

Diritti, identità e ordine pubblico nella società policulturale. Le relazioni familiari e la rilevanza del diritto musulmano*

di Francesco Alicino

*Professore ordinario di Diritto e religione e incaricato di Diritto costituzionale
presso l'Università LUM di Casamassima (Bari)*

Nel giro di una generazione l'Italia ha registrato una diversità culturale molto articolata e, perciò, del tutto inedita. Sul piano della geografia religiosa, è in particolare segnata dall'inedita presenza dell'Islam, o meglio *degli* Islam, le cui identità sono tali da impattare sulle discipline del matrimonio e della famiglia. Ad attestarlo è il crescente numero di atti (poligamia, *khul*, *talaq*, *mahr*, *kafalah*) nati e sviluppati nell'alveo della tradizione musulmana. La loro compatibilità con l'ordinamento italiano è tutta da verificare, come peraltro richiesto dalla legge 31 maggio 1995 (n. 218) sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Spesso la verifica porta a una ridefinizione dell'ordine pubblico sostanziale e processuale, cui risalgono le fila del diritto positivo, il suo bisogno di coerenza interna secondo il canone di ragionevolezza, consentaneo a quello di proporzionalità. Sono questi gli argomenti che innervano il presente lavoro, in cui si sottolinea come l'effettiva e non irragionevole tutela dei diritti e delle libertà possa complicarsi quando calata in specifici ambiti, particolari settori, condizioni personali e formazioni sociali. La riprova giunge proprio dal matrimonio e dalla famiglia, i cui istituti sono esposti ad una perenne evoluzione e all'incommensurabilità delle relative condotte.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le formule. – 3. L'effetto pratico dei fatti normativi. – 4. Ordine pubblico attenuato. – 5. Ordine pubblico pragmatico e contingente. – 6. Ordine pubblico di prossimità. – 7. Ordine pubblico e soggettività deboli e vulnerabili. – 8. I margini duttili e malleabili dell'ordine pubblico. – 9. Conclusioni e prospettive.

1. Introduzione

L'odierno scenario dà conto di una società policulturale, nel senso pieno e completo dell'espressione. Le culture stanno progressivamente perdendo il loro nesso univoco con gli Stati. Anzi, si ergono contro questi minandone l'omogeneità¹. A risentirne sono le concezioni formalistiche del principio di eguaglianza, dietro le quali possono celarsi esperienze di sostanziale e discriminatoria diseguaglianza. Una è emblematicamente descritta dal fatto che in astratto tutti sono liberi di mangiare, ma in concreto solo poveri e indigenti sperimentano il bisogno di liberarsi dalla fame². L'effettiva e non irragionevole tutela dei diritti e delle libertà si complica quando calata in specifici ambiti, particolari settori, condizioni personali e formazioni sociali. La riprova giunge dal matrimonio e dalla famiglia, i cui istituti sono esposti a una perenne evoluzione e all'incommensurabilità delle relative condotte. Sovente affiorano da soggetti e gruppi che, rivendicando una propria identità, chiedono di essere rispettati nella loro diversità. Compresa quella che si esprime con relazioni matrimoniali e familiari differenti rispetto a discipline e

* Contributo destinato al volume a cura di F. Alicino e M. Abbamonte, *Diritto e giustizia nelle relazioni familiari, Problemi e prospettive*, edito per i tipi della Giuffrè Francis Lefebvre, in corso di pubblicazione.

¹ C. GALLI, *L'umanità multiculturale*, Bologna, 2008, 62.

² N. COLAIANNI, *Diritti, identità, culture tra alti e bassi giurisprudenziali*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 8, 1112.

modelli innervati nell'ordinamento positivo attraverso i rivoli storici del costituzionalismo occidentale³. I legislatori reagiscono posizionandosi tra due polarità normative. Ad un capo dimorano formule in stile egualitario, dettate dall'esigenza di indifferenziata applicazione del diritto positivo. All'altro estremo si afferma uno spiccato differenzialismo, basato sulla pluralità di forme di normatività⁴, incluse quelle che portano a valorizzazione le specificità identitarie.

Il fenomeno tocca anche l'Italia, alle prese con una situazione inattesa e inimmaginabile sino a qualche anno fa. Forse la vive con ritardo rispetto ad altri Paesi europei e occidentali che da decenni si confrontano con tutte le problematiche e le sfide che un tale cambiamento comporta. Ma la vive in tutta la sua complessità poiché, nel giro di una generazione, lo scenario nazionale è repentinamente mutato: da maggioranza cattolica e sostanzialmente monoculturale, la Repubblica italiana registra oggi una diversità molto articolata e, perciò, del tutto inedita. Quanto alla geografia religiosa, la variazione è in particolare segnata dall'inedita presenza dell'Islam, o meglio *degli* Islam⁵: gruppi normatori che, aderendo in vario modo al magmatico mondo musulmano, marciano più di altri la distanza rispetto a un non risalente panorama statale culturalmente e confessionalmente omogeneo⁶.

Naturale, dunque, che queste identità impattino sulle discipline del matrimonio e della famiglia, dove è più forte l'influenza di orientamenti confessionali storicamente radicati nella penisola⁷. Ad attestarlo è il crescente numero di atti originati in ordinamenti stranieri la cui disciplina del matrimonio e della famiglia si ispira a istituti (poligamia, *khul*, *talaq*, *mahr*, *kafalah*) nati e sviluppati nell'alveo della tradizione musulmana⁸. La loro compatibilità con l'ordinamento italiano è tutta da verificare, come peraltro richiesto dalla legge 31 maggio 1995 (n. 218) sulla riforma del

³ C. WEISBROD, *The Law and Reconstituted Christianity: The Case of the Mormons*, in J. McLaren, H.G. Coward (a cura di), *Religious Conscience, the State, and The Law. Historical Contexts and Contemporary Significance*, Albany, 1999, 140. Sul punto si veda anche Corte Suprema americana, *Reynolds v. United States* (98 U.S. 145), 1878. Si veda anche N.F. COTT, *Giving Character to Our Whole Civil Polity: Marriage and the Public Order in Late Nineteenth Century*, in L.K. Kerber, A. Kessler-Harris, K. Kish Sklar (a cura di), *U.S. History as Women's History: New Feminist Essays (Gender & American Culture)*, Chapel Hill and London, 1995, 107-121; C. WEISBROD, *Family, Church and State: An Essay on Constitutionalism and Religious Authority*, in *Journal of Family Law*, 1988, 26, 741. Si veda anche U.S. Supreme Court, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015), lì dove si afferma che «[f]rom their beginning to their most recent page, the annals of human history reveal the transcendent importance of marriage». Sul punto L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual. The Origin of Western liberalism*, London, 2014, 14.

⁴ Nozione desunta da P. RESCIGNO, in P. RESCIGNO, G. RESTA, A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, 142.

⁵ Sulla nozione "degli islam" si rinvia a C. DECARO BONELLA, *Le questioni aperte: contesti e metodo*, in C. Decaro Bonella, *Tradizioni religiose e tradizioni costituzionali. L'Islam e l'Occidente*, Roma, 2013, 34 ss. e alla bibliografia ivi pure riportata.

⁶ F. ALICINO, *Constitutional Democracy and Islam. The Legal Status of Muslims in Italy*, London-New York, 2023. Per la nozione di gruppi normatori A. Shachar, *The Puzzle of Interlocking Power Hierarchies: Sharing the Pieces of Jurisdictional Authority*, in *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, 2000, 35, 2, 387-426.

⁷ Come emerge chiaramente da Corte cost., 23 marzo 2010, n. 138, su cui il giudice delle leggi si sofferma sul sintagma di «società naturale» di cui all'art. 29 Cost.

⁸ Sul punto l'attenzione si focalizza sull'art. 19 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile* (a norma dell'articolo 2, primo comma 2, della legge 15 maggio 1997, n. 127): «[s]u richiesta dei cittadini stranieri residenti in Italia possono essere trascritti, nel comune dove essi risiedono, gli atti dello stato civile che li riguardano formati all'estero. Tali atti devono essere presentati unitamente alla traduzione in lingua italiana e alla legalizzazione, ove prescritta, da parte della competente autorità straniera. 2. Possono altresì essere trascritti gli atti dei matrimoni celebrati fra cittadini stranieri dinanzi all'autorità diplomatica o consolare straniera in Italia, se ciò è consentito dalle convenzioni vigenti in materia con il Paese cui detta autorità appartiene. 3. L'ufficiale dello stato civile può rilasciare copia integrale dell'atto trascritto a richiesta degli interessati». Le decisioni straniere sugli status familiari possono insomma essere presentate per l'aggiornamento direttamente all'ufficiale di stato civile, senza che sia necessario un preventivo intervento giurisdizionale. Laddove l'ufficiale ritenga che la sentenza straniera non presenti una o più condizioni fissate dagli artt. 64-66 della legge n. 31 maggio 1995 (n. 218), può rivolgersi al Prefetto. Se anche quest'ultimo nutre dubbi, chi ha interesse alla trascrizione della sentenza, ai sensi dell'art. 67 della legge 218/1995, è tenuto ad attivare un procedimento giudiziale dinanzi alla Corte d'Appello territorialmente competente.

sistema italiano di diritto internazionale privato⁹. Spesso la verifica porta a una ridefinizione dell'ordine pubblico sostanziale e processuale, cui risalgono le fila immanenti e mondane del diritto positivo, il suo bisogno di coerenza interna secondo il canone di ragionevolezza, consentaneo a quello di proporzionalità¹⁰.

L'ordine pubblico funge da tavola genetica dell'ordinamento. Nella sua accezione civilistica segna il limite di validità di atti e contratti originati in altri contesti ordinamentali. Non è facilmente individuabile, ma concerne i diritti e le libertà fondamentali delle persone, la disciplina del matrimonio e della famiglia, lo status e la capacità degli individui. È inderogabile e, tuttavia, s'adatta alle mutevoli esigenze della società. Alla parte più statica, definita dai principi e dalle regole costituzionali, si affianca quella più dinamica, afferente alle leggi, ai codici e alle fonti regolamentali. I suoi effetti pratici vengono però sovente determinati attraverso la quotidiana fatica della giurisprudenza, a cominciare da quella costituzionale e apicale. Le relative decisioni hanno infatti puntellato l'evoluzione dell'ordine pubblico che, corroborato anche dagli sviluppi interpretativi dell'art. 117 (comma 1) Cost., da una prospettiva confinata ai soli riferimenti statali, ha esteso i suoi orizzonti alla dimensione sovrastatale¹¹.

