamentalista", come nel caso del condizionamento dell'applicazione interna del diritto internazionale al rispetto delle regole imposte dalla Sharia) e l'ipotesi che invece ci occupa, nella quale la Corte costituzionale si è fatta garante di un valore sicuramente proprio della comunità internazionale, e cioè il diritto di accesso a un giudice per far valere il diritto al risarcimento del danno conseguente al compimento di crimini di guerra accertati. Dal punto di vista della ricostruzione teorica soccorre in tal caso la teoria, ben nota agli internazionalisti, del *dédoublement fonctionnel* di George Scelle. I tribunali, nell'ambito dell'ordinamento giuridico nazionale, agirebbero, secondo questa teoria, anche come agenti dell'ordinamento giuridico internazionale, al servizio della *rule of law* della comunità internazionale. Ciò che è decisivo è la connessione tra valori domestici fondamentali e valori internazionalmente riconosciuti; se questa "connessione" è presente, la

valutazione è legittima anche dal punto di vista del diritto internazionale. Quando ad esse è concesso di operare in via autonoma, le corti nazionali contribuiscono così alla costruzione e piena affermazione della “giuridicità” dell’ordinamento internazionale.

D’altra parte, in maniera analoga, anche la Corte di Giustizia dell’Unione europea, nella sua sentenza nel caso Kadi (Corte, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell’Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, Causa C-402/05, sentenza del 3 settembre 2008) aveva impedito a una risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, che disponeva limitazioni ai diritti individuali per ragioni di prevenzione del terrorismo transnazionale, di avere effetto nell’ordinamento dell’Unione non essendo stata prevista, nella risoluzione, la possibilità di ricorso a un giudice da parte degli individui colpiti da tali limitazioni, possibilità irrinunciabile alla luce dei principi fondamentali dell’ordinamento dell’Unione.

Accennavamo alla costante affermazione, da parte degli Stati nei quali la *Sharia* è considerata diritto positivo, della inderogabilità dei principi religiosi ai quali la legislazione domestica si conforma. Ciò ovviamente non si concilia con la necessità di attribuire negli ordinamenti interni una posizione gerarchicamente preminente alle norme fondamentali in materia di diritti umani. Una rapida lettura delle riserve e dichiarazioni allegate alla ratifica delle principali convenzioni internazionali sui diritti umani è in questo senso illuminante. Molti paesi islamici sono soliti affermare di non ritenersi vincolati dalle disposizioni non conformi agli “*Islamic Sharia principles*”, come ad esempio può evincersi dalla lettura delle riserve apposte dal Kuwait e dalla Siria alla Convenzione sui diritti del fanciullo, o dalle riserve dell’Arabia Saudita e della Mauritania alla Convenzione sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna. Al di là della ammissibilità di riserve di questo tipo alla luce del diritto internazionale generale e della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, questione poco

importante in questa sede, quello che rileva è proprio l'affermazione dell'esistenza di un sistema distinto di valori e quindi di gerarchia delle fonti. Gli strumenti internazionali in vigore non sembrano tenerne conto, e cercano un consenso impossibile da ottenere.

A mio modesto avviso occorrerebbe invece puntare ad un'adesione incondizionata ma su pochi principi e norme di contenuto davvero fondamentale, e lasciare che il relativismo culturale o regionale si affermi per il resto, salvo a consentire che principi sentiti come fondamentali in un certo contesto regionale o culturale possano trasformarsi in principi universali, nel momento in cui le condizioni dovessero affermarsi. Un esempio valga per tutti: il divieto della pena di morte, ormai parte dell'ordine pubblico europeo. Ciò consentirebbe forse di evitare il fallimento di molte convenzioni alle quali alcuni Stati aderiscono solo per motivi di opportunità, per procacciarsi magari una quota di consenso interno o internazionale.

Si tratta, del resto, di lasciare che nell'ambito degli ordinamenti interni trovino applicazione strumenti interpretativi quali la già menzionata "teoria del margine di apprezzamento". Questa teoria, nella formulazione fatta propria dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (ma non certo sconosciuta in altri contesti), implica il riconoscimento dell'impossibilità di pretendere l'assoluta uniformità e costanza di comportamento delle istituzioni nazionali nel dare applicazione alle norme della Convenzione di Roma, sul presupposto della diversità dei contesti (culturali, sociali, ecc.) nei quali il godimento dei singoli diritti deve essere assicurato, e tenuto conto del contatto diretto e immediato con la realtà locale proprio delle autorità di Governo e delle responsabilità che su queste ultime gravano per il mantenimento dell'ordine pubblico.

6. Alla luce della prassi internazionale occorre prendere atto del fatto che l'universalità fa ancora difetto rispetto a molti diritti, direi alla maggioranza dei diritti tradizionalmente catalogati come diritti umani.

Questa affermazione può sembrare in conflitto con la maggior parte dei principi correntemente affermati in tema di diritti umani. È pertanto opportuno cercare di fare chiarezza.

Cominciamo dal cd. “principio dell’indivisibilità dei diritti umani”. Esso non può essere inteso, come molti sostengono e come poteva lasciar credere lo slogan “*all Human Rights for all*” utilizzato nel cinquantenario della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, come la necessità di porre sullo stesso piano tutti i diritti. Questo principio significa invece che i diritti umani sono necessariamente correlati, per cui il diritto all’informazione, per riprendere un esempio sovente utilizzato, è spesso decisivo per scongiurare gli effetti nefasti di una carestia o di un’epidemia.

È senz’altro ambiguo quindi, e passiamo al secondo concetto, parlare di “generazioni dei diritti umani”, a meno che non ci si voglia limitare ad una lettura storica del fenomeno, o ad una schematizzazione a fini didattici. Questa suddivisione potrebbe infatti indurre nell’errore di presumere di poter accedere alle garanzie previste dalla “generazione successiva” solo una volta realizzato quanto previsto nella “generazione precedente”. Ma ciò è quanto mai arbitrario e smentito dalla correlazione tra i diritti umani di cui si è detto, in particolare dalla correlazione tra diritti civili e politici, da un canto, e diritti economici, sociali e culturali, dall’altro.

Detto questo, credo che possa prendersi come esempio di questa categoria di diritti “non universali” il diritto di proprietà. L’esempio a mio avviso più utile ed attuale della differente valutazione e interpretazione di questo diritto lo fornisce l’Accordo adottato, nel quadro dell’Organizzazione Mondiale del Commercio, in materia di proprietà intellettuale (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, cd. “*TRIPS Agreement*”). L’Accordo TRIPS è infatti basato su di un concetto individualistico della proprietà, applicato alla proprietà intellettuale, che in quanto tale non esiste nelle culture “non occidentali”, in particolare nelle comunità basate sulla tradizione, sulla conoscenza condivisa e trasmessa di generazione in generazione senza alcuna

pretesa di un corrispettivo economico o semplicemente del riconoscimento di un diritto esclusivo di proprietà. La questione, già affrontata nella risoluzione 2000/7 adottata il 17 agosto 2000 dalla sottocommissione sui diritti umani dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani dal titolo "*Intellectual property rights and human rights*", fu poi molto efficacemente sollevata dal Governo del Costa Rica, l'anno seguente, nella sua risposta al questionario inviato dal Segretario Generale dell'ONU ai governi sul tema "*Globalization and its impact on the full enjoyment of all human rights*". Il Governo di questo Paese, infatti, mise in luce i pericoli di un sistema di protezione intellettuale di questo tipo, in particolare la marginalizzazione, se non la distruzione, di stili di vita tradizionali, in definitiva di culture antiche.

Ma se è corretto quindi rilevare l'esistenza di un nucleo di diritti umani fundamentalissimi dei quali il diritto di proprietà non fa parte, giustamente viene messo in luce come tale diritto non sia comunque da sottovalutare. Se vogliamo infatti annoverare la libertà individuale tra i principali diritti naturali dell'uomo, non dobbiamo dimenticare che la proprietà privata costituisce la massima espressione del diritto di libertà.

Quanto appena detto vale anche ad esemplificare rapidamente i rischi che l'attuale processo di globalizzazione presenta qualora esso non venga mitigato dalla considerazione della necessità di dare rilievo ai diritti umani, e quindi all'affermazione tanto della universalità dei diritti fondamentali, tanto del relativismo nell'interpretazione e applicazione di diritti che universali non possono dirsi.

Ma la globalizzazione, poiché in sé stessa non può definirsi un fenomeno né negativo né positivo, non presenta, nell'ottica dei diritti umani, solo degli inconvenienti. Essa può significare anche circolazione delle idee e apertura a nuovi valori. Anche a questo proposito mi permetto di fare degli esempi, facendo riferimento all'applicazione di strumenti convenzionali particolarmente efficaci anche oltre l'ambito territoriale previsto dal trattato istitutivo. È il caso ancora una volta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, resa applicabile, in virtù

degli Accordi di pace di Dayton, anche in uno Stato che, all'epoca, non l'aveva ratificata, ossia la Bosnia-Erzegovina. Altrettanto significativa è poi una pronuncia di un tribunale giapponese a proposito del principio della protezione del detenuto (Sentenza dell'Alta Corte di *Takamatsu* del 25 novembre 1997, nel caso *X et al. v. the Government of Japan*, pubblicata in *Japanese Annual of International Law*, 1998, p. 87 ss.). In questa sentenza l'ambito del diritto di un condannato a consultare il suo difensore, e più in generale a comunicare con lui, affermato dalla legge interna, lo si è determinato alla luce dello standard previsto dal diritto consuetudinario, come ricavabile, e questo è un aspetto di rilievo, non solo dall'art. 14 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966 e dalle risoluzioni in materia dell'Assemblea Generale, ma anche dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nonostante la natura di accordo regionale (in vigore in un continente diverso) propria di quest'ultima.

Ci sembra poi valga la pena di accennare, in tutt'altro contesto, anche ad una sentenza di un tribunale arbitrale internazionale, il Tribunale investito della controversia tra Eritrea e Yemen sulla delimitazione delle rispettive zone di pesca nel Mar Rosso, resa il 17 dicembre 1999, nella quale è evidente l'interazione tra diritto positivo e valori culturali tradizionali. Questa sentenza, infatti, facendo applicazione del diritto naturale e della tradizione islamica, pone l'accento sulla necessità di attribuire i diritti di pesca alle comunità dei pescatori piuttosto che agli Stati, sulla base di considerazioni di umanità e della esistenza di questi diritti già in epoca anteriore alla formazione degli Stati. Ne risulta una composizione della questione sulla base di regole in parte dedotte dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, in parte dalle tradizioni locali.

La spinta all'universalità dei diritti umani naturalmente non manca. La Dichiarazione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro del 18 giugno 1998 "*sui principi e i diritti fondamentali del lavoro e i suoi seguiti*" è molto interessante in questo senso. Si tratta infatti di un documento significativo sotto molti aspetti. In primo luogo perché ha tentato di

vincolare, con uno strumento di controllo (cd. "procedura annuale sulle convenzioni fondamentali non ratificate"), gli Stati membri dell'OIL al rispetto dei principi fondamentali in materia di lavoro nonostante la mancanza di ratifica delle convenzioni nelle quali tali principi sono affermati; in secondo luogo perché tratta di diritti appartenenti alla categoria dei diritti economici, sociali e culturali, categoria meno provvista, rispetto a quella dei diritti civili e politici, di strumenti di garanzia, nonché oggetto di minore attenzione, di solito, da parte dei paesi occidentali; infine perché nella individuazione ed enunciazione dei diritti dichiarati come fondamentali in questo documento si percepisce la spinta congiunta di più modelli o culture dei diritti umani, non solo di quella occidentale, visto che, come si è detto, siamo nell'ambito di una categoria cara soprattutto ai paesi in via di sviluppo. I quattro principi fondamentali, di cui all'art. 4, sono infatti i seguenti: a) libertà di associazione e riconoscimento effettivo del diritto di contrattazione collettiva; b) eliminazione di ogni forma di lavoro forzato o obbligatorio; c) abolizione effettiva del lavoro infantile; d) eliminazione della discriminazione in materia di impiego e professione).

Io credo che questa sia la direzione giusta, che può condurre, di conseguenza, a risultati positivi. L'universalità dei diritti umani è, in altre parole, un risultato cui tendere nell'interesse dell'umanità, sulla base del rispetto delle differenze, culturali e di altro tipo. Credo non si possa che concordare con l'affermazione, contenuta nell'art. 1 della Dichiarazione Universale sulla Diversità Culturale adottata dalla Conferenza Generale dell'UNESCO il 2 novembre 2001, secondo cui "la diversità culturale è necessaria al genere umano così come la biodiversità lo è per la natura", completata dal riconoscimento, di cui all'art. 4 della Dichiarazione, dei diritti umani come garanzia della difesa della diversità culturale. Questo bilanciamento di valori (universalità dei diritti umani e rispetto della diversità culturale), che esclude l'affermazione della superiorità di un modello rispetto ad un altro, appare indispensabile ai fini della coesione e dello sviluppo sociale su scala mondiale.

7. Per concludere, un esempio di percorso evolutivo nell'applicazione di una norma finalizzata al componimento delle diverse istanze culturali ci viene dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa al concetto di "vita familiare" di cui all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Secondo la Corte, si tratta di un concetto di fatto, che dipende dalla reale esistenza di legami di tipo personale. Ne consegue che il riconoscimento giuridico, la lunghezza temporale della relazione, e finanche talvolta anche il requisito della coabitazione vanno messi in secondo piano. Fin dal 1994 fu riconosciuto che "vita familiare" è la relazione anche di fatto tra partner di sesso diverso (*Keegan c. Irlanda*). L'approccio culturale differisce quindi da quello dell'ordinamento italiano, che come è noto tutela tale relazione non nell'ambito dell'art. 29 (famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio), ma in base all'art. 2 Cost. (diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali). Il percorso della Corte parte dalla qualifica (e tutela) della relazione di fatto tra partner di sesso diverso come "vita privata" (*S.C. c. Regno Unito*, 1986); poi passò a considerare tale relazione come "vita familiare" (*Schalk e Kopf c. Austria*, 24.6.2010). Gli sviluppi più recenti hanno portato infine all'estensione, in maniera abbastanza naturale e facile, di tale concetto anche alle persone cd. LGBT e alla relazione tra una di tali persone con il figlio suo o del partner, prescindendo dalla questione del diritto di fondare una famiglia o dell'adozione (*E.B. c. Francia*, 22 gennaio 2008 e *X e altri c. Austria* [Grande Camera], 19 febbraio 2013 in tema di adozione da parte di coppia omosessuale; *Vallianatos e altri c. Grecia* [Grande Camera], 7 novembre 2013 e *Oliari e altri c. Italia*, del 21 luglio 2015 sulle unioni civili di coppie omosessuali).

Perché ciò è avvenuto? Come è avvenuto? La Corte offre da sempre un'interpretazione evolutiva delle norme della Convenzione, basata sulla percezione del "comune sentire" delle comunità stanziate sul territorio degli Stati membri. Questa percezione viene recepita attraverso l'analisi fattuale, testuale, normativa, culturale, portata avanti con metodo comparativo. Di qui l'affermarsi di un "ordine pubblico europeo", in materia di diritti fondamentali, di cui la Corte è interprete e garante allo stesso tempo.

Bibliografia

- S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012
- F. BESTAGNO (a cura di), *Diritti economici, sociali e culturali. Promozione e tutela nella comunità internazionale*, Milano, 2009
- N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990
- A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova, 2010.
- G. CAPOGRASSI, *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e il suo significato*, Padova, 1950, ora in *Opere*, V, Milano, 1959
- A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 2003
- A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Bari, 2005
- G. CATALDI (a cura di), *I diritti umani a settant'anni dalla dichiarazione universale delle Nazioni Unite*, in due volumi, Napoli, 2019
- G. CATALDI, V. GRADO (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture (Atti del XVIII Convegno della Società italiana di diritto internazionale)*, Napoli, 2014
- CENTRO INTERNAZIONALE DI STUDI GENTILIANI, *Alberico Gentili. La salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale. Atti del Convegno 12° Giornata Gentiliana (San Ginesio, 22-23 settembre 2006)*, Milano, 2008
- CENTRO INTERNAZIONALE DI STUDI GENTILIANI, *Alberico Gentili. Atti dei Convegni nel quarto centenario della morte*, in due volumi, Milano, 2010
- M. FLORES D'ARCAIS (a cura di), *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, Torino, 2007
- M. FLORES D'ARCAIS, *Storia dei diritti umani*, Bologna, 2008
- P. GARGIULO, M. C. VITUCCI (a cura di), *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, Napoli, 2009
- G. GILIBERTI, *Introduzione storica ai diritti umani*, Torino, 2012
- G. GOODWIN-GILL, *The refugee in International Law*, Oxford, 1985
- S. KASSAS, *Droits de l'homme et Islam*, Paris, 2011

- S.P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, 1996
- I. KANT, *Per la pace perpetua*, Milano, 2013
- F. LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milano, 1983
- F. LATTANZI, *Assistenza umanitaria e intervento di umanità*, Torino, 1997
- A. MARCHESI, *Diritti umani e Nazioni Unite. Diritti, obblighi e garanzie*, Milano, 2007
- A. MARCHESI, *La protezione internazionale dei diritti umani. Nazioni Unite e organizzazioni regionali*, Milano, 2011
- K. M'BAYE, *Les droits de l'homme en Afrique*, Paris, 1992
- A. PACINI (a cura di), *L'islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, 1998
- M. I. PAPA, G. PASCALE, M. GERVASI (a cura di), *La tutela internazionale della libertà religiosa: problemi e prospettive*, Napoli, 2019
- L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2015
- R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, Torino, 2020
- P. PUSTORINO, *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, Bari, 2020
- B. RAMCHARAN, R. RAMCHARAN, *Asia and the drafting of the Universal Declaration on Human Rights*, Basingstoke, 2019
- C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015.
- W. SCHABAS, *The Universal Declaration of Human Rights: the travaux préparatoires*, Cambridge and New York, 2013
- E. SOMMARIO, *Stati d'emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, Torino, 2018
- F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, Paris, 2015
- M. STARITA, *Processi di riconciliazione nazionale e diritto internazionale*, Napoli, 2003
- C. TUOSTO, *Il sistema delle Nazioni Unite per la tutela dei diritti umani*, Napoli, 2012

- U. VILLANI, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2015
- U. VILLANI, "Nel settantesimo anniversario della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo", in *La Comunità internazionale*, 2018, p. 579 ss.
- F. VIOLA, *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea* Torino, 1989
- O. YASUAKI, "A Transcivilizational Perspective on International Law", in: *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, Vol. 342, Leiden, Boston, 2010
- L. ZAGATO, S. PINTON (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, Padova, 2010
- G. ZAGREBELSKY *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, 2008
- I. ZIEMELE, *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime*, Berlin, 2004

Paola Parolari

Società multiculturali e interlegalità

La nozione di interlegalità rinvia alle intersezioni e interazioni tra una pluralità policentrica di eterogenee fonti del diritto, le cui relazioni non sono inquadrabili entro le coordinate teoriche delle tradizionali concezioni ordinamentali del pluralismo giuridico¹ (§ 4). Queste intersezioni e interazioni, osservabili tanto nelle pratiche degli attori sociali (§ 2.) quanto nelle sedi – giudiziali e alternative – di risoluzione delle controversie (§ 3.), sono il prodotto del modo in cui, nel mondo globalizzato contemporaneo, una persistente frammentazione giuridica si coniuga con una crescente interconnessione sociale (§ 1). Questo lavoro prende in esame le dinamiche dell'interlegalità – e le loro implicazioni teorico-giuridiche – nel contesto dei paesi europei che sono meta di flussi migratori provenienti dal sud-est del mondo, prestando particolare attenzione all'ambito delle relazioni familiari. Questo, infatti, è uno degli ambiti in cui molti migranti rimangono maggiormente ancorati alle proprie tradizioni e vanno quindi alla ricerca di un equilibrio, un compromesso o una combinazione tra la propria cultura giuridica e quella del nuovo paese di residenza². In particolare, si farà riferimento, per alcuni esempi, alla

¹ Il riferimento è a quelle concezioni del pluralismo giuridico che presuppongono, più o meno implicitamente, che il diritto sia ordinamento; inteso, per 'ordinamento', un insieme di norme chiuso e gerarchicamente ordinato, dotato di unità, coerenza e completezza: cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1993. Come si vedrà, questa nozione «tecnicizzata» di ordinamento giuridico è messa seriamente in crisi dal fenomeno dell'interlegalità.

² Un terzo elemento del quale tener conto è, in realtà, il diritto del paese di provenienza, quando possano ricorrerne i presupposti di applicazione sulla base del diritto internazionale privato del paese di residenza. Questa possibilità, già diffusamente presa in esame in letteratura, non sarà oggetto di analisi in questa sede, dal momento che non sembra sottrarsi alle logiche dei tradizionali schemi di definizione dei rapporti tra

realtà delle minoranze islamiche in Inghilterra: da un lato, infatti, l'affermarsi di *minority legal orders* di matrice islamica è una delle questioni che richiama maggiormente l'attenzione nei paesi europei di immigrazione; dall'altro il contesto inglese rappresenta un "laboratorio" particolarmente vivace in relazione sia alle iniziative dalle minoranze islamiche, sia alle reazioni delle istituzioni statali di fronte ad esse.

1. Spazi giuridici ibridi e interlegalità

Nei paesi europei di immigrazione coesiste, oggi, una pluralità policentrica di fonti del diritto, prodotte da soggetti dotati di diversi livelli di autorità e/o autorevolezza³ mediante processi di *law-making* e «pratiche giusgenerative»⁴ differenti. In particolare, il diritto statale deve confrontarsi (oltre che con una molteplicità di fonti internazionali e transnazionali) con i sistemi normativi delle minoranze religiose e culturali formati sul proprio territorio per effetto dei fenomeni migratori. Alcune di queste minoranze, in particolare, danno vita a veri e propri *minority legal orders*⁵ che trovano espressione non solo in un corpo

ordinamenti. Di tutti e tre gli elementi tiene conto invece, ad esempio, F. SONA *Defending the Family Treasure Chest: Navigating Muslim Families and Secured Positivistic Islands of European Legal Systems*, in *Family, Religion and Law. Cultural Encounters in Europe*, a cura di P. SHAH, M.-C. FOBLETS, M. ROHE, Farnham, 2014, pp. 115-141.

³ In certi casi, si tratta di soggetti la cui legittimazione non è in alcun modo riconducibile all'autorità degli stati o delle principali organizzazioni internazionali. Gunther Teubner parla, a questo proposito, di «paradox of self-validation»: cfr. G. TEUBNER, *'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society*, in *Global Law Without a State*, a cura di ID., Aldershot, 1997, p. 16.

⁴ P.S. BERMAN, *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law beyond Borders*, Cambridge, 2012, p. 21.

⁵ Secondo la caratterizzazione di M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK. Minorities, Pluralism and the Law*, London, 2012, pp. 21-24, «Minority legal orders could be defined to include both legal norms (where an individual or group can point to distinct norms that regulate normative social order) and legal orders (that indicate that there are mechanisms for institutionalised norm enforcement)». Vanno quindi distinti due elementi: «First, we need to consider the substantive norms of a minority group. Second, we need

strutturato di norme di origine consuetudinaria e/o religiosa, ma anche in “istituzioni” che interpretano e applicano queste norme in funzione della risoluzione delle controversie; si pensi, ad esempio, agli *sharī'ah councils* che da ormai quarant'anni, in Inghilterra, si occupano di controversie relative allo scioglimento dei matrimoni islamici⁶: seppure in modo non sempre accurato⁷, infatti, queste istituzioni sono spesso considerate forme di ADR (*Alternative Dispute Resolution*).

Diritto statale e *minority legal orders* operano in modo formalmente autonomo e indipendente gli uni dagli altri, regolando gli aspetti della realtà sociale dei quali si occupano – e stabilendone la valenza giuridica⁸ – in conformità alle proprie logiche interne. Ciascun ordinamento

to take into account whether the group has a sufficiently coherent institutional order to enable identification, change and enforcement of these norms. To be classified as a minority legal order, norms need to be sufficiently distinct, widespread and concrete to ensure that they are distinguishable from general social relationships». Secondo Malik: «This definition provides objective criteria for classifying certain types of social phenomenon as a minority legal order. It includes a full spectrum of concrete patterns of social behaviour, organised in a coherent institutional order, that are often part of the self-understanding of minorities that they have 'law'. However, the definition excludes diffuse mechanisms for normative regulation even if their adherents insist that these are 'law'».

⁶ Sugli *sharī'ah councils* si vedano ad esempio, nella letteratura italiana, C. DE ANGELO, *Tribunali religiosi e tribunale arbitrale: l'offerta "giudiziaria" islamica in Inghilterra*, in *Dir. e relig.*, 2014; F. SONA, *Giustizia religiosa e islām. Il caso degli Sharī'ah Councils nel Regno Unito*, in *Stato, Chiese e plur. confes.*, 2016; P. PAROLARI, *Sharī'ah e corti islamiche in Inghilterra tra mito e realtà. Pluralità di ordinamenti giuridici e interlegalità nelle società multireligiose e multiculturali*, in *Materiali storia cultura giur.*, 2017; ID., *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione. Il caso degli sharī'ah councils in Inghilterra*, Torino, 2020; A. RINELLA, M.F. CAVALCANTI, *I Tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017; A. NEGRI, *Le Sharia Court in Gran Bretagna. Storia ed evoluzione dei tribunali islamici nel Regno Unito*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2018; M.C. LOCCHI, *La complessità del "rendere giustizia" di fronte alla sfida del diritto interculturale*, in *DPCE online*, 2018; A. RINELLA, *La sharī'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, Bologna, 2020.

⁷ Sui termini in cui è possibile parlare degli *sharī'ah councils* come di forme di ADR si rinvia a P. PAROLARI, *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione*, cit., par. 5.1.3.

⁸ È il diritto, infatti, a stabilire la valenza giuridica della realtà che disciplina, in forza di ciò che i teorici del diritto denominano natura costitutiva del linguaggio giuridico.

giuridico⁹ crea così «la realtà adatta alla propria applicazione», costruendo «oggetti giuridici» diversi a partire dagli stessi «oggetti sociali»¹⁰. Manca, inoltre, una cornice normativa che definisca rapporti di gerarchia e/o competenza tra questi ordinamenti. Mancano, in particolare, sia criteri per risolvere in modo univoco eventuali conflitti normativi, sia norme di riconoscimento che consentano di considerare validi in un ordinamento atti compiuti in conformità alle prescrizioni di un altro¹¹. Ad esempio, il matrimonio civile non ha valore per il diritto islamico e, simmetricamente, il matrimonio islamico – celebrato sulla base della *sharī'ah* in quanto tale, e non in conformità al diritto statale di un paese che l'abbia incorporata nel proprio ordinamento¹² – non è riconosciuto nei paesi europei: le coppie unite da *religious-only marriages* sono considerate, quindi, semplici coppie di fatto, con conseguenze potenzialmente negative in termini di tutele riconosciute ai soggetti più deboli nel momento in cui la relazione finisce o entra in crisi¹³. Analoghe considerazioni valgono anche per lo scioglimento del matrimonio, in relazione al quale si pone la delicata questione dei possibili “matrimoni

⁹ Uso qui l'espressione 'ordinamento giuridico' in senso generico, come sinonimo di diritto in senso oggettivo, e non nel senso «tecnicizzato» di cui si è reso conto alla nt. 1.

¹⁰ B. DE SOUSA SANTOS, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in *J. Law Soc.*, 1987, p. 288.

¹¹ Proprio in considerazione di questo problema, seppur nel diverso contesto del pluralismo giuridico globale, Nico Krisch si sofferma sulla questione della costruzione (giudiziale) di «interface rules» che stabiliscano se e in che termini le norme poste, e le decisioni prese, nell'ambito di uno spazio giuridico devono avere effetti in un altro: N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, 2010, pp. 285-296.

¹² Sul matrimonio nel diritto islamico si rinvia a R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, a cura di S. FERRARI, Torino, 2006, pp. 181-246. Sul matrimonio nel diritto (statale) dei paesi islamici si veda D. SCOLART, *Il matrimonio nel diritto dei paesi islamici*, in *Diritto e multiculturalismo*, a cura di F. D'AGOSTINO, Roma, 2015, pp. 169-187.

¹³ Sui *religious-only marriages* si veda la parte monografica del fascicolo 4/2018 dell'*Oxford Journal of Law and Religion*, a cura di R.C. AKHTAR, R. PROBERT E A. MOORS.

claudicanti" (*limping marriages*) di quelle coppie che sono divorziate per un ordinamento e ancora sposate per un altro¹⁴.

Si determina, quindi, una situazione di profonda frammentazione giuridica, nella quale gli stessi atti o fatti possono assumere una diversa valenza a seconda dell'ordinamento dal quale li si prende in considerazione¹⁵. Frammentazione non significa però separazione: al contrario, poiché la realtà sociale è un *continuum* ininterrotto di relazioni, gli ambiti di applicazione di diversi ordinamenti giuridici finiscono di fatto per sovrapporsi, sia sotto il profilo oggettivo (delle materie che disciplinano) sia sotto il profilo soggettivo (dei soggetti a cui si rivolgono). Si moltiplicano, quindi, le situazioni in cui ordinamenti giuridici differenti entrano in competizione rispetto all'inquadramento delle fattispecie concrete e alla risoluzione delle controversie.

¹⁴ Questo problema è spesso richiamato da quanti invitano a riconoscere la funzione sociale degli *shari'ah councils* in contesti in cui le corti statali non possono sciogliere i matrimoni islamici: cfr. P. PAROLARI, *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione*, cit., in particolare parr. 4.4. e 5.1.2. Rispetto alla questione dei *limping marriages* sono di grande rilievo, inoltre, le controversie in merito alla compatibilità con l'ordine pubblico del ripudio islamico come forma privata (non giudiziale) e unilaterale di scioglimento del matrimonio islamico. Sul punto si veda M. RIZZUTI, *Patti prematrimoniali, divorzi privati e "multi-coniugalismo"*, in *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di S. Landini, M Palazzo, in *Biblioteca della fondazione italiana del notariato*, 2018. Si veda inoltre **il contributo di Rizzuti in questo volume.**

¹⁵ A questo proposito è stato osservato che, poiché le stesse fattispecie concrete presentano in genere una pluralità di profili sostanziali, si prestano in genere a diverse qualificazioni giuridiche quando le si consideri dal punto di vista di ordinamenti che rispondono a logiche differenti: J. KLABBERS, G. PALOMBELLA, *Introduction. Situating Inter-Legality*, in *The Challenge of Inter-Legality*, a cura di IID., Cambridge, 2019, p. 1.

Si noti inoltre che «each classification points to a different authority that will decide, with preferences and practices deviating from those of competing bodies»: M. KOSKENNIEMI, *Global Legal Pluralism: Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought*, <https://www.researchgate.net/publication/265477439>, 2005, p. 7. Per diversi esempi di casi che pongono questi problemi, sia in relazione alle diverse possibili qualificazioni dei fatti che con riferimento al coinvolgimento di istituzioni giudicanti differenti, si vedano, ad esempio, S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009 e i saggi raccolti in J. KLABBERS, G. PALOMBELLA, (a cura di), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge, 2019.

La tensione tra frammentazione giuridica e interconnessione sociale genera così quegli «spazi giuridici ibridi»¹⁶ in cui si innescano le dinamiche dell'interlegalità: norme di diversa natura e origine si intersecano e interagiscono tra loro, concorrono, competono, si contaminano e si trasformano. Queste dinamiche sono estremamente imprevedibili sia nelle forme che negli esiti, proprio perché, come si è detto, manca una cornice chiara e condivisa di norme di coordinamento tra gli ordinamenti giuridici che interagiscono. Nondimeno, a dispetto della formale separazione e dell'apparente reciproca indifferenza tra diritto statale e *minority legal orders*, le persone migranti impostano le proprie relazioni (familiari, ma anche economiche, lavorative ecc.) combinando fonti dell'uno e degli altri, alla ricerca della soluzione che meglio risponde alle proprie esigenze (§ 2.). Questo si riflette poi, inevitabilmente, sul modo in cui vengono affrontate e risolte le controversie che nascono da questi rapporti, sia nelle corti statali sia nelle sedi in cui hanno luogo quelle forme di ADR che sono espressione dei *minority legal orders* (§ 3).

2. *Agire in contesti di interlegalità: discourse e forum shopping tra motivazioni identitarie e negoziazioni strategiche*

Una volta stabilitesi nel nuovo paese di residenza, le persone migranti si trovano all'intersezione tra ordinamenti giuridici differenti le cui pretese regolative, tra loro concorrenti, si sovrappongono e talvolta confliggono. In questo contesto, lo «schema cognitivo», il «*frame* di riferimento», entro il quale le persone migranti compiono le proprie scelte e azioni è quello della «bifocalità» (o forse, meglio, della multifocalità¹⁷):

¹⁶ P.S. BERMAN, *Global Legal Pluralism*, cit., p. 13 definisce questi spazi giuridici ibridi come spazi «where more than one legal, or quasi-legal, regime occupies the same social field».

¹⁷ Generalmente i *minority legal orders* sono, in effetti, una combinazione di norme consuetudinarie e di norme di matrice religiosa che si ridefinisce nel tempo secondo dinamiche mutevoli, influenzate dal diritto statale del paese di provenienza dei migranti, da quello del nuovo paese di residenza (come si dirà a breve nel testo) e da nuove forme

uno schema, cioè, in cui i punti di vista dei diversi sistemi normativi che assumono rilievo nella vita di queste persone sono «costantemente monitorati e percepiti come dimensioni complementari di un unico spazio di esperienza»¹⁸. Navigando tra diversi arcipelaghi di norme¹⁹ – o, come direbbe Boaventura de Sousa Santos, compiendo «costanti transizioni e sconfinamenti» tra «molteplici *networks* di ordinamenti giuridici»²⁰ – le persone migranti ne diventano elemento di connessione, creando occasioni di interazione tra le istituzioni che ne sono espressione.

Per comprendere le dinamiche dell'interlegalità nei paesi europei di immigrazione è utile, quindi, adottare una «prospettiva soggettivistica che mette in primo piano l'attore sociale e le norme di origine diversa che ne influenzano azioni e scelte»²¹. Questo approccio *actor-oriented*, molto diffuso in particolare negli studi socio-antropologici sul pluralismo giuridico, consente di prestare attenzione al modo in cui le persone migranti «usano» il diritto nella costruzione dei propri rapporti e nel perseguimento dei propri fini²². A questo proposito, le decisioni che gli

di diritto transnazionale. Ad esempio, rispetto all'influenza del nuovo Islam transnazionale sui *minority legal orders* di matrice islamica in Europa, si rinvia a P. PAROLARI, *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione*, cit., 50-53.

¹⁸ M. AMBROSINI, *Un'altra globalizzazione. Le sfide delle migrazioni transnazionali*, Bologna, 2008, cap. 2, par. 1.

¹⁹ La metafora della navigazione tra «global archipelagos of rule sources» è al centro dell'analisi di Federica Sona sui matrimoni e divorzi islamici in Europa: F. SONA *Defending the Family Treasure Chest*, cit.

²⁰ B. DE SOUSA SANTOS, *Law: A Map of Misreading*, cit., p. 298, traduzione mia.

²¹ L. MANCINI, *Introduzione all'antropologia giuridica*, Torino, 2015, p. 41.

²² Scrive A.J. HOEKEMA, *Multicultural Conflicts and National Judges: A General Approach*, in *Law Soc. Justice Global Dev.*, 2008, p. 3, parlando di interlegalità: «we avoid the notion of different legal orders as fixed and independent elements and focus on ways individuals use their own practices and those of others. We have to concentrate on the selective use of "the legal" by concrete persons as a resource for promoting their interests. This means adopting the so-called actor-oriented approach and avoiding any notion of structural determination, but without suggesting that people are always completely free to do as they wish».

attori sociali devono prendere sono sostanzialmente due: a) in conformità a quali norme informare la propria condotta e i propri rapporti, e b) a quali istituzioni affidare la risoluzione delle proprie controversie. Tali decisioni non sono da leggersi in termini esclusivamente identitari: ragioni identitarie e considerazioni strategiche rappresentano, infatti, i due poli di una relazione ambivalente, all'interno della quale sono possibili differenti combinazioni e punti di equilibrio²³.

In particolare, sotto il primo profilo, è importante notare che la scelta del sistema normativo di riferimento non assume necessariamente la forma di un *aut-aut*: adeguarsi alle regole del paese di residenza o rifiutarsi di farlo per rimanere fedeli alla propria cultura giuridica. Al contrario, la tensione tra queste due alternative può innescare processi di rielaborazione dei diversi repertori giuridici in gioco, in forza dei quali tanto le norme vigenti nel paese di residenza quanto quelle dei *minority legal orders* vengono "manipolate" e ridefinite per cercare di ridurre la distanza tra le une e le altre. In particolare, come ricorda Sanne Taekema, «le norme che hanno senso nella vita quotidiana sono combinate tra loro per formare un ordinamento giuridico che combina elementi di *backgrounds* giuridici differenti»²⁴. Acquista rilievo, quindi, ciò che André Hoekema ha definito *discourse shopping*, ovvero il processo attraverso il quale gli attori sociali si muovono tra diversi «repertori giuridici», rinegoziandone i significati e determinandone l'ibridazione²⁵.

Riguardo invece alla scelta delle istituzioni a cui affidare la risoluzione delle controversie, è di centrale importanza il fenomeno del c.d. *forum shopping*: le persone tendono infatti a scegliere la sede di

²³ Illuminante, in merito al concetto di ambivalenza, l'analisi di R.K. MERTON, *Sociological Ambivalence*, New York, 1976. Si veda, inoltre, A.R. CALABRÒ, *L'ambivalenza come risorsa. La prospettiva sociologica*, Roma-Bari, 1997.

²⁴ S. TAEKEMA, *Between or Beyond Legal Orders. Questioning the Concept of Legal Order*, in *The Challenge of Inter-Legality*, a cura di J. KLABBERS, G. PALOMBELLA, cit., p. 76, traduzione mia.

²⁵ A.J. HOEKEMA, *Multicultural Conflicts and National Judges*, cit., p. 4.

risoluzione di una controversia sulla base del risultato atteso, in ragione del diritto sostanziale che si presume verrà applicato. Pratiche di *forum shopping* sono rinvenibili non solo tra corti statali e forme di ADR amministrate da istituzioni che sono espressione di un *minority legal order*, ma anche tra diverse istituzioni all'interno di uno stesso *minority legal order*²⁶ (come è stato esplicitamente osservato, ad esempio, con riferimento ai già citati *sharī'ah councils*²⁷). Va sottolineato, inoltre, che il diritto in conformità al quale è stato informato un determinato rapporto non necessariamente predetermina la scelta della sede di risoluzione delle controversie. È pratica piuttosto diffusa, ad esempio, che persone di religione musulmana ricorrano a canali informali di risoluzione dei propri conflitti matrimoniali anche quando sono validamente sposate secondo il diritto statale. Simmetricamente, non è infrequente che controversie sorte tra due persone unite solo da un matrimonio islamico siano portate davanti ad una corte statale. È anche possibile, inoltre, che rivendicazioni basate su diversi sistemi di norme siano sollevate di fronte ad uno stesso organo giudicante.

Per effetto di queste pratiche di *discourse* e *forum shopping*, i *minority legal orders* risultano essere tutt'altro che monolitici e statici. È stato evidenziato, ad esempio, che il diritto islamico al quale fanno riferimento i membri delle minoranze islamiche in Inghilterra non è il diritto islamico classico²⁸ e nemmeno quello recepito dal diritto statale dei loro paesi di provenienza²⁹, ma piuttosto una sorta di «expedient combination» di

²⁶ M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK. Minorities, Pluralism and the Law*, cit., p. 2.

²⁷ F. SONA, *Defending the Family Treasure Chest*, cit., p. 133.

²⁸ Per diritto islamico classico si intende il diritto islamico come elaborato dalla dottrina delle principali scuole giuridiche dell'Islam sunnita a partire approssimativamente dall'VIII secolo d.C.

²⁹ Sulla c.d. statalizzazione e/o codificazione del diritto islamico si vedano, ad esempio, R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Šarī'a*, in *Enc. dir. Annali VIII*, Milano, 2015, pp. 742-744 e E. GIUNCHI, *From Jurists Ijtihad to Judicial Neo-Ijtihad. Some Introductory Observations*, in *Adjudicating Family Law in Muslim Courts*, a cura di EAD., London, 2014, pp. 11-17.

diritto islamico e diritto inglese che è stata denominata «angrezi shariat» (o *British shari'ah*)³⁰. Allo stesso tempo, le pratiche di *discourse* e *forum shopping* comportano lente ma significative trasformazioni anche nel diritto vigente nel paese di residenza: sebbene infatti le relazioni (di potere) tra diritto statale e *minority legal orders* non siano certamente simmetriche, non sono solo elementi del diritto statale a «penetrare» nel repertorio giuridico delle minoranze, ma anche «elementi del diritto delle minoranze» lasciano, in alcuni casi, «un'impronta sui concetti, sulle procedure e sulle pratiche giuridiche dominanti»³¹.

3. Decidere in contesti di interlegalità: il ruolo dell'interpretazione giuridica nella risoluzione delle controversie "interlegali"

In un contesto come quello descritto nel paragrafo che precede, «guardare alle domande di giustizia che emergono dal caso è piuttosto diverso dal "risolvere" una questione dal punto di vista unilaterale di uno dei regimi giuridici che di fatto competono» nel regolarla³². L'idea che la soluzione del caso possa essere cercata tenendo conto delle fonti di un solo ordinamento giuridico – sia esso il diritto statale o un *minority legal order* – appare, quindi, poco realistica sotto il profilo empirico e fuorviante sotto il profilo teorico-esplicativo (oltre che, secondo alcuni, problematica sotto il profilo normativo)³³. In effetti, se si

³⁰ D. PEARL, W. MENSKI, *Muslim Family Law*, 3 ed., London, 1998, p. 277.

³¹ A.J. HOEKEMA, *European Legal Encounters between Minority and Majority Cultures: Cases of Interlegality*, in *J. Leg. Plur. Unoff. Law*, 2005, pp. 6-7, traduzione mia. È il fenomeno che Hoekema denomina «interlegality in reverse».

³² J. KLABBERS, G. PALOMBELLA, *Introduction*, cit., p. 2.

³³ Come scrive G. PALOMBELLA, *Theories, Realities, and Promises of Inter-Legality: A Manifesto*, in *The Challenge of Inter-Legality*, a cura di J. KLABBERS, G. PALOMBELLA, cit., p. 382, ci si può chiedere, infatti, se sia ancora possibile aspettarsi che i giudici adottino un atteggiamento autoreferenziale, ignorando ciò che è realmente in gioco nel caso sottoposto al proprio giudizio. E, ancora più radicalmente, ci si può chiedere se nessuno debba avere la responsabilità di produrre un risultato che tenga conto della complessità giuridica entro la quale il caso si iscrive.

osservano le dinamiche in atto nelle sedi – giudiziali e alternative – di risoluzione delle controversie, emerge come le esigenze di giustizia del caso concreto stiano divenendo il perno di una nuova «ideologia delle fonti del diritto», in conformità alla quale si vanno ridefinendo i tradizionali (meta-)criteri di applicabilità delle norme giuridiche³⁴. Come osserva Pastore, infatti, «il confronto tra plessi normativi [...] mette in moto meccanismi in forza dei quali l'operatore si trova ad applicare la regola tratta da una o l'altra fonte considerata maggiormente idonea a soddisfare le esigenze avanzate dal caso»³⁵, anche a costo di includere tra le premesse normative delle proprie decisioni «fonti *extra ordinem*» che operano soltanto «sulla base del principio di effettività»³⁶.

A questo proposito, è documentato che nelle sedi di ADR espressione dei *minority legal orders* si tiene conto anche del diritto statale. Ad esempio, quando hanno a che fare con lo scioglimento del matrimonio islamico di una coppia che si è sposata anche civilmente, diversi *sharī'ah*

³⁴ G. PINO 2016, *Teoria Analitica del diritto 1. Teoria della norma*, Pisa, 2016, pp. 143-154. Secondo la definizione di Pino, i criteri di applicabilità sono le norme positive o «le convenzioni interpretative e argomentative praticate nella cultura giuridica di riferimento» che «hanno la funzione di indicare all'organo dell'applicazione quale [norma] dovrà applicare». I meta-criteri di applicabilità sono, invece, quei «criteri che riguardano il peso da attribuire ai singoli criteri di applicabilità, i loro reciproci rapporti di preferenza, ecc.». Tali meta-criteri si rendono necessari perché «è frequente che più criteri di applicabilità siano contemporaneamente applicabili, e che entrino in conflitto». Secondo Pino, «il concreto funzionamento di tutti i criteri di applicabilità [...] è governato da considerazioni che trascendono i criteri medesimi», cosicché la cultura giuridica svolge una funzione essenziale nell'individuazione delle norme applicabili al caso concreto. Più precisamente, «l'insieme dei criteri e dei meta criteri di applicabilità [...] rinvia [...] a una più generale concezione del diritto che viene condivisa o presupposta dagli operatori all'interno di una cultura giuridica e che può essere utilmente compendiata nella nozione di "ideologia delle fonti del diritto"».

³⁵ B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014, p. 25.

³⁶ B. PASTORE, *op. ult. cit.*, p. 32. A questo proposito, è stato osservato che «il carattere *normativo* di ciò che ha per fonte *altri ordinamenti* sfugge alla nostra decisione piuttosto che dipendervi»: cfr. G. PALOMBELLA, *Interlegalità. L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto, e il ruolo delle corti*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2018, p. 322, corsivi nel testo.

councils che operano in Inghilterra subordinano il proprio intervento al fatto che sia già stata emessa una sentenza di divorzio da parte della corte statale competente o, almeno, che sia stata avviata la procedura giudiziale per ottenerla; inoltre alcuni *sharī'ah councils* considerano il divorzio civile una condizione di per sé sufficiente per ritenere sciolto anche il matrimonio islamico³⁷. Simmetricamente, non mancano casi in cui i giudici statali – spesso mossi dalla considerazione dei possibili effetti negativi che (anche) il totale disconoscimento dei *minority legal orders* di matrice islamica può avere sulla tutela dei diritti fondamentali delle persone musulmane³⁸ – cercano di tener conto della *sharī'ah* nel dirimere controversie legate a matrimoni o divorzi islamici. Poiché però nell'ordinamento giuridico statale in genere non c'è alcun rinvio che li autorizzi a farlo, tendono a non riconoscere la diretta applicabilità di queste norme, ma

³⁷ Ne rendono conto, tra gli altri, G. DOUGLAS, N. DOE, S.GILLIAT-RAY, R. SANDBERG, A. KHAN, *The Role of Religious Tribunals in Regulating Marriage and Divorce*, in *CFLQ*, 2012, pp. 47-48; J.R. BOWEN, *On British Islam. Religion, Law, and Everyday Practice in Shari'a Councils*, Princeton, 2016, p. 92; R. PARVEEN, *Do Sharia Councils Meet the Needs of Muslim Women?*, in *Gender and Justice in Family Law Disputes: Women, Mediation and Religious Arbitration*, a cura di S. BANO, Waltham, 2017, pp. 157 e 159; M. KESHAVJEE, *Islam, Sharia and Alternative Dispute Resolution: Mechanisms for Legal Redress in the Muslim Community*, London, 2013, cap. 5.

³⁸ Sebbene infatti, normalmente, il dibattito si concentri su come il riconoscimento delle norme delle minoranze possa avere l'effetto di compromettere la tutela dei diritti fondamentali, ci sono casi in cui tale effetto è piuttosto il prodotto del mancato riconoscimento di atti compiuti in conformità a un *minority legal order*. Ad esempio, non riconoscere un matrimonio poligamico significa di fatto negare alle donne che non sono riconosciute come (prime) mogli la tutela del diritto al ricongiungimento familiare, dei diritti successori, del diritto al mantenimento in caso di separazione o divorzio e, prima ancora, dello stesso diritto alla separazione o al divorzio: lo stato non può sciogliere, infatti, un matrimonio che non riconosce né valido né, talvolta, esistente. Questa situazione appare paradossale se si pensa che il principale argomento addotto per negare qualsiasi forma di riconoscimento dei matrimoni poligamici è proprio l'esigenza di garantire alle donne l'eguaglianza nella tutela dei diritti fondamentali. Analoghe considerazioni possono farsi con riferimento al rifiuto di riconoscere il ripudio legittimamente perfezionatosi all'estero quando sia la donna a chiederlo, perché vuole risposarsi o perché rivendica il *mahr* che le è dovuto: cfr M. RIZZUTI, *Patti prematrimoniali, divorzi privati e "multi-coniugalismo"*, cit., pp. 350 ss.

ricorrono invece a due principali strategie, a seconda delle questioni che si pongono nei casi sottoposti al loro giudizio³⁹.

In particolare, la prima strategia consiste in una sorta di traduzione giuridica volta ad individuare, all'interno del proprio ordinamento, categorie e istituti che possano rappresentare un sostituto (adeguato?) delle categorie e degli istituti della diversa cultura giuridica alla quale le parti hanno informato la propria condotta e i propri rapporti⁴⁰. Un esempio tipico di questo genere di operazioni è quello di trattare il *mahr* – una somma di denaro e/o un insieme di beni che, in base al diritto islamico, il marito deve corrispondere alla moglie in ragione del matrimonio – come un'obbligazione contrattuale, applicando le norme del diritto statale in materia di contratti⁴¹. La seconda strategia consiste invece nell'interpretare estensivamente le fonti del diritto statale e internazionale⁴², facendo leva sulla ineliminabile indeterminatezza delle norme legata a quella che Hart ha definito «trama aperta» del linguaggio (giuridico ma non solo)⁴³ e scegliendo, tra i diversi possibili significati ascrivibili ad una disposizione normativa, quello che consenta di ricavarne la norma maggiormente inclusiva rispetto alle differenze culturali. A tal fine, un più ampio

³⁹ In realtà, entrambe queste strategie non sono prive di aspetti problematici, per ragioni che non è possibile prendere in esame in questa sede. Per alcune osservazioni in merito si rinvia a P. PAROLARI, *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione*, cit., par. 2.3.

⁴⁰ Per un'analisi del tema della traduzione giuridica che tiene conto anche del caso specifico delle società multiculturali, si veda T. MAZZARESE, *Legal Translation. A Survey of Traditional Problems and New Challenges*, in *Riv. filos. dir.*, 2020, pp. 125-146.

⁴¹ Così, ad esempio, in Court of Appeal of England and Wales, *Uddin v. Choudhury* [2009] EWCA Civ 1205, commentato in P. PAROLARI, *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione*, cit., par. 5.3.1. Più in generale, per una comparazione delle diverse forme che ha assunto il (mancato) riconoscimento giudiziale dell'istituto islamico del *mahr* in Canada, Usa, Germania e Francia si rinvia a P. FOURNIER, *Muslim Marriage in Western Courts. Lost in Transplantation*, Farnham, 2010.

⁴² Sembrano avere un peso particolare, a questo proposito, le norme internazionali in materia di diritti fondamentali.

⁴³ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, 2002, pp. 146-149.

marginale di discrezionalità è ovviamente presente nel caso di principi, clausole generali, termini valutativi e rinvii a standard o criteri extragiuridici⁴⁴. Non mancano tuttavia casi in cui i giudici si spingono a notevoli “acrobazie interpretative” anche di fronte a disposizioni normative che non sembrano lasciare analoghi margini di discrezionalità⁴⁵.

Prassi e strategie come quelle richiamate testimoniano di come – tanto nei processi che hanno luogo nelle corti statali quanto nelle forme di ADR amministrative dalle minoranze religiose/culturali – l’esigenza di districarsi tra una pluralità di fonti di diversa natura e origine in assenza di norme di coordinamento esplicite, precise e chiare, si traduca in una rinnovata centralità dell’interpretazione come necessario complemento della teoria delle fonti del diritto. Oggi più che mai, infatti, il diritto si configura come un «complesso di potenzialità latenti»⁴⁶, nel quale «a monte delle norme vi sono svariati materiali giuridici, eterogenei e dotati di diversa forza vincolante, che formano un insieme normativo in potenza da attualizzare»⁴⁷. Per questo, come ben sintetizza Lorenza Carlassare, «non pare possibile parlare di fonti senza considerare giurisprudenza e interpretazione»⁴⁸. Risulta evidente, inoltre, come l’interlegalità conferisca all’interpretazione giuridica una dimensione che potrebbe essere definita “intersistemica”⁴⁹, non solo nell’attribuzione di significato

⁴⁴ Sul punto si rinvia a P. PAROLARI, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, Torino, 2016, pp. 136-140.

⁴⁵ Così, ad esempio, in England and Wales Family Court, *Akhter v. Khan* [2018] EWFC 54, dove il giudice ha dato un’interpretazione assai innovativa delle disposizioni che stabiliscono le condizioni (tassative) di nullità del matrimonio. Si vedano P. PAROLARI, *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione*, cit., par. 5.3.1; ID., *Legal Polycentricity, intergiuridicità e dimensioni “intersistemiche” dell’interpretazione giudiziale. Riflessioni a partire dal caso inglese Akhter v. Khan*, in *DPCE online*, 2019; A. RINELLA, *La shari’a in Occidente*, cit., pp. 237-242.

⁴⁶ B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, cit., p. 43.

⁴⁷ B. PASTORE, *op. ult. cit.*, p. 33.

⁴⁸ L. CARLASSARE, *Le fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. Dir. Annali II*, 2008, p. 544.

⁴⁹ Sulla dimensione intersistemica dell’interpretazione si invia nuovamente a P. PAROLARI, *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione*, cit., par. 2.3.

alle fonti del diritto ritenute rilevanti nel caso concreto ma anche, e prima ancora, in relazione alla stessa individuazione di tali fonti. A prescindere dal fatto che esistano o meno forme esplicite di rinvio e riconoscimento reciproco tra diversi spazi giuridici e corpi normativi, infatti, l'attività interpretativa dei giudici si muove attraverso le linee di demarcazione che pretenderebbero di delimitare i confini di ciascuno di essi: è sempre più, per usare le parole di Roger Cotterrell, un'interpretazione «attraverso i regimi normativi tanto quanto al loro interno»⁵⁰.

4. Limiti del pluralismo giuridico ordinamentale: verso un paradigma teorico-giuridico dell'interlegalità?

Le interazioni tra norme di diversa natura e origine fin qui descritte sfuggono alle categorie tradizionali che classificano le relazioni tra ordinamenti giuridici secondo logiche lineari di coordinazione/subordinazione, esclusione/inclusione, indifferenza/rifiuto/assorbimento⁵¹, sulla base delle norme positive di rinvio previste in ciascuno di essi (o della loro assenza). Tali interazioni non avvengono infatti in conformità a norme prestabilite che ne disciplinino i presupposti e le modalità, ma piuttosto per effetto dell'iniziativa: a) di attori sociali che, di fatto, impostano le proprie relazioni e affrontano le proprie controversie combinando, in modo del tutto imprevedibile, fonti di diversa natura e origine; e b) di giudici, arbitri e/o mediatori che praticano forme sempre più radicalmente intersistemiche di interpretazione giuridica, aprendosi a fonti esterne al proprio ordinamento e contribuendo così a renderlo sempre più fluido e ibrido.

Per comprendere le dinamiche dell'interlegalità non sono d'aiuto, quindi, le teorie dei rapporti tra differenti spazi giuridici e forme di diritto che, più o meno esplicitamente, presuppongono una nozione

⁵⁰ R. COTTERRELL, *Does Global Legal Pluralism Need a Concept of Law?*, in *Law's Ethical, Global and Theoretical Contexts: Essays in Honour of William Twining*, a cura di U. BAXI, C. MCCRUDDEN, A. PALIWALA, Cambridge, pp. 315-316, corsivo nel testo, traduzione mia.

⁵¹ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 278-282.

«tecnicizzata»⁵² di ordinamento giuridico come insieme di norme chiuso (perché autonomo ed esclusivo⁵³), gerarchicamente ordinato e dotato di unità, coerenza e completezza⁵⁴. Come si è visto, infatti, in contesti di interlegalità i confini tra ordinamenti si fanno porosi e sfumano progressivamente all'interno di spazi giuridici ibridi in cui differenti «costellazioni»⁵⁵ di fonti del diritto interagiscono in modo informale e asistematico⁵⁶. Entra quindi profondamente in crisi la valenza esplicativa non solo di monismo e dualismo, che pure hanno dominato per decenni i dibattiti di giuristi e teorici del diritto sulle relazioni tra diritto statale e diritto internazionale, ma anche di quelle versioni del pluralismo giuridico che sono più strettamente legate ad una concezione chiusa o sistemica del diritto e della legalità⁵⁷. In particolare, limite comune a queste forme di

⁵² G. TARELLO, *Prospetto per la voce «Ordinamento Giuridico» di una enciclopedia*, in *Politica del diritto*, 1975.

⁵³ Unità, coerenza e completezza presuppongono che l'ordinamento giuridico sia caratterizzato da autonomia (fondi cioè la propria autorità – sovranità, direbbe Kelsen – solo su se stesso e decida da sé i criteri di appartenenza delle proprie norme) ed esclusività (escluda cioè che le norme che non soddisfano tali criteri siano rilevanti per forza propria). Sul punto si vedano G. ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, pp. 37-39; F. POGGI, *Concetti teorici fondamentali. Lezioni di teoria generale del diritto*, Pisa, 2013, p. 236. Come evidenzia Itzcovich, autonomia e esclusività «esprimono congiuntamente la chiusura dell'ordinamento giuridico».

⁵⁴ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit.; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit. p.

⁵⁵ Il termine 'costellazione' con riferimento alle fonti del diritto è sempre più ricorrente in letteratura. Si vedano, ad esempio, B.D.S. SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense. Law, Globalization, and Emancipation*, Cambridge, 2002, pp. 85 e 89; F. VON BENDA-BECKMANN, K. VON BENDA-BECKMANN, *The Dynamics of Change and Continuity in Plural Legal Orders*, in *J. Leg. Plur. Unoff. Law*, 2006; K. TUORI, *Transnational Law. On Legal Hybrids and Pluralism*, in *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. MADURO, K. TUORI, S. SANKARI, Cambridge, 2014, pp. 23 e 38.

⁵⁶ Per questo si è cominciato a parlare di ordinamenti giuridici «aperti», «permeabili», «fluidi e porosi», «policentrici», «destrutturati». Nell'evidenziare il venir meno di alcune delle principali caratteristiche definitorie della nozione di ordinamento giuridico, tuttavia, queste espressioni sembrano in realtà confermarne la crisi.

⁵⁷ In questa prospettiva, G. PALOMBELLA, *Interlegalità*, cit., pp. 315 e 320 denuncia come le difficoltà con le quali si scontrano le «tradizionali teorie giuridiche relative ai

«pluralismo giuridico sistemico»⁵⁸ o «ordinamentale»⁵⁹ è che, anche quando non ignorano affatto le intersezioni e interazioni tra spazi giuridici e forme di diritto differenti – ma anzi, come spesso accade, prendono le mosse proprio dalla constatazione di queste intersezioni e interazioni – non consentono di renderne conto *in termini giuridici*⁶⁰.

Pensare il diritto come ordinamento – nel senso tecnicizzato poc' anzi precisato – ha infatti almeno due implicazioni estremamente rilevanti, messe bene in evidenza, tra gli altri, da Kaarlo Tuori: la prima è che giudici e legislatori «sono tenuti ad adottare la prospettiva dell'ordinamento giuridico in base al quale l'istituzione in cui operano è stata istituita e i suoi poteri definiti, e le cui norme dovrebbero essere applicate e rispettate»; la seconda è che «non esiste un terreno neutrale sul quale gli ordinamenti giuridici subordinati a diverse *Grundnorms* possano incontrarsi, ma la soluzione della questione controversa dipende dall'ordinamento giuridico dal punto di vista del quale viene affrontata»⁶¹. In questa prospettiva, quello sistemico o ordinamentale si rivela un pluralismo giuridico «radicale»⁶², inaccurato sotto il profilo teorico-descrittivo e indesiderabile sotto il profilo normativo, perché abbandona i rapporti tra ordinamenti alla sfera della politica o, per non indulgere ad eufemismi, ai meri rapporti di forza tra (soggetti che operano in) ordinamenti giuridici diversi.

rapporti tra ordinamenti» nell'affrontare il problema delle contrapposizioni e dei conflitti tra diversi spazi giuridici nasca proprio dalla «limitata adeguatezza o dal relativo fallimento della concezione di legalità chiusa».

⁵⁸ N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism*, cit., pp. 71-78.

⁵⁹ G. ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali*, cit., p.

⁶⁰ Scrive a questo proposito G. PALOMBELLA, *Interlegalità*, cit., p. 328: «sullo sfondo del paradigma pluralista c'è da un canto la pluralità come fatto, dall'altro l'auspicata possibilità che sistemi molteplici "imparino" l'uno dall'altro e più concretamente rintraccino produttive vie di comunicazione. Ma il punto è che essi non hanno alcun obbligo di farlo, e nell'ottica pluralista non dispongono di mezzi e percorsi per farlo in termini giuridici».

⁶¹ K. TUORI, *Transnational Law*, cit., p. 35, traduzione mia.

⁶² K. TUORI, *ult. op. cit.*

Da qui, l'esigenza di individuare un nuovo paradigma teorico che offra un'alternativa al pluralismo giuridico radicale. Così, ad esempio, le recenti riflessioni di Jan Klabbers e Gianluigi Palombella⁶³ si propongono di recuperare la nozione di interlegalità in una prospettiva non soltanto sociologica ma anche, specificamente, teorico-giuridica⁶⁴; una prospettiva, cioè, in cui l'interlegalità non rappresenti più, semplicemente, la «controparte fenomenologica» e dinamica del pluralismo giuridico⁶⁵, ma divenga un vero e proprio modo nuovo di pensare il diritto come realtà complessiva e composita, la cui trama è data proprio dall'interazione tra una pluralità di «legalità» differenti⁶⁶.

In particolare, chiarisce Palombella, l'interlegalità dovrebbe essere intesa «come la dimensione in cui il diritto non deriva né può farsi dipendere in modo esclusivo da uno tra i singoli ordini giuridici o regimi che emergano come simultaneamente rilevanti in casi concreti»⁶⁷. In quest'ottica, «assumere la prospettiva *del diritto*»⁶⁸ significa guardare ai casi concreti non dal punto di vista interno di un «singolo sistema autonomo e indipendente (*self-contained*)»⁶⁹ ma abbracciando il «*continuum*» che determina «il quadro giuridico di una questione da risolvere»⁷⁰. Il paradigma

⁶³ Si veda, in particolare, J. KLABBERS, G. PALOMBELLA, *Introduction*, cit. In termini non coincidenti, anche K. TUORI, *ult. op. cit.*, pp. 41-49 ricorre alla nozione di interlegalità per proporre un'alternativa al pluralismo giuridico radicale.

⁶⁴ A questo proposito, G. PALOMBELLA, *Theories, Realities, and Promises of Inter-Legality: A Manifesto*, cit., p. 378, corsivi nel testo, parla di una «*objective legal notion*» di interlegalità, contrapposta alla «*subjective sociological notion*» di Santos.

⁶⁵ B.D.S. SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense*, cit., p. 97.

⁶⁶ Così J. KLABBERS, G. PALOMBELLA, *Introduction*, cit., p. 2.

⁶⁷ G. PALOMBELLA, *Interlegalità*, cit., p. 330.

⁶⁸ G. PALOMBELLA, *op. ult. cit.*, p. 326, corsivo nel testo.

⁶⁹ J. KLABBERS, G. PALOMBELLA, *Introduction*, cit., p. 1.

⁷⁰ G. PALOMBELLA, *Interlegalità*, cit., p. 330. Come chiarisce G. PALOMBELLA, *Theories, Realities, and Promises of Inter-Legality: A Manifesto*, cit., pp. 378-380, «inter-legality concentrates on the law as wide as it happens to be relevant from the vantage point of the issue under consideration». Infatti, «when normative orders interact, the legal "true proposition of law" cannot result out of unilateral and one-sided sources [...]. The effect of

dell'interlegalità consente, così, non solo di individuare la soluzione di una controversia senza assumere la prospettiva di una sola giurisdizione alla volta⁷¹ ma anche di considerare l'interazione tra spazi giuridici diversi come una «situazione giuridica»⁷². Assumono ovviamente una posizione centrale, in questo contesto, la prospettiva del caso concreto⁷³ e il ruolo del giudice, che è chiamato a ricavare la norma applicabile vagliando tutte le fonti del diritto potenzialmente rilevanti, indipendentemente dalla loro natura e dallo spazio giuridico nel quale si collocano⁷⁴.

In realtà, l'analisi delle possibili implicazioni del fenomeno dell'interlegalità sotto il profilo teorico-giuridico rimane, per ora, poco più che abbozzata⁷⁵. Sono molte, infatti, le questioni che ancora necessitano di essere affrontate, a partire, ad esempio, dai termini (*if any*) in cui si possono (ri)definire: l'unità e l'identità di «spazi giuridici non ordinamentali»⁷⁶; la validità delle norme al di fuori della logica sistemica del diritto

ordering the case at stake amounts to the ultimate recognition of what “the law is”». Per questo, «what inter-legality – in its normative meaning – should do is to disrobe or undress norms of their systemic clothes (that grant them exclusionary strength) and uphold the normative claims raised by their interaction and interconnection».

⁷¹ J. KLABBERS, G. PALOMBELLA, *Introduction*, cit., p. 3.

⁷² G. PALOMBELLA, *Interlegalità*, cit., p. 330. Si veda inoltre G. PALOMBELLA, *Theories, Realities, and Promises of Inter-Legality: A Manifesto*, cit., p. 378. A questo proposito, J. KLABBERS, G. PALOMBELLA, *Introduction*, cit., p. 2 chiariscono che «inter-legality does not suggest that legal conflicts should be solved by political means». Al contrario, «[it] stays firmly within the law, within legal thinking, within legal practice».

⁷³ Come puntualizzano J. KLABBERS, G. PALOMBELLA, *op. loc. ult. cit.*, «construction of law from the angle of the case is essential to an inter-legality approach».

⁷⁴ Sui termini in cui l'interlegalità ridefinisce molte delle questioni tradizionalmente associate all'attività del giudicare (*judging*), soprattutto con riferimento al significato della nozione di «technical competence», si veda J. KLABBERS, *Judging Inter-Legality*, in *The Challenge of Inter-Legality*, a cura di J. KLABBERS, G. PALOMBELLA, cit.

⁷⁵ Gli stessi Klabbers e Palombella appaiono ancora lontani dal proporre un “compiuto” paradigma teorico-giuridico dell'interlegalità. Non a caso G. PALOMBELLA, *Theories, Realities, and Promises of Inter-Legality: A Manifesto*, cit. definisce la propria riflessione un «manifesto».

⁷⁶ G. ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali*, cit., p. 50.

come ordinamento⁷⁷; le forme del *rule of law*⁷⁸ e il rapporto tra funzione legislativa e funzione giudiziaria; il ruolo dei principi e dei diritti fondamentali all'interno del paradigma dell'interlegalità⁷⁹; i termini di possibili «meccanismi procedurali, istituzioni e pratiche»⁸⁰ elastici e aperti ad una logica *both/and*, che sostituiscano le tradizionali *conflict rules* basate su regole *either/or*⁸¹. Quel che è certo, in ogni caso, è che processi di interazione e contaminazione tra spazi giuridici e forme di diritto differenti sono già in atto. Non resta che vedere se l'interlegalità riuscirà ad affermarsi, oltre che come un dato di fatto, anche come un paradigma che, di questo dato di fatto, riesca ad offrire una lettura teorico-giuridica esaustiva e convincente.

⁷⁷ Sulla nozione di validità sistemica che è propria delle concezioni ordinamentali del diritto si rinvia a T. MAZZARESE, *Validità*, in *Dig. civ.*, XIX, Torino, 1999.

⁷⁸ Molto interessanti, a questo proposito, le riflessioni di A. FACCHI, *Traditional Local Justice, Women's Rights, and the Rule of Law: A Pluralistic Framework*, in *Ratio Juris*, 2019, par 5 circa la possibilità di pensare un modello di «rule of law as a plural structure of legality».

⁷⁹ Di particolare interesse, a questo proposito, il modello del «pluralismo [giuridico] dei principi fondamentali» ricostruito da G. ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali*, cit., par. 4, che mira a rendere conto di come l'integrazione tra diversi spazi giuridici possa avere luogo in una situazione in cui l'ordinamento giuridico ha cessato di essere sia esclusivo che autonomo e, quindi, ha cessato di fatto di essere ordinamento giuridico.

⁸⁰ P.S. BERMAN, *Global Legal Pluralism*, cit. parla, a questo proposito, di gestire (*manage*) eventuali conflitti tra (fonti di) ordinamenti giuridici differenti anziché risolverli (*solve*) una volta per tutte secondo criteri di gerarchia e/o di competenza.

⁸¹ La contrapposizione tra logica *either/or* e logica *both/and* è individuata da K. TUORI, *Transnational Law*, cit., p. 41 come un elemento che distingue, rispettivamente, pluralismo giuridico e interlegalità.

Stefania Dazzetti

*Forme e pratiche del pluralismo religioso nello Stato di Israele.
La tutela dei rapporti familiari*

1. Israele, uno Stato 'ebraico' e multiculturale?

Se il multiculturalismo rappresenta sempre più un tratto tipico dell'esperienza statale non solo occidentale in età contemporanea, non-dimeno sussistono ancora significative eccezioni. Tra queste si può senz'altro annoverare la Repubblica democratica israeliana, che sin dalle origini ha fatto dell'identità culturale e religiosa 'ebraica' la cifra qualificante la sua sovranità e il suo assetto costituzionale¹.

Nel proclamare la fondazione di uno 'Stato ebraico', la Dichiarazione di Indipendenza del 1948 aveva infatti stabilito il primato identitario del nascente Stato di Israele che – proprio in quanto ebraico – si definiva “aperto alla *'aliah'* ebraica ed alla riunione delle diaspore”, pronto quindi ad accogliere tutti gli ebrei costretti dalle persecuzioni o determinati per motivazioni personali – spirituali, ideologiche, politi-

¹ Secondo le classificazioni del diritto pubblico, Israele costituisce una Repubblica di tipo parlamentare. Per un primo inquadramento dell'assetto giuridico e istituzionale dello Stato di Israele, si rinvia al volume collettaneo T. GROPPI, E. OTTOLENGHI, A.M. RABELO (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Giapichelli, Torino 2006. Sulle premesse ideali dello stato di Israele e sull'organizzazione pre-statale della comunità ebraica, si rinvia all'ampio saggio di R. TONIATTI, *L'organizzazione dell'esecutivo in Israele*, in AA.VV., *Costituzione e struttura del governo. L'organizzazione del governo negli stati di democrazia parlamentare*, (Ricerca del Consiglio Nazionale delle Ricerche diretta da Enrico Spagna Musso), Cedam, Padova 1982, pp. 191-274. Una ricostruzione degli aspetti istituzionali dello Stato di Israele secondo una prospettiva di storia delle istituzioni è fornita da A. RASENTI, *Lo Stato di Israele. Note per un'analisi storico istituzionale*, in “Rivista Internazionale di Scienze sociali”, 1973, fasc. VI, pp. 513-537.

che – a fare ritorno nell’antica terra dei padri². Sin dal primordiale e visionario progetto sionista risalente, com’è noto, alla seconda metà dell’Ottocento, *Eretz Israel* veniva indicata agli ebrei della diaspora come la meta verso cui tendere anche idealmente, per attingervi i valori della tradizione, e vivificare così l’appartenenza all’ebraismo appannata dalle dinamiche assimilazioniste indotte dai processi di secolarizzazione che, a partire dall’illuminismo, avevano minacciato la sopravvivenza stessa delle comunità ebraiche sparse in Europa³. Furono infatti, per un verso, il rischio di disgregazione di tali organismi comunitari, e per un altro l’incompiuta emancipazione dei cittadini di fede israelitica della gran parte dei paesi europei, a muovere, sulla spinta dell’antisemitismo nazionalista, gruppi di ebrei tedeschi, francesi, polacchi, russi, verso l’utopia del sionismo – dapprima culturale, quindi politico –, nella convinzione che l’appartenenza all’ebraismo potesse trovare espressione compiuta, dunque piena attuazione, solo con la creazione di una ‘nazione ebraica’⁴.

La nascita dello Stato di Israele veniva dunque a suggellare tale urgenza avvertita dai sionisti, i quali, oltre che per il riconoscimento dello *status* di nazione al popolo ebraico, si batterono per la conquista di un territorio localizzato nella regione della Palestina, in cui, all’epoca,

² Nella Dichiarazione di Indipendenza sottoscritta il 14 maggio 1948 dai “membri del Consiglio del popolo, rappresentanti della comunità ebraica in *Eretz Israel* e del movimento sionista” si annuncia appunto la fondazione di uno stato ‘ebraico’ che avrebbe preso il nome di Stato di Israele. Per il testo completo della Dichiarazione, si veda il volume *Un popolo libero nella propria terra. Democrazia e pluralismo in Israele*, Israel Information Center, Gerusalemme 2005, pp. 16-17. Quanto alla natura giuridica della Dichiarazione di Indipendenza, la dottrina ritiene che si debba considerare come “un atto politico con significato giuridico”, secondo la definizione proposta da Meir Shamgar – già presidente della Corte Suprema –, riportata da A. M. RABELLO, *Costituzione e fonti del diritto*, in GROPPI, OTTOLENGHI, RABELLO *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele* cit., p. 27.

³ Sul tema dell’emancipazione in Europa si rinvia allo studio oramai classico di A. FOA, *Ebrei in Europa. Dalla peste nera all’emancipazione*, Laterza, Roma-Bari 2001.

⁴ Molto vasta appare la letteratura sul sionismo. Per un primo orientamento, si rinvia a I. GRELSAMMER, *Il sionismo*, il Mulino, Bologna 2007.

peraltro risiedeva solo un'esigua minoranza di rappresentanti di quella 'nazione'⁵. Non è questa, evidentemente, la sede per ripercorrere la storia lunga e complessa della genesi dello Stato di Israele nelle sue premesse ideologico-politiche, e tanto meno per ricostruire le vicende laceranti del conflitto con il popolo arabo-palestinese, che hanno preceduto, accompagnato e seguito la sua erezione – soltanto accelerata all'indomani della tragedia della Shoa – nel maggio del 1948⁶.

Basti allora qui rimarcare come, al di là delle rivendicazioni politiche, i sionisti hanno comunque dovuto sempre fare i conti, anche negli anni seguenti alla formazione dello Stato di Israele, con la natura composita del Paese – caratterizzata da una molteplicità di nuclei ebraici distinti per storia, provenienza, cultura, tradizione religiosa –, dunque con la necessità di mediare tra le diverse formazioni, talvolta irriducibili, dell'ebraismo. Si pensi all'antica contrapposizione tra i due principali schieramenti interni – che fu per giunta all'origine della mancata approvazione di una Carta costituzionale, e tuttora segna la vita politica israeliana –, vale a dire quello rappresentato dai membri della corrente laica, tra cui gli stessi sionisti, impegnati a conferire un'impronta moderna e democratica al Paese, mantenendo saldi i legami con il liberalismo occidentale⁷; e quello che, invece, fa capo alla componente

⁵ Sulla centralità che il concetto di 'nazione' viene ad assumere nel XIX secolo anche in coincidenza della pubblicazione degli scritti di Theodor Herzl e della nascita del sionismo, si veda R. TONIATTI, *Minoranze, diritti delle* (ad vocem), in "Enciclopedia delle Scienze sociali", Treccani, Roma 1996, p. 707.

⁶ Una ricostruzione esaustiva, sul piano storico-politico, della fondazione dello Stato di Israele è quella fornita da C. VERCELLI, *Israele. Storia dello Stato. Dal sogno alla realtà (1881-2007)*, Giuntina, Firenze 2007. Di grande interesse appaiono le considerazioni di Anna Foa, che rilegge la vicenda della nascita dello Stato di Israele anche alla luce delle posizioni politiche assunte dagli esponenti del sionismo nei confronti della politica antisemita perseguita dal nazismo negli anni Trenta (A. FOA, *Diaspora. Storia degli ebrei nel Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 166-197).

⁷ L'ordinamento giuridico dello Stato d'Israele è privo, com'è noto, di un formale documento legislativo che incorpori la legge suprema del paese. L'adozione di un testo costituzionale fu al centro di un intenso dibattito che vide impegnati politici e giuristi negli anni 1948-50. Per la

religiosa, più sbilanciata a difesa del patrimonio tradizionale e dell'osservanza della legge ebraica (*Halakhah*) anche nello spazio pubblico⁸. A ciò si aggiunga che le successive e numerose ondate migratorie che hanno condotto in Israele migliaia di ebrei provenienti non solo dal vecchio continente, ma anche dall'Asia e dall'Africa, se per un verso hanno concorso ad accentuare il pluralismo interno, ampliando la vasta galassia dell'ebraismo – oggi composta da sefarditi, ashkenaziti, ultraortodossi, *reforime*, *heredim* ... –, dall'altro hanno reso ancor più delicata la gestione politica di tali diversità⁹. In questo senso, paradossalmente, si può affermare che nella vicenda israeliana, il proclamato primato identitario ebraico assunto a segno distintivo dello Stato non abbia mai presentato un carattere organico e dunque unificante, ma al contrario si sia sempre rivestito di significati ed espressioni – culturali e religiose – molteplici, che hanno convissuto fianco a fianco in un gioco di tensioni

difficoltà a trovare un accordo sui contenuti – da ricondurre per lo più alla contrapposizione tra le diverse componenti laica e religiosa del mondo politico e della stessa società israeliana –, il 13 giugno 1959 venne approvata una risoluzione, nota come "Risoluzione Harari", che prospettava l'emanazione da parte del Parlamento israeliano (*Knesset*) di una serie di Leggi fondamentali (*Basic Laws*). Nell'insieme, esse avrebbero concorso a formare la Costituzione dello Stato. Dal 1958 sono state varate 14 *Basic Laws*. Nel dettaglio, si consulti il sito: <https://m.knesset.gov.il/en/activity/pages/basiclaws.aspx>. I motivi storico-giuridici all'origine della mancata approvazione in Israele di un testo costituzionale appaiono ben ricostruiti nel saggio di Roberto Tosatti, che si sofferma anche sul delicato tema della natura costituzionale delle Leggi Fondamentali. Cfr. R. TONIATTI, *Israele: una Costituzione a tappe*, in "Rivista trimestrale di Diritto pubblico", n. 2, 1977, pp. 510-35. Interessanti spunti sul tema vengono anche dal lavoro di E. OTTOLENGHI, R. Y. HAZAN, *Aspettando la costituzione: la rivoluzione costituzionale israeliana del 1992 e i mutati rapporti tra i poteri dello stato*, in "Quaderni costituzionali", n. 2, agosto 1997, pp. 283-310.