La compatibilità delle norme e degli atti stranieri con l'ordine pubblico va valutata alla stregua non solo delle disposizioni dalla Costituzione repubblicana, ma anche di quelle consacrate nelle fonti internazionali e sovranazionali. In particolare, sul modo con cui esse si incardinano nella disciplina dei singoli istituti secondo l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza: la sua opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può «prescindersi nella ricostruzione delle nozione di ordine pubblico», in cui convivono «valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»¹². Ne consegue la prudente relatività del suo contenuto, soggetto a modificazioni stimulate dai rapporti politici, economici e sociali, che a loro volta «contribuiscono a tenere vivi e ad arricchire di significati i principi fondamentali»¹³. Ciò non esclude un'applicazione dell'ordine pubblico in senso inverso, improntato a impedire la produzione in Italia di effetti che, derivanti da norme o sentenze straniere, risultino – appunto – contrari ai principi fondamentali¹⁴. Accanto alla relatività temporale si affianca allora quella spaziale, proprio perché la percezione di un dato valore come fondamentale può variare geograficamente alla luce della connotazione identitaria di ciascuno fenomeno normativo¹⁵.

L'approccio per affrontare siffatte problematiche deve pertanto informarsi alla tangibile e concreta tutela dei diritti delle persone nel quadro di una ragionevole applicazione del principio di eguaglianza. Un obiettivo, questo, che deve essere perseguito guardando alla realtà delle dinamiche relazionali e all'effetto pratico dei fatti normativi e giurisprudenziali¹⁶.

2. Le formule

Sotto quest'aspetto è da precisare che il confronto fra l'ordinamento italiano e il diritto musulmano s'impone nel momento in cui l'agente ha compiuto e perfezionato alcuni atti in base alla legislazione e agli istituti giuridici ispirati dai principi shariatici. La valutazione degli effetti

⁹ Artt. 64 e ss.

¹⁰ G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 56 ss.

¹¹ Sull'interpretazione dell'art. 117 (comma) Cost. si vedano, tra le altre, Corte cost.: 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349; 16 novembre 2009, n. 311; 30 novembre 2009, n. 317; 12 ottobre 2012, n. 230; 7 aprile 2011, n. 113, 22 luglio 2011, n. 236, 9 novembre 2011, n. 303; 12 marzo 2020, n. 93.

¹² Cass., Sez. Un. civ., 8 maggio 2019, n. 12193. Sul punto anche Cass., Sez. Un. civ., 30 dicembre 2022, n. 38162.

¹³ Cass., Sez. I civ., 8 marzo 2023, n. 6920.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ F. RIGAUX, *Les notions à contenu variable en droit international privé*, in C. Perelman, R. Vander Elst (a cura di). *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984, 237 ss.; H. Vereul, *Public Policy and Relativity*, in *Netherlands Int'L Law Review*, 1979, 109 ss.

¹⁶ È su questo fatto e le relative conseguenze che in fondo deve incentrarsi l'analisi di una dottrina scientificamente impostata, come insegnava F. Cordero per cui, fra gli altri contributi, si veda la voce *Diritto*, in AA.VV., *Enciclopedia*, Torino, 1978, 895-1003.

derivanti dalla loro applicazione nell'ordinamento domestico assurge a punto nodale delle singole vicende¹⁷. Lo sa bene il giudice italiano, che sempre più di frequente si trova a maneggiare regole estranee alla sua tradizione normativa. Una difficoltà acuita dalle cattive traduzioni dei documenti, dalla scarsa conoscenza degli ordinamenti stranieri e, più in generale, dalla presenza di disposizioni connotate dall'estrema varietà di soluzioni interpretative.

È l'intrinseca caratteristica del diritto musulmano, rispetto al quale a una fattispecie giuridica – vale a dire il modello di un fatto in vista del quale la regola islamica scritta dispone effetti vincolanti – corrispondono molte condotte tipiche. Si desumono dai frammenti del Testo (il Corano) e della *sunna*, le fonti apicali nella tradizione giuridica musulmana. Queste offrono una gamma più o meno vasta di opzioni possibili entro le quali l'interprete potrà o dovrà scegliere. Ciò è imposto anche da fatto che, in quanto ancorate ad ambienti remoti, le prescrizioni divine – come rivelate al Grande Profeta ovvero desunte dal suo comportamento e quello dei suoi compagni – non sempre si adattano ai tempi odierni¹⁸. All'immutabilità della Legge divina si accosta allora l'esigenza di una sua attualizzazione, soddisfatta mediante lo sforzo interpretativo degli esseri umani. Ad essi è in altre parole riconosciuta la possibilità di colmare i vuoti normativi che inevitabilmente vengono a determinarsi nel Corano e nella *sunna*. Un compito, questo, legittimato con il ricorso a varie tecniche interpretative (ad esempio, *taqlid*¹⁹, *ikhtilaf*²⁰, *takhayyur*²¹, *talfiq*²², *maslaha*²³, *darura*²⁴, *maqasid-al-sharia*²⁵, *ra'y*²⁶, *urf*²⁷) che consentono una lettura fluida e plurale della *shari'a*. Fra queste tecniche figura anche l'*ijtihad*, inteso come sforzo dei credenti a interpretare al meglio le disposizioni della Legge sacra²⁸: un meglio che tende alla Verità divina, ma che è consapevole di quanto sia difficile, se non impossibile, raggiungerla²⁹. Ciò consente al diritto musulmano di resistere all'azione erosiva del tempo interagendo con i vari contesti giuridici e culturali in cui storicamente si trova a operare. Ma ciò produce anche un'altra necessità: occorre individuare i soggetti abilitati a fornire la migliore interpretazione possibile. E sul punto le fonti primarie non forniscono indicazioni univocamente accettabili da tutti i musulmani. Fortemente frammentati al loro interno, in questa tradizione si è così affermata una costante battaglia per la conquista della massima autorità interpretativa della *shari'a*. Una contesa che, dall'originarie divisioni tra sunniti e sciiti, si è riverberata nei singoli ambienti geopolitici e statali. Il che vale anche, e a volte soprattutto, per diritto islamico di famiglia e degli statuti personali.

È da dire che, nella prospettiva classica della tradizione musulmana, il matrimonio è concepito come un contratto dal duplice oggetto: l'attribuzione al marito di diritti sulla persona della moglie e

¹⁷ Si veda, ad esempio, la Costituzione egiziana, secondo la quale la *shari'a* «è la principale fonte legislativa del Paese» (art. 2 Cost.), su cui si rinvia a F. ALICINO, *Cittadinanza e religione in Egitto*, in F. Alicino (a cura di), *Cittadinanza e religione nel Mediterraneo. Stato e confessioni nell'età dei diritti e delle diversità*, Napoli, 2017, 191-221.

¹⁸ M. CAMPANINI, *Democrazia e islam, valori e istituzioni*, in *Verso un nuovo orientalismo. Primavera arabe e Grande Medio Oriente*, Roma, 2012, 48.

¹⁹ K. ABOU EL FADL, *The Shari'ah*, in E. El-Din Shahin, J.L. Esposito (a cura di), *The Oxford Handbook of Islam and Politics*, Oxford and New York, 2016, 7-26, spec. 15.

²⁰ M. HASHIM KAMALI, *The Scope of Diversity and 'Ikhtilāf (Juristic Disagreement) in The Sharī'ah*, in *Islamic Studies*, 1998 37:3, 315-337.

²¹ M. HASHIM KAMALI, *Selection (Takhayyur, also Takhayir)*, in M. Hashim Kamali, *Shariah and The Halal Industry*, Oxford-New York, 2021, 190-196.

²² A.M. EMON, *On reading on Fiqh*, in A.M. Emon and Rumees Ahmed, *The Oxford Handbook of Islamic Law*, Oxford-New York, 2018, 45-75, spec. 48.

²³ F. META MARIA OPWIS, *Maṣlaḥa and the Purpose of the Law. Islamic Discourse on Legal Change from the 4th/10th to 8th/14th Century*, Leiden-Boston, 2010.

²⁴ K. ABOU EL FADL, *Reasoning with God Reclaiming Shari'ah in the Modern Age*, Lanham, 2014, 293.

²⁵ J. AUDA, *Maqāsid al-Shari'ah as Philosophy of Islamic Law. A Systems Approach*, London-Washington, 2008, 30-50.

²⁶ M. SHARIQ, *The Meaning of Ra'y and Nature of Its Usage in Islamic Law (An Examination of Select cases of the Legal Reasoning in the Period of 'Umar, the Second Caliph)*, in *Islamic Studies*, 1984 23:1, 21-32.

²⁷ M. ISMAÏL *Les normes juridiques en islam: le 'urf comme source de législation*, in F. Frégosi (a cura di), *Lectures contemporaines du droit islamique*, Strasbourg, 2004, 27-70.

²⁸ WAEL B. HALLAQ, *A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to Sunni Usul Al-Fiqh*, Cambridge, 1997, 36 ss.

²⁹ B.G. Weiss, *The Spirit of Islamic Law*, Athens-GA, 2006, 22.

l'attribuzione alla moglie del diritto a un corrispettivo (donativo nuziale e mantenimento). Affinché sia valido sono necessari quattro elementi: capacità giuridica, consenso degli sposi, intervento del tutore (*wali*) e costituzione della dote nuziale (*mahr*). Tutto il resto, compresa la presenza di una guida religiosa, è mero rituale³⁰. L'uomo può prendere in moglie donne non musulmane con il limite di una scelta circoscritta alle genti del Libro, in particolare ebraiche o cristiane³¹. La donna può sposare solo musulmani³². L'unione può essere dichiarata nulla o sciolta in tre modi: annullamento o dissoluzione davanti a un *qadi* su richiesta di uno dei due coniugi per gravi motivi, ripudio dell'uomo (*talaq*), separazione con la formula del *khul*. Il ripudio può prevedere un compenso a favore della donna e una quota nella successione del marito. In alcuni contesti la triplice formula *talaq talaq talaq* utilizzata dall'uomo per ripudiare la moglie può essere proferita in più occasioni a intervalli di tempo anche lunghi. In altri è pronunciata una sola volta e con effetti immediati. Di recente è emersa la possibilità del ricorso a strumenti telefonici e informatici. A differenza della poligamia, che conosce una progressiva riduzione, il ripudio è assai praticato nei Paesi a maggioranza musulmana. Al punto che in pochi Stati è espressamente abolito, mentre in altri è limitato a favore di altri istituti, a cominciare dal *khul*³³.