⁸ A tale proposito, Alfredo M. Rabello sostiene che i partiti religiosi si opponevano all'approvazione di un testo di Costituzione per il rischio di "una codificazione dei valori sionisti, un accresciuto potere dei giudici, ritenuti espressione della cultura laica e, in definitiva, la perdita del proprio potere di contrattazione" (RABELLO, *Costituzione e fonti del diritto cit.*, p. 23).

⁹ Secondo uno dei maggiori esperti del Medio Oriente, Bernard Lewis, ormai da diversi decenni gli ebrei di origine mediorientale e nordafricana sono la maggioranza della popolazione israeliana e "rappresentano una parte piccola, ma in crescita dell'*élite*", B. LEWIS, *Le molte identità del Medio Oriente*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 144.

ed equilibri difficili. Il che pare suffragare l'orientamento, comune a molti intellettuali israeliani, a considerare Israele non uno 'Stato ebraico', ma piuttosto lo 'Stato degli ebrei'¹⁰.

E, tuttavia, va pure aggiunto che non sarebbe corretto limitare il discorso sul pluralismo israeliano alle diverse declinazioni dell'identità ebraica, senza fare riferimento anche alla componente araba, vale a dire a quella parte cospicua della popolazione israeliana, attualmente un quinto del totale, composta da cittadini di fede islamica, di tradizione sunnita e sciita¹¹; o, ancora, a quelle comunità cristiane, alcune molto antiche anche se ridotte, che rappresentano le principali denominazioni del Cristianesimo¹². Non v'è dubbio che, nel loro complesso, tali realtà concorrono a rendere ancor più composita e multiforme la fisionomia sociale e politica di questo Paese, mettendo ulteriormente in discussione la presunta natura monolitica della sua identità. La varietà di apporti e appartenenze appena accennati non costituiscono, peraltro, un mero dato sociologico, utile a tracciare il complesso quadro demografico del Paese ed eventualmente a prevederne e interpretarne le dinamiche future. Essa trova un riflesso concreto anzitutto nell'ordinamento giuridico israeliano, che riconosce la rilevanza civile degli statuti personali delle religioni professate dai diversi gruppi etnici, ammettendo la possibilità per

¹⁰ È quanto sostiene Menachem Mautner riflettendo sul tema dell'identità di Israele e sulla sua definizione di "stato ebraico": cfr. M. MAUTNER, *Diritto e cultura in Israele*, FrancoAngeli, Milano 2014, p. 225. Quella del giurista israeliano costituisce una ricerca di grande pregio scientifico, che fornisce una lettura in chiave storico-giuridica – come sottolineano Daniela Bifulco e Fulvio Cortese che hanno curato l'edizione italiana – delle dinamiche culturali e delle trasformazioni istituzionali che hanno interessato Stato di Israele dalla sua nascita fino ai primi anni di questo secolo. Per la cortese segnalazione di questo volume, sono grata alla dottoressa Gisele Levi del Centro Bibliografico di Roma.

¹¹ Dati demografici aggiornati sulla composizione della popolazione israeliana (dati ufficiali del governo israeliano, <https://www.cbs.gov.il/en/Pages/default.aspx>).

¹² Sulla difficile condizione delle comunità religiose cristiane in Israele, si veda S. FERARI, *Coabitazione tra religioni a Gerusalemme*, in A. RICCARDI (a cura di) *Il Mediterraneo nel Novecento. Religioni e Stati*, San Paolo, Cisinello Balsamo (Milano) 1994, pp. 326.

ciascuno di regolare la materia delle relazioni familiari – in particolar modo gli istituti del matrimonio e del divorzio –, secondo i principi e la disciplina normativa disposta dai diritti religiosi e di affidarne quindi la tutela ai rispettivi organi giudiziari¹³.

Per ragioni di opportunità politica che risulteranno più chiare nel corso della trattazione, lo Stato di Israele ha scelto infatti, sin dagli inizi, di mantenere il sistema ottomano del *millet*, radicato in quell'area geografica – e già preservato dagli inglesi negli anni del mandato britannico in Palestina –, che è divenuto poi parte integrante del suo articolato assetto istituzionale¹⁴. Secondo il suo schema ordinativo, alle Corti religiose è delegato il potere giurisdizionale sulle questioni relative alla sfera familiare che vedono coinvolti i fedeli delle rispettive comunità di appartenenza¹⁵. Nel recepire tale impostazione, allora, lo Stato di Israele ha riconosciuto la possibilità che nel proprio ordinamento possa coesistere una pluralità di giurisdizioni, e che siano pertanto attuate – limitatamente ad alcune aree dello *status* personale e dunque alla disciplina di diversi istituti giuridici compresi nel diritto di famiglia – forme differenziate di tutela dei cittadini israeliani, rinunciando così al principio fondamentale di uniformità tipico degli Stati moderni¹⁶.

¹³ Cfr. R. GOTTSCHALK, *Personal Status and Religious Law in Israel*, in "The International Law Quarterly", Vol. 4, n. 4 (Oct., 1951), pp. 454-461. Più in generale, sul rapporto tra religione e diritto in Israele, si rinvia a I. ENGLARD, *Law and Religion in Israel*, in "The American Journal of Comparative Law", vol. 35, N. (winer, 1987), pp. 185-208. Sul tema dell'integrazione del sistema del *millet* ottomano nel diritto israeliano, cfr. E. OTTOLENGHI, *Profili storici in GROPPI, OTTOLENGHI, RABELLO, Il sistema costituzionale dello Stato di Israele cit.*, p. 11-14.

¹⁴ Per un primo inquadramento del tema, si veda *Millet* (ad vocem), in "Encyclopaedia Judaica", vol. 11, Keter Publishing House Ltd, Jerusalem 1971.

¹⁵ Sui caratteri generali del sistema delle giurisdizioni religiose presente in Israele, cfr. A. MAOZ, *Enforcement of Religious Courts' Judgments under Israeli Law*, in "Journal of Church and State", vol. 33, n. 3 (summer 1991), pp. 473-494.

¹⁶ Negli ultimi tempi si registra sempre più una tendenza a considerare il *millet* come sistema di garanzia del pluralismo, quindi, di tutela delle minoranze, cfr. G.M. QUER, *Pluralismo e diritti delle minoranze. Il sistema del "millet"*, in "Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica", n. 1, aprile 2020, pp. 280-284.

Sui motivi storici alla base della scelta dello Stato di Israele di confermare l'antica tradizione del *millet* – che evidentemente, se non favorisce, ammette le identità comunitarie espresse dai vari gruppi etnico-religiosi presenti sul suo territorio –, sull'organizzazione attuale delle Corti religiose e delle rispettive competenze, infine sulle implicazioni giuridico-istituzionali di tale assetto, il presente lavoro intende soffermarsi, non senza accennare alle criticità del modello israeliano che, per quanto controverso, resta comunque un laboratorio dinamico di convivenza all'insegna del multiculturalismo, e anche per questo un interessante caso studio.

2. Il sistema degli statuti personali e la tutela delle relazioni familiari

Non può non suscitare ancora un certo stupore constatare che uno Stato come quello di Israele, sorto appena alla metà del secolo scorso, abbia assunto a fondamento del suo ordinamento giuridico un sistema quale quello del *millet* di tradizione ottomana che riconosceva alle comunità religiose presenti sul proprio territorio piena autonomia – normativa, amministrativa e giudiziaria – nelle materie relative allo *status personae*¹⁷. I motivi contingenti di tale persistenza sono da ricercare per un verso nell'esperienza di governo britannico negli anni del Mandato internazionale in Palestina (1918-1948), dunque nel lascito legislativo mandatario che i sionisti furono chiamati a gestire alla scadenza del protettorato; per un altro nelle vicende politiche interne all'ebraismo che hanno preceduto e accompagnato la fondazione dello Stato 'ebraico' e dei suoi apparati istituzionali¹⁸.

¹⁷ Per una trattazione sui caratteri dell'autonomia della legge ebraica, si rinvia a G. TEDESCHI, *Studies in Israel law*, The Hebrew University Students' Press, Jerusalem 1960, pp. 238 e sgg. Sul tema dell'autonomia con riguardo alle comunità ebraiche in Italia, cfr. S. DAZZETTI, *L'autonomia delle comunità ebraiche nel Novecento. Leggi, intese, statuti, regolamenti*, Giappichelli, Torino 2008.

¹⁸ Su tali aspetti, si veda D. JACOBSON, *The Legal system of Israel*, in "American Bar Association Journal", vol. 40, n. 12 (december), 1954, pp. 1067-1068.

Quanto alla prima, è bene ricordare che, al momento del loro insediamento in Palestina, gli inglesi stimarono opportuno mantenere l'assetto organizzativo delle comunità religiose presenti, riconoscendo loro piena autonomia nella gestione "dei propri affari interni"¹⁹. L'impegno trovò nell'atto costituzionale del 1922 (*Palestine Order in Council*) una solenne formulazione all'art. 83 che, proprio in tema di organizzazione dei gruppi locali, stabiliva il principio secondo cui le questioni attinenti allo *status* personale dei fedeli sarebbero state regolate in base alla legge delle comunità religiose di appartenenza, applicata dai rispettivi tribunali²⁰. Di conseguenza, furono riconosciute le giurisdizioni delle

¹⁹ Va precisato che, al momento della conquista della Palestina, gli inglesi trovarono un assetto giuridico ibrido frutto di una serie di riforme legislative avviate a partire dalla metà del XIX secolo dall'Impero ottomano nel tentativo di porre un argine al suo declino di fronte alla crescente pressione europea. Nel campo legislativo tale processo di modernizzazione della Palestina si manifestò attraverso la produzione dei codici (penale, commerciale e procedurali) ispirati principalmente alla legislazione francese. Da tale movimento di 'ricezione' del diritto francese rimase escluso il codice civile, il cui posto era già stato occupato fin dal 1867 dalla *Mejelle* che aveva codificato le norme del diritto islamico in materia di contratti. Quanto al diritto di famiglia, il legislatore ottomano ritenne di affidarlo interamente alle autorità religiose delle comunità presenti sul territorio dell'Impero, che per la disciplina degli istituti giuridici – matrimonio, divorzio, filiazione, successione – si attenevano alle regole degli statuti personali. Su tali aspetti si rinvia a S. GINOSSAR, C. COLOMBO, *Caratteri e orientamenti del diritto israeliano*, in "La Rassegna Mensile di Israele" vol. 39, n. 3 (marzo 1973), p. 153.

²⁰ Sul piano soggettivo, l'art. 83 stabiliva inoltre il principio secondo cui "tutti in Palestina godranno piena libertà di coscienza e libero esercizio del proprio culto in quanto non contrastino con il mantenimento dell'ordine e della moralità pubblica". Nello stesso provvedimento emanato dal re di Inghilterra per servire appunto da costituzione (*Palestine Order in Council*), si disponeva la permanenza del diritto ottomano allora in vigore. Stabilito dunque il principio di continuità della legislazione vigente, l'art. 46 fissava però due importanti eccezioni: con la prima il governo mandatario si riservava la facoltà di apportare modifiche al diritto ottomano ritenute necessarie; con la seconda, invece, si disponeva che il caso di lacuna della legge, si ricorresse alle regole del *common law* e dell'*equity* applicate in Inghilterra. S. GINOSSAR, C. COLOMBO, *Caratteri e orientamenti del diritto israeliano*, cit., p. 154; inoltre, cfr. R. SACCO, *Diritto stranieri e sistemi di diritto contemporaneo* (ad vocem), in "Enciclopedia Giuridica", Treccani, Roma, 1989, p. 9. Per il testo integrale dell'art. 46, cfr. D. JACOBSON, *The Legal system of Israel* cit., p.1067.

diverse corti religiose – ebraiche, islamiche e delle principali confessioni cristiane – e, in forza del successivo *Religious Communities (Organization) Ordinance* (1926), vennero fissate le norme circa l'elezione, il funzionamento e i poteri degli organi giurisdizionali. E tuttavia, gli inglesi non si limitarono a un'opera di riassetto dell'intera struttura giudiziaria – in cui evidentemente si inscrivevano anche i tribunali religiosi riconosciuti –, risalente al tardo periodo ottomano; ma disposero pure l'istituzione di nuovi organi, come il Consiglio Supremo Musulmano che, creato nel 1921, fu investito di ampi poteri di controllo sulle fondazioni religiose (*Waqf*) e sui tribunali islamici²¹. Circa l'ambito di competenza riservato alle corti religiose, occorre precisare che mentre i tribunali islamici godevano di una giurisdizione più vasta, potendo esprimersi – come già accadeva alla fine del periodo ottomano – anche su questioni non direttamente attinenti al diritto familiare per le quali si applicava comunque la legge islamica (*Sharia*), alle corti rabbiniche spettava invece soltanto la giurisdizione 'esclusiva' su matrimoni e divorzi, alimenti e questioni relative alle doti religiose ebraiche o alla conferma di testamenti²². Infine, le decisioni emanate dalle corti religiose

²¹ Sempre nel 1921, venne introdotto un consiglio rabbinico composto da due rabbini principali e sei rabbini associati, nonché alcuni laici, con sede a Gerusalemme, che fungeva da corte d'appello per le decisioni delle stesse corti rabbiniche. Nel complesso, tuttavia, gli inglesi mantennero la struttura giudiziale ottomana, salvo alcune modifiche, come emerge dalla ricerca storica condotta da Assaf Likhovski, che ricostruisce il sistema legale vigente in Palestina. Cfr. A. LIKHOVSKI, *Law and Identity in Mandate Palestine*, The University of North Carolina Press, 2006. Per i riferimenti al consiglio rabbinico, in particolare cfr. *ivi*, pp. 31-33.

²² Quanto ai cristiani, essi costituivano una piccola minoranza che nel 1944 contava appena 135.000 persone. Le comunità cristiane più numerose, tra cui quella greco-ortodossa e quella latina, godevano di un sistema giudiziario a due livelli. Il governo inglese aveva tuttavia riconosciuto anche i tribunali delle comunità più piccole come quelle Siriano-ortodossa, Armena, Armeno-cattolica, Siriano-cattolica, Greco-cattolica e Maronita, dotate ciascuna di un'unica corte religiosa. Al contrario, le comunità delle Chiese Copta, Nestoriana e Protestante mancavano di tribunali riconosciuti dal governo. Cfr. A. LIKHOVSKI, *Law and Identity cit.*, p. 33.

erano tutte formalmente riconosciute dal governo britannico e, pertanto, eseguite dai tribunali civili (statali).

Da tale breve inquadramento si intuisce come la scelta di conservare la struttura del *millet*, oltre che allo spirito di tolleranza tipico della consuetudine anglosassone, rispondesse a una precisa strategia politica adottata dagli inglesi. Il mantenimento di quel sistema – basato per l'appunto sul principio di autonomia dei gruppi etnico-religiosi – avrebbe infatti consentito all'autorità mandataria di governare nel rispetto delle tradizioni locali – senza dunque alcuna interferenza negli affari religiosi –, un territorio estremamente eterogeneo, e di assicurare così un assetto politico stabile alla Palestina. In questo senso, l'approccio britannico denotava una profonda consapevolezza dell'impostazione culturale diffusa in Medioriente dove, ancor prima che sui criteri occidentali della nazionalità o della cittadinanza, le identità personali si definivano sulla base delle appartenenze religiose.

Non si può escludere che un'analogha valutazione possa aver orientato le scelte dei sionisti nell'opera di fondazione dello Stato di Israele. Come gli inglesi, anch'essi infatti convennero sull'opportunità di mantenere l'assetto giuridico precedente, adottando – già il 14 maggio 1948 – un'ordinanza di transizione che sanciva la validità del diritto vigente in Palestina prima della proclamazione dell'indipendenza. In forza di tale atto – che sotto il profilo giuridico avrebbe garantito la continuità tra mandato britannico e Stato indipendente –, fu dunque possibile lasciare in vigore sia i provvedimenti legislativi introdotti sotto il mandato, sia il sistema ottomano deputato alla disciplina di quell'area del diritto pertinente allo *status* personale. Tale duplice eredità, ottomana e britannica, rappresentò dunque quel patrimonio giuridico e amministrativo 'autoctono', che fu recepito dal neonato Stato, concorrendo a costituire le basi del suo complesso sistema costituzionale²³. Sulla

²³ S. GINOSSAR, *Israel law: components and trends*, in N. KITTRIE (a cura di) *Comparative law and the Middle East*, Washington, D.C., 1986, p. 86, e nello stesso volume, si veda anche

decisione dei padri fondatori dovettero pesare, verosimilmente, anche le gravi vicende politiche legate al conflitto arabo-palestinese – scoppiato a seguito del rifiuto opposto dagli arabi alla Risoluzione dell'ONU, n. 181 del 29 novembre 1947, di dividere il mandato in due Stati indipendenti, rispettivamente arabo ed ebraico –, e dunque il clima di forte emergenza che senza dubbio avevano imposto al governo israeliano scelte rapide e praticabili²⁴.

E tuttavia, non è possibile cogliere a fondo le ragioni della permanenza del sistema del *millet* nell'ordinamento israeliano – oggetto della presente ricostruzione – se non si tiene conto anche dell'intenso dibattito politico interno all'ebraismo apertosi un anno prima della proclamazione di Indipendenza intorno al tema cruciale dell'identità 'ebraica' del futuro Stato di Israele, quindi del ruolo da attribuire alla religione nello spazio pubblico²⁵. Da subito il confronto era andato radicalizzandosi intorno a due opzioni principali: quella espressa dal fronte laico dei sionisti favorevole all'instaurazione di un sistema separatista che tenesse distinto l'ordine statale dalla sfera religiosa; e quella che puntava invece alla valorizzazione anche nella vita istituzionale della tradizione religiosa ebraica, considerata un potente fattore identitario in grado di rafforzare l'appartenenza degli ebrei al nuovo Stato-nazione. A tali posizioni corrispondevano evidentemente due concezioni opposte dello Stato, l'una, 'secolarizzata', che promuoveva l'affermazione di valori laici, riservando alla religione esclusivamente la dimensione privata. L'altra, 'religiosa', che – antepo-
nendo la difesa identi-

il contributo di D. SASSON, *The Israel legal system*; N. BENTWICH, *The legal system of Israel*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 13, n. 1 (Jan. 1964), pp. 236-255.

²⁴ La vicenda del conflitto è stata ampiamente ricostruita nello studio di C. VERCELLI, *Storia del conflitto israelo-palestinese*, Laterza, Bari-Roma 2020.

²⁵ Come ha osservato Bernard Lewis, la fondazione di uno Stato 'ebraico' ha posto per la prima volta gli ebrei di fronte al delicato problema del ruolo rivestito dalla religione nello spazio pubblico, quindi della definizione di un sistema adeguato di regolazione dei rapporti tra la nuova entità statale e il fattore religioso. Cfr. LEWIS, *Le molte identità del Medio Oriente* cit., p. 49.

taria del paese – rivendicava invece l'esigenza di permeare le istituzioni civili e la successiva produzione legislativa, dei principi religiosi e giuridici propri dell'ebraismo²⁶. L'inconciliabilità delle posizioni emerse dalla discussione – che avrebbe potuto condurre a una spaccatura interna, estremamente pericolosa in quella fase di costruzione dell'edificio statale –, fu invece all'origine di una svolta politica di grande rilievo, di un vero e proprio 'compromesso storico' che, nel giugno del 1947, David Ben Gurion – leader del sionismo di matrice laburista e futuro capo del governo – strinse con gli esponenti del partito ultra-ortodosso degli *heredim*, *Agudat Israel*, il cui appoggio e apporto era considerato fondamentale nel compimento del progetto di nuovo Stato ebraico. Nella famosa "lettera dello statu quo" – come fu definita dallo stesso Ben Gurion – indirizzata all'*Agudat Israel* (19 giugno 1947), i dirigenti sionisti dichiararono l'intenzione di dar vita a uno Stato ebraico, ma non teocratico, pronto ad accogliere tutti i futuri cittadini non ebrei, musulmani e cristiani, i quali avrebbero pertanto goduto di uguali diritti, senza patire alcuna discriminazione. Nello stesso tempo essi assunsero l'impegno a mantenere lo statuto personale degli ebrei e, dunque, la giurisdizione dei tribunali rabbinici, considerati un punto fermo del futuro assetto dei rapporti con la religione ebraica²⁷. Anche le altre comunità religiose residenti – che, fino a quel momento, avevano goduto di un regime di completa autonomia – avrebbero di conseguenza continuato a

²⁶ Sulla delicata questione della qualifica dello Stato di Israele, cfr. S. GOLDSTEIN, *Israel: a secular or a religious State?*, in "Saint Louis University Law Journal", vol. 36, 1992, pp. 143-161.

²⁷ Lettera dell'Agenzia ebraica per la Palestina all'*Agudat Israel* (19 giugno 1947). Sulla vicenda dello *statu quo*, cfr. H. COHN, *The State of Israel and the statu quo*, in J.E. DAVID (ed.), *The State of Israel: between Judaism and democracy. A compendium of interviews and articles*, The Israel Democracy Institute, Jerusalem 2003, p. 189 e sg. I termini del patto fondativo tra le due forze politiche sono ricostruiti nell'interessante saggio di R. GUOLO, *La frattura laici/religiosi nella società israeliana*, in "Religioni e società" Rivista di scienze sociali della religione, n. 36, gennaio-aprile 2009, pp. 34-5. Sulle ragioni della conservazione del sistema del *millet* in Israele, si veda anche Y. SEZGIN, *The Israeli Millet System: examining legal pluralism through lenses of nation-building and humans rights*, in "Israel Law Review", vol. 43, 2010, pp. 636-644.

beneficiare del sistema del *millet*, conservando la facoltà di regolare la materia del diritto di famiglia secondo i principi del credo professato, e di adire le rispettive corti per la risoluzione delle controversie.

A ben vedere, quella concordata appariva come una soluzione politica di ampio respiro, che avrebbe permesso ai futuri governi di amministrare la regione dell'ex Palestina da sempre popolata da una varietà di gruppi religiosi, nel rispetto delle loro tradizioni, e di preservarne così gli equilibri interni anche ai fini della stabilità dello Stato. Del resto, storicamente, quell'assetto aveva dato buona prova di sé, consentendo alle comunità religiose cristiane ed ebraiche di vivere per lungo tempo, fianco a fianco con quelle musulmane nell'Impero ottomano, segnato dal primato islamico (*dar-al Islam*, letteralmente "la dimora dell'Islam"). Nel caso di Israele, invece, gli appartenenti all'ebraismo avrebbero costituito la maggioranza dei cittadini del nuovo Stato che, pur definendosi per questo 'ebraico', si sarebbe comunque impegnato ad assicurare "libertà di religione, coscienza, lingua, educazione e cultura", promuovendo in questo modo una società al 'plurale', fondata sull'"uguaglianza completa di diritti, sociale e politica, per tutti i suoi cittadini, senza distinzione di religione, razza o sesso"²⁸.

Per quanto in larga parte definito sin dalle premesse e dalle origini dello Stato, il modello pluralista israeliano si è perfezionato via via nel tempo sulla base di una serie di provvedimenti legislativi varati dalla Knesset a partire dagli anni '50 e volti, per un verso, all'ampliamento dei poteri delle istituzioni religiose, che venivano sottoposti al controllo dell'autorità politica; per un altro al loro inserimento nell'organizzazione statale. In questa direzione sembrano orientati in particolare la *Rabbinical Court Jurisdiction (Marriage and Divorce) Law* del 1953 che, nell'area di *status* personale, estendeva la giurisdizione dei tribunali rabbinici a tutti gli ebrei cittadini o residenti dello Stato di Israele, non riservandola quindi più soltanto a coloro che erano membri della comunità religiosa ebraica. Sul

²⁸ Dichiarazione di Indipendenza di Israele (14 maggio 1948).

versante islamico intervennero invece la legge sui *cadì* (1961) e la *Druze Religious Courts Law* (1962) che parificò – quanto alla materia di competenza – la giurisdizione delle corti druse a quella dei tribunali rabbinici, piuttosto che a quella dei tribunali musulmani che, rispetto agli altri, conservavano una competenza più ampia, così come era stata loro riconosciuta durante il mandato britannico²⁹. L'estensione dei poteri e il rafforzamento delle istituzioni religiose, soprattutto ebraiche, andarono quindi di pari passo con il potenziamento dei controlli statuali, esercitati dal Ministero per gli Affari Religiosi – tuttora competente – e dalle autorità pubbliche locali, cui venivano attribuiti poteri nella selezione dei membri degli organi religiosi, a livello periferico come a quello centrale, e con l'inserimento dei tribunali rabbinici nella struttura giudiziaria dello Stato³⁰. Nella legislazione israeliana prevalse, in altri termini, l'orientamento a “conferire alle istituzioni religiose un carattere pubblico attraverso il riconoscimento dei loro poteri, allo scopo da un lato di consentire un certo grado di controllo statale sulle organizzazioni religiose della popolazione araba di Israele e dall'altro di assicurare il carattere ebraico dello Stato – aspirazione fondamentale dei partiti religiosi israeliani – attraverso l'inserzione nel suo diritto pubblico della legislazione relativa alle istituzioni religiose ebraiche”³¹.

²⁹ La legge di parificazione delle giurisdizioni fu emanata nel 1962, dunque qualche anno dopo il suo riconoscimento avvenuto nel 1957. Proprio in quell'anno, tra l'altro, i drusi furono dotati di un'organizzazione amministrativa completa che vedeva al suo vertice un Consiglio religioso, nominato dal ministro per gli Affari Religiosi. Nel merito, cfr. A. MAOZ, *Matrimonio e divorzio nel diritto israeliano*, in “Daimon”, n. 2, 2002, p. 226.

³⁰ Si pensi al Consiglio Superiore Rabbinico (o Gran Rabbinate d'Israele) – che ha il compito di garantire il funzionamento di tutti i servizi religiosi locali (celebrazione di matrimoni, funerali, in materia di osservanza delle regole alimentari) –, i cui membri sono nominati dal Ministero per gli Affari Religiosi attingendo dalle liste approvate dal Rabbinate locale. Sul punto, cfr. R. TONIATTI, *Aspetti problematici in materia di libertà religiosa nello Stato di Israele*, in F. BIFFI (a cura di) *I diritti fondamentali della persona umana e la libertà religiosa*, Atti del V colloquio giuridico (8-10 marzo 1984), Libreria editrice Vaticana, Roma 1985, p. 667.

³¹ S. FERRARI, *Libertà religiosa e stato pluriconfessionale: il caso di Israele*, in F. BIFFI (a cura di) *I diritti fondamentali della persona umana e la libertà religiosa*, Atti del V colloquio giuridico (8-10 marzo 1984), Libreria editrice Vaticana, Roma 1985, p. 542.

In questo senso, si può senz'altro dire che l'operazione messa in campo dai governi israeliani non si sia limitata a una ricezione automatica del patrimonio precedente sottoponendolo a un semplice riassetto, ma abbia puntato piuttosto all'incardinamento delle istituzioni religiose – in modo particolare degli organi giurisdizionali religiosi –, nella struttura istituzionale dello Stato. Ancora oggi, le corti religiose costituiscono – come si vedrà meglio nel prossimo paragrafo – un sottosistema dell'ordinamento giudiziario israeliano che, oltre alla Corte rabbinica regionale e all'Alta Corte d'Appello rabbinica competenti sulle questioni relative allo *status* personale di quanti appartengono all'ebraismo, comprende anche i tribunali musulmani, drusi, cristiani e *bahai*, i quali – è bene rimarcare – svolgono la medesima funzione giurisdizionale relativamente ai credenti delle rispettive fedi religiose³².

3. Matrimoni, divorzi e Corti religiose

Da quanto precede risulta evidente come nell'ordinamento israeliano l'area giuridica che attiene allo stato personale e la materia del matrimonio e del divorzio siano interamente gestite dalla normativa confessionale. In altri termini, la disciplina di tali campi è del tutto avulsa dall'ambito della codificazione del diritto privato israeliano. In questo senso, alcuni giuristi sostengono che nel campo del diritto di famiglia viga in Israele un "sistema giuridico sfaccettato, che include diritto israeliano – in particolar modo per tutte le questioni inerenti ai beni – e, contemporaneamente, diritto ebraico, diritto islamico, o diritto canonico, a seconda del sistema assunto dalle rispettive corti di ciascuna tradizione religiosa"³³. Non è questa la sede per

³² Sulla classificazione delle corti religiose come sottosistema dell'ordinamento giudiziario, si veda S. GOLDSTEIN, A.M. RABELLO, *L'ordinamento giudiziario*, in GROPPI, OTTOLENGHI, RABELLO, *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele* cit., p. 234-5.

³³ A. M. RABELLO, *Israele fra common law e civil law, verso la codificazione del suo diritto contrattuale*, in V. BERTORELLO (a cura di), *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché?* Giuffrè, Milano 2003, p. 254. A tale proposito, Rabello precisa inoltre che il processo di codificazione del diritto privato israeliano appare limitato ad alcuni campi del diritto che

procedere a una trattazione del tema declinata per tutte le confessioni religiose che, evidentemente, richiederebbe un approfondimento dei rispettivi ordinamenti anche in chiave comparativa. Qui ci si limiterà piuttosto all'esame della regolazione degli istituti del matrimonio e del divorzio in base al diritto ebraico – applicato alla maggioranza dei cittadini israeliani –, non senza aver prima però tratteggiato almeno a grandi linee un quadro sulle competenze delle corti religiose operanti in Israele. E aver anzitutto precisato che lo Stato ha riconosciuto per legge – dunque con atto sovrano – l'ampiezza delle giurisdizioni di ciascuna, stabilendo quando queste possono pronunciarsi 'in via esclusiva', oppure 'in via concorrente' con altri organi giudiziari civili³⁴.

Avviando la ricognizione dal caso ebraico, occorre dire che la già menzionata legge israeliana del 1953 (*Marriage and Divorce*) ha attribuito alle corti rabbiniche la giurisdizione esclusiva sulle questioni relative a matrimoni e divorzi di ebrei in Israele – sia cittadini che residenti –, vale a dire su tutti quegli aspetti che, nel caso del matrimonio, riguardano la validità dell'atto, la sussistenza delle condizioni personali per la conclusione dello stesso, o la valutazione delle sue conseguenze quando queste siano strettamente legate a precetti religiosi³⁵. Nell'ipotesi del divorzio, invece, le prerogative delle corti attengono alla sua regolarità, alle azioni

si ritengono meno influenzati dalla tradizione religiosa, sebbene molti di questi siano stati "ampiamente sviluppati dal diritto tradizionale ebraico, come per esempio, il diritto delle obbligazioni, il diritto di proprietà e quello delle successioni" (*ibidem*).

³⁴ Sui caratteri dei tribunali religiosi, si rinvia a GOLDSTEIN, RABELLO, *L'ordinamento giudiziario* cit., pp. 240-43. Per un esame più analitico della funzione svolta dagli organi giurisdizionali religiosi nell'ordinamento giuridico israeliano, cfr. S. GOLDSTEIN, *Israel: a secular or a religious state?* in "Saint Louis University Law Journal", vol. 36, 1992, p. 143-161.

³⁵ La legge sulla competenza dei Tribunali Rabbinici del 5713-1953 (*Marriage and Divorce*) definisce l'ambito di giurisdizione delle corti rabbiniche – "le questioni relative a matrimoni e divorzi di ebrei in Israele, sia cittadini che residenti, sono di competenza esclusiva dei Tribunali Rabbinici" (art. 1) –, rinviando al diritto ebraico per la loro disciplina – "matrimoni e divorzi tra ebrei verranno effettuati in Israele secondo le norme della *Torah*" (art. 2). Per il testo integrale della legge, cfr. A. M. RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Giappichelli, Torino 2002, p. 137-8.

per richiederlo, e a quelle esercitate per ottenere l'esecuzione di accordi conclusi in sede divorzile. In quest'ultimo caso, esse possono pronunciarsi anche su questioni connesse alla causa di divorzio, vale a dire su quegli aspetti che si riferiscono direttamente alla controversia, come i diritti patrimoniali degli ex-coniugi quando tra loro sussista un regime di comunione di beni, o ancora su quelle azioni che possono essere sollevate su ricorso di uno dei coniugi "la cui risoluzione è preliminare e necessaria alla decisione finale (si pensi alla determinazione degli assegni familiari o dell'affidamento della prole)"³⁶. In tema di adozioni o sulle questioni ereditarie, poi, le corti rabbiniche hanno competenza solo se entrambe le parti si accordano in tal senso. Diversamente, la giurisdizione esclusiva spetterà alle *Family Court* statali.

Le *Shariya Courts* sono competenti a decidere sia le controversie che coinvolgono cittadini israeliani di fede musulmana, sia quelle che sorgono tra persone solo residenti in Israele, ma originarie di paesi in cui si applica il diritto islamico alle materie relative allo *status* personale³⁷. Come si è già accennato, la giurisdizione riconosciuta a tali corti è più ampia rispetto a quella degli altri tribunali religiosi, in omaggio forse all'origine ottomana del sistema degli statuti personali, che aveva attribuito ai giudici musulmani maggiori competenze, costituendo allora l'Islam la religione di maggioranza. Pertanto, oltre alla materia del

³⁶ GOLDSTEIN, RABELLO, *L'ordinamento giudiziario* cit., p. 241. Per un approfondimento sull'attuale funzionamento delle corti rabbiniche, cfr. D. HACHER, *Religious tribunals in democratic States: lessons from the Israeli rabbinical courts*, in "Journal of Law and Religion", vol. 27, n. 1 (2011-2012), pp. 61-81.

³⁷ Nel dicembre 1953 il parlamento israeliano approvò la *Shari'a Courts Law (Validation of Appointments)* che regolava il funzionamento dei tribunali esistenti, legalizzava le sentenze delle *qadi*, riconoscendo anche quelle emesse fino a quel momento, infine convalidava le nomine. Solo nel 1961 fu varato un provvedimento completo, *Qādīs Law*, che definiva tutti gli aspetti delle procedure per la nomina di nuovi *quadi*. Sull'assetto dei tribunali islamici nella Palestina e in Israele, cfr. Z. GHANDOUR, *Religious Law in a Secular State: The Jurisdiction of the Shari'a Courts of Palestine and Israel*, in "Arab Law Quarterly", vol. 5, n. 1 (feb. 1990), pp. 25-47.

matrimonio e del divorzio, alle corti musulmane spetta la giurisdizione esclusiva delle controversie legate alla dote, al mantenimento, alla custodia e cura dei figli, quelle relative ai debiti derivanti da proprietà di cui sono titolari gli orfani, e alla dichiarazione d'assenza (scomparsa). Analogamente a quanto stabilito per le corti rabbiniche, pure le *shariya courts* possono pronunciarsi su questioni relative all'adozione e all'eredità soltanto quando sussista un accordo scritto tra le parti.

Anche alle corti druse – introdotte, come si è detto, dal legislatore israeliano nel 1962 – è attribuita giurisdizione esclusiva per tutti i casi di matrimonio e divorzio che riguardino i fedeli drusi, siano essi cittadini o stranieri residenti in Israele. Sempre in caso di accordo tra le parti, esse possono pronunciarsi su altre questioni come assegni familiari, mantenimento del coniuge, custodia, riconoscimento di minori quali figli legittimi, adozione e questioni ereditarie³⁸.

I tribunali religiosi dei maggiori gruppi confessionali – che, nell'insieme, rappresentano il 97% dell'intera popolazione – sono accomunati dalla medesima natura: istituiti per legge, essi vengono considerati a tutti gli effetti tribunali dello Stato che provvede anche alla ratifica dei loro organi³⁹.

Nel merito in questione, il sistema di relazioni con lo Stato appare più

³⁸ I tribunali drusi sono stati riconosciuti in Israele dalla *Druze Religious Courts Law* del 1962. Sul tema, cfr. A. LAYISH, *Islam as a source of law in the druze religious courts*, in "Israel Law Review", vol. 14, n. 1, 1979, pp. 3-30.

³⁹ C. KLEIN, *Stato, ebraismo e confessioni religiose*, in RICCARDI (a cura di) *Il Mediterraneo nel Novecento* cit., p. 113.

Al riguardo, occorre precisare che la *Dayanim Law* del 1955 attribuisce al Capo dello Stato il potere di nomina dei giudici dei tribunali rabbinici i quali sono tenuti a giurare fedeltà allo Stato, e sono retribuiti sulle finanze statali. Disposizioni analoghe si applicano anche ai giudici dei tribunali musulmani e drusi, ma non a quelli cristiani, nominati e retribuiti dai capi delle rispettive comunità. Cfr. FERRARI, *Libertà religiosa e stato pluriconfessionale: il caso di Israele* cit., p. 542, nt. 9. I tribunali religiosi possono essere inoltre sottoposti "alla «supervisione» della Corte Suprema come *High Court of Justice*", cfr. S. COLOMBO, *Israele* (ad vocem), in "Dig. Disc. Privatistiche", vol. X, Utet, Torino 1993, p. 208. La supervisione esercitata dalla Corte Suprema si limiterebbe alle questioni di giurisdizione, "cosicché – come sostiene Sylviane Colombo – la decisione resa da un tribunale religioso può essere annullata per carenza di giurisdizione".

articolato nel caso delle altre confessioni religiose. Come le maggiori, anche queste – per lo più cristiane (Greco-Cattolica, Melechita, Maronita, Siriana Ortodossa, Orientale Ortodossa, Latina cattolica, Gregoriana-Armena, Armena Cattolica, Siriana Cattolica, Caldea), cui si aggiunge la minoranza *bahâ'i* – godono di autonomia giurisdizionale. Ai loro tribunali spetta infatti la giurisdizione esclusiva in materia di matrimonio, divorzio e determinazione degli assegni familiari, verso i cittadini israeliani o residenti membri delle rispettive comunità cui fanno capo. Inoltre, in caso di accordo tra le parti interessate, possono esprimersi su questioni connesse al mantenimento del coniuge separato, al riconoscimento di minori come figli legittimi, all'adozione e alle vicende ereditarie⁴⁰. E tuttavia occorre precisare che, a differenza delle altre – ebraica, musulmana e drusa – tali confessioni “non sono dotate di tribunali dallo Stato”⁴¹, non avendo lo Stato di Israele ritenuto di promulgare alcuna legge che ne regolasse l'organizzazione e l'attività. Per le confessioni cristiane e per la minoranza *bahâ'i* resta in vigore ancora il vecchio testo mandatario del 1922, che nondimeno riconosce loro ampia autonomia e in forza del quale le decisioni pronunciate dai loro organi giudiziari diventano efficaci e sono dunque applicate nell'ordinamento giuridico israeliano. Ciò che comunque rileva a parte tutto rimarcare è che anche tali confessioni restano sottoposte all'amministrazione del Ministero degli Affari Religiosi (*Hasar Leinianeî Datot*) e che lo Stato provvede con sovvenzioni pubbliche al loro sostentamento⁴².

Un cenno particolare si deve infine alle *Family Courts*, tribunali civili istituiti dallo Stato di Israele nel 1995, competenti su tutte le questioni relative alla materia della famiglia – tranne quelle rimesse alla competenza

⁴⁰ Secondo stime recenti, si calcola che i cristiani che vivono in Israele sono circa 160.000, vale a dire il 2% della popolazione complessiva. Mentre i cristiani sono fuggiti dalle aree sotto il controllo palestinese in Cisgiordania e nella Striscia di Gaza a causa di violenze e persecuzioni, viceversa la loro presenza è aumentata negli ultimi decenni. Sul punto, si consulti il sito <https://www.jewishvirtuallibrary.org/the-christian-communities-of-israel>.

⁴¹ C. KLEIN, *Stato, ebraismo e confessioni religiose*, cit., p. 114.

⁴² *Ibidem*.

esclusiva delle corti religiose –⁴³. Ad esse spetta dunque la giurisdizione sulle controversie che riguardano l'adozione di minori, la custodia dei figli, il mantenimento di mogli e prole, la definizione del regime di comunione o separazione dei beni, ma anche quelle in materia successoria, o azioni esperite in ambito contrattuale che vedano coinvolti come parti in causa membri della famiglia⁴⁴. Benché tardiva, non v'è dubbio che l'istituzione di tali tribunali si è rivelata un'iniziativa particolarmente opportuna anche per la tutela delle cosiddette coppie di fatto – vale a dire di quegli israeliani che scelgono di non contrarre alcuna forma di matrimonio religioso – e delle loro famiglie, che in questo modo possono rivolgersi ad essi per risolvere questioni attinenti per l'appunto ai rapporti familiari⁴⁵.

Per quanto apprezzabile, tuttavia, quella introdotta dal legislatore israeliano appare ancora un rimedio parziale al problema cruciale, sopra segnalato, dell'assenza nella codificazione civile israeliana di una disciplina specifica degli istituti del matrimonio e del divorzio, che dunque restano appannaggio unicamente degli ordinamenti giuridici confessionali. Per restare al caso ebraico, è ancora la legge del 1953 (*Marriage and Divorce*) a disporre tale esclusività, sancendo il principio secondo cui “matrimoni e divorzi tra ebrei verranno effettuati in Israele secondo le norme della *Torah*” (art. 2)⁴⁶. Pertanto, per tutti gli ebrei – credenti e non

⁴³ Nelle intenzioni del legislatore, la legge istitutiva doveva infatti servire – come osserva Alfredo M. Rabello – a concentrare in un solo tribunale tutte le controversie che vertono appunto sulla materia familiare. Il contenuto e i caratteri di tale legge sono bene illustrati da Rabello che segnala come l'istituzione di tali tribunali di famiglia a giudicare questioni che rientrano anche nella competenza dei tribunali rabbinici, crei “una situazione per cui gli stessi problemi possono essere risolti diversamente a seconda del tribunale adito”, dando luogo di fatto a “una corsa al tribunale preferito cui attribuire la competenza ed escludere altre giurisdizioni”, cfr., A.M. RABELLO, *Il Rabbinate centrale di Eretz Israel*, in “Daimon”, 3/2003, nt. 79, p. 134-5.

⁴⁴ Cfr. GOLDSTEIN, RABELLO, *L'ordinamento giudiziario* cit., p. 240.

⁴⁵ Cfr. A.M. RABELLO, *Il Rabbinate centrale* cit., nt. 79, p. 134-35.

⁴⁶ Sull'interpretazione dell'art. 2 della legge del '53, si veda G. TEDESCHI, *Note di diritto matrimoniale israeliano (in margine a una polemica altrui)*, in “Rivista del diritto matrimoniale e dello stato delle persone”, 1961, pp. 3-11.

– sarà la legge ebraica (*halakhah*) a disciplinare l'istituto matrimoniale, che oltre alle modalità di celebrazione, fissa le condizioni per contrarre l'atto matrimoniale (età, capacità dei nubendi), indica i motivi di impedimento fino a prescrivere i casi di unioni proibite tra i soggetti⁴⁷. Allo stesso modo, esso stabilisce le modalità di scioglimento del matrimonio, quindi le cause di invalidità e di nullità del vincolo coniugale, e naturalmente l'intera disciplina del divorzio compresa la procedura che si svolgerà dinanzi ai tribunali rabbinici⁴⁸. Al riguardo va precisato che non potranno invece accedere a tale procedura di divorzio, e adire quindi il tribunale rabbinico, gli ebrei che abbiano contratto matrimonio misto, unendosi giuridicamente con persona non ebrea⁴⁹. In questo caso, la coppia deve rivolgersi al Presidente della Corte Suprema, il quale può discrezionalmente valutare se autorizzare una delle corti religiose – quando le parti in causa appartengono a comunità riconosciute – o, in alternativa, la *Family Court* statale perché procedano a sciogliere il vincolo matrimoniale.

⁴⁷ Per una trattazione esaustiva della disciplina matrimoniale e del divorzio nel diritto ebraico, cfr. A. M. RABELLO, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, in S. FERRARI (a cura di), *Il Matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, Giappichelli, Torino 2006, p. 3 e sgg.

⁴⁸ Va precisato che per il diritto ebraico lo scioglimento del matrimonio si configura come un atto fondato, al pari del matrimonio, sul mutuo consenso. Le corti non hanno la facoltà di sciogliere il matrimonio, ma si limitano a dichiarare se sussista o meno una causa di divorzio ed incoraggiare il coniuge riluttante ad acconsentirvi. In casi estremi, "esse possono ordinare a un coniuge di concedere o ricevere il *ghet'*" (Maoz, *Matrimonio e divorzio*, p. 231).

⁴⁹ La legge ebraica (*halakha*) infatti non riconosce la validità del matrimonio fra un ebreo e un non ebreo; di conseguenza, un matrimonio misto in cui uno di cui uno degli sposi è ebreo è considerato invalido, anche quando la religione professata dall'altro coniuge riconosca tale unione. Sul punto, cfr. MAOZ, *Matrimonio e divorzio* cit., nt. 19, p. 229. Di conseguenza, i matrimoni misti – che vengano celebrati in Israele o all'estero – non avranno alcun valore per il tribunale rabbinico per il carattere universale che il diritto ebraico riveste per ogni ebreo. I tribunali laici dello Stato di Israele potranno invece, a loro discrezione, distinguere tra le due fattispecie tenendo in considerazione, per quelli celebrati all'estero, anche le regole di diritto internazionale privato. Cfr. A.M. RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico* cit., pp. 135-136, e p. 123, in cui l'A. fornisce una definizione anche giuridica di «matrimonio misto».

Se la scelta ricade su quest'ultima, ai fini dello scioglimento sarà sufficiente il mutuo consenso delle parti⁵⁰.

Un approfondimento specifico richiederebbe la questione complessa, molto dibattuta sul piano della teoria generale, che qui si può solo accennare, della ricezione del diritto ebraico nell'ordinamento dello Stato prospettato dalla legge del '53, in altre parole dell'incorporazione diretta della disciplina normativa confessionale sul matrimonio e divorzio nel sistema delle fonti del diritto israeliano. Proprio l'assenza in Israele di una forma 'alternativa' di matrimonio, vale a dire di tipo civile, è causa di una serie di disagi per quegli ebrei di nascita che, per motivi personali – o perché abbiano abbracciato una religione non riconosciuta, oppure si dichiarino agnostici, atei o semplicemente laici – scelgono di non professare la religione ebraica, e quindi di non sottoporsi ai suoi precetti. O, ancora, per quanti abbiano preferito aderire ad altre correnti religiose dell'ebraismo, come quelle dei *Reform* o *Conservative*, e praticino di conseguenza modalità di celebrazione di matrimonio, quindi di risoluzione del vincolo coniugale differenti da quelle attuate dalla corrente ortodossa dell'ebraismo, l'unica che abbia ricevuto un riconoscimento ufficiale da parte dello Stato, ammettendone sia la legislazione sia la giurisdizione. In sostanza, il matrimonio contratto secondo i principi di tali diversi movimenti religiosi interni all'ebraismo non possiede alcuna validità, dunque non produce effetti civili nell'ordinamento giuridico israeliano⁵¹.

⁵⁰ Il Presidente della Corte Suprema disporrà l'assegnazione della causa ad una delle corti religiose soltanto però dopo averle consultato entrambe, per evitare che nessuno dei coniugi possa andare incontro ad alcun impedimento in vista di un nuovo matrimonio. Su questi aspetti si rinvia a MAOZ, *Matrimonio e divorzio* cit., pp. 232-3.

Sul punto, si veda A. M. RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico* cit., p. 136; e più ampiamente, sul problema dei matrimoni misti nella tradizione ebraica, si vedano pp. 120-33.

⁵¹ MAOZ, *Matrimonio e divorzio* cit., p. 233. L'A. tiene a precisare che i rabbini riformisti e conservatori – espressi dalle comunità che fanno capo a tali diverse correnti dell'ebraismo – “non sono rappresentati nelle corti rabbiniche, né possono celebrare matrimoni”, p. 226.

Non v'è chi non veda allora come l'applicazione esclusiva della legge *halakhica* finisca per incrinare proprio il principio fondamentale di eguaglianza, creando disparità di trattamento tra gli stessi cittadini israeliani ebrei che, per esercitare un diritto di libertà personale, si vedono costretti in molti casi a recarsi all'estero per celebrare i loro matrimoni. Va peraltro detto che, a fronte di tali formalità, perduranti interdizioni, gli atti dei matrimoni civili celebrati all'estero, per prassi ormai consolidata, sono convalidati con registrazione civile presso il ministero dell'Interno e in questo modo vengono considerati anch'essi regolari dalla giurisdizione statale⁵².

Il merito di quest'ultima inversione di tendenza va senz'altro ascritto alla Corte Suprema che, ammettendo come validi sia i matrimoni civili celebrati all'estero sia quelli «privati», di fatto si pronuncia da tempo per un superamento del principio dell'obbligatorietà della celebrazione religiosa. La Corte – considerata dalla dottrina “artefice di ‘una costituzione non scritta’, garante di diritti politici e civili e di libertà⁵³”, in questo modo ha messo ancor più in risalto i limiti congeniti di quel sistema di diritto a base personale, per il quale la libertà del singolo si ‘risolve’ in quella del gruppo religioso. E ha così forse posto le premesse per un'evoluzione più democratica dell'ordinamento giuridico israeliano, chiamato sempre più a fare i conti con i processi di secolarizzazione e di modernizzazione attivi anche nella società israeliana. Proprio all'analisi della produzione giurisprudenziale di tale organo, alle sue lucide interpretazioni giuridiche, occorrerebbe allora volgersi per intercettare e decifrare i segnali più significativi delle trasformazioni in atto nello Stato di Israele sul piano dei diritti civili.

⁵² GUOLO, *La frattura laici/religiosi nella società israeliana* cit., p. 37.

⁵³ MAUTNER, *Diritto e cultura in Israele* cit., p. 48. Infine, sul ruolo cruciale ricoperto dalla Corte nella tutela dei diritti fondamentali, cfr. T. GROPPI, *La Corte Suprema di Israele: la legittimazione della giustizia costituzionale in una democrazia conflittuale*, in “Giurisprudenza costituzionale”, 2000, fasc. 5, pp. 3543-3569.

4. Pluralismo, multiconfessionismo e dinamiche demografiche. Prime conclusioni e prospettive di ricerca

Alla luce di quanto sin qui esposto, si può ritenere che nell'esperienza israeliana l'adozione del sistema degli statuti personali abbia costituito una soluzione efficace, per certi versi necessaria – quanto meno sul piano politico-religioso –, in grado di garantire stabilità interna e protezione delle diverse comunità etnico-religiose presenti nel paese attraverso il riconoscimento dei rispettivi ordinamenti giuridici.

Nel corso degli anni si sono moltiplicati i tentativi di classificazione del modello statutale israeliano da parte di studiosi di diverse discipline giuridiche che, senza rinunciare a segnalare le criticità, hanno espresso – come Roberto Toniatti – il loro apprezzamento per quel sistema, definendo Israele uno Stato laico “a base fondamentale confessionale equiordinata”⁵⁴. O quanti invece, come Claude Klein, sostengono che il regime multiconfessionale praticato in Israele debba considerarsi ‘differenziato’, sia nelle relazioni intercorrenti tra la religione ebraica e tutte le altre – godendo la prima di una posizione preminente rispetto alle seconde per la quantità di risorse e servizi predisposti dallo Stato a vantaggio dei cittadini ebrei, che costituiscono l'85% della popolazione totale –; sia nei rapporti tra gli appartenenti ai tre gruppi confessionali più importanti (ebrei, musulmani e drusi) e i fedeli delle altre confessioni, per lo più cristiane – che, come si è visto, occupano una posizione istituzionale differente, non essendo perfettamente organici al corpo dello Stato⁵⁵. Dal che, si potrebbe desumere che in Israele sussista una sorta di gerarchia tra i vari culti religiosi – anche in

⁵⁴ TONIATTI, *Aspetti problematici in materia di libertà religiosa nello Stato di Israele* cit., p. 663.

⁵⁵ Come si è visto, tali confessioni non sono dotate di tribunali dallo Stato, cfr. KLEIN, *Stato, ebraismo e confessioni religiose in Israele* cit., pp. 113-114. In questo senso, quello israeliano può definirsi come un ordinamento laico “pienamente rispettoso del pluralismo confessionale e religioso esistente a livello territoriale” (P. LILLO, *Sovranità politica e dimensione religiosa nei sistemi unionisti*, in “federalismi.it”, 8 maggio 2019, p. 42, accessibile all'indirizzo <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=38583>).

ragione della consistenza numerica, quindi del loro peso politico – cui corrispondono differenziati livelli di libertà religiosa.

Allo stesso tempo non è mancato chi, stigmatizzando la rinuncia dello Stato a fornire una normativa civile degli istituti giuridici del matrimonio e del divorzio – che restano, come visto, assoggettati insieme alle altre questioni relative allo statuto personale ai diritti religiosi, dunque alla giurisdizione esclusiva delle corti religiose –, abbia concluso – come Silvio Ferrari – che il processo di secolarizzazione dell'ordinamento giuridico israeliano resti tutt'ora incompiuto⁵⁶. L'assenza di una disciplina 'secolare' in quelle materie costituirebbe in sostanza un *vulnus* al principio di uguaglianza di quegli israeliani che, in nome della libertà di coscienza, non intendano conformare le proprie azioni e le scelte personali in ambito matrimoniale ai precetti religiosi.

Tanto suggestive quanto efficaci nell'intento di rappresentare il tratto pluralista dell'ordinamento israeliano colto attraverso la relazione Stato/religioni, le valutazioni espresse dalla dottrina non sembrano, tuttavia, dar conto come occorrerebbe del complesso tema del multiculturalismo, vale a dire della sfida tuttora in corso in Israele, di far convergere le diverse matrici culturali/religiose presenti nel tessuto istituzionale e sociale del paese, verso un 'centro identitario' comune. Sin dalla sua fondazione, la società israeliana appare infatti attraversata, come si è visto, da profonde e mai sopite tensioni, quando non da vere fratture – in primo luogo quella tra la componente laica e la corrente religiosa in forte disaccordo tra loro su molti aspetti della vita istituzionale politica e culturale, come sulle scelte finanziarie – che, ancora oggi, rendono assai difficile il governo del paese⁵⁷.

⁵⁶ S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, Il Mulino, Bologna 2002, p. 4.

⁵⁷ A tali correnti deve aggiungersi anche quella dei 'tradizionalisti', che viene definito come un gruppo intermedio tra i laici e i religiosi, e composto da persone che scelgono di seguire sono in parte la legge ebraica, assumendo comportamenti basati per lo più sulla perpetuazione di pratiche apprese nel contesto familiare. Cfr. MAUTNER, *Diritto e cultura in Israele* cit., p. 224.

Non a caso, nella sua ricca e stimolante ricerca sul rapporto tra diritto e cultura in Israele, Menachem Mautner ha fatto riferimento all'“unicità della condizione multiculturale di Israele” anche per le spaccature culturali interne, che lasciano la società israeliana scomposta nei diversi gruppi culturali, ognuno dei quali resta portatore di principi, riti, ordinamenti propri, senza mai raggiungere una sintesi condivisa⁵⁸. Significativo e, per certi versi paradigmatico, appare al riguardo il caso dell'istruzione israeliana, settore tra i più strategici, in cui tale frantumazione culturale trova un riflesso tangibile. In questo campo, si registrano infatti cinque indirizzi formativi (statale e laica, sionista-religiosa, ashkenazita ultra-ortodossa, sefardita ultra-ortodossa e quella araba) e un numero esiguo di scuole miste ma – quel che è più allarmante a giudizio di molti intellettuali israeliani – mancherebbe da parte degli organi istituzionali l'impegno a educare gli studenti al valore fondamentale della cooperazione per il bene comune, andando quindi oltre l'affermazione delle singole 'appartenenze'. La frammentazione culturale israeliana, tuttavia, travalica la dimensione interna dell'ebraismo e le sue articolate 'sfaccettature', per raggiungere il suo apice nella grande divisione tra cittadini ebrei e cittadini arabi che, a parere di Mautner, metterebbe in discussione la stessa definizione di Israele quale “Stato ebraico e democratico”. Da più parti – non solo di rappresentanti degli arabo-israeliani, ma anche di ebrei-israeliani – si sono levate obiezioni nei confronti di tale qualificazione che, a loro avviso, andrebbe aggiornata anche alla luce dei dati demografici secondo i quali la presenza araba costituisce oramai il 20% della popolazione complessiva, rendendo Israele di fatto già uno stato bi-nazionale⁵⁹. Al di là

⁵⁸ Ivi, p. 10.

⁵⁹ Va detto che alcuni gruppi di intellettuali arabi si sono fatti promotori di diversi programmi politici – gli “*Arab Vision Documents*” (2006-2007) – in cui si chiedeva di qualificare Israele come uno Stato “bi-nazionale, bilingue, consociativo (à la Lijphart), guidato dalle élites dei due gruppi nazionali che compongono la popolazione israeliana” (MAUTNER, *Diritto e cultura in Israele* cit., p. 212). Molto complessa e tuttora aperta appare

comunque delle formule definitorie statuali e dei possibili, secondo alcuni auspicabili interventi di modifica, non v'è dubbio che quello delle dinamiche demografiche costituisce la dimensione cruciale su cui si giocherà il futuro di Israele che, in prospettiva, è chiamato a diventare lo "stato di tutti i cittadini", privo di una specifica identità nazionale, o comunque 'multiculturale' – capace dunque di conciliare quella ebraica con altre identità – e, soprattutto, rivolto a garantire alla cittadinanza tutta "le libertà, i diritti fondamentali e i servizi sociali"⁶⁰. Anche la ricerca storico-giuridica dovrà tenerne conto.

la questione politica delle disparità sociali, quindi delle discriminazioni giuridiche della minoranza arabo-israeliana. Sul tema, si veda l'interessante analisi di R. COHEN-ALMAGOR, *Israeli Democracy and the rights of its Palestinian citizens*, in "Ragion pratica", fasc. 2, dicembre 2015, pp. 351-364.

⁶⁰ Cfr. MAUTNER, *Diritto e cultura in Israele* cit., p. 211. Tali dinamiche sono oggetto ormai da anni degli studi di Sergio Della Pergola, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti sull'assetto demografico della popolazione di Israele. Cfr. S. DELLA PERGOLA, *Israele e Palestina: la forza dei numeri*, il Mulino, Bologna 2007; ID., *Il dilemma demografico di Israele*, in "La Rassegna Mensile di Israele", vol. 28, n. 1 (gennaio-aprile) 2016, pp. 181-194.

Deborah Scolart

Questo matrimonio non s'ha da fare: né ora né mai?
Riflessioni sul diritto islamico e la libertà matrimoniale

1. I termini del problema

È un ben noto principio di 'ordine pubblico islamico' che la donna musulmana non possa sposarsi altro che con un uomo che professi la religione islamica. La differenza di religione (*iḥtilāf al-dīn*) è infatti una causa di nullità¹ (*buṭlān*) del matrimonio, insanabile, a prescindere dalla consumazione del matrimonio stesso; essa opera però in modo differente per uomini e donne. In termini di scelta del coniuge, l'uomo musulmano gode di una certa libertà potendo sposarsi, oltre che con la musulmana, con una donna *kitabiyya*, cioè una credente monoteista (ebrea, cristiana, zoroastriana, cui in seguito furono aggiunte per analogia le induiste): dice infatti il Corano: «...vi sono permesse, come mogli, le donne oneste di fra le credenti (*mū`mināt*), come anche le donne oneste di fra coloro cui fu dato il Libro prima di voi...» (V, 5)². Sebbene i giuristi tendano a non raccomandare questo tipo di unione³, nella

¹ La *ṣarī'a* conosce altre cause di nullità oltre alla *disparitas cultus*. Sono infatti impedimenti (*tahrīm*) matrimoniali la parentela (di sangue - *nasab*, latte - *radā'*, e affinità - *muṣāhara*), il numero di consorti (vale il principio di monogamia per la donna mentre all'uomo è consentita la poliginia), la malattia mortale, e alcune particolari forme di scioglimento del matrimonio quali il cosiddetto giuramento imprecatorio (*li'ān*) e il triplice ripudio (*ṭalāq ṭulāṭī*).

² Il termine *kitabī/kitabiyya* indica una persona che professa una delle religioni del libro (*kitāb*); nel Corano il termine indica gli ebrei, depositari della Torah (*tawrāt*) e dei salmi (*zabūr*) e i cristiani, cui è stato dato il Vangelo (*inḡīl*); più tardi la locuzione venne estesa ai Sabei e agli Zoroastriani e finì per trovare applicazione anche agli idolatri indiani, che pur non essendo monotesti *strictu sensu*, sono depositari di scritture sacre (i *veda*). Cfr. G. VAJDA, s.v. «ahl al-kitāb», *Encyclopedia of Islam*, vol. I, p. 264-266.

³ J. SCHACHT, s.v. «nikāḥ», *Encyclopedia of Islam*, Vol. VIII, pp. 26-29; D. Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I, Roma,

millenaria storia islamica i matrimoni misti tra musulmani e donne scritturarie hanno avuto una certa incidenza.

Ben diversa è la situazione per le donne perché il Corano è netto nel vietare alle donne credenti di sposare gli idolatri: «Non date spose donne credenti a idolatri (*mušrikīn*), finché essi non abbian creduto, perché lo schiavo credente (*'abd mū'min*) è meglio di un uomo idolatra (*mušrik*), anche se questi vi piaccia» (Cor. II, 221). Inoltre, il Libro vieta le nozze delle musulmane con i miscredenti: «O voi che credete! Quando vengono a voi delle credenti emigrate (*mū'mināt muhāğīrāt*), esaminatele: Dio meglio conosce la fede loro. Che se le conoscerete credenti non rinviatele ai negatori della fede (*kuffār*), poiché costoro non son leciti ad esse, né esse lecite a loro...» (Cor. LX, 10). A fronte di queste rivelazioni si è posto il problema di determinare chi rientrasse nel concetto di idolatra o di miscredente: *mušrik*, infatti, può essere letteralmente tradotto come 'associazionista', cioè colui che associa a Dio altre divinità e, in questo senso, rende anche il concetto di politeista. Dato però che la *šarī'a* riconosce ai monoteisti (o Gente del Libro, *ahl al-kitāb*) una serie di diritti e privilegi, *mušrik* ha finito per indicare non tutti gli associazionisti, ma in senso più ristretto solo coloro che adorano gli idoli (*'abadat al-awṭān*, gli idolatri appunto, a cui sono assimilati gli apostati, *murtadd*, e gli eretici, *zindīq*). I cristiani, pur credendo nella Trinità, sono inquadrati come Gente del Libro e non possono essere ritenuti degli associazionisti; tuttavia, sono dei miscredenti, come puntualizza il Corano lì dove dice che sono «empi (*kuffār*) quelli che dicono: "Dio è il

Istituto per l'Oriente, ristampa anastatica 2017, p. 101; JAMAL J. AHMAD NASIR, *The Status of Women under Islamic law and Modern Islamic Legislation*, Leiden, Brill, 2009, p. 43. La *muwaṭṭa'* di Mālik ibn Anas ci ricorda che non è lecito avere rapporti con la schiava mazdea, dal che derivano conseguenze generali sulla possibilità di sposare le mazdee a prescindere dal loro *status libertatis* (1552). Così R. TOTTOLI (Mālik ibn Anas, *al-muwaṭṭa' Manuale di legge islamica*, a cura di R. Tottoli, Torino, Einaudi, 2011) in nota 32, p. 399, citando Y. FRIEDMAN, *Tolerance and Coercion in Islam. Interfaith Relations in the Muslim Tradition*, Cambridge, 2003, pp. 106-108.

terzo di Tre''» (V, 73), motivo per cui è loro interdetto il matrimonio con le musulmane.

Stando così le cose, la dottrina nei secoli si è dichiarata unanime nel vietare le nozze della donna musulmana con un uomo che non professa la stessa religione. Al divieto divino si sono affiancate anche ragioni di ordine più pratico relative alla concezione della famiglia musulmana e all'appartenenza islamica. La famiglia ha struttura patriarcale, vale a dire che l'uomo è il capo famiglia ed esercita il potere di controllo (potestà maritale o *'isma*) e correzione (*ta'dīb*)⁴ su moglie e figli che sono tenuti all'obbedienza (*tā'a*). I giuristi ritengono che consentire le nozze della donna musulmana con un uomo non musulmano, così subordinandola al suo potere, significherebbe esporla alla possibilità che il marito le impedisca di praticare la sua religione, allontanandola dall'islam. Se con le trasformazioni socio-economiche in atto nel mondo musulmano il ruolo dominante dell'uomo è stato ridimensionato⁵, consentendo alle donne di rivendicare e ottenere spazi maggiori in seno alla famiglia e alla società, sulla questione dell'appartenenza religiosa è invece più difficile intervenire. Nel diritto musulmano, infatti, l'appartenenza religiosa è segnata dalla nascita e dipende dal padre: i figli di padri musulmani sono presunti musulmani alla nascita⁶. Ne consegue

⁴ L'uomo è preposto (*qawwamūn*) alla donna, dice Corano IV, 34, che gli attribuisce la possibilità di correggere la disobbedienza (*nuṣūz*) della donna ammonendola (*'izūhunna*), lasciandola sola nel letto (*ihḡurūhunna fī-l-maḡā'ī*), infine battendola (*idribūhunna*).

⁵ Così, ad esempio, la legge algerina di famiglia del 1984 prevedeva che la moglie dovesse obbedire al marito e rispettarlo nella sua qualità di capo della famiglia (art. 39, abrogato nel 2005). In Tunisia, l'art 23 del codice dello statuto personale del 1956 stabiliva che sul marito, nella sua qualità di capo famiglia, gravasse il mantenimento della moglie e i figli, norma modificata nel 1993 nel senso di escludere il dovere di obbedienza che era previsto in capo alla moglie. In direzione contraria può farsi l'esempio dell'Iran: ai sensi dell'art. 1105 c.c. nelle relazioni tra coniugi il ruolo di capo famiglia è un diritto esclusivo del marito.

⁶ La questione dell'appartenenza religiosa per nascita ruota attorno alla nozione di *fiṭra* o religione naturale. Dice Dio: «Drizza quindi il tuo volto alla vera Religione (*dīn*), in purità di fede (*hanīfīm*), Natura prima (*fiṭra*) in cui Dio ha naturato gli uomini. Nessun

che dalle nozze della musulmana con l'ebreo nascerebbero, per la *šarī'a*, bambini di religione ebraica (e questo nonostante nell'ebraismo viga la regola della trasmissione religiosa matrilineare); dalle nozze della musulmana con il cristiano nascerebbero bambini cristiani, e via discorrendo. Consentire il matrimonio della musulmana con il non musulmano significherebbe dunque renderla madre di bambini considerati infedeli dalla *umma* islamica e dalla *šarī'a*, il che andrebbe contro gli interessi della comunità e contro gli scopi stessi del matrimonio, tra cui rientra appunto la moltiplicazione del numero dei credenti⁷.

2. Gli ordinamenti statali e l'impedimento matrimoniale per differenza di religione

Il divieto di nozze in caso di differenza di religione è accolto nella maggior parte delle legislazioni contemporanee dei Paesi islamici con formule piuttosto simili tra loro: «non è permesso il matrimonio della musulmana con il non musulmano» (Iran, art. 1059 codice civile); in Afghanistan «è impedimento temporaneo che la donna non sia musulmana, ebrea o cristiana» (art. 85 codice civile) mentre «è vietato il matrimonio della musulmana con il non musulmano» (art. 92 codice civile); in Algeria è temporaneamente proibito «il matrimonio della musulmana con il non musulmano» (art. 30 Legge di famiglia del 1984 come emendata nel

mutamento patisce la creazione di Dio: quella è la Religione retta, ma i più degli uomini non lo sanno» (Cor. XXX, 30). Scrive Bausani (*Il Corano. Introduzione, traduzione e commento* di A. BAUSANI, Milano, RCS, 1997, p. 619), commentando questo versetto, che qui è posta l'identità che molta fortuna ha avuto tra gli esegeti coranici: religione naturale (*fiṭra*)=islam, identità corroborata dal celebre *hadīṭ* profetico secondo cui «ogni bambino nasce nella *fiṭra*: sono poi i suoi genitori che lo fanno giudeo, cristiano o zoroastriano» (Muslim, L. 33, n. 6426.9). Si è dunque tutti musulmani alla nascita, salvo 'accidenti' che collocano il bambino in una famiglia non musulmana; poiché la famiglia araba del tempo dell'avvento dell'islam è una famiglia patriarcale non stupisce che sia l'appartenenza del padre alla fede musulmana a segnare il destino religioso del bambino.

⁷ D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, cit. vol. I, p. 199.

2005); in Libia «È richiesto che la donna non sia idolatra [...] e che l'uomo non sia non musulmano se la donna è musulmana» (art. 13 Legge sul matrimonio del 1980), concetto chiarito al successivo art. 46 che disciplina la nullità del matrimonio per diversità di fede: «Se entrambi i coniugi abbracciano l'islam, o se l'abbraccia il solo marito e la moglie appartiene alla gente del libro, essi restano sposati. Se la moglie abbraccia l'islam e il marito rifiuta di farlo, il matrimonio è nullo».

La differenza di religione è dal diritto inquadrata come un impedimento assoluto, ma di carattere temporaneo, dato che, almeno in linea teorica, è facilmente superabile tramite la conversione all'islam del nubendo. Che la conversione funzionale al matrimonio sia davvero 'facile' è però da dimostrare, ostando talvolta non solo considerazioni relative alla sincerità del sentimento religioso, ma anche il timore delle possibili conseguenze sociali e giuridiche da essa derivanti, a partire dalle restrizioni alimentari per giungere, in alcuni Paesi, al controllo della pratica religiosa degli individui attraverso organi *ad hoc* (si pensi ai *muṭawwi'a*, come sono colloquialmente noti i funzionari del Comitato saudita per la preservazione del bene e la prevenzione del male – *Hay'at al-amr bi-l-ma'rūf wa-l-nahī 'an al-munkar* – i quali hanno tra le altre cose il compito di ricordare ai credenti il momento della preghiera invitandoli a recarsi alla più vicina moschea). Se, infatti, i profili giuridici della conversione sono pressoché inesistenti nel caso di matrimonio contratto in Paesi ove l'appartenenza religiosa delle parti è per l'ordinamento irrilevante, altrove può trattarsi di una scelta destinata a segnare in modo significativo la vita del convertito.

Trovare una soluzione al problema del divieto di matrimonio per differenza di religione è dunque necessario almeno in quegli ordinamenti dove, per vari motivi, il diritto musulmano si accompagna ad altri insiemi di norme destinati ad applicarsi a coloro che non professano la religione islamica. Particolarmente interessanti sono, sotto questo profilo, l'Indonesia e il Libano, Stati nei quali, partendo da condizioni molto diverse, gli ordinamenti hanno finito per trovare delle 'non soluzioni' assai simili tra loro.

3. Indonesia. Quale disciplina per il matrimonio interreligioso?

Nonostante la popolazione dell'Indonesia sia in larghissima maggioranza musulmana, la particolare configurazione geografica (un arcipelago composto da più di 17000 isole), la variegata composizione etnica cui corrispondono centinaia di lingue e dialetti e la travagliata storia coloniale hanno fatto sì che si sviluppassero e applicassero nel Paese insiemi di regole diversificati su base etno-religiosa. Il risultato è stato che durante il periodo coloniale e per i primi 25 anni dell'indipendenza, le questioni matrimoniali per gli europei e i cinesi indonesiani sono state regolate dal codice civile (*burgerlijk wetboek*) coloniale indonesiano del 1847 come emendato nel 1917; i musulmani erano soggetti alla *šarī'a*, almeno per un breve periodo (dal 1760 alla sua ufficiale abrogazione nel 1804) 'codificata' nel cosiddetto *Compendium Freijer* basato sull'opera di *fiqh al-Muḥarrar*⁸; ai cristiani indonesiani di Giava, Madura e Ambon si applicava la *Huwelijks Ordonantie Christen Indonesia* (Legge sul matrimonio cristiano in Indonesia, S. 1933 n. 74) mentre i non cristiani e i non musulmani seguivano il diritto consuetudinario (*adat*).

A questo sistema particolarmente articolato hanno tentato di mettere ordine le leggi statali successive all'indipendenza. La legge 22/1946⁹ sulla registrazione di matrimonio e divorzio ha imposto di registrare matrimonio, divorzio e riconciliazione (*rujuk*) presso il funzionario religioso locale nominato dal Ministero degli affari religiosi. L'entrata in vigore della legge 1 del 1974 sul matrimonio¹⁰ ha comportato

⁸ E. NURLAELAWATI, *Modernization, Tradition and Identity: the Kompilasi Hukum Islam and Legal Practice in the Indonesian Religious Courts*, Amsterdam University Press, 2010, p. 54. Dopo l'abrogazione del *Compendium* bisognerà attendere il 1991 per una nuova compilazione, questa volta a cura delle autorità indonesiane, del diritto musulmano.

⁹ La normativa, inizialmente applicabile solo a Java e Madura, è stata estesa a tutto il territorio nazionale con la legge 32 del 1954.

¹⁰ La legge ha avuto una gestazione assai difficile; da un lato, erano forti le istanze femministe per una ridefinizione dell'intero assetto normativo del Paese nell'ottica del riequilibrio dei ruoli e delle posizioni di uomini e donne, riequilibrio che doveva

una apparente semplificazione: la legge è infatti destinata ad applicarsi a tutti i cittadini indonesiani senza differenza di religione; tuttavia, non costituisce una risposta 'civile' al pluralismo delle leggi confessionali, perché queste restano in vigore nella misura in cui non siano incompatibili con la legge 1/1974. In particolare, il matrimonio continua a essere un atto religioso e manca la possibilità legale di concludere un matrimonio puramente civile, come è reso chiaro anche dal Regolamento attuativo (n. 9/1975) della legge 1/1974 ai sensi del quale la cerimonia matrimoniale si svolge secondo il diritto religioso delle parti, con la conseguenza che non è possibile sposarsi in una forma che 'non' sia religiosa.

La legge 1/1974, all'art. 2 co. 1 stabilisce che è «valido il matrimonio concluso nel rispetto delle leggi delle rispettive religioni e credi delle parti coinvolte», da cui consegue che il matrimonio è valido se tale è considerato dalle leggi confessionali delle parti¹¹. Restando al tema che qui interessa, la legge 1/1974 disciplina agli artt. 8-11 gli impedimenti matrimoniali, richiamando la parentela di sangue, latte e affinità, il numero dei consorti¹², il ritiro legale (*'idda*) della donna dopo il divorzio o

necessariamente interessare anche il delicato settore del diritto di famiglia; dall'altro, numerosi leader musulmani vedevano nei contenuti della legge una seria minaccia alla conservazione di istituti e principi cardine del diritto musulmano in materia di famiglia. La soluzione di compromesso ha visto sparire o accomodare alle istanze islamiche numerose disposizioni, tra cui, come vedremo meglio, quelle relative agli impedimenti matrimoniali. Cfr. N. SOEWONDO, "The Indonesian Marriage Law and its Implementating Regulation", *Archipel*, 13, 1977, pp. 283-294.

¹¹ Il commento ufficiale all'art. 2.1 della legge chiarisce che "non c'è matrimonio al di fuori delle rispettive religioni e credo in conformità alla costituzione del 1945". La Costituzione afferma i cinque principi (*pancasila*) che sono a fondamento dello Stato, tra cui rientra la fede in un unico Dio (*kituhanan yang maha esa*). L'ordinamento indonesiano riconosce e tutela le confessioni religiose: islam, cattolicesimo, protestantesimo, induismo, buddismo e confucianesimo (Decreto del Presidente della repubblica 1/1965). Ciò significa che gli aderenti alle confessioni non riconosciute – come ad esempio l'ebraismo – non possono celebrare il matrimonio secondo la propria legge confessionale e sono soggetti alle sole disposizioni della legge 1/1974.

¹² Gli art. 3-5 della legge fissano il principio di monogamia nel matrimonio, ma consentono la poligamia previa autorizzazione del Tribunale e acquisito il consenso delle parti

la vedovanza e rinviando alle leggi confessionali per il caso delle nozze tra le stesse parti dopo il secondo divorzio (anche questo un omaggio alla tradizione islamica).

La legge, invece, non vieta esplicitamente il matrimonio tra persone di religione diversa, ma il rinvio alle “leggi delle rispettive religioni e credi delle parti coinvolte” rende operativo in Indonesia il divieto di *ihtilāf al-dīn*. Urge una premessa: il *fiqh*, dopo una breve stagione in cui era stato raccolto nel *Compendium Freijer* (1760-1804), era stato lungamente applicato nei tribunali indonesiani sulla base di una selezione di opere di diritto shafiita; nel 1991, sotto il regime di Soeharto, il *fiqh* è stato nuovamente codificato nella *kompilasi hukum Islam*, statuto che definisce le regole che i musulmani indonesiani devono seguire in tema di matrimonio, successioni, fondazioni¹³.

interessate. Nel commento esplicativo della legge relativo all’art. 3 si legge che il tribunale può, ai fini della decisione, valutare se la legge applicabile al futuro marito permette la poliginia; in tal modo è possibile autorizzare il matrimonio poligamico per gli uomini musulmani mentre questa possibilità è esclusa per i cristiani e in generale tutti coloro che erano soggetti alle disposizioni del codice civile in tema di famiglia, ai quali non è consentito praticare la poligamia.

¹³ La *kompilasi* è stata emanata solo con decreto del Presidente (senza, dunque, un passaggio parlamentare); non ha pertanto piena forza di legge nel sistema indonesiano e non è vincolante nelle aule di tribunale. È lo stesso commento ufficiale della *kompilasi* a definirla un *pedoman* (istruzioni, direttive di massima) per i giudici. Tuttavia, nonostante questa sua natura di ‘bureaucratic handbook’, come lo definisce Koschorke, la *kompilasi* ha finito per essere considerata vincolante dai tribunali islamici e da tutte quelle istituzioni indonesiane che trattano di questioni islamiche; J. KOSCHORKE, “Legal Pluralism in Indonesia: the Case of Interfaith Marriages Involving Muslims”, in N. Oberauer, Y. Prief, U. Qubaja (eds), *Legal Pluralism in Muslim Context*, Brill, 2019, pp. 199-229, p. 204.

La *kompilasi* è articolata in tre libri relativi al matrimonio, alle successioni e alle fondazioni religiose (*wakaf*, in arabo *waqf*). La disciplina riflette le tradizionali regole islamiche, ma introduce alcune innovazioni basate sulle consuetudini (*adat*) e sulle norme statali: l’inclusione della regola della proprietà comune che ammette il contributo di entrambi i coniugi alla creazione di ricchezza è uno degli esempi di come la *kompilasi* accoglie le consuetudini locali, mentre la regola per cui in materia di eredità la figlia può bloccare i parenti collaterali invece di concorrere con loro è un allineamento alle disposizioni in vigore nello Stato per i cittadini non musulmani; o, ancora, con riferimento all’età dei

L'art. 4 *kompilasi* stabilisce che il matrimonio è legale se è concluso secondo la legge islamica (*hukum islam*) in conformità con l'articolo 2 par. (1) della legge 1/ 1974; la *kompilasi* fissa però gli impedimenti matrimoniali conformemente alla tradizione giuridica islamica, vietando all'uomo le nozze con parenti, consanguinee e affini (art. 39), con donne già coniugate o che si trovano nel periodo del ritiro legale conseguente a divorzio o vedovanza (*'idda*, art. 40), con una nuova moglie se l'uomo è già sposato con 4 donne e i matrimoni sono ancora legalmente validi (art. 42), con le donne da cui si sia separato con triplice ripudio (*talak tiga kali*, art. 43) e con le donne che non professano la religione islamica (art. 40, lett. (c): *seorang wanita yang tidak beragama islam*). Alla donna musulmana l'art. 44 della *kompilasi* vieta di concludere il matrimonio con un uomo non musulmano (*Seorang wanita Islam dilarang melangsungkan perkawinan dengan seorang pria yang tidak beragama Islam*). Si noti, dunque, che in Indonesia il divieto di matrimoni interreligiosi si applica tanto ai maschi quanto alle femmine.

In questo quadro, e dato che la legge 1/1974 tace in proposito, qual è dunque la sorte dei matrimoni tra persone di religione diversa? Almeno fino agli inizi degli anni Ottanta una parziale risposta era offerta dalla disciplina dei matrimoni misti contenuta nel *Regeling op de Gemengde Huwelijken* olandese n. 158 del 1898¹⁴, regolamento che definiva 'matrimonio misto' il matrimonio tra "persone indonesiane soggette a leggi diverse", e che stabiliva alcuni principi fondamentali. Innanzitutto, al matrimonio misto si applicava la legge del marito, alla quale era soggetta anche la donna; allo stesso tempo, il matrimonio misto non poteva essere concluso se non erano soddisfatte le regole (*aturan*) o le condizioni (*syarat*) previste dalla legge

nubendi, la *kompilasi* richiama l'art. 7 della legge 1/1974 e fissa in 19 anni per il maschio e in 16 per la femmina l'età minima matrimoniale. E. NISA, "Marriage Practices: Indonesia", (2016), in S. Joseph (Ed.), *Encyclopedia of Women & Islamic Cultures Online* Leiden: Brill. https://doi.org/10.1163/1872-5309_ewic_COM_002088.

¹⁴ Rimasto in vigore nell'Indonesia indipendente con il nome di *Peraturan Tentang Perkawinan Campur*.

applicabile alla donna e relative alle condizioni del matrimonio e alle formalità da espletare prima della sua celebrazione (art. 7). L'art. 7 par. (b) precisava che la religione (*agama*), la razza o nazionalità (*bangsa*) o l'origine (*asal*) non rappresentavano in alcun modo un ostacolo (*halangan*) al matrimonio. Va tenuto presente che, nel redigere questo Regolamento, gli Olandesi erano primariamente interessati a garantire la protezione giuridica della donna olandese coniugata con un nativo e, allo stesso tempo, a garantire che le nozze tra un olandese e una nativa non fossero ostacolate altro che dai principi e dalle regole del diritto olandese.

La legge 1/1974 definisce invece il matrimonio misto come «il matrimonio tra due persone in Indonesia soggette a leggi diverse come conseguenza della diversa cittadinanza, laddove una delle parti sia cittadina indonesiana» (art. 57); il legislatore non sembra quindi interessato a risolvere il problema del possibile conflitto di leggi interne in materia di matrimonio. Allo stesso tempo, l'art. 66 stabilisce che le disposizioni contenute nel codice civile, nella legge sul matrimonio cristiano in Indonesia 74/1933¹⁵ e nel regolamento sui matrimoni misti n. 158/1898 e nelle altre leggi sul matrimonio relative a materie disciplinate dalla legge 1/1974 non si applicano, con il che è chiaro che invece queste leggi restano in vigore per tutte le questioni non trattate dalla legge 1/1974. Il regolamento 158/1898, mai ufficialmente abrogato, potrebbe dunque ritenersi utile a disciplinare i matrimoni misti (qualunque sia l'estensione che a tale espressione si vuole riconoscere). Si è però posto un problema di natura burocratica, nascente dal fatto che esistono organi la cui autorità sui cittadini è definita dall'appartenenza religiosa di questi ultimi. In particolare, e per i fini di queste riflessioni, rilevano i registri dello stato civile, articolati in un registro islamico (*kantor urusan agama*) e un registro civile, qui da intendere nel senso di non-islamico

¹⁵ Questa legge, così come le disposizioni del Libro I del codice civile relative a persona e famiglia sono state successivamente abrogate dall'art. 106 della legge 23/2006 recante norme sull'amministrazione della popolazione.

(*kantor catatan sipil*). Sebbene la registrazione non sia un requisito formale per la validità del matrimonio, essa è nondimeno necessaria ai fini del riconoscimento del matrimonio da parte dello Stato e dei suoi effetti legali. Il regolamento attuativo 9/1975 stabilisce all'art. 2 che i matrimoni dei musulmani si registrano presso l'ufficio degli affari religiosi¹⁶ mentre i matrimoni dei non musulmani si registrano presso l'ufficio del registro civile. Ovviamente, stante il divieto islamico di nozze tra donne musulmane e uomini non musulmani, l'ufficio degli affari religiosi si è sistematicamente rifiutato di registrare tali matrimoni.

In questo contesto normativo piuttosto ambiguo si inserisce la giurisprudenza: inizialmente, a seguito dell'entrata in vigore della legge 1/1974 i tribunali civili hanno continuato a ritenere applicabile il regolamento olandese 158/1898 proprio perché la nuova legge non disciplinava espressamente i matrimoni interreligiosi. Dal canto loro, i tribunali islamici ritenevano applicabile al matrimonio tra un uomo musulmano e una donna degli *ahl al-kitāb* l'art. 2 par. 1 della legge 1/1974; ricordiamo che il divieto di queste nozze divenne operativo solo dopo l'emanazione della *kompilasi* nel 1991 e che fino ad allora i tribunali islamici si erano rifatti alla consolidata dottrina islamica che ritiene ammissibili tali unioni matrimoniali. Dai primi anni Ottanta queste aperture sia dei tribunali civili sia dei tribunali religiosi si sono progressivamente contratte, riflettendo prima l'ostilità espressa dai partiti religiosi e dalle *fatāwa*¹⁷ e poi, appunto, dalla *kompilasi*. Nel 1989 ha preso posizione la Corte Suprema indonesiana nel caso *Andi Vony* (Decisione della Corte suprema n. 1400K/Pdt/1986 del 20 gennaio 1989): la vicenda riguardava una donna musulmana (Andi Vony,

¹⁶ Nello stesso senso è anche l'art. 5 della *kompilasi* il quale richiede che i matrimoni siano registrati conformemente alla legge 22/1946 come modificata dalla legge 32/1954 sulla registrazione di matrimonio (*nikah*), ripudio (*talak*) e riconciliazione (*rujuk*).

¹⁷ In tema di matrimoni interreligiosi non sono mancate *fatāwa* critiche anche nei confronti del matrimonio tra uomini musulmani e donne *kitābiyye*; per un'ampia disamina del tema e analisi dei testi si rinvia a ALIM., "Fatwas on interfaith marriage in Indonesia", *Studia Islamika*, 9, 3 (2002), pp. 1-33.

appunto) e un uomo protestante, il cui matrimonio non era stato formalizzato dall'ufficio degli affari religiosi perché non rispettoso della *šarī'a*; e nemmeno dall'ufficio del registro civile perché la donna era musulmana. La coppia si era rivolta al tribunale civile di Giacarta che aveva dato ragione ai funzionari statali dei registri; da qui, il ricorso della coppia alla Corte Suprema. La Corte, in quella che resta a oggi l'unica sua pronuncia sul tema dei matrimoni interreligiosi, ritenne di far valere il principio di uguaglianza tra cittadini sancito dall'art. 27 della costituzione: tale principio, ad avviso della Corte, include il diritto a sposarsi con i concittadini a prescindere dall'appartenenza religiosa delle parti. Il regolamento sui matrimoni misti n. 158 è da ritenersi invalido, scrive la Corte, in ragione della sua origine, trattandosi di una norma coloniale radicalmente diversa, "in principio e in filosofia" (*perbedaan prinsip maupun falsafah yang amat lebar*), dal concetto di matrimonio fatto proprio dalla legge 1/1974. Constatato il silenzio sul punto della legge 1/1974, la Corte Suprema ravvisò che nel caso in esame il requisito della registrazione potesse essere soddisfatto presso i registri civili perché la donna musulmana, scegliendo un coniuge non musulmano e rivolgendosi a detti uffici, di fatto "non riteneva rilevante il suo status religioso" (*tidak lagi menghiraukan status agamanya*), aveva cioè abbandonato la sua religione e dunque non era vincolata al rispetto della legge religiosa¹⁸. La Corte Suprema concluse il suo ragionamento identificando i registri civili come i soli competenti a celebrare o aiutare la celebrazione di un matrimonio tra persone che "sono entrambe non musulmane" (*tidak beragama Islam*).

La dottrina ha a lungo dibattuto se la Corte Suprema abbia con ciò inteso dichiarare apostata la donna, la quale dal canto suo non ha mai rinnegato la propria fede nella religione islamica. Si potrebbe anche

¹⁸ R. LUKITO, "The Enigma of Legal Pluralism in Indonesian Islam: the Case of Interfaith Marriage", *Journal of Islamic Law and Culture*, 10, 2 (2008), pp. 176-187; Id., *Legal pluralism in Indonesia: Bridging the Unbridgeable*, Routledge, 2013; J. KOSCHORKE, "Legal Pluralism in Indonesia", cit., pp. 199-229.

chiedersi che senso abbia da parte della Corte Suprema invocare il principio di uguaglianza dei cittadini se poi basta un matrimonio contrario al diritto musulmano per vedersi di fatto privati del diritto alla libertà religiosa; comunque, la dottrina maggioritaria indonesiana ha interpretato le infelici parole della Corte nel senso che Andi Vony ha semplicemente seguito la religione protestante del marito nell'ambito del matrimonio. Questo, tra l'altro, era esattamente il modello di gestione dei matrimoni interreligiosi proposto dal regolamento sui matrimoni misti coloniale che la Corte Suprema ha definito inapplicabile, dichiarandolo invalido. Di fronte alle incertezze e ambiguità sollevate dalla sentenza Andi Vony, non stupisce perciò che negli anni successivi i funzionari civili abbiano manifestato una significativa riluttanza a celebrare o registrare matrimoni non conformi alla *šari'a*, dimostrando così quanto il tema sia 'sensibile' nel contesto indonesiano.

Nel 2006 è entrata in vigore la legge 23 sull'amministrazione che abroga e sostituisce una serie di norme amministrative coloniali ancora in vigore; l'art. 35 della legge contiene quello che Koschorke¹⁹ definisce un 'velato invito' ai tribunali civili a formalizzare il matrimonio interreligioso perché stabilisce che la registrazione nei registri civili è obbligatoria per i "matrimoni che sono stati ordinati dal tribunale" (*yang ditetapkan oleh Pengadilan*). Il commento alla legge esplicita il concetto spiegando che l'espressione "matrimoni ordinati dal tribunale" si riferisce ai "matrimoni conclusi tra persone di diversa appartenenza religiosa". Non si tratta di una vera novità perché già l'art. 21 della L. 1/1974 autorizzava la coppia interreligiosa ad adire i tribunali civili nel caso in cui il registro civile si fosse opposto al matrimonio. L'oscurità del dettato dell'art. 35, la cui sfera di applicazione è esplicitata solo dal commento ufficiale,

¹⁹ Koschorke, analizzando la giurisprudenza formatasi sull'art. 35 della l. 23/2006, nota come i giudici civili si siano sostanzialmente orientati nel senso di ritenere possibili i matrimoni interreligiosi anche alla luce della sentenza *Andi Vony* tranne che per la parte relativa alla 'apostasia' della donna e alla invalidazione del regolamento sui matrimoni misti. J. KOSCHORKE, "Legal Pluralism in Indonesia", cit., pp. 213-217.

dimostra ancora una volta come il legislatore indonesiano si muova con grande cautela in un ambito in grado di suscitare forti reazioni negative.

Nel frattempo, tra le ambiguità normative, le incertezze della giurisprudenza e la rigidità dei teologi coloro che ne hanno la possibilità economica scelgono di sposarsi civilmente all'estero per poi chiedere la registrazione dell'atto agli uffici del registro civile una volta tornati in patria; l'alternativa meno costosa al matrimonio estero consiste nella conversione 'opportunistica' di uno dei coniugi alla religione dell'altro al mero fine di celebrare e trascrivere il matrimonio. Che emigrare possa essere – seriamente – una soluzione al problema è lecito dubitare, ma l'Indonesia non è il solo Paese al mondo a sperimentare soluzioni ardite dal punto di vista logistico: maestro di questa strategia è il più piccolo, ma non meno originale quanto a soluzioni estrose, Libano.

4. Dal matrimonio all'estero al (tentativo di) matrimonio civile in patria: il caso libanese

Se in Indonesia la mancata chiarezza normativa in tema di matrimoni interreligiosi si spiega, almeno in parte, con la necessità di contemperare il principio costituzionale di uguaglianza con le istanze espresse dalla maggioranza della popolazione che è di religione islamica, in Libano il vuoto normativo è invece il riflesso sia di vicende storiche sia della particolare composizione religiosa del Paese.

Scrive Lapidus²⁰ che «il Libano è una creatura dei francesi: nonostante la lunga storia di stretti rapporti con la popolazione maronita, i francesi non crearono uno stato esclusivamente cristiano, ma aggiunsero alla vecchia provincia libanese nuovi distretti, fra cui Tripoli, Sidone, la Beqa' e il Libano meridionale, per accrescere la superficie totale del Paese e la proporzione dei musulmani [...] lo stato, invece di costruire una pubblica amministrazione che fornisse servizi alla colletti-

²⁰ I.M. LAPIDUS, *Storia delle società islamiche. III. I popoli musulmani*, Torino, Einaudi, 2000, p. 110.

vità, provvedeva a sovvenzionare le scuole religiose, i tribunali e le opere pie delle varie sette». Anche dopo l'indipendenza (1945) il paese continuò a reggersi sulla base del Patto nazionale del 1943, accordo informale tra le componenti religiose del Paese che ha diviso le cariche politiche tra le varie comunità secondo quello che potremmo definire un manuale Cencelli in salsa libanese, con le confessioni religiose al posto dei partiti politici²¹. Non stupisce, in un contesto siffatto, che le norme in tema di statuto personale riflettano ancora lo schema disegnato in epoca mandataria con il Decreto n. 60 L.R del 13 marzo 1936, relativo alla "organisation des communautés religieuses au Liban", il quale riconosce ufficialmente 17 confessioni religiose (11 cristiane, 5 musulmane e una israelita), divenute 18 nel 1996 quando il Libano ha esteso il riconoscimento alla comunità copto ortodossa²². Il decreto 60 del 1936 è stato modificato dal decreto n. 146 del 18 novembre 1938; i

²¹ Il Patto Nazionale (*al-miṭāq al-waṭānī*), nella sua formulazione originale, prevede – tra le altre cose – che il Presidente della Repubblica sia sempre un maronita, il Primo Ministro un sunnita, il Presidente dell'Assemblea nazionale uno sciita, il vice-presidente dell'Assemblea un greco ortodosso, il Capo di stato maggiore dell'esercito un druso, i membri del Parlamento in proporzione 6:5 a favore dei cristiani sui musulmani (motivo per cui fino al 1990 i parlamentari erano sempre in multiplo di 11). Gli Accordi di Tā'if del 1989 che hanno messo fine alla guerra civile hanno riequilibrato i rapporti di forza tra le maggiori comunità confessionali nella rappresentanza parlamentare e ridefinito le competenze del Presidente della Repubblica e del Primo ministro in favore del secondo.

²² Le comunità erano elencate dall'allegato 1 (*liste des communautés jouissant d'une reconnaissance de droit ou de fait*) del decreto 60 ed erano inizialmente 16; nel 1938 fu aggiunta la comunità protestante e nel 1996 quella copta.

I cristiani sono così articolati: maroniti (24%), greci ortodossi (13%), armeni ortodossi (3%), melchiti, armeni cattolici, siro ortodossi, siro cattolici, assiri, caldei, latini, protestanti e copti ortodossi. Le comunità musulmane con il loro 60% rappresentano attualmente la maggioranza della popolazione: sunniti (23%), sciiti (35%), drusi (5%), alawiti e ismaeliti. La comunità israelita conta poco meno di un centinaio di cittadini libanesi. Le percentuali indicate sono frutto di studi statistici (<http://www.axl.cefan.ulaval.ca/asia/liban.htm>) dal momento che in Libano non si tiene un censimento ufficiale dal 1932; all'epoca i cristiani erano la maggioranza relativa ed è su quella base che si è proceduto alla divisione del potere tra le diverse comunità nel 1943.

due testi (di 25 e 29 articoli rispettivamente) sanciscono l'istituzionalizzazione degli statuti personali confessionali e dettano le disposizioni che regolano esistenza e funzionamento delle comunità non musulmane²³. Le autorità mandatarie hanno inoltre istituito un'amministrazione dello stato civile che è direttamente subordinata allo Stato libanese e posta sotto il controllo dei tribunali civili libanesi.

Il meccanismo disegnato dai decreti 60 e 146 ha dato vita a un modello peculiare del Libano noto come *Fédéralisme personnel ouvert*²⁴, in base al quale non solo ogni comunità religiosa è retta dal proprio statuto, ma coloro che non appartengono ad alcuna comunità o che scelgono di abbandonare quella di appartenenza²⁵ possono aderire alla cosiddetta 'comunità di diritto comune' la quale è retta, ai sensi dell'art. 14 del decreto 60 del 1936, dalla legge civile²⁶. Una significativa difficoltà, che svuota di significato questo meccanismo, si rinviene nel fatto che la cosiddetta 'comunità

²³ Kanafani-Zahar ritiene che il fatto che le comunità confessionali siano ufficialmente riconosciute le doti di un certo potere giuridico in quanto "juridiquement instituées dans l'espace public"; A. KANAFANI-ZAHAR, *Pourquoi facultatif? Le projet de mariage civil, Liban 1998*, Presse Universitaire de Rennes, Rennes, 2010, p. 227; Id., *Les tentatives d'instaurer le mariage civil au Liban: l'impact des Tanzîmât et des réformes mandataires*, in Pierre-Jean Lutzard éd., *Le choc colonial et l'islam*, Paris, La Découverte, « TAP/HIST Contemporaine », 2006, p. 427-448, <https://www.cairn.info/le-choc-colonial-et-l-islam--9782707146960-page-427.htm>; vd anche E. RABBATH, *La Constitution libanaise*, Publications de l'Université libanaise, Beyrouth, 1982; A. MESSARRA, *La gouvernance d'un système consensuel: le Liban après les amendements constitutionnels de 1990*, Librairie Orientale, Beyrouth, 2003.

²⁴ A. MESSARRA, *La gouvernance d'un système consensuel*, cit., p. 235.

²⁵ È possibile abbandonare la propria comunità religiosa al compimento della maggiore età (art. 11 decreto 60/1936).

²⁶ Art. 14 del decreto 60 del 1936: «Les communautés de droit commun organisent et administrent librement leurs affaires dans les limites de la législation civile». L'art. 17 chiarisce che lo statuto personale dei libanesi appartenenti alle comunità disciplinate dagli artt. 14 ss (cioè la comunità di diritto comune) o che non appartengono ad alcuna comunità religiosa, è regolato dalla legge civile; sulle caratteristiche di questa comunità si veda, per una prima introduzione, B. KARAM, "La curieuse catégorie des communautés de droit commun au Liban", *Revue Juridique de l'USEK*, 17 (2017), pp. 7-27 (https://www.lagbd.org/images/2/24/Online_Revue_Juridique_N17-2017_latin.pdf).

di diritto comune' è di fatto, ancora oggi, priva di una legge che la governi: sebbene esistano disposizioni applicabili in tema di successioni e filiazione naturale (legge del 23 giugno 1959) e di gestione dei beni dei minori (legge 2 aprile 1951), mancano, per restare al tema oggetto di queste riflessioni, norme 'civili' che disciplino il matrimonio e le sue vicende.

Il federalismo personale è tutelato anche dall'art. 9 della costituzione libanese ai sensi del quale «la libertà di coscienza è assoluta. Lo Stato, nel rendere omaggio all'Essere Supremo, rispetta tutte le confessioni e ne garantisce e tutela il libero esercizio, a condizione che non sia pregiudicato l'ordine pubblico. Garantisce inoltre al popolo, qualunque sia il rito di appartenenza, il *rispetto del suo statuto personale e dei suoi interessi religiosi*» (corsivo mio). Diversamente da quanto avviene ad esempio in Egitto, dove al pluralismo confessionale si accompagna una netta prevalenza del diritto musulmano in caso di conflitto di norme²⁷, il federalismo personale 'alla libanese' assicura da un lato l'uguaglianza dei diversi statuti personali e, dall'altro, che nessuno di essi possa prevalere in caso di

²⁷ L'abolizione dei tribunali confessionali in Egitto con la legge n. 462 del 1955 ha lasciato in vigore un sistema legislativo pluriconfessionale che vede opporsi alla maggioranza dei musulmani ben 14 confessioni riconosciute (12 cristiane e 2 ebraiche), consentendo l'applicazione di leggi confessionali diverse da quella islamica, a certe condizioni ed entro il limite dell'ordine pubblico (*al-nizām al-āmm*). La legge islamica è la "legge comune dello stato" (*al-qānūn al-āmm* o *šarī'a al-āmm*): solo quando la coppia di non musulmani soddisfa le condizioni stabilite dall'art. 6 della legge 462 può vedersi applicata la propria legge confessionale. Queste condizioni consistono nel condividere la stessa setta e rito e nella non contrarietà all'ordine pubblico. Il sistema delle sette e dei riti è il seguente: religioni (*dīn*) sono solo islam, cristianesimo ed ebraismo; una religione può essere articolata in riti (*milla*), identificabili in base al modo di praticare una certa religione; ogni rito può dividersi in sette (*tā'ifa*), definite dalla Corte di cassazione (sent. 23/1978; sent. 29/1979) come «gruppi di persone [...] che condividono le origini etniche, la lingua o le abitudini». In base all'art. 6, non si applica la legge confessionale, e quindi si recupera la *šarī'a*, ogni volta che la coppia sia composta da persone di religione diversa (un'ebrea e un cristiano), di riti diversi (una cattolica con un protestante), di sette diverse (una copta-ortodossa e un greco-ortodosso). Cfr. M. S. BERGER, "Public Policy and Islamic Law: the Modern *Dhimmi* in Contemporary Egyptian Family Law", *Islamic Law and Society*, 8, 1 (2001), pp. 88-136. Si veda anche: F. TOBICH, *Les statuts personnels dans les pays arabes: De l'éclatement à l'harmonisation*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008 (<https://books.openedition.org/puam/1016?lang=it>).

conflitto tra le leggi (ciò che, sia detto per inciso, è utile a conservare la pace politica se non anche quella sociale, ma causa un significativo immobilismo lì dove è impossibile arrivare a una soluzione per la difficoltà di identificare la legge applicabile). Alle inevitabili difficoltà derivanti dalla assoluta parità degli statuti pone in parte rimedio l'attività della Corte di cassazione, organo *super partes* che interviene – tra le altre cose – proprio a dirimere gli stalli generati dal conflitto di leggi.

Per il corretto funzionamento del sistema le comunità religiosa avrebbero dovuto presentare all'esame del governo il proprio statuto recante la disciplina della gerarchia dei funzionari religiosi, le regole per la nomina e la definizione delle attribuzioni degli stessi, e la composizione e la competenza di sinodi, consorzi, tribunali, consigli, commissioni nonché le norme applicabili allo statuto personale dei credenti. L'art. 1 del decreto 60 impone, infatti, la necessità di ottenere «la reconnaissance par l'État, dans un acte législatif, de leur organisation, de leurs juridictions, de leur législation»; tale riconoscimento conferisce agli statuti delle comunità forza di legge e pone le comunità sotto il controllo dell'autorità pubblica (art. 2). Inoltre, il riconoscimento permette allo Stato di verificare il carattere tradizionale, 'storico'²⁸, delle comunità e di assicurare la conformità degli statuti alla legge libanese; nello stesso senso sono le indicazioni contenute nell'art. 33 della legge 2 aprile 1951.

Il risultato di questo sistema è un vivace pluralismo giuridico: ai musulmani sunniti si applica la legge ottomana di famiglia del 1917²⁹,

²⁸ È l'art. 1 co. 1 a parlare di comunità storiche, poi elencate all'allegato 1: «sont légalement reconnue, entant que communautés à statut personnel, les *communautés historiques* dont l'organisation, les juridictions et la législation sont fixées per un acte législatif» (corsivo mio); secondo Aboujaoude, il carattere storico della comunità è un riflesso della permanenza nel tempo della coesione tra i suoi membri i quali condividono valori, simboli e istituzioni in un contesto determinato; J. ABOUJAOUDE, *Les partis politiques au Liban*, Université Saint-Esprit, Kaslik, 1985, p. 160-161.

²⁹ La legge ottomana del 1917 disciplina esclusivamente il matrimonio e il divorzio, introducendo, pur nel rispetto della tradizione sciaraitica, interessanti novità quali la limitazione della poligamia, il controllo del ripudio e la fissazione dell'età minima

che il Libano ha per così dire 'ereditato' dall'Impero ottomano, le cui lacune sono colmate dal *fiqh* hanafita; agli sciiti³⁰ si applica il *fiqh* giafarita salvo (ex art. 242 della legge 16 luglio 1962) fare riferimento in caso di *lacuna legis* alla legge ottomana del 1917 nella misura in cui non sia in contrasto con le regole del diritto giafarita; alla comunità drusa si applicano le norme della legge comunitaria del 24 febbraio 1948 e il *fiqh* hanafita per le successioni³¹. La comunità musulmana alauita è organizzata dalla legge del 18 agosto 1995; i suoi membri sono soggetti al diritto giafarita per quanto riguarda lo statuto personale.

Quanto alle comunità non musulmane, cioè le comunità cristiane e la comunità israelita, si applicano loro la legge del 23 giugno 1959 e la legge del 2 aprile 1951³². Queste leggi imponevano alle comunità

matrimoniale. La legge era destinata ad applicarsi a tutti i sudditi ottomani, non nel senso che prevedesse norme a-confessionali valide per tutti, ma nel senso che conteneva al proprio interno sezioni separate per musulmani, cristiani ed ebrei, ognuna delle quali basata sulla rispettiva tradizione religiosa. Così, ad esempio, mentre le norme per musulmani ed ebrei permettevano la poligamia, questa era severamente proibita per i cristiani. Nelle terre in cui la legge del 1917 è sopravvissuta allo smembramento dell'Impero ottomano è rimasta in vigore solo la sezione relativa ai musulmani, e questo è appunto stato il caso anche del Libano. ALUFFI BECK-PECCOZZ R., *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 16-17; 22-28; D. MARTYKÁNOVÁ, "Matching Sharia and 'Governmentality': Muslim Marriage Legislation in the Late Ottoman Empire", in I. Xydopoulos, A. Gémes, F. Peyrou (eds.), *Institutional Change and Stability. Conflicts, Transitions, Social Values*, Pisa, 2009, 153-175.

³⁰ L'art. 1 della legge 19 dicembre 1967 sull'organizzazione della comunità sciita stabilisce che la comunità è autonoma per quanto riguarda i suoi affari religiosi, le fondazioni pie (*waqf*) e le sue istituzioni ed è rappresentata dai membri della comunità che parlano e agiscono in suo nome conformemente ai precetti della *šarī'a*, del *fiqh* giafarita e delle *fatāwa* rese dalle autorità religiose sciite.

³¹ La comunità drusa si è organizzata con la legge del 13 luglio 1962. Il rinvio in caso di *lacuna legis* è previsto dall'art. 171 della legge del 24 febbraio 1948: «per tutte le materie che sono di competenza del giudice del *maḏhab* e che non sono oggetto di alcun articolo della presente legge, si applicano le disposizioni del *fiqh* hanafita e le norme di legge che non sono in contrasto con la legge islamica (*šarī'a*)».

³² M. MAHMASSANI, I. MESSARRA, *Statut personnel, texte en vigueur au Liban*, Faculté de droit et des sciences économiques, Huvelin, Beirut, 1970.

cristiane e a quella israelita un limite temporale per presentare i propri statuti al Governo libanese³³; a oggi, tuttavia, sebbene la maggior parte dei codici sia stata depositata nei termini manca ancora l'approvazione governativa. Questa inerzia, lungi dall'intralciare le attività delle comunità, le ha lasciate libere di applicare le loro norme confessionali; la Corte di cassazione ha infatti più volte chiarito che i 'progetti' dei diversi statuti personali sono applicabili nella misura in cui siano espressione degli usi e delle consuetudini della comunità stessa, ma nel rispetto dell'ordine pubblico e delle leggi fondamentali dello Stato³⁴.

Le Chiese Orientali cattoliche (che in Libano sono la Chiesa maronita, la Chiesa copta con rito alessandrino, la Chiesa siro-cattolica, la Chiesa caldea, la Chiesa melkita e la Chiesa armeno-cattolica) hanno in comune il Codice dei Canoni delle Chiese Orientali (CCEO), promulgato da Papa Giovanni Paolo II ed entrato in vigore il 1 ottobre 1991, in cui è contenuta anche la disciplina dei matrimoni misti. Queste comunità hanno presentato il proprio codice sugli statuti personali che, in tema di matrimonio, all'art. 38 rimanda alla disciplina del *Motu Proprio Crebrae Allatae* del 22 febbraio 1949³⁵. Le Chiese orientali acattoliche libanesi sono la Chiesa

³³ «Les communautés visées par la présente loi doivent présenter au gouvernement la législation de leur statut personnel et le code de procédure suivi par leurs Tribunaux spirituel, dans le délai d'un mois à partir de l'entrée en vigueur de cette loi, pour être reconnus dans les six mois, à conditions qu'ils soient conformes aux dispositions touchant l'ordre public et les lois fondamentales de l'Etat et des communautés. L'application de la présente loi sera suspendue à l'égard de toute communautés qui ne se conformerait pas ou tarderait à se conformer aux dispositions du présent article» (art. 33 legge 2 aprile 1951).

³⁴ I. TRABOULSI, *Le mariage et ses effets chez les communautés régies par la loi du 2 avril 1951 au Liban*, Conseil des Eglises du Moyen Orient, Beirut, 1994, p. 87

³⁵ L'art. 38 della Legge sugli statuti personali delle comunità cattoliche in Libano stabilisce che: «In tutte le comunità cattoliche orientali, il matrimonio è regolato, per quanto riguarda la sua conclusione, gli obblighi che comporta, la sua validità, il suo annullamento, la rottura e lo scioglimento del vincolo matrimoniale, dalla legge sul sacramento del matrimonio della Chiesa orientale, entrata in vigore il 22 febbraio 1949 con decisione apostolica, e allegata alla presente legge».

siro-ortodossa, la Chiesa greco-ortodossa, la Chiesa armeno-ortodossa e la Chiesa evangelica; come detto *supra*, le comunità hanno presentato all'esame del governo i propri codici sullo statuto personale, ma questi non hanno ancora ricevuto l'approvazione formale e sono quindi applicati alla stregua di un diritto consuetudinario.

Sono, inoltre, in vigore le disposizioni della legge del 16 luglio 1962 sui tribunali sciaraitici sunniti e sciiti (un Tribunale di Prima Istanza a livello distrettuale e un Tribunale Supremo per il secondo grado a Beirut) e il decreto 3473/60 del 5 marzo 1960 per i tribunali drusi (un Tribunale di prima istanza a livello distrettuale ed una Corte d'appello suprema a Beirut). Per ogni confessione cattolica esiste un unico Tribunale di grande istanza, per tutto il territorio libanese, e una sola Corte d'appello (legge 1 ottobre 1991); per le chiese ortodosse è previsto un Tribunale di grande istanza per ogni arcivescovato e una sola Corte d'appello (legge 16 ottobre 2003)³⁶. Organo giurisdizionale supremo comune a tutte le confessioni religiose è la Corte di cassazione, competente sui conflitti tra giurisdizioni confessionali diverse e sui conflitti tra giurisdizioni civili e confessionali; la Corte, inoltre, controlla, preliminarmente all'esecuzione delle stesse nello Stato, che le decisioni emanate dai tribunali confessionali siano conformi alle esigenze fondamentali di funzionamento della giustizia³⁷.

In questa messe di leggi e tradizioni giuridiche, come si esprimono le comunità religiose in tema di matrimoni interreligiosi? Tutte le

³⁶ Non si sarà, a questo punto, mancato di notare che le comunità musulmane hanno con lo Stato un rapporto diverso da quello delle comunità non musulmane. Le prime, infatti, sono da un punto di vista giudiziario e legislativo 'organiche' allo Stato, perché è questo che detta le norme applicabili in tema di statuto personale e i giudici dei tribunali sciaraitici, così come il *mufti*, sono funzionari statali, anche se i meccanismi di reclutamento e formazione sono diversi rispetto ai tribunali civili. Le comunità non musulmane sono, al contrario, completamente autonome sul piano legislativo e giudiziario.

³⁷ A. MOUKARZEL HECHAIME, "Actualités du statut personnel des communautés musulmanes au Liban", *Droit et culture*, 59, 1 (2010), p. 121-164.

comunità musulmane hanno conservato il divieto di nozze per *ih̄tilāf al-dīn* e quindi vietano le nozze della musulmana con persona non musulmana. L'atteggiamento delle comunità cristiane non può certo dirsi più liberale di quello espresso dalle comunità musulmane; la Chiesa maronita, ad esempio, si rifà al Codice dei Canoni delle Chiese Orientali (CCEO); il titolo XVI, capitolo VII, art. IV disciplina i matrimoni misti e fissa, per cominciare, il divieto di matrimonio tra due persone battezzate, delle quali una è cattolica e l'altra acattolica, senza la previa licenza dell'autorità competente (canone 814). Il codice non prende nemmeno in considerazione l'ipotesi che una persona battezzata possa sposarne una non battezzata, con o senza autorizzazione, e nei restanti canoni relativi al matrimonio misto si riferisce esclusivamente alla parte acattolica (che dunque è, necessariamente, cristiana)³⁸.

Si è *supra* ricordato che in Libano non esiste in tema di statuto personale una legge civile applicabile a prescindere dall'appartenenza religiosa delle parti; in questo vuoto normativo, è però permesso ai libanesi di contrarre un matrimonio civile all'estero, soggetto, ex art. 25 del decreto 60, alle norme del Paese in cui è stato contratto³⁹. Le eventuali controversie ad esso relative sono sottratte alla competenza della

³⁸ Il Canone 814 disciplina la "licenza per giusta causa" che può essere concessa a condizione che la parte cattolica dichiari di essere pronta ad allontanare i pericoli di abbandonare la fede e si impegni a fare quanto è in suo potere affinché i figli siano battezzati ed educati nella Chiesa cattolica; che le promesse della parte cattolica siano tempestivamente comunicate all'altra parte; che entrambe le parti siano rese edotte dei fini e delle proprietà essenziali del matrimonio. Il Canone 815 disciplina modi, forme e pubblicità delle citate dichiarazioni e promesse. Il Canone 816 impegna i Gerarchi del luogo e gli altri pastori d'anime a non far mancare alle parti cattoliche della famiglia l'aiuto spirituale.

³⁹ Si occupano del matrimonio all'estero gli artt. 22 e seguenti del decreto 60 del 1936, come modificato dal decreto 146 del 1938. Ai sensi dell'art. 25, «il matrimonio contratto in un Paese straniero tra [siriani o] libanesi e tra [siriani o] libanesi e stranieri è valido se è stato celebrato secondo le forme abituali nel paese. Se la forma e gli effetti del matrimonio, quali risultano dalla legge in base alla quale il matrimonio è stato contratto, non sono consentiti dallo stato personale del marito, quest'ultimo sarà disciplinato [in Siria e] in Libano dal diritto civile».

giustizia confessionale per essere attribuite, ai sensi dell'art. 79 del codice di procedura civile, alla competenza esclusiva dei tribunali civili (*al-mahākīm al-madaniyya*)⁴⁰.

I decreti 60 del 1936 e 146 del 1938 non si applicano però ai musulmani, ai quali è quindi inibita la possibilità di concludere all'estero un matrimonio legalmente valido anche in Libano. La ragione di questa eccezione è, per così dire, politica: quando entrò in vigore il decreto 60 con il suo sistema di 'comunità a statuto personale storiche', le comunità musulmane si trovarono poste sullo stesso piano delle comunità cristiane e israelite, mentre quando il Libano era sotto il controllo dell'Impero ottomano i musulmani, tutti, si riconoscevano nella più ampia *umma* islamica, mentre il regime comunitario era una prerogativa dei non musulmani, organizzati in *millet*. Le rimostranze dei musulmani indussero l'Alto Commissario De Martel a emanare il decreto 53 del 30 marzo 1939 il cui art.1 precisa, appunto, che i decreti 60 e 146 non si applicano ai musulmani; la conseguenza è che l'eventuale matrimonio civile di due libanesi musulmani celebrato all'estero rimane in Libano regolamentato dalla legge del 1917 e soggetto alla competenza dei tribunali sciaraitici⁴¹. Nel caso, invece, di matrimonio interreligioso tra musulmani e non musulmani, la Cassazione ha ritenuto applicabile l'art. 25 del decreto n. 60⁴².

Prevedibilmente, un tema ricorrente nei tribunali è appunto quello relativo ai conflitti di legge; un punto fermo lo ha fissato nel 1964 il

⁴⁰ «I tribunali civili libanesi (*al-mahākīm al-lubnāniyya al-madaniyya*) sono competenti a conoscere le controversie derivanti dal contratto di matrimonio concluso in un paese straniero (*balad 'ağnabī*) tra libanesi o tra un libanese e uno straniero nella forma civile (*bi-l-šakl al-madani*) prescritta dalla legge di quel paese. Si applicano le disposizioni delle leggi relative alla giurisdizione dei tribunali sciaraitici e drusi (*al-mahākīm al-šar'iyya wal-druziyya*) se entrambi i coniugi appartengono alle comunità musulmane (*al-tawā'if al-muḥammadiyya*, lett.: comunità maomettane, sic!) e almeno uno di loro è libanese».

⁴¹ Art. 1, decreto n. 53 L.R. del 30 marzo 1939: « Les arrêtés n°s 60 L.R. du 13 mars 1936 fixant le statut des communautés religieuses, et 146 L.R. du 18 nov. 1938 modifiant et complétant l'arrêté 60 L.R. sont et demeurent sans application à l'égard des musulmans ».

⁴² Cass. Civ. SS. UU. del 19 dicembre 1964, Cass. Civ. SS. UU. dell'11 febbraio 1967.

tribunale civile di Beirut⁴³ stabilendo che le autorità giudiziarie religiose possono applicare solo il diritto confessionale e non sono quindi competenti a conoscere delle vicende relative a un matrimonio celebrato al di fuori degli statuti confessionali. Poiché nei sistemi confessionali vi è una “coincidenza obbligatoria” tra la giurisdizione competente e la legge applicabile, ne consegue che non è possibile alcuna interazione tra un diritto religioso e un diritto che non lo è. Al contrario, tale coordinamento è più facile tra sistemi civili, dal momento che le autorità civili non hanno usualmente pregiudizi o difficoltà ad esaminare gli atti conclusi davanti a una diversa autorità civile e ad applicare la legge di quest’ultima.

Ricapitoliamo. I cittadini libanesi o si sposano conformemente alle loro leggi confessionali (che però sono ostili ai matrimoni misti o inter-religiosi) o si sposano all’estero secondo una legge straniera e poi fanno riconoscere il matrimonio in patria. *Tertium non datur*, per decenni. Poi, nel novembre 2012 il notaio Joseph Bechara ha celebrato il primo matrimonio civile in territorio libanese; la coppia era composta da due musulmani, la sunnita Khulud Hassib Succariyé e lo sciita Nidal Darwiche, rispetto ai quali non opera l’impedimento di matrimonio per differenza di religione, essendo le nozze tra sunniti e sciiti al più considerate riprovevoli dai giuristi, ma non vietate mancando appigli coranici in tal senso. I giovani nubendi, interessati a sottrarsi alle dinamiche di controllo sociale e giuridico portate avanti dalle rispettive comunità di appartenenza, per potersi sposare civilmente in Libano hanno per prima cosa provveduto a far rimuovere dai registri dello stato civile l’indicazione della confessione religiosa di appartenenza. Ciò ha consentito loro di invocare l’art. 10 del decreto 60 del 1936, in forza del quale i libanesi che non appartengono a nessuna confessione religiosa sono

⁴³ Tr. 1ère inst. Beyrouth 14-8-1964, inedita ; cfr. F. TOBICH, *Les statuts personnels dans les pays arabes*, cit.; P. GANNAGE, *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires*, cit., p. 138.

sottoposti alla legge civile per ciò che concerne lo statuto personale. Mancando una legge civile interna di riferimento, la coppia ha scelto come legge applicabile al matrimonio quella francese⁴⁴; successivamente ha richiesto al Ministero dell'interno, sotto la cui competenza ricade la gestione dei registri di stato civile, di riconoscere il matrimonio, trascrivendolo. A questo punto sono iniziati i problemi perché il Ministero ha giudicato il matrimonio illegale, sostenendo che in Libano tutto ciò che riguarda lo statuto personale è di competenza esclusiva delle autorità religiose di ogni comunità; che se una coppia contrae un matrimonio civile all'estero, in caso di controversia si fa riferimento alla legge di quel Paese, ma che se il matrimonio civile è contratto in Libano c'è un vuoto legislativo che rende invalido l'atto. Il caso a quel punto è divenuto ostaggio della politica (e dei social media) perché il 20 gennaio 2013 il presidente Sulaymān, cristiano, si è espresso (sulla sua pagina Facebook) a favore del matrimonio civile; il primo ministro Nağīb Miqātī, sunnita, ha manifestato il suo disappunto su Twitter il 28 gennaio invitando le autorità a non sollevare "questioni controverse e divisive"⁴⁵; la sera dello stesso giorno il mufti della Repubblica, *šayḥ* Muḥammad Rašīd Qabbānī, ha affermato che ogni funzionario musulmano che sostiene il matrimonio civile "è un apostata e al di fuori della religione musulmana"⁴⁶. Il dibattito ha occupato per mesi lo spazio pubblico libanese⁴⁷ fin quando il Ministro dell'interno Marwān Šarbil,

⁴⁴ <http://www.rfi.fr/fr/moyen-orient/20130428-premier-mariage-civil-liban> (ultima consultazione 24 aprile 2020).

⁴⁵ <https://www.france24.com/fr/20130204-liban-societe-religion-mariage-civil-communaute-politique> (ultima consultazione 24 aprile 2020). Si cita qui e alla nota seguente per comodità solo France24.com, ma la stampa francofona e arabofona libanese ha ampiamente 'coperto' la vicenda come sempre segue tutte le questioni legate al tema del matrimonio civile.

⁴⁶ <https://www.france24.com/fr/20130204-liban-societe-religion-mariage-civil-communaute-politique> (ultima consultazione 24 aprile 2020).

⁴⁷ Si cita, come esempio, il parere consultivo favorevole espresso dal Dipartimento legislativo del Ministero di giustizia n. 1015 del 10 dicembre 2012 nelle cui conclusioni si

sostenuto dal Presidente Sulaymān e dal Ministro della giustizia Šakīb Qurṭbāwī, ha ratificato il matrimonio di Succariye e Darwiche, registrandolo il 25 aprile 2013.

Nonostante l'ordinamento sia stato per così dire 'sfidato' dal matrimonio di Succariye e Darwiche e da altri casi verificatisi in seguito⁴⁸, i

legge che: «Il est inévitable de promulguer une loi régissant l'appartenance d'un Libanais hors des communautés religieuses et d'une loi régissant le mariage civil». Nel successivo parere n. 1015/A del 26 gennaio 2013 il Dipartimento ribadiva la propria posizione: «1. Il est du droit du Libanais qui n'appartient pas à une communauté de conclure un mariage civil au Liban. 2. Le notaire est habilité à la conclusion et approbation du mariage civil. 3. Il relève des deux époux de déterminer et choisir la loi civile qui régit le mariage en ce qui concerne tous ses effets. 4. Il n'y a pas d'objection à l'enregistrement du document du mariage de Khulud Sukkariyye et Nidal Darwiche aux registres de l'Etat civil»; ringrazio l'Avv. Stephanie Estephan per avermi messo a disposizione i testi citati.

⁴⁸ Il caso più recente, datato 2019, vede protagonisti il sunnita Abdallah Salam e la maronita Marie-Joe Abi-Nassif; le dichiarazioni rilasciate dagli aspiranti sposi chiariscono che tra le motivazioni che li hanno spinti a scegliere il matrimonio civile non c'è solo la necessità di superare un impedimento matrimoniale previsto da entrambi i sistemi confessionali, ma anche quella di disegnare un modello di famiglia al passo con i tempi, superando lo schema patriarcale proprio di tutte le leggi confessionali in vigore in Libano e che molti giovani libanesi ritengono arcaico e superato. A metà giugno i due giovani hanno sottoscritto il loro contratto davanti al presidente dell'unione notarile libanese; il giorno dopo il Ministero dell'interno ha iscritto l'atto di matrimonio nel *siġill al-wārid* (registro di ricezione); quando si è trattato di registrare l'atto nel *siġill al-tanfiḍ* (registro dell'esecuzione) per l'iscrizione ufficiale, il meccanismo si è inceppato. All'inizio del suo mandato, a metà febbraio 2019, la Ministra degli interni Raya al-Ḥassan, intervistata su Euronews, si era espressa "a favore di un quadro che regoli il matrimonio civile" in Libano, impegnandosi in quella direzione. Le autorità religiose si sono trovate, ancora una volta, concordi nel contrastare questo obiettivo: il muftì della Repubblica, lo *šayḥ* sunnita 'Abd al-Laṭīf Daryān, ha definito il matrimonio civile "contrario alla religione islamica" e una "minaccia alla coesione familiare"; secondo il Patriarca maronita Bišāra Buṭrus al-Rāṭ: "una persona cristiana non può sposarsi civilmente perché si troverebbe in una situazione di peccato, soprattutto perché questa forma di matrimonio va contro il sacramento". A opporsi all'iscrizione nel *siġill al-tanfiḍ* sarebbe stata la Direzione generale dello stato civile del Ministero dell'interno; l'ex Ministro degli interni e avvocato Ziyād Bārūd ritiene che gravi in capo al Ministero un 'obbligo' di registrazione perché tra il 2013, anno del primo caso, e il 2019 sono stati registrati altri 13 matrimoni civili conclusi in Libano e si sta dunque consolidando una prassi in tal senso. Il *favor* della Ministra Raya

diversi tentativi finalizzati all'adozione di una legge sul matrimonio civile non sono andati a buon fine. Nel 1998 venne presentato, e fu poi bocciato, il cd 'progetto Hraoui' dal nome dell'allora Presidente Ilyās al-Harāwī; il progetto intendeva proporre la creazione di uno statuto personale civile facoltativo e prendeva le mosse dalla violazione di sovranità rappresentata dal fatto che i tribunali libanesi – in assenza di norme interne – sono obbligati ad applicare al matrimonio civile la legge straniera sotto il cui imperio il matrimonio è stato celebrato. Nel 2014 fu elaborato, su istanza del Ministro Qurṭbāwī, un nuovo progetto a cura del dipartimento legislativo del Ministero di giustizia; il progetto, che prendeva spunto dalla vicenda Succariye-Darwiche, era assai essenziale nei suoi 4 articoli e prevedeva che il rito civile fosse concluso in Libano, ma secondo la legge civile di un Paese straniero a libera scelta dei nubendi. Diversamente dal progetto Hraoui, non richiedeva che i coniugi cancellassero dai registri civili la propria appartenenza religiosa e proponeva l'abrogazione delle norme fin lì applicabili alla questione dei matrimoni interreligiosi, tra cui l'art. 25 del decreto 60 del 1936, che è appunto la norma di riferimento per il riconoscimento in Libano del matrimonio civile concluso all'estero; andava inoltre emendato l'art. 79 del codice di procedura civile estendendo la competenza dei giudici civili anche alle unioni civili celebrate in Libano e non solo a quelle celebrate all'estero. Anche questo progetto non ha avuto fortuna, stroncato dalla feroce opposizione dei leader religiosi. Nel 2019 si è tornati a discutere della questione, forti dell'appoggio offerto dalla

al-Hassan era considerato tanto più rilevante se si considera che il suo predecessore, Nuhād al-Mašnūq, aveva fermato il processo di convalida dei matrimoni civili nel 2015 basandosi sull'assenza di un adeguato quadro normativo di riferimento. La Ministra è però decaduta dall'incarico ai primi di gennaio 2020 e non ha dunque potuto portare avanti la sua campagna a favore del matrimonio civile.

<https://www.lorientlejour.com/article/1177191/mariage-civil-au-liban-sept-ans-apres-nidal-et-khouloud-abdallah-et-marie-joe-tentent-de-relancer-la-machine.html> (ultima consultazione 24 aprile 2020).

Ministra degli interni Raya al-Ḥassan, ma la caduta del governo Ḥarīrī ha vanificato tutto.

Questo insuccesso della politica, che si scontra con la realtà dei fatti⁴⁹, evidenzia l'atteggiamento schizofrenico delle autorità politiche e religiose libanesi verso la questione del matrimonio civile, schizofrenia che riflette la delicatissima questione del potere esercitato dalle comunità sui propri membri e nella loro relazione con le autorità statali. Certo rimane difficile capire per quale motivo si possa applicare in Libano il diritto straniero quando un matrimonio civile è contratto all'estero, mentre è difficile se non impossibile scegliere (nel vuoto normativo attuale) una legge straniera come legge del matrimonio concluso in Libano: è arduo non vedere in questo il mero riflesso di interessi egoistici dei leader religiosi, più interessati alla conservazione di strumenti di controllo sulle rispettive comunità che non a soluzioni funzionali al benessere dei membri di quelle stesse comunità.

5. L'abolizione del divieto: l'esempio della Tunisia

Il codice dello statuto personale tunisino (CSP), la cui emanazione risale al 1956, gode a buon diritto di discreta fama per il suo carattere riformista, all'epoca dell'entrata in vigore decisamente all'avanguardia nel mondo islamico nel vietare la poligamia e il ripudio. Sulla questione

⁴⁹ Uno studio condotto da International Information ha rilevato che in Libano ci sono 173.883 matrimoni misti, che rappresentano il 15% di tutti i matrimoni ufficialmente registrati. Sono distribuiti come segue: 32.231 contratti tra diversi rami musulmani, 118.250 tra diverse confessioni cristiane e 10.797 tra cristiani e musulmani. È chiaro quindi che i matrimoni tra diverse confessioni cristiane sono quasi quattro volte quelli tra sette musulmane (68% contro il 18,5%), mentre il tasso di matrimoni tra musulmani e cristiani rimane molto basso, solo il 6,2% dei casi. ABDUL GHANI IMAD, "The Problematics of Mixed Marriages Between Persons of Different Religions, Denominations and Nationalities", *The peace building in Lebanon*, Issue n° 17, December 2017, <https://www.undp.org/content/dam/Lebanon/docs/CrisisPreventionRecovery/SupplementArticles/17Supp/PEACE%20BUILDING%2017%20ENG%20p6.pdf> (ultima consultazione 24 aprile 2020).

della libertà matrimoniale il codice si è invece rivelato assai più cauto: secondo l'art. 5 CSP: «entrambi i coniugi devono essere esenti dagli impedimenti previsti dalla Legge». In arabo la locuzione 'impedimenti legali' è espressa dalla formula *al-mawāni ' al-šar 'iyya* che fa riferimento alla legge divina (*šar 'iyya*) mentre il testo francese della legge si limita a parlare di *empêchements prévus par la loi*. Dunque, di quali impedimenti si tratta? Solo di quelli previsti dal codice dello statuto personale agli artt. 14-20 (la *loi*, appunto) o anche di quelli 'religiosi' come sembrerebbe potersi ritenere alla luce dell'aggettivo *šar 'iyya*? Il quesito è mal posto dato che la lingua ufficiale dello Stato è l'arabo e dunque è a quella lingua che occorre fare riferimento⁵⁰; tuttavia, le scelte normative del legislatore hanno di fatto costretto gli interpreti⁵¹ a interrogarsi sulla reale portata dell'art. 5. La legge, cioè il CSP, identifica infatti all'art. 14 due tipi di impedimenti: perpetui e temporanei. Sono impedimenti perpetui la parentela (art. 15), l'affinità (art. 16), l'allattamento (art. 17), il triplo divorzio (art. 19)⁵²; sono impedimenti temporanei l'esistenza di

⁵⁰ Ai sensi dell'art. 1 della legge 5 luglio 1993 relativa alla pubblicazione dei testi in Gazzetta Ufficiale e alla loro esecuzione «le leggi, i decreti legge, i decreti e i regolamenti sono pubblicati sulla gazzetta ufficiale della repubblica tunisina in lingua araba. Sono altresì pubblicati in un'altra lingua ma unicamente a titolo informativo». Prima dell'entrata in vigore della legge del 1993 il primato della lingua araba era affermato in base all'art. 1 della costituzione che fa dell'arabo la lingua ufficiale dello Stato.

⁵¹ S. BEN ACHOUR, *Les libertés individuelles des étrangères et des étrangers en Tunisie. Les métèques de la République*, Tunis, 2019, pp. 78-85.

⁵² Il legislatore tunisino, che come detto non contempla il ripudio, si mantiene però fedele alla tradizione giuridica islamica stabilendo che «l'uomo non può sposare la donna da cui ha divorziato tre volte» (art. 19). Il diritto musulmano conosce l'impedimento da triplice ripudio (*talāq ṭulāṭī*), previsto dal Corano: «Il ripudio potrà avvenire due volte dopodiché terrete la donna presso di voi, come si conviene, oppure la allontanerete con bontà [...]» (Cor. IV, 129) ma, se dopo un ulteriore matrimonio, «un uomo avrà ripudiato sua moglie, essa non gli sarà più lecita se prima non avrà sposato un altro uomo e, se costui la ripudierà a sua volta, non sarà una colpa se i due coniugi si riuniranno nuovamente, se riterranno di poter osservare i termini di Dio» (Cor. IV, 130). Nel triplice ripudio il *muḥallil* (lett.: colui che rende lecita [la donna], cioè il marito intermedio) ha un ruolo per così dire dissuasivo: serve a ricordare al marito che sua moglie non è un giocattolo

un diritto altrui connesso al matrimonio (art. 18) o al periodo legale (art. 20). Si tratta di impedimenti già noti al diritto musulmano, ma tra questi non si sarà mancato di notare che non compare il riferimento alla differenza di religione; si potrebbe perciò essere indotti a pensare che in Tunisia sin dall'entrata in vigore del codice nel 1956 fossero ammesse le nozze della musulmana con un uomo di religione diversa, perché se il legislatore avesse voluto vietarle lo avrebbe fatto esplicitamente e non con l'ambigua formula dell'art.5 CSP, ma a chiarire (o forse a complicare) le cose sono intervenuti più volte la giurisprudenza da un lato e l'esecutivo dall'altro.

Il primo significativo intervento dei giudici di legittimità sul tema del divieto di matrimonio per *iḥtilāf al-dīn* si ha con il celebre '*arrêt Houria*' (arrêt n° 3384 del 31 gennaio 1966⁵³): il caso, sul quale avremo modo di tornare, riguardava una questione ereditaria che poteva essere risolta sciogliendo – tra le altre cose – anche il dubbio circa la validità del matrimonio interreligioso. La Corte di cassazione dichiara nullo questo matrimonio in applicazione della *šarī'a* affermando che «il est incontestable que la femme musulmane qui épouse un non musulman commet un pêché impardonnable, que la loi islamique tient un tel mariage pour nul et non avenu». La Corte non si occupa dell'art. 5 CSP, che al caso in esame sarebbe stato comunque inapplicabile perché il matrimonio era stato celebrato prima della promulgazione del codice, ma fissa il principio "incontestabile" dell'impossibilità per la musulmana di contrarre nozze con un non musulmano. Dell'art. 5 CSP si occupa invece la

che può prendere e lasciare a piacimento: se abusa del diritto al ripudio, non potrà riavere la moglie a meno che questa sia appartenuta a un altro uomo e il matrimonio sia terminato. Nel caso della Tunisia e del terzo divorzio il *muḥallil* non serve perché la donna è parte del procedimento e può far valere le proprie ragioni; si conserva dunque la regola dell'impedimento come omaggio alla tradizione sciaraitica, ma esso diviene perpetuo e non più temporaneo come nel *fiqh*.

⁵³ *Revue Tunisienne de Droit*, 1968, p. 114, con nota di E.G. de Lagrange e commento dello stesso autore, "Le Législateur tunisien et ses interprètes", *ivi*.

sezione penale della Corte di cassazione (Chambre criminelle, n° 7795, 27 juin 1973)⁵⁴ per affermare che il vocabolo “sciaraitico” impiegato dall’art. 5 costituisce un rinvio alla *šari’a* e pertanto il matrimonio di una musulmana con un non musulmano è da considerare nullo.

La questione della differenza di religione nel matrimonio ha sollecitato la Corte di cassazione anche sotto il diverso profilo del diritto ereditario. Si è accennato al cd ‘*arrêt Houria*’ del 1966 che è di un qualche interesse anche per le implicazioni di natura penale che il pubblico ministero e la Corte stessa ritengono di scorgere nella vicenda. In breve, il caso era questo: nel 1960 si era aperta a Sousse la successione della signora Zaynab, che lasciava due figli e due figlie; una delle figlie, Ḥūrya, aveva sposato un francese nel 1945 davanti al giudice di pace di Sousse (matrimonio reso possibile dal fatto che, in regime coloniale, si applicava ai francesi il diritto francese che non contemplava il divieto di matrimonio tra persone di religione diversa). Della successione facevano parte beni immobili; la Commissione per la liquidazione dei beni *hubus*⁵⁵ aveva nel maggio 1961 dichiarato che Ḥūrya non poteva ereditare dalla madre musulmana in quanto ella aveva rinunciato alla religione islamica e nella tradizione giuridica islamica la differenza di religione è un impedimento a succedere⁵⁶. Contro questa decisione non era stato

⁵⁴ Cour de cassation, arrêt pénal n° 7795 du 27 juin 1973, Bulletin C. cass, partie pénale, 1973, p. 21; cfr. S. BEN ACHOUR, *Les libertés individuelles*, cit., p. 78.

⁵⁵ *Hubus* è il nome con cui sono note nel Maghreb le fondazioni pie (*waqf*); tra il 1956 e il 1957 il governo tunisino, nell’ottica di dotare il giovane Stato di un ‘territorio’ pubblico, avviò una complessa operazione di acquisto delle terre dai francesi e mise sotto il controllo dello Stato la gestione dei patrimoni delle fondazioni pie. In questo contesto si colloca il decreto 18 luglio 1957 sull’abolizione degli *hubus* privati e misti, istitutivo della Commissione per la liquidazione di detti beni.

⁵⁶ La differenza di religione (*iḥtilāf al-adyān*) esclude, per i sunniti, la vocazione ereditaria tra seguaci di culti diversi: il musulmano non succede al non musulmano (*kāfir*) e viceversa. Gli sciiti seguono un principio diverso ed escludono solo la vocazione ereditaria del parente infedele rispetto al musulmano e non il contrario, sicché il musulmano eredita dall’ebreo o dal cristiano sulla base del vincolo di parentela; se l’ebreo o il cristiano muoiono lasciando parenti miscredenti e parenti musulmani, questi ultimi hanno sempre

avanzato ricorso. Una delle proprietà immobiliari era però rimasta indivisa tra gli eredi; nel 1964, tre dei co-eredi, tra cui Ḥūrya, si erano rivolti al tribunale per chiedere la divisione della proprietà, sostenendo che il quarto fratello era di fatto diventato padrone unico dell'immobile. Questo fratello decise di far valere nei confronti della sorella Ḥūrya l'accusa di apostasia (nel diritto musulmano causa di indegnità ereditaria), corroborato in questa affermazione dalla decisione della Commissione per la Liquidazione divenuta nel frattempo definitiva. Scopo dell'accusa di apostasia era quello di escludere, in base all'art. 88 CSP (entrato in vigore nel 1956 e dunque applicabile al caso di specie), Ḥūrya dalla successione e dalla proprietà del bene. Il tribunale di primo grado e la Corte d'appello di Sousse si erano pronunciati a favore del diritto a succedere di Ḥūrya: l'art. 88 stabilisce che l'omicidio intenzionale è un impedimento alla successione (*al-qatl al-'amd min mawāni' al-irt*)⁵⁷ e i giudici di primo grado e di appello avevano interpretato restrittivamente l'espressione nel senso che la norma ha indicato come impedimento *solo* l'omicidio, dovendosi quindi ritenere che il legislatore non avesse voluto accogliere l'impedimento da differenza di religione (e meno che meno da apostasia, che non costituisce reato nell'ordinamento giuridico tunisino).

Il caso era finito davanti alla Corte di cassazione che per prima cosa distinse tra pronunce giurisdizionali (che hanno forza di giudicato) e decisioni emesse da organi quali la Commissione di liquidazione, che invece non hanno autorità di cosa giudicata; la Corte, inoltre, si ritenne

la precedenza. L'art. 881 del c.c. iraniano si spinge oltre e afferma che il parente musulmano del *de cuius kāfir* esclude i parenti non musulmani «anche qualora dal punto di vista delle classi e dei gradi [di successione] sarebbero in posizione prioritaria rispetto al musulmano».

⁵⁷ Stabilisce infatti l'art. 88 del codice dello statuto personale che l'omicidio intenzionale è un impedimento alla successione (*mawāni' al-irt*) e «l'omicida non eredita se è l'autore unico o in concorso con altri del reato o se ha reso una falsa testimonianza che ha determinato la condanna, poi eseguita, del *de cuius* alla pena capitale».

competente a stabilire se la condotta di Ḥūrya (cioè le sue nozze con un francese) costituisca o meno apostasia, decisione rilevante ai fini dell'attribuzione della proprietà dell'immobile conteso.

La Corte di cassazione affrontò poi la questione dell'art. 88 CSP ragionando in punta di grammatica per sostenere che : « en tant que l'article 88 du code du statut personnel dispose que l'homicide volontaire est l'un des empêchements à la successibilité et non le seul empêchement qu'il n'est donc pas limitatif et qu'il fallait dans ces conditions appliquer à l'affaire les règles du droit musulman dont s'inspire le dit code et d'après lesquelles une musulmane qui épouse un non musulman comme c'est le cas en l'espèce est exclue du droit de succéder un musulman ». Sostenendo che l'art. 88 CSP fa riferimento a *un* impedimento e non *al* (solo) impedimento, la Corte rinviava alle regole del diritto musulmano per dichiarare applicabile in Tunisia, pur in assenza di un'esplicita disposizione di legge, l'impedimento a succedere derivante dalla diversità di religione tra *de cuius* e suoi eredi⁵⁸. A questo

⁵⁸ Sulla questione dell'art. 88 CSP e dell'impedimento a succedere per diversità di religione la giurisprudenza è tornata più volte, ad esempio argomentando come il (presunto) impedimento rappresenti una violazione della libertà (costituzionalmente garantita) di coscienza e possa inoltre essere foriero di conversioni simulate all'islam al mero fine di non subire pregiudizi di natura patrimoniale; così, ad es., la Corte d'appello di Tunisi con decisione del 14 giugno 2002 (inedita; cfr. S. BONSTANJL, « Turbulences dans l'application judiciaire du Code tunisien du statut personnel, Le conflit de référentiel dans l'œuvre prétorienne », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 61, 1 (2009), pp. 7-47, p. 23, https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2009_num_61_1_19838). La Corte di cassazione, in un afflato liberale che la dottrina non è usa a riconoscerle, dà in questo caso ragione alla Corte d'appello e afferma che l'interpretazione da questa proposta degli art. 5 e 88 CSP è perfettamente in linea con i valori costituzionali. Pochi anni, e i due organi entrano di nuovo in conflitto sullo stesso tema: nel 2009 da un lato la Cassazione, prendendo le mosse dal richiamo costituzionale all'islam come religione di stato, definisce l'islam stesso un pilastro della società tunisina per poi verificare l'autenticità degli *aḥādīṭ* profetici che negano la successione tra *kāfir* e musulmani, negare che i monoteisti ebrei e cristiani siano esclusi dal concetto di *kāfir* e concludere riaffermando l'esistenza dell'impedimento. Di segno opposto è la sentenza, sempre del 2009, della Corte di Appello di Nabeul, secondo la quale occorre invece operare una distinzione fondamentale tra gente della miscredenza (*ahl al-kufr*) e gente del libro (*ahl al-kitāb*): il *fiqh* riconosce come impedimento il *kufr*

punto occorre stabilire se, nel caso di Hūrya, si fosse o meno in presenza di apostasia. Il pubblico ministero aveva proposto all'attenzione della Corte un sillogismo piuttosto arduo: l'art. 88 CSP stabilisce che l'omicidio intenzionale non è l'unico ma uno degli impedimenti alla successione; l'apostasia deve essere considerata come un caso di indegnità; una donna musulmana che sposa un non musulmano è apostata (sic!) ed è – alla luce di quanto detto – esclusa dal diritto a ereditare. La Corte di cassazione ammise l'interpretazione estensiva dell'articolo 88 e colse l'occasione per fissare un principio che abbiamo già incontrato e che postula il ricorso alle fonti giuridiche islamiche in caso di *lacuna legis*, cioè la regola per cui è colpito da nullità assoluta il matrimonio di una donna musulmana con un non musulmano. La Corte, però, rifiutò il sillogismo proposto dalla Procura e, mancando altre prove concludenti, non considerò apostata la donna per il solo fatto di aver sposato un infedele: «mais ne tient pas pour autant l'épouse pour apostasie, à moins que de son plein gré, elle ait embrassé la religion de son mari. Attendu qu'il ne résulte nullement des énonciations de l'arrêt attaqué ni des pièces de la procédure sur laquelle il s'est fondé que la défenderesse au pourvoi Hourya ait abandonné sa religion musulmane pour se convertir à d'autres religions». Un altro motivo di ricorso sollevato dall'appellante portò, invece, la Corte di cassazione a stabilire il principio dell'unità di nazionalità e di religione. Il ricorrente aveva infatti sostenuto che Hūrya, al momento del suo matrimonio nel 1945, prima che entrasse in vigore il CSP, aveva chiesto e ottenuto la naturalizzazione francese; aveva così volontariamente rifiutato la sua nazionalità originaria e con essa lo statuto personale che, fino all'entrata in vigore del

(miscredenza) e non la diversità di religione; inoltre, poiché è valido il matrimonio del musulmano con la non musulmana, ne consegue che tale matrimonio è pienamente produttivo di effetti giuridici tra cui anche la possibilità per la moglie *kitabiyya* di ereditare dal marito musulmano. Cfr. M. BEN JEMIA, "Le juge tunisien et la légitimation de l'ordre juridique positif par la charia", in B. Dupret (a cura di), *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*, La Découverte, Paris, 2012, pp. 153-165, alle p. 156 s.

CSP il 28 dicembre 1956⁵⁹, era interamente soggetto, per i musulmani, alla *šarī'a*. Secondo molti giuristi tunisini, l'acquisizione di una nazionalità straniera⁶⁰ e con essa di uno statuto personale diverso dalla *šarī'a* doveva essere considerato un comportamento assimilabile all'apostasia. La Corte di cassazione fece proprio il ragionamento⁶¹, ma respinse il motivo in quanto irricevibile dal punto di vista procedurale: non essendo stata sollevata la questione del cambio volontario di nazionalità dinanzi ai giudici di merito essa era irricevibile per la prima volta dinanzi ai giudici di legittimità.

Sotto il profilo amministrativo, il primo atto rilevante in tema di impedimento matrimoniale per diversità di religione si ha con la Circolare del Ministero dell'interno n. 23 del 17/3/1962 con la quale ci si riferisce all'art. 5 CSP per vietare formalmente la celebrazione da parte dell'ufficiale di stato civile del matrimonio della musulmana con un non musulmano⁶². Una decina di anni più tardi, la Circolare 606 del 19/X/ 1973 del Primo Ministro Hādī Nūrya interviene per vietare il matrimonio tra le tunisine musulmane e i non musulmani a meno che lo sposo non si

⁵⁹ Il codice dello statuto personale del 1956 inizialmente si applicava ai soli tunisini musulmani e ai tunisini non musulmani che ne avessero fatto richiesta; con l'art. 5 della legge 40 del 1957 l'applicazione del CSP è stata estesa a tutti i tunisini senza distinzione di religione; cfr. R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli Stati arabi del Nord Africa*, Ed. Fondazione Agnelli, Torino, 1997, p. 24.

⁶⁰ Sulle questioni relative all'acquisto e perdita della cittadinanza si rinvia a G. P. Parolin, *Dimensioni dell'appartenenza e cittadinanza nel mondo arabo*, Jovene, Napoli, 2007.

⁶¹ «Alors qu'elle avait selon le pourvoi, obtenu sur sa demande déposée à la justice de paix de Sousse le 16 août 1945, sa naturalisation française, qu'elle a ainsi renié sa propre religion et renoncé aux principes et dogmes de celle-ci, que la Loi Coranique et l'unanimité des jurisconsultes musulmans la tiennent pour une renégate. Attendu qu'il est incontestable que le musulman qui, de sa propre volonté, a abandonné sa nationalité et acquis par voie de naturalisation, une autre nationalité qui le soustrait aux principes et dogmes de sa religion musulmane est un apostat».

⁶² Cfr. N. CHAOUACHI, « Les circulaires 'liberticides', notion et valeur juridique, in *Les circulaires liberticides. Un droit souterrain dans un État de Droit !*, ouvrage collectif sous la direction du prof. W. Ferchichi, Heinrich Böll Stiftung, Tunis, 2018, pp. 21-36, p. 26.

converta previamente alla religione musulmana; neanche un mese dopo il Ministro di giustizia Ṣalāḥ al-Dīn Bālī rincara la dose con la Circolare 5/XI/1973: «la disparité de culte constitue l'un des principaux empêchements prévus par la charia pour la tunisienne musulmane et consacré par le législateur tunisien. En effet, ce dernier veille à la bonne application de cette disposition et ce pour préserver l'authenticité de la famille musulmane [...] en considérant que certaines tunisiennes musulmanes se sont mariées avec des étrangers non musulmans en Tunisie et à l'étranger, ce qui est manifestement contraire à la loi et à la politique législative du pays puisque le code du statut personnel prévoit ; outre l'article 5, la nullité de pareils mariages (Art 21) sans qu'il soit besoin de recourir au divorce (Art 22), le premier ministre a ordonné dans sa lettre du 19 octobre 1973 l'interdiction de la célébration du mariage de la tunisienne musulmane avec un non musulman sauf s'il est établi que le mari a embrassé la religion musulmane»⁶³.

Ricapitoliamo. Per un certo periodo dopo l'entrata in vigore del CSP le tunisine musulmane hanno continuato a sposare uomini non musulmani dato che la legge non era chiara sul punto. La giurisprudenza è poi intervenuta per ribadire l'esistenza del divieto sciaraitico e l'esecutivo ha rincarato la dose, specificando però che l'impedimento è superabile con la conversione all'islam del nubendo. A questo punto è sorto un altro problema. Poiché nella tradizione islamica la conversione non richiede formalismi particolari (come, ad esempio, il battesimo per i cristiani), e in Tunisia l'effettivo esercizio della pratica religiosa non è soggetto al controllo di organi statali o religiosi, è ben possibile che le persone interessate ad aggirare il divieto abbiano semplicemente optato per una conversione simulata priva di autentico sentimento religioso. Il problema deve aver assunto una dimensione

⁶³ Cit. M. BEN LAMINE, « L'interprétation de l'article 1er de la Constitution tunisienne au regard de la liberté de conscience : Quel risque ? », <https://cerclechercheur-smoyenorie.nt.files.wordpress.com/2010/10/linterpretation-de-larticle-1er-de-la-constitution-tunisienne.pdf>.

rilevante se nel 1988 il Primo Ministro Muḥammad Muzāli ha ritenuto opportuno indirizzare la Circolare 39 del 14/V/1988⁶⁴ ai funzionari dello stato civile, stabilendo che il certificato rilasciato dal mufti della Repubblica costituisce l'unica prova dell'avvenuta conversione all'islam del nubendo e che il matrimonio non può essere celebrato se l'interessato non produce detto certificato. Il principale risultato ottenuto da questa circolare è stato la burocratizzazione della conversione, con dilatazione dei tempi e maggiori spese per le parti (essendo ora necessario recarsi a Tunisi per ottenere il certificato). Non stupisce quindi che sul punto sia dovuta intervenire qualche anno più tardi la Cassazione⁶⁵: il passaggio davanti ai mufti della Repubblica non è obbligatorio per provare l'avvenuta conversione all'islam, dimostrabile con ogni mezzo inclusa la testimonianza di due persone di religione islamica; la Corte coglie l'occasione per ribadire che resta necessario, ai fini del matrimonio, che il non musulmano si converta all'islam.

Il problema della prova della conversione rimane tuttavia scottante, se la Corte di cassazione deve ancora nel 2004 puntualizzare che: « Attendu qu'il est acquis que ledit certificat ne constitue pas l'unique moyen pour établir la conversion à l'islam puisque la conversion à l'islam est un fait juridique dont la preuve peut être faite par tous les moyens » (Cass. n° 3843.2004 del 20 dicembre 2004). Sono, così, considerati come mezzi di prova ammessi con riferimento alla conversione anche l'insegnamento religioso ricevuto prima del decesso del *de cuius*, l'assunzione di un nome arabo (forse sarebbe stato meglio dire: islamico), il rispetto delle tradizioni tunisine come ad esempio il sacrificio

⁶⁴ Che a sua volta cita tre circolari del Ministero dell'interno sul divieto di matrimonio tra la musulmana e il non musulmano: Circ. 23 del 17/III/1962, Circ. 81 del 21/VIII/1974, Circ. 20 del 30/III/1987.

⁶⁵ Si vedano ad esempio le sentenze della Cassazione N° 8488 del 14 luglio 1993 e N° 3396 del 2 gennaio 2001; nel 2000, la Corte nega efficacia a un certificato di conversione ottenuto dalla vedova di un tunisino musulmano dopo la di lui morte, interpretandolo come uno strumento atto a frodare la legge e, in particolare, i principi islamici in tema di successioni (Cass. Civ. 28 avril 2000, n° 99-76621).

del montone (e, ancora una volta, più che di tradizioni tunisine si è qui in presenza di tradizioni islamiche, legate nel caso specifico alla fine del pellegrinaggio e alla relativa 'festa del sacrificio' o *'īd al-aḍḥā*).

In questo quadro di sostanziale omogeneità politica e giurisdizionale nel riconoscere l'esistenza dell'impedimento matrimoniale per *disparitas cultus*, non sono mancate le voci contrarie. Si segnala la decisione n. 26-855 del Tribunale di prima istanza di Tunisi del 29 giugno 1999, con la quale il giudice ammette la validità del matrimonio della musulmana con il non musulmano in base al principio di uguaglianza consacrato dal preambolo⁶⁶ dalla Convenzione di New York sul consenso al matrimonio, sull'età minima per il matrimonio e sulla registrazione dei matrimoni del 10/XII/1962, convenzione della quale la Tunisia è parte senza riserve dal 1968. Scrive infatti la Corte che: «Attendu qu'il ressort de la convention de NY du 10 décembre 1962, convention signée et ratifiée par la Tunisie que chaque citoyen ait la liberté de choisir son conjoint. Il convient donc de rejeter les arguments de la défense tirés de la nullité de son mariage ». I giudici invocano il principio di gerarchia delle norme e fanno riferimento anche alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, al Patto internazionale sui diritti civili e politici, alla CEDAW, nonché all'esistenza nell'ordinamento tunisino dei principi di libertà, uguaglianza e non discriminazione. Nello stesso senso si muove la decisione n. 120 della Corte d'appello di Tunisi del 6 gennaio 2004 che scorge una violazione del principio di uguaglianza tra cittadini affermato dalla Costituzione nel fatto di applicare a uomini e donne regole giuridiche diverse, che consentono ai primi una libertà di scelta del coniuge non ammessa per le seconde⁶⁷.

⁶⁶ «Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution».

⁶⁷ Anche S. BONSTANJI, «Turbulences dans l'application judiciaire du Code tunisien du statut personnel, Le conflit de référentiel dans l'œuvre prétorienne», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1 (2009), p. 21 s., https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2009_num_61_1_19838.