In generale nel diritto musulmano l'unione coniugale s'atteggia alla maniera di un contratto in cui la celebrazione ha carattere privato: non richiede, non necessariamente, l'intervento di un uomo di fede. Ciò non emargina l'aspetto religioso, non foss'altro per la disciplina di riferimento informata alla volontà dell'Assoluto³⁴. Si spiega in tal modo la tendenza a tenere assieme categorie civili con quelle teologali: il negozio si colloca all'interno dell'ordinamento statale attraverso un'impalcatura normativa e una cornice simbolica di genesi e indole eminentemente confessionali. Ciò trova conferma nella recita del Corano da parte dell'ufficiale statale che, assistendo allo scambio dei consensi, firma l'atto. Vero è che i nubendi possono sanzionare l'unione senza l'intervento del funzionario. La sua presenza è tuttavia necessaria per dare immanenza al contratto che, in quanto volto a sancire l'unione di fronte a Dio, è connotato da trascendente spiritualità. In breve, il funzionario serve a calere il matrimonio nella realtà legalmente disciplinata dallo Stato. Premessa, questa, per «una piena e agevole protezione giudiziaria dei diritti che ne scaturiscono»³⁵.

Eccezion fatta per le circostanze in cui manchino mezzi necessari³⁶, per un musulmano il matrimonio è un dovere imposto da Dio. Lo è soprattutto per la donna. Il che talvolta solca la differenza con il diritto europeo-occidentale, la cui disciplina matrimoniale si basa sulla tutela dell'eguale libertà «riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento»³⁷. L'eguaglianza e il rispetto dei diritti di libertà sono prodotti del moderno e contemporaneo costituzionalismo, proteso nel caso di specie a eliminare irragionevoli distinzioni. A cominciare da quelle subite da soggetti che, all'interno del matrimonio e della famiglia, storicamente sperimentano non rare condizioni di debolezza e vulnerabilità³⁸. Lo registra la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, all'interno della quale l'eguaglianza fra moglie e marito trova esplicita e dettagliata

³⁰ Sul punto cfr. M. DEL PILAR DIAGO, *La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol*, in *Annales droit Louvain*, 2001, 407 ss.

³¹ Cor. V, 5: «[o]ggi vi sono permesse... le donne credenti e caste, le donne caste di quelli cui fu data la Scrittura prima di voi, versando il dono nuziale – sposandole».

³² Cor. II, 221: «[e] non date spose agli associatori finché non avranno creduto».

³³ M. SHEIBANI, *Marriage, Divorce, and Inheritance in Classic Islamic law and Premodern Practice*, in A. Afsaruddin (a cura di), *The Oxford Handbook of Islam and Women*, Oxford, 2023, 115-180.

³⁴ H. EL EHAWANI, *Le nuove leggi egiziane in materia di statuto personale*, in R. Aluffi Beck-Peccoz (a cura di), *Persona Famiglia Diritti, Riforme legislative nell'Africa Mediterranea*, Torino, 2006, 19.

³⁵ R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le strutture familiari nel Maghreb tra diritto religioso e diritto civile*, in F. Alicino, F. Botti (a cura di), *I diritti cultural-religiosi dall'Africa all'Europa*, Giappichelli, 2012, 70.

³⁶ Cor. IV, 25; Cor. XXIV, 33.

³⁷ Art. 16 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948. Si veda anche l'art. 23 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966.

³⁸ Art. 16 della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, entrata in vigore il 3 settembre 1981, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge 14 marzo 1985, n. 132.

affermazione (art. 16). E forse non è un caso se l'approvazione e la ratifica siano state accompagnate dall'apposizione di riserve da parte di Paesi a maggioranza musulmana³⁹.

Va ad ogni modo ribadito che, come si osservava, nella vasta e plurale *Ummah al Islamiyyah*⁴⁰ i casi e le discipline riguardanti gli statuti personali si diversificano. Ciò è evidente non solo sul piano del diritto sostanziale, ma anche nell'ambito dei procedimenti giudiziari, rispetto ai quali in alcuni contesti legati alla tradizione musulmana si è avviato un processo di giurisdizionalizzazione. Questa tendenza è alimentata dalla necessità di garantire quello che in Occidente è definito come diritto di difesa che, come è noto, deve esplicarsi nella cornice legale di un equo e giusto processo, quantomeno nel suo nucleo ristretto ed essenziale⁴¹.

Per questi motivi, nel raffronto fra matrimonio musulmano e ordine pubblico matrimoniale italiano l'aspetto religioso deve essere distinto dalle implicazioni civilistiche. O meglio, il connotato religioso di un istituto può essere preso in considerazione, ma solamente se le relative disposizioni hanno fini, natura ed entità «non dissimili da quelli propri del medesimo negozio concluso secondo la legge dell'ordinamento italiano»⁴². In questo senso, già nel 1988 il Ministero di Grazia e Giustizia emette una Circolare che⁴³, in base al parere del Consiglio di Stato⁴⁴, invita gli ufficiali di stato civile a procedere alla trascrizione dei matrimoni celebrati all'estero con rito islamico, previa verifica dell'assenza di impedimenti inderogabili secondo la legge italiana: considerato che «non può farsi derivare dalla contrarietà all'ordine pubblico di alcuni aspetti della disciplina del rapporto nel diritto islamico un elemento ostativo alla trascrizione del vincolo nei registri dello stato civile, tali conseguenze contrarie (all'ordine pubblico) dovranno essere evitate mediante la verifica dell'inesistenza di precedenti matrimoni contratti dagli sposi»⁴⁵.

Il che vale anche per le unioni poligamiche.

3. L'effetto pratico dei fatti normativi

È uno dei tratti più celebri, anche se non il più ricorrente, del diritto musulmano. In ciò l'Islam si contrappone all'intangibilità del modello monogamico del matrimonio, uno dei vessilli tematici del cristianesimo. In entrambi i casi emerge l'influenza esercitata negli ambienti cultural-giuridici di riferimento dalle rispettive tradizioni religiose. La riprova giunge dalla giurisprudenza della Corte Suprema americana, le cui fila risalgono alla decisione *Mormon Church v. United States* del 1889. In questa si afferma che i matrimoni poligamici sono «contrari allo spirito della cristianità (*contrary to the spirit of Christianity*) ovvero alla civiltà occidentale nella quale il cristianesimo si è affermato (*the civilization which Christianity has produced in*)». Di più, «la bigamia e la poligamia sono considerati reati in tutti gli Stati civilizzati di cultura cristiana (*bigamy and polygamy are crimes by the laws of all civilised and Christian Countries*)». Tale contrarietà «non

³⁹ Fra questi figurano anche alcuni Stati – ad esempio l'Arabia Saudita – che, per gli stessi motivi, neppure vi aderirono. Sul punto si veda G. CONSO, A. SACCUCCI, *Codice dei diritti umani. Nazioni Unite – Consiglio d'Europa*, Padova, 2001, 218. Degno di nota il fatto che il divieto di matrimoni forzati sia espressamente sancito da una Risoluzione del Parlamento europeo del 2006, e nelle precedenti condanne del Consiglio d'Europa (Risoluzione sul *Matrimonio forzato e matrimonio dei bambini*, 5 ottobre 2005, n. 1468/2005. Sul punto ampiamente la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica; Istanbul 11/05/2011 - Trattato aperto alla firma degli Stati membri, degli Stati non membri i quali hanno partecipato alla sua elaborazione e dell'Unione europea e all'adesione degli altri Stati non membri, entrata in vigore il 01/08/2014 (10 Ratifiche inclusi 8 Stati membri).

⁴⁰ K.A. JOMAA, *Ummah. A New Paradigm for a Global World*, New York, 2021.

⁴¹ Su cui Cass., Sez. I civ., n. 6920/2023, cit., par. 3.

⁴² Consiglio di Stato, Sez. III, 7 giugno 1988, n. 640, in *Servizi demografici*, 1989, 74 ss.

⁴³ Circolare n. 1/54/FG/3(86)1395 del 3 ottobre 1988.

⁴⁴ N. 640/1988, cit.

⁴⁵ A volte è difficile per l'ufficiale dello stato civile procedere a tale verifica laddove eventuali matrimoni siano stati celebrati all'estero e, ovviamente, non risultino dal nulla osta rilasciato dall'autorità straniera. Da notare che il 26 marzo 2001 il Ministero dell'Interno emana una nuova circolare (reperibile in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, 283 ss.), in cui è prevista la trascrivibilità del «primo matrimonio celebrato secondo il rito islamico tra un cittadino italiano e un cittadino di religione islamica».

è confinata a un popolo o a una nazione particolare, ma prevale in tutti i contesti pervasi dallo spirito del cristianesimo (*is not confined to a particular people or nation, but prevail in all civilized countries pervaded by the spirit of Christianity*): «si trova nel diritto civile di Roma, nelle leggi delle nazioni europee e soprattutto in quelle della nazione da cui derivano le nostre istituzioni (*is found imbedded in the civil law of Rome, in the laws of European nations, and especially in the laws of that nation from which our institutions are derived*)»⁴⁶.

Queste argomentazioni scorrono da tempo nelle vene acquifere del costituzionalismo occidentale, assumendo con il passare del tempo forme e linguaggi ripuliti da riferimenti confessionali. Al punto che il modello monogamico del matrimonio si è secolarizzato, o meglio è segnato dalla contaminazione di concetti teologici secolarizzati⁴⁷. Lo è anche con riferimento al presidio penale⁴⁸. Sicché, normalmente critiche verso diritti positivi spogliati di premesse teologiche che «hanno come base e sorgente il matrimonio nel senso di unione giuridica e spirituale»⁴⁹, le Chiese cristiane possono oggi condurre battaglie culturali per salvare il carattere monogamico del matrimonio proprio grazie al suo laico e civile connotato.

L'unione poligamica si pone ad ogni modo in contrasto con la disciplina di molte democrazie costituzionali occidentali, compresa l'Italia, il cui ordine pubblico interno e internazionale impone lo stato libero o la libertà di stato (celibe/nubile, vedovo/a, divorziato/a) dei nubendi. Va tuttavia puntualizzato che il matrimonio islamico non necessariamente ha carattere poligamico o, per essere più precisi, poliginico visto che la donna non ha eguale diritto degli uomini al riguardo⁵⁰. Semmai è vero il contrario: la stragrande maggioranza dei matrimoni islamici è di tipo monogamico. Rimane che, con variazioni più o meno vistose, la poligamia persiste in contesti a maggioranza musulmana, come testimonia la sua legale regolamentazione da parte di alcuni ordinamenti statali. Ed è così che, attraverso le dinamiche proprie della globalizzazione e dell'immigrazione, questo istituto si trova ad essere valutato al lume del diritto italiano attraverso, ad esempio, richieste di riconoscimento dei relativi effetti⁵¹.