Dopo anni di circolari, sentenze, dibattiti pubblici, il 13 agosto 2017 la Tunisia ha dato di nuovo prova di essere un Paese dalla spiccata *vis* riformatrice: il Presidente della Repubblica Muḥammad al-Bāḡī Qā'id al-Sabsī, in occasione della festa nazionale delle donne, ha annunciato la sua intenzione di cancellare il divieto di matrimonio per *disparitas cultus*; meno di un mese dopo, l'8 settembre 2017, il Primo Ministro Yusuf al-Šāhid ha abrogato la circolare del 19/X/1973 e, lo stesso giorno, la Circ. 164 del Ministro di Giustizia Ġāzī al-Ġarībī, indirizzata a giudici e ufficiali di stato civile, ha abrogato la circolare 216 del 5/XI/1973. Da quel momento è divenuto possibile registrare in Tunisia anche i matrimoni tra le musulmane e i non musulmani; si tratta di una svolta epocale, la prima di questo segno in un Paese arabo, che riflette il particolare dinamismo della società tunisina e l'attualità del dibattito sulle riforme giuridiche⁶⁸ nel quale sono attente protagoniste anche, e verrebbe da dire soprattutto, le donne.

6. Osservazioni conclusive

Si sarà certamente notato che in tutti e tre i Paesi la scelta di sposarsi con un partner di religione diversa (o di sposarsi secondo una legge che non sia religiosa) viene declinata da parte della politica, della giurisprudenza e della dottrina in termini di 'apostasia', collegando l'identità religiosa della persona non solo al foro interno, dunque all'*animus* di credente, ma anche al foro esterno, e in particolare al rapporto dell'individuo con le leggi dello Stato. Si tratta di una strategia rischiosa, che non ha prodotto gravi

⁶⁸ La Commissione per le libertà individuali e l'uguaglianza, nota con l'acronimo francese COLIBE, istituita nel 2017 e della quale fanno parte anche studiosi, ha elaborato un rapporto nel quale propone numerose riforme tese a incidere sui vari modi in cui si manifesta la disparità di genere nell'ordinamento tunisino; tra le loro più interessanti proposte si segnala anche la riforma delle regole islamiche sulla divisione dell'eredità nella parte in cui favoriscono gli eredi maschi rispetto alle femmine. Per quanto anche questo tema di grande attualità e interesse nella società tunisina, il legislatore non ha ancora accolto i suggerimenti proposti dal Comitato.

conseguenze solo perché in nessuno dei Paesi citati l'apostasia dall'islam costituisce un reato: in contesti diversi, il credente sarebbe stato costretto a dimostrare la propria fedeltà alla religione islamica contro la pretesa di averla tradita per il solo fatto di aver scelto un consorte, o una legge matrimoniale, diversi da quelli attesi dalla comunità di appartenenza⁶⁹.

Non stupisce che la questione dell'impedimento matrimoniale per diversità di religione sia tra quelle sempre citate (insieme al divieto di apostasia) per dimostrare il conservatorismo delle società islamiche e la loro incapacità di adeguarsi agli standard internazionali dei diritti dell'uomo in tema di libertà di religione e uguaglianza dei sessi. Le difficoltà a superare il divieto riscontrate nei Paesi oggetto di esame, se da un lato confermano l'esistenza del problema, dall'altro dimostrano la vivacità del dibattito e smentiscono la raffigurazione delle società islamiche, tutte, come inchiodate a modelli medievali e incapaci anche solo di immaginare un cambiamento.

Certo il caso in esame dimostra che compito del diritto è – o meglio, dovrebbe essere – quello di rispondere alle istanze dei cittadini, possibilmente con indicazioni chiare in un senso o nell'altro. In Indonesia e Libano, l'assenza di regole precise ha consentito di sviluppare strategie di adattamento che hanno finito per violare i dogmi della religione a favore della possibilità per il singolo di costruire liberamente la propria vita affettiva e familiare; in Tunisia, l'ambiguità della legge ha fatto sì che per decenni fonti di rango secondario come le circolari amministrative prevalsero sulle fonti primarie, a partire dalla stessa costituzione. In tutti e tre i Paesi, il ruolo dell'opinione pubblica è stato determinante, sia pure con esiti diversi, nel favorire la ricerca di una soluzione efficiente al problema del divieto matrimoniale per differenza di religione.

⁶⁹ E non è qui neanche il caso di aprire la questione delle caratteristiche dell'apostasia, di quali siano le condotte che sostanziano questo reato, dei mezzi di prova. Certo è però un fatto: nelle fonti classiche *mai* si trova citato il matrimonio con un infedele come indizio di apostasia della donna, e lo stesso dicasi per la scelta di una legge diversa.

Emanuele Bilotti

*Principio monogamico, norma personalista
e rilevanza di rapporti poligamici di fatto*

1. Dal pluralismo familiare postmoderno al pluralismo familiare pre-moderno

Il carattere plurale della famiglia è un dato acquisito da tempo anche nella riflessione dei giuristi. Lo è anzitutto nel senso di una pluralità tipicamente *moderna* per cui l'identità della famiglia è resa storicamente variabile dagli interventi del legislatore, che, peraltro con difficoltà sempre maggiore, prova a tenere il passo di una morfogenesi sociale caratterizzata da un dinamismo incessante. Ma non solo. Ormai anche tra i giuristi il carattere plurale dell'esperienza familiare è inteso anche in un senso diverso e più radicale. E cioè nel senso di una pluralità *post-moderna*, per cui le relazioni familiari sono comprese come proiezione dell'individuo, espressione della sua autodeterminazione¹.

In quest'ultimo senso, oltre alla declinazione di matrimonio e famiglia in termini di *distinti* diritti individuali nella Carta di Nizza², è significativa la chiara attitudine delle Corti – anzitutto di quelle

¹ Nella dottrina civilistica il processo di "pluralizzazione" che ha investito la famiglia nel tempo presente è stato oggetto di analisi approfondita da parte di V. SCALISI, "Famiglia" e "famiglie" in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 7 ss.; ID., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia ad oggi*, Pt. II, "Pluralizzazione" e "riconoscimento" anche in prospettiva europea, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1287 ss.; nella letteratura sociologica v. C. SARACENO, *Famiglie, una vicenda plurale*, in *Memoria o futuro della famiglia*, Milano, p. 121 ss.; P. DONATI, *Famiglia e pluralizzazione degli stili di vita: distinguere tra relazioni familiari e altre relazioni primarie*, in *Identità e varietà dell'essere famiglia. Il fenomeno della "pluralizzazione"* a cura dello stesso, Cinisello Balsamo, 2001, p. 43 ss.; ID., *La famiglia. Il genoma che fa vivere la società*, Soveria Mannelli, 2013, spec. cap. 1, n. 2.

² Cfr. SCALISI, "Famiglia" e "famiglie" in Europa, cit., 15 ss.

sovrarazionali, ma ormai anche di quelle interne – a riconoscere come “vita familiare” ogni forma dello “stare insieme” in cui gli individui si sentono legati da relazioni affettive e di cura reciproca particolarmente intense, quali che siano le modalità di tali relazioni³. La famiglia si riduce così a relazione. Ma la relazione non è altro che l’espressione mutevole della “vita privata” del singolo, della sua *privacy*. E questa, com’è evidente, esige solo di essere garantita dall’ingerenza dell’autorità pubblica, se necessario anche attraverso l’adozione di opportune misure positive. Con ciò il senso postmoderno del diritto – mero strumento di governo procedurale dell’anarchia dei fini di ciascuno⁴ – penetra e conforma anche la materia delle relazioni familiari.

Un simile atteggiamento “agnostico” nei confronti della realtà familiare non può poi non incidere anche sul modo in cui la cultura giuridica occidentale si confronta con la sfida di una pluralità familiare *tradizionale*: una pluralità che fa riferimento a modelli tipici di un mondo premoderno, ma che tornano ora a riproporsi anche all’interno dei confini europei, in comunità che si riconoscono intorno a forti identità etniche o religiose, per lo più d’importazione.

Il pluralismo familiare postmoderno, veicolato da prassi sociali individualiste, procede infatti a svuotare gradualmente dall’interno i modelli costituzionali della genitorialità naturale e della famiglia fondata sul matrimonio, e cioè sull’unione di vita *istituzionalizzata* tra l’uomo e la donna⁵. Del resto, anche laddove la forza vincolante di

³ Cfr. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto*, cit., p. 1307 ss.; ID., “Famiglia” e “famiglie” in *Europa*, cit., p. 15 ss. Sulla nozione di “vita familiare” nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo si può consultare utilmente anche l’accurata rassegna di C. COTTARELLUCCI, *La vita familiare e la Cedu*, in *Diritto di famiglia e minorile: istituti e questioni aperte* a cura dello stesso, Torino, 2016, p. 95 ss.

⁴ Per una simile identificazione della funzione del diritto moderno v. la rigorosa analisi di M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006, p. 181 ss.

⁵ Sullo “svuotamento” del modello costituzionale di famiglia fondata sul matrimonio v. le dense riflessioni di M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo* a cura di F. Macario e M. N. Miletti, Roma, 2017, p. 139 ss.

certi modelli continua ad essere affermata, quei modelli sono comunque considerati come il prodotto di opzioni storicamente e socialmente determinate, e perciò tutt'altro che indiscutibili. Si disconosce insomma che essi siano in qualche modo implicati dalla norma personalista, la quale, definendo l'identità dell'ordine costituzionale, è senz'altro considerata un dato non superabile neppure nella forma della revisione costituzionale. Genitorialità naturale e famiglia fondata sul matrimonio non vengono pertanto percepite quali componenti imprescindibili di un progetto costituzionale che intende promuovere ad ogni livello della vita sociale una relazionalità fondata sul riconoscimento reciproco⁶.

In realtà, a ben vedere, è la stessa norma personalista che finisce per subire una significativa torsione in senso individualista, sicché i modelli in questione non solo non sono ritenuti portatori di uno specifico potenziale di umanizzazione, ma sono anzi percepiti come forme costrittive del libero dispiegamento delle scelte dei singoli. Proprio la norma personalista, degradata a mera formula di legittimazione dell'autodeterminazione individuale, finisce allora per essere addotta come il principale argomento nel senso del loro superamento.

Ma con ciò – come si diceva – il diritto perde anche qualsiasi capacità di opporre una barriera efficace all'incombente pluralità familiare premoderna, che può così progressivamente insediarsi in società occidentali rese sempre più multiculturali dai fenomeni migratori. Per quanto possa apparire singolare, insomma, è lo stesso pluralismo familiare postmoderno a favorire il radicamento anche nelle società occidentali di forme familiari premoderne, relativizzando i modelli costituzionali ricevuti e facendone perdere di vista il fondamento personalistico.

⁶ Per un tentativo di argomentare la sussistenza di una necessaria implicazione tra la norma personalista e i modelli costituzionali della genitorialità naturale e della famiglia fondata sul matrimonio sia consentito rinviare al ns. *La norma personalista e il diritto alla genitorialità naturale*, in corso di pubblicazione.

D'altra parte, un progetto di integrazione concepito semplicisticamente in vista dell'omologazione a un determinato "stile di vita" – e non di un obiettivo di emancipazione umana e sociale – potrebbe giustamente apparire incompatibile col rispetto delle libertà fondamentali del singolo. Nessun progetto di integrazione, del resto, è destinato a un successo duraturo finché non riesca ad offrire ragioni credibili per un'adesione consapevole e spontanea delle coscienze individuali. La prospettiva di una sterile chiusura identitaria non sembra insomma meno problematica dell'ossequio a una superficiale cultura dell'indifferenziato. Proprio un simile ossequio non sembra però affatto estraneo alla genesi della reazione identitaria. In effetti, il rischio che certi modelli costituzionalmente garantiti della tradizione occidentale siano «usati come baluardo a difesa della cultura dominante "autoctona"»⁷ diviene tanto più concreto e grave quanto più la coscienza collettiva perde la capacità di comprenderne e di comunicarne il potenziale emancipatorio connesso al loro significato personalistico.

2. Il caso della poligamia di matrice etnico-religiosa

Nella prospettiva che si è cercato di delineare il caso della poligamia è davvero esemplare. Nei diversi ordinamenti occidentali il riconoscimento dell'efficacia giuridica del matrimonio poligamico come tale – e in particolare dell'unione *istituzionalizzata* di un uomo con più donne – continua invero ad essere pacificamente escluso per contrarietà all'ordine pubblico⁸. Non si esclude però che anche certi matrimoni –

⁷ Così A. LORENZETTI, *Il paradigma diadico del matrimonio. Quali barriere costituzionali al riconoscimento giuridico delle famiglie poliamore?*, in *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione* a cura di E. Grande e L. Pes, Torino, 2018, p. 114 s.

⁸ Al riguardo, da ultimo, cfr. R. MONTINARO, *Identità culturale e diritti della persona nelle relazioni familiari: la clausola generale dell'ordine pubblico internazionale e il ruolo del giudice*, in *Jus*, 2020, p. 22 ss. In argomento v. anche M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Napoli, 2016, p. 153 s., testo e nt. 106, ove si precisa peraltro come, in base alle disposizioni ministeriali vigenti, l'intrascrivibilità non riguarda «ogni matrimonio che, essendo stato

celebrati all'estero nel rispetto della *lex loci* o nello stesso Paese di residenza secondo le regole di un ordinamento religioso – possano produrre effetti determinati e possano pertanto conseguire, come si dice, una efficacia “riflessa” tutt'altro che marginale⁹.

Ma soprattutto sembra guadagnare un credito sempre maggiore l'idea – peraltro del tutto coerente con le prassi individualiste che orientano la costruzione sociale nel tempo presente – secondo cui l'esperienza di vita che si realizza nel legame poligamico e che si dà comunque *di fatto* a prescindere dalla sua formalizzazione in altro ordinamento non solo non sarebbe espressione di valori negativi, ma rappresenterebbe anzi una forma di libera realizzazione della personalità degli individui in essa coinvolti. Anche una simile esperienza potrebbe allora considerarsi espressiva di valori personalistici, non diversamente

contratto secondo il diritto islamico che ammette poligamia e ripudio, [dovrebbe essere] considerato intrinsecamente contrario all'ordine pubblico»; a essere intrascrivibile è piuttosto l'ulteriore matrimonio del poligamo, e dunque il matrimonio concretamente poligamico. L'A. precisa ulteriormente che «l'evenienza della trascrizione del matrimonio concretamente poligamico avrebbe rilievo pratico solo qualora un convinto assertore di tale modello familiare si facesse avanti per pretenderla, palesando dichiaratamente la sua condizione, mentre, nel caso in cui semplicemente si celebri o si trascriva un matrimonio in Italia senza far constare l'esistenza dell'ulteriore vincolo costituito all'estero, ben difficilmente l'ufficiale di stato civile potrebbe sollevare il problema».

⁹ Nella civilistica italiana la prospettiva indicata è oggetto di approfondimento in M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, cit., p. 146 ss. Secondo l'A. «anche i matrimoni non occidentali sono matrimoni, per cui la loro difformità dai modelli del nostro diritto di famiglia non andrà apprezzata in termini di inesistenza giuridica ma di invalidità o di inefficacia». Si ritiene di conseguenza necessario «valutare quali conseguenze [certi matrimoni] potranno produrre secondo il... procedimento di considerazione dei singoli effetti in concreto e non dell'istituto in astratto». In particolare, dall'analisi dell'A. risulta come, in virtù di una concezione cd. “attenuata” della clausola dell'ordine pubblico, anche per la giurisprudenza italiana, che pure non ha ancora avuto modo di confrontarsi con un numero di casi paragonabile a quello di altri ordinamenti europei, «la posizione dei coniugi ulteriori, pur non attribuendo il diritto al ricongiungimento familiare, potrebbe rilevare ai fini della *lex successionis* applicabile, e ciò a prescindere dall'intrascrivibilità dei matrimoni in parola». In argomento v. anche G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 839 ss.; R. MONTINARO, *Identità culturale e diritti della persona*, cit., p. 25 ss.

da altri rapporti di convivenza non formalizzati, ma fondati pur sempre sull'intimità affettiva e sulla reciproca assistenza morale e materiale, con la conseguenza che anche ai rapporti poligamici di fatto potrebbero senz'altro estendersi gli *standard* di decisione elaborati nel tempo con riferimento ai rapporti di convivenza¹⁰.

A quest'idea sembra peraltro inevitabilmente associato anche il convincimento – più o meno consapevole – che il principio monogamico,

¹⁰ Nel senso indicato v. G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, cit., 821 ss., per il quale, nel presupposto che «la rilevanza giuridica della famiglia è svincolata dal matrimonio (e dall'unione civile) e merita tutela in quanto *formazione sociale* (ex art. 2 cost.)», «non si può sbrigativamente negare la meritevolezza di tutela di alcune forme di convivenza per il solo fatto di essere... estranee alle tradizioni del nostro Paese». Più precisamente, secondo l'A., atteso che «la Costituzione italiana tutela *qualsiasi* formazione sociale fattuale purché funzionale allo sviluppo della persona», «non può *a priori*... escludersi, entro certi limiti, la meritevolezza dei rapporti familiari (in fatto) poligamici, che, espressione della libertà culturale e religiosa, non sono, di per sé, lesivi della tutela della persona». Sempre secondo Perlingieri, del resto, «la poligamia non è di per sé lesiva di principi costituzionali; anzi è espressione sia della libertà religiosa sia del diritto alla tutela della persona, della dignità e dell'adeguato sviluppo psico-fisico». L'unico problema sarebbe quello di «controllare che la particolare *formazione sociale*, qualunque struttura abbia, sia idonea a garantire lo sviluppo della personalità dei singoli componenti (ex art. 2 cost.)», e dunque «che la scelta di farvi parte sia libera e consapevole». Per una impostazione sostanzialmente analoga v. anche M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, cit., 163 ss. In virtù del riconoscimento di un valore personalistico nell'esperienza di vita in comune che si realizza comunque di fatto anche in rapporti poligamici concretamente vissuti gli A. citt. ritengono senz'altro estensibili anche a certi rapporti le regole elaborate nel tempo in giurisprudenza con riferimento ai rapporti di convivenza. E ciò nonostante che certe «famiglie di fatto» non siano riconducibili al modello di «convivenza» ora chiaramente delineato dai commi 36 e 37 dell'articolo unico della legge n. 76/2016. È certamente da escludere infatti che tale intervento del legislatore abbia limitato l'ambito di applicazione delle regole giurisprudenziali oggetto di ricognizione o abbia addirittura reso inapplicabili quelle non richiamate, giacché si tratta di regole che trovano giustificazione nel riconoscimento di un valore personalistico nei rapporti stabili di convivenza caratterizzati da reciproco sostegno morale e materiale. Per considerazioni sostanzialmente analoghe anche se con riferimento al diverso fenomeno delle convivenze cd. poliamiche v. A. VERCELLONE, *Più di due. Verso uno statuto giuridico della famiglia poliamiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 607 ss.

anche a volerlo considerare compreso nella cd. garanzia d'istituto del matrimonio, e dunque nel suo "nocciolo duro" intangibile dal legislatore ordinario¹¹, non potrebbe però esibire nessuna relazione di necessaria implicazione con la norma personalista¹². Quel principio sarebbe

¹¹ Nel senso che «la nozione di matrimonio assunta nell'art. 29 Cost. non possa che essere quella monogamica» e che «tale carattere rientri tra quelli che ne scolpiscono l'identità essenziale» v. A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, p. 121 ss. Secondo l'A. la sicura riconducibilità del principio monogamico alla garanzia d'istituto del matrimonio «è di per sé sufficiente a fondare l'inferenza per la quale il carattere monogamico del matrimonio è assunto dalla Costituzione come essenziale alla sua identificazione (di talché esso non può essere mutato, senza che ciò importi lo snaturamento dell'istituto e quindi la violazione della relativa garanzia costituzionale)». Ciò nondimeno, sempre secondo Renda, «è tutt'altro che superfluo interrogarsi sulle ragioni costituzionali rispetto alle quali tale opzione si rivela coerente: verificare, cioè, quali principi costituzionali, ulteriori rispetto alla garanzia d'istituto del matrimonio come matrimonio monogamico, possano contribuire a fondare la monogamicità del matrimonio; possano, in altri termini, entrare nel fuoco delle ragioni in virtù delle quali la monogamia, già insita nella sua nozione istituzionale, è costituzionalmente vincolata perché espressiva di valori omogenei a quelli che hanno dettato il riconoscimento della famiglia fondata su tale nozione di matrimonio». L'A. esclude quindi che l'opzione monogamica possa radicarsi esclusivamente nel principio di uguaglianza e perviene piuttosto alla conclusione secondo cui «il fondamento ultimo del principio monogamico pare riposare sul valore dell'esclusività dell'impegno del coniuge verso l'altro». Ne consegue che, a suo dire, «la ratio della difesa del principio monogamico si radica non tanto in un'esigenza di reciprocità (per cui quel che vale per un coniuge deve valere anche per l'altro), la quale non supera una dimensione estrinseca del contenuto del matrimonio, ma in una caratteristica intrinseca a quest'ultimo (beninteso, secondo l'identità assunta nel diritto occidentale), cioè in quella dedizione totale di un coniuge all'altro, e viceversa, che assorbe i coniuge per tutta la vita e comunque finché il matrimonio non venga sciolto per l'impossibilità di mantenere tale comunione spirituale e materiale di vita». L'opzione monogamica appare dunque necessaria nella misura in cui il matrimonio sia configurato come fusione di vita con vita, e perciò quale rapporto contratto *auf Lebenszeit* (cfr. § 1353 BGB), donazione di sé all'altro in totalità personale. Ciò posto si tratta però ancora di capire se questa peculiare configurazione del rapporto di coppia sia semplicemente un prodotto storico o possa anche esibire un radicamento profondo nella norma personalista e con ciò un potenziale emancipatorio.

¹² Secondo VERCELLONE, *Più di due*, cit., p. 632 ss., ad esempio, il fatto che «il nostro ordinamento sposi una concezione ampia di famiglia, che affianca alle logiche matrimoniali, la necessità di riconoscere a qualsiasi formazione sociale che attui una comunione di vita stabile un nucleo minimo di tutele», «è... confermato, a contrario, dall'assenza, nel

piuttosto il portato di un semplice “stile di vita”, indubbiamente radicato in profondità nelle società occidentali e perciò accolto anche a livello costituzionale, ma comunque storicamente e socialmente condizionato. Il principio monogamico non potrebbe perciò comprendersi tra quei principi che contribuiscono a definire l’identità di un ordine costituzionale a matrice personalista. Con la conseguenza che, presto o tardi, anche quel principio potrebbe essere messo in discussione.

La vicenda che ha condotto al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso in diversi ordinamenti liberaldemocratici – senza neppure la necessità di interventi di revisione costituzionale... – appare molto istruttiva nel senso appena indicato. È significativo in particolare che, in ordinamenti in cui una simile evoluzione si è ormai compiuta nel senso della piena assimilazione tra matrimonio e unioni di vita istituzionalizzate tra persone dello stesso sesso secondo la logica del cd. *Differenzierungsverbot*, in una prima fase si era invece ribadito con chiarezza che la diversità di sesso tra i coniugi dovesse considerarsi una componente essenziale della garanzia d’istituto del matrimonio¹³.

nostro ordinamento, di indici testuali capaci di argomentare in favore dell’esistenza di un generale principio monogamico a suggello dell’ordine pubblico familiare». Sempre secondo l’A., infatti, «le norme a tal fine costantemente richiamate, a ben vedere, si collocano in logiche prettamente interne a specifici istituti e risultano quindi inadeguate a legittimare approdi teorici di ordine generale». Così è, in particolare, per il reato di bigamia, che «impone semplicemente che ciascuno debba essere sposato con una sola persona per volta, lasciando del tutto impregiudicata la possibilità dei consociati – ferma questa regola – di organizzare differentemente la propria vita affettiva e di ricercarne, al di fuori del matrimonio, le relative tutele».

¹³ Il riferimento è soprattutto alla vicenda tedesca che, com’è noto, ha avuto come esito l’introduzione del matrimonio cd. egualitario mediante una legge ordinaria di riforma del codice civile del 20 giugno del 2017 (*Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, entrata in vigore il primo ottobre dello stesso anno). E ciò nonostante che il Tribunale costituzionale federale, nella sentenza del 17 luglio 2002, nel ribadire la piena legittimità della legge del 16 febbraio 2001 (*Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften*) introduttiva delle cd. “unioni registrate” (*eingetragene Lebenspartnerschaften*) riservate alle sole coppie formate da persone dello stesso sesso, avesse anche affermato con chiarezza che la diversità di sesso dei coniugi doveva considerarsi un elemento

L'analogia con quanto è già accaduto per il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni ordinamenti occidentali – e potrebbe accadere anche in altri... – è stata peraltro evocata

essenziale della garanzia d'istituto del matrimonio [cfr. BVerfG, 17 luglio 2002, par. 87: «Zum Gehalt der Ehe, wie er sich ungeachtet des gesellschaftlichen Wandels und der damit einhergehenden Änderungen ihrer rechtlichen Gestaltung bewahrt und durch das Grundgesetz seine Prägung bekommen hat, gehört, dass sie die Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft ist, begründet auf freiem Entschluss unter Mitwirkung des Staates (...), in der Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander stehen (...) und über die Ausgestaltung ihres Zusammenlebens frei entscheiden können (...)]. Invero, in quella stessa sentenza il Tribunale costituzionale aveva anche chiarito che in realtà il legislatore ordinario non poteva comunque considerarsi tenuto all'osservanza di un *Differenzierungsgebot* tra matrimonio e unioni registrate riservate alle coppie formate da persone dello stesso sesso, e dunque che non vi fossero principi costituzionali ostativi all'identità di contenuto tra matrimonio e "unione registrata". Tale affermazione si fondava nondimeno sul presupposto che le coppie formate da persone dello stesso sesso non potessero accedere al matrimonio, sicché in nessun modo un regolamento dell'"unione registrata", per quanto assai prossimo a quello del matrimonio, avrebbe potuto mettere in discussione la speciale tutela costituzionalmente riservata al matrimonio (cfr. BVerfG, 17 luglio 2002, par. 94: «Zwar hat der Gesetzgeber in weiten Bereichen die Rechtsfolgen des neuen Instituts der eingetragenen Lebenspartnerschaft den eherechtlichen Regelungen nachgebildet. Dadurch werden die Ehe oder Ehegatten jedoch nicht schlechter als bisher gestellt und nicht gegenüber der Lebenspartnerschaft oder Lebenspartnern benachteiligt. Dem Institut der Ehe drohen keine Einbußen durch ein Institut, das sich an Personen wendet, die miteinander keine Ehe eingehen können»). La logica del *Differenzierungsgebot* fu nondimeno accolta in alcune decisioni successive (v. BVerfG, 20 settembre 2007 e 6 maggio 2008, che respinsero questioni di legittimità costituzionale relative alla diversità di trattamento tra *partner* dell'"unione registrata" e coniuge argomentando dalla speciale protezione costituzionale riservata al matrimonio, che prevarrebbe sul principio di eguaglianza), ma fu poi abbandonata con convinta adesione alla logica opposta del *Differenzierungsverbot* (v. BVerfG, 7 luglio 2009 e 21 luglio 2010, che hanno sancito l'illegittimità della diversità di trattamento del *partner* dell'"unione registrata" rispetto al coniuge quanto alla spettanza del trattamento pensionistico di reversibilità e all'imposta successoria): per un'accurata analisi critica dell'indicata evoluzione giurisprudenziale v. RENDA, *Il matrimonio civile*, cit., p. 240 ss., il quale osserva peraltro come, all'esito di un simile processo, «la garanzia d'istituto del matrimonio, pur affermata come persistentemente vitale, viene a trasformarsi in garanzia "di rubrica", poiché essa perde la correlazione, che le è necessaria affinché sia tale, con il contenuto minimo essenziale dell'istituto che ne costituisce l'oggetto». Era inevitabile, a questo punto, che in breve si sarebbe pervenuti all'introduzione del cd. matrimonio egualitario.

insistentemente anche da quella parte della dottrina che, di recente, ha cominciato a interrogarsi sull'opportunità e sulle possibili forme di una tutela giuridica della pratica del cd. poliamore, spingendosi anche ad ipotizzare l'istituzionalizzazione di certi rapporti¹⁴. Né in quell'interessante dibattito si è mancato di evidenziare come una progressiva relativizzazione del principio monogamico secondo la modalità già sperimentata per il principio della diversità di sesso dei coniugi finirebbe per rendere assai più agevole la permeabilità degli ordinamenti occidentali anche alla poligamia di matrice etnico-religiosa¹⁵.

Nei confronti di quest'ultima si tende così, sorprendentemente, ad attenuare la consueta valutazione negativa, che ne stigmatizza, com'è noto, le potenzialità di strumentalizzazione e di abuso a carico delle donne. E ciò anzitutto in una prospettiva ideale coerente con le prassi individualiste dominanti, per cui, come si è già detto, si fa valere che anche certe esperienze di vita in comune, laddove siano effettivamente condotte nel rispetto della libertà dei soggetti coinvolti, sarebbero pur sempre espressione insindacabile di autodeterminazione individuale. Ma non solo. Una rimediazione del giudizio sulla poligamia è infatti promossa anche nell'opposta prospettiva di una radicale contrapposizione alle logiche fondative della società capitalista: una prospettiva in cui la proposta dell'istituzionalizzazione delle comunità poliamorose è messa in relazione con la teoria dei beni comuni¹⁶ e in cui si ritiene di

¹⁴ Cfr. H. AVIRAM e G. M. LEACHMAN, *Il futuro del matrimonio poliamoroso: lezioni dalla lotta per la parità del matrimonio*, in *Più cuori e una capanna*, cit., p. 9 ss.; L. PES, *Il paradigma dell'esclusività nelle relazioni affettive: riflessioni intorno a poliaffettività e diritto*, ivi, p. 161 ss.; A. LORENZETTI, *Il paradigma diadico del matrimonio*, cit., p. 116 ss. Al riguardo v. anche la documentata analisi comparatistica di RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, cit., 165 ss.

¹⁵ Nel senso indicato nel testo v. soprattutto le considerazioni svolte da PES, *Il paradigma dell'esclusività nelle relazioni affettive*, cit., 176 ss.

¹⁶ Al riguardo v. le stimolanti riflessioni di U. MATTEI, *Conclusioni. Il poliamore e i beni comuni*, in *Più cuori e una capanna*, cit., p. 225 ss., il quale osserva, tra l'altro, come la questione della legalizzazione del poliamore debba in realtà considerarsi strutturalmente diversa da quella del matrimonio tra persone dello stesso sesso, che pure ha favorito

poter sostenere che le pratiche poligamiche non costituiscono «strategie di mera aderenza passiva a modelli tradizionali o religiosi», ma «esprimono una razionalità collettiva, dalla quale certo non prescinde quella individuale, ma in una dimensione “altra” rispetto all’individualismo»¹⁷.

Ma con ciò, a ben vedere, ci si pone nel solco della tradizionale critica marxista che assume il fondamento puramente economico del principio monogamico: un insegnamento efficacemente sintetizzato nella nota affermazione di Engels secondo cui «la monogamia sorse dalla concentrazione di grandi ricchezze nelle stesse mani, e precisamente in quelle di un uomo, e dal bisogno di lasciare queste ricchezze in eredità ai figli di questo uomo e di nessun altro», sicché il definitivo superamento dell’economia capitalista avrebbe dovuto portare con sé anche la fine della monogamia¹⁸. È chiaro allora che, in un tempo in cui il

l’apertura del dibattito negli Stati Uniti. Infatti, la questione del matrimonio egualitario «al più rompe con la morale borghese ma non con la struttura economica profonda, individualistica della società borghese», mentre la questione della legalizzazione del poliamore si pone chiaramente su quest’ultimo piano problematico. In particolare, secondo Mattei, «il comunitarismo insito nel poliamore mette in discussione la struttura individualistica, proprio come la comunione mette in crisi la proprietà privata ed il suo corollario valore di scambio». Di qui l’affermazione secondo cui «il poliamore è una genuina istituzione della *sharing economy* che percorre la via ecologica e virtuosa di minor consumo e maggior condivisione», sicché «la sua istituzionalizzazione lancia una sfida frontale alla concezione solipsistica e egocentrica dei diritti».

¹⁷ Così PES, *Il paradigma dell’esclusività nelle relazioni affettive*, cit., p. 181.

¹⁸ Così F. ENGELS, *L’origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato* (1884), trad. it. Roma, 1963, p. 109 s. Per questo riferimento e per una critica persuasiva del tentativo di individuare un fondamento esclusivamente economico dell’opzione monogamica v. RENDA, *Il matrimonio civile*, cit., 124 s., testo e ntt. 297 e 298, il quale ribadisce l’esigenza di individuare un “fondamento etico” dell’affermazione del principio monogamico nelle civiltà occidentali. Il riferimento al pensiero di Engels è anche in MATTEI, *Conclusioni. Il poliamore e i beni comuni*, cit., 238. L’idea di un fondamento economico dell’opzione monogamica riemerge anche nella riflessione di G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, cit., p. 827, laddove si dice che «il divieto [della poligamia] non trova fondamento soltanto in ragioni culturali» e che «la storica esigenza di favorire l’incremento

superamento dell'economia capitalista non rappresenta più una prospettiva realistica, certe argomentazioni, al di là delle intenzioni di chi oggi torna a riproporle, finiscono solo per offrire un'ulteriore legittimazione a una valutazione non più negativa della poligamia, che però nella coscienza collettiva acquista credito soprattutto in virtù delle logiche individualiste dominanti.

Le due progettualità sociali antagoniste – quella liberalcapitalista e quella comunista – si trovano così sostanzialmente d'accordo sull'esigenza di un superamento del principio monogamico e, più in generale, dei modelli costituzionali della genitorialità naturale e della famiglia fondata sul matrimonio. Anche questa singolare "alleanza" dovrebbe allora indurre a interrogarsi sull'effettiva implicazione tra quel principio e quei modelli e una progettualità sociale autenticamente personalista: quella consapevolmente assunta dalle costituzioni del dopo Auschwitz in alternativa sia alle concezioni atomistiche dell'individuo e della società sia alle contrapposte concezioni che, secondo la nota formula di Marx, riducono l'essere umano all'insieme dei rapporti sociali.

3. Una bella storia di integrazione? Un caso di revoca della concessione della cittadinanza per poligamia all'attenzione dei giudici amministrativi tedeschi

L'assunto secondo cui l'indicato processo di relativizzazione e di svuotamento dall'interno anche del principio monogamico sarebbe ormai in atto sotto la spinta delle medesime logiche individualistiche che orientano la morfogenesi familiare contemporanea sembra trovare conferma nella lettura di due decisioni rese nel 2017 e nel 2018 da due diversi

della ricchezza appropriabile e trasmissibile in via ereditaria, abbinata agli sviluppi nell'ambito dell'agricoltura e dell'allevamento, ha trovato espressione in strutture familiari suscettibili di attribuire a ciascun soggetto lo *ius excludendi omnes alios* su di una o più donne, in modo da assicurare la tracciabilità della discendenza».

giudici amministrativi tedeschi – il *Verwaltungsgerichtshof* del Baden-Württemberg e il *Bundesverwaltungsgericht* – con riferimento a uno stesso caso di impugnazione della revoca del provvedimento di naturalizzazione dello straniero (*Einbürgerung*) disposta dalla competente autorità amministrativa a seguito dell'emersione della poligamia dell'interessato già in atto al momento della proposizione della relativa istanza¹⁹.

Almeno a prima vista la vicenda da cui le decisioni indicate traggono origine potrebbe sembrare una bella storia di integrazione. Un giovane curdo di nazionalità siriana, nato nel 1981, dopo aver vissuto in Siria e negli Emirati Arabi, nel 1999 si trasferisce in Germania dove continua a risiedere legalmente dapprima in virtù di successivi permessi di soggiorno a termine e per finalità determinate (*Aufenthaltserlaubnis*) e poi in forza di un permesso di definitivo stabilimento (*Niederlassungserlaubnis*). Il giovane può così completare i suoi studi in Germania fino al conseguimento della laurea in ingegneria civile. Dal 2008 inizia quindi a lavorare come ingegnere a Karlsruhe e, nell'aprile dello stesso anno, contrae matrimonio con una donna lituana già naturalizzata tedesca fin dal mese di dicembre dell'anno precedente. Tra giugno del 2010 e dicembre del 2015 la vita della coppia è allietata dalla nascita di tre figli.

Frattanto, nell'aprile del 2010 l'uomo, in virtù del matrimonio contratto con una cittadina tedesca, presenta istanza di naturalizzazione ai sensi del § 9 della legge nazionale sulla cittadinanza (*Staatsangehörigkeitsgesetz, StAG*). In tale circostanza, mediante la compilazione e la sottoscrizione di un apposito modulo, che reca l'avvertenza che dichiarazioni false o incomplete potranno determinare la revoca della cittadinanza, l'uomo dichiara di conoscere e di condividere i principi dell'ordine costituzionale liberal-democratico della Repubblica federale tedesca (cd. *Bekennnis- und*

¹⁹ Le due decisioni – VGH Baden-Württemberg, 25 aprile 2017 e BVerwG, 29 maggio 2018 – sono agevolmente reperibile in rete.

Loyalitätserklärung zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung). L'istanza di naturalizzazione è quindi accolta nell'ottobre del 2010.

I problemi iniziano quando, nel giugno del 2012, l'uomo riconosce la figlia nata in Siria da una cittadina siriana all'inizio dello stesso anno. A seguito di tale riconoscimento, infatti, nel mese di ottobre, la competente autorità amministrativa viene a conoscenza del fatto che, nel giugno del 2008, e dunque poche settimane dopo il matrimonio celebrato in Germania, l'uomo ha contratto in Siria un secondo matrimonio proprio con la donna con la quale, a distanza di qualche anno, ha generato la figlia riconosciuta. Si tratta di un (secondo) matrimonio valido per la legge siriana, ma del quale non si è fatta menzione nella procedura di naturalizzazione. Dopo aver ascoltato l'interessato, nel mese di dicembre del 2013, l'autorità competente revoca quindi il precedente provvedimento di naturalizzazione con efficacia retroattiva. L'uomo è pure condannato al pagamento di una multa ed è disposto il ritiro del documento di identità e del passaporto nei confronti suoi e della figlia siriana, che viene anch'essa privata della cittadinanza già conseguita in virtù del riconoscimento.

A giustificazione del provvedimento di revoca si fa valere in particolare che, ai sensi del § 9 cit., la cittadinanza tedesca può essere riconosciuta al coniuge di un cittadino (cd. *Soll-Einbürgerung* o *In-der-Regel-Einbürgerung*) a condizione che ne risulti l'adesione allo "stile di vita" tedesco (*die Einordnung in die deutschen Lebensverhältnisse*). Tale "stile di vita" sarebbe però caratterizzato in maniera determinante proprio dal principio monogamico. La pratica della poligamia, che nel caso di specie è emersa inequivocabilmente, attesterebbe perciò con certezza la persistenza di una mentalità ancora legata a valori del Paese di origine sicuramente incompatibili con lo "stile di vita" tedesco, e dunque un livello ancora insufficiente di integrazione.

Questo argomento è poi accolto anche dal *Verwaltungsgericht* di Karlsruhe nella sentenza del 25 settembre del 2014, che rigetta l'istanza di impugnazione del provvedimento di revoca della cittadinanza

proposta dall'interessato. Quel giudice ritiene però che, al momento della naturalizzazione, l'istante avrebbe potuto far valere una pretesa di naturalizzazione anche ai sensi del § 10 *StAG*, e cioè in base alla regola secondo cui la cittadinanza *deve* essere concessa (cd. *Muss-Einbürgerung* o anche *Anspruchs-Einbürgerung*) allo straniero che risieda legittimamente in Germania da almeno otto anni e che dichiari di conoscere e condividere i principi dell'ordine costituzionale liberaldemocratico (*die freiheitliche demokratische Grundordnung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*). Il giudice di Karlsruhe si chiede perciò se il provvedimento di naturalizzazione revocato a seguito della scoperta della poligamia non potrebbe ritenersi fondato su questo diverso titolo. Anche una simile possibilità è però considerata impraticabile, dato che per quel giudice il principio monogamico non farebbe semplicemente parte dello "stile di vita" tedesco, ma rappresenterebbe anche un elemento costitutivo (*Bestandteil*) dell'ordine costituzionale liberaldemocratico.

Occultando la propria condizione di poligamo il ricorrente avrebbe dunque conseguito la naturalizzazione con l'inganno, facendo ricorso ad allegazioni consapevolmente false o comunque incomplete. La revoca disposta sarebbe perciò del tutto legittima, dato che, ai sensi del § 35 *StAG*, un provvedimento illegittimo di naturalizzazione *può* essere revocato con efficacia retroattiva entro dieci anni dall'emanazione «laddove sia stato conseguito attraverso frodi, minacce o corruzione ovvero in forza di informazioni intenzionalmente errate o incomplete, che siano risultate essenziali per la sua adozione».

L'esito appena indicato viene però successivamente rovesciato dalla sentenza del *Verwaltungsgerichtshof* del *Land* Baden-Württemberg del 25 aprile del 2017. E ciò in ragione della ritenuta compatibilità della pratica della poligamia con la fedeltà dichiarata all'ordine costituzionale liberaldemocratico, mentre è ribadita l'insussistenza del presupposto dell'assunzione dello "stile di vita" tedesco necessario per la naturalizzazione dello straniero ai sensi del § 9 cit.

Nella sostanza certe conclusioni sono ribadite anche dal *Bundesverwaltungsgericht* nella sentenza del 29 gennaio del 2018. In verità, il giudice amministrativo federale, pur escludendo che il secondo matrimonio abbia messo in discussione la fedeltà all'ordine costituzionale, ha ritenuto che, al momento del provvedimento poi revocato, l'istante non avesse ancora compiuto il periodo di regolare residenza in Germania necessario per conseguire la naturalizzazione ai sensi del § 10 cit. E ciò in considerazione dell'inidoneità a tal fine di taluni dei permessi di soggiorno fruiti nel corso del tempo. La causa è stata così rinviata ad altro giudice di merito, al quale è stato affidato il compito di verificare se quel periodo possa o meno considerarsi compiuto al momento della revoca. Questa circostanza è reputata infatti rilevante anche ai fini della revoca, rimessa a una decisione discrezionale (*Ermessensentscheidung*) dell'autorità competente.

Frattanto, dall'autunno del 2013, la bambina siriana vive in casa col padre, con la moglie tedesca di lui e con i loro tre figli, mentre la madre, in fuga dalla guerra, dopo aver vissuto per alcuni anni come profuga prima a Istanbul, poi ad Abu Dhabi con i genitori del marito e poi in Svezia, dal 2017 risiede a Karlsruhe in una propria abitazione e vede quotidianamente la figlia, condividendo pienamente col padre i doveri genitoriali. Tutto ciò risulta dalla lettura delle due sentenze indicate. Non risulta invece, essendo peraltro irrilevante ai fini del giudizio, se la situazione di poligamia e/o semplicemente la sua pratica sia successivamente cessata.

4. Le motivazioni delle decisioni del Tribunale amministrativo del Baden-Württemberg del 2017 e del Tribunale amministrativo federale tedesco del 2018.

Come già si è detto, la lettura delle due sentenze del Tribunale amministrativo del Baden-Württemberg del 2017 e del Tribunale amministrativo federale tedesco del 2018 è di un certo interesse al fine di verificare l'assunto della permeabilità degli ordinamenti occidentali a un pluralismo familiare premoderno – per lo più d'importazione – in virtù

dell'operare delle logiche individualiste che orientano la costruzione sociale nel tempo presente.

L'ampia motivazione della prima decisione – quella del Tribunale amministrativo del Baden-Württemberg – muove dalla nozione di ordine costituzionale liberaldemocratico. Al riguardo quel giudice fa riferimento a una sentenza del Tribunale costituzionale federale in tema di ricostituzione del partito nazionalsocialista, secondo la quale il concetto di ordine liberaldemocratico include *solo* i principi *indispensabili* per l'esistenza di uno Stato liberale, e segnatamente: la garanzia della dignità della persona, il principio democratico, il principio dello Stato di diritto e la garanzia della libertà personale²⁰.

Si esclude quindi che anche il principio monogamico (*das Prinzip der Einehe*) possa essere compreso in una tale concezione *ristretta* di ordine liberaldemocratico. L'idea secondo cui la poligamia sarebbe contraria alla garanzia della dignità della persona è ritenuta infatti “una concezione giuridica del tutto singolare” («eine völlig singuläre Rechtsauffassung»), mentre è considerata “remota” (*fernliegend*) l'eventualità che il semplice fatto di aver contratto un secondo matrimonio comporti uno svilimento del valore dell'uomo in quanto persona²¹.

Quel giudice si preoccupa nondimeno di precisare che il concetto di ordine liberaldemocratico deve ritenersi strettamente connesso con quello di “democrazia militante” (*streitbare Demokratie, militant democracy*). L'ordine costituzionale non deve perciò considerarsi neutro sotto il profilo assiologico. Si tratta piuttosto di un ordine fondato su valori (*wertgebundene Ordnung*): un ordine da difendere contro i suoi nemici (*die Feinde der Demokratie*) con gli strumenti all'uopo predisposti dalla Costituzione²².

²⁰ Cfr. VGH Baden-Württemberg, 25 aprile 2017, par. 38. La sentenza richiamata del Tribunale costituzionale federale è del 17 gennaio 2017.

²¹ Cfr. VGH Baden-Württemberg, 25 aprile 2017, par. 38.

²² Cfr. VGH Baden-Württemberg, 25 aprile 2017, par. 43.

In questo quadro al matrimonio, indiscutibilmente informato dal principio monogamico, è chiaramente riconosciuta una funzione etico-sociale decisiva nella vita comunitaria: una funzione che sul piano costituzionale – segnatamente attraverso la previsione dell’art. 6, co. 1, del *Grundgesetz* («Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung») – si traduce in un imperativo di tutela (*Schutzgebot*) e in una rigorosa garanzia d’istituto (*Institutsgarantie*). Anche il principio monogamico è perciò considerato senz’altro tra i valori culturali fondamentali (*die grundlegende kulturelle Wertvorstellungen*) della Repubblica federale e tra i principi di struttura individuati dalla garanzia costituzionale del matrimonio (*die Art. 6 I GG vorgegebene Strukturprinzipien*). Si afferma nondimeno che, a differenza di quel che avviene per le libertà fondamentali della persona, il principio monogamico non esibisce alcuna connessione tematica diretta con la “democrazia militante”, sicché – si afferma – «chi contravviene al divieto della poligamia non può per ciò solo essere considerato un nemico della Costituzione» (*Verfassungsfeind*)²³. Si sostiene infatti che la stabilità e la sicurezza dello Stato e del suo ordine costituzionale non sono in alcun modo messe in pericolo dalla violazione del principio monogamico.

Si tratta di conclusioni perentorie. Non sembrano tuttavia argomentate in maniera persuasiva. A tal fine il Tribunale del Baden-Württemberg insiste anzitutto sulla concreta motivazione che, nel caso di specie, avrebbe indotto l’istante a contrarre un secondo matrimonio nel Paese di origine. Si riferisce in particolare che l’uomo avrebbe intrattenuto una relazione poi interrotta con una cugina siriana. Sicché, ove non fosse seguito il matrimonio, in base alle usanze di quel Paese la donna sarebbe stata considerata disonorata e non avrebbe più potuto aspirare a una normale vita familiare, andando incontro a difficoltà esistenziali non indifferenti. L’uomo avrebbe allora contratto il secondo matrimonio unicamente al fine di preservare la cugina da un destino di

²³ Cfr. VGH Baden-Württemberg, 25 aprile 2017, par. 44.

marginalità sociale e di umiliazione. Quel matrimonio non avrebbe avuto per lui nessun altro significato e non potrebbe perciò considerarsi un indice di non condivisione dei valori di uguaglianza e di non discriminazione posti a fondamento dell'ordine costituzionale²⁴.

E ciò nonostante che la facoltà riconosciuta solo agli uomini di dar vita a più rapporti coniugali contestuali attesti la sicura incompatibilità del diritto matrimoniale islamico – e dunque anche del diritto matrimoniale siriano – con l'idea occidentale dell'uguaglianza tra i sessi. Il Tribunale del Baden-Württemberg afferma addirittura che, purchè risulti l'adesione convinta del poligamo all'ordine costituzionale liberaldemocratico, il fatto che la poligamia in quanto tale violi i principi di uguaglianza e non discriminazione dovrebbe considerarsi irrilevante²⁵.

Sempre secondo quel giudice, poi, non dovrebbe neppure essere trascurata la circostanza che, sulla base del formulario sottoscritto al fine di proporre l'istanza di naturalizzazione, l'uomo non poteva rendersi conto della contraddittorietà tra il secondo matrimonio e l'adesione manifestata all'ordine liberaldemocratico. Quel formulario non fa infatti riferimento al principio monogamico, ma solo a quei principi più generali indicati anche dal Tribunale costituzionale federale come costitutivi dell'ordine liberaldemocratico. Né la sottoscrizione di quel formulario è accompagnata da un colloquio volto a chiarirne i contenuti con specifico riferimento alla condizione dell'istante. Quest'ultimo non potrebbe perciò essere chiamato a rispondere di un suo "errore di sussunzione" (*Subsumtionsfehler*)²⁶.

Si tratta di argomentazioni deboli. E ciò anche perché, a tacer d'altro, finiscono per confermare proprio quel che con esse si vorrebbe invece smentire, e cioè l'incompatibilità in linea di principio tra poligamia e

²⁴ Cfr. VGH Baden-Württemberg, 25 aprile 2017, par. 44 e 48.

²⁵ Cfr. VGH Baden-Württemberg, 25 aprile 2017, par. 48.

²⁶ Cfr. VGH Baden-Württemberg, 25 aprile 2017, par. 49.

ordine costituzionale sotto il profilo della violazione dei principi di uguaglianza e di non discriminazione. Certe argomentazioni, del resto, non sono riproposte nella successiva – e più meditata – sentenza del *Bundesverwaltungsgericht*. Il Tribunale del Baden-Württemberg, d'altra parte, non punta solo su di esse.

In particolare, quel giudice fa valere anche che il secondo matrimonio contratto all'estero nel rispetto della *lex loci* non rimane del tutto privo di efficacia nell'ordinamento nazionale, dato che, per giurisprudenza costante, è comunque destinato ad assumere rilevanza ai fini dell'accertamento della filiazione o delle pretese di mantenimento delle mogli nei confronti dell'unico marito²⁷. Si osserva peraltro che il secondo matrimonio, rimanendo privo in quanto tale di effetti civili nell'ordinamento tedesco, non sarebbe neppure idoneo a fondare un'imputazione per il reato di bigamia di cui al § 172 del codice penale²⁸. Anche da certe constatazioni si deduce conclusivamente che la poligamia praticata dall'istante non determina in realtà alcuna violazione dell'ordine liberaldemocratico.

Queste ultime argomentazioni sono riproposte anche nella successiva sentenza del *Bundesverwaltungsgericht*²⁹ insieme all'ulteriore rilievo della mera annullabilità (*Aufhebbarkeit*) – e dunque non della nullità *ipso iure* – del secondo matrimonio ai sensi del § 1314, co. 1, BGB³⁰. E ciò sempre al fine di concludere che il secondo matrimonio contratto in Siria dall'istante non si porrebbe in contraddizione con la fedeltà dichiarata all'ordine costituzionale.

Anche queste argomentazioni non sembrano tuttavia persuasive. All'impugnativa del matrimonio contratto in difetto del requisito della libertà di stato sono infatti legittimati, oltre al bigamo, anche il coniuge, il terzo con cui

²⁷ Cfr. VGH Baden-Württemberg, 25 aprile 2017, par. 45.

²⁸ Cfr. VGH Baden-Württemberg, 25 aprile 2017, par. 45.

²⁹ Cfr. BVerwG, 29 maggio 2018, par. 61.

³⁰ Cfr. BVerwG, 29 maggio 2018, parr. 63-65.

è stato contratto il secondo matrimonio e, soprattutto, il pubblico ministero. Non sono peraltro previste limitazioni temporali al suo esercizio. Il mancato riferimento alla nullità *ipso iure* appare allora assai poco probante nel senso di un'attenuazione della riprovazione della poligamia. Del resto, nel caso del matrimonio contratto in difetto del requisito della libertà di stato, in presenza di una disciplina sostanzialmente analoga a quella prevista dal codice civile tedesco, gli interpreti del codice civile italiano parlano senz'altro di nullità del matrimonio. Quanto poi all'impossibilità di fondare un'imputazione per bigamia sulla base del matrimonio contratto nel rispetto della *lex loci* da uno straniero già coniugato con un cittadino, il reato non è in realtà configurabile appunto perché per l'ordinamento che sanziona penalmente la bigamia il matrimonio in questione è inefficace in quanto tale per contrarietà all'ordine pubblico, sicché, a ben vedere, l'argomento non smentisce affatto la riprovazione della poligamia, ma anzi ne offre una conferma ulteriore. Né tale riprovazione sembra contraddetta dalla possibile rilevanza di quel matrimonio a determinati effetti specifici. In certi casi subentrano infatti ulteriori e specifiche esigenze di tutela, talora anche assai rilevanti, delle quali l'ordinamento ritiene opportuno farsi carico, senza perciò mettere minimamente in discussione la valutazione negativa del matrimonio poligamico in quanto tale.

Nella decisione del Tribunale federale l'idea che il secondo matrimonio contratto in Siria non sarebbe in contraddizione con la fedeltà dichiarata all'ordine liberaldemocratico fa seguito invero anche al rilievo insistito secondo cui quest'ultimo non comporta affatto l'imposizione di determinate condotte individuali. L'ordine obiettivo di valori (*objektive Wertordnung*), di cui è espressione il sistema dei diritti fondamentali, non si traduce infatti in un ordine di doveri (*Pflichtenordnung*) a carico dei singoli, e dunque nel precetto (*Gebot*) di conformare ad esso la propria condotta di vita³¹. L'ordine costituzionale riconosce piuttosto la neutralità dello Stato rispetto alle diverse fedi religiose e alle diverse

³¹ Cfr. BVerwG, 29 maggio 2018, par. 57.

visioni del mondo (*religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates*). Lo Stato liberaldemocratico si limita pertanto a svolgere una semplice funzione regolatrice (*Ordnungsfunktion*), creando con le sue regole giuridiche una cornice all'interno della quale i singoli possono svolgere liberamente la propria personalità (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*) nel rispetto dei diritti altrui e dei principi costituzionali³².

Di conseguenza, sebbene anche il Tribunale federale non disconosca certo che il principio monogamico sia una regola sociale effettiva e provvista di un solido ancoraggio normativo finanche a livello costituzionale³³, anche questo giudice esclude però qualsiasi contraddizione tra la pratica di fatto della poligamia conseguente al secondo matrimonio contratto all'estero nel rispetto della *lex loci* – ma privo di effetti in quanto tale in Germania – e l'adesione manifestata dal poligamo all'ordine costituzionale. Una simile condotta di vita deve infatti ritenersi destinata a rimanere nello spazio privato dei soggetti interessati che l'abbiano liberamente assunta e accettata.

Non sembra tuttavia che tale soluzione soddisfi davvero il *Bundesverwaltungsgericht*. L'ampia motivazione si conclude infatti col rilievo che *de lege ferenda* il legislatore potrebbe comunque escludere la possibilità della naturalizzazione dello straniero che pratici la poligamia. E ciò o prevedendo in ogni caso – e dunque anche nel caso della naturalizzazione ai sensi del § 10 cit. – il presupposto dell'adesione allo "stile di vita" tedesco oppure disponendo che la naturalizzazione non possa in nessun caso concedersi laddove risultino condotte di vita contrarie al principio dell'uguaglianza di genere³⁴. Ma con ciò, a ben vedere, quel giudice riconosce che la poligamia praticata dall'aspirante cittadino non è una condotta compatibile con i principi di uguaglianza e di non discriminazione, e dunque che, almeno rispetto alla pratica della

³² Cfr. BVerwG, 29 maggio 2018, parr. 58 e 59.

³³ Cfr. BVerwG, 29 maggio 2018, parr. 22-24.

³⁴ Cfr. BVerwG, 29 maggio 2018, par. 67.

poligamia, tra adesione allo “stile di vita” tedesco e condivisione dei principi dell’ordine costituzionale liberaldemocratico non sussiste una reale differenza.

5. Prime valutazioni conclusive

L’idea del *Bundesverwaltungsgericht* secondo cui la condotta dello straniero poligamo sarebbe destinata a rimanere confinata nell’ambito della sfera privata – e sarebbe perciò irrilevante al fine di mettere in discussione l’adesione dichiarata ai principi dell’ordine costituzionale liberaldemocratico – appare invero piuttosto problematica.

Una valutazione conclusiva può muovere utilmente dalla constatazione che in un ordinamento liberaldemocratico l’unico limite posto all’esercizio della libertà sessuale del singolo, al di là – s’intende – del rispetto dei *boni mores*, della libertà altrui e degli altri diritti inviolabili della persona, è quello eventualmente derivante dallo *status* coniugale volontariamente assunto, che impone ai coniugi un obbligo reciproco di fedeltà. A parte il caso del soggetto coniugato, non sembra perciò discutibile che la libertà di autodeterminarsi nella sfera sessuale e affettiva porti con sé anche la libertà di vivere contestualmente più rapporti affettivi fondati sull’esercizio della sessualità. E ciò non solo nella clandestinità, parziale o totale, ma anche in modo aperto, e perciò nella piena consapevolezza e col consenso di tutti i soggetti coinvolti. Nel caso del soggetto coniugato, invece, una simile condotta di vita è oggetto di valutazione negativa da parte dell’ordinamento in quanto contraria al dovere di fedeltà. E ciò, stante l’indisponibilità dello *status* coniugale, anche laddove finisca per essere tollerata dall’altro coniuge che rinunci a sottrarsi a sua volta ai doveri coniugali.

Il caso della poligamia – e segnatamente della poligamia consentita da determinate regole religiose, eventualmente accolte anche in un ordinamento giuridico statale – non sembra tuttavia assimilabile all’ipotesi testé considerata della conduzione contestuale di una pluralità di rapporti affettivi stabili nella piena consapevolezza e col consenso di

tutti i soggetti coinvolti. Infatti, anche laddove non risulti da una condotta che violi eventuali doveri coniugali, la pratica della poligamia, comportando l'istituzionalizzazione di quei rapporti all'interno di un determinato ordinamento religioso ed eventualmente anche statale, esprime comunque adesione a un impianto valoriale radicalmente incompatibile col principio dell'eguale dignità di tutti gli individui.

Bisogna infatti considerare che, negli ordinamenti in cui è consentita, la possibilità di condurre contestualmente più rapporti coniugali è riconosciuta solo agli uomini e non anche alle donne, sicché solo a queste ultime è imposta una limitazione della libertà sessuale al di fuori di qualsiasi reciprocità. E senza neppure una reale garanzia di stabilità, dato che, com'è noto, nel caso della poligamia di matrice islamica il diritto di ripudiare il coniuge, e cioè di recedere *ad nutum* dal rapporto coniugale, è riconosciuto solo all'uomo. Del resto, proprio in considerazione di certi caratteri lesivi della dignità della persona gli ordinamenti liberaldemocratici non consentono che tali matrimoni siano produttivi di effetti in quanto tali.

Ciò posto, non si vede davvero come una simile condotta di vita possa considerarsi compatibile con l'adesione all'ordine liberaldemocratico manifestata dallo straniero aspirante alla naturalizzazione. Né deve sorprendere che si tratti di una condotta non altrimenti sanzionata dall'ordinamento, come nel caso di chi abbia contratto più matrimoni privi di effetti civili, o comunque di una condotta che, in quanto contraria a un dovere di fedeltà coniugale, è destinata a rimanere priva di conseguenze sul rapporto coniugale in atto finché il coniuge che subisce l'infedeltà non decida di attivarsi. Del resto, la radicale incompatibilità di un simile stile di vita rispetto ai principi di fondo dell'ordinamento risulta pur sempre con chiarezza dal mancato riconoscimento di effetti civili al matrimonio poligamico in quanto tale. Pertanto, se l'adesione a quei principi è condizione necessaria per la naturalizzazione dello straniero, dovrebbe escludersi che questa possa essere accordata a chi pratici la poligamia.

Al fine di verificare se tale pratica sia o meno compatibile con l'adesione manifestata all'ordine costituzionale non ci si può perciò basare unicamente sul semplice fatto della conduzione contestuale di una pluralità di rapporti affettivi e sessuali né sul dato dell'eventuale inadempimento del dovere di fedeltà coniugale. Bisogna considerare anche l'ulteriore dato della istituzionalizzazione di certi rapporti in un ordinamento religioso ed eventualmente anche statale. Proprio alla luce di tale dato, infatti, una simile condotta non può considerarsi semplicemente come espressione di una scelta liberamente condivisa tra tutti i soggetti coinvolti, e perciò senz'altro compatibile con l'ordine liberaldemocratico. L'istituzionalizzazione comporta il volontario assoggettamento a – e dunque la piena condivisione di – un ordinamento di valori e di corrispondenti regole giuridiche che mortificano la dignità della persona, per cui l'adesione manifestata all'ordine liberaldemocratico perde qualsiasi credibilità.

Vero è che, in forza della barriera opposta dall'ordine pubblico, certe regole non possono produrre effetti in un ordinamento fondato sulla norma personalista. Appare tuttavia paradossale l'idea di argomentare da questo semplice dato una valutazione non negativa – o senz'altro positiva – di certe scelte di vita rispetto al parametro dell'adesione all'ordine liberaldemocratico: una valutazione che, sottolineandone il carattere meramente privato, ne lascia però totalmente in ombra il reale significato assiologico. Del resto, anche l'idea secondo cui la rilevanza per l'ordinamento di un rapporto poligamico di fatto liberamente accettato e vissuto dai suoi protagonisti sarebbe senz'altro assimilabile a quella di un rapporto stabile di convivenza caratterizzato da reciproca assistenza morale e materiale appare viziata dal medesimo errore di prospettiva: quello per cui il velo della privatezza di una determinata scelta di vita finisce addirittura per far apparire come espressione di libero svolgimento della propria personalità l'adesione a un sistema di valori certamente incompatibile con la norma personalista.

Sempre che – s'intende – non si voglia accogliere una considerazione puramente soggettiva del valore della dignità della persona. A quanto pare, tuttavia, è proprio una simile opzione di fondo – e cioè l'idea di una coincidenza senza residui tra dignità umana e autodeterminazione individuale – a spingere verso certe soluzioni: quelle accolte dai giudici amministrativi tedeschi nelle decisioni considerate o anche l'idea dell'estensione ai rapporti poligamici di fatto degli *standard* di decisione elaborati con riferimento ai rapporti stabili di convivenza. Trova dunque conferma l'assunto secondo cui la capacità di penetrazione nelle società occidentali di certi modelli premoderni di organizzazione della vita familiare è resa più agevole da una coscienza collettiva ormai assuefatta a una torsione in senso individualista del significato della norma personalista.

Marco Rizzuti

*Ripudio e divorzi privati*¹

1. *Premesse storiche*

Un esame del diritto delle relazioni familiari dal punto di vista del carattere sempre più multiculturale della società, non può certo prescindere dal tema dei meccanismi giuridici di scioglimento di tali relazioni, spesso anch'essi fortemente connotati in senso culturale. E, a sua volta, la considerazione di questi meccanismi si intreccia inevitabilmente con quella della natura giuridica che alle relazioni in questione viene attribuita dall'ordinamento di riferimento. In questi termini dobbiamo di conseguenza leggere anche la problematica che potremmo sintetizzare nella formula di una contrapposizione, per l'appunto culturale ancor prima che giuridica, tra "ripudio", come modo di scioglimento privatistico, e "divorzio", come modo di scioglimento giudiziale e pubblicistico. Nella storia della nostra tradizione giuridica il primo modello è certamente quello di gran lunga più antico.

Per il diritto romano classico il *matrimonium* era una situazione di fatto rilevante per il diritto, in termini tecnicamente analoghi a quelli che oggi utilizziamo con riferimento al possesso, e poteva quindi mantenere la sua rilevanza finché continuavano ad esistere il presupposto

¹ Il presente contributo rappresenta anche un *output* della ricerca in tema di relazioni familiari transnazionali condotta dall'autore nell'ambito del progetto "GoInEU Plus - Integration, Migration, Transnational Relationships. Governing Inheritance Statutes after the Entry into Force of EU Succession Regulations", cofinanziato dallo European Union's Justice Programme 2014-2020 e coordinato dall'Università degli Studi di Firenze. Ad ogni modo, il contenuto del presente contributo è di esclusiva responsabilità dell'autore e non può essere preso in considerazione come orientamento della Commissione europea.

materiale della convivenza e quello psicologico dell'*affectio maritalis*². Non si poneva dunque il problema della vincolatività di un atto consensuale iniziale, più o meno formalizzato, ma solo quella della continua ed attuale permanenza di tutti i consensi necessari³: al loro venir meno anche la fattispecie matrimoniale si esauriva, e tale vicenda estintiva poteva anche avere luogo in maniera assolutamente prescindente da qualunque formalizzazione⁴. Tanto meno era ipotizzabile un intervento di pubbliche autorità di sorta, ed il tutto si svolgeva a livello di interrelazioni tra i poteri privati interessati, ancorché non si voglia certo escludere che le stesse potessero venir influenzate dal costume sociale

² Sulla concezione romana del *matrimonium* come *res facti* si vedano: E. ALBERTARIO, *Honor matrimonii e affectio maritalis*, in ID., *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, pp. 197-210; ID., *L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano*, *ibidem*, pp. 213-228; ID., *Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino*, *ibidem*, pp. 231-247; E. VOLTERRA, *Corso di diritto romano. Il diritto di famiglia*, Pisa, 1931; ID., *La conception du mariage d'après les juristes Romains*, Padova, 1940; P. GIUNTI, *Il matrimonio romano tra res facti e regolamentazione legislativa*, in *Civitas e Civilitas. Scritti in onore di F. Guizzi*, II, Torino, 2013, pp. 879-898. Si tenga presente che l'accostamento al possesso ha natura strettamente tecnica: *matrimonium* e *possessio* erano le due sole situazioni giuridiche che, avendo natura fattuale, a differenza dei diritti reali o di credito non si potevano recuperare per effetto del *postliminium*: cfr. L. D'AMATI, *Matrimonium e postliminium: brevi considerazioni*, in *Revista da Faculdade de Direito*, 2003, pp. 43-56.

³ E, dunque, non solo di quelli degli sposi, perché il *pater* aveva il diritto di mettere fine al matrimonio della figlia: cfr. M. DE SIMONE, *Una congettura sull'arcaico filiam abducere*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 2012, pp. 321-384.

⁴ Così, secondo molti studiosi, in età classica instaurare una nuova relazione coniugale era sufficiente ad estinguere giuridicamente quella precedente: cfr. E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia in diritto romano*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, 1934, pp. 387-447; S. DISALVO, *Matrimonio e diritto romano*, in *Index*, 1971, p. 385; A. METRO, «*Bina nuptias constituere*» in D.3.2.1, in *Iura*, 1975, pp. 101-108; C. SANFILIPPO, *Nuptias alieno nomine constituere?*, in *Iura*, 1976, pp. 101-104; G. LONGO, *Ancora sul matrimonio romano*, in *Studia e Documenta Historiae et Iuris*, 1977, p. 469 ss. Basti pensare alla scandalosa vicenda di Messalina, che giunse a celebrare il matrimonio con Silio, senza neanche informare Claudio dell'avvenuto divorzio, tanto che, secondo TACITO, *Annales*, II, 26-30, il liberto Narcisso si sarebbe trovato a dover chiedere all'imperatore «*an discidium tuum nosti?*» (cfr. A. GUARINO, *In difesa di Messalina*, in *Labeo*, 1974, pp. 12-26; E. VOLTERRA, *Precisazioni in tema di matrimonio classico*, in *Bull. ist. dir. rom.*, 1975, pp. 263-269).

e dal timore dalla altrui disapprovazione, che poteva rappresentare una sanzione temibilissima nella compatta comunità delle origini. Ma è comunque ben noto come, a partire dall'età tardorepubblicana, con il declino del *mos maiorum* ed il generale rilassamento dei costumi in quella che era ormai divenuta un'affluente metropoli imperiale, fosse assolutamente normale, almeno per le classi elevate delle cui vicende familiari le fonti storiche ci informano nel dettaglio, una vicenda di continui divorzi e nuovi matrimoni⁵.

In altri diritti antichi, specie quelli orientali, possiamo ravvisare l'ulteriore modello di un matrimonio fondato invece su un atto iniziale di carattere contrattuale vincolante, non di rado riconducibile al paradigma della compravendita⁶. Era di solito il contratto stesso a regolare anche le possibilità di uscita dal rapporto, per il tramite di un atto privatistico di recesso, più o meno formalizzato, e spesso, ma non sempre, riservato alla parte dominante, cioè a quella maschile⁷. Anche in questo caso, dunque, tanto la vicenda costitutiva quanto quella estintiva si svolgevano al livello dell'azione dei privati, ed anzi occorre evitare di esagerare una possibile contrapposizione con lo schema romano, che

⁵ Si vedano al riguardo M. HUMBERT, *Le remariage à Rome: etude d'histoire juridique e sociale*, Milano, 1972, e P. GIUNTI, *Consors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano, 2004.

⁶ Un siffatto carattere contrattuale e formale ricorre nelle vicende del diritto matrimoniale presso vari popoli orientali (cfr. L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den ostlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891, pp. 225-229), per cui era spesso prevista una caparra, la cosiddetta *subharratio cum anulo*, ma occorre ricordare che anche in ambito germanico il matrimonio in origine consisteva nella compravendita del *mundium* (cfr. cfr. F. BRANDILEONE, *Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia*, Milano, 1906, pp. 356-357, nonché pp. 401-433)

⁷ Per l'ipotesi più ricorrente basti pensare al ripudio maritale nella legge mosaica (*Deuteronomio* 24,1-4), ma sempre in area orientale sono attestati per l'età ellenistica anche contratti matrimoniali che consentivano il divorzio ad iniziativa della donna (cfr. L. RUSSO, *La rivoluzione dimenticata. Il pensiero scientifico greco e la scienza moderna*, Milano, 2001, p. 288, testo e nt. 92).

pure involgeva profili contrattualistici già in età arcaica e classica⁸, e che poi dell'influenza dei diritti dei sudditi provinciali avrebbe ampiamente risentito con la progressiva estensione della *civitas*⁹ e con lo spostamento verso oriente del baricentro economico e politico dell'impero.

In tale vicenda si inseriscono quei fattori che hanno maggiormente contribuito ai successivi sviluppi della nostra vicenda: sia il rafforzamento dell'assolutismo statale imperiale, sul modello delle monarchie ellenistiche, sia la diffusione delle nuove religioni orientali, fino all'affermazione del Cristianesimo, connotato anche da una netta disapprovazione morale del divorzio¹⁰. Le interazioni fra i due fenomeni storici, specie in un primo momento, devono essere state tutt'altro che chiare¹¹, ma in progresso di tempo si delineò un loro convergere verso il crescente rafforzamento del controllo delle pubbliche autorità sullo scioglimento dei matrimoni, finalizzato a vagliarne e limitarne le ragioni giustificative¹².

⁸ In età arcaica esisteva anche a Roma il matrimonio per *coemptio*, poi scomparso, mentre in età classica era frequente la sottoscrizione di *tabulae nuptiales* destinate sì a regolare la materia dotale, ma non costitutive in quanto tali del rapporto matrimoniale: cfr., per tutti, E. VOLTERRA, *Matrimonio, dir. rom.*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 732 ss.

⁹ Il riferimento è, naturalmente, alla *Constitutio Antoniniana* di Caracalla del 212 d.C.: cfr. V. MAROTTA, *Tre riflessioni sulla cittadinanza: da Roma antica al mondo attuale*, in *Iuris Antiqui Historia*, 2013, pp. 53-72, atti del seminario «212 d.c.-2012 La *Constitutio Antoniniana: communis patria* e impero universale. Una riflessione sulla cittadinanza: Roma antica e il mondo attuale».

¹⁰ Dal punto di vista cristiano, il principio dell'indissolubilità del matrimonio trovò una sua prima affermazione con la problematica eccezione del caso di «*πορνεία*» (*Vangelo secondo Matteo*, 19,9) e poi in termini più generali (*Vangelo secondo Marco*, 10,11-12; *Vangelo secondo Luca*, 16,18).

¹¹ La prima costituzione mirante a limitare la possibilità di divorziare è attribuita ad una figura storicamente ambigua come quella di Costantino (si veda A. MARCONE, *Pagano e cristiano. Vita e mito di Costantino*, Roma-Bari, 2002) e non mancano dubbi sugli effettivi intenti che con essa l'imperatore avrebbe perseguito: cfr. C. CASTELLO, *Assenza d'ispirazione cristiana in C.Th.3.16.1*, in *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à J. Ellul*, Paris, 1983, pp. 203-212.

¹² L'antica libertà di divorzio era stata ripristinata da Giuliano l'Apostata, ma venne poi definitivamente soppressa e sostituita da un sistema di cause tassative di giustificazione.

Con la successiva eclissi medievale del potere imperiale la materia rimase quindi dominio pressoché esclusivo del diritto canonico, la cui elaborazione sarebbe pervenuta ad esiti ben diversi da quelli romani classici: nella nuova concezione, infatti, la rilevanza del momento consensuale del matrimonio venne a concentrarsi tutta nell'atto contrattuale iniziale¹³, da cui traeva origine un vincolo che, a seconda delle differenti impostazioni confessionali, non ammetteva o ammetteva soltanto in casi limitati, e comunque sindacabili dalle autorità ecclesiastiche, una possibilità di scioglimento¹⁴. Non va sottaciuto, peraltro, come il potere della Chiesa di decidere della validità ed efficacia dei matrimoni, e quindi della legittimità dei figli, a scapito delle autorità familiari e regali, abbia rappresentato un relevantissimo fattore di controllo sociale e di influenza politica¹⁵.

Frattanto, col passaggio alla modernità, si completava quel processo di trasformazione in senso eteronomo dell'istituto matrimoniale che, rovesciando l'impostazione privatistica dei romani, ed invero anche dei canonisti classici¹⁶, ne avrebbe infine subordinato la validità all'appro-

zione, con un provvedimento di Onorio e Costanzo II del 10 marzo 421 (C.Th.3.16.2). Cfr. U. AGNATI, *Profili giuridici del repudium nei secoli IV e V*, Napoli, 2017.

¹³ Si veda, per tutti, J. GAUDEMET, *Il matrimonio in occidente*, Paris, 1987, trad. it., Torino, 1989.

¹⁴ Com'è ben noto, il divorzio è considerato giuridicamente impossibile dal diritto canonico cattolico, con le peculiari deroghe dei privilegi petrino e paolino nonché della dispensa da matrimonio rato e non consumato, mentre è ritenuto eccezionalmente possibile in ambito orientale, ortodosso e protestante. Occorre però anche considerare che a livello pratico un divorzio ortodosso può essere più difficile da ottenere di un annullamento cattolico.

¹⁵ Si pensi al caso carolingio del contrastato divorzio di Lotario II (cfr. K. HEIDECCKER, *The Divorce of Lothar II. Christian Marriage and Political Power in the Carolingian World*, Amsterdam, 1997, trad. ingl., New York, 2010; S. AIRLIE, *Private bodies and the body politic in the divorce case of Lothar II*, in *Past and Present*, 1998, pp. 3-38), ed è noto a tutti come la nascita della Chiesa anglicana si debba all'ancor più clamoroso caso di Enrico VIII.

¹⁶ Secondo il *Decretum Gratiani*, C.28, q.1, c.17 i. fi., era ancora vero che «*Illorum uero coniugia, qui contemptis omnibus illis solempnitatibus solo affectu aliquam sibi in coniugem copulant, huiusmodi coniugium non legitimum, sed ratum tantummodo esse creditur*».

vazione delle burocrazie, dapprima ecclesiastiche e poi statuali¹⁷. In tale contesto, è evidente come anche lo scioglimento, ove ammesso, del rapporto matrimoniale non potesse che essere assoggettato al controllo delle stesse burocrazie, in piena coerenza con la pretesa dello Stato moderno, protagonista assoluto del nuovo ordine politico, di assicurarsi un controllo monopolistico sul diritto¹⁸. La traiettoria storica di lunga durata verso una istituzionalizzazione del rapporto familiare appare dunque unitaria, anche se non sono mancati i momenti di aspro contrasto, specie nel momento in cui lo Stato ha voluto sostituire il suo monopolio a quello della Chiesa, e proprio il divorzio ha rappresentato uno dei punti di maggiore conflittualità¹⁹.

Altre tradizioni culturali e giuridiche, invece, non hanno conosciuto o hanno conosciuto in maniera diversa, tali processi storici. In particolare, il diritto islamico classico rimaneva nella sostanza in linea con l'impostazione degli antichi diritti orientali, per cui il matrimonio era riguardato in termini meramente contrattuali con un potere di recesso assicurato al marito ma contrattualmente conferito in certi casi anche alla moglie²⁰. Per gli occidentali si trattava di un paradigma alieno ma

¹⁷ In ambito ortodosso tale vicenda si realizzò compiutamente con la *Novella 26* di Andronico II Paleologo del 1306, in ambito cattolico solo con i *Canones super reformatione circa matrimonium* del Concilio di Trento, sessione XXIV del 11 novembre 1563, ed in ambito anglicano con il *Lord Hardwicke's Marriage Act* del 1753. Il matrimonio civile come opzione alternativa a quelli religiosi risale almeno alla *Politique Ordonantie* olandese del 1° aprile 1580, ma si sarebbe affermato come unico matrimonio possibile solo dopo la Rivoluzione Francese.

¹⁸ Si veda, per tutti, P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, nonché ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.

¹⁹ L'introduzione napoleonica del matrimonio civile e del divorzio incontrò fortissime resistenze di matrice religiosa tanto nell'Italia o nella Spagna cattoliche quanto nell'Olanda calvinista: cfr. M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, Antwerp-Oxford, 2006, p. 206.

²⁰ Nel diritto islamico classico al marito è sufficiente pronunziare tre volte la formula del *talaq*, cioè "divorzio da te", per sciogliere il matrimonio, senza necessità di motivazione o di intervento giudiziale, ma con il contratto nuziale il marito può concedere alla moglie il potere di sciogliere unilateralmente il vincolo. In età medievale, nell'Andalusia

non privo di una qualche capacità di suggestione. Può essere interessante considerare come un filone, minoritario ma non irrilevante, dell'Umanesimo si caratterizzasse per un approccio turcofilo, in cui rientrava anche l'apprezzamento per la libertà di ripudio comparata a quella dei romani e contrapposta ai vincoli clericali²¹. Più tardi, il dibattito sulle possibilità di radicali trasformazioni dei modelli familiari che avrebbe segnato il Secolo dei Lumi trasse linfa anche dal confronto con altre culture, e ne possiamo ravvisare un esempio significativo nelle discussioni in ordine all'opportunità di introdurre, anzitutto per ragioni nataliste, la poligamia, nella sua forma simultanea, più palesemente riconducibile ad un'ispirazione islamica, o in quella successiva, che era poi un modo per indicare l'ipotesi della libertà di divorzio²².

Laddove le diverse tradizioni in qualche maniera si incontrassero, ne potevano derivare le peculiari combinazioni con cui il pluralismo giuridico dell'età intermedia gestiva questo tipo di problematiche. Così, nei Paesi musulmani le comunità cristiane che godevano di uno stato di *dhimmi* applicavano in materia familiare le proprie regole interne, con interventi solo eccezionali delle autorità politiche, e quindi imponevano ai propri membri anche un approccio ben più rigoroso di quello islamico in punto di divorzio, salvo che questi non vi si

musulmana e nell'Egitto mamelucco pare che un accorto utilizzo di questo genere di patteggiamenti avesse consentito alle donne, o almeno a quelle di determinati ceti sociali, di rafforzare notevolmente la loro posizione nelle relazioni coniugali, tanto da destare le reprimende dei religiosi più conservatori contro la diffusione di tali prassi: cfr. M.H. FADEL, *Political liberalism, Islamic family law, and family law pluralism*, in J.A. NICHOLS (a cura di), *Marriage and Divorce in a Multicultural Context. Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge MA, 2012, pp. 178-180.

²¹ Il riferimento è a peculiari figure quattrocentesche come il toscano Flippo Buonaccorsi, noto anche come Callimaco Esperiente, ed il polacco Gregorio di Sanok, di cui il primo fu biografo: cfr. M. CAVINA, *Maometto Papa e Imperatore*, Roma-Bari, 2018, p. 52.

²² Si veda al riguardo C. BLUM, *Une controverse nataliste en France au XVIIIe siècle: la polygamie*, in *Population*, 1998, pp. 93-112, nonché EAD., *Strength in Numbers. Population, Reproduction, and Power in Eighteenth-Century France*, Baltimore, 2002.

sottraessero con conversioni strumentali²³. Il diritto delle comunità ebraiche con analogo *status* era invece molto più simile contenutisticamente a quello musulmano, ma proprio per questo motivo potevano porsi problemi rilevanti per le comunità che invece vivevano nei Paesi cristiani. Durante l'età intermedia, il principio generale della personalità del diritto faceva sì che gli ebrei europei fossero sottratti all'applicazione del diritto canonico, che regolava la materia familiare in maniera quasi esclusiva per i cristiani in una situazione di sostanziale assenza del diritto civile, per cui era anche normale che gli ebrei potessero divorziare secondo le proprie leggi, e quindi che in certi contesti finissero per essere gli unici a poterlo fare. Fra gli ashkenaziti, però, il divorzio era divenuto assai diverso dal ripudio della tradizione mosaica ed aveva finito per assumere caratteri più giurisdizionali per effetto di un processo riformatore interno alla comunità, ma condizionato anche dalla necessità di una relativa conformazione all'ambiente circostante²⁴.

Con il passaggio alla modernità giuridica tali forme di particolarismo andarono in crisi, risultando in contrasto con il principio portante della

²³ Sui *dhimmi* cfr. Y. FRIEDMANN, *Tolerance and Coercion in Islam: Interfaith Relations in the Muslim Tradition*, Cambridge 2003, nonché R. ROWBERRY, J. KHALIL, *A Brief History of Coptic Personal Status Law*, in *Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law*, 2010, pp. 81-139. Il diritto islamico accettava i matrimoni dei *dhimmi* e non interferiva nella libertà di contrarli, ad esempio, entro gradi di parentela che tra musulmani li avrebbero resi incestuosi, e le corti intervenivano solo sulle questioni economiche relative al mancato adempimento degli obblighi di mantenimento, o laddove i genitori mettessero in pericolo il benessere materiale dei figli (cfr. M.H. FADEL, *op. cit.*, p. 184). Ancora ai nostri giorni il fenomeno delle conversioni strumentali di cristiani all'Islam per ottenere il divorzio non è affatto inconsueto in ordinamenti in cui vige un principio di personalità del diritto su base confessionale (cfr. *Rai denounces conversion for divorce, but Catholics afforded few choices*, in *The Daily Star Lebanon*, 21 dicembre 2013).

²⁴ Attorno all'Anno Mille gli Ashkenaziti accettarono i bandi (in ebraico *takkanot*) del rabbino Gershom ben Judah di Magonza che proibivano il ripudio (in ebraico *ghet*), in assenza di gravi colpe o di consenso della moglie: cfr. A. GROSSMAN, *The Historical Background to the Ordinances on Family Affairs Attributed to Rabbeinu Gershom Me'or ha-Golan*, «*The Light of the Exile*», in A. RAPOPORT, A. ZIPPERSTEIN, S. ZIPPERSTEIN (a cura di), *Jewish History. Essays in Honour of C. Abramsky*, London, 1988, pp. 3-23.

nuova struttura: la territorialità del diritto, intesa come garanzia tanto dell'eguaglianza formale di tutti i soggetti dinanzi alla legge, quanto del monopolio statale sul diritto. Nel modello napoleonico infatti gli ebrei, emancipati, poterono accedere al matrimonio civile ed al divorzio civile in condizioni di piena parità con gli altri cittadini, mentre i loro matrimoni e divorzi religiosi perdevano ogni rilevanza per lo Stato, come del resto l'aveva persa il matrimonio canonico²⁵. Invece, in un modello più continuista come quello dell'*ABGB* austriaco, frutto di una vicenda di sforzi riformatori ma non di fratture rivoluzionarie, la codificazione statale non istituiva il matrimonio civile, ma disciplinava regimi matrimoniali differenti a seconda delle appartenenze confessionali e lasciava un ruolo alle diverse autorità religiose: di conseguenza, per quanto ci riguarda più direttamente, il divorzio restava impossibile per i matrimoni cattolici ed ammesso per quelli ebraici e protestanti²⁶. Il quadro sarebbe peraltro divenuto ancor più complesso con la bipartizione dell'impero, l'introduzione dell'ulteriore opzione del matrimonio civile ed il riconoscimento pure della comunità islamica in seguito all'annessione di nuovi territori²⁷. Un ulteriore esito in un

²⁵ Si veda in proposito R. BIRNBAUM, *L'Aigle et la Synagogue. Napoléon, les Juifs et l'État*, Paris, 2007. Le conquiste di Napoleone diffusero tale modello in tutta l'Europa continentale, e nei decenni seguenti la sua introduzione divenne la scelta che più tipicamente segnalava l'affermazione del principio di laicità, com'è accaduto, ad esempio, nell'Italia risorgimentale del 1865, nella Germania del 1875 in piena *Kulturkampf* bismarckiana, e nella Turchia kemalista del 1926.

²⁶ Più in particolare si possono vedere, per i cristiani cattolici, gli artt. 115 ss. *ABGB* e, per gli ebrei, gli artt. 123 ss. *ABGB*. Ci sembra opportuno ricordare che la codificazione austriaca del 1811 aveva alle spalle il riformismo giuseppino e nasceva in un periodo di generale influenza europea del modello napoleonico, ma rispetto ad esso manteneva caratteri distintivi nettamente propri.

²⁷ Dopo il compromesso austro-ungarico del 1867, nella parte magiara dell'impero si sarebbe arrivati, con la legge matrimoniale n. XXXI del 1894, ad introdurre il matrimonio civile e il divorzio per tutti, mentre in Austria quella civile sarebbe rimasta solo un'ulteriore opzione a fianco dei regimi matrimoniali confessionali sino all'*Anschluss* del 1938 che vi avrebbe introdotto il modello già franco-tedesco del matrimonio civile unico (cfr. J. VON SCHMÄDEL, *The History of Marriage Law in Austria and Germany: from Sacrament to Civil Contract*, in *Hitotsubashi journal of law and politics*, 2009, pp. 41-47). Frattanto, quando la Bosnia e l'Erzegovina passarono dal regime di occupazione, instaurato sin dal 1878, a quello di annessione, sancita nel 1908, le

certo qual modo paradossale si era frattanto prodotto con il Codice italiano del 1865 che, da una parte, accoglieva il modello napoleonico di matrimonio civile uguale per tutti ma, dall'altra, lo prevedeva come rigorosamente indissolubile e finiva quindi per togliere anche agli ebrei ogni possibilità di divorziare. Ci sembra però che possa essere interessante osservare come fra autorevoli esponenti della stessa comunità tale impostazione abbia ricevuto un'accoglienza positiva, in quanto i beni dell'emancipazione e dell'egualianza giuridica apparivano conquiste di valore comunque superiore²⁸.

2. *Divorzio e ordine pubblico*

Venuto meno il particolarismo all'interno di un diritto civile statale monolitico, il tema del confronto con modelli familiari differenti si sarebbe dunque spostato nel campo del diritto internazionale privato, riconfigurandosi come un problema di eventuale riconoscimento degli effetti di fattispecie costituite secondo le leggi di altri ordinamenti, ma rilevanti anche per quello interno in ragione dei caratteri di transnazionalità della vicenda. Per l'Italia questo genere di situazioni acquisirono una loro specifica problematicità nell'ambito che a noi interessa molto tempo prima che i fenomeni della globalizzazione o dei flussi migratori interessassero il Paese. Infatti, proprio il protrarsi di un'opzione nel senso di un rigoroso, e internazionalmente sempre più isolato, indissolubilismo²⁹ ebbe anche l'effetto di indurre non pochi cittadini a tentare

autorità asburgiche, con la *Islamgesetz 1912*, pervennero ad un primo riconoscimento pure per la comunità musulmana (cfr. F. KARČIĆ, *The Bosniaks and the Challenges of Modernity*, Sarajevo, 1999; S. HEINE, R. LOHLKER, RUDIGER, R. POTZ, *Muslimen in Österreich: Geschichte, Lebenswelt, Religion. Grundlagen für den Dialog*, Innsbruck, 2012, pp. 35-54).

²⁸ Si veda, in particolare, V. POLACCO, *La questione del divorzio e gli israeliti in Italia*, Padova, 1894. Occorre comunque precisare che una situazione del genere si era verificata anche in Francia nel periodo della Restaurazione, quando il codice napoleonico rimase in vigore ma il divorzio venne abolito, per essere poi reintrodotta solo con la legge Naquet del 27 luglio 1884.

²⁹ Dopo un'effimera vigenza durante la parentesi napoleonica (cfr. S. SOLIMANO, *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)*, Torino,

di conseguire il divorzio all'estero. La nostra giurisprudenza si è quindi da tempo confrontata con i dubbi relativi alla riconoscibilità di tali effetti, invocati a volte sulla base di convenzioni internazionali³⁰, ed in misura quantitativamente maggiore in quel peculiare periodo in cui una combinazione di circostanze aveva reso agevolissimo tentare la via dei cosiddetti "divorzi fiumani"³¹. L'approccio prevalente fu però nel senso della chiusura nei confronti di divorzi etichettati come "di contrabbando"³², in quanto il principio indissolubilistico, così nettamente

2017; P. MASTROLIA, *L'ombra lunga della tradizione. Cultura giuridica e prassi matrimoniale nel Regno di Napoli (1809-1815)*, Torino, 2018), l'introduzione del divorzio era stata oggetto di lunghi ed inconcludenti dibattiti nell'Italia liberale (cfr. C. VALSECCHI, *In difesa della famiglia? Divorzisti e antidivorzisti in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2004). Nei primi decenni del Novecento l'eccezionalità della Penisola era ormai evidente, come può dimostrare un'importante voce enciclopedica degli Anni Trenta in cui si dava atto di come il divorzio fosse vigente in tutta Europa con le sole eccezioni del Portogallo e dell'Italia (A. PARRELLA, N. FESTA, P. DE FRANCISCI, G. ERMINI, A. VITTI, *Divorzio*, in *Enc. It.*, 1932), e l'isolamento sarebbe forse apparso ancora più totale prima dell'abolizione salazarista dell'istituto nell'ordinamento lusitano, oltre che alla luce della vigenza dello stesso anche nella gran parte dei diritti extraeuropei, nelle progredite forme nordamericane o in quelle arcaiche del ripudio, tanto che M. WEBER, *Economia e società, III Sociologia del diritto*, Tübingen, 1922, trad. it., Torino, 2000, p. 44, utilizzava proprio il caso eccezionale del nostro Paese per discutere il problema della libertà di divorzio.

³⁰ Il dibattito risale quantomeno alla ratifica, con la ratifica, con la l. 7 settembre 1905, n. 523, della Convenzione dell'Aja del 12 giugno 1902 in materia di divorzio e separazione, che secondo gli orientamenti più aperti della giurisprudenza avrebbe fatto venir meno il contrasto con l'ordine pubblico delle sentenze straniere di divorzio: cfr. App. Milano, 24 novembre 1920, in *Foro it.*, 1921, c. 209 ss., con nota di A. CAVAGLIERI.

³¹ Si tratta di quei divorzi conseguiti da cittadini italiani che approfittarono della facilità con cui era possibile acquisire la cittadinanza di Fiume per usufruire delle liberali leggi ungheresi in materia, sia nel periodo della dannunziana Reggenza del Carnaro sia poi in quello dello Stato Libero. Si veda al riguardo P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, 1974, p. 218, nonché M. RIZZUTI, *Diritto di famiglia e Costituzione nella vicenda di Fiume*, in R. ORRÙ, F. GALLO, L. SCIANNELLA (a cura di), *Tra storia e diritto: dall'impero austro-ungarico al Nation Building del primo dopoguerra*, Napoli, 2020, pp. 283-297.

³² Come li troviamo sprezzantemente qualificati sia in una pubblicazione cattolica che approvava la legislazione del regime ma criticava le aperture dottrinali e giurisprudenziali nei

affermato a livello interno, tendeva ad apparire come di ordine pubblico, *a fortiori* man mano che lo Stato perdeva il carattere laico del periodo risorgimentale per giungere alla Conciliazione e poi al riconoscimento costituzionale del sistema concordatario³³.

È a questa lunga fase che risalgono anche alcune prime prese di posizione giurisprudenziali in materia di divorzio privato, con riferimento a casistiche ancora sporadiche e peculiari, interessate dal contatto con Paesi dove l'istituto si presentava non solo nelle antiche forme islamiche del ripudio maritale, ma anche in quelle allora modernissime del divorzio "per lettera" che l'ordinamento sovietico, almeno nel periodo più radicalmente rivoluzionario, riconosceva ad entrambi i coniugi. In un contesto nel quale era il divorzio in sé e per sé a presentarsi come inammissibile, era chiaro che queste forme ancora più estreme di libero scioglimento del rapporto coniugale non potevano che scontrarsi contro un'insuperabile barriera di ordine pubblico, quali che fossero gli specifici effetti concretamente fatti valere in giudizio dai soggetti interessati³⁴.

confronti di tale fenomeno (G.B. MIGLIORI, *Per una più attiva difesa giudiziale della famiglia*, in AA.VV., *Difendiamo la famiglia*, Roma, 1943), sia poi in un'interrogazione parlamentare presentata, in data 28 ottobre 1948, dallo stesso G.B. Migliori divenuto deputato democristiano.

³³ In Italia non si è mai arrivati a quanto sancito dalla cattolicissima Costituzione irlandese del 1937, il cui art. 41, comma 3, proibiva espressamente l'introduzione del divorzio ed il riconoscimento dei divorzi stranieri. Ciò nondimeno, già l'art. 8 del Progetto di Costituzione per la R.S.I. del 1943, aveva costituzionalizzato il richiamo ai Patti Lateranensi, con una formulazione poi ripresa dall'art. 7, comma 2, della Costituzione Repubblicana del 1948, che avrebbe consentito ad alcuni giudici di dubitare della costituzionalità della l. 1° dicembre 1970, n. 898, introduttiva del divorzio, prospettazione rigettata però, in un contesto sociale e culturale nettamente mutato, da una serie di decisioni della Consulta (cfr. *ex multis* Corte Cost., 8 luglio 1971, n. 169, in www.giurcost.org).

³⁴ Cass., 17 marzo 1955, n. 789, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 1654, sanciva la contrarietà all'ordine pubblico di un ripudio sovietico, pronunziato dunque nel contesto di un ordinamento che riconosceva ad entrambi i coniugi il potere di sciogliere liberamente con un atto privatistico il vincolo matrimoniale. Trib. Milano, 21 settembre 1967, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, p. 403, rigettava la richiesta di riconoscimento della libertà di stato, in conseguenza di un ripudio intervenuto secondo la legge iraniana, benché fosse stata presentata dalla stessa moglie ripudiata.

Il sistema ordinamentale italiano da allora si è, però, profondamente trasformato. Com'è noto, a segnare la svolta furono anzitutto proprio l'approvazione della legge sul divorzio, dopo un secolo di dibattiti, e quindi l'esito favorevole, ma tutt'altro che scontato, del successivo *referendum* popolare, cui avrebbe di lì a poco fatto seguito la complessiva riforma del diritto di famiglia nel senso dell'eguaglianza tra i coniugi e tra i figli³⁵. Il divorzio faceva allora ingresso nella nostra legislazione direttamente in quella forma che negli stessi anni stava iniziando ad assumere nei Paesi dove esisteva da tempo e che era piuttosto innovativa pure per tali contesti: non più sanzione per gravi violazioni degli obblighi scaturenti dal vincolo nuziale, ma rimedio per l'oggettivo venir meno del rapporto familiare³⁶. In piena coerenza con la crisi dei rigidi paradigmi dello statualismo giuridico moderno, si avviava dunque una postmoderna restituzione delle relazioni familiari alla loro naturalità sociale³⁷, e quindi anche il ritorno ad un modello, per certi aspetti paragonabile a quello romano, che le imperniava più sul rapporto fattuale che sul vincolo negoziale: così, da un lato, si riconosceva per

³⁵ Furono, infatti, l'approvazione della p.d.l. Fortuna-Baslini, presentata nel fatidico 1968 da due figure, un liberale e un radicale, come tali estranee alla logica delle "due chiese", cattolica e comunista, e divenuta la l. 898 del 1970, nonché l'esito del *referendum* del 1974, a portare allo smantellamento del vecchio diritto di famiglia con la epocale riforma di cui alla l. 19 maggio 1975, n. 151.

³⁶ In Gran Bretagna il *Divorce Reform Act 1969* ha consentito di fondare lo scioglimento del coniugio sul cosiddetto «*irretrievable breakdown*». In Francia la *loi, 11 juillet 1975, n. 617*, ha introdotto il divorzio per «*rupture de la vie commune*». In Germania la legge del 4 giugno 1976 ha configurato come sola causa di divorzio il fallimento irrimediabile dei rapporti tra gli sposi (*Zerrüttungsprinzip*). In Spagna la *ley, 7 julio 1981, n. 30*, ha regolato i presupposti del divorzio facendo riferimento al «*cese efectivo de la convivencia conyugal*».

³⁷ Sono noti i fondamenti costituzionali dell'impostazione in discorso: la priorità della persona rispetto alle formazioni sociali tutelate in funzione della prima ai sensi dell'art. 2 Cost.; il principio di eguaglianza senza distinzione di sesso ex art. 3 Cost.; il principio di eguaglianza tra i coniugi ed il riconoscimento del carattere astattuale della società familiare nell'art. 29 Cost. Si veda al riguardo, per tutti, G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979.

l'appunto nell'esaurirsi del rapporto, più che nell'inadempimento del vincolo, il fondamento del divorzio, e, dall'altro, iniziava a trovare accoglienza in giurisprudenza e in dottrina il tema della riconoscibilità di una rilevanza giuridica pure per la famiglia di fatto³⁸.

Beninteso, quel modello divorzile che veniva allora introdotto, e che risentiva ovviamente anche delle scelte compromissorie necessarie in un campo oggetto di così aspri conflitti, non apriva praterie di sconfinata libertà, ma imponeva anzi tempistiche gravose ed incentrava il procedimento sul ruolo del giudice statale, chiamato non solo a constatare l'effettiva crisi del rapporto ma anche ad intervenire per contrastarla con un tentativo di conciliazione oltre che a sindacare l'adeguatezza degli eventuali accordi presi dai separandi. A fronte di un simile assetto legislativo interno, la porta del diritto internazionale privato italiano non poteva dunque che restare ben chiusa ai divorzi stragiudiziali: se non era più di ordine pubblico l'indissolubilità, lo era però di certo un principio di necessario intervento giudiziale in ogni ipotesi di dissoluzione del rapporto matrimoniale³⁹.

³⁸ La formula parrebbe risalire a E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915, rist. Milano, 1968, con prefazione di Salv. Romano, p. 258 ss., il quale ipotizzava il caso in cui «Tizio e Caia, avendo tutti i presupposti richiesti per la celebrazione del matrimonio, in omaggio a certe loro convinzioni morali e politiche rifuggono dalla celebrazione del matrimonio civile, ma si limitano a convenire tra loro, con solenne giuramento, di considerarsi come marito e moglie. Non solo; ma effettivamente conformano la loro vita a tale dichiarazione» e concludeva che «costoro danno luogo in tal modo ad una società familiare, che può porsi, a raffronto con quella legale, appunto come di fatto». La svolta giurisprudenziale in Italia si è avuta con quelle sentenze che, pure in assenza di un matrimonio anche solo religioso, hanno ricondotto all'adempimento dell'obbligazione naturale le attribuzioni patrimoniali e l'erogazione periodica di somme a titolo di mantenimento tra i concubini (Cass., 25 gennaio 1960, n. 68, in *Foro it.*, 1961, I, c. 2017; Cass., 3 febbraio 1975, n. 389, in *Foro it.*, 1975, I, p. 2301). Tra i fondamentali contributi dottrinali emersi proprio negli anni segnati dalle trasformazioni in discorso si segnalano in particolare A.C. JEMOLO, *La famiglia di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 398 ss., e AA. VV., *Atti del convegno nazionale «La famiglia di fatto»*, Pontremoli 27-30 maggio 1976, Montereale, 1977.

³⁹ Si può menzionare App. Roma, 9 luglio 1973, in *Dir. fam.*, 1974, 653 ss., che rifiutava di riconoscere effetti al ripudio in un caso in cui era stato proprio su richiesta della moglie

Al tempo stesso, la riforma apriva la strada per ulteriori sviluppi. Sul piano dei macro-modelli comparativi, dopo il passaggio dal divorzio come sanzione a quello rimediale, la successiva vicenda ha infatti visto la progressiva affermazione di un divorzio libero come diritto del singolo coniuge, dapprima in una realtà peculiare come quella svedese, oltretutto non esente dall'influsso sovietico, e poi in maniera sempre più diffusa⁴⁰. Ed un divorzio libero di questo tipo può essere formalizzato in sede giudiziaria ma anche in modalità privatistiche senza che ciò ne sconvolga la natura. A livello europeo il successo dei modelli riconducibili a questa nuova impostazione⁴¹, pienamente coerente con il prevalere, al livello sociale prima ancora che giuridico, di un concetto del rapporto familiare funzionalizzato non ad un superiore interesse dell'istituzione ma

italiana che il marito egiziano lo aveva pronunciato. Dall'altra parte, va considerata la giurisprudenza che ha riconosciuto i divorzi israeliani benché formalmente incentrati sul *ghet* emesso dal marito, in quanto tale atto rituale è ammissibile, e diviene anzi obbligatorio, solo in seguito all'autorizzazione del tribunale rabbinico, emessa su istanza congiunta dei coniugi consenzienti o in seguito ad un procedimento contenzioso che si svolge in condizioni di parità, mentre se l'uomo procedesse al ripudio senza autorizzazione, o non vi procedesse nonostante la sentenza, incorrerebbe in una responsabilità penale: si possono vedere al riguardo, anche per ulteriori riferimenti, C. RIMINI, *Il ripudio innanzi ad un tribunale rabbinico israeliano e la sua rilevanza come divorzio ottenuto all'estero*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, 55-66, e N. BORSERINI, *Il limite dell'ordine pubblico nella delibazione delle pronunce rabbiniche di divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 735 ss.

⁴⁰ Nell'analisi comparatistica si parla di una generale tendenza al passaggio da un primo modello di divorzio ammissibile soltanto come sanzione per l'inadempimento ai doveri coniugali, ormai abbandonato da tutti i Paesi europei, ad uno successivo di divorzio *no-fault* come rimedio conseguente all'accertamento giudiziale di una crisi del rapporto (che a J. Carbonnier appariva però già troppo simile ad un ripudio incompatibile con i valori occidentali), ed infine ad un divorzio *on demand*, rimesso cioè alla mera volontà delle parti, da esprimere in sede giudiziale o stragiudiziale, diffusosi a partire dalla riforma svedese del 1973, adottata del resto anche per l'influsso che sui socialisti scandinavi esercitava il modello sovietico: cfr. R. PHILLIPS, *Putting Asunder. A History of Divorce in Western Society*, New York, 1988, e M. ANTOKOLSKAIA, *op cit.*, pp. 315-342.

⁴¹ Tra gli Stati europei che conoscono varie modalità di divorzio privato vanno oggi annoverati, oltre all'Italia, anche Francia, Spagna, Portogallo, Belgio, Romania, Lettonia, Estonia: cfr. G. BUFFONE, *La Corte di Giustizia sui divorzi privati*, in *www.ilcaso.it*, 3 gennaio 2018.

alla realizzazione personale dei singoli componenti, è peraltro dipeso anche dall'innescarsi di meccanismi di concorrenza fra gli ordinamenti. Infatti, i meccanismi sovranazionali di circolazione e mutuo riconoscimento delle decisioni e degli *status* hanno reso percorribile la via di un "turismo divorzile", attratto da quelle destinazioni rappresentate dai sistemi giuridici in grado di offrire procedimenti "brevi" e "facili", per cui anche gli ordinamenti più recalcitranti si sono indotti a modificare i propri assetti interni onde evitare di rimanerne svuotati⁴².

Focalizzando l'attenzione sul nostro ordinamento, ci sembra che tale evoluzione abbia avuto luogo su almeno tre piani. Anzitutto è significativamente mutata la stessa prassi applicativa giudiziale, con il tentativo di conciliazione ridotto a mera formalità ed il consolidamento in giurisprudenza dell'orientamento liberale per cui nessun sindacato è possibile in ordine al presupposto della intollerabilità soggettiva della convivenza coniugale⁴³, che il soggetto interessato deve in sostanza solo dichiarare per far partire il procedimento di separazione che condurrà quindi al divorzio. Frattanto anche la disciplina positiva veniva modificata, non solo con la progressiva riduzione delle, originariamente punitive, tempistiche⁴⁴, sino alla sperimen-

⁴² Così anche la "degiurisdizionalizzazione" italiana del divorzio, di cui agli artt. 6 e 12 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modifiche in l. 10 novembre 2014, n. 162, ha fatto seguito alla presa d'atto della sempre più ampia diffusione della prassi di prendere residenze più o meno fittizie in altri Paesi comunitari, allo scopo di ottenere il divorzio consensuale senza attendere i tempi della giustizia interna, grazie anche all'assistenza di agenzie professionalmente dedite a tali attività. Di lì a poco, persino l'ordinamento canonico ha introdotto con il *Motu proprio "Mitis Iudex Dominus Jesus"*, 15 agosto 2015, quello che a livello giornalistico è ormai noto come "l'annullamento breve".

⁴³ Tale interpretazione dell'art. 151 c.c. è ormai sostanzialmente pacifica nella giurisprudenza italiana: cfr., *ex multis*, Cass., 29 aprile 2015, n. 8713, in *www.altalex.com*, in cui si spiega il concetto di intollerabilità della convivenza in termini di "fatto psicologico squisitamente individuale" e di "disaffezione al matrimonio di una sola delle parti".

⁴⁴ I tempi del divorzio sono stati, com'è ben noto, ridotti dapprima con la l. 6 marzo 1987, n. 74, e successivamente con la l. 6 maggio 2015, n. 65.

tazione nell'ambito delle unioni civili di un, più razionale, modello di divorzio che dalla previa separazione possa prescindere⁴⁵, ma anche e soprattutto con l'introduzione per i divorzi consensuali di modalità procedurali degiurisdizionalizzate⁴⁶, ovvero, ancor più di recente, persino di forme telematiche smaterializzate⁴⁷. Dall'altra parte, ha conosciuto notevoli avanzamenti la vicenda del riconoscimento delle convivenze "di fatto", il che ha implicato anche riconoscere un'efficacia estintiva di rilevanti effetti giuridici agli atti di scioglimento di tali rapporti, pure collocati sempre su un piano privatistico, con un certo formalismo nel caso del contratto di convivenza e nessuno in quello, più frequente a livello pratico, della convivenza legalmente rilevante ma non contrattualizzata⁴⁸.

⁴⁵ Il divorzio immediato è oggi previsto, con una *reverse discrimination* di dubbia costituzionalità, per le sole unioni civili omosessuali dall'art. 1, comma 24, della l. 20 maggio 2016, n. 76, mentre l'ipotesi è stata accantonata per quanto attiene al matrimonio, con lo stralcio da quella che sarebbe divenuta la l. 55 del 2015. I tempi ci sembrano invero maturi per una nuova riforma che, in linea anche con quanto previsto da altri ordinamenti, generalizzi il divorzio immediato, mantenendo la separazione come opzione distinta, parallela e non prodromica al divorzio, aperta a quanti per ragioni di coscienza il divorzio non vogliono.

⁴⁶ Si allude ai già menzionati artt. 6 e 12 del d.l. 132 del 2014, in base ai quali la separazione consensuale o il divorzio congiunto, o la modifica delle relative condizioni, possono prodursi anche per effetto di un accordo negoziato dai coniugi con l'assistenza di un avvocato per parte, oppure di un atto dei coniugi ricevuto dall'ufficiale di stato civile. Al riguardo si vedano, per tutti, S. PATTI, *The privatization of the divorce in Italy*, in *Famiglia*, 2017, 2, p. 155 ss., e R. MONTINARO, *Marital Contracts and Private Ordering of Marriage from the Italian Family Law Perspective*, in *The Italian Law Journal*, 2017, pp. 75-90.

⁴⁷ Nei giorni dell'emergenza pandemica sono stati elaborati dalla prassi giudiziale anche meccanismi che consentano di pervenire all'omologa della separazione consensuale o alla sentenza di divorzio congiunto con un procedimento che si regge tutto su manifestazioni di volontà espresse in via telematica: cfr. L. FERRARELLA, *I nuovi divorzi super veloci. Niente udienza, basta una mail*, in *Corriere della Sera*, 11 maggio 2020.

⁴⁸ Sullo scioglimento del contratto di convivenza di cui all'art. 1, comma 59, lettera b, della l. 76 del 2016, si veda, anche per gli ulteriori riferimenti, R. MAZZARIOL, *Convivenze di fatto e autonomia privata: il contratto di convivenza*, Napoli, 2018, p. 237 ss.

3. Ripudio e multiculturalismo

Ed è sullo sfondo di un così profondamente rinnovato contesto interno che il carattere sempre più multiculturale della società propone ulteriori questioni. Com'è noto, infatti, in un mondo globalizzato e più in particolare in un Paese che, da tempi relativamente recenti, è divenuto meta di significativi flussi immigratori, l'ipotesi della relazione con modelli familiari estranei a quelli della tradizione giuridica occidentale non è più episodica ma sta divenendo strutturale. Per il profilo che ci interessa in questa sede, si tratta essenzialmente delle problematiche poste da crisi familiari con una qualche dimensione transnazionale, per cui gli effetti di un divorzio prodottosi legittimamente nel Paese di provenienza vengano fatti valere anche nel nostro ordinamento. Nello specifico, a fronte di una significativa immigrazione di provenienza islamica, il problema diventa appunto quello di se e come, in questo tipo di circostanze, riconoscere gli effetti riconducibili ad un atto di ripudio.

Ad ogni modo, trattandosi di valutare gli effetti giuridici di istituti propriamente stranieri, la questione di fondo rimane quella dell'individuazione di adeguati parametri assiologici cui fare riferimento. In termini più tecnici si tratta di concretizzare l'interpretazione della problematica formula dell'ordine pubblico. Beninteso, come ogni clausola generale, anche questa è utile proprio per la sua non piena predeterminabilità e di conseguenza per la sua capacità di fungere da organo respiratorio del sistema, che ne consenta un adeguamento evolutivo a nuove realtà. In particolare, la sua precipua funzione nel diritto internazionale privato attiene non già ad un controllo astratto su di una, pressoché impossibile, esatta conformità della legge straniera a quella interna, e nemmeno sulla sua rispondenza ad un ipotetico vaglio di costituzionalità interno⁴⁹, quanto piuttosto ad una verifica in concreto sugli specifici

⁴⁹ Invero, se valutato come manifestazione di un ordinamento autonomo all'interno di un sistema costituzionale di tutela dei diritti umani, il ripudio maritale islamico andrebbe con ogni probabilità incontro ad una declaratoria di illegittimità. Al riguardo

effetti che di quell'istituto si vogliono far valere e sulla loro compatibilità con i principi di fondo dell'ordinamento interno. Per tutte queste ragioni non si tratta di tradurre l'ordine pubblico in un preciso catalogo di norme inderogabili, quale che sia poi il loro posto nella gerarchia delle fonti⁵⁰, ma di individuare con un accettabile grado di approssimazione quei principi che nell'attuale contingenza storica, e quindi sempre con un carattere di relatività, assumano rilievo fondamentale⁵¹.

risulta indicativo il caso dell'India, dove alla minoranza musulmana rimasta nel Paese nonostante la Partizione del 1947 è stato consentito di conservare il proprio statuto personale, di cui al *Muslim Personal Law (Shariat) Application Act, 1937*, sottraendosi, come del resto anche le comunità ebraica, zoroastriana e cristiana, all'applicazione del diritto di famiglia secolarizzato, entrato in vigore per la maggioranza della popolazione con la riforma del 1955. In tale peculiare contesto, infatti, la Supreme Court of India, 22 agosto 2017, *Shayara Bano vs. Union of India & Others*, con una pronuncia di portata storica, ha finito per dichiarare incostituzionale quella parte dello statuto personale islamico che ammette il ripudio istantaneo per triplo *talaq*.

⁵⁰ Alla tesi restrittiva estrema, abbracciata da Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, per cui si potrebbe avere violazione dell'ordine pubblico solo in caso di contrasto con i valori costituzionali primari, inderogabili anche per il legislatore interno e sottratti alla stessa possibilità di revisione costituzionale, si è contrapposta la diversa impostazione, accolta da Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Corr. giur.*, 2019, 10, p. 1198 ss., su cui cfr. G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 2, p. 337 ss., in base alla quale vanno considerati anche quei principi fondamentali che si siano incarnati al livello della legislazione ordinaria.

⁵¹ Nell'ampia letteratura in tema di ordine pubblico si segnalano: G. BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963; L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965, XII, p. 130 ss.; G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (l'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti nel diritto civile*, Padova, 1974; N. PALAIA, *L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1974; P. BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977; G. PANZA, *Ordine pubblico, Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1 ss.; L. LONARDO, *Ordine pubblico e illecità del contratto*, Napoli, 1993; F. MOSCONI, *Qualche considerazione sugli effetti dell'eccezione di ordine pubblico*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp. 5-14; C.F. EMANUELE, *Prime riflessioni sul concetto di ordine pubblico nella legge di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 1996, p. 326 ss.; F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007; O.

Venendo più specificamente alla materia familiare⁵², ed è chiaro che un discorso del genere può essere condotto con una qualche attendibilità solo se si scende al livello delle singole questioni, non si può fare a meno di osservare quanto profondamente siano mutati i valori di riferimento nella più recente evoluzione storica, cui prima abbiamo fatto qualche cenno. Invero, nel recente passato sarebbe stato relativamente facile definire i contenuti dell'ordine pubblico in un diritto di famiglia fortemente eteronomo ed istituzionalizzato: sarebbe con ogni probabilità bastato richiamare la difesa dell'unico modello familiare ammissibile, ovvero il matrimonio eterosessuale, patriarcale, monogamico e, per quanto ci riguarda più direttamente in questa sede, indissolubile. Oggi invece il sistema ordinamentale interno si ispira evidentemente al riconoscimento di una pluralità di modelli familiari differenti e la libertà di divorzio è pienamente ammessa, anzi parrebbe costituire essa stessa un principio di fondo⁵³. D'altra parte, un elemento che era

FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in G. PERLINGIERI, M., D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 409 ss.; P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furgiele*, Mantova, 2017, I, p. 355 ss.; G. PERLINGIERI, G., ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019.

⁵² Si possono vedere al riguardo M. RIZZUTI, *Ordine pubblico costituzionale e rapporti familiari: i casi della poligamia e del ripudio*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, pp. 604-627, e L. RADEMACHER, *Die Abwehr anstößigen Familien- und Erbrechts: Zwischen Toleranz und Geschlechter-gleichstellung*, in C.S. RUPP, J. ANOMO, K. DUDEN, M. KRAMME, T. LUTZI, M. MELCHER, M.T. MONTANA, S. SEGGER-PIENING, F. PFÖRTNER, S. WALTER (a cura di), *IPR zwischen Tradition und Innovation*, Tübingen, 2019, pp. 121-140.

⁵³ La libertà di divorzio era stata espressamente costituzionalizzata nell'art. 43 della Costituzione spagnola del 1931, una cui una prima bozza, mai approvata, prevedeva addirittura una sorta di discriminazione al contrario, con la sola moglie che, in quanto parte socialmente debole, avrebbe avuto diritto ad un divorzio unilaterale libero, senza bisogno della giusta causa, come avevano a suo tempo auspicato alcuni pensatori settecenteschi (cfr. M. ANOKOLSKAIA, *op. cit.*, p. 250, nt. 116). Nulla del genere può essere ravvisato nella nostra Costituzione e nemmeno nella Convenzione EDU (cfr. Corte EDU, 18

pressoché irrilevante nel modello tradizionale, ovvero il pieno riconoscimento dell'eguaglianza tra i sessi, assume oggi il valore di principio questo sì inderogabile nell'ambito di tutti i diversi modelli familiari⁵⁴.

Se applichiamo tali coordinate al nostro tema dei divorzi privati, le risposte non possono che divergere da quelle di un passato anche recente. Ovviamente non avrebbe alcun senso tornare a quelle impostazioni che ravvisavano motivi di contrasto con l'ordine pubblico nel divorzio in quanto tale, ma a ben vedere non lo ha nemmeno continuare a richiamare le motivazioni che consideravano di ordine pubblico la necessità dell'intervento giudiziale⁵⁵ in quanto si è già visto come

dicembre 1986, *Johnston & Others vs. Ireland*, n. 9697/82), ma occorre considerare che tutti i Paesi europei hanno però ormai introdotto il divorzio, e che l'art. 10 del Regolamento UE n. 1259 del 20 dicembre 2010, sul diritto internazionale privato del divorzio e della separazione personale, tutela l'accesso al divorzio prevedendo una specifica deroga agli ordinari criteri di determinazione della legge applicabile, qualora questa "non preveda il divorzio o non conceda a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio".

⁵⁴ A livello internazionale vanno menzionati l'art. 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, in base al quale i coniugi "are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution", ed il VII Protocollo Addizionale alla Convenzione EDU, firmato a Strasburgo il 22 novembre 1984, per cui i coniugi "shall enjoy equal rights and responsibilities of private law character between them and in their relations with their children as to marriage, during marriage and in the event of its dissolution". A livello interno il generale principio di eguaglianza "senza distinzione di sesso" di cui all'art. 3, comma 1, Cost., subiva una pesante attenuazione in ambito coniugale, in quanto l'art. 29, comma 2, Cost. consentiva di limitarlo "a garanzia dell'unità familiare", ma le predette norme internazionali impongono di ritenere superate tali limitazioni.

⁵⁵ App. Venezia, 9 aprile 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 1029 ss., con nota di O. VANIN, e App. Roma, 12 dicembre 2016, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, p. 347 ss., con nota di P. VIRGADAMO, in accoglimento di quanto sostenuto dalle mogli ripudiate, hanno entrambe negato la riconoscibilità delle sentenze straniere che avevano accertato, sulla base del diritto islamico, l'avvenuto ripudio e che sono state ritenute in contrasto con l'ordine pubblico soprattutto in ragione dell'impossibilità per le donne interessate di esercitare il diritto di difesa nei relativi procedimenti. L'esito è condivisibile, ma convince assai meno il richiamo tratlazio che troviamo nella seconda pronunzia ad un preteso principio di dissolubilità del matrimonio soltanto in seguito all'accertamento giudiziale del disfaci-

l'odierno modello divorzile interno ad esse non corrisponda più. Il divorzio privato esiste nell'ordinamento nazionale, per cui non ci sembra più possibile rifiutare in quanto tali i divorzi privati stranieri: la specifica problematicità del ripudio islamico è un'altra, e va ravvisata nel suo carattere di privilegio maritale, e quindi in un possibile contrasto dei suoi effetti con il principio di eguaglianza tra i sessi.

Da questo punto di vista, però, la valutazione deve necessariamente farsi più complessa, come dimostrano alcuni tentativi giurisprudenziali di offrire un nuovo inquadramento, e che per il momento non sono comunque giunti ad una soluzione definitiva e soddisfacente. Anzitutto, va segnalata una criticata pronuncia di merito che ha ritenuto di poter considerare riconoscibile un atto di ripudio maritale egiziano in quanto nel Paese di provenienza esiste anche un divorzio conseguibile su istanza della moglie e quindi non sarebbe ravvisabile un contrasto con il principio di eguaglianza di genere⁵⁶. Tale impostazione motivazionale è apparsa però ben poco convincente, dato che il procedimento accessibile alla moglie è di gran lunga più oneroso del libero ripudio che compete al marito, e l'assetto cui si perviene è quindi certamente tutto men che egualitario. In un'altra vicenda giurisdizionale che è pervenuta all'attenzione della giustizia europea, pur senza essere decisa nel merito, si affacciava invece la questione del valore da riconoscere ad un'accettazione del ripudio da parte della stessa moglie, che renderebbe la vicenda sostanzialmente analoga ad un divorzio consensuale stragiudiziale interno⁵⁷. Il problema è però quello di come valutare se e

mento della comunione di vita familiare, evidentemente smentito dalle ricordate riforme del 2014.

⁵⁶ Il riferimento è ad App. Cagliari, 16 maggio 2008, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 647, nella parte in cui sostiene che il *talaq* non sarebbe lesivo dell'eguaglianza di genere in quanto il diritto islamico riconosce anche alla donna la possibilità di un divorzio unilaterale.

⁵⁷ Il riferimento è alla vicenda considerata da Corte giust. UE, 20 dicembre 2017, C-372/16, *S. Sahyouni c. R. Mamisch*. La questione era stata sollevata dall'*Oberlandesgericht München*, di fronte al caso di una famiglia immigrata dalla Siria, ove vige il ripudio islamico,

quanto davvero libera potrebbe effettivamente dirsi tale accettazione, tenendo in considerazione il contesto sociale e culturale dello specifico Paese di provenienza che venga in rilievo.

La difficoltà della questione per gli interpreti chiamati ad affrontarla è emersa in pieno con il primo caso giunto all'esame della giurisprudenza di legittimità, che ha dato luogo ad un peculiare meccanismo procedurale, di rinvio della decisione, da prendere una volta raccolte maggiori informazioni sul Paese di provenienza, nonché a seguito di un approfondito studio da parte dell'ufficio del massimario sulle soluzioni adottate in altri ordinamenti comparabili con il nostro⁵⁸. L'esito di

in Germania, dove non è prevista nessuna forma di divorzio privato: il rimettente chiedeva alla Corte Europea "se il consenso al divorzio prestato dal coniuge discriminato – anche mediante la sua accettazione di prestazioni compensative – costituisca già un motivo per disapplicare" il ricordato art. 10 del reg. 1259 del 2010, proponendo nella sostanza di ritenere accettabile in siffatte circostanze l'efficacia del divorzio privato siriano, e nel procedimento in sede comunitaria il governo tedesco, nonché ovviamente il marito ripudiante (che in Siria aveva già versato alla donna accettante circa ventimila dollari americani), argomentavano in favore di una risposta affermativa al quesito, mentre la Commissione, i governi francese, ungherese e portoghese, nonché l'Avvocato Generale della stessa Corte, nelle conclusioni rassegnate il 14 settembre 2017, si esprimevano in senso contrario. I giudici europei si sono comunque limitati a dichiararsi incompetenti in quanto "il divorzio risultante da una dichiarazione unilaterale di uno dei coniugi dinanzi a un tribunale religioso, come quello oggetto del procedimento principale, non ricade nella sfera di applicazione *ratione materiae* di detto regolamento": in tal modo non hanno risolto il problema del ripudio islamico ed hanno al contempo gettato seri dubbi sul regime di circolazione a livello europeo dei divorzi privati interni.

⁵⁸ Cass., ord. 1° marzo 2019, n. 6161, in *www.ilcaso.it*, ha dovuto confrontarsi con il problema posto dalla domanda di riconoscimento in Italia di una sentenza di divorzio tra due coniugi di doppia cittadinanza italiana e giordana resa dal Tribunale sciaraitico palestinese di Nablus Occidentale. I supremi giudici, da una parte, hanno avvertito l'esigenza di acquisire, tramite il Ministero della Giustizia, informazioni sulla legge palestinese n. 3/2011 o altra legge regolatrice del divorzio al fine di vagliare l'effettiva contrarietà all'ordine pubblico del provvedimento palestinese. Dall'altra parte, in ragione della delicatezza della questione, hanno anche richiesto "all'Ufficio del Massimario... una relazione sullo stato della dottrina e della giurisprudenza, nazionale Europea e comparata, sul tema del riconoscimento, nell'ordinamento nazionale, degli effetti di un provvedimento, giurisdizionale e non, di divorzio ottenuto da uno dei coniugi dinanzi ad un Tribunale civile o religioso straniero in base all'istituto del *talaq* o ad altri istituti analoghi".

tali approfondimenti è stato nel senso di un diniego della riconoscibilità per contrasto con l'ordine pubblico in ragione della natura discriminatoria del ripudio maritale⁵⁹, ma tutto ciò non è valso a chiudere la questione. Al contrario, è da notare che di lì a pochi giorni una diversa pronuncia, addirittura emessa dalla medesima prima sezione in diversa composizione, cassava una decisione di merito che si era espressa per l'appunto nel senso dell'irricognoscibilità del ripudio, ed i giudici di legittimità questa volta sottolineavano come non si debba sindacare l'istituto straniero nel suo contenuto astratto, ma, in linea con quanto già ricordavamo a proposito del concetto di ordine pubblico, si debbano semmai valutare gli effetti che dello stesso siano stati concretamente fatti valere nel nostro ordinamento, tenendo conto in particolare del dato di una situazione familiare in cui comunque si era già irrimediabilmente disfatta la comunione di vita tra i coniugi⁶⁰. Il contrasto fra le due impostazioni è, insomma, del tutto evidente, e parrebbe anzi tale da preludere ad una futura rimessione alle Sezioni Unite.

Nonostante tutte le incertezze che si addensano sulla nostra materia, ci sembra comunque necessario tentare di delineare qualche riferimento interpretativo sulla base delle considerazioni sinora esposte. Invero, se la valutazione di contrasto con l'ordine pubblico si basa oggi non su di un preteso principio di necessaria giudizialità del divorzio ma sulla necessità di garantire il principio di eguaglianza fra i sessi, sarà, a nostro avviso, fondamentale valutare, in una logica non di direzione ma di protezione, chi faccia valere gli effetti del ripudio ed a quale scopo. Qualora dunque il ripudio, anche se subito nel Paese d'origine in maniera contrastante con i nostri principi, sia però fatto valere in Italia dalla stessa donna ripudiata, non ha senso opporre proprio a danno

⁵⁹ Cass., 7 agosto 2020, n. 16804, in <https://dejure.it>.

⁶⁰ Cass., 14 agosto 2020, n. 17170, in www.quotidianogiuridico.it. Nella specie si trattava di un ripudio iraniano che era stato trascritto come divorzio dall'ufficiale di stato civile italiano competente e di cui la Corte d'Appello di Bari aveva però ordinato la cancellazione.

di costei l'eccezione di ordine pubblico. E l'ipotesi non è affatto paradossale: basti pensare ai casi in cui la donna faccia valere l'avvenuto divorzio per potersi risposare⁶¹, o per invocare diritti patrimoniali che proprio allo scioglimento del matrimonio si riconnettano, nelle forme occidentali degli assegni divorzili o eventualmente anche in quelle islamiche del *mahr*⁶². Ci sembra peraltro che questa *ratio* stia anche alla base di almeno una delle decisioni passate pocanzi in rassegna, dato che una situazione del genere emergeva a livello fattuale, pur essendo risultata, come dicevamo, scarsamente convincente la differente motivazione adottata dai giudici⁶³.

⁶¹ Era questo il caso, ad esempio, della ricordata decisione del Trib. Milano, 21 settembre 1967, *cit.*, i cui esiti sarebbero oggi, a nostro avviso, del tutto inaccettabili. Anche la citata Cass., 7 agosto 2020, n. 16804, che pure come dicevamo nega la riconoscibilità del ripudio, menziona però il profilo della tutela della moglie "rispetto agli effetti del c.d. matrimonio "claudicante", ai sensi dell'art. 3, n. 2, lett. e della l. 898 del 1970. A livello comparatistico, va segnalato come il *Tribunal Supremo* spagnolo abbia sancito, con la pronuncia del 21 aprile 1998, che gli effetti del ripudio devono essere riconosciuti quando è la moglie ripudiata a chiederlo, ed una soluzione analoga è stata positivizzata in Belgio dall'art. 57 del *Code de droit international privé* del 16 luglio 2004, in cui si prevede che il ripudio è riconoscibile quando la moglie lo ha accettato mentre i relativi lavori preparatori specificano che tale accettazione può dedursi anzitutto da un'azione giudiziale intentata dalla donna stessa per ottenere la possibilità di risposarsi, o per far valere le conseguenze patrimoniali del divorzio, e illustrano come la scelta del legislatore in tal senso sia per l'appunto motivata dalla necessità di evitare una situazione di "double victimisation" della parte protetta.

⁶² Il *mahr* costituisce elemento essenziale del contratto nuziale islamico e consiste in un'attribuzione patrimoniale da parte del marito nei confronti della moglie, la cui prima quota viene versata al tempo delle nozze mentre la seconda, più consistente sul piano economico, è rinviata ad un momento successivo solitamente coincidente con lo scioglimento del matrimonio, di talché il meccanismo svolge la fondamentale funzione di compensare il potere maritale di ripudio e la sostanziale assenza di obblighi di solidarietà postconiugale. Si veda al riguardo, anche per ulteriori riferimenti, M. RIZZUTI, *Patti pre-matrimoniali, divorzi privati e 'multiconiugalismo'*, in M. PALAZZO, S. LANDINI (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, in *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notaio*, 2018, 1, pp. 337-354.

⁶³ Alludiamo al ricordato caso di App. Cagliari, 16 maggio 2008, *cit.*: l'esito della vicenda in un senso favorevole al marito ripudiante risulta alla fine condivisibile, se si

In questa prospettiva dunque il profilo davvero problematico non è tanto la possibilità di un divorzio stragiudiziale, ma l'impossibilità per la moglie di accedervi anch'essa. Saranno pertanto da considerare certamente contrarie all'ordine pubblico le eventuali pretese di far valere la legge personale del Paese d'origine contro la donna che intenda divorziare secondo le leggi del Paese europeo di residenza. Potrà essere altresì problematica la pretesa del marito di far valere contro la moglie gli effetti dell'esercizio del suo privilegio⁶⁴, mentre, come si è detto, non vediamo ragioni per obiettare a che la moglie stessa faccia valere l'avvenuto divorzio.

Va peraltro precisato che, se fino a questo momento la questione si è posta in termini di diritto internazionale privato, e più specificamente di valutazione della conformità all'ordine pubblico, occorre però considerare come, a differenza di quello che poteva essere il caso tipico di periodi precedenti, oggi abbiamo a che fare con comunità migranti che conducono bensì un'esistenza transnazionale ma cominciano anche ad avere un radicamento significativo nel nostro Paese. Per il tramite del diritto internazionale privato e del richiamo alla legge del Paese di provenienza, che spesso è anche l'unico Paese di cui i soggetti in questione sono cittadini non essendo agevole conseguire la naturalizzazione nel nostro sistema basato sullo *jus sanguinis*⁶⁵, viene quindi a configurarsi

considera che la ex moglie non si era opposta né in Egitto al ripudio né in Italia al suo riconoscimento, contestato solo dal Pubblico Ministero, ed era nel frattempo convolata a nuove nozze, per cui non si vede quale effetto concreto contrastante con l'ordine pubblico si sarebbe mai potuto produrre.

⁶⁴ Più incerti ci sembrano i casi in cui siano soggetti terzi a far valere il ripudio. Sempre nella logica dell'ordine pubblico di protezione, dovremmo ammettere che i parenti della moglie ripudiata, dopo il suo decesso, facciano valere il ripudio per escludere il marito dalla successione rispetto ai beni da lei relitti in Europa. Al contrario, andrebbe escluso un potere dei parenti del defunto marito ripudiante di far valere il ripudio stesso per escludere la donna dalla successione rispetto ai beni da lui relitti in Europa.

⁶⁵ Alludiamo naturalmente al sistema regolato dalla l. 5 febbraio 1992, n. 91, tuttora sopravvissuto ai dibattiti in ordine all'eventuale implementazione di meccanismi di *jus soli* o *jus culturae*.

nella realtà sociale un “pluralismo domestico”, che sfida i canoni moderni della territorialità del diritto⁶⁶.

In altri Paesi europei che hanno conosciuto una ben più lunga vicenda immigratoria siamo già di fronte ad una fase successiva, in cui è l'azione ordinante dei privati che nell'ambito delle stesse comunità migranti dà origine a strumenti giuridici culturalmente connotati ma non riducibili alle realtà statuali dei Paesi di provenienza, per cui il problema di un qualche riconoscimento di tali forme di pluralismo assume una dimensione tutta interna. Spesso si tratta proprio di vicende che riguardano la gestione stragiudiziale delle crisi familiari e delle relative conseguenze anche patrimoniali, per cui la loro rilevanza ai nostri fini appare notevole. Il dibattito in proposito si presenta come piuttosto animato, specie nel Regno Unito⁶⁷, ed

⁶⁶ Si è parlato al riguardo di “interlegalità” (cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in *Journal of Law and Society*, 1987, pp. 279-302) o anche, con più specifico riferimento all'ambito familiare di “multiconiugalismo” (cfr. J.A. NICHOLS (a cura di), *op. cit.*; nonché M. RIZZUTI, *Patti prematrimoniali, divorzi privati e 'multiconiugalismo'*, *cit.*).

⁶⁷ Con riferimento ai cosiddetti *Sharia Councils* britannici si vedano: W.F. MENSKI, *Muslim Law in Britain*, in *Journal of Asian and African Studies*, 2001, pp. 127-163; I. YILMAZ, *The Challenge of Post-modern Legality and Muslim Legal Pluralism in England*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2002, pp. 343-354; S. ROBINSON, P. WETHERLY, *Secularism and the Accommodation of Religious Law: Reflections on Rowan Williams' Lecture*, in M. FARRAR, S. ROBINSON, Y. VALLI, P. WETHERLY, *Islam in the West. Key Issues in Multiculturalism*, London, 2012, pp. 65-78; M.M. KESHAVJEE, *Islam, Sharia & Alternative Dispute Resolution. Mechanisms for Legal Redress in the Muslim Community*, London, 2013; P. PAROLARI, *Sharia e corti islamiche in Inghilterra tra mito e realtà. Pluralità di ordinamenti giuridici e interlegalità nelle società multireligiose e multiculturali*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, pp. 157-191; R. BENIGNI, *La giurisdizione confessionale: ambiti tradizionali e nuove sfide per gli ordinamenti occidentali*, in R. BENIGNI, B. CORTESE (a cura di), *La “giurisdizione”: una riflessione storico-giuridica. Raccolta di scritti del Seminario di studi interdisciplinari del Dottorato di ricerca in discipline giuridiche Roma, 31 maggio 2018*, Roma, 2019, pp. 79 ss.; P. PAROLARI, *Diritto policentrico e interlegalità nei Paesi europei di immigrazione: il caso degli shari'ah councils in Inghilterra*, Torino, 2020; A. RINELLA, *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, Bologna, 2021. Peraltro, è opportuno tenere presente che il tema non riguarda solo le comunità musulmane ma si pone anche, ad esempio, per quelle ebraiche ortodosse (cfr. S. BOZTAS, *UK Jewish Orthodox*

un'importanza non trascurabile potrebbe assumervi una sentenza europea che, sebbene emanata con riferimento ad un caso greco del tutto diverso e connesso alle peculiarità di forme premoderne di particolarismo giuridico, parrebbe avere espresso un atteggiamento di non totale chiusura al riguardo, purché si tratti di giurisdizioni su base volontaria, con la garanzia del diritto per il singolo di poter ricorrere alla legge ordinaria ove lo preferisca, a prescindere dalle appartenenze culturali o religiose⁶⁸.

Nel nostro ordinamento futuribili sviluppi in questa direzione potrebbero quindi ipotizzarsi sia in seguito ad un eventuale allargamento del sistema delle Intese confessionali, che ad oggi non coinvolge la religione islamica⁶⁹ e comunque tende a non toccare i profili attinenti allo scioglimento del matrimonio⁷⁰, sia anche per il tramite di un possibile

councils 'institutionalising marital captivity and upholding discriminatory religious laws', in www.independent.co.uk, 8 febbraio 2016).

⁶⁸ Il riferimento è a Corte EDU, 19 dicembre 2018, *Molla Sali vs. Greece*, n. 20452/14, su cui si possono vedere: Í. TSAVOUSOGLOU, *The Curious Case of Molla Sali v. Greece: Legal Pluralism Through the Lens of the ECtHR*, in <https://strasbourgobservers.com/>, 11 gennaio 2019; N. KOUMOUTZIS, C. PAPASTYLIANOS, *Human Rights Issues Arising from the Implementation of Sharia Law on the Minority of Western Thrace*, in *Religions*, 2019, 30 aprile 2019; D. MCGOLDRICK, *Sharia Law in Europe? Legacies of the Ottoman Empire and the European Convention on Human Rights*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2019, pp. 517-566; E. JAYME, C.F. NORDMEIER, *Testierfreiheit als europäische Menschenrecht? – Kritische Betrachtungen zur Westthrazien-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, in *IPRax*, 2019, pp. 200-202; M. RIZZUTI, *The Strange Case of Ms. Molla Sali v. Greece: Individual Rights and Group Rights in a Multicultural Order*, in S. LANDINI (a cura di), *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border families, international successions, mediation issues and new financial assets. Goineu plus project final volume*, Napoli, 2020, pp. 387-413.

⁶⁹ Com'è noto, ad oggi non esiste un'intesa con le comunità musulmane, pur trattandosi della religione minoritaria più praticata in Italia. Nonostante le numerose difficoltà politiche, non si tratta comunque di un risultato impossibile: basti pensare al fatto che in Spagna un'intesa del genere esiste sin dalla *ley* 29 del 1992, e che anche da noi, di recente, fra i protocolli intesi a consentire celebrazioni religiose conformi alle esigenze di contenimento dell'emergenza pandemica ne risulta anche uno con le comunità islamiche, in allegato n. 6 al d.p.c.m. 17 maggio 2020.

⁷⁰ Nel sistema delle Intese non esiste nulla di paragonabile al riconoscimento di effetti civili per le sentenze ecclesiastiche di annullamento del matrimonio concordatario, anche

ampliamento del ruolo delle *a.d.r.* in ambito familiare. Tali sviluppi, che peraltro non si escludono l'un l'altro, potrebbero avere il pregio di ricondurre all'interno di una cornice controllabile forme di pluralismo che, se invece private di ogni rilievo giuridico per lo Stato, rifluirebbero in un ordinamento sotterraneo, magari pesantemente incidente sulla vita delle comunità coinvolte ma non assoggettabile a vincoli e garanzie di sorta. Ed è chiaro che invece ipotesi del genere richiederebbero un controllo molto più penetrante di quello prospettabile su frammenti effettuali riflessi di vicende esterne. Trattandosi, tutt'al contrario di vicende autonome ma interne, non basterebbe considerare chi ed a quale fine invochi gli effetti già prodottisi all'estero, ma di ragionare sulla produzione di effetti *ex novo*. Sarebbe pertanto certamente assai arduo trovare spazi per il ripudio maritale in quanto tale, mentre esiti interessanti si potrebbero avere con riguardo ad altri profili della crisi familiare, rispetto ai quali un ipotetico sistema di *a.d.r.* culturalmente connotato potrebbe essere magari capace di svolgere un'utile funzione di mediazione.

se quasi tutte, con l'unica eccezione di quelle con i Buddhisti, si occupano della celebrazione di matrimoni con effetti civili. Una menzione della facoltà di sciogliere matrimoni religiosi, senza comunque alcuna rilevanza o efficacia civile, si rinviene soltanto all'ultimo comma dell'art. 13 dell'Intesa con le Comunità Ebraiche, su cui cfr. ora, anche per ulteriori riferimenti, A. CESERANI, *Matrimonio ebraico tra esercizio della libertà religiosa e circolazione degli status familiari*, in *Fam. e Dir.*, 2020, 8-9, p. 826 ss.

Michele Tamponi

*L'educazione religiosa del minore
nella società multiculturale*

1. Libertà religiosa e sua centralità

Nessuno può contestare, oggi, l'appartenenza della libertà religiosa al novero dei diritti dell'uomo.

Essa presenta uno forte radicamento storico ed esprime un bisogno profondo, la relazione della persona con la Trascendenza.

Diversi sono tuttavia i rapporti tra Stato e religione: a ordinamenti che contemplano una Chiesa di diretto riferimento se ne contrappongono altri che predicano una rigorosa separazione dalle confessioni religiose.

Storicamente, il principio della religione di Stato si è affermato da più secoli con la massima *cuius regio eius et religio*, e tutt'oggi rinveniamo molti casi, anche in Europa, di individuazione di un culto ufficiale: la Chiesa luterana in Danimarca, in Norvegia, in Islanda; la Chiesa anglicana in Gran Bretagna; la Chiesa ortodossa in Grecia; la Chiesa evangelico-luterana in Svezia; il Cattolicesimo in alcune piccole entità europee (Liechtenstein, Principato di Monaco, Malta, oltre naturalmente al Vaticano) e in vari Stati extraeuropei (Salvador, Costarica, Repubblica dominicana).

All'estremo opposto è la Francia: l'art. 1 della costituzione del 1958 stabilisce che «*La Francia è una repubblica indivisibile, laica, democratica e sociale. Essa assicura l'uguaglianza dinanzi alla legge a tutti i cittadini senza distinzione di origine, di razza o di religione. Essa rispetta tutte le convinzioni religiose e filosofiche...*».

E l'Italia? Lo Statuto albertino stabiliva all'art. 1 che «*La religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione dello Stato*». Ciò non significa però che non fosse assicurata la libertà religiosa: certamente non era riconosciuta espressamente come diritto individuale, ma se ne offriva

una protezione indiretta stabilendosi, sempre all'art. 1, che «*gli altri culti*» (ovvero quelli diversi dalla fede cattolica) «*sono tollerati conformemente alle leggi*». Peraltro ben sappiamo che l'elevazione della religione cattolica a unica religione di Stato, e quindi la situazione di estremo favore che almeno in astratto alla Chiesa cattolica era riconosciuta, non impedì già sotto il Regno di Sardegna quell'aspro conflitto nato dalle leggi Siccardi e Rattazzi risalenti al ventennio 1850-1870, destinato a risolversi solo con le intese lateranensi raggiunte nel 1929 tra "l'uomo della Provvidenza", da una parte, e papa Ratti, Pio XI, dall'altra.

Naturalmente dobbiamo parlare dell'oggi, e guardare quindi alla Costituzione repubblicana, la quale esclude qualunque religione di Stato, giacché sancisce all'art. 3 che «*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione...*».

Al contempo la Costituzione ha recepito i patti lateranensi, stabilendo all'art. 7 che Stato e Chiesa cattolica «*sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani*»: traduzione in termini più moderni del principio cavouriano "libera Chiesa in libero Stato" e, in fondo, diretta eredità della massima evangelica "Date a Cesare quel che è di Cesare, a Dio quel che è di Dio".

La condizione di favore riservata da questa previsione costituzionale alla Chiesa cattolica si armonizza con l'eguale dignità delle altre confessioni religiose ad esse riconosciuta dall'art. 8 Cost.:

«Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge.

Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano.

I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze».

Ed in effetti molte intese sono state stipulate nel tempo ed approvate con appositi provvedimenti legislativi: con la Tavola valdese nel 1984, con l'Unione delle Chiese Cristiane Avventiste del 7° giorno nel 1986, con l'Unione delle Comunità ebraiche in Italia nel 1987, con la Chiesa

evangelica luterana in Italia nel 1993, con l'Unione buddista italiana nel 2007, con l'Unione induista italiana nello stesso anno; nel luglio 2019 è stata stipulata un'intesa con la "Associazione Chiesa d'Inghilterra", ma non consta che, almeno per ora, sia stata emanata la legge di approvazione.

Al di là delle intese, resta comunque il già richiamato principio di uguaglianza, che bandendo ogni discriminazione per motivi religiosi garantisce adeguata protezione a tutte le confessioni.

Può dirsi, in sostanza, che giunse a maturazione nel 1947 una sorta di "compromesso costituzionale" sul riconoscimento in via generale della libertà religiosa, con uno statuto speciale per la confessione religiosa maggioritaria¹ e l'apertura a specifici statuti con le altre confessioni, in un quadro che tende alla bilateralità delle relazioni tra Stato, da una parte, e singole confessioni religiose, dall'altra.

Alla base di questo sistema sono alcuni principi cardine, rinvenibili in altre disposizioni costituzionali, che possono così riassumersi:

- a) la libertà religiosa, sancita all'art. 19², strettamente connessa alle libertà di riunione (art. 17), di associazione (art. 18), di pensiero (art. 21);
- b) il già richiamato divieto di discriminazione sulla base della religione, intrinseco all'enunciazione del principio di uguaglianza;
- c) il divieto di limitazioni legislative e di speciali gravami fiscali in danno di associazioni e istituzioni aventi carattere ecclesiastico o fini di religione o di culto (art. 20).

2. Il principio di laicità dello Stato

A differenza della Costituzione francese, quella italiana non sancisce espressamente il principio di laicità dello Stato. Ricavabile tuttavia in

¹ Per tutti, M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, p. 319.

² «Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume».

chiave ermeneutica dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19, 20 della stessa Carta fondamentale, esso implica equidistanza e imparzialità rispetto al fenomeno religioso, rigoroso ossequio alla coscienza di ciascuno, ed altresì netta separazione tra precetto religioso e regole dettate dalla legge.

Proprio perché non enunciato espressamente, il principio di laicità è eminentemente ricavabile dall'opera della Corte costituzionale, la quale ha via via espunto dall'ordinamento le disposizioni che facevano espresso riferimento a simboli e figure oggetto di venerazione in ambito cattolico. Ne sono risultate colpite le disposizioni penali sulla bestemmia, sul giuramento, nonché sul reato di vilipendio della religione di Stato; l'orientamento della Corte costituzionale ha inoltre suggerito al legislatore di intervenire, come ha fatto con la legge 24 febbraio 2006 n. 85, sulla formulazione dei reati contro il «*sentimento religioso*», di quelli sulla turbativa delle funzioni del culto cattolico³, e lo ha altresì indotto all'abrogazione totale dell'art. 406 cod. pen. (delitto contro i culti ammessi nello Stato).

Laicità dello Stato e libertà religiosa si rivelano inscindibili. Discende dall'ineludibile intreccio anche il diritto di non professare alcuna religione e persino di propagandare l'ateismo, l'uno e l'altro riconducibili alla libertà di manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost.,

³ Nell'ordine: Corte cost. 18 ottobre 1995 n. 440 ha parzialmente dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 724 cod. pen. («*Chiunque pubblicamente bestemmia, con invettive o parole oltraggiose, contro la Divinità [o i simboli o le persone venerate dalla religione dello Stato], è punito con l'ammenda...*»); Corte cost., 30 ottobre 1996 n. 33, in *Foro it.*, 1997, I, 25, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 28 ha rimosso dall'art. 238 cod. proc. civ. il richiamo all'importanza religiosa del giuramento e alla responsabilità che viene assunta «*davanti a Dio e agli uomini*». Già, nello stesso senso, Corte cost. 10 ottobre 1979 n. 117 in *Foro it.*, 1981, I, 625, e Corte cost. 5 maggio 1995 n. 149 in *Foro it.*, 1995, I, 2042 e in *Giur. it.*, 1995, I, 372 sull'art. 251 cod. proc. civ.; Corte cost., 20 novembre 2000 n. 508, in *Foro it.*, 2002, I, 985 ha dichiarato incostituzionale l'art. 402 cod. pen. che prevedeva il reato di vilipendio della religione dello Stato; Corte cost. sentenza 9 luglio 2002 n. 327, in *Foro it.*, 2002, I, 2941 ha dichiarato illegittimo l'art. 405 cod. pen. nella parte in cui, per il turbamento di funzioni religiose del culto cattolico, prevede pene più severe che per gli stessi fatti commessi contro gli altri culti.

nonché il diritto di vivere i dettami della propria confessione religiosa, ciò che può anche significare obiezione di coscienza e quindi facoltà di sottrarsi, per ragioni religiose, a determinate attività (servizio militare, pratiche abortive, eutanasia, ecc.).

Particolarmente delicato si presenta il diritto di vivere la propria religione in una società – come quella odierna – contrassegnata da una marcata immigrazione di persone che professano un credo religioso estraneo alla cultura nazionale e più in generale occidentale. Inevitabile il richiamo all'abbigliamento simbolico, alle scelte alimentari, alle pratiche rituali che incidono sull'integrità della persona, alle regole di funzionamento del gruppo familiare, alle questioni bioetiche. Il pensiero corre inevitabilmente alla legislazione francese, che nel 2004 ha vietato nelle scuole i segni e gli abiti mediante i quali gli allievi manifestino in modo ostensibile un'appartenenza religiosa, e nel 2010 ha proibito nei luoghi pubblici l'uso del *burqa*, ovvero l'occultamento del volto alla maniera islamica.

Il riferimento può estendersi alle regole di alimentazione: si pensi ai precetti religiosi che governano la nutrizione degli ebrei osservanti (*kosher*), nonché alla macellazione rituale che causa inutili sofferenze agli animali, esposti a subire coscientemente il loro dissanguamento senza un preventivo stordimento indolore (alimentazione *halal* di matrice musulmana).

3. Educazione religiosa e famiglia

Fondata o non sul matrimonio, la famiglia costituisce la culla dell'educazione, il primo luogo in cui il minore matura, manifesta e sviluppa la propria personalità.

A sancirlo sono l'art. 30 Cost., che proclama «*dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio*», nonché precetti ordinari relativi sia ai genitori coniugati (art. 147 cod. civ.) sia a quelli non uniti da vincolo matrimoniale, comunque chiamati alla responsabilità genitoriale (art. 315-*bis* cod. civ.).

È pacifico che anche l'avviamento all'orientamento religioso rientri nel potere-dovere dei genitori di istruire ed educare i minori, nel rispetto del loro carattere, delle loro tendenze, delle loro potenzialità. L'educazione religiosa è infatti un aspetto dell'esercizio della libertà di religione, quantomeno nella prima infanzia. Ed è altrettanto pacifico ed ovvio che le convinzioni religiose dei genitori vengano ad assumere decisivo rilievo per la formazione dei figli⁴.

Fin qui *nulla quaestio*. Il problema si acutizza però quando le convinzioni religiose dei genitori offrono motivo di contrasto, come accade, in particolare, nei casi di appartenenza o adesione a confessioni diverse e di famiglie disgregate e ricomposte.

La disparità di culto e/o di orientamento religioso tra genitori (vuoi coniugi, vuoi conviventi) può indubbiamente provocare un dissidio sull'avviamento confessionale del minore. E ciò, all'evidenza, sia che la differenza sia originaria, come accade nel caso delle unioni miste, formate da soggetti di fedi religiose diverse, sia nell'ipotesi di sopravvenienza della diversità, come avviene quando un coniuge diventa ateo o agnostico, ovvero si converte ad un credo *altro* rispetto a quello che lo ispirava allorché la coppia si è formata⁵.

Quid iuris in siffatti frangenti?

Il principio cardine è, in questa come in ogni altra situazione che coinvolge il minore, la tutela del suo interesse. Sono richiamabili in proposito il già menzionato art. 147 cod. civ., ma indicazioni nella stessa

⁴ In tema, *ex multis*, M. DISTEFANO, *Educazione religiosa del minore e sottrazione internazionale di minori: l'ottimismo teorico della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Neulinger*, in *Quaderni dir. pol. eccles.*, 2009, p. 879 ss.

⁵ In argomento, tra i molti scritti: G. OBERTO, *Modelli educativi ideologici, culturali e religiosi rispetto al minore di genitori in crisi*, in *Fam. dir.*, 2010, fasc. 5, p. 506 ss. (parte I), e fasc. 6, p. 611 ss. (parte II); M.L. LO GIACCO, *Educazione religiosa e tutela del minore nella famiglia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica*, febbraio 2007; D. IANNELLI, *Crisi coniugale e tutela della libertà religiosa del minore*, in *La nuova proc. civ.*, 2016, p. 2; A. CESERANI, *L'educazione religiosa del minore nella crisi coniugale tra autonomia familiare e intervento del giudice*, in *Dir. eccles.*, 2011, p. 791.

direzione possono essere tratte da molte altre previsioni codicistiche, e in particolare dagli artt. 315-*bis*, 316, 336-*bis*, 337-*ter* cod. civ.⁶

Si parla, in proposito, di logica puerocentrica, fondata a livello extranazionale sulla convenzione di New York del 1989, dedicata ai diritti del fanciullo e recepita in Italia con legge 27 maggio 1991 n. 176.

Un altro pilastro è rappresentato dalla regola che il credo religioso, in caso di dissenso tra genitori che porti alla crisi dell'unione, non è una scriminante per l'affidamento dei figli, considerata l'aconfessionalità dello Stato: al manifestarsi di un contrasto che deflagri in separazione o divorzio la questione non potrà che essere rimessa al giudice, il quale avrà quale linea-guida la regola primaria del diritto del minore alla bigenitorialità, e quindi l'obiettivo dell'affido condiviso ogniqualvolta esso non risulti precluso dalle circostanze concrete.

Viene spesso affermato che i minori, figli di genitori separati di diverso credo, debbano ricevere un'educazione religiosa aperta alle diverse fedi. Padre e madre sono quindi chiamati a promuoverne e garantirne la consapevole libertà di orientamento religioso⁷. Naturale, allora, osservare che alcuni passaggi sensibili, quale l'iscrizione a una scuola religiosa, al catechismo, all'associazione di volontariato di ispirazione confessionale, debbano essere caratterizzati dalla formale adesione di entrambi i genitori.

Vi è di più: neppure è possibile privilegiare il genitore confessionalmente orientato rispetto a quello ateo, sul presupposto dell'incapacità di quest'ultimo di educare i figli. Fece epoca, più di settant'anni fa, la decisione di un Tribunale secondo cui era interesse del minore essere educato secondo i principi della fede tradizionale del popolo italiano, cui

⁶ Art. 315-*bis* comma 1: «*Diritti e doveri del figlio*. Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni».

⁷ In tal senso Corte d'Appello di Roma, 4 aprile 2007, in *Quaderni dir. e pol. eccles.*, 2007, p. 840, in ipotesi di padre di religione ebraica e madre cristiana.

consegui l'esclusione dall'affidamento per il genitore qualificato «ateo perfetto»⁸. Il mutato segno dei tempi è ben posto in luce dal provvedimento che ha rigettato il ricorso, proposto ai sensi dell'art. 709-ter cod. proc. civ. dal genitore non collocatario, volto a conseguire l'ammonimento dell'altro perché ottemperasse alle formalità necessarie al battesimo del figlio. I giudici hanno osservato che l'interesse di un minore in tenera età non è leso dalla mancata somministrazione di un sacramento, in ordine al quale egli non può ancora esprimere una scelta autonoma⁹.

Naturalmente, le situazioni di estrema tensione non mancano. Emblematica in particolare la vicenda di un genitore affidatario che, convertitosi a un nuovo credo, senza il consenso dell'altro coniuge coinvolse le figlie minori, mutandone modo di vestire, cibo, letture e rapporti sociali senza offrire loro alcuna possibilità di scelta. Si trattava nello specifico di una madre che aveva aderito a un gruppo religioso ebreo-ortodosso particolarmente rigido. Il Tribunale competente affidò le bambine all'altro genitore, disciplinando assai rigorosamente gli incontri tra madre e figlie e persino il tempo delle telefonate¹⁰.

Nella stessa logica, è stato disposto l'affidamento esclusivo al padre in ragione delle continue protratte assenze della madre dalla vita domestica connesse al mutamento di fede religiosa e ai reiterati tentativi di coinvolgere forzatamente la figlia nelle pratiche del nuovo culto, contro la volontà della minore¹¹.