La bussola è qui rappresentata dai margini giuridici dell'ordine pubblico, come affermati dalla generale disposizione di cui all'art. 16 della legge n. 218/1995. Si connota per tre conseguenti profili: «la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico»; «in tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa»; «in mancanza si applica la legge italiana». Con questa scansione logica e con l'esigenza di coerenza interna, la disposizione assurge a valvola dell'ordinamento ricevente: si chiude se i margini dell'ordine pubblico sono superati; ma se non lo sono, nulla osta al riconoscimento della fattuale esistenza di legami matrimoniali, compresi quelli poligamici. Ciò non significa la depenalizzazione della poligamia né, tanto meno, la sua legalizzazione.

Nel panorama del diritto comparato la presenza di unioni di questo tipo è un dato di realtà. Al lume di questa lapalissiana constatazione, la rigida chiusura ad opera di una astratta concezione dell'ordine pubblico rischia di produrre effetti inversi rispetto all'effettiva tutela dei diritti fondamentali delle persone, a cominciare dalle più deboli e vulnerabili. I dati di concretezza portano anche ad affermare che, in relazione a casi specifici, l'operatore giuridico è legittimato a precisarne la portata. Talché, pur continuando a configurare ipotesi di reato, il matrimonio poligamico celebrato all'estero può fungere da presupposto di fatto produttivo di conseguenze

⁴⁶ U.S. supreme Court, *Mormon Church v. United States*, 136 U.S. 1 (1890) (traduzione mia).

⁴⁷ Su questa nozione R. ESPOSITO, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, 2007, 25.

⁴⁸ Basti dire dell'art. 556 c.p. italiano: «[c]hiunque, essendo legato da un matrimonio avente effetti civili, ne contrae un altro, pur avente effetti civili, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Alla stessa pena soggiace chi, non essendo coniugato, contrae matrimonio con persona legata da matrimonio avente effetti civili».

⁴⁹ Codice di Camaldoli, *II Famiglia*, 1943, reperibile in <https://bit.ly/46IaA4V> (ultimo accesso 28 gennaio 2023).

⁵⁰ Cor. IV, 24; Cor. XXIV, 32.

⁵¹ M. SA'ID, *The Muslim Woman: Polygamy Can Be Prohibited in Islam*, in C. Kurzman (a cura di), *Modernist Islam, 1840-1940: A Sourcebook* (New York, NY, 2002; online edn, Oxford Academic, 31 Oct. 2023), <https://doi.org/10.1093/oso/9780195154672.003.0025>, accessed 31 Dec. 2023; S.M.S. PEARSALL, *Polygamy. A Very Short Introduction*, Oxford, 2022.

giuridiche «di secondo grado»⁵²: non sarà valutato in via principale, bensì come *substitution problem* rispetto ad altre questioni (successione, scioglimento, filiazione, risarcimento dei danni, ecc.) sottostanti al caso di specie ed eventualmente alla singola vicenda processuale⁵³.

Questa prospettiva non si limita a verificare in astratto la compatibilità di una previsione straniera con il corrispondente diritto nazionale. Mira invece alla migliore tutela dei beni costituzionali, la cui operatività può generare l'esigenza di ridefinire l'ordine pubblico in senso più concreto e sostanziale⁵⁴. In modo da dar conto delle particolari situazioni createsi all'estero sotto l'egida di una differente cultura giuridica, anche quando queste stesse situazioni non potrebbero essere validamente costituite nell'ordinamento italiano. Ciò implica che, ad esempio, soltanto alla prima moglie sarà attribuito uno status coniugale pieno, mentre alle altre potrà essere riconosciuta la titolarità di specifici diritti successori e alimentari, come pure l'azione di risarcimento per i danni conseguenti alla morte del poligamo a causa di un incidente stradale⁵⁵.

Questa prospettiva interpretativa ha altresì condotto la Cassazione all'affermazione di alcuni principi di diritto. Il loro nucleo sta nelle indicazioni a favore delle Corti di merito. Non sono tenute a trarre l'automatica esclusione di legami matrimoniali: essendo incontestato che il matrimonio poligamico è stato contratto secondo le forme stabilite dalla legge straniera e che sussistono i requisiti di stato e capacità dei contraenti, non sempre sussistono motivi per negarne la validità nel nostro ordinamento e, quindi, l'efficacia in relazione a dati diritti e libertà⁵⁶. I giudici non sono tenuti a riconoscere effetti giuridici al matrimonio poligamico. Accertata la sua validità nell'ordinamento straniero, devono invece limitarsi a rilevarne l'incidenza attraverso una pragmatica applicazione dell'ordine pubblico interno e internazionale⁵⁷.

Occorre in altre parole distinguere la regolamentazione della questione principale da quella pregiudiziale o preliminare. I presupposti normativi definiti dall'ordinamento straniero e gli status coniugali ivi acquisiti vengono così in rilievo come supporti conoscitivi per la soluzione del caso concreto: servono a interpretare le disposizioni dello Stato in questione, ponendo le relative situazioni giuridiche sotto la lente del diritto internazionale privato e delle fondamentali prerogative della persona umana. Il che, ad esempio, può condurre ad attribuire al figlio e alla moglie del poligamo il godimento di diritti successori-patrimoniali, verificati a seguito dell'esistenza di un matrimonio validamente contratto all'estero o di una filiazione legittima. Elementi che, a loro volta, vengono considerati come questione preliminari rispetto a quella principale coincidente, nell'esempio ora richiamato, con la devoluzione ereditaria. Del resto, non coinvolgendo un'inserzione nella *ex fori* delle norme straniere che ammettono la poligamia, qui non si pone neppure un problema di compatibilità con l'ordine pubblico interno e internazionale⁵⁸. Anche perché la trascrizione nei registri dello stato civile di atti matrimoniali sì concepiti hanno natura certificativa e di pubblicità e non costitutiva⁵⁹.

4. Ordine pubblico attenuato

Si può in tal modo favorire la comunicazione fra ambiente giuridico italiano e altre tradizioni legali. Come quelle vigenti in alcuni Paesi a maggioranza musulmana, nei quali gli influssi e le pressioni dell'ambiente religioso operano l'imprinting, e proprio in materia di statuti personali. E se questa

⁵² N. COLAIANNI, *Poligamia e principi del diritto europeo*, in C. Cardia (a cura di), *Studi in onore di Anna Ravà*, Torino, 2003, 187.

⁵³ T.S. SCHMIDT, *The Incidental Question in Private International Law*, in *Recueil des Cours*, 1992-II, t. 233, 305 e 335 ss.

⁵⁴ Sulla distinzione fra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale si permetta il rinvio a F. ALICINO, *Delibazione di sentenza ecclesiastica e limite di ordine pubblico interno*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 2010, vol. I-II, 109 ss., e alla bibliografia ivi pure riportata.

⁵⁵ Cass., Sez. I civ., 2 marzo 1999, n. 1739.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Cass., Sez. II civ., 7 maggio 1971, n. 1298; Cass., Sez. I civ., 14 febbraio 1975, n. 569; Cass., Sez. I civ., 17 settembre 1993, n. 9578.

traccia argomentativa è ben direzionata, si può inferire che anche il matrimonio islamico celebrato in Italia si presta potenzialmente ad acquisire effetti civili. Lo può fare per via indiretta e senza disarticolare le disposizioni che, sul punto, innervano l'ordine pubblico matrimoniale interno e internazionale. Disposizioni che, ad esempio, disciplinano la libertà di stato (art. 86 c.c.), applicabile anche ai cittadini immigrati da un Paese in cui è ammessa la poligamia (art. 116, comma 2, c.c.).

A tal proposito va ricordato che l'automatica chiusura nei confronti della poligamia e di altri istituti di diritto islamico ha indotto l'*Institut de droit international* a pronunciarsi a favore di un effetto attenuato dell'ordine pubblico. Lo registra la Risoluzione sulle differenze culturali adottata in occasione della sessione di Cracovia del 2005: le Alte Parti contraenti devono circoscriverne l'eccezione alle ipotesi in cui l'applicazione del diritto straniero pregiudica in concreto il principio di uguaglianza; in tutte le altre ipotesi l'ordine pubblico non deve essere opposto al riconoscimento di effetti rilevanti per gli interessati. La loro sistematica esclusione potrebbe altrimenti determinare una indiretta discriminazione nei confronti di soggettività meritevoli di tutela⁶⁰.

Le fila di queste argomentazioni risalgono a una sentenza della Corte di Cassazione francese del 17 aprile 1953, quando fu enunciato il principio secondo cui «la reazione a una disposizione straniera contraria all'ordine pubblico non è la stessa a seconda che si tratti di un ostacolo all'acquisizione di un diritto in Francia o che si tratti di consentire gli effetti in Francia di un diritto acquisito, senza frode, all'estero e in conformità al diritto internazionale privato»⁶¹. Anni dopo in senso inverso il ragionamento trova posto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU). In particolare nella celebre e controversa decisione *Refah Partisi* del 2013, dove il giudice di Strasburgo non contesta la possibilità dell'individuo di «seguire le esigenze della propria religione nella sfera privata». Ma ciò non esclude la possibilità per lo Stato di impedire l'applicazione all'interno della sua giurisdizione di pratiche e norme di ispirazione religiosa che minano l'ordine pubblico e i valori della democrazia ai sensi della Convenzione: ad esempio, quelle che consentono la discriminazione in base al sesso, come la poligamia, i privilegi maschili nel divorzio e nell'eredità. La libertà di stipulare contratti non può interferire con il ruolo del Paese membro nell'organizzare in modo neutrale e imparziale la coesistenza fra religioni né l'esercizio di culti e credenze»⁶².

D'altra parte, ciò non ostacola orientamenti volti a favorire la rilevanza di alcuni istituti tipici del matrimonio islamico, quando ciò è pragmaticamente speculare all'effettiva tutela dei diritti fondamentali. Ne derivano nuove metodologie di riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri, alla luce dei quali anche il *talaq* (ripudio) e il *mahr* (dote) si assoggettano a differenti letture. Seppure figli di contesti storici e culturali improntati a forme di spinto patriarcato e alla subordinazione delle mogli ai mariti, il riconoscimento dei loro effetti possono in casi specifici agevolare la salvaguardia dei diritti e delle libertà delle donne.

⁶⁰ *Institut de droit international, Risoluzione sulle differenze culturali e l'ordine pubblico nel diritto internazionale privato della famiglia*, 2005, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, 1226. A fronte di questa apertura dell'*Institut de droit international* dobbiamo altresì registrare un atteggiamento decisamente più cauto da parte di altri organi internazionali. In rilievo si pongono le prese di posizione contro la poligamia da parte del Comitato ONU sull'eliminazione delle discriminazioni nei confronti della donna (*General Recommendation*, n. 21 del 1994, *Equality in Marriage and in Family Relations*, p.ti 13 e 14) e del Comitato dei diritti dell'uomo (*General Comment* 28(68) del 29 marzo 2000, relativo all'art. 3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, p.to 24).