Questi casi appena richiamati – e non sono gli unici – consentono di avvertire come il problema si faccia più stringente proprio allorché un

⁸ Trib. Ferrara, 31 agosto 1948, commentata da W. BIGIAVI, *Ateismo, educazione laica ed assegnazione dei figli di coniugi separati*, in *Giur. it.*, 1949, I, 2, 13, e da E. ALLORIO, *Ateismo ed educazione dei figli*, *ivi*, I, 2, 11.

⁹ App. Napoli, 17 gennaio 2018, in *Foro it.*, 2018, I, 1645.

¹⁰ Trib. minorenni Genova 16 agosto 1999, con nota di M. TIBY, *Adesione ad un nuovo credo, interesse del minore e limiti all'esercizio del diritto alla libertà religiosa*, in *Fam. e dir.*, 2000, 189 ss.

¹¹ C.A. Roma 18 aprile 2007, in *Quaderni dir. e pol. eccles.*, 2007, p. 841.

genitore successivamente all'unione abbandoni la religione già comune, e alla quale il figlio era stato instradato, e ne abbracci un'altra.

In simili situazioni nell'interesse del minore prevale il criterio della continuità, specie quando l'adesione al nuovo credo lo destabilizzi in ragione della prospettazione di un modello educativo tale da rendere impossibile una corretta socializzazione e da costringerlo a una sorta di autoisolamento¹².

Intendiamoci bene: non è il cambiamento di religione in sé e per sé il motivo di addebito¹³. Piuttosto, lo diventa se una confessione settaria, chiusa e volta a disciplinare ogni aspetto della vita privata impone la meticolosa osservanza di regole e precetti ai fini della salvezza: se tutto ciò sfocia in un draconiano contrappunto tra giusto e ingiusto, le esasperate rivendicazioni delle proprie ragioni possono svolgere un ruolo negativo nella compagine familiare; e se una sorta di fondamentalistica intransigenza rifiuta ogni possibilità di differenza e si traduce nell'assenza di rispetto, nell'intolleranza, nel fanatismo, l'impatto e il disorientamento per il minore possono risultare gravemente pregiudizievole¹⁴.

La giurisprudenza è ricca di pronunce, e ovviamente incidono sulle soluzioni le circostanze concrete. Il Tribunale di Palermo, ad esempio,

¹² È il caso affrontato da Trib. Prato 13 febbraio 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 1222 con osservazioni di G. CASABURI.

¹³ Cass. 19 luglio 2016 n. 14728, in *Quaderni dir. pol. eccles.*, 2016, p. 850 chiarisce che il mutamento di fede religiosa di uno dei coniugi, costituendo esercizio del diritto garantito ex art. 19 Cost., non è ragione sufficiente perché l'altro ottenga l'affidamento esclusivo dei figli, a meno che non si concretizzi in comportamenti incompatibili con i doveri di coniuge e di genitore previsti ex art. 143 e 147 cod. civ. In tema G. GRAZIOSO, *Affidamento e tutela del minore e fattore religioso*, in *Dir. fam.*, 2010, p. 1786 ss.

¹⁴ Tra i molti casi delibati in argomento, relativi entrambi all'accesso di un genitore a una setta particolarmente totalizzante e integralista dei Testimoni di Geova: Trib. Bologna 5 febbraio 1997, in *Quaderni dir. pol. eccles.*, 1998, 903, commentata da S. MALTESE, *Libertà religiosa, separazione personale ed interesse della prole*, in *Dir. fam.*, 1999, p. 158 ss.; Trib. Genova decr. 16 agosto 1999 n. 504, in *Quaderni dir. pol. eccles.*, 2000, p. 928 s.

impose alla madre affidataria di non portare la figlia alle riunioni dei Testimoni di Geova e di non condizionarne in alcun modo gli orientamenti e le scelte religiose¹⁵, mentre in un caso almeno apparentemente analogo il Tribunale per i minorenni di Venezia, sulla premessa che l'educazione secondo i principi integralisti o intransigenti dei Testimoni di Geova non costituisce in sé e per sé una condotta pregiudizievole al minore, si è limitato a disporre adeguati controlli affidati a un consultorio familiare, chiamato a monitorare la situazione e a riferirne con relazione semestrale¹⁶.

Linea, quest'ultima, che ha trovato sponda in una pronuncia ormai datata della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha affermato l'illegittimità della discriminazione tra coniugi determinata dalla loro fede religiosa, ai fini dell'affidamento della prole, se non vi è una concreta e approfondita indagine diretta a verificare la situazione¹⁷.

Con l'accennato orientamento, in anni recenti la S.C. ha condiviso la legittimità delle restrizioni disposte dai giudici del merito perché fosse garantita la crescita equilibrata e serena del minore, già inserito nella comunità cattolica¹⁸. Alla base della decisione è stata la considerazione che l'obbligo, imposto alla madre affidataria, di astenersi da qualsiasi condotta di coinvolgimento del piccolo nella propria sfera religiosa trovava la sua giustificazione nelle risultanze dell'accertamento, compiuto in sede di merito attraverso consulenza tecnica. Era infatti emerso che

¹⁵ Trib. Palermo 12 febbraio 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 271.

¹⁶ Trib. min. Venezia, decr. 10 maggio 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 271, nonché in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 110, con nota di F. RUSCELLO, *Fattore religioso e diritti del minore nell'indirizzo educativo*.

¹⁷ CEDU, sent. 23 giugno 1993, *Hoffman c. Austria*, in *Quaderni dir. pol. eccles.*, 1994, p. 739 ss. con nota di T. SCOVAZZI, *Libertà di religione e testimoni di Geova secondo due sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, ivi, p. 719 ss.

¹⁸ Cass. 12 giugno 2012 n. 9546, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3783 ss. con nota di M. PIAZZA, *Un bilanciamento fuori asse tra libertà religiosa e protezione dell'infanzia*, ivi, nonché in *Dir. eccles.*, 2013, p. 337 ss. con nota di F. LATTUNEDDU, *Mutamento di religione e affidamento dei minori*.

il bambino non era pronto al cambiamento e risultava vittima di un'indottrinamento precoce e intransigente, troppo gravoso per una mente in evoluzione, disorientata dinanzi a un'educazione oltranzista e integralista volta a presentare la figura divina in chiave severamente punitiva e quasi persecutoria, fonte di ansia e di stress per il minore. Perciò i giudici del merito avevano anche disposto che in tutte le festività tradizionali o di significato cattolico (Natale, Pasqua, onomastici) il piccolo fosse collocato presso il padre.

4. Il minore tra incapacità legale e libertà religiosa

Può muoversi dal rilievo, del tutto scontato, che la Carta costituzionale, garantendo i diritti fondamentali dell'uomo, non si rivolge soltanto alle persone maggiori di età, ma altresì ai soggetti ancora minorenni: ai sensi dell'art. 2, la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, e non solo quelli dell'adulto. E uomo=persona, indipendentemente dall'età, oltre che dal sesso, come è agevole argomentare dall'enunciazione del principio di uguaglianza.

Il minore è dunque portatore di diritti personalissimi, anch'essi coperti da precettività e tra questi, senza alcun dubbio, la libertà religiosa sancita all'art. 19 della Carta fondamentale. Ovviamente, si tratta di una libertà esplicabile gradualmente, mano a mano che acquisirà capacità di discernimento e consapevolezza delle decisioni che lo riguardano¹⁹. Il richiamo alla capacità di discernimento non è casuale, giacché essa è ormai espressamente codificata all'art. 336-*bis* cod. civ., che ne sancisce il diritto ad essere ascoltato dal giudice nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano, se ha compiuto gli anni dodici ed anche se abbia un'età inferiore, ove le circostanze lo suggeriscano.

¹⁹ In tema P. LILLO, *Libertà del minore nella sfera educativa e religiosa*, in *Dir. fam.*, 2009, p. 1921 ss.; V. BARELA, *Riflessioni sull'interesse del minore, dal diritto di unificazione di status al diritto di autodeterminazione nella scelta religiosa: un'esigenza sovranazionale*, in *Dir. relig.*, 2017, fasc. 1, p. 71 ss.; M.T. DENARO, *Diritti dei minori e libertà religiosa*, in *Dir. eccles.*, 2000, I, p. 517 ss.

Non meno scontato è che il diritto alla libertà religiosa, fondato sull'art. 19 Cost. e prim'ancora sulla libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), non si esercita esclusivamente nella vita pubblica ma altresì, ed innanzitutto, in ambito familiare.

Ugualmente pacifico è che la libertà religiosa, in quanto collocabile nel novero dei diritti fondamentali, partecipi dell'indisponibilità e dell'irrinunciabilità che sono proprie di questi. Ineludibile, allora, il corollario della nullità dei "patti di religione" intercorsi tra i genitori sull'indirizzo religioso da dare ai figli: la loro diversità di credo può solo indurli a prospettare al minore entrambe le loro fedi, bandendo ogni forma di preconcetta imposizione coattiva, sia pure tra essi concordata. Civilisticamente, anche a tacere dell'invalidità connessa all'oggetto, dovremmo comunque discorrere di inefficacia nei riguardi del minore in forza del noto principio *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*.

Anche a questo riguardo, tuttavia, le generalizzazioni debbono fare i conti con il concreto. È stato reputato valido, ad esempio, il patto tra genitori separati, entrambi cattolici, di impartire al minore la loro religione, patto suggerito dalla circostanza che la donna aveva instaurato una relazione con un nuovo compagno di origine egiziana e di credo islamico²⁰.

Altre volte un analogo patto è stato però reputato indelibabile: è il caso deciso da un tribunale, che non ha omologato la clausola del ricorso per separazione consensuale contemplante l'impegno dei genitori di astenersi dall'indottrinare i figli secondo la religione dei Testimoni di Geova. L'inomologabilità è stata motivata con il rilievo che non si sarebbe trattato di obbligazione civile bensì di mera obbligazione morale, dinanzi al cui inadempimento il giudice nulla potrebbe²¹.

²⁰ Trib. Rimini, decr. 9 giugno 1998, in *Quaderni dir. pol. eccles.*, 1999, 759 ss., commentata in *Dir. eccles.*, 1999, I, 768 ss. da L. IANNACCONE, *Libertà religiosa del minore e accordi di separazione (a proposito di un recente provvedimento del Tribunale di Rimini)*.

²¹ Trib. Prato, 25 ottobre 1996, in *Dir. fam. e pers.*, 1997, p. 1013 ss.

Incidentalmente, può ora aggiungersi che il disegno di legge delega depositato in Senato nel marzo 2019 (d.d.l. n. 1151) per la riforma del codice civile prevede la possibilità di accordi tra nubendi, coniugi e parti di programmata o attuata unione civile per l'educazione dei figli. Se e quando il disegno diverrà legge-delega e saranno approntati i decreti legislativi attuativi potrà vedersi se ed in quale misura possano rientrare in quest'ambito anche ipotetici accordi relativi all'educazione religiosa.

L'affermazione dell'autodeterminazione dei minori in ambito religioso muove da lontano, se già più di mezzo secolo fa un Tribunale per i minorenni escluse il diritto del padre (in regime di patria potestà) di educare *ad libitum* i propri figli, non potendo egli coartarne la scelta religiosa. Si trattava della vicenda di una ragazza diciassettenne che, in seguito alla conversione dell'intero gruppo familiare all'ebraismo, scelse di restare legata alla fede cattolica alla quale era stata avviata già con il battesimo²².

In termini specifici, la tutela della libertà religiosa del minore trova un esplicito primo riconoscimento nella già richiamata Convenzione sul diritto del fanciullo del 1989, ratificata in Italia – come sopra ricordato – con la legge n. 176/1991. È in questo accordo che il minore comincia ad essere riguardato come portatore di diritti autonomi e propri, cessando di costituire il mero oggetto di diritti-doveri riconducibili ai genitori. È ben vero, infatti, che gli artt. 30 e 31 Cost. discorrono di doveri dei genitori, così delineando precisi diritti dei figli, ma vero è altresì che queste previsioni non erano bastate a dare vita a quella cultura paidocentrica dei diritti e degli interessi del minore che via via si è sviluppata in sede applicativa. Può quindi affermarsi senza esitazione che il minore è titolare di diritti di libertà religiosa autonomi, astrattamente esercitabili, all'esito di un percorso di crescita e di maturazione, anche in contrasto con l'orienta-

²² Trib. min. Genova, sent. 9 febbraio 1959, in *Dir. eccles.*, 1960, II, p. 49 ss.

mento religioso dei genitori; correlativamente, nessun potere coercitivo è loro riconoscibile nei confronti del figlio minore, cui è ascrivito il diritto di costruire liberamente il proprio cammino religioso.

Emblematico il caso, sfociato nel 2018 in una decisione della Suprema Corte, di un padre che, avendo aderito ai Testimoni di Geova, pretendeva di portare con sé alle riunioni la figlia, la quale preferiva invece la fedeltà al credo cattolico professato dalla prima infanzia. La Cassazione ha confermato la pronuncia dei giudici del merito, resisi conto del disagio della minore e del dannoso influsso dell'imposizione paterna²³.

Sul piano della legislazione ordinaria, la libertà religiosa del minore ha trovato esplicita affermazione nella legge 18 giugno 1986 n. 281 in forza della quale la scelta se frequentare l'ora scolastica di religione può essere effettuata direttamente da tutti gli studenti delle scuole medie superiori (e quindi dai 14-15 anni circa). La loro volontà, dunque, prevale anche nell'ipotesi di contrasto con l'avviso dei genitori²⁴.

Ovviamente non è così in qualunque contesto. La *Dichiarazione del Cairo sui diritti umani nell'ISLAM*, risalente al 1990, all'art. 7 concernente l'educazione dei minori afferma il diritto dei genitori di scegliere il tipo di educazione che essi desiderano per i propri bambini, ma si tratta di un diritto fortemente perimetrato: «a condizione che essi prendano in considerazione l'interesse e il futuro dei bambini in conformità con i valori etici e i principi della Shariah»²⁵. Manca inoltre qualsivoglia riferimento alle aspirazioni e alle inclinazioni naturali dei minori, presente invece nell'art. 315-bis del nostro codice civile.

È fin troppo agevole, in proposito, segnalare le distanze, e può ricordarsi che un genitore il quale costringeva la figlia minore a indossare il

²³ Cass. 24 maggio 2018 n. 12954, in *Foro it.*, 2018, I, 2365 e in *Dir. relig.*, 2018, p. 532 ss. nota di R. SANTORO, *Educazione religiosa, disagio e minori*.

²⁴ In tema S. BORDONALI, *Libertà religiosa e salvaguardia dei minori dopo la sentenza costituzionale n. 13 del 1991*, in *Dir. fam.*, 1991, p. 1072 ss.

²⁵ Per approfondimenti G. CAROBENE, *Identità religiose e modelli di protezione dei minori. La Kafala islamica*, Napoli, 2017.

chador e le proibiva attività ginniche e ascolto di musica è stato condannato da un tribunale italiano per abuso di mezzi coercitivi volto a costringerla a seguire le pratiche religiose parentali. Si è trattato, insomma, di una forma di maltrattamento in famiglia, represso dalla legge penale²⁶.

Il tema della triangolazione minore età-istruzione scolastica-religione trova spazio anche nel decr. legisl. 25 luglio 1998 n. 286, costituente il *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*.

È qui stabilito, all'art. 38, che i minori stranieri presenti sul territorio sono soggetti all'obbligo scolastico e che ad essi si applicano «*tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica*». È previsto inoltre che la scuola accoglie le differenze linguistiche e culturali come valore da porre a fondamento del rispetto reciproco, dello scambio tra culture e della tolleranza.

Il rapporto religione-istruzione è lambito anche dalla legge 6 marzo 1998 n. 40 volta a disciplinare il fenomeno immigratorio. Dispone l'art. 40 che Stato, Regioni, Province e Comuni favoriscono la conoscenza e la valorizzazione delle espressioni culturali, ricreative, sociali, economiche e religiose degli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia, lo svolgimento di attività dirette ad agevolare i rapporti tra le singole amministrazioni e gli stranieri appartenenti ai diversi gruppi etnici, nazionali, linguistici e religiosi. E l'art. 41 qualifica come discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia come scopo o come effetto quello di distruggere o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio paritario dei diritti umani e delle libertà fondamentali in ogni campo della vita pubblica.

²⁶ Trib. Arezzo, 27 novembre 1997, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1999, p. 847 ss. con nota di G. CIMBALO, *Il fattore religioso come elemento di imputabilità*.

Il tema, come è facile avvertire, può portare lontano, e richiamare anche la problematica – estranea tuttavia alle riflessioni odierne – dell'esposizione del Crocifisso nelle scuole pubbliche. Di essa si sono occupati la Corte costituzionale²⁷, vari TAR²⁸ nonché il Consiglio di Stato²⁹, concludendo che l'esposizione non è in contrasto con il principio di laicità dello Stato, atteso che il Crocifisso è simbolo storico-culturale dotato di valenza identitaria. Anzi, può dirsi che la laicità dello Stato è il frutto della storia cristiana dell'Europa, tanto che la croce diviene non solo non contrastante, ma addirittura affermativa e confermativa del principio di laicità dello Stato repubblicano. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, dopo qualche esitazione, ha escluso la violazione della libertà religiosa e ha ritenuto che la materia rientri nel margine di apprezzamento nazionale³⁰.

La tesi secondo la quale la presenza del Crocifisso nelle aule potrebbe «*perturbare emozionalmente*» gli alunni si rivela non solo fragile, ma persino offensiva verso la civiltà cristiana nel suo insieme, specie se la richiesta proviene da quegli stessi ambienti che, imponendo ai loro membri forme di abbigliamento impeditive dell'identificazione della persona, suscitano persino seri problemi di ordine pubblico.

5. Cure, interventi sanitari e religione

Non raramente i giudici italiani sono stati chiamati a delibare situazioni contrassegnate dalla commistione di problematiche sanitarie e convinzioni religiose.

²⁷ Ord. 15 dicembre 2004 n. 389, in *Foro it.*, 2005, I, 1.

²⁸ TAR Veneto 22 marzo 2005 n. 1110, in *Foro it.*, 2005, II, 329; TAR Lombardia, Sez. Brescia, 22 maggio 2006 n. 603, in *Dir. fam.*, 2007, p. 631, con nota di F. MENNILLO, *Il Crocifisso nelle scuole elementari pubbliche: libertà di insegnamento, «sovranità» del consiglio di interclasse e laicità dello Stato*.

²⁹ Cons. Stato, VI, 13 febbraio 2006 n. 556, in *Foro it.*, 2006, III, 181, con nota di A. TRAVI.

³⁰ *Lautsi et autres c. Italie*, Req. 30814/1986, decr. 18 marzo 2011, in *Foro it.*, 2011, IV, 181 e in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, 567 con nota di A. BETTETINI, *Il crocifisso nelle aule scolastiche: la legittimità di un simbolo che «dà a pensare»*.

Primeggia, in argomento, il rifiuto della trasfusione di sangue in ossequio a un precetto religioso. Più volte sono stati emanati provvedimenti d'urgenza ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. diretti ad autorizzare o imporre l'esecuzione di trattamenti sanitari indispensabili ed indifferibili, comprese le trasfusioni ematiche³¹. E non è mancata la condanna per omicidio a carico di genitori che per non violare un precetto religioso hanno rifiutato cure e interventi sanitari così determinando la morte del minore³².

Ovviamente, la questione è destinata a porsi in termini diversi laddove il richiamo ai valori religiosi venga compiuto direttamente dall'interessato, il quale consapevolmente rifiuta gli indispensabili trattamenti sanitari. In tal caso la linea sarà tracciata dalla legge 22 dicembre 2017 n. 219, recante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

L'art. 1 c. 5 riconosce ad ogni persona *capace di agire* il diritto di rifiutare qualsiasi trattamento sanitario indicato come necessario per la sua patologia, mentre al minore non è assicurato esplicitamente tale diritto. L'art. 3 c. 1 gli attribuisce semplicemente il diritto «*alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione*», soggiungendo che egli deve ricevere tutte le necessarie informazioni per essere posto «*nelle condizioni di esprimere la sua volontà*». Quest'ultima dovrà quindi essere presa in considerazione, ma non è vincolante, atteso che secondo il c. 2 dello stesso articolo 3 il consenso informato al trattamento

³¹ Pret. Catanzaro, decr. 13 gennaio 1981, in *Giust. civ.*, 1981, I, 3098 con nota di G. CORASANITI, *Trasfusioni di sangue sul minore, diniego per motivi religiosi del consenso dei genitori e intervento del giudice*; Pret. Modica, ord. 13 agosto 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 271.

³² Corte d'Assise di Cagliari, 13 febbraio 1982, in *Giur. it.*, 1983, II, 364 ss., che condannò gli imputati per omicidio volontario ma con l'attenuante di aver agito per non violare un precetto religioso, movente reputato di contenuto eminentemente etico. La sentenza è stata riformata da Cass. pen. 13 dicembre 1983 con nota di P. FLORIS, *Libertà di coscienza, doveri dei genitori, diritti del minore*, in *Foro it.*, 1984, IV, 361 ss. In argomento G. FURGIUELE, *Diritto del minore al trattamento medico-sanitario, libertà religiosa del genitore, intervento e tutela statale*, in *Giur. it.*, 1983, IV, p. 349 ss.

sanitario è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore «*tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità*».

Ciò sta a significare che quand'anche il minore rifiuti le cure per ragioni di fede religiosa chi ne ha la rappresentanza legale può disporre diversamente. La sua libertà religiosa, in altre parole, soccombe dinanzi alle valutazioni di chi esercita la responsabilità genitoriale o la tutela su di lui.

L'autorità giudiziaria è non raramente chiamata ad occuparsi della pratica tribale della circoncisione del minore, spesso in tenerissima età. La modestia della lesione provocata e le motivazioni di tale pratica, anche di natura sanitaria e igienica, consentono – almeno tendenzialmente – di guardare con estrema tolleranza ad essa, anche per il suo consolidamento plurisecolare in comunità stabilmente e saldamente integrate nella società. Conseguentemente, il tema si presenta nelle aule di giustizia quasi esclusivamente nei drammatici casi in cui una circoncisione *fai da te*, effettuata in sede domestica e al di fuori di una corretta pratica sanitaria, sfoci in gravi patologie o nella morte del neonato³³.

A stretto rigore, tuttavia, sul piano dei principi si dovrebbe rilevare che la circoncisione, se rispondente – come in genere accade – a rituali di ordine confessionale, dovrebbe essere differita quantomeno all'epoca dell'acquisizione, da parte del minore, dell'attitudine al discernimento. Il consenso dei genitori non è infatti orientato al suo benessere (concetto, peraltro, dai contorni fumosi e indefiniti), e del resto sono ad essi deputed la cura e l'educazione, e non anche l'attuazione di pratiche che, almeno in via di principio, ne ledono i diritti in quanto destinate

³³ Sull'argomento S. GARETTI, *Quando il diritto all'identità culturale dei genitori si scontra con il diritto all'integrità psico-fisica del figlio minore: il caso della circoncisione rituale infantile*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 1421 ss.; W. BEULKE-A. DIEBNER, "... Un piccolo taglio per un uomo, una grande tematica per l'umanità". Perché la sentenza del Landgericht di Colonia sulla circoncisione di un minore per motivi religiosi non convince, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 839 ss.

ad incidere permanentemente sul suo corpo in forza di un credo religioso riferibile a terze persone e non a lui.

Di ben maggiore rilievo e gravità risulta, sul piano dell'ordinamento nazionale, la tradizione tribale dell'infibulazione, configurata da tempo quale reato di lesioni personali volontarie aggravate dall'aver commesso il fatto ai danni dei propri discendenti e con abuso di autorità e coabitazione³⁴, e divenuta reato specifico e più severamente sanzionato a seguito dell'entrata in vigore della legge 9 gennaio 2006 n. 7, recante "*Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*". Il significato religioso, ove mai ravvisabile, perde qui qualsivoglia rilevanza, e non consente alcuna attenuazione della gravità del delitto.

³⁴ Trib. Milano, 25 novembre 1999 in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000, p. 835.

Michele Corleto

*Potestà genitoriale e libertà religiosa del minore:
aspetti di diritto internazionale*

1. L'evoluzione del concetto di libertà religiosa attraverso le fonti internazionali

Nella definizione offerta dalle Nazioni Unite, il concetto di libertà religiosa comprende il diritto di professare il proprio credo o di non professarne alcuno, di cambiare, altresì, fede. È appunto l'art. 18 della *Dichiarazione universale dei diritti umani* a sancire la tutela esplicita della libertà religiosa¹. Essa rappresenta un aspetto delle più ampie libertà di pensiero e coscienza, connotanti la soggettività giuridica originaria della persona² come scolpita nel principio cardine dell'intera Dichiarazione.

¹ Art. 18 Dichiarazione universale dei diritti umani: "Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, e la libertà di manifestare, isolatamente o in comune, e sia in pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto e nell'osservanza dei riti". Per un approfondimento: V. F. POCAR, *La libertà di religione nel sistema normativo delle Nazioni Unite*; C. MORVIDUCCI, *La protezione della libertà religiosa nel sistema del Consiglio d'Europa*, entrambi in S. FERRARI, T. SCOVAZZI (a cura di), *La tutela della libertà di religione. Ordinamento internazionale e normative confessionali*, Cedam, Padova, 1988, p. 27 ss.; p. 41 ss.; B. CONFORTI, *La tutela internazionale della libertà religiosa*, in *Riv. internaz. diritti dell'uomo*, 2002, p. 269 ss.; MARCO PERTILE, *Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2006, p. 409 ss.; M. I. PAPA, *La tutela della libertà religiosa nel sistema delle Nazioni Unite: quadro normativo e meccanismi di controllo*, in M. I. PAPA, G. PASCAL, M. GERVAZI (a cura di), *Tutela internazionale della libertà religiosa: problemi e prospettive*, Jovene, Napoli, 2019.

² Sul tema si veda: AA.VV., *I Diritti umani a settant'anni dalla Dichiarazione Universale delle Nazioni Unite*, in (a cura di) G. CATALDI, *I Diritti umani e le sfide della società contemporanea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; AA.VV., *Dichiarazione universale dei diritti umani*, Milano, 2018; O. BARSALOU, *La diplomatie de l'universel: la guerre froide, les Etats-Unis et la genèse de la Déclaration universelle des droits de l'homme, 1945-1948*, Bruxelles, 2012; M. BETTATI, O.

zione, l'art. 1 che recita: «tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza».

A ricalcare pedissequamente l'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo è l'analogo principio sancito nella *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (d'ora in avanti CEDU) all'art. 9, la cui formula definitoria prevede il diritto a professare la «propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti»³. L'ambito della tutela della libertà religiosa si amplia con l'art. 11 della CEDU sulla libertà di riunione pacifica e di associazione, laddove l'associarsi liberamente possa avere quale finalità il professare un determinato culto⁴.

DUHAMEL, L. GRELSAMER, *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, Paris, 2008; A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova, 2010; G. CAPOGRASSI, *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e il suo significato*, Padova, 1950, ora in *Opere*, V, Milano, 1959; G. GILIBERTI, *Introduzione storica ai diritti umani*, Torino, 2012; J.P. MACHELON, P. CHAIGNEAU, F. NOHRA (a cura di), *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, Paris, 2010; W. SCHABAS, *The Universal Declaration of Human Rights : the travaux préparatoires*, Cambridge and New York, 2013; S. TONOLO, G. PASCALE (a cura di), *La dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2020; U. VILLANI, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2015; U. VILLANI, *Nel settantesimo anniversario della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *La Comunità internazionale*, 2018, p. 579 ss.

³ Si veda il commento di S. LARICCIA, *Art. 9. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2001, p. 319 ss.; J. F. RENUCCI, *L'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, (Coll.) *Dossiers sur les droits de l'homme n. 20*, Strasbourg, 2004; A. GUZZAROTTI, *Art. 9. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, p. 370 ss.

⁴ Si veda il commento di A. GUZZAROTTI, *Art. 11. Libertà di riunione e di associazione*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, p. 420 ss.

Dal combinato disposto degli artt. 9 e 11 della CEDU si giunge, dunque, a un'affermazione piena della libertà di credo, riconosciuta alla persona, sia nell'espressione della propria individualità, sia in relazione all'appartenenza a una confessione religiosa.

L'estromissione dello scontro interreligioso dalla sfera pubblica contrassegna l'affermarsi dello Stato Moderno. La libertà di religione, inquadrata nella più ampia libertà di pensiero, pur se talvolta non esplicitamente menzionata, va a improntare enunciati di diritti fondamentali della persona espressi in ulteriori fonti internazionali. L'affermazione del principio secondo cui l'appartenenza religiosa non può mai rappresentare elemento di esclusione o di discriminazione è tra i pilastri per la costruzione delle democrazie occidentali moderne. In tale direzione si mossero anche gli Stati firmatari del *Trattato di Roma* del 4 novembre 1950, attraverso il quale sancirono il pieno godimento dei diritti e delle libertà fondamentali a vantaggio di ciascun individuo soggetto alla giurisdizione dei Paesi medesimi.

Siamo nel momento storico in cui la coscienza umana, gravemente offesa dagli atti di barbarie e di sterminio condannati dal processo di Norimberga, "si rivolta" ed impone, a livello internazionale, il divieto di discriminazione fondata sul sesso, origini etniche, colore della pelle, opinioni politiche e/o diversità culturale, sociale e linguistica, convinzioni religiose e condizioni personali.

Il diritto a professare la propria fede si afferma a livello internazionale negli anni dell'immediato dopoguerra e riceve un più ampio riconoscimento con interventi posti in essere nei decenni successivi.

La tutela della libertà religiosa in particolare, proprio perché il sentimento religioso è una dimensione costitutiva dell'uomo connessa al riconoscimento della dignità umana⁵, viene così riaffermata nel *Patto*

⁵ Corte eur. dir. uomo, *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, ricorso n. 13470/87, sentenza del 20 settembre 1994.

sui diritti civili e politici del cittadino del 1966⁶ ed in altri trattati e Dichiarazioni delle Nazioni Unite, come nella *Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio* del 1948⁷; la *Convenzione UNESCO contro la discriminazione nell'educazione* del 1960⁸.

A dimostrazione di come il credo religioso venisse utilizzato per giustificare persecuzioni di soggetti fragili, o per compiere azioni criminose fino al genocidio vengono stabilite la *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* del 1965; la *Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati* del 28 luglio 1951⁹, la *Convenzione sullo*

⁶ International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), art. 18: «[...] This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching. [...] 4. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions».

⁷ L'art. 2 della Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio qualifica come genocidio una serie di atti ivi elencati, qualora questi siano commessi con l'intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso.

⁸ La Convenzione UNESCO contro la discriminazione nell'educazione (adottata dalla Conferenza generale dell'Organizzazione il 14 dicembre 1960 ed entrata in vigore il 22 maggio 1962), oltre a proibire la discriminazione per motivi religioni (art. 1, par. 1), riconosce, all'art. 5, par. 1, lett. b), il diritto dei genitori di «ensure in a manner consistent with the procedures followed in the State for the application of its legislation, the religious and moral education of the children in conformity with their own convictions», specificando in aggiunta che «no person or group of persons should be compelled to receive religious instruction in- consistent with his or their conviction».

⁹ Si v. art. 4 della Convenzione di Ginevra in tema di religione: «gli Stati contraenti devono concedere ai rifugiati sul loro territorio un trattamento almeno pari a quello concesso ai propri cittadini circa la libertà di praticare la loro religione e la libertà d'istruzione religiosa dei loro figli»; ed inoltre, all' art. 33 par. 1, individua un divieto d'espulsione e di rinvio al confine poiché «nessuno Stato contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».

status degli apolidi del 28 settembre 1954¹⁰, la *Convenzione sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie* del dicembre 1990¹¹, la *Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti alle minoranze etniche, religiose e linguistiche* del 1992¹².

Taluni assiomi integranti il più generale principio sulla libertà di religione saranno riaffermati, dapprima, nel Documento conclusivo dei rappresentanti dei Paesi partecipanti alla *Conferenza sulla sicurezza e la cooperazione in Europa* (1986-89) a Vienna¹³. Particolare rilievo assume per la nostra indagine il punto 7 dell'art. 16, ove è garantito il rispetto

¹⁰ La *Convenzione relativa allo status degli apolidi* entrata in vigore il 6 giugno 1960 stabilisce all'art. 3, il divieto di discriminazione per motivi religiosi, prevede, all'art. 4, un obbligo di contenuto analogo alla corrispondente disposizione della *Convenzione sullo status dei rifugiati*.

¹¹ La *Convenzione sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie* (adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1990 ed entrata in vigore il 1° luglio 2003) riproduce, all'art. 12, il contenuto dell'art. 18 del *Patto sui diritti civili e politici*, riferendolo specificamente ai lavoratori migranti e ai membri delle loro famiglie.

¹² Si v. la *Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti alle minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche*, risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite n. 47/135 del 18 dicembre 1992.

¹³ Il riferimento è all'art. 16 ove si legge «al fine di assicurare la libertà dell'individuo di professare e praticare una religione o una convinzione, gli Stati partecipanti, fra l'altro, adotteranno misure efficaci per impedire ed eliminare ogni discriminazione per motivi di religione o convinzione nei confronti di individui o comunità per quanto riguarda il riconoscimento, l'esercizio e il godimento dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in tutti i settori della vita civile, politica, economica, sociale e culturale e assicureranno l'effettiva uguaglianza fra credenti e non credenti» (16.1). Nei punti successivi di tale articolo i firmatari si impegnano: a favorire un clima di reciproca tolleranza e rispetto fra credenti di comunità diverse nonché fra credenti e non credenti; a riconoscere, su loro richiesta, alle comunità di credenti, che praticano o che sono disponibili a praticare la loro fede nel quadro costituzionale dei propri Stati, lo *status* per esse previste nei rispettivi Paesi; a rispettare talune facoltà attribuite a tali comunità religiose (il diritto di costituire e mantenere luoghi di culto o riunione liberamente accessibili; il diritto di organizzarsi secondo la propria struttura gerarchica e istituzionale; il diritto di scegliere, nominare e sostituire il proprio personale conformemente alle rispettive esigenze e alle proprie norme nonché a qualsiasi intesa liberamente accettata fra esse e il proprio Stato; il diritto di sollecitare e ricevere contributi volontari sia finanziari che d'altro genere).

della libertà dei genitori di assicurare l'educazione religiosa e morale dei loro figli conformemente ai propri convincimenti.

Ed ancora, attraverso la Dichiarazione n. 11 adottata in allegato al *Trattato di Amsterdam* (1997) e nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (2000) si sancisce che l'Unione Europea rispetta e non pregiudica lo *status* previsto nelle legislazioni nazionali per le chiese e le associazioni o comunità religiose degli Stati membri, garantendo, altresì, il rispetto dello *status* anche delle organizzazioni filosofiche e non confessionali.

L'art. 10 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, nel ribadire, al comma 1, il diritto di ogni individuo alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, ricalcando pedissequamente la formula definitoria espressa dall'art. 18 della *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* e dall'art. 9 della CEDU, riconosce, al successivo comma 2, il diritto all'obiezione di coscienza, secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio.

In conclusione, includere la libertà religiosa tra i diritti umani da tutelare non è stato facile da concordare, come hanno reso evidente i *travaux préparatoires* relativi all'*iter* redazionale dell'articolo 9 della CEDU¹⁴ e la circostanza che a tutt'oggi siano falliti i tentativi dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite di stipulare un trattato specificamente dedicato ai diritti religiosi¹⁵.

Solo nel 1981, l'Assemblea ha approvato *per consensus* la *Dichiarazione sull'eliminazione di tutte le forme di intolleranza e discriminazione fondata sulla religione o sul credo*. Si tratta, comunque, di una dichiarazione che ha natura

¹⁴ Per un quadro di sintesi, v. Consiglio d'Europa, Segretariato della Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Preparatory Work on Article 9 of the European Convention on Human Rights - Information Document*, Doc. n. DH (56) 14 del 16 agosto 1956, reperibile sul sito www.coe.int. In tal senso sull'*iter* redazionale che ha condotto alla formulazione finale dell'art. 9 della CEDU si vedano, più ampiamente, C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2001, p. 38 ss. ed ancora p. 176-177; P. TAYLOR, *Freedom of Religion. UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge, 2005, p. 7 ss.

¹⁵ Sulle motivazioni del fallimento si veda l'ampia analisi di M. I. PAPA, *op. cit.* in nota 1, pp.18 -25.

di *soft law* dal mero valore esortativo ma, ad oggi, è "l'unico strumento" a livello universale con un *focus* specifico sui diritti religiosi.

2. La tutela della libertà religiosa del minore nel quadro normativo della Convention on the Rights of the Child (CRC)

Nel generale presupposto del rispetto della dignità umana e dei principi di libertà e di uguaglianza applicabili a chiunque non è ammissibile la suddivisione degli individui in base alle condizioni fisiche, opinioni personali, origini razziali e, finanche in fasce d'età¹⁶.

Negli anni che separano la CEDU dalla CRC, si è andata delineando la necessità di un quadro generale di protezione dell'infanzia e della condizione minorile. Dottrina e giurisprudenza hanno sempre più considerato il minore un soggetto di diritto rivalutandone la qualità di "persona" cui, nel percorso di crescita, vanno assicurati e riconosciuti spazi di libertà. Ed il diritto di religione si inquadra a ragione all'interno dei diritti di libertà. L'art. 9 della CEDU diviene prodromico all'articolo 14 della *Convenzione sui diritti dell'Infanzia dell'Adolescenza*, che stabilisce "1. States Parties shall respect the right of the child to freedom of thought, conscience and religion. 2. States Parties shall respect the rights and duties of the parents and, when applicable, legal guardians, to provide direction to the child in the exercise of his or her right in a manner consistent with the evolving capacities of the child. 3. Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health or morals, or the fundamental rights and freedoms of others".

La CRC, un *corpus* legislativo composto da 54 articoli, rappresenta il più organico tentativo di realizzare la tutela dei diritti umani con

¹⁶ Art. 19 Cost.: «Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume».

riferimento alla condizione dei minori¹⁷. Essa affianca ai diritti universalmente riconosciuti quali il diritto al nome¹⁸ (art. 7), alla sopravvivenza¹⁹ (art.6), alla salute²⁰ (art. 3 par.2), all'istruzione²¹ (art.9), una serie di diritti di nuova generazione, come il diritto all'identità del bambino²² (art.8), il rispetto della sua dignità e della sua libertà di espressione²³

¹⁷ V. C. CARDIA, *Genesi dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 179 ss.

¹⁸ CRC ex art. 7 «Il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto a un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e a essere allevato da essi».

¹⁹ CRC ex art. 6: «1. Gli Stati parti riconoscono che ogni fanciullo ha un diritto inerente alla vita. 2. Gli Stati parti assicurano in tutta la misura del possibile la sopravvivenza e lo sviluppo del fanciullo».

²⁰ CRC ex art. 3, par.2: «[...] Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, e a tal fine essi adottano tutti i provvedimenti legislativi e amministrativi appropriati».

²¹ CRC ex art. 9: «Con l'informazione mediante ogni mezzo appropriato, l'istruzione e la formazione, gli Stati parti sensibilizzano il pubblico, ivi compresi i bambini, riguardo alle misure atte a prevenire le prassi proscritte dal presente Protocollo e i loro effetti nefasti. Adempiendo ai loro obblighi in forza del presente articolo, gli Stati parti incoraggiano la partecipazione della collettività e in particolare dei bambini e di quelli che ne sono vittime, a tali programmi d'informazione, d'istruzione e di formazione, anche a livello internazionale».

²² CRC ex art. 8, par.1 e par. 2: « Gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali. Se un fanciullo è illegalmente privato degli elementi costitutivi della sua identità o di alcuni di essi, gli Stati parti devono concedergli adeguata assistenza e protezione affinché la sua identità sia ristabilita il più rapidamente possibile».

²³ CRC ex art. 13 par. 1: «Il fanciullo ha diritto alla libertà di espressione. Questo diritto comprende la libertà di ricercare, di ricevere e di divulgare informazioni e idee di ogni specie, indipendentemente dalle frontiere, sotto forma orale, scritta, stampata o artistica, o con ogni altro mezzo a scelta del fanciullo»; ed ancora con riferimento al minore diversamente abile ex art. 23: «Gli Stati parti riconoscono che i fanciulli mentalmente o fisicamente handicappati devono condurre una vita piena e decente, in condizioni che garantiscano la loro dignità, favoriscano la loro autonomia e agevolino una loro attiva partecipazione alla vita della comunità»; infine la dignità del minore tutela il sistema educativo ex art. 28 par. 2: «Gli Stati parti adottano ogni adeguato provvedimento per

(artt. 13,23 e 28), così com'è chiara nel sancire i principi cardine della protezione effettiva del fanciullo quale il principio di non discriminazione nell' art. 2 "States Parties undertake to respect the rights stated in this Convention and to guarantee them [...] without distinction of any kind and without regard to the child's or his or her parents' or legal guardians' race, colour, sex, language, religion [...] States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is effectively protected from all forms of discrimination [...]"; e del superiore interesse nell art. 3 par. 1 "in all decisions relating to children, whether taken by public or private social welfare institutions, courts, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child must be a permanent consideration"; il diritto alla vita, alla sopravvivenza ed allo sviluppo nell'art. 6 "States Parties recognize that every child has an inherent right to life. States Parties shall ensure as far as possible the survival and development of the child" ed infine il principio cardine del diritto all'ascolto delle opinioni del minore nell'art. 12: "States Parties shall ensure that a child who is capable of discernment has the right to express freely his or her opinion on any matter which concerns him or her, and that the child's views are duly taken into account, taking into account his or her age and degree of maturity [...]".

Emerge dal quadro normativo della CRC la figura del minore come arbitro del proprio destino, come persona protesa alla ricerca della propria identità, alla costruzione di una sua specifica personalità.

Alla luce di quanto esaminato, occorre ora evidenziare come l'effettivo esercizio e godimento della libertà religiosa, nel caso specifico dei minori, si rifletta nel loro percorso educativo che trova nella famiglia il primo luogo di crescita del bambino e di formazione della personalità in evoluzione.

vigilare affinché la disciplina scolastica sia applicata in maniera compatibile con la dignità del fanciullo in quanto essere umano e in conformità con la presente Convenzione».

3. Il delicato bilanciamento tra potestà genitoriale e diritto all'autodeterminazione della prole a tutela della libertà di credo

Va subito sottolineato come sia assente dal dettato normativo un principio che sancisca il diritto del minore all'autodeterminazione. La stessa Costituzione italiana all'art. 2, accanto ai diritti inviolabili dell'uomo non menziona quelli del fanciullo, ma, d'altro canto, non elenca nemmeno l'età tra le condizioni motivo di discriminazione.

Da un'esegesi estensiva degli enunciati costituzionali e dai principi affermati a livello europeo ed internazionale appare indubitabile il riconoscimento della dignità e della libertà di ogni persona debba essere garantito in ciascuna fase della propria vita. La tutela del minore deve essere, in ogni caso, valutata all'interno delle formazioni sociali nelle quali il medesimo sviluppa la propria personalità, *in primis* il nucleo familiare²⁴.

L'evidenza del diritto dei genitori di educare i figli secondo le proprie credenze e l'assenza di riferimento a che l'educazione corrisponda alle credenze del minore²⁵ sono verificabili nelle norme internazionali fino all'89, sia nella *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, che nel *Patto sui diritti civili e politici* e perfino nella Dichiarazione del novembre 1981 sull'eliminazione di tutte le forme di intolleranza e di discriminazione fondate sulla religione e il credo, che pure contiene una tutela ampia della libertà religiosa. L'articolo 5 riferito ai minori chiarisce inequivocabilmente che "i genitori o, [...] i tutori legali di un fanciullo hanno il diritto di organizzare la vita in seno alla famiglia in conformità alla propria religione [...]"²⁶ e che ogni fanciullo [...] non dovrà essere

²⁴ E. MARTINELLI, *Scuola, libertà religiosa del minore e politiche di integrazione*, in *Annali on line della Didattica e della formazione docente*, a cura di E. MARESCOTTI, A. THIENE, *La relazione tra Scuola e Famiglia nel segno del superiore interesse del minore. La responsabilità genitoriale tra diritti e doveri, sostegno e formazione alla genitorialità, interazioni con le istituzioni educative*, Vol. 10, n. 15-16, 2018, p. 47.

²⁵ L. FORLATI., *op. cit.* p.17.

²⁶ V. art. 5 co. 1, *Dichiarazione sull'eliminazione di tutte le forme di intolleranza e di discriminazione fondate sulla religione e il credo*, del novembre 1981.

costretto a ricevere un'educazione religiosa contraria ai desideri dei suoi genitori e dei suoi tutori legali [...]"²⁷.

Il punto di svolta – abbiamo visto – si ha con la CRC che sancisce una nuova sensibilità verso la tutela giuridica dei minori ed, in particolare modo, dei loro preminenti interessi. L'art. 14 par. 2 della Convenzione formula per la prima volta il diritto-dovere dei genitori in termini di «guida» al fanciullo nell'esercizio del suo diritto ad una crescita intellettuale, sociale e spirituale sana ed armoniosa. Superato l'impianto assistenzialista, la CRC definisce gli *standard* minimi di protezione dell'infanzia dimostrando di voler assicurare al soggetto in età evolutiva un'efficace tutela da ogni forma di negligenza, malvagità, sfruttamento e discriminazione. Essa rappresenta il punto di arrivo di un lungo percorso di limitazione della potestà dei genitori che era pressoché assoluta nel determinare l'educazione religiosa dei figli²⁸. La normativa internazionale sposta, dunque, l'accento dal prevalente interesse dei genitori al prevalente interesse del minore²⁹.

Il bilanciamento tra il dovere genitoriale di educare la prole e il diritto dei figli ad operare in autonomia le proprie scelte di vita vede così spostare il proprio baricentro verso il secondo dei due ordini di valore. Alla luce dell'art. 147 c.c., infatti, «il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni...». Nel dettato normativo diventa palese la priorità legislativa del perseguimento dell'interesse del minore, nella misura in cui è presente il riferimento al solo obbligo, e non anche al diritto, dei genitori nei confronti della prole.

²⁷ *Ibidem*, co. 2.

²⁸ S. FERRARI, I. C. IBÀN, *Diritto e religione in Europa occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 98.

²⁹ Cfr. M. CORLETO, *A 30 anni dalla Convenzione sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza. Libertà religiosa, educazione e superiore interesse del minore*, in *Diritto e Religioni*, vol. n. 2/2019, Pellegrini, 2019, pp. 216-218.

Si è, al riguardo, sottolineato in dottrina come l'impegno genitoriale debba avere quale obiettivo un percorso di maturazione dei figli, scevro da eventuali forme di coartazione nelle scelte dei medesimi³⁰.

Una personalità in continua evoluzione, quale quella del soggetto minore, esige d'altro canto, la costante guida dei genitori che non devono però condizionarne lo sviluppo. La problematica si pone soprattutto laddove a oggetto dell'educazione della prole vi sia la trasmissione di un credo religioso. La libertà di religione, affermata sia da fonti internazionali, sia da enunciati costituzionali, deve tener, innanzitutto, in conto il soggetto minore.

Nel bilanciamento con la potestà dei genitori³¹ di assicurare l'educazione religiosa e morale dei figli conformemente ai propri convincimenti emerge il diritto all'autodeterminazione di questi ultimi nel seguire un credo o non seguirne alcuno. Il discorso sui limiti della libertà genitoriale a inculcare nella prole la propria fede acquista dimensioni di gran lunga più ampie in concomitanza con il passaggio dalle società monoculturali a quelle pluraliste e multiculturali.

Il multiculturalismo presuppone l'assenza di un'identità culturale dominante, in passato definita "nazionale", laddove almeno due culture ricevano pari riconoscimento. È stato, a tal proposito, sottolineato come possono distinguersi due tipi di strutture sociali multiculturali, che si differenziano nettamente l'una dall'altra. La prima tipologia vede la presenza di più culture autoctone, sin dall'origine coesistenti in una data società, accomunate dall'obiettivo di affrancarsi da una condizione minoritaria o di affermarsi come maggioritarie. La seconda ipotesi è quella più comune, caratterizzata dal diffondersi di più identità culturali in una

³⁰ M. L. LO GIACCO, *Educazione religiosa e tutela del minore nella famiglia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, febbraio 2007, pp.1-8; D. DURISOTTO, *Educazione e libertà religiosa del minore*, Jovene Editore, Napoli, 2011.

³¹ V. punto 7 dell'art. 16 del sopra citato *Documento conclusivo dei rappresentanti dei Paesi partecipanti alla Conferenza sulla sicurezza e la cooperazione in Europa*, Vienna, 4 novembre 1986 - 19 gennaio 1989.

medesima struttura sociale quale diretto risultato dell'implemento dei fenomeni migratori. In quest'ultimo caso, sono più evidenti i processi di trasformazione della società, sollecitati dalle differenti entità identitarie, che pongono in discussione la cultura dominante.

A seconda del tipo di società multiculturale, differente sarà il livello di scontro per l'affermazione dei diritti fondamentali. Aperto è il dibattito tra i sostenitori di una posizione della sfera istituzionale neutrale rispetto ai valori culturali e i fautori del primato, in ogni caso, dei principi della Costituzione, che comporta, di conseguenza, la prevalenza di quegli aspetti della cultura "nazionale" originaria che maggiormente hanno improntato gli enunciati costituzionali. La seconda opzione è tesa, chiaramente, alla salvaguardia dell'identità di una data società politica³².

La pluralità dei modelli culturali rende ancora più complessa, in particolare, la fitta rete di intrecci tra diritti e doveri in ambito religioso. Innanzi alla scelta di ogni individuo di seguire un determinato credo, ciascuna confessione declina, dal canto suo, quale dovere quello che per l'ordinamento statale è un diritto, ivi compresa la trasmissione alla prole dei principi inerenti a una fede. Nel delicato compito di provvedere alla formazione spirituale dei figli, viene ai genitori attribuita la facoltà di inculcare valori espressione della propria cultura. Limite a tale prerogativa è rappresentato dalla priorità dell'interesse del minore. Parametro di valutazione dei margini di agibilità, concessi ai genitori nella trasmissione del proprio bagaglio ideologico alla prole, è rappresentato dall'età di quest'ultima. Nel corso della prima infanzia, in assenza di una coscienza in grado di sviluppare un approccio consapevole in relazione alle tematiche religiose, pieno appare il potere genitoriale nell'inculcare i propri valori. Tale potestà è destinata ad affie-

³² F. VIOLA, *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena. Atti del convegno in occasione del conferimento della laurea h. c. a Mireille Delmas-Marty* (Ferrara, Novembre 5-6, 2004), Giuffrè, Milano, 2006, pp. 37 ss.

volirsi progressivamente, in concomitanza con il percorso di crescita dei figli. A partire dall'adolescenza, poi, la facoltà di trasmissione dei propri valori da parte dei genitori incontra un insormontabile limite nella libertà del minore di seguire le proprie vocazioni e i propri modelli culturali.

La libertà di educazione dei figli non può, in ogni caso, legittimare la violazione dei principi cardine di una società democratica. Non è ammessa, infatti, alcuna pratica che possa compromettere l'integrità psicofisica e la salute dei minori³³.

Il pluralismo e il rispetto delle differenze non possono essere in nessun caso invocati per la legittimazione di tradizioni culturali e religiose in aperto contrasto con i sistemi costituzionale e penale. Un esempio tra tutti è rappresentato dalla pratica dell'infibulazione della minore straniera, integrante ipotesi di reato. Il discorso sull'inammissibilità di talune prassi investe l'intera casistica dei "valori culturali e religiosi" che possano compromettere la pari dignità umana e sociale dei figli³⁴.

Ma, al di là delle ipotesi limite in cui determinate pratiche rappresentano una violazione dei diritti fondamentali del fanciullo, quest'ultimo ha la facoltà di sviluppare, in ogni caso, dei convincimenti differenti rispetto a quelli inculcati dai genitori, pur se estrinsecantesi in riti religiosi espressi nel pieno rispetto della persona.

In conclusione, l'enunciato del *best interest* del minore, elaborato a livello sovranazionale, garantisce, tra le altre prerogative, la tutela della libertà del medesimo nel prendere le distanze dai valori ideologici trasmessi nel nucleo familiare e di optare per il credo più confacente all'evoluzione della propria personalità.

³³P. CONSORTI, *Diritto e religione*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

³⁴ A. PATRONI GRIFFI, *Lineamenti della tutela costituzionale dei minori stranieri*, in R. BONITO OLIVA (a cura di), *Identità in dialogo. La liberté des mers*, Mimesis. Quaderni di Bioetica, Milano – Udine, 2012, pp. 187 ss.

4. Il conflitto genitoriale sull'educazione religiosa della prole: l'ordinanza della Corte di Cassazione n. 21916 del 30 agosto 2019

Come il principio del *best interest* del minore orienta il conflitto genitoriale sull'educazione religiosa della prole è corroborato dalla giurisprudenza sia interna che internazionale. Al proposito citiamo la sentenza della Cassazione civile sez. I, n. 21916 del 30 agosto 2019 con cui la Suprema Corte ribadisce che l'interesse del minore prevale sulla libertà religiosa dei genitori³⁵.

Ai sensi della decisione della Cassazione civile, in tema di affidamento dei figli, la possibilità da parte del giudice di adottare provvedimenti contenitivi o restrittivi dei diritti individuali di libertà dei genitori in tema di libertà religiosa e di esercizio del ruolo educativo è strettamente connessa e può dipendere esclusivamente dall'accertamento in concreto di conseguenze pregiudizievoli per il figlio che ne compromettano la salute psico-fisica e lo sviluppo. Tale accertamento non può che basarsi sull'osservazione e sull'ascolto del minore e non sulla scorta di un'astratta valutazione.

La decisione accoglie il ricorso di una madre, seguace della dottrina geovista, avverso la sentenza n. 3332/2016 della Corte d'Appello di Milano, che, confermando la sentenza n. 2028/2014 del Tribunale di Como in ordine alla separazione personale con il coniuge, aveva ribadito che il figlio dei due, al quale era stato impartito il battesimo, dovesse seguire il culto del cattolicesimo sino al completamento della sua formazione religiosa.

La Corte di Cassazione ha statuito che, in tema di affidamento dei figli, il criterio fondamentale cui deve attenersi il giudice nel fissare le relative modalità, in caso di conflitto genitoriale, è quello del superiore interesse del minore, stante il suo diritto preminente ad una crescita sana ed equilibrata. Il perseguimento di tale obiettivo può comportare

³⁵ Cass.civ., Sez. I, 24 maggio 2018, n. 12954.

anche l'adozione di provvedimenti, relativi all'educazione religiosa, contenitivi o restrittivi dei diritti individuali di libertà dei genitori, ove la loro esplicazione determinerebbe conseguenze pregiudizievoli per il figlio, compromettendone la salute psico-fisica e lo sviluppo.

La possibilità di adottare analoghi provvedimenti restrittivi – in presenza di una situazione di conflitto tra i due genitori che intendano trasmettere entrambi il proprio patrimonio religioso, stante la loro incapacità di rendere compatibile i diversi contributi educativi espressione dell'adesione a differenti credo – non può essere, tuttavia, disposta dal giudice sulla base di un'astratta valutazione delle religioni in esame. Si tratterebbe di un giudizio di valore precluso all'autorità giudiziaria dall'enunciato costituzionale e convenzionale Europeo della libertà religiosa. Né può assumere rilievo, ai fini dell'adozione dei sopra citati provvedimenti restrittivi, la circostanza che l'adesione, da parte di uno dei genitori, a una religione diversa – rispetto a quella che precedentemente era seguita e praticata da entrambi e che, originariamente, è stata trasmessa al figlio o ai figli quale credo comune della famiglia – sia avvenuta in una fase successiva. Tale astratto criterio lederebbe, infatti, il mantenimento di un rapporto equilibrato e paritario con entrambi i genitori, rimanendo insensibile alle scelte di vita in divenire dei medesimi.

L'*iter* logico-argomentativo della Suprema Corte è scandito dall'analisi dei principi costituzionali afferenti alla libertà di religione (art. 19 Cost.) e all'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29 Cost.); tappa decisiva è rappresentata dal continuo richiamo agli enunciati in materia di diritti inviolabili della persona³⁶, con presenti riferimenti alla CEDU, laddove sono richiamati i principi di eguaglianza e di libertà di religione³⁷. Siffatte prerogative possono essere limitate solo dalla legge come misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza

³⁶ Ex artt. 2 e 3 della Costituzione italiana.

³⁷ Ex artt. 14, 8 e 9 della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*.

pubblica, la protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica o la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

5. Il primario interesse del minore in materia di esercizio della libertà religiosa alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo

L'indagine del presente lavoro sarebbe incompleta se non prendesse in esame, anche se sommariamente, le previsioni normative contemplate dalla CEDU e dal Primo Protocollo aggiuntivo, oltre che le soluzioni giurisprudenziali adottate dalla Corte europea dei diritti umani³⁸.

I principi di eguaglianza e di libertà di religione sono garantiti dalla CEDU (artt. 14, 8 e 9). Punto di partenza della riflessione è l'art. 14 CEDU³⁹ relativo al divieto di discriminazione che stabilisce che il godimento dei diritti e delle libertà deve essere assicurato senza nessuna forma di discriminazione.

I genitori, in quanto educatori, detengono un ruolo centrale nell'avviare all'educazione religiosa i minori. La libertà dei genitori o dei tutori di indirizzare i propri figli o i minori assistiti ad un credo religioso, rientra nelle loro prerogative. Tale dovere dei genitori ad indicare una prospettiva educativa, anche in ambito religioso, deve essere protetto *in primis* dalle possibili ingerenze dello Stato. Il diritto dei minori di crescere sotto l'indirizzo e nel rispetto delle convinzioni religiose genitoriali è, infatti, spesso violato da alcuni Stati.

In particolare, con riferimento ad ipotesi di violazione dell'art. 9 CEDU, norma generale posta a tutela della libertà religiosa di ciascun individuo, la Corte di Strasburgo si è occupata del difficile rapporto tra il rispetto delle

³⁸ Si v. M. CORLETO, *op. cit.*, pp. 226-230.

³⁹ Art. 14 CEDU: Divieto di discriminazione. Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.

credenze religiose dei genitori e la tutela del benessere del minore. Vi è stata violazione dell'art. 9 CEDU, secondo la Corte, in quelle ipotesi in cui vi era ad esempio, la volontà di un padre di applicare punizioni corporali nei confronti del figlio o, anche la determinazione dei genitori di sfuggire all'obbligo vaccinale dei minori, prescritto dal legislatore nazionale. In tali casi quando, il rispetto delle convinzioni religiose dei genitori si scontra con l'interesse superiore del minore, quest'ultimo prevale⁴⁰. Di particolare interesse è stata la sentenza *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*⁴¹ del 2010, in cui in caso di violazione alla vita familiare per sottrazione internazionale di minore, il principio del *best interests* da criterio interpretativo occasionale diventa principio generale. Il superiore interesse del minore si eleva, dunque, a principio generale, volto ad informare ogni decisione che riguarda la vita del minore.

In altre ipotesi, la discriminazione su base religiosa ha determinato la violazione di altre norme della CEDU, come l'art. 8, anche in combinato disposto con l'art. 14 CEDU. A tal proposito, si ricordano alcune decisioni nazionali relative alla fissazione della residenza abituale dei minori presso uno dei due genitori, basate esclusivamente sul fatto che l'altro genitore fosse Testimone di Geova. Gli artt. 8 e 9 CEDU sono stati, poi, applicati congiuntamente ai casi che mettevano in pericolo la salute dei minori, come quelli in cui genitori, Testimoni di Geova, si opponevano alla trasfusione di sangue dei propri figli minori⁴².

Per quanto concerne l'esercizio della libertà religiosa nei luoghi pubblici, la Corte ha differenziato i casi relativi alla tutela di simboli⁴³o

⁴⁰ K. HUGHES, *The Child's Right to Privacy and Article 8 European Convention on Human Rights*, in M. FREEMAN, *Current Legal Issues: Law and Childhood Studies*, Oxford University Press, Oxford, 2012; C. BREEN, *The standard of best interests of the child*, Beill, Leiden, 2002.

⁴¹ Corte eur. dir. uomo (Grande Camera), *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, ricorso n. 41615/07, sentenza del 6 luglio 2010.

⁴² Per un approfondita analisi si rinvia a T. SCOVAZZI, *La libertà di religione e testimoni di Geova secondo due sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1994.

⁴³ V. PACILLO, J. PASQUALI CERIOLI, *I simboli religiosi. Profili di diritto ecclesiastico italiano e comparato*, Giappichelli, Torino, 2005; S. FERRARI, (a cura di), *Islam ed Europa. I simboli*

abbigliamenti religiosi, a seconda che fossero gli insegnanti o gli alunni a richiederne la tutela. Quando interpellata, la Corte ha sostenuto che l'utilizzo del velo islamico, da parte dell'insegnante, presentava con la sua potente carica simbolica elementi di difficile conciliazione con il messaggio di tolleranza e rispetto per gli altri, stante anche il particolare rapporto di soggezione esistente tra l'insegnante ed i minori suoi alunni. In discussione era la libera formazione della coscienza dei bambini. In particolare, si violavano i messaggi di uguaglianza e di non discriminazione ai quali tutti gli insegnanti, attivi in una società democratica, dovrebbero richiamarsi e che dovrebbero farsi carico di trasmettere ai loro alunni. Il sacrificio richiesto all'insegnante di non utilizzare il velo in classe non ledeva la sua libertà religiosa, ed era giustificato altresì dal particolare ruolo educativo che la stessa svolgeva nei confronti dei minori⁴⁴.

Del pari, la Corte si è pronunciata sul divieto per gli alunni di scuola primaria e secondaria in un paese UE di indossare "simboli o indumenti che manifestano esplicitamente l'appartenenza ad un credo religioso". La Corte ritenne giusta, e sufficiente a giustificare le misure adottate dal preside della scuola (ed impugnate dai genitori dei minori interessati), l'invocazione del principio costituzionale del secolarismo, a sua volta richiamante i valori sottesi alla Convenzione. Al capo dell'istituto, fu riconosciuta la possibilità di vietare, ai minori musulmani, l'utilizzo del velo ed altresì imporne la rimozione all'entrata in

religiosi nei diritti del Vecchio continente, Carocci, Roma, 2006; E. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁴⁴ Corte eur. dir. uomo, *Dahlab v. Svizzera*, ricorso n. 42393/98 del 15 febbraio 2001. Ricorso ritenuto manifestamente infondato e relativo al divieto per un'insegnante di una scuola primaria statale, in una classe di bambini di età compresa tra 4 e 8 anni, di indossare il velo durante lo svolgimento delle lezioni. Inoltre la Corte ha respinto il ricorso, nella misura in cui la discriminazione era da intendersi sulla base del sesso, in quanto può essere applicata anche ad un uomo che in circostanze simili indossi abiti che lo identificano esplicitamente come membro di un altro credo religioso.

classe. L'iniziativa non avrebbe contrastato l'art. 9 della Convenzione in quanto risiedeva nel margine di apprezzamento stabilito dalla legge⁴⁵, sulla base anche del principio di laicità.

L'art. 2 del Primo Protocollo addizionale fissa il principio in forza del quale a nessuno può essere impedito e/o negato il diritto all'educazione⁴⁶ ed è compito dello Stato di favorire l'ingresso a scuola dei minori, sia essa una struttura pubblica che privata. La norma impone un obbligo secondo cui a nessuno può essere negato il diritto all'educazione. Non si tratta però di un diritto assoluto, dato che può subire interferenze da parte dello Stato per soddisfare scopi ritenuti legittimi. Questi ultimi, a differenza dei diritti previsti da altre disposizioni come gli artt. 8 e 11 CEDU, non vengono elencati, conferendo un ampio margine di manovra e di discrezionalità in capo agli Stati.

Se garantito è il pluralismo (evitando accuratamente ogni pericolosa forma di indottrinamento) altrettanto va detto per la possibilità di sostituire l'insegnamento della religione con insegnamenti alternativi. Sul punto, la Corte di Strasburgo si è ripetutamente pronunciata. Ad esempio, nel caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Danimarca*, in cui in discussione era posto il contenuto dell'insegnamento, la Corte fu chiamata a pronunciarsi sulla domanda avanzata da alcuni genitori danesi che ritenevano l'insegnamento dell'educazione sessuale, nel *curriculum* di studi dei minori, di età compresa tra i 9 e gli 11 anni, una violazione del rispetto delle proprie convinzioni religiose. La Corte respinse il ricorso sottolineando il carattere formativo del programma scolastico e l'assenza di alcun condizionamento di tipo morale. Importante fu ritenuto che gli insegnamenti di religione non fossero invasivi della libertà religiosa del

⁴⁵ Corte eur. dir. uomo, *Gamaleddyn v. France*, ricorso n. 43563/08, decisione n. 18527-08 del 30 giugno 2009; *Aktas v. France*, decisione n. 43563-08 del 25 maggio 2010; *Ranjit Singh v. France*, decisione n. 27561-08 del 30 giugno 2009; *Jasvir Singh v. France*, decisione n. 25463-08 del 30 giugno 2009.

⁴⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, *Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, 9 mai 1967, CDH (67) 2, p. 110.

minore, accuratamente arricchiti con informazioni obiettive e rispettose del senso critico e del pluralismo di espressione⁴⁷.

La Corte sottoponendo a controllo le materie inserite nei programmi scolastici, riconosce un margine insindacabile di apprezzamento legato alle tradizioni culturali nazionali. Ove mai venisse in evidenza un superamento della soglia di oggettività dell'insegnamento od una violazione dell'imprescindibile rispetto del pluralismo, sarebbe palese il contrasto con l'art. 2 del Primo Protocollo addizionale.

La Corte è stata solerte e chiara nel ribadire il disposto dell'art. 46 della CEDU in forza del quale incombe sullo Stato l'obbligo di approntare misure idonee a rimuovere l'eventuale obbligatorietà dell'insegnamento della religione nelle sue scuole, al fine di garantire il primario (o prevalente, se si preferisce) interesse del minore nella libera scelta dell'orientamento religioso da seguire anche a scuola. La Corte ha rilevato una violazione dell'art. 2 del Primo Protocollo addizionale, nel sistema educativo turco, sprovvisto di mezzi volti ad assicurare il rispetto delle convinzioni religiose dei genitori *Mansur Yalcin e altri c. Turchia* ⁴⁸.

Altro caso emblematico in cui la Corte di Strasburgo ha sancito il principio fondamentale che l'esigenza d'integrazione sociale del

⁴⁷ Corte eur. dir. uomo, *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Danimarca*, ricorso nn. 5095/71, 5920/72 e 5926/72, sentenza 7 dicembre 1976; Corte eur. dir. uomo, *Valsamis c. Grecia*, ricorso n. 21787/93, sentenza 18 dicembre 1996; *Folgerø e altri c. Norvegia* [GC], ricorso n. 15472/02, sentenza 29 giugno 2007; *Hasan e Eylem Zengin c. Turchia*, ricorso n. 1448/04, sentenza 9 ottobre 2007; *Lautsi e altri c. Italia* [GC], ricorso n. 30814/06, sentenza 18 marzo 2011.

⁴⁸ I familiari ricorrevano alla Corte europea dei diritti dell'uomo perché, a loro parere, il fatto di non poter più entrare in contatto con i propri parenti, così come previsto dalle ferree regole dell'ordine monastico ortodosso, avrebbe configurato la violazione dell'art.8 CEDU relativo al rispetto della vita privata e familiare. La Corte, invece, accertato che la scelta degli interessati, nelle more del giudizio diventati (ormai) maggiorenti, non solo fosse stata libera e cosciente e che quindi in quanto tale andava rispettata, ma che solo ad essi spettava la scelta di mantenere o meno legami con la famiglia d'origine. Corte eur. dir. uomo, *Sijakova e altri c. Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, ricorso n. 67914/01, sentenza del 6 marzo 2003.

minore prevale sul credo religioso dei genitori, è costituito dal *caso Osmanoglu et Kocabaş contro Svizzera* deciso nel 2017. Nel caso specifico la Corte ha ritenuto che l'obbligo di frequentare corsi di nuoto misti all'interno delle strutture scolastiche pubbliche sia conforme all'art. 9 della CEDU. I giudici di Strasburgo hanno dato ragione alla Svizzera e respinto il ricorso di due genitori, cittadini svizzeri di origine turca e di religione musulmana. Questi ultimi avevano iniziato un contenzioso con le autorità scolastiche perché avevano impedito alle proprie figlie di 7 e 9 anni la frequenza dei corsi di nuoto inseriti nel percorso scolastico a causa del fatto che i corsi erano misti e non separati in base al sesso. Malgrado i reiterati inviti e ammonimenti a rispettare le regole scolastiche, i genitori erano andati avanti tenendo ferma la propria decisione e, così, si erano visti comminare una sanzione amministrativa. Era iniziata una diatriba nelle aule di giustizia ma i giudici nazionali avevano dato torto ai genitori e confermato l'ammenda. Di qui il ricorso, senza fortuna, alla Corte europea di Strasburgo che ha dato ragione alla Svizzera. L'art. 9 della Convenzione non solo prevede il diritto alla libertà di religione, ma anche le modalità di manifestazione del proprio credo religioso, con la conseguenza che lo Stato ha obblighi negativi di non ingerenza e obblighi positivi per favorire il pluralismo religioso. A ciò si aggiunga che, salvo in casi eccezionali, gli Stati non possono effettuare apprezzamenti sulla legittimità del credo religioso e sulle modalità di espressione. Così, se da un lato si può ritenere che si è verificata un'ingerenza nella libertà di religione, dall'altro lato è certo che l'ingerenza è giustificata dal fine superiore di raggiungere l'inclusione sociale dei minori. Nell'ambito delle scelte legate al rapporto tra Stato e religione, inoltre, gli Stati hanno un rilevante margine di discrezionalità e, questo, soprattutto laddove è coinvolta l'educazione scolastica. Questo porta la Corte a concludere nel senso che le autorità nazionali possono scegliere il percorso scolastico, in linea con le tradizioni nazionali. Dall'*iter* argomentativo della Corte di Strasburgo, poi, emerge una condivisione delle scelte delle autorità svizzere che hanno

attribuito importanza non solo al corso di nuoto in sé, ma alla funzione di integrazione e condivisione tra gli scolari. Lo svolgimento di corsi aperti a tutti i bambini, senza alcuna separazione tra maschi e femmine, ha un'alta funzione di integrazione secondo gli usi del luogo in cui vivono i minori, aspetto che ha particolare importanza soprattutto se si tratta di scolari con origini straniere. Uno strumento, quindi, per evitare forme di esclusione. Tra l'altro, la Corte evidenzia che le autorità nazionali hanno dato prova di un approccio non eccessivamente rigido, consentendo finanche l'utilizzo del burkini, ma i genitori erano stati irremovibili nella richiesta di lezioni separate per bambini e bambine. Alla luce del quadro delineato, la Corte europea ha dato ragione alla Svizzera, riconoscendo il valore dell'integrazione sociale dei bambini come prevalente rispetto al credo ed alla volontà dei genitori ⁴⁹.

Concludendo, la tutela minorile della libertà religiosa, come è emerso dalla prassi giurisprudenziale degli ultimi anni, può ricondursi a due filoni principali: l'uno relativo all'esercizio della libertà di culto nelle diverse formazioni sociali in cui il minore cresce, l'altro inerente al progetto educativo che lo conduce alla maggiore età.

Alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, l'impegno richiesto al giudice è stato di considerare, esclusivamente, l'interesse del minore ad una crescita serena ed equilibrata oltre che alla sua integrità psico-fisica. E dinanzi a tale interesse, comunque, verrebbe meno anche il diritto di libertà religiosa di coloro che sul minore esercitano la potestà⁵⁰. Partendo dall'assunto che la tutela e l'esercizio della libertà religiosa del minore non possa prescindere dall'osservanza del principio dei *best interests*, della non discriminazione e dell'ascolto del

⁴⁹Corte eur. dir. uomo, *affaire Osmanoglu et Kocabaş c. Suisse*, ricorso n. 29086/12, sentenza del 10 gennaio 2017.

⁵⁰ Nel caso *Deschomets v. France*, decisione n. 31956-02, la Corte ha emesso una sentenza in forza della quale per esercitare la patria potestà su un bambino, il genitore non deve condizionare la sua libertà di manifestazione di un credo religioso piuttosto che un altro.

fanciullo in caso di violazione della libertà religiosa, ben si comprende che solo attraverso il rispetto di tali principi generali è possibile dar vita e forma all'elemento dirimente nei casi delle violazioni sopra citate. Ma, va anche detto, che la considerazione di cui gode il principio dei *best interests* è decisamente maggiore rispetto all'ascolto del minore ed alla non discriminazione, in quanto il primo presenta un carattere maggiormente flessibile ed adattabile alle reali esigenze del minore, all'uopo contestate e rilevate, nell'ottica finale della sua protezione.

Auspicabile potrebbe essere la presenza, nelle cause che vedono coinvolto un minore, di un *tutor* legale al fine di aumentare la consapevolezza del soggetto interessato dalla lesione del diritto, ossia il minore stesso. Ciò potrebbe aggiungere il punto di vista del minore, rispetto a quello dei genitori e dello Stato di riferimento, consentendo la ricostruzione ed affermazione, in virtù del grado di maturità conseguito dal bambino, della sua centralità nel godimento di una fondamentale libertà.

Ilaria Garaci

Identità culturale e best interest of the child

1. *Premessa*

I crescenti flussi migratori che hanno interessato l'Italia negli ultimi decenni, e la conseguente connotazione multiculturale acquisita dal nostro paese, hanno portato sempre più in rilievo, nel dibattito filosofico, politico e giuridico contemporaneo, il tema dell'identità culturale¹. Il "pluralismo" favorisce l'insorgere di conflitti fra le culture dominanti e quelle che fanno capo ai gruppi minoritari, portatori di valori legati a tradizioni culturali e religiose diverse, di cui si rivendica il diritto alla differenza² e al rispetto delle relative specificità. Peraltro, il contatto fra culture diverse pone, nello Stato in cui esso avviene, il problema di conciliare il riconoscimento delle diversità culturali rivendicate, ora dal gruppo/nucleo familiare, ora singolarmente dall'individuo appartenente al gruppo, con la tutela dei diritti fondamentali, non negoziabili, riconosciuti nella propria costituzione³.

¹ Il diritto alla identità culturale, riferito in particolare ai diritti culturali delle minoranze etniche, religiose o linguistiche, è tutelato in diversi modi: il primo riconoscimento sul piano del diritto internazionale avviene con il *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, concluso a New York il 16 dicembre del 1966, il cui art. 27 recita: «In quegli Stati, nei quali esistono minoranze etniche, religiose, o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione, o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo». Si considerino poi gli interventi dell'Unesco (la Dichiarazione Unesco dei Principi sulla tolleranza adottata il 16 novembre 1995 e la Dichiarazione universale dell'Unesco sulla diversità culturale adottata a Parigi il 2 novembre 2001). Il diritto alla diversità culturale si trova inoltre affermato nell'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

² B. PASTORE, *Lo spazio del riconoscimento. Identità culturali e sfera pubblica*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, 2013, p. 116.

³ P. PAROLARI, *Diritti fondamentali. Prospettive transculturali e percorsi interculturali*, in T. MAZZARESE, cit., p. 234, la quale osserva come «i processi di dialogo interculturale

Ne deriva la necessità di realizzare un giusto equilibrio, rifuggendo da politiche e posizioni assimilazioniste e senza cadere nel fenomeno opposto della ghettizzazione⁴, quale conseguenza di una valorizzazione eccessiva delle specificità culturali⁵, foriera di forme di discriminazione e di violazione di diritti fondamentali⁶.

La presenza in Italia di numerose famiglie di immigrati e in particolare di una consistente comunità islamica mette a confronto fra loro tradizioni giuridiche diverse, specie nel campo del c.d Statuto personale, le cui norme, nei paesi islamici, fondandosi sulla *shari'ah*, si applicano agli interessati su base personale, quindi in base alla fede religiosa, indipendentemente dalla cittadinanza e dalla localizzazione della persona interessata⁷. I problemi principali riguardano proprio l'applicazione della legge⁸, non rivelandosi spesso idonei i criteri di collega-

abbiano contribuito a (ri)definire lentamente, ma costantemente, la cultura dei diritti fondamentali per effetto del confronto tra le diverse concezioni che di tali diritti si sono affermate nell'ambito di culture differenti", portando quale esempio di tale processo proprio la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, espressione di una «pluralità di sensibilità ideologiche e culturali», a dispetto di quanti invece ne evidenziano il carattere etnocentrico.

⁴ G. CAMPANATO, *Società multietnica, pluralità di modelli educativi ed il diritto di educare e correggere dei genitori*, in *Minori e Giustizia*, 2012, p. 80.

⁵ A. BÜCHLER, *Islamic family law in Europe? From dichotomies to discourse – or: beyond cultural and religious identity in family law*, in *International Journal of Law in Context*, 8,2, 2012, pp. 196 ss.

⁶ Osserva Tecla Mazzaresse (T. MAZZARESE, *Diritto, diritti, pluralismo culturale. Un'introduzione*, in T. MAZZARESE, cit., p.6) come il dialogo fra culture differenti debba necessariamente tenere conto della complessità, pluralità e a volte anche contraddittorietà che le stesse culture presentano al loro interno. Vedi anche P. PAROLARI, *Diritti fondamentali. Prospettive transculturali e percorsi interculturali*, in T. MAZZARESE, cit., p. 226 e passim.

⁷ G. CAROBENE, *Pratiche legali, diversità culturali e religiose nel rapporto dialettica fra kafala e adozione*, in *Quaderni di diritto e politica eccles.*, 2019, p. 138.

⁸ Il problema principale, con cui si devono confrontare i giudici nazionali nelle società multiculturali, riguarda proprio la coesistenza e sovrapposizione di una pluralità di fonti del diritto, quelle proprie del diritto interno, quelle di diritto internazionale in materia di diritti fondamentali, nonché quelle non statali, consuetudinarie o di origine religiosa cui si conformano i gruppi insediatisi nel territorio di riferimento. Cfr. sul punto P.

mento di diritto internazionale privato⁹. L'applicazione della legge personale del figlio¹⁰, per esempio, nelle questioni che riguardano le relazioni genitori -figli, potrebbe, da un lato, porre un problema di compatibilità con la clausola del limite dell'ordine pubblico e dall'altro lato, sebbene astrattamente in grado di salvaguardare le specificità culturali dei soggetti coinvolti¹¹, nel concreto, non rivelarsi idonea a garantire il preminente interesse del minore, nella valutazione del quale si dovrà peraltro tenere conto delle differenti (e spesso concorrenti fra loro) esigenze del minore d'età, non solo immediate, ma anche proiettate nel lungo termine¹². Ed invero, l'interesse del minore d'età proveniente da tradizioni culturali e religiose diverse va considerato nella sua complessità, avuto riguardo a molteplici istanze e circostanze: l'esigenza, da un lato, di mantenere l'identità culturale¹³, ma dall'altro lato, di tenere

PAROLARI, *Legal Polycentricity, intergiuridicità e dimensioni "intersistemiche" dell'interpretazione giudiziale. Riflessioni a partire dal caso inglese Akhter v. Khan*, in DPCE online, 2019/3, p. 2109 ss., p. 2110; nonché R. MONTINARO, *Identità culturale e diritti della persona nelle relazioni familiari: la clausola generale dell'ordine pubblico internazionale ed il ruolo del giudice*, in *JUS*, 1, 2020, p.7.

⁹ P. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 13. Si pensi per esempio all'istituto della poligamia o al ripudio all'interno del matrimonio islamico che si pongono in contrasto con l'ordine pubblico. Sul tema dell'efficacia dei matrimoni poligamici contratti all'estero e più in generale dei rapporti familiari poligamici si veda: M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Napoli, 2016, passim; nonché G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, in S. LANDINI (a cura di), *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border families, international successions, mediation issues and new financial assets*, Napoli, 2020, p. 57 ss.

¹⁰ I rapporti genitori-figli sono regolati dalla legge nazionale del figlio (artt. 33-36 della legge 31 maggio 1995, n. 218).

¹¹ J. LONG, *Islam e diritto della famiglia e minorile: spazi e limiti di dialogo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 2019, p. 119.

¹² La preferenza di un orizzonte temporale (quello immediato, medio o di lungo termine) può infatti portare a conclusioni diverse. Tale aspetto viene messo in evidenza da S. SONELLI, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2018, p. 1373 ss., in *Dejure online* p. 3.

¹³ Il diritto all'identità culturale del minore trova fondamento sia nell'ambito di alcune disposizioni normative interne (l'art. 1, comma 5, legge 4 maggio 1983, n. 184 prevede che:

altresì conto dei bisogni che in concreto emergono dal costante confronto che il minore vive con la società in cui è inserito e (o comunque anela essere) integrato e con i valori in essa incardinati; le sollecitazioni che provengono dal diritto sovranazionale sempre più propense alla considerazione dei diversi, e anche più articolati, modelli familiari¹⁴; nondimeno, la diversa percezione del “benessere” del minore nella cultura di provenienza. Ne consegue dunque una maggiore difficoltà nell’individuare la natura e il contenuto del *best interest of the child*¹⁵ nel

«il diritto del minore a vivere, crescere ed essere educato nell’ambito di una famiglia è assicurato [...] nel rispetto della identità culturale del minore»), sia nell’ambito della Costituzione (ora attraverso l’art. 2 Cost. che, nel riconoscere i diritti inviolabili dell’uomo nelle “formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”, tutela anche l’identità del gruppo in cui il minore e gli adulti di riferimento sviluppano la loro personalità, ora attraverso l’art. 30 Cost., che, nel sancire il diritto-dovere dei genitori di mantenere istruire ed educare i figli riconosce e tutela il pluralismo educativo, che andrebbe quindi esteso anche alle famiglie straniere (Cfr. sul punto I. RUGGIU, *Multiculturalismo e minori: il fondamento costituzionale dei diritti culturali del minore straniero e il test culturale per bilanciarli*, in *Minori Giustizia*, 2019, p. 102), sia infine sul piano del diritto internazionale attraverso i relativi strumenti giuridici. L’art. 8 della Convenzione sui diritti dell’Infanzia e dell’Adolescenza, approvata a New York il 20 novembre 1989 dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite, afferma “il diritto della persona minore d’età di conservare la sua identità, inclusi nazionalità, nome e relazioni familiari (...), l’art. 30 della medesima Convenzione prevede che: “Negli Stati in cui esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche oppure persone di origine autoctona, un fanciullo autoctono o che appartiene a una di tali minoranze non può essere privato del diritto di avere una propria vita culturale, di professare e di praticare la propria religione o di far uso della propria lingua insieme agli altri membri del suo gruppo”.

¹⁴ Il contrasto fra le diverse culture e tradizioni si avverte proprio in ragione dell’evoluzione *in fieri* del nostro sistema familiare verso modelli più articolati e più fluidi in raffronto ai superati modelli propri di alcune culture, improntati a rigidi schemi patriarcali cui spesso si accompagnano pratiche e sistemi educativi che appaiono in contrasto con i nostri principi costituzionali Cfr. CAMPANATO, cit., p. 81-82.

¹⁵ Il *best interest of the child*, tradotto in italiano come «superiore (o preminente) interesse del minore», solennemente consacrato nell’art 3, par. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’Infanzia e dell’Adolescenza del 1989, dove in particolare si afferma che i *best interests of the child* debbano avere una considerazione preminente, nonché affermato nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (art. 24, par. 2) è asceso “a valore apicale di sistema” divenendo “il nuovo principio sistematico organico-

contesto multiculturale, non solo per l'esigenza che esso sia fatto prevalere nei confronti del pubblico interesse, nonché, ove occorra, nei confronti degli altri membri della famiglia, ma soprattutto in ragione della complessità delle esigenze concrete dei minori di età provenienti da una matrice culturale straniera con la quale potrebbero entrare in conflitto.

Nel presente scritto si analizzeranno alcune questioni, circoscritte all'ambito dei rapporti di filiazione e delle relazioni genitori-figli, che in particolare emergono dal raffronto con istituti e schemi familiari a caratterizzazione culturale, che presentano elementi di estraneità rispetto al nostro sistema giuridico e che inducono preliminarmente a chiederci se il nostro diritto di famiglia abbia le aperture necessarie ad accogliere il pluralismo¹⁶, non solo come *un fatto*, attraverso la predisposizione di misure antidiscriminatorie, ma anche come un *valore* da

zatore di tutto il diritto minorile (Cfr. V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 407). Si è tuttavia sottolineata in dottrina la difficoltà di comprendere in cosa effettivamente consista l'interesse del minore, trattandosi di una "nozione confusa e ambigua, sfuggente e indeterminata, idonea a essere impiegata con modalità molto fortemente condizionate dalle scelte di valore di chi vi ricorre" (L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 148; ID, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 87), oltre che prestarsi a deformazioni applicative dietro le quali spesso si cela l'interesse degli adulti di riferimento. Inoltre, appare spesso difficile conciliare la valutazione in concreto dell'interesse della singola determinata persona minore d'età con quella in astratto, che risponde ad esigenze più generali di tutela di tutte le persone minori d'età (*best interests of the children*). Oltre che criterio giudiziale il principio del *best interest of the child* è infatti criterio che guida la discrezionalità del legislatore nei suoi interventi a favore dei minori d'età. Si veda al riguardo E. LAMARQUE, *I best interests of the child*, in AA.VV., *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, (a cura di) Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, 2019, p. 151; ID, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, passim.

¹⁶ A. BÜCHLER, *Islamic family law in Europe? From dichotomies to discourse – or: beyond cultural and religious identity in family law*, in *International Journal of Law in Context*, 8,2, 2012, Cambridge University Press, p.198.

tutelare con specifiche misure¹⁷, sia pure tenendo presente il rispetto dei diritti fondamentali non solo delle minoranze, ma anche all'interno delle minoranze¹⁸.

Si mette fin d'ora in rilievo la delicatezza e la complessità del compito dell'interprete, chiamato ad individuare nel concreto, e nella consapevolezza dell'unitarietà del sistema ordinamentale¹⁹, la soluzione normativa adeguata, che, tenendo conto della diversità valoriale appartenente a tradizioni e culture differenti, sappia operare, secondo ragionevolezza, un bilanciamento di valori e principi concorrenti; un interprete capace quindi di declinare nell'ordinamento del caso concreto le clausole generali del limite dell'ordine pubblico (interno e internazionale) e del *best interest of the child*, e pertanto in grado, ove si renda necessario, di limitare l'operatività del limite dell'ordine pubblico a favore dell'interesse del minore a mantenerne la propria identità culturale²⁰ ovvero di limitare l'interesse (spesso coincidente con quello del nucleo familiare complessivamente considerato) a mantenere l'identità culturale, ove ciò non coincida con il superiore interesse del minore.

2. La questione del riconoscimento nell'ordinamento interno degli effetti giuridici della Kafala. Il problema del ricongiungimento familiare

Fra le principali questioni affrontate dai tribunali collegate alla presenza nel territorio italiano di famiglie provenienti da tradizioni culturali e religiose diverse, per lo più di matrice islamica²¹, nonché alla separazione che spesso subiscono i nuclei familiari negli spostamenti migratori, vi è quella del riconoscimento, all'interno dell'ordinamento ita-

¹⁷ In tal senso G. PINO, *Libertà religiosa e società multiculturale*, in T. MAZZARESE, cit., p. 162.

¹⁸ Ivi, p. 163.

¹⁹ P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 176; ID, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 108 ss.

²⁰ J. LONG, *Islam e diritto della famiglia e minorile*, cit., p. 129.

²¹ Per lo più provenienti da paesi del Maghreb.

liano, degli effetti giuridici della *kafala*, ora con riferimento al problema del ricongiungimento familiare (con il minore straniero affidato in *kafala*), ora con riferimento alla riconoscibilità di detto istituto come adozione internazionale o comunque come presupposto per ottenerne la trasformazione in adozione legittimante o adozione in casi particolari ex art. 44. par. 1 lett. d) della legge 4 maggio 1983 n. 184.

La ratifica da parte dell'Italia della Convenzione dell'Aja del 1996²² sembra aver risolto alcuni profili della questione, ma, non essendo state inserite le specifiche e necessarie norme di adeguamento, ha lasciato aperti molti problemi – soprattutto sotto il profilo dell'applicazione di detta misura di protezione nell'ordinamento italiano – per la soluzione dei quali i giudici, in attesa di un intervento normativo, dovranno farsi ancor più capaci e sensibili interpreti.

La *kafala*²³ è un istituto previsto nel diritto islamico diretto a garantire una protezione sostitutiva alla famiglia biologica²⁴ ai minori orfani, o comunque dichiarati abbandonati, stante il divieto coranico di adozione²⁵, presente

²² La Convenzione dell'Aja sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, adottata il 19 ottobre 1996, entrata in vigore sul piano internazionale il 1° gennaio 2002, è stata ratificata dall'Italia con legge 18 giugno 2015, n. 101.

²³ Per un'analisi approfondita dell'istituto della *kafala* nelle legislazioni dei Paesi islamici e della sua rilevanza in Italia si rinvia a A. CILARDO, *Il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della kafalah*, in A. CILARDO (a cura di) *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, Napoli, 2011, pp. 219 - 263.

²⁴ G. CAROBONE, *Pratiche legali, diversità culturali e religiose nel rapporto dialettica fra kafala e adozione*, cit., p. 138.

²⁵ Sura XXXIII: «Dio non ha posto nelle viscere dell'uomo due cuori, né ha fatto... dei vostri figli adottivi dei veri figli». La filiazione nelle società islamiche si fonda sul legame biologico e trova legittimazione esclusivamente nell'ambito di un valido vincolo coniugale. Il Corano vieta di equiparare i figli biologici a quelli adottivi. La nascita dei figli è vista come una manifestazione della volontà divina, non è quindi consentito agli sposi creare "artificialmente" alcun rapporto di filiazione. Tuttavia, fra i doveri di un buon mussulmano vi è quello di offrire protezione alle persone in stato di bisogno e quindi anche agli orfani; la *kafala* pertanto trova fondamento in tale dovere di solidarietà e non infrange alcun precetto divino. Si veda più ampiamente G. CAROBONE, *Pratiche legali*,

nella maggior parte delle legislazioni contemporanee dei Paesi islamici. In quanto principale strumento di protezione dell'infanzia, la *kafala* è riconosciuta dagli strumenti internazionali, in particolare dall'art. 20 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza²⁶ e dagli art. 3 e 33 della Convenzione dell'Aja del 1996 con la quale gli Stati contraenti si impegnano al suo pieno riconoscimento. Attraverso tale istituto di natura essenzialmente contrattuale, un soggetto (*kafil*)²⁷ assume l'impegno di prendersi cura, mantenere ed educare un minore (*makful*) fino al raggiungimento della maggiore età (e fino al matrimonio per le ragazze), senza l'instaurazione di alcun rapporto di filiazione, né il conferimento di poteri di rappresentanza o di tutela, che rimangono attribuiti alle pubbliche autorità competenti. Il *makful* non assume quindi il cognome del *kafil*²⁸, né acquista diritti successorii²⁹, non recidendo i rapporti con la famiglia di origine, ove esistente. La *kafala* può essere pronunciata dal Tribunale dei minori (c.d. *kafala* giudiziale o pubblicistica) oppure conclusa davanti a un notaio (c.d.

diversità culturali e religiose nel rapporto dialettica fra kafala e adozione, cit., p. 142. Per un approfondimento sul divieto di adozione nei paesi islamici si veda J. LONG, *Adozione e Islam. Gli ordinamenti giuridici occidentali e il divieto islamico*, in *Studi Urbinati, A- Scienze giuridiche politiche ed economiche*, V. 55, n. 2, 2004, p.185 ss.

²⁶ L'art. 20 della Convenzione dopo aver affermato il diritto del minore d'età, privato del proprio ambiente familiare, alla protezione e all'assistenza speciale da parte dello Stato, dispone l'obbligo per gli Stati parti di garantirgli forme alternative di cura, che potrebbero "includere, tra l'altro, l'affidamento, la *kafala* di diritto islamico, l'adozione o, se necessario il collocamento in istituti adatti alla cura delle persone minori d'età. Si deve tenere debitamente conto dell'opportunità di continuità nell'educazione della persona minore d'età e del suo background etnico, religioso, culturale e linguistico" (art. 20, §3).

²⁷ Può trattarsi di una coppia di coniugi o di una persona single, comunque maggiorenne, che professa la religione musulmana e in grado di assumersi la responsabilità che deriva dall'impegno.

²⁸ L'ufficiale di stato civile del Paese di origine attribuisce al *makful* un nome e un patronimico della tradizione arabo-musulmana a garanzia della continuità identitaria, culturale e religiosa. Cfr. G. CAROBENE, *Identità religiose e modelli di protezione dei minori. La kafala islamica*, Napoli, 2017, p.175.

²⁹ È però prevista la possibilità che mediante dichiarazione aggiunta nel testamento il *Kafil* nomini il *makful* proprio erede.

kafala consensuale) e successivamente omologata dall'autorità giudiziaria. Quest'ultima è prevista non già per far fronte alla situazione di abbandono, ma per sostenere, con il consenso dei genitori biologici, la crescita del minore in un ambiente più favorevole. In entrambi i casi la *kafala* rimane comunque uno strumento provvisorio e revocabile.

L'insieme di dette caratteristiche non consente di inquadrare tale istituto nelle categorie nostrane dell'adozione legittimante o dell'affidamento³⁰ e pertanto di permetterne il riconoscimento automatico nel Paese di destinazione³¹, sebbene non siano mancati, da parte della giurisprudenza, tentativi di qualificazione o comunque di assimilazione ai nostri istituti giuridici³². Da qui la nascita della "questione semantica"³³ del ricongiungimento familiare³⁴ con riguardo a persone che provengono dai paesi

³⁰ Le difficoltà ad inquadrare la *kafala* negli schemi dell'adozione o dell'affidamento sono legate, da un lato, proprio alla mancanza delle classiche tutele riconosciute nel nostro ordinamento, quali il diritto al cognome, alla successione ereditaria, oltre che la durata perpetua, sì da rendere instabile la relazione che si instaura con il minore (Cfr G. CAROBENE, *Pratiche legali, diversità culturali e religiose nel rapporto dialettico fra Kafala e adozione*, cit., p. 148), dall'altro lato, all'esigenza di non snaturare un istituto nel rispetto del diritto di ogni persona a vedere riconosciute le proprie specificità culturali e religiose. Cfr L. LENTI, J. LONG, *Rapporti familiari e interculturalità*, in *Minori e Giustizia*, 2012, p. 7 ss.

³¹ Come avviene in relazione ai provvedimenti stranieri di adozione o di affidamento preadottivo del minore, in virtù della Convenzione dell'Aja del 1993.

³² La *kafala* è stata assimilata all'adozione in casi particolari ex art. 44 l. 4 maggio 1983, n. 184 (Cfr. Tribunale per i Minorenni di Trento, 11 marzo 2002); all'affidamento (Cass. 20 marzo 2008, n. 7472, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 1229 ss., con nota di J. LONG, *Sì al ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*).

³³ R. SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa "tradizione". I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 533 ss., in *Dejure online* p. 22.

³⁴ Il diritto al ricongiungimento familiare attua "il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia, che, in quanto diritti fondamentali della persona, spettano in via di principio anche agli stranieri". Come affermato da Corte cost. 12 gennaio 1995, n. 28, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2068, che allo stesso tempo specifica come tali diritti possano "essere assoggettati ai limiti derivanti dalla necessità di realizzarne un corretto bilanciamento con altri valori dotati di pari tutela costituzionale". Tuttavia, mentre con riferimento alla famiglia nucleare, eventualmente in formazione e, quindi, in relazione

islamici, vale a dire se nella nozione di «familiare», che può accedere al ricongiungimento, possa ritenersi incluso anche il minore affidato in *kafala*. La giurisprudenza è giunta in passato a conclusioni diverse a seconda della cittadinanza del richiedente, in particolare accogliendo il ricongiungimento solo quando richiesto dal cittadino extraeuropeo. Il percorso argomentativo seguito da detto orientamento, ricorrendo tale presupposto, si è fondato, in particolare, su una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29, comma 2 del Testo Unico immigrazione³⁵, che, mettendo in luce le affinità tra la *kafala* islamica e il modello dell'affidamento, ha portato a ritenere incluso nella nozione di familiare anche il minore sottoposto alla suddetta misura di protezione³⁶. Tale interpretazione sarebbe conseguita all'esito di un processo di equo bilanciamento fra le esigenze di contenimento dei flussi migratori e quelle di protezione del minore straniero e di tutela dell'unità familiare, avuto riguardo sia al criterio del superiore interesse del minore, sia al principio di non discriminazione nei confronti dei minori provenienti dai paesi islamici, per i quali l'istituto della *kafala* costituisce l'unica forma di protezione.

Diversamente, altra giurisprudenza, non ravvisando le medesime esigenze di equità, ha ritenuto di non dover effettuare analoga interpre-

al ricongiungimento dello straniero con il coniuge e con i figli minori, si riconosce un'ampia tutela, con riferimento al ricongiungimento di figli maggiorenni e genitori «l'unità familiare perde la caratteristica di diritto inviolabile costituzionalmente garantito e contestualmente si aprono margini che consentono al legislatore di bilanciare "l'interesse all'affetto" con altri interessi di rilievo» (Corte cost. 8 giugno 2005, n. 224, in *Dejure online*). Sulla discrezionalità del legislatore ordinario nella disciplina dell'immigrazione e sul ragionevole bilanciamento dei diritti fondamentali dello straniero vedi G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 223 ss.

³⁵ L'art. 29, comma 2 del d. lgs 286/1998 specifica che "ai fini del ricongiungimento si considerano minori i figli di età inferiore a diciotto anni al momento della presentazione dell'istanza di ricongiungimento. I minori adottati o affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli".

³⁶ Cass. 20 marzo 2008, n. 7472, in *Nuova giur. civ. comm.* 2008, p. 1229 ss., con nota di J. LONG, *Si al ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*; Cass. 28 gennaio 2010 n.1908, in *Giust. civ.* 2011, 11, I, p. 2694 ss.

tazione estensiva nel caso in cui il richiedente fosse cittadino italiano, residente in Italia; situazione che richiede l'applicazione del D.lgs 6 febbraio del 2007, n. 30, nella cui nozione di familiare non sarebbe inclusa quella del minore affidato mediante la *kafala*. Ricorrendo tale circostanza, si è ritenuto prevalente il rischio di un contrasto con i principi dell'ordine pubblico internazionale e di elusione delle norme di applicazione necessaria relative all'adozione internazionale³⁷. Sulla delicata questione sono quindi intervenute le Sezioni Unite della Cassazione³⁸ che, abbandonando il metodo "tipologico"³⁹ e la logica della sussunzione, che aveva portato la giurisprudenza a guardare all'istituto della *kafala* attraverso le lenti classificatorie del diritto interno, ha dato

³⁷ Cass. 1 marzo 2010, n. 4868, in *Dejure online*, che in particolare ricorda come ad assicurare ai cittadini italiani l'accoglimento di un minore straniero in stato di abbandono vi sarebbe soltanto la normativa sull'adozione internazionale di cui alla legge n. 184 del 1983, che, secondo la Cassazione, "rappresenta l'unico ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di protezione dei minori stranieri abbandonati e le richieste di inserimento familiare dei cittadini, e cioè una sintesi, che per la delicatezza delle posizioni coinvolte e per la cogenza della attuazione di norme sopranazionali, impedisce alcuna elusione o disapplicazione" (per un commento alla sentenza si veda A. VENCHIARUTTI, *No al ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah: i richiedenti sono cittadini italiani!*, in *Dir. famiglia* 2010, pag. 1629, ss.). Nello stesso senso Cass. 23 settembre 2011, n. 19450, con nota critica di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La kafalah non è né adozione né affidamento preadottivo. Fuori luogo il richiamo all'art. 41 comma 2, L. n. 218/1995*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 199 ss. L'autore, in particolare, nel recensire l'approccio metodologico seguito dalla Corte e dalla giurisprudenza passata, legato ad una valutazione dell'ammissibilità dell'istituto della *kafala* in vista del ricongiungimento, in termini generali e astratti, sottolinea piuttosto l'importanza di una valutazione, nel concreto, di compatibilità con la clausola generale del divieto di abusività del negozio di diritto familiare, avendo riguardo ad una serie di circostanze decisive, quali "l'eventuale rapporto di parentela dell'affidatario col minore; l'esistenza di una conoscenza ed una consuetudine di rapporti tra il minore, i suoi familiari e l'affidatario italiano; la circostanza che l'affidamento sia intervenuto dopo un significativo periodo di tempo che l'affidatario italiano già risiedeva nel Paese di provenienza del minore affidatogli".

³⁸ Cass. Sez. Un., 16 settembre 2013, n. 21108, in *Nuova giur. civ. comm.*, annotata da L. RACHELI, *Le sezioni unite dettano le condizioni affinché la kafalah di diritto islamico sia presupposto per il ricongiungimento familiare*.

³⁹ G. CARAPEZZA FIGLIA, cit., in *Dejure online* p. 11.

avvio ad una nuova prospettiva più rispondente alle esigenze del caso concreto, costituzionalmente orientata e conforme ai principi sovranazionali, che impongono di considerare, quale criterio guida, il superiore interesse del minore. Sul presupposto che “il ricongiungimento familiare trae fondamento nel riconoscimento del diritto fondamentale del minore all’unità familiare”, la Corte sottolinea l’impraticabilità di un’interpretazione normativa che discrimini i cittadini italiani da quelli extra-europei (c.d. discriminazione alla rovescia), specificando, peraltro, che il rischio di contrarietà o di elusione con la normativa interna sull’adozione è scongiurato dalla natura e peculiarità stessa della *kafala*, cui non si fanno derivare effetti identici o analoghi a quelli dell’adozione, ma si attribuisce solo la funzione di giustificare l’attività di cura materiale e affettiva del minore, con esclusione di ogni vincolo di natura parentale o anche di sola rappresentanza legale. La Suprema Corte ha quindi risolto il problema del ricongiungimento attraverso il riconoscimento della *kafala*, come presupposto di fatto di un provvedimento amministrativo interno di ricongiungimento.

Nella rotta evolutiva tracciata dalle Sezioni Unite si inseriscono quindi gli indirizzi successivi della giurisprudenza che ritengono di per sé non incompatibile o incoerente con i principi di ordine pubblico anche l’istituto della *kafala* negoziale, ritenuto presupposto valido per la concessione del visto d’ingresso funzionale al ricongiungimento familiare⁴⁰. Secondo la Corte, la valutazione circa la possibilità di consentire al minore l’ingresso in Italia ed il ricongiungimento con l’affidatario «non può essere esclusa in considerazione della natura e della finalità dell’istituto della *kafalah* negoziale, dovendo essere effettuata caso per caso in considerazione del superiore interesse del minore»⁴¹. Permane

⁴⁰ Cass., 2 febbraio 2015 n. 1843 in *Dir. fam. pers.* 2016, 1, I, p. 64; Cass., 24 novembre 2017 n. 28154 in *Dejure online*

⁴¹ Lo stesso principio è stato peraltro confermato da Cass. 11 novembre 2020, n. 25310, in *Dejure online*.

tuttavia la questione relativa allo *status* giuridico di cui godrebbe il *makful* in Italia⁴². Il legislatore italiano nel dare esecuzione alla Convenzione dell'Aja, con la legge n. 101 del 2015, ha certamente risolto, in termini astratti, il problema del riconoscimento nell'ordinamento interno degli effetti giuridici della *kafala*, stante l'impegno di ciascun Stato contraente di riconoscere pienamente le misure adottate dagli altri Stati contraenti⁴³, «come se fossero state adottate dalle proprie autorità»⁴⁴, senza possibilità di modificarle⁴⁵, ma, avendo stralciato le norme di adeguamento dell'ordinamento interno con riferimento alla *kafala* - rinviando l'adattamento ad un successivo intervento legislativo - ha lasciato indeterminati una serie di aspetti applicativi, nonché incertezza in merito alla natura giuridica dell'istituto⁴⁶. I giudici (e prima di loro le autorità consolari) sono dunque ancora chiamati ad ovviare alle lacune normative e pertanto in primo luogo a valutare in concreto la compatibilità

⁴² M. ORLANDI, *L'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja ed il riconoscimento dei provvedimenti di kafala*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 884.

⁴³ Vedi art. 23 della Convenzione, che al successivo paragrafo 2 indica i casi in cui il riconoscimento può essere negato (fra i quali è indicato il caso in cui il riconoscimento sia manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato richiesto, tenuto conto dell'interesse superiore del minore (lett.d), § 2, art. 23);

⁴⁴ Vedi art. 28 della Convenzione, che successivamente specifica: «L'esecuzione delle misure avviene conformemente alla legge dallo Stato richiesto nei limiti che vi sono previsti, tenuto conto del superiore interesse del minore».

⁴⁵ Come confermato dall'art. 27 della Convenzione dove si specifica che nel caso in cui all'autorità dello Stato contraente sia stato richiesto di pronunciarsi sul riconoscimento di una misura adottata in altro Stato contraente, la stessa "non procederà ad alcuna revisione nel merito della misura adottata". Come è stato sottolineato in dottrina la norma non consentirebbe di trasformare la *kafala* in altro istituto giuridico, stante l'esigenza di tutela dell'identità culturale del *kafil* e del *makful* (M. ORLANDI, *L'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja ed il riconoscimento dei provvedimenti di kafala*, in *Dir. Succ. fam.*, 2017, p. 874).

⁴⁶ Resta molta incertezza in merito agli status del *makful* e del *kafil* e alla natura del rapporto che si instaura fra gli stessi; nonché ai presupposti idonei al riconoscimento della *kafala* consensuale. Cfr M. ORLANDI, cit., p. 884-893.

della *kafala* c.d. consensuale con la clausola dell'ordine pubblico⁴⁷. Come messo in evidenza dalla stessa giurisprudenza, tale accertamento dovrà essere attuato attraverso il raffronto con i principi fondamentali della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e, *in primis*, con quello dell'interesse superiore del minore, per l'accertamento del quale si dovrà tenere conto sia del diritto del minore alla vita familiare e a vivere e crescere nella propria famiglia di origine (art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo), sia l'interesse del minore a vivere in una situazione più favorevole alla crescita e quindi, eventualmente, a ricongiungersi con la famiglia affidataria, benché ciò comporti un distanziamento fisico dalla famiglia di origine e sempre attraverso una procedura che implichi il coinvolgimento di quest'ultima e delle autorità competenti⁴⁸.

⁴⁷ Le circostanze e le logiche che sono alla base di una *kafala* consensuale sono diverse da quelle che danno luogo ad una *kafala* giudiziale, predisposta esclusivamente per tutelare l'interesse del minore dichiarato in stato di abbandono e richiedono pertanto una più attenta valutazione riguardo la compatibilità del singolo provvedimento con la clausola dell'ordine pubblico. La *kafala* negoziale presuppone che i genitori del *makful* siano in vita. Sono quindi comprensibili i dubbi di legittimità che il provvedimento di *kafala* consensuale può sollevare, proprio alla luce del criterio del superiore interesse del minore, che in linea di principio coincide con l'interesse del minore a crescere nella propria famiglia di origine e quindi anche a conservare la propria identità culturale e religiosa. Sotto altro profilo inoltre la *kafala* negoziale, in quanto sottoposta a minori controlli pubblicistici, può far sorgere dubbi in merito ad un uso strumentale della stessa al fine di eludere la normativa sull'immigrazione, nonché quella sull'adozione internazionale. Cfr. sul punto M. ORLANDI, cit., p. 886; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante kafalah al cittadino italiano o europeo*, in *Corr. Giur.* 2013, 1502 ss.

⁴⁸ L'accordo fra la famiglia di origine e quella di accoglienza in genere avviene nel quadro della famiglia allargata, attraverso la responsabilizzazione di figure parentali che hanno una posizione economica più avvantaggiata e presentano capacità idonee alla cura, al mantenimento e all'istruzione. Come del resto correttamente motivato dalla Corte di Cassazione "in questa prospettiva, che non è ignota alla cultura familiare del nostro paese e di molti paesi occidentali, l'affidamento intra-familiare non può essere considerato una forma di denegazione del diritto alla vita familiare e a vivere nella propria famiglia di origine, ma piuttosto un allargamento della protezione familiare inteso a far godere al minore migliori opportunità di crescita e migliori condizioni di vita salvaguardando il rapporto con i genitori e la famiglia di

In tali soluzioni ermeneutiche e metodologiche, che guardano quindi agli istituti giuridici, a caratterizzazione culturale e religiosa, che presentano elementi di estraneità rispetto al nostro ordinamento, senza “stampelle sussuntive o sillogistiche”⁴⁹, ma attraverso una valutazione, in concreto, di conformità di detti istituti ai valori essenziali dell’ordinamento interno, e quindi alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell’uomo, “desumibili dalla Carta costituzionale dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell’uomo”⁵⁰, oltre che dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, si intravede certamente la capacità di un sistema inclusivo, complesso, ma comunque unitario⁵¹, di rispondere alle sfide poste dal multiculturalismo, adeguandosi alle differenti situazioni concrete, alla cultura e ai bisogni della persona⁵². Consapevole del rilievo autonomo - e non più soltanto interpretativo o integrativo – ricoperto dai principi, quale esito del processo di costituzionalizzazione del diritto⁵³, il giudice è del resto oggi più che mai indotto a “valutare i valori prevalenti nel contesto sociale

origine. Seppure quindi la *kafala* negoziale non presuppone una situazione di abbandono del minore, non è dato ravvisarne una contrarietà ai principi fondamentali della Convenzione di New York, della CEDU e della stessa Convenzione dell’Aja del 1996, che prevede un dialogo, finalizzato a una decisione condivisa, fra le autorità del paese di provenienza e di accoglienza del minore. Decisione da adottare alla luce del criterio del preminente interesse del minore” (Cosi Cass. 2 febbraio 2015 n. 1843, cit.).

⁴⁹ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, *Riv. dir. proc. civ.*, 2014, p. 42.

⁵⁰ Cass. 30 settembre 2016, n.19599, in *Il Corriere Giur.*, 2017, p. 181ss., non nota di G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*.

⁵¹ P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell’ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss

⁵² P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, cit., 177, il quale sottolinea la necessità che il pensiero giuridico si sviluppi sempre più a favore di una prospettiva pluralista e inclusiva, che sappia riconciliare le differenze culturali e religiose, garantendone la coesistenza nel pieno rispetto dei diritti fondamentali della persona.

⁵³ N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, *Riv. trim. proc. civ.*, 2003, p. 865 ss.

in relazione ai beni e agli interessi implicati nel conflitto⁵⁴ e a risolvere il contrasto fra gli stessi attraverso il bilanciamento ragionevole⁵⁵ e un dialogo costante con altri saperi e con la giurisprudenza nazionale e comunitaria, che sappia muoversi all'interno di una pluralità di fonti e di "principi e clausole generali per fissare la rilevanza di interessi e bisogni nuovi e per creare rimedi efficienti e adatti ai tempi"⁵⁶.

Peraltro, alle medesime conclusioni della giurisprudenza italiana sul delicato tema del ricongiungimento del minore affidato in *kafala*, è pervenuta di recente la Corte di Giustizia dell'Unione europea⁵⁷ che (per la prima volta)⁵⁸, a seguito di un rinvio pregiudiziale, si è espressa in merito agli effetti di un provvedimento di *kafala* all'interno di un paese (all'epoca) membro dell'Unione Europea. Il caso prende origine dal rigetto della domanda di ricongiungimento avanzata da due coniu-

⁵⁴ Così N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 96.

⁵⁵ Il principio di ragionevolezza, quale principale parametro del giudizio di costituzionalità delle leggi (L. PALADIN, (voce) *Ragionevolezza, principio di*, in *Enc. dir., Agg.*, I, Milano 1997, p. 899 ss.) trova principale applicazione nell'ambito del bilanciamento dei diritti, quale tecnica interpretativa e argomentativa che consente di contemperare una pluralità di interessi costituzionali concorrenti, sul presupposto del carattere non assoluto degli stessi e del rapporto di integrazione reciproca in cui si trovano tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione (si veda Corte Cost. 9 maggio 2013, n. 85, il c.d. caso Ilva). In dottrina sul principio di ragionevolezza si veda, fra i molti, N. LIPARI, *Ragionare di diritto, oggi*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2019, p. 489 ss.; ID, *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1427 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, passim; ID, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss.; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 23 ss. S. TROIANO, *Ragionevolezza, diritto privato*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano 2013, p. 763 ss.; R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE E A. SPADARO, (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 59 ss.

⁵⁶ Così G. VETTORI, *Diritti e coesione sociale*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 491.

⁵⁷ Sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione) del 26 marzo 2019, nella causa C-129/18, *SM c. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*.

⁵⁸ Per un commento critico alla sentenza si veda G.PASCALE, *Ricongiungimento familiare, diritti fondamentali e kafala islamica nella sentenza M.S. della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, XIV, 2019, pp. 795 ss.

gi di nazionalità francese, residenti nel Regno Unito, a cui era stata affidata in *kafala* (nel paese di origine) una minore di nazionalità algerina. Il quesito posto alla Corte di giustizia dalla Corte suprema del Regno Unito è se un minore, che si trova sotto la tutela legale permanente di uno o più cittadini dell'Unione, in virtù della *kafala* o di altro istituto giuridico equivalente previsto dalla legge del suo paese d'origine, rientri nella definizione di "discendente diretto" di cui all'articolo 2, punto 2, lettera c), della direttiva 2004/38. La Corte dopo aver escluso l'assimilabilità del minore *sub kafala* alla nozione di «discendente diretto» di un cittadino dell'Unione (stante l'assenza di un legame di filiazione tra il minore e il suo tutore), ne afferma la riconducibilità alla nozione, più ampia, di «altro familiare» di un cittadino dell'Unione, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, primo comma, lettera a), della direttiva 2004/38. E pertanto ricordando l'obiettivo principale della direttiva sulla circolazione, quello di «preservare l'unità della famiglia in senso più ampio», sottolinea l'obbligo delle autorità nazionali competenti di agevolare il ricongiungimento anche per i membri «della famiglia in senso più ampio», e quindi anche in relazione ai minori *sub kafala*, alla luce, e nel rispetto, delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare all'esito di una valutazione svoltasi secondo ragionevolezza tenendo conto di tutte le circostanze relative al caso concreto, avuto riguardo all'esigenza di garantire il rispetto della vita privata e familiare, oltre che il superiore interesse del minore.

Tale sentenza si pone, peraltro, in linea con la tendenza affermata negli ultimi anni, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁹ e della Corte di giustizia dell'Unione europea⁶⁰, a risolvere

⁵⁹ Si veda, per esempio, la Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 14 dicembre 2017 - Ricorsi nn. 26431/12, 26742/12, 44057/12 e 60088/12 (Causa Orlandi e altri c. Italia).

⁶⁰ Si veda la sentenza *Coman* (Corte di giustizia, sentenza 5 giugno 2018, causa C-673/16) con cui la Corte di Giustizia si è pronunciata per la prima volta in merito alla possibilità per un cittadino dell'Unione europea di esercitare il diritto al ricongiun-

le questioni del riconoscimento degli *status* personali e familiari conseguiti validamente all'estero, attraverso il c.d. metodo del riconoscimento⁶¹. Diversamente dal criterio tradizionale dei conflitti di legge, tale metodo consente di ottenere un maggiore livello di armonizzazione e di coordinamento fra i diversi ordinamenti, nel rispetto dei diritti fondamentali, oltre che delle specificità e bisogni della persona che rilevano nella situazione concreta⁶². Non si tratta infatti di importare modelli familiari estranei al nostro ordinamento, né di esaminarli sotto il profilo della legittimità costituzionale, ma di desumere da altri ordinamenti la disciplina del caso concreto idonea a coniugare il rispetto delle identità culturali e religiose con la salvaguardia dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti⁶³ e in particolar modo con l'interesse prevalente del minore.

2.1. *Segue: La questione della conversione della kafala in adozione. Uno sguardo agli ordinamenti francese e belga*

La questione del riconoscimento degli effetti della *kafala* si è posta in Italia per la prima volta davanti ai giudici di legittimità nel 2005⁶⁴, allorché una coppia di coniugi cui era stato affidato in *kafala* un minore marocchino venne negata la possibilità di fare opposizione alla dichiarazione di

gimento familiare con il proprio coniuge, cittadino di Paese terzo, nell'ambito di un matrimonio tra persone dello stesso sesso.

⁶¹ Su la *méthode de la reconnaissance* si veda P. LAGARDE, *Introduction au thème de la reconnaissance des situations: rappel des points les plus discutés*, in P. LAGARDE (sou la direction de), *La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013*, p. 19 ss.; P. MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in M-N. JOBARD-BACHELLIER - P. MAYER, *Le droit international privé: esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Parigi, 2005, p. 547 ss

⁶² A. DAVI, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Riv. Dir. internazionale*, 2019, 319 ss, in *Dejure online*, p. 12

⁶³ Così R. MONTINARO, op. cit., p. 18

⁶⁴ Cass. 4 novembre 2005, n. 21395, in *Giur. it.*, 2007, con nota di G. GANDOLFI, *Adozione di straniero e diritto islamico*.

adottabilità (previo accertamento dello stato di abbandono) del minore affidato alle loro cure, sul presupposto che l'istituto della *kafala*, pur attribuendo una "custodia" del minore assimilabile, come concetto giuridico, alla figura dell'affidamento, non attribuisce allo stesso affidatario alcuna tutela o rappresentanza legale, che rimane demandata ad altra autorità in Marocco (il *wali*) e all'estero al console marocchino. Nel giungere a tale conclusione la Corte Suprema tuttavia riconosce, in quanto compatibile con l'ordine pubblico (interno e internazionale), la *kafala* omologata dal giudice straniero, con l'effetto di non considerare il minore in stato di abbandono. La Corte tuttavia non riconosce al *kafil* la legittimazione ad opporsi nel procedimento volto alla dichiarazione di adottabilità, ma, in quanto portatore di un mero interesse a non vedere pregiudicata la propria aspettativa all'adozione, gli riconosce comunque la possibilità di spiegare intervento adesivo dipendente. Come è stato segnalato in dottrina la vicenda risulta emblematica della difficoltà da parte del nostro ordinamento di conciliare istituti provenienti da tradizioni culturali e religiose diverse⁶⁵, ma è anche rivelatrice di un desiderio di maggiore integrazione da parte dei cittadini provenienti da paesi terzi nel nostro ordinamento, quand'anche ciò potrebbe significare un abbandono dei valori tradizionali dello Stato di provenienza⁶⁶. Ed infatti la questione della trasformazione della *kafala* in adozione assume sempre più rilievo nei paesi in cui si registra una consistente presenza di comunità islamiche, in particolare provenienti dall'Algeria e dal Marocco, quali per esempio il Belgio e la Francia, in considerazione anche del declino generalizzato delle adozioni internazionali⁶⁷

⁶⁵ M. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, p. 73

⁶⁶ C. PERARO, *Il riconoscimento degli effetti della kafalah: una questione ancora irrisolta*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, p. 542

⁶⁷ Si veda con riferimento in particolare alle adozioni internazionali realizzate in Francia il rapporto pubblicato da la *Mission de l'adoption internationale*, consultabile sul sito <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/adopter-a-l-etranger/la-mission-de-l-adoption-internationale/les-chiffres-de-l-adoption-internationale/>.

e delle difficoltà amministrative che il minore e i genitori affidatari si trovano ad affrontare in ragione proprio della mancanza di un rapporto di filiazione fra il minore e l'affidatario in *kafala*.

In Francia, prima della *loi n. 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale* - che ha riformulato l'art. 370-3 del codice civile francese - la giurisprudenza aveva mostrato una certa flessibilità, consentendo la trasformazione della *kafala* in adozione, sia pure con la riserva del consenso espresso da parte del rappresentante del minore, in considerazione degli effetti che la legge francese attribuisce all'adozione e, in particolare, in caso di adozione piena, del carattere completo e irrevocabile della rottura dei legami tra il minore e la sua famiglia d'origine o le autorità preposte alla tutela del suo paese d'origine⁶⁸. Dopo l'adozione della legge del 2001 la giurisprudenza ha cambiato posizione, negando la conversione dei provvedimenti di *kafala*, sia in adozione piena sia in adozione semplice⁶⁹. L'art. 370-3 del codice civile francese, come riformulato dalla legge, stabilisce che le condizioni di adozione sono soggette alla legge nazionale dell'adottante e, se l'adozione avviene tra due coniugi, alla legge che regola gli effetti della loro unione. Tuttavia, l'adozione non può essere concessa se il diritto nazionale di uno dei coniugi lo vieta. Analogamente, l'adozione di un minore straniero non può essere concessa se il suo diritto personale lo vieta, salvo che il minore sia nato e risieda abitualmente in Francia. Si tratta di una norma prevista nella prospettiva di garantire il rispetto delle diversità culturali e religiose, ma che ha comunque sollevato un dibattito in relazione proprio alle difficoltà amministrative riscontrate dal minore, dalle famiglie e dagli stessi uffici amministrativi, dovute proprio all'assenza di un rapporto di filiazione con la persona che lo prende in carico. Soprattutto viene messa in luce la posizione di precarietà del minore con l'effetto di determinare anche un trattamento in contrasto con il principio di uguaglianza.

⁶⁸ Cass. 1re civ., 10 maggio 1995, n. 93-17634.

⁶⁹ Cass., 1re civ., 10 ottobre 2006, nn. 06-15264 e 06-15265. Cass., 1° civ., 9 luglio 2008, n. 07-20279; Cass., 1° civ., 28 gennaio 2009, n. 08-10034; Cass., 1° civ., 15 dicembre 2010, n. 09-10439.

Non sono quindi mancate iniziative⁷⁰ e proposte di legge⁷¹ nella prospettiva, quanto meno, di assimilare i bambini accolti in *kafala* ai bambini oggetto di un'adozione semplice.

La normativa ha sollevato anche il dubbio in merito alla conformità all'art 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che impone agli Stati parte l'obbligo di rispettare la vita privata e familiare degli individui. La questione è stata proposta alla Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Harroudj c. France*⁷², in relazione ad una richiesta di adozione da parte di una donna francese nei confronti di una minore nata in Algeria e affidata *sub kafala* alla richiedente. Secondo quest'ultima i giudici francesi, nel rifiutare l'adozione, avrebbero commesso un'ingerenza nella vita privata e familiare e quindi violato gli art. 8 e 14 CEDU. La Corte tuttavia esclude la contrarietà della legge francese alla Convenzione, ricordando che le disposizioni dell'articolo 8 non garantiscono né il diritto di fondare una famiglia, né il diritto di adottare⁷³, sottolineando come in questa materia gli Stati godano di un ampio margine di apprezzamento, non esistendo un chiaro accordo comune fra gli Stati contraenti e dovendosi comunque sempre tener conto del giusto equilibrio fra

⁷⁰ Nel 2010, il Mediatore della Repubblica francese ha presentato una proposta di riforma con l'invito a riconsiderare il divieto di cui all'art. 370-3 del comma 2 del codice civile francese, per consentire ai bambini affidati in *kafala* giudiziaria l'accesso all'adozione semplice. Nella proposta di riforma, fra le altre cose, si chiede la soppressione del periodo di soggiorno di cinque anni fissato dall'articolo 21-12 del Codice civile per poter richiedere la cittadinanza francese per i bambini *sub kafala* giudiziaria e cresciuti da un cittadino francese, essendo il possesso di tale cittadinanza l'unico modo per essere considerati adottabili.

⁷¹ Una proposta di legge relativa a *l'adoption des enfants régulièrement recueillis en kafala* (n. 353) è stata presentata dal senatore A. Milon e registrata presso la presidenza del Senato il 10 marzo 2011 (consultabile sul sito <https://www.senat.fr/leg/pp110-353.html>), l'altra relativa a *l'enfance délaissée et l'adoption* (n. 4330) presentata dalla deputata M.me Tabarot e registrata presso la presidenza dell'Assemblea nazionale l'8 febbraio 2012 (consultabile sul sito <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r4330.asp>).

⁷² Corte europea dir. uomo, 4 ottobre 2012, *Harroudj c. France*, ric. n. 43631/09

⁷³ Come precedentemente già dichiarato nel caso *E.B. c. France*, Corte europ. dir. uomo, n. 43546/02, 22 gennaio 2008.

interesse generale e interessi individuali. Non sarebbe in ogni caso conforme all'interesse del minore conferirgli uno *status* di adozione che non può essere riconosciuto dal suo diritto personale nel paese d'origine e che potrebbe dar luogo a conflitti di legge. D'altro canto, riconosciuto il dovere di uno Stato ad agire, una volta accertata l'esistenza di un legame familiare con un minore, in modo tale da consentire lo sviluppo di tale legame e garantire una tutela giuridica che consenta l'integrazione del minore nella sua famiglia, il legislatore francese, nel complesso e nel rispetto del pluralismo, avrebbe operato un corretto bilanciamento fra tutti gli interessi coinvolti, in particolare prevedendo la possibilità di far ottenere al minore d'età la cittadinanza dello Stato in cui vive⁷⁴.

Un ragionamento analogo ha guidato la Corte europea nel caso *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgio*⁷⁵, in relazione alla richiesta da parte di una coppia di coniugi di nazionalità belga, di adottare la nipote marocchina (anch'essa ricorrente), nei confronti della quale aveva ottenuto un provvedimento di *kafala* con il consenso dei genitori biologici, nonché un atto di adozione, che le avrebbe consentito l'ingresso in Belgio, sebbene successivamente tale provvedimento non sia stato riconosciuto dalle autorità belghe. Le circostanze e i profili che hanno riguardato la vicenda sono però diversi da quelli che hanno caratterizzato il caso *Harroudj*. L'elemento di fatto sul quale si è prevalentemente incentrata la motivazione della Corte riguarda in particolare l'esistenza e il mantenimento di un legame parentale fra la minore e i genitori biologici in

⁷⁴ L'art 21-12 del Codice civile francese, come modificato dalla *loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant* prevede che un bambino che, per almeno tre anni, sia stato accolto, mediante un'ordinanza del tribunale, e cresciuto da una persona di nazionalità francese o affidato al servizio di assistenza all'infanzia possa rivendicare la nazionalità francese (la formulazione originaria prevedeva un periodo minimo di 5 anni). In ogni caso l'art. 370-3, comma 2 non preclude l'adozione una volta che il *makful* abbia raggiunto la maggiore età.

⁷⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 dicembre 2014, *Chbihi Loudoudi et Autres c. Belgique*, Seconda sezione, ric. N. 52265/10.

Marocco, alla luce del quadro normativo di riferimento. Da un lato, l'ordinamento belga non riconosce la *kafala*, ma prevede comunque una forma di tutela dei minori assimilabile ad essa, la tutela non ufficiale. Dall'altro lato, la legge belga del 2005, che modifica alcune disposizioni relative all'adozione, inserendo l'art. 361-5 nel codice civile, consente di trasferire un minore dal suo paese d'origine, che non prevede l'adozione, in Belgio in vista dell'adozione e di essere adottato a determinate condizioni; tra tali condizioni il fatto che il minore sia orfano o sia stato abbandonato e posto sotto la tutela dell'autorità pubblica⁷⁶. L'esistenza invece di un legame parentale con la famiglia di origine, sottolinea la Corte, determinerebbe la coesistenza di due *status* personali sulla ragazza, che si troverebbe pertanto divisa tra due filiazioni e due identità diverse ma valide agli occhi di ciascun paese. La Corte, che identifica nella unicità dello *status* l'interesse superiore del minore, ha così ritenuto anche in questo caso non esservi stata alcuna violazione dell'art. 8 CEDU, avendo il Belgio agito, nell'optare per la non adottabilità, entro il margine di apprezzamento concesso in generale agli Stati membri. Ciò che tuttavia sembra mancare nelle argomentazioni della Corte è il rilievo alla volontà della ragazza, che, da come emerge nelle stesse premesse, sembra aver invece espresso la sua chiara volontà di creare un legame stabile con gli affidatari belgi, da lei considerati i suoi veri genitori⁷⁷. La valutazione dell'interesse superiore del minore non può infatti prescindere dall'ascolto del minore, capace di discernimento⁷⁸. Ci

⁷⁶ Art. 2, Loi 6 décembre 2005, che inserisce nel Code civil l'art. 361-5: « Par dérogation aux articles 361-3 et 361-4, dans le cas où le droit applicable dans l'Etat d'origine de l'enfant ne connaît ni l'adoption, ni le placement en vue d'adoption, le déplacement de l'enfant vers la Belgique en vue d'adoption ne peut avoir lieu et l'adoption ne peut être prononcée que si les conditions suivantes sont remplies: (.....) ».

⁷⁷ Cfr. G. CAROBENE, *Identità religiose e modelli di protezione dei minori*, cit., p. 186.

⁷⁸ La Cassazione ha del resto più volte ribadito che l'audizione dei minori, già prevista nell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è divenuta un adempimento necessario, nelle procedure giudiziarie che li riguardano, ed in particolare in quelle relative al loro affidamento ai genitori (..) e che "l'ascolto del minore di almeno

si chiede allora se la mancata conversione della *kafala* in adozione legittimante possa dare luogo ad una discriminazione, ledendo il principio di autodeterminazione del minore – riconosciuto nell’ordinamento di accoglienza – al quale verrebbe in sostanza imposto, sulla base della sua legge personale, uno *status* meno garantista rispetto a quello che gli verrebbe riconosciuto in uno stato democratico e liberale nel quale lo stesso vive⁷⁹. Ferma quindi restando la necessità che si tenga conto dell’interesse superiore del minore⁸⁰, la questione che si pone essen-

dicci anni, e anche di età minore ove capace di discernimento, costituisce una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del suo diritto fondamentale ad essere informato e ad esprimere le proprie opinioni nei procedimenti che lo riguardano, nonché elemento di primaria importanza nella valutazione del suo interesse” (Cass., 7 maggio 2019, n. 12018 in *Dejure online*; Cass. 26 marzo 2015, n. 6129, in *Dejure online*).

⁷⁹ G. CAROBENE, *Identità religiose e modelli di protezione dei minori. La kafala islamica*, Napoli, 2017, p.177.

⁸⁰ Si tenga presente, peraltro, come la prevalenza, in termini assoluti, del principio del preminente interesse del minore, che sembrava essere stata messa in discussione dal recente insegnamento delle Sezioni unite della Cassazione (Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. dir.*, 2019, p. 653 ss, annotata da G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all’estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell’atto di nascita. Un primo commento*) in tema di maternità surrogata, in relazione al principio di ordine pubblico che tutela l’interesse alla repressione della maternità surrogata, teso a salvaguardare la dignità della donna che si presta alla surrogazione e i principi che regolano la disciplina dell’adozione, sia stata invece decisamente affermata nella ordinanza interlocutoria della I sezione della Corte di Cassazione (Cass., Sez. I, 29 aprile 2020, n. 8325, ord. interloc, in *Fam. dir.*, 2020, p. 675, con nota di G. FERRANDO, *I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale* e in *Corr. giur.* 2020, p. 903 ss., annotata da U. SALANITRO, *L’ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*) con cui è stata sollevata questione di illegittimità costituzionale dell’art. 12, comma 6, L. n. 40/2004, dell’art. 18, d.P.R. n. 396/2000 e dell’art. 64, comma 1, lett. g), L. n. 218/95, “nella parte in cui non consentono, secondo l’interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l’ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all’inserimento nell’atto di stato civile di un minore procreato con le modalità tipiche della gestazione per altri (c.d. maternità surrogata) del cd. genitore d’intenzione non biologico, per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost., art. 117 Cost., comma 1, quest’ultimo in relazione all’art. 8 della Convenzione Europea, artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 e art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

zialmente all'interprete è come intendere in concreto tale interesse, se in base alla percezione del benessere del minore che si ha nel paese di provenienza o piuttosto in base a quella che si ha nel paese di accoglienza. Si tratta di una valutazione complessa da attuare in concreto e che deve tenere conto di molteplici fattori; certamente incide la percezione del benessere nel paese di accoglienza e quindi appare legittimo il dubbio che la mancata possibilità di trasformare la *kafala* in adozione legittimante, in attuazione di una norma giuridica che recepisce un precepto religioso, in un paese rispettoso della libertà religiosa, possa tradursi di fatto in una lesione o comunque una limitazione di diritti fondamentali della persona, all'interno del proprio nucleo familiare⁸¹. Il criterio del superiore interesse del minore dovrebbe quindi guidare l'interprete nella valutazione in concreto dei vari interessi in gioco, lasciando aperta la possibilità di una conversione in adozione legittimante laddove la stessa si renda strumentale alla realizzazione dell'interesse del minore a vivere nel proprio nucleo familiare, beneficiando al tempo stesso di tutte le tutele che il nostro ordinamento riconosce ai minori d'età inseriti nei nuclei familiari, indipendentemente dalla filiazione legittima o adottiva e quindi anche a prescindere dalla fede religiosa dei soggetti coinvolti⁸². L'applicazione del *best interest of the child* dovrebbe infatti portare l'interprete a tenere conto della opportunità/necessità che il *makful* goda di uno *status* equiparabile allo *status* di altri figli legittimi o adottivi presenti nel medesimo nucleo familiare. Va da sé tuttavia che tale strada possa perseguirsi per il tramite di un intervento normativo che trovi fondamento in un previo accordo

⁸¹ Ivi, 8, 177

⁸² G. CAROBENE, *Identità religiose e modelli di protezione dei minori. La kafala islamica*, Napoli, 2017, p. 174, 176 che tuttavia rimarca l'impraticabilità in concreto di una simile opzione, in ragione della situazione giuridica di incertezza dello *status* del minore che si verrebbe a determinare: i genitori biologici del minore nei paesi islamici di provenienza potrebbero infatti sempre reclamare il rimpatrio del proprio figlio posto che l'adozione non verrebbe mai riconosciuta nel paese islamico di origine.

bilaterale con il paese di provenienza del minore⁸³, come consentito dall'art. 52 della Convenzione, che definisca le modalità concrete del recepimento della *kafala*, prevedendo in certi casi e a determinate condizioni anche la possibilità di trasformazione della *kafala* in adozione. Opzione che potrebbe certamente rendersi più agevole per i minori orfani o comunque dichiarati in stato di abbandono (come prevede l'ordinamento belga) ma che non sia di per sé esclusa anche nei confronti dei minori sub *kafala* negoziale, laddove si dovrà privilegiare, nella valutazione in concreto, l'ascolto del minore, capace di discernimento⁸⁴, avuto riguardo alla sua riconosciuta capacità di autodeterminarsi, quantomeno nelle scelte che incidono nella propria sfera personale, ancorché le stesse potrebbero non coincidere con quelle degli adulti di riferimento.

3. Verso la previsione di modelli adottivi più aperti, nella salvaguardia del diritto del minore a non recidere i rapporti con la famiglia di origine

La questione del riconoscimento degli effetti giuridici della *kafala* nel nostro ordinamento offre l'occasione per riflettere anche sulla opportunità di prevedere la regolamentazione specifica di modelli adottivi più aperti e flessibili che i giudici potrebbero di volta in volta adottare nel singolo caso concreto, tenendo conto delle necessità del minore, nel rispetto delle specificità culturali e religiose⁸⁵. Una soluzione che appare effettivamente idonea a realizzare una più efficace osmosi fra ordinamenti e pertanto a rispondere alle esigenze del multiculturalismo.

Alcuni paesi hanno seguito questa via regolamentando figure innovative, inclusive, che consentono la condivisione della responsabilità genito-

⁸³ Sarebbe infatti opportuno che si concretizzasse al più presto un accordo quantomeno fra l'Italia e il Marocco, che oltre ad essere paese firmatario della Convenzione dell'Aja del 1996, è la nazione principale da cui provengono i minori che vivono nel nostro Paese.

⁸⁴ L'art. 315-bis com'è noto, ha consacrato il diritto del minore di essere ascoltato e quindi di esprimere la propria opinione in tutte le questioni che lo riguardano e ciò anche a prescindere dal raggiungimento dell'età di 12 anni, purché abbia raggiunto la capacità discernimento.

⁸⁵ M. BAKTASH, *I giudici italiani alla prova con l'istituto della kafalah*, *Fam e dir.*, 2018, p. 312.

riale attraverso la delega parentale (*delegation de l'autorité parentale*)⁸⁶ o comunque più aperte, che permettono al minore adottato di conservare relazioni con la famiglia di origine. Si pensi al modello di *open adoption* formulato e applicato da alcuni anni negli Stati Uniti⁸⁷, che prevede la possibilità per il minore adottato di mantenere i legami con la famiglia di origine.

La nostra giurisprudenza, accogliendo le istanze sociali provenienti dall'emersione dei nuovi contesti e modelli familiari⁸⁸ (alla famiglia nucleare si affiancano oggi le famiglie monoparentali, allargate o ricomposte)⁸⁹, nonché le sollecitazioni provenienti dal diritto sovranazionale⁹⁰, tese a dare crescente valorizzazione al legame affettivo al di fuori del legame di sangue, ha progressivamente eroso il modello dell'adozione piena e legittimante⁹¹ a favore di modelli spuri⁹², come la *stepchild*

⁸⁶ Il codice civile francese nell'ambito del Titolo IX (*De l'autorité parentale*), Capitolo I (*De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant*), Sezione III (*De la délégation de l'autorité parentale, Articles 376 à 377-3*) disciplina l'istituto della *delegation de l'autorité parentale*, prevedendo la possibilità per i genitori, o uno solo di essi, previo consenso dell'altro, di condividere, in tutto o in parte, per un determinato periodo di tempo, l'esercizio delle funzioni genitoriali con un terzo delegato (membro della famiglia o organismo specializzato).

⁸⁷ M. L. SEYMORE, *Openness in international adoption*, in *Columbia Human Rights Law*, 2015, 163 ss.

⁸⁸ M. G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e "terzo genitore": le esperienze francese e italiana*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 202.

⁸⁹ Sulla famiglia ricomposta e sulla pluralità dei modelli familiari cfr. E. AL MUREDEN, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in *Fam. dir.* 2016, p. 966 ss.; A. CORDIANO, *Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive*, in www.comparazioneDIRITTOCIVILE.IT.

⁹⁰ La Corte Edu, nel caso *Zhou c. Italia* (sentenza del 21 gennaio 2014) ha messo in luce l'opportunità di esplorare alternative compatibili con il sistema legislativo interno sui modelli adottivi mettendo in luce come, nonostante la mancata regolamentazione di figure di adozione spurie, quali l'adozione "mite" o semplice, si riscontra in una buona parte della giurisprudenza un orientamento favorevole ad un'interpretazione estensiva delle ipotesi normative di adozione in casi particolari.

⁹¹ Sulla necessità di rivisitare l'istituto dell'adozione vedi C.M. BIANCA, *Note per una revisione dell'istituto dell'adozione*, in *Jus Civile* 2018, p. 60 ss.

⁹² M. BIANCA, *Il diritto alla famiglia*, in *La convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 dall'adozione*, a cura dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, p. 252, consultabile sul sito www.garanteinfanzia.org.

*adoption*⁹³ e l'adozione mite, configurata, quest'ultima, come estensione dell'ipotesi normativa di cui all'art. 44, lett. d. della legge n. 184 del 1983 (c.d. adozione in casi particolari) di cui si valorizza la natura di ipotesi residuale ed aperta⁹⁴. Il ricorso a tali figure consentirebbe infatti di instaurare e mantenere un rapporto affettivo con persone diverse dai genitori biologici, che comunque si prendono cura del minore d'età, senza tuttavia recidere i legami con la famiglia di origine e ciò anche quando siano accertate condizioni di parziale compromissione della idoneità genitoriale, ma non sia emersa una situazione di abbandono morale e materiale e risulti in ogni caso corrispondente all'interesse preminente del minore la conservazione di tale legame⁹⁵. Peraltro, nell'ambito delle raccomandazioni all'Italia del Comitato Onu sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza⁹⁶, nella prospettiva di garantire il diritto del minore ad

⁹³ Cass. Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962 in *Giur. italiana*, 2016, p. 2573, con nota di A. SPADAFORA, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa*.

⁹⁴ Così Cass. Sez. I, 13 febbraio 2020, n. 3643, in *Dejure on line*.

⁹⁵ Si veda Cass. Sez. I, 13 febbraio 2020, n. 3463, cit, che nel sottolineare la mancanza nel nostro ordinamento di un istituto in grado di gestire le situazioni di semiabbandono si allinea all'orientamento della giurisprudenza della Corte Edu che ha più volte condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU quando l'adottabilità sia stata dichiarata fuori da casi eccezionali nei quali i genitori si siano caratterizzati per comportamenti particolarmente gravi quali abusi o maltrattamenti. In particolare nel caso *Zhou c. Italia*, non si è valutata la possibilità di procedere all'adozione mite, rispondente all'interesse (superiore) del minore di non recidere i rapporti con la famiglia di origine.

⁹⁶ Il Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, istituito dalla Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (art. 43), ha infatti accolto con favore la legge 19 ottobre 2015 n. 173 sulla continuità affettiva, in relazione proprio al diritto del minore in affidamento a mantenere una continuità affettiva con il genitore affidatario anche dopo la fine del periodo di affidamento, raccomandando all'Italia, fra le altre cose, " di persistere nel rivedere le proprie politiche sulle misure alternative di accoglienza per i minorenni privi di un ambiente familiare per diminuire l'affidamento alle organizzazioni della società civile, comprese le organizzazioni religiose con il fine ultimo di sviluppare un sistema basato sui diritti dei minorenni, più integrato e responsabile che integri le misure tradizionali di accoglienza fornite dalla famiglia allargata con una maggiore attenzione al superiore interesse del minore". Si vedano le Osservazioni conclusive 2019 del Comitato Onu sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza al

una famiglia, laddove non sia possibile garantire il diritto alla propria famiglia di origine, si trova affermata l'esigenza di predisporre misure "per ampliare il sistema di affidamento dei minorenni che non possono rimanere con le proprie famiglie, al fine di superare la istituzionalizzazione" (art. 24, lett. d). Resta comunque ferma la priorità del diritto del minore ad essere educato e a crescere nella propria famiglia d'origine⁹⁷, e pertanto a non essere allontanato fuori dei casi ammessi dalla legge⁹⁸, a tutela del quale diritto si richiedono azioni adeguate di sostegno alla genitorialità da parte dello Stato, sia al fine di evitare l'allontanamento dei figli, sia al fine di favorirne poi il rientro⁹⁹.

quinto e sesto rapporto periodico dell'Italia nel corso della 80° Sessione, 14 gennaio/1 febbraio 2019, (art. 24 lett. a).

⁹⁷ Sul diritto del minore a crescere nella propria famiglia di origine e sulla necessità di assumere con criterio di priorità misure appropriate per consentire la realizzazione di tale diritto si veda E. GIACOBBE, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, "vivens", condendum*, in *Dir. pers. fam.*, 2016, 237 ss.

⁹⁸ Come anche specificato nell'art. 14 delle Linee guida relative all'accoglienza etero-familiare dei minori, adottate dall'Assemblea generale delle Nazioni unite il 18 dicembre 2009 con risoluzione A/RES/64/142, "l'allontanamento di un bambino dalla cura della sua famiglia deve essere considerata come l'ultima spiaggia, e deve essere, dove sia possibile, considerata come temporanea e per il periodo più breve possibile." Nella prospettiva di garantire per quanto possibile il diritto del minore a crescere nella propria famiglia di origine, evitando l'istituzionalizzazione, si veda Cass., Sez. I, 4 novembre 2019 n. 28527, che nella valutazione dello strumento dell'affido temporaneo etero-familiare nei casi in cui il minore versi in difficoltà, determinata "dalla malattia di un genitore, isolamento sociale, trascuratezza, fenomeni di violenza fisica e psichica, relazioni disfunzionali" attribuisce particolare rilievo alla posizione fatta valere dalle figure inter-familiari del minore, nella specie i nonni. Per un commento analitico alla sentenza si rinvia a A. THIENE, *La Cassazione difende con fermezza il diritto dei bambini di crescere nella propria famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 636 ss.

⁹⁹ Gli interventi di sostegno alle famiglie in condizioni di vulnerabilità, orientati a migliorare sia la salute fisica e psicologia dei bambini in situazioni di svantaggio, sia le competenze genitoriali e in generale il funzionamento familiare, si rivelano fondamentali nel prevenire l'allontanamento dei bambini dalle loro famiglie di origine. Del resto, la realizzazione delle politiche di sostegno alle famiglie che versano in situazioni di vulnerabilità rientra fra gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile definiti nell'Agenda per lo Sviluppo Sostenibile del 2030, nonché nei principi contenuti nel Pilastro Europeo dei Diritti

4. La rilevanza del fattore culturale nelle relazioni genitori -figli

Il compito del giudice di bilanciamento dei diversi interessi coinvolti nell'affrontare i conflitti multiculturali diventa ancora più complesso allorché si tratti di valutare la rilevanza dell'elemento culturale nell'ambito dei rapporti genitori-figli. Ci si riferisce sia alla valutazione dei comportamenti genitoriali rilevabili ora sotto il profilo penale, ora come presupposti per provvedimenti di sospensione o limitazione della responsabilità genitoriale¹⁰⁰, sia al conflitto che sorge fra genitori e figli in relazione alle istanze di questi ultimi di autonomia e di adeguamento ai modelli culturali ed educativi propri del sistema occidentale che appaiono in contrasto con quelli del nucleo familiare di appartenenza.

Sotto il primo profilo occorre mettere subito in evidenza che un approccio volto alla "inclusione multiculturale", che presuppone l'accoglimento di una serie di rivendicazioni e di domande identitarie (di inclusione e antidiscriminatorie)¹⁰¹, porti con sé il rischio che si realizzi una retrocessione dei traguardi (a volte faticosamente) raggiunti nell'affermazione di principi e diritti fondamentali. Si pensi, per citare

Sociali, ed è stata fatta oggetto di alcune specifiche Raccomandazioni (Raccomandazione R (2006)19 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri relativa alle politiche di sostegno alla genitorialità, adottata dal Comitato dei Ministri il 13 Dicembre 2006; Raccomandazione della Commissione del 20 febbraio 2013: Investire nell'infanzia per spezzare il circolo vizioso dello svantaggio sociale (2013/112/UE). Dall'importanza che l'Unione Europea riserva al *family support* può peraltro evincersi la configurazione di un corrispondente diritto sociale del minore al sostegno familiare. Cfr. P. DOLAN, N. ZEGARAC, J. ARSIC, *Family Support as a right of the child*, in *Social Work & Social Sciences Review* (21), 2, 2020, pp. 8 ss. Nell'ottica di approfondire in chiave multidisciplinare il tema del sostegno alla genitorialità, quale sistema di prevenzione e tutela dei minori di età si veda P. MILANI, *Educazioni e famiglie. Ricerche e nuove pratiche per la genitorialità*, Roma, 2018.

¹⁰⁰ La strategia processuale con cui le minoranze etniche fanno riferimento alla propria identità culturale per giustificare un comportamento rilevabile sotto il profilo penale o civile è nota come *cultural defense*. Per una ricognizione dell'istituto si veda a A. D. RENTELN, *Cultural defense: il paradigma monoculturale messo in discussione*, in T. MAZZARESE, cit., p. 85 ss.; ID, *The cultural Defense*, Oxford, 2004, passim

¹⁰¹ B. PASTORE, *Lo spazio del riconoscimento. Identità culturali e sfera pubblica*, cit., p. 122.

alcuni esempi, ai modelli familiari che prevedono la delega delle funzioni genitoriali a terzi oppure ai modelli educativi che includono punizioni corporali. La dottrina e la giurisprudenza italiana, nell'affrontare lo specifico tema della diversità culturale in relazione ai principi di ordine pubblico del nostro diritto minorile, hanno mostrato essenzialmente tre differenti orientamenti, esposti tuttavia a rischi di natura diversa: un primo orientamento c.d giustificazionista che, richiamando il rispetto dell'identità culturale, tende a giustificare troppo facilmente l'ambiente familiare del minore, pur di fronte a fatti che rivelano situazioni di maltrattamento o di abbandono; un secondo orientamento, cd. negazionista, che tende a negare l'incidenza dei diversi stili di vita e di valori nelle scelte e nei comportamenti genitoriali, stigmatizzati come pregiudizievoli sebbene non lo siano in concreto; un terzo orientamento, cd. classista, dove situazioni di marginalità sociale vengono, dall'organo giudicante, di per sé stigmatizzate e rappresentate come situazioni di maltrattamento e abbandono¹⁰². Ne esce un quadro non omogeneo ma che tuttavia lascia intendere l'ampia discrezionalità del giudice nel risolvere i conflitti culturali cui dovrà necessariamente corrispondere un più articolato impiego della tecnica argomentativa, oltre che presupporre da parte del medesimo un'adeguata competenza interculturale.

Ferma restando l'operatività delle norme penali interne, laddove il minore abbia subito un pregiudizio a beni fondamentali quali la salute, l'integrità fisica, risulta tuttavia meno chiaro come valutare alcune condotte, "meno gravi", dove peraltro una più accurata conoscenza culturale possa incidere sulla interpretazione assiologica dei fatti: così per esempio con riguardo ai casi di delega delle funzioni genitoriali ai terzi (parenti o conoscenti) si tratta di valutare se l'affidamento di un minore

¹⁰² Tali orientamenti, con i rispettivi rischi, sono stati messi in luce da P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Stato di abbandono, ordine pubblico ed esercizi di multiculturalismo giudiziario*, in *Minori e Giustizia*, 2006, p. 42 ss.

d'età a terzi, seguito da un totale disinteresse da parte della famiglia d'origine a recuperare un rapporto o comunque a cercare incontri con il minore possa integrare o meno un abbandono, a cui far seguire poi la dichiarazione di stato di abbandono, tenendo tuttavia conto degli usi consolidati nella cultura di origine che consentono la delega a terzi di crescere i propri figli¹⁰³. E nella valutazione dello stato di abbandono, quale presupposto per la dichiarazione di adottabilità del minore (o di proseguimento del suo affidamento presso terzi), il giudice dovrà tuttavia tenere conto non solo della componente culturale, il che potrebbe giovare all'interesse dell'adulto di riferimento (il genitore naturale), ma altresì dell'interesse del minore straniero al suo sviluppo psico-fisico, al suo desiderio di integrazione nella società accogliente e quindi a non rimanere "vincolato" al concetto di tutela della diversità culturale ove ciò non realizzi il suo (primario) interesse.

Tale criterio dovrà specularmente essere adottato nell'esame delle condotte dei genitori, ancorché offensive, per valutare la necessità in concreto di un eventuale allontanamento del minore dalla famiglia di origine¹⁰⁴, avendo sempre riguardo al diritto del minore di essere

¹⁰³ Vedi per esempio la decisione del Tribunale per i Minorenni di Napoli, decreto 14 novembre 1994, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1997, p. 613 e ss. riportato da S. MONDINO, *Diversità culturali e best interest of the child. I giudici italiani e i genitori marocchini, tra enunciati di diritto e rappresentazioni normative*, Milano, 2017, p. 45. Il Tribunale in particolare ha escluso lo stato di abbandono di una minore ghanese in ragione degli usi consolidati nel paese di origine della bambina che consentono di delegare la crescita ad altri.

¹⁰⁴ Peraltro, a prescindere dalla rilevanza o meno del fattore culturale, il principio della valutazione in concreto delle condotte offensive dei genitori al fine di salvaguardare, per quanto possibile, l'interesse del minore a mantenere un rapporto con entrambi i genitori, è stato affermato dalla recentissima sentenza della Corte Costituzionale che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 574-bis, terzo comma, del codice penale, "nella parte in cui prevede come conseguenza automatica della condanna la pena accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale a carico del genitore che abbia commesso il delitto di sottrazione o trattenimento di minore all'estero in danno del figlio minore". Spetta quindi al giudice penale valutare caso per caso, anche alla luce di ciò che è accaduto dopo il reato, se corrisponda o meno all'interesse del figlio che il

educato e di crescere nella propria famiglia d'origine¹⁰⁵. Al riguardo appare estremamente interessante la proposta, avanzata da un'attenta dottrina costituzionalista, di impiegare, nei giudizi relativi ai conflitti multiculturali, un test culturale in grado di guidare il giudice nel proprio iter argomentativo¹⁰⁶. Il test consentirebbe al giudice, coadiuvato da un consulente tecnico (antropologo, mediatore culturale, ecc.) di procedere con maggiore accuratezza alla "traduzione" culturale del comportamento e quindi di bilanciare, con la necessaria ragionevolezza e proporzionalità, i diversi interessi in gioco, ma soprattutto di valutare in concreto l'interesse superiore del minore. Peraltro, questo tipo di approccio potrebbe comportare, fra i tanti effetti, quello di allargare e arricchire l'orizzonte della stessa società accogliente che potrebbe essere così indotta ad introdurre nuove regole giuridiche di convivenza o comunque ad acquisire nuovi valori¹⁰⁷.

genitore, autore del reato di sottrazione di minore all'estero, sia sospeso dall'esercizio della responsabilità (Corte Cost, 29 maggio 2020, n. 102, in *Dejure online*).

¹⁰⁵ Come affermato nell'art. 1 della legge n. 184 del 1983, cui si fa peraltro seguire il compito dello Stato, delle Regioni e degli Enti locali di sostenere i nuclei familiari a rischio, al fine di rimuovere quegli ostacoli che possano impedire l'esercizio effettivo di tale diritto.

¹⁰⁶ I. RUGGIU, *Multiculturalismo e minori: il fondamento costituzionale dei diritti culturali del minore straniero e il test culturale per bilanciarli*, in *Minori e Giustizia*, 2012, p. 106. Il test che l'autrice propone di far adottare si compone di 13 domande specifiche che si ritiene opportuno riportare in questa sede: "1. La categoria "cultura" è utilizzabile? 2. Descrivere la pratica culturale e le caratteristiche del gruppo. 3. Inserire la singola pratica nel più ampio sistema culturale da cui proviene. 4. La pratica è essenziale alla sopravvivenza del gruppo, obbligatoria o meramente facoltativa? 5. Quanto la pratica è condivisa dal gruppo o è contestata? 6. Come si comporterebbe l'agente modello (la persona media) di quella cultura? 7. Quanto è sincero e coerente il soggetto che rivendica la pratica? 8. Il gruppo è discriminato nella società? 9. Esiste un'equivalente culturale nella cultura della maggioranza? 10. La pratica arreca un danno? Di che entità e verso quali beni giuridici? 11. La pratica perpetua il patriarcato? 12. Che impatto ha l'altrui pratica sulla cultura ospite? 13. Che buone ragioni presenta la minoranza per continuare la pratica? Il criterio della scelta di vita ugualmente valida".

¹⁰⁷ Nella prospettiva di una costante trasformazione delle culture, messa in luce da P. PAROLARI, *Diritti fondamentali. Prospettive transculturali e percorsi interculturali*, cit., p. 224-226, per la quale "ogni cultura può arrivare a riconoscere diritti fondamentali prima negati o tornare a negare diritti fondamentali che erano già stati riconosciuti".