⁶¹ Cour de Cassation, 17 aprile 1953, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1953, 412 ss.: «la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle mette obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français». Sul punto L. GANNAGE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, in *Recueil des cours Académie de La Haye*, 2013, 125.

⁶² Corte CEDU, *Refah Partisi c. Turquie*, 13 febbraio 2003, Ric. nn. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, par. 128 (traduzione mia).

5. Ordine pubblico pragmatico e contingente

Secondo il diritto islamico classico, per effetto del matrimonio il marito deve offrire alla moglie una dote (il *mahr* o il *sadaq*), mediante la quale si attesta la serietà delle intenzioni dello sposo e la legittimità dell'unione. È anche previsto che, nel caso di morte dell'uomo o di ripudio unilaterale, la dote dovrà essere liquidata. Disposizioni di questo genere e i relativi provvedimenti vengono spesso valutati dal giudice italiano alla luce degli elementi concreti sottostanti ai singoli ricorsi stimando, se del caso, la possibilità di riconoscere legalmente gli effetti del *mahr*. E questo perché in date circostanze tale riconoscimento si pone a presidio dell'interesse della donna e dei suoi diritti fondamentali⁶³. Lo attestano peraltro le linee giurisprudenziali innervate dai giudicanti di Francia e Germania dove, ritenendo insussistente un contrasto tra il *mahr* e l'ordine pubblico interno e internazionale, si è data attuazione all'obbligo assunto dal marito come scaturito dal matrimonio musulmano: il *mahr* può essere utilizzato come elemento probatorio nei casi di contestazione della validità dell'unione coniugale, oppure può sostenere le argomentazioni a favore del mantenimento della moglie⁶⁴. Questo orientamento solca quello che, in altre circostanze, è volto a conferire effetti legali al *talaq*.

Nel diritto islamico il matrimonio può sciogliersi per divorzio (*tatliq*) o per ripudio da parte del marito (*talaq*): qui prevale la volontà sovrana dell'uomo; lì il *tatliq* è esercitato dalla moglie, ma solo nei casi tassativamente previsti dal diritto ufficiale. Se ripetuto oralmente per tre volte il ripudio produce lo scioglimento dell'unione coniugale. Si tratta di un istituto in cui la sudditanza e l'inferiorità della donna possono esprimersi in modo profondo e drammatico. Sul punto la giurisprudenza italiana ha alimentato interpretazioni e orientamenti rigorosi. Si sono palesati già nel 1948 nei toni partigiani della Corte d'Appello di Roma, oltremodo venati da una malcelata superiorità antropologica: il ripudio «ripugna alla mentalità morale e giuridica dei popoli che hanno raggiunto un maggior grado di civiltà e che del matrimonio hanno un concetto etico e sociale ben più elevato di quello che ne hanno i popoli orientali»⁶⁵. Non così per la Corte di Cassazione che, con cadenze meno presuntuose, nel 1969 giudica l'atto di separazione di un iraniano verso la moglie italiana contraria all'ordine pubblico e al buon costume in quanto, ai sensi della Costituzione repubblicana, discriminatoria nei confronti della donna, nel caso di specie il soggetto più svantaggiato⁶⁶. Per una situazione non dissimile il giudice di merito si è concentrato sulla procedura, rilevando in queste pratiche la mancanza di assistenza da parte di organi giurisdizionali e l'antigiuridicità dell'unilaterale dichiarazione: sono pertanto contrarie all'ordine pubblico processuale⁶⁷.

Più di recente la Cassazione ha affermato che la compatibilità con l'ordine pubblico di una decisione pronunciata all'estero in base al diritto di matrice musulmana deve essere valutata caso per caso. Deve cioè essere effettuata in base agli effetti concreti sulle persone e alla varietà degli ordinamenti dove è disciplinato il potere unilaterale del marito di separarsi dalla moglie. Tanto più che il riconoscimento in Italia dei suoi effetti può agevolare il principio eguaglianza, nel senso sostanziale della formula⁶⁸.

⁶³ A. ANCeschi, *La famiglia nel diritto privato internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 132.

⁶⁴ J. BASEDOW, N. YASSARI, *Iranian Family and Succession Laws and Their Application in German Courts*, Tubinga, 2004, 10 ss.; M. ROHE, *Islamic Law in German Courts*, in *Hawwa-Journal of Women of the Middle East and the Islamic World*, 2003, 1-46, 5; E. RUDE-ANTOINE, *Le mariage maghrébin en France*, Paris, Karthala, 1990, 34 ss.; J. PEREZ, *Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé*, in M.C. Foblets (a cura di), *Famille-Islam-Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, 1996, 67 ss.; C.J. PAULY, *Marriage Contracts of Muslims in the Diasporas: Problem in the Recognition of Mahr Contracts in German-laws*, in A. Quraishi, F.E. Vogel (a cura di), *Marriage Contracts in Islamic Law: Case Studies in Islamic Family Law*, Cambridge-Mass, 2004, 79 ss.

⁶⁵ Corte d'Appello di Roma, 29 ottobre 1948, in *Il Foro pad.*, 1949, I, c. 348.

⁶⁶ Cass., Sez. I civ., sent. 5 dicembre 1969, n. 3881, in *Il Foro it.*, 1970, I, cc. 1977 ss.

⁶⁷ Corte d'Appello di Milano, 17 dicembre 1991, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1993, 109: «l'art. 1133 del codice civile iraniano ... consentendo al marito di divorziare secondo il suo arbitrio senza che la moglie possa paralizzare la volontà di quest'ultimo, prevede un vero e proprio ripudio unilaterale».

⁶⁸ Cass., Sez. I civ., n. 6920/2023, cit.

Da notare che i fatti di causa riguardano un uomo con doppia cittadinanza iraniana e italiana e una cittadina iraniana. Sposati in Iran, risiedono in Italia. Il vincolo matrimoniale è stato sciolto a seguito di una pronuncia della Corte Suprema di Teheran del 24 novembre 2014. Definito come *rojee*, l'atto ha abilitato il marito a separarsi dalla moglie senza che quest'ultima potesse paralizzarne la volontà. In seguito all'accoglimento dell'istanza del marito per la trascrizione della sentenza nel registro di stato civile del comune di residenza, la moglie ne chiede la cancellazione alla Corte d'Appello di Bari. Lo fa sottolineando la condizione di privilegio goduta dal marito mediante una forma di divorzio equiparabile al *talaq*: pur nell'estrema varietà delle discipline nazionali, il ripudio si pone sempre e comunque in contrasto con l'eguaglianza giuridica e morale dei coniugi, cui si aggiunge l'inosservanza del diritto di difesa. In particolare del principio del contraddittorio ostacolato da dichiarazioni unilaterali frutto di volontà considerate come intangibili. In breve, la moglie reclama la violazione sia dell'ordine pubblico sostanziale che di quello processuale⁶⁹.

Va notato che, con ordinanza depositata il 28 dicembre 2016, la Corte d'Appello di Bari aveva accolto le doglianze della moglie, dichiarando l'illegittimità della trascrizione. Il marito ribatteva proponendo ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione: anziché ponderare gli effetti della sentenza trascritta al fine di valutarne la contrarietà all'ordine pubblico, come richiesto dall'art. 64 (comma 1, lett. g) della legge n. 218/1995, la Corte di Appello aveva esteso la propria cognizione alla normativa iraniana. È opportuno precisare che il limite internazional-privatistico dell'ordine pubblico figura come condizione per il riconoscimento delle decisioni straniere nell'ambito sia del regime di circolazione semplificato sia del regime generale aggravato: nel primo caso in rilievo si pone l'art. 65 della legge 218/1995, dettato per i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone, ai rapporti di famiglia nonché ai diritti della personalità ed ispirato al metodo di coordinamento dell'ordinamento competente; quanto al regime aggravato l'accento cade sull'art. 64 della medesima legge e si riferisce al riconoscimento delle sentenze straniere, implicando il requisito dell'ordinamento competente. In base al rapporto di complementarietà delle due disposizioni, al meccanismo di riconoscimento di cui all'art. 64 si fa ricorso per i provvedimenti sugli status familiari ogni qual volta non sussistano i presupposti di operatività dell'art. 65. Sicché, nel campo di applicazione della legge 218/1995 e nel caso in cui una sentenza straniera non soddisfi le condizioni sostanziali dell'art. 65, i suoi effetti potranno essere riconosciuti in Italia solo se risultino rispettate le condizioni stabilite dall'art. 64⁷⁰.

Nel frattempo (7 agosto 2020) la Cassazione⁷¹, in sostanziale continuità con la giurisprudenza di merito e di legittimità relativa al *talaq*⁷², si pronuncia per la non trascrivibilità di un provvedimento emanato da un Tribunale schiaratico di Nablus in Palestina⁷³: è questa l'occasione per precisare che «una decisione di ripudio emanata all'estero da una autorità religiosa, seppure equiparabile, secondo la legge straniera, ad una sentenza del giudice statale non può essere riconosciuta all'interno dell'ordinamento giuridico italiano»⁷⁴. Non può a causa della discriminazione di genere (violazione dell'ordine pubblico sostanziale) e della mancanza di parità difensiva e di contraddittorio tra le parti durante il procedimento da cui origina il provvedimento straniero (violazione dell'ordine pubblico processuale)⁷⁵.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Sul punto Cass., Sez. I civ. 28 maggio 2004, n. 10378.

⁷¹ Sez. I civ., n. 10378, n. 16808. su cui G. BUCCIANTI *Liberati, Il ripudio islamico e l'ordine pubblico (internazionale)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 381 ss.; F. PESCE, *La Corte di Cassazione ritorna sul tema del riconoscimento del ripudio islamico*, in *Cuadernos Derecho Transnacional*, 2021, 552 ss.

⁷² Sul punto S. TONOLO, *Ripudi islamici, divorzi privati e ordine pubblico: quale efficacia?* in *Questione giustizia* 4 dicembre 2020.

⁷³ D. SCOLART, *La Cassazione e il ripudio (talāq) palestinese. Considerazioni a partire dal diritto islamico*, in *Questione giustizia* 4 dicembre 2020. Si veda anche A. LICASTRO, *Scioglimento del matrimonio pronunciato all'estero e ordine pubblico: la Cassazione si pronuncia contro la riconoscibilità in Italia del ripudio islamico*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2020, 3, 923-953.

⁷⁴ Cass., Sez. I civ., n. 16804/2020, cit., par. 2.8.

⁷⁵ *Ibidem*. Sul punto D. MILANI, *Diversità e diritto internazionale privato: il ripudio islamico e la sua rilevanza nell'ordinamento giuridico italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte di Cassazione*, in *Rivista telematica (www.statochiese.it)*, 2021, 2, 153-171.

Passa una settimana e, con ordinanza n. 17170/2020, il Giudice di legittimità cassa l'ordinanza della Corte di Appello di Bari del 2016 sul divorzio iraniano di tipo *rojee*. Lo fa rinviando nuovamente la questione al medesimo consesso affinché si pronunci in diversa composizione: non essendo consentita un'indagine sul merito del rapporto giuridico dedotto, quello che conta sono gli effetti nell'ordinamento italiano non anche la correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero⁷⁶. Ed è così che, nell'ambito del giudizio di rinvio la Corte di Appello di Bari, all'esito di una valutazione svolta in concreto, giunge (12 ottobre 2021) a escludere sia la contrarietà della sentenza iraniana con l'ordine pubblico, sia l'equiparazione del divorzio iraniano al ripudio islamico: la donna non ha esposto le eventuali violazioni del diritto di difesa e del principio del contraddittorio perpetrate in Iran in suo danno; al contrario, si è limitata a richiamare i principi enunciati dalla sentenza n. 16804/2020 della Corte di Cassazione riguardante la pronuncia del Tribunale di Nablus⁷⁷. Avverso la decisione del Giudice di appello si propone nuovo ricorso in Cassazione che (8 marzo 2023) emana l'ordinanza n. 6920.

Contrariamente a quanto accertato nella sentenza del 7 agosto 2020 (n. 16804), nel 2023 non emergono profili di compromissione dell'ordine pubblico sostanziale e processuale. Dalla narrazione processuale iraniana emerge che la donna si è costituita in tutti i gradi del giudizio di divorzio, impugnando le sentenze del Tribunale e della Corte di Appello nonché della Corte Suprema di Teheran. In tutti i procedimenti è stata assistita da un difensore di fiducia e, dal punto di vista economico, le sue richieste sono state accolte: assegno divorzile, contribuzione per i servizi resi durante il matrimonio, conservazione della dote nuziale⁷⁸. La donna, inoltre, non si è mai opposta alla competenza del giudice iraniano sulla domanda di rimborso o sulla stessa richiesta di divorzio, essendosi nella sentenza di primo grado dato atto del fallito tentativo del giudice iraniano di ristabilire la pace tra i coniugi. Nel complesso, quindi, non vi è stato uno squilibrio nella ridefinizione dei rapporti tra ex coniugi. Tanto che, ad avviso della Corte di Cassazione, non si frappone all'efficacia in Italia della sentenza iraniana nemmeno l'ostacolo dell'ordine pubblico sostanziale radicato, nella specie, nei principi della parità tra moglie e marito e di divieto di discriminazione all'interno del matrimonio: «sul punto il ricorso è del tutto generico e privo di specificità, oltretutto a fronte di una sentenza che ha accertato che il divorzio in oggetto non può ritenersi assimilabile al ripudio»⁷⁹.

6. Ordine pubblico di prossimità

D'altra parte, nel ricorso per Cassazione la ricorrente, ai sensi dell'art. 360 c.p.c. (n. 5), ha contestato l'omesso esame dello *status civitatis* del marito, e segnatamente il possesso da parte di quest'ultimo della cittadinanza italiana: il collegamento soggettivo con il foro avrebbe dovuto condurre a dichiarare la contrarietà della sentenza iraniana con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano, in conformità alla teoria dell'ordine pubblico di prossimità; tale esito troverebbe conferma nel principio enunciato dall'art. 19 (comma 2) della n. 218/1995, secondo cui «[s]e la persona ha più cittadinanze, si applica la legge di quello tra gli Stati di appartenenza con il quale essa ha il collegamento più stretto. Se tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale».

Enunciata dalla dottrina francese dell'*ordre public de proximité*⁸⁰ e da quella tedesca dell'*Inlandsbeziehung*⁸¹, questa teoria modula l'operatività dell'ordine pubblico in base al maggiore

⁷⁶ Cass., Sez. I civ., 14 agosto 2020, n. 17170.

⁷⁷ Corte d'Appello di Bari, ordinanza 12 ottobre 2021, n. 1229.

⁷⁸ Cass., Sez. I civ., n. 6920/2023, cit., par. 2.

⁷⁹ *Ivi*, par. 3.

⁸⁰ J.Y. CARLIER, *Quand l'ordre public fait désordre. Pour une interprétation nuancée de l'ordre public de proximité en droit international privé. À propos de deux arrêt de cassation relatifs à la polygamie et à la repudiation*, in *Revue générale de droit civil belge*, 2008, 525 ss.; L. Gannagé, *L'ordre public international a l'épreuve du relativisme*

des valeurs, in *Trav. du Comité*, 2006-2008, 205 ss.; P. COURBE, *L'ordre public de proximité*, in AA.VV., *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, 227 ss.

⁸¹ Su cui il risalente lavoro di F. KAHN, *Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze)*, in *Idem, Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, München-Leipzig, 1928, 161 ss.

o minore grado di prossimità spaziale della fattispecie con il foro. L'attenzione si focalizza sui principi della *lex fori* bisognosi di essere tutelati da valori confliggenti, tali perché veicolati dal provvedimento straniero di cui si chiede il riconoscimento degli effetti. A misurare il grado di vicinanza della fattispecie con il foro soccorrono in successione logica i criteri di cittadinanza, residenza o domicilio. Nell'ordinanza del marzo 2023, la Corte di Cassazione ha affermato che la trascrizione della sentenza iraniana nel registro di stato civile italiano non può essere esclusa attraverso il richiamo all'ordine pubblico di prossimità, fondato nel caso di specie sul possesso da parte del marito della cittadinanza italiana. E questo perché la trascrizione in Italia della sentenza straniera è stata richiesta dal medesimo marito: il fatto che sia cittadino italiano con conseguente collegamento con il foro richiesto «non assume rilievo decisivo ai fini di escludere il riconoscimento degli effetti della sentenza iraniana di divorzio, in quanto è lo stesso ad avere chiesto la trascrizione in Italia del divorzio pronunciato a Teheran e non si pone quindi una questione di tutela di detto soggetto, che presenta anche un collegamento stretto con l'Italia, rispetto all'istituto del ripudio»⁸².

Ora, a parte il fatto che sul punto a rivendicare tutela non è il marito ma la moglie, le motivazioni adottate dal Giudice di legittimità appaiono sbrigative e incoerenti. Lo sono anche alla luce di quanto statuito dalla *Cour de Cassation* francese sull'*ordre public de proximité*. In rilievo si pone una sentenza del 2021 riguardante una domanda di riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale di divorzio: è stato pronunciato in Algeria su richiesta della moglie, in base all'art. 54 del codice algerino della famiglia, che prevede l'ipotesi del ripudio mediante risarcimento⁸³. In particolare, il Giudice apicale dell'Esagono ha enunciato il principio di diritto per cui una decisione di divorzio straniera resa in applicazione di una legge che non assicura una parità di accesso al divorzio può essere riconosciuta in Francia solo se invocata dal coniuge nei confronti del quale sono previste regole meno favorevoli. La soluzione si giustifica con riferimento al funzionamento della forma algerina del ripudio per risarcimento e dal fatto che la richiesta di trascrizione proviene dalla moglie la quale, rispetto alla causa di scioglimento del matrimonio, identifica la parte svantaggiata, quindi maggiormente bisognosa di tutela⁸⁴. Alla luce dell'orientamento della *Cour de Cassation*, l'argomentazione impiegata dalla Corte di Cassazione italiana nell'ordinanza n. 6920/2023 appare alquanto irragionevole: la soluzione avanzata dal Giudice di legittimità conduce la nozione di ordine pubblico di prossimità ad essere neutralizzata in ogni situazione in cui l'istanza di riconoscimento provenga dal marito, pur presentando quest'ultimo un collegamento con il foro. Un legame che, ne caso in questione, è oltretutto costituito non solo dal possesso della cittadinanza italiana, ma anche dalla sua residenza abituale nella penisola⁸⁵.

Ad ogni modo, questa parte delle motivazioni dell'ordinanza n. 6920/2023 può essere assorbita dalle altre – certamente meno sbrigative – in cui, come si è visto, la Cassazione pone l'accento sugli effetti concreti del riconoscimento dei prodotti normativi stranieri nell'ordinamento italiano. Il che permette alla Cassazione per ribadire e precisare un principio di diritto: occorre valutare in concreto i diritti della donna affinché non subisca pregiudizi per effetto del mancato riconoscimento del ripudio, come nel caso in cui ella acconsenta al provvedimento o ne abbia addirittura chiesto il riconoscimento in Italia oppure abbia beneficiato di una protezione pecuniaria sufficiente; in questi casi è irragionevole escludere il riconoscimento degli effetti della sentenza straniera. A renderlo evidente è anche la richiamata risoluzione del 2005 dell'*Institut de droit international* e la nozione di ordine pubblico attenuato, cui espressamente rinvia la Cassazione nell'ordinanza in commento⁸⁶. Ciò si informa, così pare, all'operatività dei margini del diritto internazionale privato, basati su una logica di duttile ed eclettica flessibilità: quella, appunto, modulata dalle circostanze sottostanti ai singoli casi di specie⁸⁷. Una impostazione,

⁸² Cass., Sez. I civ., n. 6920/2023, cit., par. 3.

⁸³ Cour de Cassation, 17 marzo 2021, n. 20-14, 506, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2021, 662 ss. Si veda la nota di M-L. Niboyet, *Les répudiations musulmanes à nouveau sur la sellette?*, in *ibidem*.

⁸⁴ Cour de Cassation, n. 20-14/2021, cit., spec. par. 6.

⁸⁵ Sul punto O. FERACI, *Una sentenza iraniana di divorzio unilaterale non è contraria, nei suoi effetti concreti, all'ordine pubblico internazionale*, in *Famiglia e diritto*, 2023, 12, 1090-1103Ivi, 1098.

⁸⁶ Cass., Sez. I civ., n. 6920/2023, cit., par. 3.

⁸⁷ Cfr. sul punto G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., 130.

questa, che rigetta i limiti dell'ordine pubblico improntati ad una astratta e aprioristica rigidità che, come tale, determina barriere insormontabili e generalizzate rispetto agli istituti di diritto musulmano, compreso il ripudio. Il che, va pure ricordato, non legittima soluzioni di senso inverso ma altrettanto estreme: come quelle basate su porose definizioni di ordine pubblico volte a favorire acritici riconoscimenti di atti e provvedimenti stranieri anche quando confliggenti con i diritti e le libertà fondamentali delle persone, la loro dignità di essere umani.