Per quanto riguarda il secondo profilo, quello relativo ai conflitti che possono sorgere dai poteri/doveri educativi riconosciuti ai genitori, si dovrà partire dalla duplice considerazione che il nostro ordinamento, da un lato, tutela le esigenze educative dei genitori in linea con le proprie tradizioni e codici culturali e religiosi, riconoscendo a questi ultimi il diritto di mantenere intatti i propri modelli culturali e di trasmetterne ai figli i relativi valori, dall'altro lato, però riconosce la capacità di autodeterminazione¹⁰⁸ del minore d'età, capace di discernimento, nelle scelte che incidono nella propria sfera personale, il quale diritto può trovare concretizzazione solo nell'ambito di una relazione educativa dialettica¹⁰⁹, e non già autoritaria, che lasci comunque spazio all'esercizio di quei poteri/doveri di vigilanza educazione e cura che la responsabilità genitoriale richiede. Tali poteri, via via che il minore cresce e acquisisce capacità di discernimento, si affievo-

¹⁰⁸ La capacità di autodeterminazione del minore d'età in relazione alle scelte che incidono nella propria sfera personale si trova esplicitamente consacrata nell'ambito della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989. È in questa sede infatti che viene ufficializzato, sul piano internazionale, per la prima volta, il diritto del minore, capace di discernimento, di esprimere liberamente la propria opinione sulle questioni che lo riguardano, nonché di essere ascoltato; il principio ha trovato quindi conferma ed è stato reso effettivo attraverso la Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996, ratificata in Italia con l. 20 marzo 2003, n. 77, nonché ribadito nell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. È in particolare dalla Convenzione di New York che il minore d'età da indifferenziato "oggetto di protezione" (F.D. BUSNELLI, *Capacità e incapacità di agire del minore*, in *Fam. pers. succ.*, 1982, p. 56.), è considerato persona autonoma titolare di diritti non solo di protezione, ma anche di prestazione e promozione (V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 405). Sul piano nazionale, com'è noto, il mutamento concreto di prospettiva avviene solo con la riforma della filiazione attuata nel 2012 e nel 2013, con la quale si generalizza nel nostro ordinamento il principio della partecipazione diretta del minore, capace di discernimento. Nell'art. 315-bis del codice civile, è infatti consacrato il diritto del minore di essere ascoltato e quindi di esprimere la propria opinione in tutte le questioni che lo riguardano e ciò anche a prescindere dal raggiungimento dell'età di 12 anni, purché abbia raggiunto la capacità discernimento.

¹⁰⁹ E. BILOTTI, *Diritti e interessi del minore*, in R. SENIGAGLIA (a cura di), *Autodeterminazione e minore d'età*, 2019, p. 17.

liscono, specie in relazione alle scelte ideologiche e religiose dei figli minorenni¹¹⁰, in relazione alle quali il genitore non può esercitare alcun potere coercitivo, benché alcuni precetti religiosi attribuiscono al genitore poteri assoluti il cui esercizio il più delle volte sfocia in condotte abusive e lesive dei diritti inviolabili dei figli¹¹¹. Nondimeno si dovrà tenere conto dell'esigenza dei minorenni "di nuova generazione" (nati in Italia o ricongiunti alle famiglie che li hanno preceduti nell'immigrazione) di conformarsi agli stili di vita dei loro coetanei autoctoni, nonché ai valori caratterizzanti la società ospitante. Come messo in luce in uno studio elaborato in seno all'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza¹¹² le nuove generazioni di origine immigrata si trovano "all'incrocio di due mondi: quello della famiglia e quello della società"¹¹³, intenzionati, da un lato, ad integrarsi pienamente nella società ospitante, ma dall'altro lato anche ad aiutare i propri genitori, generalmente chiusi in chiave difensiva nei propri modelli identitari¹¹⁴, a comprendere l'importanza di un'integrazione che

¹¹⁰ Sull'argomento v. più ampiamente: M. TAMPONI, *L'educazione religiosa del minore nella società multiculturale*; M. CORLETO, *Potestà genitoriale e libertà religiosa del minore: aspetti di diritto internazionale*, entrambi in questo volume.

¹¹¹ Così quando si costringe per esempio il proprio figlio ad esercitare il digiuno nel periodo del Ramadan, o la propria figlia ad indossare lo chador durante gli orari scolastici. Sulla questione della rilevanza delle motivazioni religiose nella valutazione del reato di abuso dell'esercizio dei mezzi di educazione o di disciplina si rinvia alle riflessioni di G. CIMBALO, *Il fattore religioso come elemento di imputabilità*, in *Quaderni dir. pol. eccles.*, 1999, p. 850.

¹¹² Documento elaborato, nel 2018, dal Gruppo di lavoro *sull'Inclusione e la partecipazione delle nuove generazioni di origine immigrata. Focus sulla condizione femminile*, attivato nell'ambito della Consulta delle associazioni e delle organizzazioni istituita e presieduta dall'Autorità garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, consultabile sul sito <https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/nuove-generazioni-origine-immigrata-focus-condizione-femminile.pdf>.

¹¹³ F. ALBANO, *Introduzione al documento "Inclusione e la partecipazione delle nuove generazioni di origine immigrata. Focus sulla condizione femminile"*, cit., p. 5

¹¹⁴ La conflittualità fra i genitori e i figli si avverte prevalentemente in relazione alle ragazze in particolare con riferimento alle scelte matrimoniali. Le ragazze sono spesso destinatarie di condotte violente e ritorsive dovute proprio alle loro istanze di autonomia e di allontanamento dai rigorosi modelli educativi della propria famiglia di origine. Per un'interessante analisi "sul

sappia comunque includere e tutelare la diversità culturale. A tali considerazioni, che riguardano il profilo strettamente culturale, se ne devono aggiungere altre legate al contesto socio-economico: il più delle volte le famiglie migranti vivono in condizioni di disagio e di precarietà economica, sistemate in abitazioni inadatte, non ricevono un sostegno educativo adeguato da parte dei servizi sociali¹¹⁵. Si conferma dunque l'importanza e l'imprescindibilità, nella prospettiva della integrazione interculturale, sia delle misure di sostegno alle famiglie migranti che versano in situazioni economiche precarie, attraverso l'ausilio di mediatori culturali che sappiano comprendere e tradurre le differenze culturali, sia di interventi di potenziamento nel settore dell'istruzione e della formazione¹¹⁶. L'Unione Europea del resto sostiene da tempo le politiche di integrazione dei cittadini dei paesi terzi negli Stati membri¹¹⁷, sottolineando in particolare il ruolo fondamentale proprio dell'istruzione e della formazione¹¹⁸.

campo" condotta attraverso il coinvolgimento di una comunità di marocchini presenti in una grande città del nord Italia, nonché di alcuni giudici minorili (attraverso interviste realizzate per comprendere meglio la ratio sottesa ai diversi provvedimenti emessi in relazione a famiglie straniere) si veda S. MONDINO, *Diversità culturali e best interest of the child*, cit., pp. 85 ss.

¹¹⁵ Vedi il documento *L'inclusione e la partecipazione delle nuove generazioni di origine immigrata. Focus sulla condizione minori*, Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, 2018, p.10 consultabile sul sito.

¹¹⁶ Si rendono sempre più necessari interventi formativi rivolti ai giovani migranti, avendo poi particolare riguardo alla categoria dei minori non accompagnati, al fine di potenziare la conoscenza della lingua, delle norme e dei principi di convivenza necessari per partecipare attivamente alla vita comunitaria.

¹¹⁷ Fra gli interventi più recenti si consideri il Piano di azione sull'integrazione dei cittadini dei paesi terzi adottato il 7 giugno 2016 dalla Commissione europea con lo scopo di sostenere gli Stati membri nel rafforzamento delle politiche di integrazione (Com (2016) 377 final), anche alla luce della Risoluzione del Parlamento europeo del 12 aprile 2016 sulla situazione nel Mediterraneo e la necessità di un approccio globale dell'UE in materia di immigrazione (2015/2095(INI)); nonché la Comunicazione della Commissione europea del 12 aprile 2017 sulla protezione dei minori migranti (COM (2017) 211 final).

¹¹⁸ Si veda la Raccomandazione del Consiglio del 22 maggio 2018 sulla promozione di valori comuni, di un'istruzione inclusiva e della dimensione europea dell'insegnamento (2018/C 195/01).

Roberta Montinaro

*Società multiculturali e diritto delle relazioni familiari:
itinerari di una ricerca*

L'accentuazione dei flussi migratori è all'origine della formazione delle società multiculturali¹, così denominate perché connotate dalla presenza di "nuove minoranze"², costituite da persone sradicate dall'inse-diamento d'origine e portatrici di modelli familiari³ ispirati a principi rinvenibili negli ordinamenti giuridici dei paesi di provenienza, o fon-dati su diritti di matrice consuetudinaria o confessionale⁴ (tali sono, ad esempio, le regole di origine *sharaitica*⁵, che compongono il c.d. Statuto personale⁶).

¹ L. MORMILE, *Attuazione dei diritti fondamentali e multiculturalismo: il diritto alla identità culturale*, in *Famiglia*, 2004, p. 59 ss., p. 66-67. Si veda anche G. Anello, «Fratture culturali» e «terapie giuridiche». *Un percorso giurisprudenziale tra multiculturalità e soluzioni interculturali*, in *Stato, Chiese pluralismo confessionale*, novembre, 2009, p. 2.

² Si tratta delle c.d. nuove diversità, che non coincidono con quelle tradizionali proprie delle minoranze etnico-linguistiche presenti da lungo tempo in un territorio, per le quali si veda C. DAQUANNO, *Multiculturalismo e compatibilità (riflessi normativi e giurisprudenziali in Europa)*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 171 ss., p.175-178.

³ Cfr. E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Famiglia e dir.*, 2014.

⁴ Così M. D'ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 189 ss.

⁵ G. CAROBENE, *Pratiche legali, diversità culturali e religiose nel rapporto dialettico tra «kafala» e adozione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n.1/2019, p. 135 ss.

⁶ Cfr. per tale concetto, inteso come *corpus* separato rispetto ai codici e ed alle leggi che disciplinano il diritto privato, che include norme sulle relazioni matrimoniali e familiari, e sulle successioni *mortis causa*, M. D'ARIENZO, loc. ult. cit., ove ulteriori indicazioni bibliografiche. Cfr. inoltre, A. CILARDO, *Personal Status Law: Personal Status Law in Islamic Countries*, in *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, STANLEY N. KATZ (ed.), IV. New York: Oxford University press, 2009, pp. 295-299.

Simili regole e principi sono talvolta avvertiti, dagli stessi migranti protagonisti della relazione familiare, come parte integrante ed irrinunciabile della propria identità personale⁷: la differenziazione culturale va considerata, in quest'ottica, quale espressione dei connotati morali della persona, ed appare, dunque, anch'essa meritevole di tutela (ad esempio, alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, i cui artt. 21 e 22 assicurano al singolo il rispetto della identità etnica, linguistica e religiosa⁸), nonché passibile di bilanciamento, nel rapporto con altri diritti e libertà fondamentali⁹. Anche l'esercizio della libertà religiosa dell'individuo entra in gioco, quante volte l'applicazione delle proprie pratiche giuridiche¹⁰ sia concepita come parte integrante dell'appartenenza ad un credo o ad una confessione, come avviene, in particolare, ma non soltanto, in alcune culture del contesto mediorientale¹¹.

⁷ A. BÜCHLER, *Islamic family law in Europe? From dichotomies to discourse – or: beyond cultural and religious identity in family law*, in *International Journal of Law in Context*, 8,2 pp. 196–210 (2012) Cambridge University Press, p. 196 s. Osserva l'autore che "Globalisation has been a key factor in reshaping identity-determining areas. Transnational areas allow contradictory identities to evolve which are not only multi-pillared, but also universal, hybrid, multilingual and ubiquitous. However, on a subnational level, we also observe the formation of identity patterns whose intent is defensive, and which regularly have recourse to primordial categories such as ethnic origin and religious affiliation. Globalisation has thus produced two contrasting and parallel outcomes. It has not only made society more pluralistic, it has also made social groups more ethnic."

⁸ Si veda L. MORMILE, *Attuazione dei diritti fondamentali e multiculturalismo: il diritto alla identità culturale*, in *Famiglia*, 2004, p. 57; P. PAROLARI, *Culture, diritto, diritti*, cit., p. 12. Cfr., altresì, N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2009, pp. 653-678.

⁹ Cfr., sul punto, P. PAROLARI, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, cit., p. 114. Cfr., altresì G. PINO, *Identità personale, identità religiosa e libertà individuali*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2008, n. 1, pp. 119-151.

¹⁰ Definite da G. CAROBENE, *Pratiche legali, diversità culturali e religiose nel rapporto dialettico tra «kafala» e adozione*, cit., p. 148, come "...idee giuridiche consolidate, precetti e insegnamenti religiosi, postulati sociali e culturali, ideologie politiche: è il fondamento della legge, ufficiale e non."

¹¹ S. DAZZETTI, *Forme e pratiche del pluralismo religioso nello Stato di Israele. La tutela dei rapporti familiari*, in questo volume.

Il fenomeno sopra descritto costituisce un portato della globalizzazione, la quale implica, tra i molti risvolti, l'emersione di forme di giuridicità che sono estranee alla sovranità statale¹²: rispetto alle relazioni familiari, il principio della personalità del diritto, secondo il quale l'individuo porta con sé il proprio bagaglio di regole e valori giuridici, costituisce, ad un tempo, un portato del carattere "privato" della disciplina della famiglia ed un'esigenza correlata al carattere internazionale della fattispecie¹³.

L'analisi di un simile fenomeno – obiettivo del presente volume – richiede che si adotti una pluralità di prospettive, in ragione della ricchezza dei risvolti problematici di esso propri: non solo la prospettiva del diritto internazionale (pubblico e privato), ma anche il punto di vista dello studioso delle fonti del diritto e degli ordinamenti di specifiche confessioni religiose. Allorché, poi, dalle tematiche generali si trascorra alla considerazione dei singoli istituti del diritto di famiglia, quali matrimonio, divorzio e filiazione, quanto mai fruttuoso diviene il confronto tra un'indagine che abbia riguardo ad uno specifico sistema ed altre che sappiano fare uso del metodo comparativo o collocare i singoli problemi nel contesto delle fonti del diritto sovranazionale.

La complessità degli interessi coinvolti ha indotto gli esponenti del c.d. multiculturalismo giuridico¹⁴ a proporre l'adozione di specifici stru-

¹² N. IRTI, *Norma e luoghi*, Roma-Bari, 2001, *passim*.

¹³ Si veda P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 1/2017, pp. 165 ss., 167.

¹⁴ Il multiculturalismo giuridico è quella corrente di pensiero che, dal punto di vista della filosofia, antropologia e sociologia del diritto, si occupa dei problemi giuridici delle società multiculturali, vista nei suoi vari aspetti. Per una ricostruzione del concetto e delle sue evoluzioni, nonché per approfonditi richiami bibliografici, si veda P. PAROLARI,

menti e soluzioni di politica del diritto¹⁵. Le società multiculturali costituiscono innanzitutto un banco di prova per quel che si denomina pluralismo giuridico, giacché i temi correlati alla diversità culturale investono innanzitutto questioni attinenti alle fonti del diritto; sono cioè un'ennesima manifestazione del fenomeno della crisi delle fonti¹⁶.

Si rende infatti necessario non soltanto stabilire quale sia l'ordinamento competente a regolare il rapporto (ove questo presenti degli elementi di internazionalità), ma anche governare i conflitti tra culture giuridiche basate su valori talvolta molto distanti. Questione, che diviene più complessa nei contesti nei quali esiste un sistema di fonti multilivello, come il diritto di famiglia, connotato dal fatto che, a norme e principi interni, si sommano e sovrappongono, in un contesto non sempre coerente, norme e principi di matrice europea o sovranazionale (cfr. *ultra*).

La trasformazione delle società in senso multiculturale e multi-religioso, necessaria al fine di favorire una reale integrazione, richiede allora che si compia un processo di ridefinizione della cultura giuridica ospitante, dosando sapientemente il ricorso a quei mezzi che assolvono ad una funzione di apertura o, all'opposto, di chiusura dell'ordinamento rispetto a diritti *altri* (ad esempio, attraverso una corretta interpretazione del principio dell'ordine pubblico internazionale; cfr. *ultra*)¹⁷. E, tuttavia, quando gli ordinamenti differiscono tra loro in modo radicale, ed occorre

Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto, cit., in part., p. 12 ss.

¹⁵ P. CONSORTI, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa, 2015, il quale ricorda, tra le tecniche adottate in alcuni ordinamenti per garantire la differenziazione culturale in funzione dell'appartenenza ad un determinato gruppo: l'introduzione di deroghe legislative, la previsione di politiche di riconoscimento attivo e la concessione di spazi di autonomia normativa a certi gruppi culturali.

¹⁶ Cfr. G. PINO, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, 2011, *passim*. Sul tema delle fonti si veda N. IRTI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 697 ss.

¹⁷ G. CATALDI, *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, in questo volume.

gestire veri e propri “scontri di civiltà”, la tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali si erge a limite invalicabile. A tale riguardo, cionondimeno, occorre essere avvertiti del fatto che concetti come identità culturale e relativismo culturale, riferiti alla tutela di tali diritti, tendono spesso ad esprimere un disaccordo di fondo tra culture giuridiche, in cui alto diventa il rischio di strumentalizzazione del riconosciuto carattere universale dei diritti umani e delle libertà fondamentali: si pensi all’uso non sempre innocente del principio di uguaglianza al fine di negare esplicitamente a diritti altrettanto fondamentali, quali quello alla identità e libertà religiosa, alla vita privata e familiare, etc.

Pertanto la sfida, nella prospettiva del diritto internazionale (e non solo), consiste nell’intendere (e tradurre in concrete soluzioni applicative) il concetto di diritti umani universali epurandolo dagli elementi schiettamente propri di una sola tradizione giuridica, ma che viceversa appaiono alieni rispetto ad altre tradizioni; si pensi alla qualificazione della proprietà come diritto fondamentale): ciò che resta è costituito dai diritti realmente attinenti alla tutela della persona e massime alla dignità umana. Un virtuoso esempio in una simile direzione si rinviene proprio nell’ambito del diritto delle relazioni familiari, a proposito del concetto di vita familiare, elaborato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo quale sintesi di diverse istanze culturali¹⁸.

La regolamentazione della famiglia nelle società multiculturali implica poi un problema ulteriore: quello della efficacia da riconoscere a fonti, non statali, bensì di altra natura (confessionale, privata, etc.), che ambiscono a regolare i rapporti familiari, nonché dei limiti in cui simili fonti possano dirsi a ciò abilitate¹⁹. A tale riguardo, il tema intorno a cui

¹⁸ G. CATALDI, *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, cit.

¹⁹ P. PAROLARI, *Società multiculturali e interlegalità*, in questo volume. Cfr. anche Id., *Legal Polycentricity, intergiuridicità e dimensioni “intersistemiche” dell’interpretazione giudiziale. Riflessioni a partire dal caso inglese Akhter v. Khan*, in DPCE online, 2019/3, p. 2109 ss., p. 2110.

occorre riflettere è allora costituito dalla opportunità di trascorrere da un'ottica basata su di una pluralità di ordinamenti di matrice statale, in rapporto di reciproca interazione e/o conflitto, ad una prospettiva diversa, cui si dà il nome di *interlegalità*, che prenda atto e soprattutto sia in grado di concettualizzare l'esistenza di una pluralità di sistemi normativi sganciati dalla sovranità statale. Questi si generano all'interno delle comunità e tendono ad essere applicati da istituzioni che operano e si confrontano - in un rapporto di reciproca interazione ed influenza - con l'ordinamento statale del paese d'accoglienza. Talune pratiche giuridiche, quali quelle dei c.d. *minority legal orders*, costituiscono un laboratorio di questa diversa prospettiva, giacché in essi norme di origine ed ispirazione eterogenea, attinenti alla famiglia ed ai relativi rapporti, si raffrontano e vengono applicate, spesso tenendo conto delle esigenze del caso concreto e, in modo particolare, del bisogno di proteggere i soggetti vulnerabili del rapporto familiare²⁰.

A tale riguardo, l'ordinamento giuridico israeliano rappresenta, per ragioni storico-geografiche, un *unicum* nel panorama delle scelte di gestione politica delle diversità culturali, direttamente connesso alla regolamentazione dei rapporti giuridici familiari. Tale sistema, invero, al fine di governare il connaturale pluralismo cultural-religioso dello Stato israeliano, anziché adottare una disciplina civile del matrimonio, del divorzio e dei relativi effetti, ha scelto di recepire l'antico sistema ottomano del *millet* in forza del quale tali istituti, in quanto attinenti allo stato personale del singolo, sono soggetti ai diritti di matrice religiosa ed alle rispettive corti delle confessioni riconosciute ed inserite nella struttura istituzionale stessa dello Stato²¹. Si tratta dunque di una soluzione che, se, da un lato, riesce a garantire la differenziazione culturale, dall'altro, in considerazione della carenza di una disciplina sostanziale

²⁰ P. PAROLARI, *Società multiculturali e interlegalità*, cit.

²¹ S. DAZZETTI, *Forme e pratiche del pluralismo religioso nello Stato di Israele. La tutela dei rapporti familiari*, cit.

laica e statutale delle relazioni familiari, rischia di sacrificare gli interessi dei singoli (ad esempio dei laici o di coloro che aderiscano a religioni o correnti non riconosciute) in nome della migliore tutela della identità del gruppo. Donde, in simili casi, l'esigenza di ricorrere, in via giurisprudenziale, ad alcuni espedienti, al fine di aggirare il limite dell'obbligatorietà della celebrazione religiosa del matrimonio e di attribuire effetti squisitamente civili al matrimonio aconfessionale (ad esempio, matrimoni contratti all'estero o genuinamente privati, in quanto costituiti dal solo consenso dei coniugi)²².

Dal punto di vista dell'ordinamento statale, offrire soluzione alle questioni sopra accennate è innanzitutto compito delle norme di diritto internazionale privato²³, le quali tendono a fornire dei criteri di individuazione della legge applicabile al rapporto familiare, rispettosi della identità culturale e giuridica di origine delle persone.

Così, il criterio per cui ai rapporti matrimoniali - come pure alla separazione ed allo scioglimento di tali rapporti - si applica, in via generale, il diritto nazionale dei coniugi (cfr. legge 31 maggio 1995, n. 218) si ripropone di attribuire rilievo al bagaglio di identità culturale di cui la legge nazionale dovrebbe costituire espressione²⁴; viceversa, in caso di diversità di cittadinanza dei coniugi, entra in gioco la legge del paese in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata.

²² S. DAZZETTI, *loc. ult. cit.*

²³ Cfr. P. MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé: polygamie et repudiation*, Genève, 1972; J. Déprez, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit Int. de La Haye*, t. 211, 1988-IV, 9 ss.

²⁴ E. JAYME, *Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit Int. de La Haye*, t. 282, 2000, 9 ss. Per un esame critico delle ricadute di un simile criterio di determinazione della legge applicabile, in specie sui diritti delle donne nell'ambito delle relazioni familiari, si veda A. BUCHLER, *Islamic family law in Europe? From dichotomies to discourse – or: beyond cultural and religious identity in family law*, cit., p. 199.

Nella direzione di assecondare le istanze di rafforzamento della identità culturale si muovono altresì le riflessioni dottrinarie che propongono di attribuire rilievo all'autonomia privata dei coniugi e che trovano fertile terreno nella tendenza - espressa, più di recente, dal Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio ed alla separazione personale - a rimettere all'accordo tra i coniugi stessi la scelta della legge competente a regolare i rapporti²⁵.

Analoga *ratio* è poi ravvisabile a fondamento della previsione, rinvenibile in materia di filiazione, per la quale lo *status* di figlio, nonché i rapporti personali e patrimoniali che vi ineriscono, sono regolati dalla legge personale del figlio²⁶.

Più complesso appare, invece, il secondo profilo sopra ricordato: se in nome della libertà religiosa dei migranti, certamente meritevole di protezione, come poc'anzi sottolineato, possa ammettersi che le relazioni familiari di coniugio, filiazione, etc., siano regolate, anziché da un diritto di matrice statale (del Paese di approdo o di quello di provenienza, ove quest'ultimo sia individuato da norme di diritto internazionale privato, in presenza di elementi di internazionalità del rapporto), da regole o principi di natura consuetudinaria o confessionale.

In questa prospettiva, il diritto al rispetto della vita familiare è garantito dall'art. 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo; è

²⁵ Cfr. M. D'ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, cit. p. 215, circa il ruolo riservato all'autonomia privata dei coniugi nella scelta della legge. Sul punto si veda M.C. FOLET, *Migrant Women Caught Between Islamic Family Law and Women's Rights: The Search for the Appropriate "Connecting Factor"*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2000, 7(1), pp. 11-35.

²⁶ Cfr. J. LONG, *Islam e diritto di famiglia e minorile: spazi e limiti di dialogo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2019, p. 111- 133, p.119, la quale osserva come venga "riconosciuto alla persona di età minore il diritto all'applicazione della propria legge nazionale in materia di *status* personale e familiare. Il suddetto criterio è espressione della protezione dell'interesse del minore alla conservazione della propria identità culturale".

dunque controverso se la protezione del suddetto diritto implichi il dovere degli Stati di riconoscere modelli di famiglia, che siano espressione di religioni e culture, le quali non hanno contribuito a dare forma al diritto di famiglia degli ordinamenti degli Stati d'approdo²⁷.

Si tratta di un tema oggetto di riflessione da parte della dottrina di Paesi di ben più risalente immigrazione, espressione del sistema multi-livello delle fonti del diritto di famiglia, cui poco sopra si faceva cenno. Basti ricordare la posizione assunta, al riguardo, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha, invero, negato che il diritto alla libertà religiosa possa limitare la discrezionalità degli Stati di regolare la capacità matrimoniale: così è stato deciso con riguardo alla legge britannica che condiziona a requisiti minimi di età il conseguimento della capacità di contrarre matrimonio; analoga pronuncia, più di recente, è stata emessa con riguardo ad una simile previsione contenuta nella legge svizzera²⁸. La medesima Corte, poi, ha chiarito che l'applicazione dello Statuto personale, consentita da un ordinamento statale, non può tradursi in una violazione del principio di non discriminazione, come accade allorché le norme comprese nello Statuto personale implichino una limitazione dei diritti successori della vedova²⁹.

²⁷ Si vedano, in proposito, A. FUCCILLO, F. SORVILLO, L. DECIMO, *Law and religion as a strategy in favor of profitable cultural osmosis: a wide look to civil law systems*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 36/2018, p. 1 ss.

²⁸ Cfr. 7 luglio 1986, caso *J. Khan vs. United Kingdom*; 13 febbraio 2003, caso *Refah Partisi e altri vs. Turchia* e 8 dicembre 2015, caso *Z. H. and R. H. vs. Switzerland*. Sul punto si veda E. FALLETTI, *L'impatto culturale dell'immigrazione islamica sull'ordinamento giudiziario italiano: alcune riflessioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 31/2016, p. 22 s., p. 27. Con riguardo ad analoghe pronunce della Corte di Strasburgo, cfr. le considerazioni di R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 197 ss., p. 200.

²⁹ Cfr. Corte Edu, 19 dicembre 2018, caso *Molla Sali vs. Greece*, n. 20452/14. Cfr., per un commento a tale sentenza, A. FUCCILLO, F. SORVILLO, L. DECIMO, *Law and religion as a strategy in favor of profitable cultural osmosis: a wide look to civil law systems*, cit., p. 10. Si veda, più in generale, G. PINO, *Libertà religiosa e società multiculturale, in diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali* (a cura di T. MAZZARESE), Torino, 2013, p. 157 ss.

In termini ancor più generali, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso che il diritto al rispetto della vita familiare possa essere ampio al punto da imporre agli Stati di includere nei rispettivi sistemi giuridici modelli di famiglia avvertiti come troppo distanti dalla tradizione giuridica di un singolo Paese³⁰; e ciò, in quanto sussiste un "margine d'apprezzamento" degli Stati, che autorizza il sacrificio dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo, allorché entri in gioco la salvaguardia di valori che connotano la identità dell'ordinamento nazionale³¹.

Come ricordato, la importazione di modelli matrimoniali e familiari propri dei Paesi e dei contesti culturali e religiosi, da cui i migranti originano, può determinare tensioni tra regole e principi 'identitari' ed il diritto del Paese d'approdo, allorché quelli siano inconciliabili con il secondo.

È quel che si verifica, con riguardo all'ordinamento italiano, nel caso di pratiche contrastanti con la garanzia del principio di uguaglianza, di protezione dei diritti fondamentali e della dignità umana: spetta dunque al giudice il compito di dirimere il conflitto tra principi e valori di diversa matrice culturale³²,

³⁰ Cfr. Corte Edu, sentenza 13 febbraio 2003, *Refah Partisi e altri c. Turchia*, cit., nonché 16 novembre 2004, *Ünal Tekel c. Turchia*

³¹ Cfr. Corte Edu, Grand Chamber, 7 febbraio 2012, ric. N. 40660/08.

³² C. CAMPIGLIO, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 1999, n.1, p. 21-42; Id., *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 2008, n.1, p. 43-76. Cfr. altresì, F. PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 1993, 73 ss. Sul tema dell'ordine pubblico in generale e sul suo impegno come ponte tra culture diverse giuridiche, cfr. F. CAROCCIA, *L'ordine pubblico. La gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli, 2018, *passim* e, specialmente, 153 ss. Sui profili di diritto internazionale privato, cfr. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2015, I, 260 ss. Quanto alla evoluzione che il concetto di ordine pubblico internazionale ha subito nel tempo ed ai suoi recenti sviluppi, si veda *ultra*.

attraverso l'impiego della clausola generale dell'ordine pubblico, interno³³ o internazionale³⁴.

In un primo momento espressione di conservatorismo politico-giuridico, la suddetta clausola ha mutato volto, per diventare strumento di garanzia dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un dato momento storico³⁵, inclusi i principi di carattere generale tesi a tutelare i diritti fondamentali.

In materia di rapporti familiari, l'ordine pubblico internazionale è costituito dal complesso dei principi correlati all'esigenza di protezione di simili diritti, come riconosciuti dalla Costituzione italiana, ma anche dalla comunità giuridica sovranazionale, alla luce, in particolare, della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia UE³⁶: in sintesi, il suo contenuto risente oramai della

³³ Senza pretesa di completezza, si vedano G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, e ID., *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1038 ss.; A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974; ID., *Ordine pubblico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 154 ss., nonché L.MENGGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 73 s.. Cfr. L. LONARDO, *Ordine pubblico*, in AA. VV., *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato*, 10-11 novembre 2016, Sala degli Affreschi, Complesso di S. Andrea delle Dame-Napoli, a cura di G. PERLINGIERI, M. D'AMBROSIO, Napoli, 2017, p. 317 ss.

³⁴ Cfr. art. 16, legge n. 218/1995, secondo cui la legge straniera non si applica se ritenuta in contrasto con l'ordine pubblico internazionale. Si vedano P.LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale. La globalizzazione del diritto privato e i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano*, Milano, 2005, p. 64 ss.; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 2, p. 403.

³⁵ Cfr. per una ricostruzione, P. PERLINGIERI, *Autonomia privata e diritti di credito*, in A. BELVEDERE, C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p. 93 ss., nonché, più di recente, ID., *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 1, p. 183 ss.

³⁶Cfr. Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 3, p. 372 ss., con nota di Palmieri, relativa alla tutela dello *status* di filiazione conseguito all'estero dal nato attraverso pratiche di c.d. fecondazione eterologa. Si veda, inoltre, C. Irti, *Digressioni attorno al «mutevole» concetto di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 489 ss.

complessità e della pluralità delle fonti che regolano le relazioni familiari³⁷ ed include anche il diritto di “formazione giurisprudenziale”³⁸.

Quanto al contenuto di tale clausola, secondo la giurisprudenza di legittimità³⁹, il giudizio di compatibilità con l’ordine pubblico deve essere riferito “...al nucleo essenziale dei valori del nostro ordinamento, che non sarebbe consentito nemmeno al legislatore ordinario interno di modificare o alterare, ostandovi principi costituzionali inderogabili.”⁴⁰.

Le Sezioni unite hanno stabilito che i criteri di identificazione di tale nucleo fondamentale di valori sono da individuare tenendo conto anche della normativa ordinaria che costituisca espressione del modo in cui “i predetti valori si sono concretamente incarnati nella disciplina dei singoli istituti”⁴¹. A tal fine, occorre avere riguardo “all’opera di sintesi e ricomposizione attraverso la quale la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità sono pervenute all’extrapolazione dei principi fondamentali”. Ritiene, dunque, la Corte, sulla scia di una precedente pronuncia⁴², che l’ordine pubblico internazionale costituisca “il limite che l’ordinamento nazionale pone all’ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna”; per tale ragione, esso “non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità

³⁷ F.D. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell’incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 287 ss.

³⁸ Per un esame critico del ruolo della giurisprudenza nel sistema delle fonti, cfr. C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione. A proposito di giustizia*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, p. 785 ss., nonché Id., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 33 ss.

³⁹ Cass. n. 4040 del 2006, n. 13928 del 1999, n. 2215 del 1984.

⁴⁰ Cassazione Civile, Sez. I, 25 luglio 2016, n. 15343, in *Fam. e dir.*, 2/2017, p. 126.

⁴¹ Cfr. Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, annotata da U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 4/2019, p. 737 ss., nonché da G. CASABURI, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1951

⁴² Cass., Sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001.

internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili”.

Secondo tale pronuncia, dunque, nella sua funzione di filtro, l'ordine pubblico fa sì che discipline di altri ordinamenti trovino un limite innanzitutto nella pari dignità delle persone e nel divieto di discriminazione, nonché nella tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e, soprattutto, della dignità umana; ma anche nei tratti connotanti gli istituti del diritto nazionale delle relazioni familiari, purché però siano espressione dei ricordati principi⁴³.

Il giudice, allora, dovrà verificare se gli effetti in concreto della disciplina straniera applicabile⁴⁴, di un provvedimento di un giudice straniero o di un atto di autonomia privata, siano conformi o meno ai principi sopra ricordati⁴⁵. Compito arduo, come si constaterà più oltre, nel cui assolvimento è necessario che venga tenuta presente la funzione della clausola generale in questione: che, nel caso dell'ordine pubblico

⁴³ Cfr. sul punto, A. NICOLUSSI, *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Valori costituzionali. Per i sessanta anni della Costituzione italiana*, Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. (Roma 5-7 dicembre 2008), Milano, 2010, p. 168 ss., nonché Id., *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 182 ss.

⁴⁴ Cfr., al riguardo, Cass. 25 luglio 2016, n. 15343, in *www.cortedicassazione.it* e *Fam. e dir.*, 2/2017, p. 126 ss., con nota di N. CEVOLANI, *La trascrivibilità del matrimonio celebrato all'estero in via telematica tra consapevolezza del consenso alle nozze e ordine pubblico internazionale*, secondo cui “il rispetto dell'ordine pubblico dev'essere garantito, in sede di deliberazione, avendo esclusivo riguardo “agli effetti” dell'atto straniero (come ribadito da Cass. n. 9483 del 2013), senza possibilità di sottoporlo ad un sindacato di tipo contenutistico o di merito né di correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano. Ne consegue che se l'atto matrimoniale è valido per l'ordinamento straniero, in quanto considerato idoneo a rappresentare il consenso matrimoniale dei nubendi in modo consapevole, esso non può ritenersi contrastante con l'ordine pubblico solo perché celebrato in una forma non prevista dall'ordinamento italiano.”.

⁴⁵ Circa il rapporto tra multiculturalismo giuridico ed impiego della clausola dell'ordine pubblico internazionale come strumento per perseguire gli obiettivi propri del primo, cfr. R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 199.

familiare, non è quella di importare modelli familiari *altri*, ma nemmeno di fondare un controllo di legittimità costituzionale di simili modelli; bensì di desumere da un altro sistema ordinamentale una disciplina del caso concreto che preservi i diritti fondamentali dei protagonisti delle relazioni familiari.

Inoltre, nel diritto di famiglia, in cui più evidenti appaiono le ricadute di ordine giuridico correlate alla formazione di una società multiculturali, le questioni sopra richiamate assumono contorni peculiari e si aprono a soluzioni ispirate alle specifiche esigenze ad esso sottese: conciliare le diversità culturali, ma anche offrire tutela ai soggetti “deboli” della relazione famigliare.

Alla luce di quanto sopra, è allora possibile affermare che rientrano nell’ambito dell’ordine pubblico, innanzitutto, le norme atte a tutelare la libertà matrimoniale, ivi incluse quelle sulla capacità di contrarre matrimonio. Dal punto di vista dell’ordinamento italiano, pertanto, il criterio dell’ordine pubblico impone di non tenere conto del diniego di nulla osta al matrimonio in Italia dello straniero, richiesto dall’art. 116 c.c., qualora tale diniego sia fondato sul divieto per la donna musulmana di contrarre matrimonio con un non musulmano⁴⁶, in quanto restrittivo della libertà matrimoniale.

Un simile divieto appartiene invece all’ordine pubblico musulmano ed è accolto dalla maggior parte delle legislazioni contemporanee dei Paesi islamici, che lo concepiscono come impedimento superabile attraverso la conversione del nubendo⁴⁷. Il divieto di contrarre matrimoni interreligiosi è però concepito come problematico anche all’interno di tali sistemi giuridici. Come dimostra l’indagine comparativa, alcuni tra tali sistemi si sono incamminati sulla strada del superamento del suddetto

⁴⁶ D. AVON, A. SADI, *The religious prohibition of marriage between Muslim women and non-Muslim men*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2019, pp. 85-109.

⁴⁷ D. SCOLART, *Questo matrimonio non s’ha da fare: né ora, né mai? Riflessioni sul diritto islamico e libertà matrimoniale*, in questo volume.

limite; una strada, che, tuttavia, si rivela irta di contraddizioni per via del sovrapporsi disordinato di fonti di diversa origine ed ispirazione, nonché foriera di rischi per i diritti del singolo, giacché nelle diverse soluzioni sperimentate, la libertà matrimoniale non viene riconosciuta – né dunque tutelata – in sé e per sé come prerogativa dell'individuo (ed è pertanto esposta ai mutamenti del sentire comune e dei regimi politici)⁴⁸.

Uno dei temi connessi al fenomeno del multiculturalismo è costituito dal trattamento giuridico del matrimonio poligamico e della famiglia poligamica, tenuto conto del divieto di poligamia, vigente nel nostro ordinamento, come pure in altri ordinamenti europei ed occidentali⁴⁹.

Nella prospettiva del diritto di famiglia italiano⁵⁰, il matrimonio si fonda sul consenso dei coniugi ad instaurare un'unione esclusiva, di modo che il carattere monogamico dello stesso vale a definire l'essenza dell'istituto⁵¹. Pertanto, i matrimoni poligamici non possono produrre effetti diretti tra i coniugi⁵².

⁴⁸ D. SCOLART, *loc.ult.cit.*

⁴⁹ Per un'attenta ricostruzione critica del tema, cfr. G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 3/2018, p. 821 ss. Cfr. altresì M. GRONDONA, *Il matrimonio poligamico*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da G. Ferrando, Bologna, 2007, I, pp. 495-511 e N. COLAIANNI, *Poligamia e principi del "diritto europeo"*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2002, p. 227.

⁵⁰ Per una sintesi delle soluzioni accolte, in materia di matrimoni poligamici, in altri sistemi giuridici di paesi europei, cfr. C. DAQUANNO, *Multiculturalismo e compatibilità (riflessi normativi e giurisprudenziali in Europa)*, cit., pp. 201-202.

⁵¹ A. RENDA, *Il matrimonio civile, Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, p. 82, cui si rinvia per approfonditi riferimenti bibliografici.

⁵² Cfr. G. FERRANDO, *Il matrimonio civile*, in T. A. AULETTA (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da M. BESSONE, t. 1, Torino, 2010, p. 195 ss., p. 245-250.

Inoltre, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, gli Stati non sono tenuti a riconoscere i matrimoni poligamici e ciò, in nome della salvaguardia di valori che connotano la identità dell'ordinamento nazionale. Il principio monogamico, dunque, non va rigettato nemmeno se questo stesso principio comporta il sacrificio di altri diritti fondamentali riconosciuti dalla Cedu⁵³.

Fermo restando che non si rende necessaria una revisione del concetto di matrimonio in chiave di estensione dello stesso ai matrimoni poligamici⁵⁴ – nemmeno sulla base degli obblighi e dei limiti che, per gli ordinamenti nazionali, derivano dall'adesione alla Cedu – altre e non meno complesse questioni attendono risposta.

Tra di esse, la questione se la pozziorità assegnata alla famiglia fondata sul matrimonio, come tradizionalmente inteso nel nostro sistema, opponga un argine al recepimento del matrimonio poligamico e, in caso, affermativo, su quali basi esso poggi.

La riflessione sul punto muove dal ripensamento del concetto giuridico di famiglia indotto dalla evoluzione sociale e normativa: da istituzione, è divenuta piuttosto un insieme di relazioni basate sugli affetti, strumentale rispetto all'individuo ed all'affermazione della di lui personalità⁵⁵. Così intesa, la famiglia non coincide più con un tipo di rapporto esclusivo tra persone di diverso genere⁵⁶ e diventa permeabile rispetto a modelli familiari *altri*, siano essi nuovi (frutto cioè di una evoluzione della società in senso

⁵³ Cfr. Corte eur. dir. uomo, Grand Chamber, 7 febbraio 2012, ric. N. 40660/08). Sul punto, cfr., G. PARODI, *Le fonti del diritto, Linee evolutive*, in Trattato Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2012, p. 34 s.

⁵⁴ Circa la revisione del concetto giuridico di matrimonio e le sue cause, cfr. A. NICOLUSSI, *Matrimonio, filiazione e unioni non coniugali: quale futuro per i rapporti etico-sociali?*, in *Jus-online* 2/2015, p. 5.

⁵⁵ E. BILOTTI, *Principio monogamico, norma personalista e rilevanza di rapporti poligamici di fatto*, in questo volume.

⁵⁶ Circa la revisione del concetto giuridico di matrimonio e le sue cause, cfr. A. NICOLUSSI, *Matrimonio, filiazione e unioni non coniugali: quale futuro per i rapporti etico-sociali?*, in *Jus-online* 2/2015, p. 5.

moderno) o tradizionali, in quanto aventi radice in consolidate pratiche religiose e/o consuetudinarie (come la famiglia poligamica islamica).

Viene da chiedersi, dunque, se, secondo questo angolo d'osservazione, non possa valere la considerazione che anche la relazione familiare poligamica altro non sarebbe da una forma di libera realizzazione della personalità degli individui. Esperienze interpretative emerse in ordinamenti affini al nostro offrono spunti problematici sul punto, gravitanti intorno alla rilevanza costituzionale del principio monogamico. A tal fine, allora, occorre dare rilievo al fatto che l'ordine costituzionale poggia sul principio di uguaglianza e dignità della persona. In quest'ottica, è lecito dubitare che la istituzionalizzazione di un modello familiare in cui l'esclusività del rapporto sussiste solo per un membro dello stesso sia conforme a tali principi. Resta tuttavia il dato problematico del peso da attribuire all'autodeterminazione della donna⁵⁷, cui taluni indici normativi paiono dare rilievo (cfr. art. 3, legge n. 898/1970, secondo cui il nuovo matrimonio del coniuge cittadino straniero costituisce causa di divorzio e non di invalidità del matrimonio). La soluzione gravita, a ben vedere, intorno alla concezione di dignità che voglia accogliersi⁵⁸: una che predica la dignità come valore assoluto ed indipendente dalla stessa volontà dell'individuo o, all'opposto, una concezione "libertaria" (per la quale la dignità coincide prevalentemente con la scelta individuale)⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. J. LONG, *Islam e diritto di famiglia e minorile: spazi e limiti di dialogo*, cit., p. 116: "il divieto di riconoscimento di unioni poligamiche potrebbe anzitutto subire temperamenti giustificati dal rispetto dell'autodeterminazione della donna" che contragga all'estero, conformemente al diritto locale, matrimonio con un uomo già coniugato oppure che non opti per lo scioglimento del matrimonio, allorché il consorte celebri, conformemente al suo diritto nazionale, nuovo matrimonio.

⁵⁸ E. BILOTTI, *Principio monogamico, norma personalista e rilevanza di rapporti poligamici di fatto*, in questo volume.

⁵⁹ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in Intervento alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola; F.D. BUSNELLI, *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà*, in NDC, 1/2019, p. 33 ss.

Ciò rilevato, non si può, però, omettere di rilevare che, attraverso il filtro costituito dalla clausola dell'ordine pubblico internazionale, si persegue l'obiettivo di valutare se la disciplina applicabile al caso concreto possa dare luogo a conseguenze giuridiche che siano in contrasto con i principi fondanti del nostro ordinamento. Il che va escluso, allorché gli effetti determinati dalla fonte straniera servano ad assicurare protezione alle esigenze dei soggetti coinvolti nella relazione familiare poligamica⁶⁰. Si tratta, a ben vedere, di una soluzione che si ispira ad altri sistemi, nei quali, pur essendo esclusa la costituzione di rapporti poligamici sul territorio nazionale, si tende tuttavia ad attribuire alle mogli del poligamo diritti di vario contenuto. In estrema sintesi, non vanno escluse a priori alcune conseguenze giuridiche riflesse⁶¹, rispetto alle quali cioè il matrimonio poligamico venga assunto come mero fatto⁶²; e ciò, in base alla considerazione che il diritto di famiglia deve preoccuparsi di tutelare la parte debole del rapporto familiare e che tale esigenza appare prevalente rispetto alla astratta salvaguardia del principio di uguaglianza⁶³. In

⁶⁰ Così, per quanto concerne, ad esempio, gli effetti successori di tali matrimoni nei confronti della moglie, la qualifica di coniuge deve apprezzarsi alla luce della legge applicabile, da individuarsi in quella nazionale di ciascun coniuge. Se, quindi, in base a tale legge, il matrimonio del bigamo è valido, non si ravvisano ragioni per negare ad esso effetti successori invocando un preteso contrasto con la clausola generale dell'ordine pubblico. Si veda, per approfonditi riferimenti alla giurisprudenza di altri sistemi ordinamentali, M. RIZZUTI, *Ordine pubblico costituzionale e rapporti familiari: i casi della poligamia e del ripudio*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.10/2019, p. 606 ss., p. 615.

⁶¹ Cfr. per la dottrina N. COLAIANNI, *Poligamia e principi del diritto europeo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2002, pp. 227-262; V. PETRALIA, *Ricongiungimento familiare e matrimonio poligamico. Il riconoscimento di valori giuridici stranieri e la tutela delle posizioni deboli*, in *I quaderni europei*, http://www.cde.unict.it/quadernieuropei/giuridiche/49_2013.pdf.

⁶² L. MORMILE, *Attuazione dei diritti fondamentali e multiculturalismo: il diritto alla identità culturale*, cit., p. 75.

⁶³ In dottrina, cfr. E. FALLETTI, *L'impatto culturale dell'immigrazione islamica sull'ordinamento giudiziario italiano: alcune riflessioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n.31/2016, p. 22, la quale osserva che, se si ritenesse un simile matrimonio inesistente, moglie e figli verrebbero privati di ogni tutela.

quest'ottica, non si dubita che alla prole nata da coppie poligame spetti lo *status* di figli nati in seno al matrimonio⁶⁴.

Proprio il principio di uguaglianza, calato nella concretezza dei fatti, impone di offrire soluzione al problema della discriminazione delle altre mogli, i cui interessi rischiano di restare privi di qualsivoglia riconoscimento giuridico⁶⁵. Una simile discriminazione, ad esempio, si verifica sulla base della disciplina, di matrice europea, relativa al ricongiungimento familiare: la Direttiva CE del 22 settembre 2003/86/CE, all'art. 4 comma 4, vieta invero agli Stati membri di autorizzare il ricongiungimento di coniugi ulteriori del residente che già convive con un coniuge nel territorio di uno Stato membro. In tale ambito, allora, il principio monogamico (quale principio di ordine pubblico europeo), "comporta il totale sacrificio di diritti fondamentali, segnatamente di quelli all'unità della famiglia e al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo; art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)"⁶⁶. In questa linea si colloca anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione, relativa al tema del ricongiungimento della madre con il figlio minore, nel caso in cui il padre già conviva in Italia con un'altra moglie: secondo la Corte, è giustificato il sacrificio dell'interesse del minore a non essere separato dalla madre, per via del fatto che

⁶⁴Cfr. C. CAMPIGLIO, *La famiglia poligamica nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 26.

⁶⁵ Cfr. E. FALLETTI, *loc. ult. cit.*, nonché P. PALERMO, *Parità coniugale e famiglia multiculturale in Italia*, in *Fam. e dir.* 2011, p. 628 ss.

⁶⁶ Così, testualmente, R. SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di differente tradizione. I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico*, in *Eur. Dir. Priv.* 2014, p. 533. Secondo l'a., l'istituto del ricongiungimento (di cui all'art. 1 Dir. 2003/86, del 22 - 9-2003 n. 86, recepita dall'Italia con d. lgs. 08-01-2007 n. 5) ha il fine di garantire il diritto alla unità familiare. La questione allora sta nel capire quali principi vadano invocati per definire il significato di familiare ai sensi di tale normativa, resa assai complessa dalla ricordata strumentalità del ricongiungimento familiare ad alcuni dei diritti fondamentali, garantiti da fonti multilivello (quelli già visti, quelli del minore, quello di non discriminazione, etc.).

autorizzare il ricongiungimento equivarrebbe ad anettere effetti al matrimonio poligamico, in spregio del principio monogamico⁶⁷, il quale attiene all'ordine pubblico, sia nazionale che europeo⁶⁸.

Affatto diverse appaiono, invece, le conclusioni cui perviene la dottrina che distingue tra matrimonio poligamico, da un lato, e famiglia poligamica, dall'altro lato: nel nostro sistema giuridico, si nota, non è riconosciuto un unico ed indefettibile modello familiare⁶⁹, come tale protetto dalla clausola generale dell'ordine pubblico; ogni modello familiare - ancorché estraneo alla nostra tradizione giuridica - appare meritevole di tutela. Il sistema costituzionale, tuttavia, stabilisce una condizione imprescindibile di meritevolezza: che si tratti di una formazione sociale in cui si esprime la personalità dell'individuo⁷⁰, in quanto l'adesione ai valori che essa incarna avvenga nel rispetto della libertà e dignità della persona.

E tra le "altre" famiglie rientrano altresì quelle che costituiscono espressione di specifiche appartenenze culturali e/o confessionali dei protagonisti delle relazioni coniugali⁷¹, cui dunque vanno ricollegati gli

⁶⁷ Cfr. Cass., 28 febbraio 2013, n. 4984, in *Foro it.*, 2013, I, 2519. Di contrario avviso Cfr. Trib. Bologna, ord. 12 marzo 2003, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2003, 140 secondo cui il limite dell'ordine pubblico sarebbe operante solo nel caso in cui fosse il marito stesso a chiedere il ricongiungimento con le due mogli, così invocando gli effetti civili di entrambi i matrimoni nel nostro ordinamento. Si veda altresì Corte Appello Torino, 18 aprile 2001, *Dir. Famiglia*, 2001, p. 1492. Si rammenti però che l'art. 29 T.U. Immigrazione, introdotto dalla l. 15 luglio 2009, n. 94, esclude il ricongiungimento della madre su richiesta del figlio nel caso di poligamia del padre. Per la dottrina, si vedano A. BATA, A. SPIRITO, *Il rilascio del visto d'ingresso*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 504; R. SENIGAGLIA, op. cit., p. 533 e C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2008/n.1, pp. 43-76, p. 52.

⁶⁸ Circa il rapporto tra ordine pubblico ed interesse del minore, cfr. A. GORGONI, *Nuove genitorialità e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n 1/2019, p. 162 ss., p. 167.

⁶⁹ L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1109.

⁷⁰ G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, cit., p. 830 ss.

⁷¹ Cfr. M. RIZZUTI, op. cit., p. 179-206. Secondo l'a., l'esigenza di garantire una qualche protezione alle ulteriori consorti del poligamo può essere soddisfatta applicando alle unioni poligamiche le tutele già riconosciute alle forme di convivenza non rientranti nella nozione

effetti giuridici propri delle c.d. famiglie di fatto (in virtù dell'interpretazione giurisprudenziale)⁷².

Forme di scioglimento del rapporto coniugale basate sulla volontà di un coniuge sono previste in alcuni sistemi giuridici del tempo presente, come pure dell'esperienza passata. Proprio l'analisi storico-comparativa rende avvertiti del fatto che i diversi modi di concepire il matrimonio (quale espressione dell'autonomia privata dei protagonisti della relazione coniugale, basata sul dato fattuale della persistente *affectio* tra i coniugi, piuttosto che come istituto a rilevanza pubblicistica, regolato dalle leggi civili ed attratto nell'orbita della sovranità statale) dispiegano influenza determinante altresì sulle diverse concezioni di divorzio e quindi anche sull'ammissibilità del ripudio⁷³, come atto unilaterale di volontà di un coniuge volto a porre fine al rapporto matrimoniale⁷⁴. Nella prospettiva del diritto di famiglia italiano, la possibilità di fare luogo a forme di divorzio privato, in cui l'autonomia gioca un ruolo centrale sul piano, sia dei presupposti, sia delle conseguenze giuridiche che si rannodano allo scioglimento del matrimonio, è oramai ammessa per effetto di una evoluzione legislativa ed interpretativa, i cui itinerari appaiono sofferti e non sempre lineari, ma i cui risultati costituiscono oramai un dato acquisito. Proprio alla luce di una simile evoluzione, dunque, occorre valutare il

desumibile dalla legge 20 maggio, 2016, n. 76, il cui art. 1, comma 36, non ha incluso nella sua nozione di convivenza i rapporti poligamici. Una simile scelta, tuttavia, se vale ad escludere tali convivenze dalle specifiche tutele da essa espressamente garantite, non può precludere la produzione di quegli effetti giuridici ricollegati alle famiglie di fatto.

⁷² Circa la fisionomia assunta dalle convivenze di cui alla legge in questione, tale da escludere le unioni poligamiche, cfr. M. TAMPONI, *Del convivere. La società postfamiliare*, Milano, 2019, p. 41.

⁷³ M. RIZZUTI, *Ripudio e divorzi privati*, in questo volume.

⁷⁴ Cfr. R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. dir.*, 2009, 202.

ripudio islamico, nella consapevolezza che l'ordine pubblico familiare ha nel tempo mutato i propri connotati (cfr. *retro*).

La riflessione può muovere dalla recente giurisprudenza della Cassazione relativa al riconoscimento di effetti giuridici nel nostro ordinamento a un provvedimento di un tribunale *sharaitico* palestinese, con cui era stato dichiarato lo scioglimento di un matrimonio tra coniugi, entrambi cittadini sia stranieri che italiani, per ripudio esercitato dal marito⁷⁵. In base a questa giurisprudenza, i nodi principali da sciogliere consistono innanzitutto nello stabilire: *a)* la natura giurisdizionale del Tribunale *sharaitico*; *b)* i presupposti del ripudio ad opera del marito; *c)* la sussistenza di una corrispondente facoltà di ripudio per la moglie, nonché il rispetto del di lei diritto di difesa nel procedimento.

Secondo la Cassazione, "anche quando il ripudio è collocato all'interno di un procedimento giudiziario, l'autorità che interviene svolge generalmente soltanto funzioni di omologazione ... e di presa d'atto della volontà del marito di sciogliersi dal matrimonio". Sicché, in ultima istanza, in tali sistemi, lo scioglimento del rapporto matrimoniale è senz'altro riconducibile all'autonomia privata. Quanto al ruolo svolto dal tribunale *sharaitico*, si tratta di un'autorità religiosa cui l'ordinamento civile riconosce la giurisdizione sui rapporti attinenti allo statuto personale e, in particolare, nelle controversie concernenti la materia matrimoniale. Tuttavia, un simile organo non è equiparabile ad un'autorità giurisdizionale, né pubblica, e pertanto il suo intervento nel procedimento non implica il venir meno della natura "privata" del ripudio⁷⁶.

⁷⁵ Cass. civ. Sez. I, ord., 1° marzo 2019, n. 6161. Cass. civ. Sez. I, Sent. (ud. 16-07-2020) 7 agosto 2020, n. 16804.

⁷⁶ In questa stessa linea, anche la dottrina che si è espressa nel senso della ammissibilità di forme di ripudio che richiedono il consenso della ripudiata (nelle quali dunque la risoluzione del rapporto coniugale ha luogo per mutuo consenso) e/o che debbono essere approvate dalle corti (e che consistono, quindi, in forme di divorzio giudiziale). Cfr. M. D'ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 204.

Uno degli aspetti controversi è dunque costituito dalla necessità (o meno), ai fini del vaglio di conformità all'ordine pubblico, di un sindacato giudiziale vertente sulle cause della dissoluzione del matrimonio e, in particolare, sull'irreversibile cessazione della comunione di vita materiale e spirituale tra i coniugi⁷⁷.

Senonché, in ragione del suo carattere storicamente determinato, l'ordine pubblico familiare ha cambiato connotati: così, rispetto alla disciplina italiana sul divorzio, è dato constatare come, a seguito dell'introduzione degli accordi di separazione e divorzio⁷⁸, l'autonomia privata sia oramai abilitata a sciogliere il vincolo matrimoniale; inoltre, da tempo gli interpreti attribuiscono un significato soggettivo al presupposto della intollerabilità della convivenza quale causa di divorzio⁷⁹. Pertanto, non può (più) ritenersi contraria all'ordine pubblico una pronuncia straniera fondata su leggi che ammettono il ripudio, sulla base di un preteso principio del controllo pubblico sul dissolvimento del matrimonio⁸⁰.

⁷⁷ Sul punto R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 202, secondo cui non sarebbero ammissibili forme di scioglimento immotivate, nemmeno se concesse ad entrambi i coniugi.

⁷⁸ Cfr. gli artt. 6 e 12 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, recante misure di "degiurisdizionalizzazione", convertito con modifiche in l. 10 novembre 2014, n. 162.

⁷⁹ Cfr. App. Venezia, 9 aprile 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 1029: "Nella sentenza n. 10378/2004, questa Corte ha poi statuito che non può essere ritenuta contraria all'ordine pubblico, per il solo fatto che il matrimonio sia stato sciolto con procedure e per ragioni e situazioni non identiche a quelle contemplate dalla legge italiana, una sentenza di scioglimento del matrimonio pronunciata, fra cittadini italiani, dal giudice straniero il quale abbia fatto applicazione del diritto straniero, considerato che "attiene in realtà all'"ordine pubblico" solo la esigenza che lo scioglimento del matrimonio venga pronunciato solo all'esito di un rigoroso accertamento - condotto nel rispetto dei diritti di difesa delle parti, e sulla base di prove non evidenzianti dolo o collusione delle parti stesse - dell'irrimediabile disfacimento della comunione familiare, il quale ultimo costituisce l'unico inderogabile presupposto delle varie ipotesi di divorzio previste dalla L. n. 898 del 1970, art. 3""

⁸⁰ M. RIZZUTI, *Ripudio e divorzi privati*, cit.

Diversa questione è costituita dalla compatibilità del ripudio islamico con il principio di uguaglianza e non discriminazione per ragioni di genere, garantito tra i coniugi da svariate fonti, anche sovranazionali⁸¹. La considerazione del suddetto limite ha indotto la ricordata giurisprudenza a concludere che “l’istituto del ripudio [...] risulta discriminatorio per la donna, essendo solo il marito abilitato a liberarsi del vincolo matrimoniale con la formula del *talaq*, senza sostanzialmente addurre una motivazione, ed essendo quindi ricollegato l’effetto risolutivo del matrimonio ad una decisione unilaterale e potestativa del solo marito.”⁸².

Una recente pronuncia di legittimità, relativa ad una forma di scioglimento unilaterale del matrimonio regolata dal diritto iraniano⁸³, ha tuttavia stabilito che il vaglio di conformità con l’ordine pubblico internazionale richiede che si valutino “esclusivamente gli effetti della decisione da delibare nel nostro ordinamento e non la correttezza della soluzione adottata alla luce dell’ordinamento straniero o della legge italiana, non essendo consentita un’indagine sul merito del rapporto giuridico dedotto”⁸⁴. In sintesi, si tratta di accertare se sia possibile desumere da un altro sistema ordinamentale una disciplina del caso concreto che preservi i diritti fondamentali dei protagonisti delle relazioni

⁸¹ Citate da Cass. civ., n. 16804/2020, cit: “gli artt. 2, 3 e 29 Cost., l’art. 14 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo, l’art. 5, settimo protocollo addizionale della Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo, l’art. 16 della Convenzione delle Nazioni Unite sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, ratificata dall’Italia nel 1985; sotto il profilo processuale, l’art. 111 Cost. e l’art. 6 della CEDU, che prescrive l’esigenza di un processo equo ed in condizioni di parità sostanziale e processuale tra le parti”.

⁸² Cfr. Cass. civ., n. 16804/2020, cit.

⁸³ Cassazione civile, sez. I, ordinanza 14 agosto 2020, n. 17170 ha cassato una pronuncia di merito per la quale il ripudio sarebbe “inconciliabile con le “regole inderogabili e fondamentali immanenti ai più importanti istituti giuridici nazionali”, in quanto riconosce “una condizione di privilegio del marito rispetto alla moglie, posto che il primo può divorziare dalla seconda senza che questa ne possa “paralizzare” la volontà”.

⁸⁴ Cfr. Cass. 9483/2013 cit.

familiari⁸⁵; con la conseguenza che un contrasto con l'ordine pubblico va escluso quante volte sia il soggetto debole della relazione familiare ad invocare gli effetti (personali o patrimoniali) del ripudio. Proprio al fine di garantire tutela ad un simile soggetto, si consente al coniuge ripudiato di ottenere lo stato libero e di chiedere l'adozione dei provvedimenti attinenti all'assegno divorzile, nonché all'affidamento ed al mantenimento dei figli (cfr. art. 3, n. 2, l. n. 898/1970⁸⁶).

Affatto diverso, invece, appare il punto di vista sposato dall'ordinamento europeo con riguardo al ripudio, giacché tale ordinamento ha per obiettivo il perseguimento della parità di genere (artt. 21 e 23 Carta EDU) anche nelle questioni attinenti ai rapporti giuridici familiari e, in specie, in quelle concernenti la separazione ed il divorzio.

Al riguardo, la Corte giustizia UE ha statuito, circa l'art. 10 Regolamento n. 1259/2010, che il diritto individuato dalle norme di conflitto ivi recate, il quale può consistere anche nel diritto di un ordinamento extracomunitario, deve essere disapplicato qualora sia discriminatorio in astratto, perché non concede ai coniugi condizioni paritarie di

⁸⁵ Cfr., con riguardo alla costituzione del matrimonio, Cass. 25 luglio 2016, n. 15343, in *Famiglia e diritto*, 2 (2017), pp. 126 ss., con nota di N. CEVOLANI, *La trascrivibilità del matrimonio celebrato all'estero in via telematica tra consapevolezza del consenso alle nozze e ordine pubblico internazionale*, secondo cui «il rispetto dell'ordine pubblico dev'essere garantito, in sede di delibazione, avendo esclusivo riguardo "agli effetti" dell'atto straniero (come ribadito da Cass. n. 9483 del 2013), senza possibilità di sottoporlo ad un sindacato di tipo contenutistico o di merito né di correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano. Ne consegue che se l'atto matrimoniale è valido per l'ordinamento straniero, in quanto da esso considerato idoneo a rappresentare il consenso matrimoniale dei nubendi in modo consapevole, esso non può ritenersi contrastante con l'ordine pubblico solo perché celebrato in una forma non prevista dall'ordinamento italiano».

⁸⁶ Tale disposizione verrebbe in applicazione in base all'art. 31, l. 218/1995 anche quando si ritenesse la disciplina straniera competente a regolare il rapporto contraria all'ordine pubblico e si dovesse quindi applicare la legge del luogo in cui si svolge prevalentemente la vita matrimoniale. Così F. PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 1993, 73 ss., p. 108.

accesso alla separazione o al divorzio in ragione del genere di appartenenza (senza che rilevino l'eventuale consenso del coniuge discriminato, né altri aspetti). Alla luce di tale disposizione, quindi, l'astratta discriminazione costituita dal riconoscimento al solo marito dell'unilaterale diritto di ripudiare la moglie contrasta di per sé con l'ordinamento dell'Unione europea, superfluo essendo qualsivoglia sindacato giudiziale relativo alla compatibilità in concreto della disciplina straniera richiamata con l'ordine pubblico⁸⁷. In questa stessa ottica, è dunque irrilevante il consenso della ripudiata, giacché "il divieto di discriminazione in base al sesso deve intendersi sottratta alla libera disponibilità delle parti".

La disciplina nazionale della filiazione contiene diverse disposizioni tese a garantire la identità culturale e religiosa del minore. Il riferimento va all'art. 1, comma 5, legge 4 maggio 1983, n. 184, in materia di adozione, secondo il quale «Il diritto del minore a vivere, crescere ed essere educato nell'ambito di una famiglia è assicurato [...] nel rispetto della identità culturale del minore»; e, altresì, all'art. 315 bis c.c., in tema di responsabilità genitoriale, che riconosce e garantisce l'autodeterminazione⁸⁸ del minore verso il genitore, includendo (implicitamente) anche tutto ciò che concerne le scelte fideistiche. La libertà religiosa del minore poi è oggetto di garanzia costituzionale (art. 19 Cost.) ed è esercitabile in modo autonomo man mano che il minore acquista capacità di discernimento.

⁸⁷ Cfr. sentenza del 20 dicembre 2017, C-372/16. Si veda, per un commento, R. DE MEO, in *Giustizia civile.com*, n. 11/2018, p. 6.

⁸⁸ In ordine ai significati da annettere al concetto di autodeterminazione, si veda T. PASQUINO, *Autodeterminazione*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di C. Castronovo*, Napoli, 2018, p. 119 ss.

Il complesso delle disposizioni interne va ad integrarsi con i principi del diritto internazionale, offrendo un'ennesima dimostrazione del carattere multilivello delle fonti del diritto di famiglia.

Numerose fonti del diritto internazionale attribuiscono, infatti, preminenza all'interesse del minore rispetto a quello dei genitori, in ragione del rapporto di strumentalità della responsabilità genitoriale rispetto al benessere del figlio. Le citate fonti, inoltre, pur sposando un'ottica squisitamente multiculturale (per la quale nessuna confessione può dirsi superiore rispetto ad altre e sono dunque vietate sia forme di indottrinamento nella educazione dei figli, sia valutazioni relative all'interesse del minore che muovano da una presunta inferiorità del credo religioso della famiglia rispetto a quello dominante), hanno condotto all'affermazione del principio per il quale l'adesione alle convinzioni religiose della famiglia deve essere bilanciata dalla salvaguardia del benessere del fanciullo e dell'adolescente, di tal che l'esigenza di integrazione sociale di questi ultimi deve prevalere rispetto alla libertà religiosa dei genitori⁸⁹.

Tale essendo il quadro normativo di riferimento, imprescindibile appare una puntuale analisi, svolta dal punto di vista del diritto italiano della famiglia, vertente, innanzitutto, sul rapporto tra libertà religiosa del minore e prerogative dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale, con l'obiettivo di stabilire: a quali condizioni siano validi i c.d. patti di religione intercorsi tra i genitori ed in quale misura essi possano ricondursi al novero dei patti sull'indirizzo della vita familiare, stante il carattere indisponibile della libertà religiosa del minore; se le restrizioni a tale libertà siano legittime in presenza di decisioni dei genitori miranti a tutelare altri diritti del minore di pari rango, e via dicendo⁹⁰.

⁸⁹ M. CORLETO, *Potestà genitoriale e libertà religiosa del minore: aspetti di diritto internazionale*, in questo volume.

⁹⁰ M. TAMPONI, *L'educazione religiosa del minore nella società multiculturale*, in questo volume.

Ancor più complesso appare rinvenire un punto di equilibrio tra prerogative genitoriali ed educazione religiosa del minore. Al riguardo si osserva come l'interesse dei genitori ad impartire un'educazione ed a seguire pratiche che siano in sintonia con le proprie convinzioni culturali e religiose, pur meritevole di considerazione, incontri, tuttavia, il limite costituito dalla necessità, sia di evitare pregiudizi al minore (tutelandone i diritti fondamentali), sia di garantirne l'autodeterminazione. In ragione di tali criteri ed avendo cura di attribuire priorità al superiore interesse del minore, vanno risolti conflitti e dissidi tra genitori aderenti a credi diversi. Costoro dovranno, dunque, rifuggire da atteggiamenti connotati da intolleranza, fanatismo, assenza di rispetto per la religione dell'altro, proprio in vista dell'obiettivo di salvaguardare un simile interesse. In presenza di condotte contrarie ai suddetti criteri e tali da arrecare al minore grave pregiudizio, si può fare luogo a provvedimenti di limitazione o decadenza dalla responsabilità genitoriale (ad es. in caso di rischio di pregiudizio per la salute del minore) o ad affidamento del minore ad uno solo dei genitori⁹¹.

I criteri sopra citati guidano l'interprete nell'opera di bilanciamento tra identità culturale ed interesse preminente del minore, necessaria ad altri effetti.

Come già ricordato, il governo delle diversità culturali nelle relazioni familiari è innanzitutto un prodotto del lavoro delle corti, intente a dare risposta ai concreti bisogni di tutela emergenti in seno a tali relazioni.

Una simile esigenza è alla base del riconoscimento una nuova forma di genitorialità di tipo non esclusivo⁹² fondata sulla c.d. *kafala*, un

⁹¹ Cass, sez. I civ., ord. 24 maggio 2018, n. 12954, in <http://www.osservatoriofamiglia.it>, nonché Cass, sez. I civ., ord. 30 agosto 2019, n. 21916, in <http://www.dirittoegiustizia.it>. Cfr. M. TAMPONI, *L'educazione religiosa del minore nella società multiculturale*, cit.

⁹² G. CAROBENE, *Pratiche legali, diversità culturali e religiose nel rapporto dialettico tra kafala e adozione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Fascicolo 1, aprile 2019, pp. 135 ss., p. 148.

istituto di diritto islamico (che non contempla l'adozione, per ragioni legate al credo religioso), grazie al quale coppie o persone singole possono assistere e custodire minori orfani o abbandonati, fino alla maggiore età, con l'impegno di mantenerli, istruirli ed educarli, senza però che il minore recida i rapporti con la famiglia d'origine e si inserisca in quella dell'adulto che adempie ai doveri di cura⁹³. In ragione di ciò, la *kafala* costituisce uno strumento utile, non solo a fornire cure materiali e morali ai minori bisognosi, ma anche a preservarne la continuità culturale e religiosa⁹⁴.

La *kafala* è stata presa in esame in più occasioni dalla giurisprudenza interna, specialmente con riguardo a casi di ricongiungimenti di minori o di adozioni di minori non accompagnati presenti sul territorio italiano, che siano affidati ad adulti residenti, talvolta sulla base di meri atti di autonomia privata⁹⁵.

Dopo una iniziale diffidenza, per lo più ascrivibile alle differenze rispetto all'istituto dell'adozione, la giurisprudenza ha, infatti, stabilito il principio per il quale "*la kafalah di diritto islamico, (...) può fungere da presupposto per il ricongiungimento familiare, e dare titolo allo stesso, ai sensi, dell'art. 29, co. 2, d. lgs. n. 286/1998*"⁹⁶; giacché, per l'ordinamento

⁹³ M. MARTINELLI, *I rapporti di filiazione nell'ambito della famiglia islamica e in quella occidentale. L'istituto dell'adozione nell'ordinamento islamico e in quello italiano*, in C. Cardia, G. Dalla Torre (a cura di), *Comunità islamiche in Italia: identità e forme giuridiche*, Torino, 2015, p. 389.

⁹⁴ Si veda altresì l'art. 20 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, il cui terzo comma reca un esplicito riferimento alla *kafala* quale strumento per assicurare la cura ma anche "*continuità nella educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica*". Sulla stessa linea anche art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, commentato da P. MARTINELLI, F. MAZZA, A. GALANTI, *Art. 24, Diritto del bambino*, in *La Carta dei Diritti dell'Unione Europea. Casi e materiali*, a cura di G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone, Taranto, 2009, p. 303.

⁹⁵ I. GARACI, *Identità culturale e best interest of the child*, in questo volume.

⁹⁶ Nella giurisprudenza di merito si veda cfr. Tribunale Mantova, sez. I, 10 maggio 2018 in www.dejure.it. Cfr. G. CAROBENE, *Kafala islamica e protezione dei minori in Italia dopo la ratifica della Convenzione dell'Aja*, in A. Fuccillo (a cura di), *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità: modelli di disciplina giuridica*, Napoli, 2017, pp. 197-224.

nazionale e altresì in base alle Convenzioni ed agli altri documenti di diritto internazionale vigenti nella materia, la protezione del minore prevale rispetto ad altri interessi antagonisti (quali l'interesse pubblico al contenimento dell'immigrazione)⁹⁷. Poco importa quale sia la fonte del rapporto (una sentenza piuttosto che un atto di autonomia privata), dovendo il giudice orientare la propria decisione al perseguimento del *best interest of the child* che va apprezzato alla luce delle circostanze e situazioni del caso concreto⁹⁸.

Sulla stessa linea si colloca anche l'interpretazione della Corte di Giustizia secondo la quale il minore *sub kafala* rientra nella nozione di «altro familiare» di un cittadino dell'Unione, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, primo comma, lettera a), della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, alla luce, e nel rispetto, delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Pertanto, in virtù del superiore interesse del minore, fa ingresso nel nostro ordinamento un modello legale ad esso alieno⁹⁹. In considera-

⁹⁷ Quanto alla giurisprudenza, si rinvia alle sentenze citate da I. GARACI, *Identità culturale e best interest of the child*, cit. Per la dottrina, si vedano J. LONG, *Ordinamenti giuridici occidentali, kafalah e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 175 ss.; ID., *Kafalah e ricongiungimento familiare*, in *Dir. immigrazione citt.*, 2008, I, 75 ss.; R. GELLI, *La kafalah di diritto islamico: prospettive di riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Fam. e dir.*, 2005, 62 ss.

⁹⁸ Corte di cassazione, 2 febbraio 2015, n. 1843, in *Nuova giur. civ.*, 2015, p. 10707. Cfr. M. DI MASI, *La Cassazione apre alla kafalah negoziale per garantire in concreto il best interest of the child*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, p. 10707. Poco importa, infatti, quale sia la fonte del rapporto (sentenza piuttosto che atto di autonomia privata), dovendo il giudice orientare la propria decisione al perseguimento del *best interest of the child* che va apprezzato alla luce delle circostanze e situazioni del caso concreto. Sul punto, più di recente, Cass. n. 28154/2017.

⁹⁹ A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, St. Athens, 1974. Per un esame ragionato del profilo in oggetto cfr. F. CAROCCIA, *Ordine pubblico. La gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, cit., p. 201, la quale

zione, tuttavia, della differenza di effetti rispetto alle forme di adozione ivi contemplate¹⁰⁰, sorge il problema se assimilare la *kafala* a tali istituti o piuttosto dare vita ad uno *status* familiare privo di corrispondenti nel nostro sistema, una sorta di adozione aperta o mite, maggiormente rispettosa della identità culturale del minore. Il criterio guida, al riguardo, sia per l'interprete che per il legislatore, è costituito ancora una volta dal superiore interesse del minore stesso¹⁰¹.

Sempre in ossequio a tale principio, vanno parimenti risolti i dubbi relativi alla possibilità di apprezzare (ed al peso da attribuire) alla c.d. variabile culturale, nell'ambito dei procedimenti di varia natura, che concernono il minore¹⁰².

sottolinea come l'ordine pubblico, da limite, può diventare “..valvola di apertura a modelli ed istituti estranei alle tradizioni giuridiche locali..”

¹⁰⁰ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Diritti del minore e circolazione all'estero del suo status familiare: nuove frontiere*, in *La famiglia si trasforma*, a cura di G.O. Cesaro, P. Lovati, G. Mastrangelo, Milano, 2014, p. 38 ss.

¹⁰¹ I. GARACI, *Identità culturale e best interest of the child*, cit.

¹⁰² I. GARACI, *loc.ult.cit.*

Indice degli autori

Emanuele Bilotti è professore ordinario di Diritto privato presso l'Università Europea di Roma.

Giuseppe Cataldi è professore ordinario di Diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale".

Michele Corleto è professore straordinario di Diritto internazionale presso l'Università Telematica Pegaso.

Stefania Dazzetti è docente universitario a contratto di Storia delle costituzioni presso l'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale".

Ilaria Garaci è professoressa associata di Diritto privato presso l'Università Europea di Roma.

Roberta Montinaro è professoressa associata di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale".

Giampiero Moretti è professore ordinario di Letterature comparate presso l'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale".

Paola Parolari è ricercatrice di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Brescia.

Marco Rizzuti è ricercatore di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Firenze.

Deborah Scolart è ricercatrice di Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

Michele Tamponi è professore ordinario di Diritto privato presso l'Università LUISS "G. Carli" di Roma.



IL TORCOLIERE • Officine Grafico-Editoriali d'Ateneo
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI "L'ORIENTALE"
finito di stampare nel mese di luglio 2021

L'accentuazione dei flussi migratori è all'origine della formazione delle società multiculturali, così denominate perché connotate dalla presenza di "nuove minoranze", costituite da persone sradicate dall'insediamento d'origine e portatrici di modelli familiari ispirati a principi rinvenibili negli ordinamenti giuridici dei paesi di provenienza o fondati su diritti di matrice consuetudinaria o confessionale; principi che appaiono spesso assai distanti da quelli dei paesi di approdo. Il giurista è allora chiamato all'arduo compito di risolvere i conflitti tra le diverse culture giuridiche che entrano in contatto, tenendo conto del rango e della pluralità di interessi coinvolti ed avendo riguardo al modo in cui tali interessi si atteggiavano quando calati all'interno delle relazioni familiari.

Giuseppe Cataldi è professore ordinario di diritto internazionale e Direttore del Dipartimento di Scienze umane e sociali nell'Università di Napoli "L'Orientale", nonché coordinatore del Network *Jean Monnet* dell'Unione europea "MAPS" (*Migration and Asylum Policy Systems. Weaknesses, Shortcomings and Reform Proposals*) e presidente dell'*Association internationale du droit de la mer*. Consulente di istituzioni nazionali e internazionali, ha patrocinato dinanzi a numerosi tribunali internazionali. È autore di pubblicazioni in diritto internazionale pubblico e diritto dell'Unione europea, in particolare vertenti sul diritto del mare, sui diritti umani, sul diritto dei migranti, sui rapporti tra diritto internazionale e ordinamenti interni.

Roberta Montinaro è professore associato di diritto privato nell'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale" e coordinatore del Modulo Jean Monnet DiCit (*Digital citizenship in the European Union*). È affiliata ad Accademie e Centri di ricerca, nonché membro del comitato editoriale di riviste scientifiche. È autrice di opere monografiche e saggi in materia di diritto del trust, di famiglia, della responsabilità civile e dei consumatori.