Insomma, seppur culturalmente distanti e con vestigie definite come arcaiche, non dovrebbe essere preclusa l'esigenza di effettuare una valutazione caso per caso delle circostanze che afferiscono all'atto-provvedimento straniero, considerando in concreto gli effetti che deriverebbero dal riconoscimento dei suoi effetti in Italia. Tanto più nell'ambito di una comparazione che, se condotta in modo metodologicamente adeguato ed efficace, sottolinea la multiforme natura della tradizione giuridica musulmana in generale e del diritto di famiglia islamico (comprendenti il *talaq* e il *rojee*) in particolare. D'altro canto, occorre anche ricordare che i limiti dell'ordine pubblico vanno presi sul serio, non potendo essere derogati innanzi a prioritarie esigenze di tutela della persona umana.

7. Ordine pubblico e soggettività deboli e vulnerabili

Questo orientamento si presta a conferire concreta operatività al principio, di genesi occidentale, del *favor matrimonii*, alla cui stregua l'atto non perde validità se non va a ledere le regole e i principi costituzionali. Sono tali da allargare la prospettiva di indagine ad altre componenti della famiglia, segnatamente ai figli, rispetto ai quali tali indirizzi giurisprudenziali si riverberano nel *favor legitimitatis*. Il che porta a sottolineare il primario interesse del minore, l'archetipo della persona debole e vulnerabile.

Benché bilanciato da altri beni costituzionali, e pur con la necessità di evitare le movenze di diritti che operano in modalità tirannica, nell'ordinamento costituzionale italiano l'interesse del minore consegue un particolare rilievo⁸⁸. Considerazioni, queste, che hanno condotto il giudice delle leggi a ricalibrare la giurisprudenza⁸⁹, tenendo anche conto del sopravvenuto riconoscimento del sistema convenzionale (disposizioni CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo) a fonte sub-costituzionale e interposta⁹⁰. Il che, a sua volta, ha condotto a riconsiderare con pratici aggiustamenti gli effetti di istituti vigenti in Paesi a maggioranza musulmana. Tanto più che la concreta tutela di alcune situazioni può legittimare un'attenuazione dell'ordine pubblico interno e internazionale, di cui i diritti della personalità sono parte integrante. Come tali essi s'assoggettano a una valutazione che, rispetto all'ordine pubblico, concorre a definire caso per caso l'ambito del giuridicamente concepibile.

I prodomi di queste argomentazioni erano già visibili in una sentenza della Corte di Cassazione dell'8 marzo 1999 (n. 1951)⁹¹ riguardante una donna di nazionalità marocchina che, violando le leggi penali del Paese di origine, ha intrattenuto con un italiano rapporti sessuali extraconiugali. Dalla relazione nasce una bambina che, per *iure sanguinis*, acquista la cittadinanza della madre. Anteriormente al 1° settembre 1995, prima cioè dell'entrata in vigore della legge n. 218 sulla riforma del diritto internazionale privato, la donna promuove in Italia un'azione per la dichiarazione di paternità naturale: una dichiarazione che, alla luce della vigente *mudawwana* (il

⁸⁸ Questo orientamento è espresso nel primo parere (richiesta n. P16-2018-001) della Corte EDU (adottato nell'esercizio della nuova competenza prevista dal Protocollo addizionale n. 16) che successivamente viene trasfuso nelle seguenti decisioni: 19 novembre 2019, *C. c. Francia e E. c. Francia*, Ric. nn. 1462/18 e 17348/18; 10 ottobre 2020, *D. c. Francia*, Ric. 11288/18.

⁸⁹ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33.

⁹⁰ Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

⁹¹ Sez. I civ., in *Fam. dir.*, 1999, pp. 449 ss., con nota di R. CLERICI, *Dichiarazione giudiziale di paternità e diritto marocchino*, ivi, pp. 451 ss.; e in *Giust. civ.*, 1999, I, pp. 2005 ss., con nota di F. PATRUNO, *Filiazione naturale ed ordine pubblico internazionale: un'interessante applicazione*, ivi, pp. 2008 ss. Sul punto si veda anche E. CALÒ, *Il diritto internazionale privato e dell'Unione europea nella prassi notarile, consolare e forense*, Milano, 2010, 173; F. CORBETTA, *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 3, 18 ss., spec. 32.

codice di statuto personale marocchino, poi riformato nel febbraio 2004)⁹² è esclusa dal diritto del Regno del Marocco. La Suprema Corte italiana ritiene che, basato sull'irrilevanza della protezione della filiazione naturale, gli effetti del provvedimento emesso ai sensi della (allora vigente) *mudawwana* non possono trovare accoglimento nell'ordinamento italiano. Non possono per contrasto «con un principio di ordine pubblico internazionale, che alla filiazione naturale assegna comune rilievo e tutela»⁹³. In questo modo, riconnettendo al fatto della procreazione la posizione di figlio, l'ordine pubblico si pone a tutela della fondamentale esigenza dell'individuo e della sua personalità giuridica. A confermarlo è anche l'evoluzione dell'istituto della filiazione naturale verso la parificazione con quella legittima, che consente all'ordinamento italiano di riportare lo status di figlio a una concezione giuridicamente unitaria⁹⁴: una concezione all'interno della quale è anche possibile specificare la figura di figlio naturale e quella di figlio legittimo, ma senza con ciò disattendere la tutela e la salvaguardia degli interessi dei minori. Il loro rilievo può determinare un'attenuazione dell'ordine pubblico, ma anche una sua più estesa applicazione: qui il diritto musulmano ridimensiona la sua rilevanza nel sistema legale italiano; lì, invece, si creano canali di comunicazione fra i due fenomeni normativi. Ne deriva una concezione piuttosto duttile ed elastica, modellabile in virtù di specifiche esigenze di tutela.

Lo dimostra, fra le altre, una sentenza del 27 ottobre 1999 (n. 12077)⁹⁵ con cui la Corte di Cassazione autorizza un padre tunisino a riconoscere, in base all'art. 250 c.c., la figlia avuta con una donna italiana. Nelle istanze giurisdizionali inferiori quest'ultima ha considerato come contrario all'interesse della bambina il riconoscimento paterno, perché in passato l'uomo aveva «dato segni di fanatismo religioso». Non la pensava così la Corte d'Appello di Milano, la cui decisione è impugnata dalla donna con un ricorso per Cassazione. In quella sede la ricorrente lamentava la scarsa considerazione prestata dai Giudici di merito all'interesse della bambina: non avevano tenuto conto «della concezione unitaria della religione e dello Stato espressa dall'Islam», né del carattere discriminatorio dei precetti shariatici, soprattutto quelli riguardanti il genere femminile. Nel 1999 la Suprema Corte ritiene tali allegazioni in contrasto con la Costituzione, segnatamente con le disposizioni di cui agli artt. 8 e 19 Cost.: dal momento che la bambina è e rimarrà cittadina italiana, il pericolo che venga attratta nell'ordinamento giuridico del padre è puramente ipotetico; i rapporti con i genitori saranno regolati dall'ordine costituzionale italiano, in base al quale non si può denegare la paternità per motivi legati all'appartenenza religiosa⁹⁶.

Nello stesso senso si orienta una sentenza della Cassazione del 28 dicembre 2006 (n. 27592)⁹⁷. Riguarda un cittadino egiziano che ha chiesto di poter riconoscere la figlia nata da una relazione adulterina con una donna peruviana. Verificata in base alla legge egiziana la capacità dell'attore a effettuare un atto di tale portata, la Corte dichiara legittima l'istanza: il riconoscimento del figlio naturale costituisce un diritto soggettivo come garantito dall'art. 30 della Costituzione con i limiti fissati dalla legge ordinaria (art. 250, comma 4, c.c.). Una legge che, in conformità ad una interpretazione costituzionalmente orientata, non si pone in termini di contrapposizione con l'interesse del minore, bensì come «misura ed elemento di definizione del medesimo»: esiste nel nostro ordinamento «un principio di ordine pubblico (internazionale) che riconosce il diritto all'acquisizione dello status di figlio naturale a chiunque sia stato concepito, indipendentemente dalla natura della relazione tra i genitori»⁹⁸.

Con questi presupposti argomentativi, in una sentenza del 10 ottobre 2008 (n. 24931)⁹⁹ il Giudice apicale decide in modo differente. Lo fa cassando il giudizio emesso dalla Corte di merito che ha

⁹² Su cui per tutti si veda M. LOUKILI, *La nuova Mudawwana marocchina: una riforma nella continuità*, in R. Aluffi Beck-Peccoz (a cura di), *Persone Famiglia Diritti, Riforme legislative nell'Africa Mediterranea*, cit., 37 ss.

⁹³ Cass., Sez. I civ., n. 1951/1999, cit.

⁹⁴ Sancita formalmente con la legge 10 dicembre 2012, n. 219.

⁹⁵ Sez. I civ.

⁹⁶ Cass., Sez. I civ., n.12077/1999, cit.

⁹⁷ Sez. I civ.

⁹⁸ Cass., sez. I civ., n. 27592/2006, cit.

⁹⁹ Sez. I civ., in *Il Foro it.*, 2008, I, cc. 3472 ss. Sul punto A. FUCILLO, *Giustizia e religioni*, Vol. II, *Matrimonio, famiglia e minori tra identità religiosa e rilevanza civile*, Torino, 2011, 184 ss.; M. MANTOVANI,

dichiarato legittimo il riconoscimento di un minore italiano da parte di un cittadino straniero senza tener conto delle prove addotte dall'altro genitore. Da queste si evincono «gravi circostanze relative alla personalità e alla condotta di vita di quello che aveva chiesto e conseguito il riconoscimento». Circostanze oltremodo pericolose per il minore atteso che l'istante, sedicente cittadino sudanese, possiede tre passaporti recanti generalità incompatibili e distinte. La sua stessa identificazione rimane pertanto dubbia sussistendo, fra l'altro, il rischio che egli possa condurre il minore nel Darfur, dove è peraltro in corso un genocidio ai danni della popolazione cristiana. La richiesta di riconoscimento paterno è quindi negata¹⁰⁰.

8. I margini duttili e malleabili dell'ordine pubblico

Il diritto all'identità culturale, quale patrimonio irretrattabile della persona umana¹⁰¹, ha più estese possibilità di esplicazione nel campo civile, data l'elasticità dei principi e delle clausole generali che in questa normativa si rinvengono. Anche quando la cultura è in contrasto con la libertà di stato è possibile riconoscerla come fatto produttivo di effetti giuridici specialmente nel campo patrimoniale-ereditario: è il caso, lo si è notato in precedenza, del matrimonio poligamico¹⁰². L'identità culturale incontra invece il limite dell'ordine pubblico quando contrasta con la dignità della persona: così per il riconoscimento dello status di figlio anche se generato fuori dal matrimonio¹⁰³ o per l'affidamento del figlio solo al padre in caso di separazione dei genitori¹⁰⁴. A rimarcare queste tendenze soccorre la giurisprudenza in tema di *kafalah*, non solo pubblicistica ma anche convenzionale, i cui effetti si candidano ad essere riconosciuti nell'ordinamento italiano proprio perché sovente non è assimilabile all'adozione¹⁰⁵.

Va notato che il diritto islamico classico conosce un unico tipo di filiazione, quella legittima. Tanto che l'adozione è vietata dal Corano: crea legami parentali fittizi suscettibili di disordine e incesto¹⁰⁶. Questo diritto, tuttavia, non si disinteressa dell'infanzia abbandonata, cui viene in soccorso l'istituto della *kafalah*: in presenza di un giudice o di un notaio, un *kafil* o una coppia di *kafi* assume l'obbligo di provvedere alle cure del minore (*makful*), il quale però non diventa titolare di un rapporto di filiazione. La *kafalah* lascia intatti i legami genitoriali naturali, al punto che il minore non è erede né prende il nome del *kafil* che, a sua volta, rispetto al *makful* non acquista la potestà né la rappresentanza legale. Con la *kafalah* il minore non entra a far parte della famiglia del *kafil*, non assume lo status di figlio e, di regola, gli effetti dell'istituto terminano con il conseguimento della maggiore età¹⁰⁷. Di contro l'allattamento statuisce tra il minore, da una parte, e la nutrice e i suoi parenti, dall'altra, un legame simile alla parentela di sangue; può infatti essere opposto come impedimento al matrimonio. Prevista in alcuni Paesi, la *kafalah* convenzionale si afferma come istituto di protezione familiare, che prescinde dallo stato di abbandono del minore. Non necessariamente contrasta con i principi dell'ordine pubblico interno e internazionale italiano, specialmente quando finalizzata a realizzare l'interesse superiore del minore. In questo caso a prevalere sono punti in comune sulle differenze tra l'ordinamento di partenza e quello ricevente.

Come affermato dalle Sezioni Unite civili della Cassazione¹⁰⁸, l'appiglio normativo è dato anche dall'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 24 novembre 1989¹⁰⁹, dall'art. 8 della CEDU nonché dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Sono tali

I fondamenti della filiazione, in G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. II, *Filiazione*, Milano, 2012, 21 ss.

¹⁰⁰ Cass., Sez. I civ., 10 ottobre 2008, n. 24931.

¹⁰¹ Corte cost., 3 febbraio 1994, nonché Corte cost., 21 dicembre 2026, n. 286.

¹⁰² Cass. Sez. I civ., n. 1739/1999, cit.

¹⁰³ Cass., Sez. I civ., 28 dicembre 2006, n. 27592.

¹⁰⁴ Cass., Sez. I civ., 27 febbraio 1985, n. 1714.

¹⁰⁵ Cass., Sez. I civ., 2 febbraio 2015, n. 1843.

¹⁰⁶ Cor. XXXIII, 4: «Dio non ha posto nelle viscere dell'uomo due cuori, né ha fatto ... dei vostri figli adottivi dei veri figli».

¹⁰⁷ Sul punto Cor. XXXIII, 5, per cui il *kafil* deve dare al *makful* il nome di suo padre: «ciò è più giusto davanti a Dio. Ma se non conoscete i loro padri siano allora vostri fratelli nella religione e vostri protetti».

¹⁰⁸ Sent. 16 settembre 2013, n. 21108.

¹⁰⁹ Ratificata in Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176.

che il riconoscimento degli effetti della *kafalah* trovano applicazione in materia di disciplina interna dell'immigrazione, secondo cui «[i]n tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo»¹¹⁰.

In particolare, la *kafalah* può fungere da presupposto per il ricongiungimento familiare ai sensi dell'art. 29 del Testo Unico sull'immigrazione¹¹¹. Tanto più in presenza di minore straniero che, affidato a un cittadino italiano in virtù della *kafalah* di origine negoziale, rientra nella nozione di «altri familiari» di cui all'art. 3 (comma 2, lett. a) del decreto legislativo 6 febbraio 2027 (n. 30)¹¹². A ulteriore dimostrazione del fatto che nel diritto interno la nozione di famiglia non necessariamente richiede l'esistenza di legami di tipo parentale. Lo attesta la disposizione di cui all'art. 4 del D.P.R. 30 maggio 1989¹¹³, secondo cui «agli effetti anagrafici per famiglia s'intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso Comune». Ma lo conferma anche il Titolo I-bis della legge 4 maggio 1983 (n. 184)¹¹⁴, ai sensi del quale i minori in affidamento non preadottivo possono essere, e normalmente sono, ricompresi nello stato di famiglia degli affidatari, pur non essendovi alcun legame parentale perfezionato o in itinere¹¹⁵.

Con riferimento all'eventuale contrarietà all'ordine pubblico per elusione della disciplina dell'adozione internazionale, la Cassazione ha ancora una volta affermato che ciò va escluso quando il provvedimento straniero è destinato non a produrre direttamente effetti nell'ordinamento italiano, bensì a costituire presupposto di fatto di un atto amministrativo interno. La contrarietà o l'elusione della disciplina dell'adozione internazionale¹¹⁶ sarebbe eventualmente ipotizzabile se dalla *kafalah* si volessero far derivare conseguenze giuridiche identiche o analoghe a quelle previste dall'istituto dell'adozione come disciplinato dall'ordinamento italiano. Un problema, questo, che non si pone nel caso in cui, nel rispetto della disciplina vigente nel Paese di provenienza del minore, la *kafalah* non svolga altra funzione se non quella di giustificare l'attività di cura materiale e affettiva del bambino, con esclusione di ogni vincolo di natura parentale o anche di sola rappresentanza legale. Peraltro, la necessità della presa in carico del minore o la nozione di convivenza rendono in concreto difficile intenti elusivi della disciplina dell'adozione internazionale da parte del cittadino affidatario che si trovi nelle condizioni richieste per ottenere il ricongiungimento¹¹⁷.

Alla luce di queste considerazioni, il Giudice apicale ha anche ritenuto legittima la domanda degli adottanti volta ad ottenere il nulla osta al ricongiungimento familiare di una minore. Ha nello specifico rilevato che l'adozione, avvenuta secondo i costumi e la consuetudine ghanesi, è stata ratificata dal Tribunale del luogo solo a seguito della verifica positiva della idoneità della coppia a prendersi cura della bambina¹¹⁸.

9. Conclusioni e prospettive

Una polarizzazione di posizioni connota le opinioni sul diritto musulmano. Per una porzione di popolazione mondiale è la via della rettitudine. Per un'altra è ritenuto incompatibile con una civile e pacifica coesistenza. Qui le sue prescrizioni virano verso l'oppressione, la disuguaglianza di

¹¹⁰ Art. 28, comma 3, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, noto anche come Testo Unico sull'immigrazione.

¹¹¹ Così Cass., Sez. I civ., 11 novembre 2020, n. 25310.

¹¹² *Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*.

¹¹³ *Approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente*.

¹¹⁴ *Diritto del minore ad una famiglia*, legge modificata dalla legge 28 marzo 2001, n. 149, *Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile*.

¹¹⁵ Ai sensi del titolo I bis della legge n. 184/1983, come modificato dalla legge n. 149/2001.

¹¹⁶ Di cui al Titolo terzo della legge n. 184/1983 come modificata con la legge 31 dicembre 1988, n. 476, art. 3.

¹¹⁷ Cass., Sez. Un. civ., n. 21108/2013, cit.

¹¹⁸ Cass., Sez. I civ., 2 marzo 2022, n. 6909.

genere, la discriminazione religiosa. Lì sono percepite come la panacea per i problemi che affliggono la società. È il principale ostacolo alla sicurezza e al libero sviluppo della persona umana, affermano i primi. È affetto da disoneste narrative subdolamente affibbate all'Islam, ribattono i secondi. L'unico punto in comune è il *nomen*, ma non il suo reale significato. Intanto, attraverso la globalizzazione e i poderosi flussi immigratori, i diritti "altri" ispirati della tradizione musulmana interagiscono con le democrazie costituzionali, compresa quella italiana.

In questi contesti i diritti della personalità si candidano a essere riconosciuti e tutelati nei confronti di tutti; credenti, diversamente credenti e non credenti. Tanto più nei settori connessi con il matrimonio e la famiglia, le cui discipline sono attraversate da importanti novità. Sono alimentate dalla crescente presenza di differenti figure e tipologie relazionali, rispetto alle quali i classici strumenti normatori generano non di rado aporie¹¹⁹. Ciò porta a rimarcare la relatività e la fallibilità delle soluzioni giuridiche positive quando dissociate da un'assennata interpretazione del principio di eguaglianza: onde evitare di esporsi a insanabili contraddizioni, non può prescindere dai dati di realtà.

Nelle analisi delle relative problematiche è allora buona norma muovere dal vivo delle esperienze concrete, non perdendo mai di vista l'obiettivo principale: una effettiva ed efficiente garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali. Passa anche dalle dinamiche sottostanti i rapporti di convivenza. Si scopre così che, a fronte di efficaci strategie di tutela, il principio di eguaglianza ha ragione di esistere se tiene conto delle diversità. D'altra parte, l'attenzione nei confronti delle differenze non può estendersi sino al punto da minare le essenziali prerogative degli individui. Con tutto il carico di fattori individuali e proiezioni collettive, l'interpretazione di tale principio deve quindi connettersi con gli effetti concreti dei fatti normativi. Quando ragionevolmente predisposti, tengono conto delle diversità in una pragmatica cornice dell'ordine pubblico interno e internazionale. Un ordine che, nel rigettare ipotesi di amorfo e ideologico assimilazionismo monoculturale, si sottrae alle sirene di uno scettico e nichilista relativismo multiculturale¹²⁰.

In caso di conflitto fra tradizioni giuridiche non deve prevalere l'ottica della preconcepita esclusione né quella dell'aprioristica accettazione, bensì la salvaguardia degli interessi delle persone, segnatamente quelle più deboli e vulnerabili, quindi maggiormente bisognose di tutela. La prevalenza di questi interessi può, in alcuni casi deve, determinare forme di ragionevole accomodamento dell'ordine pubblico, evitando che i singoli siano le uniche vittime di un contrasto giuspolitico e culturale. Che, come tale, deve svolgersi ad altri livelli e tra ben differenti interlocutori. A legittimarlo è concreta operatività della democrazia costituzionale, che non a caso è presidiata dalla necessità di rimuovere gli ostacoli verso «la libertà intesa come *status libertatis* la cui negazione comporta l'annientamento della stessa personalità dell'individuo»¹²¹.

La soluzione dei conflitti fra culture-ordinamenti e la definizione dell'ordine pubblico vanno insomma trovati avendo come bussola il principio unificatore della persona umana¹²², denominatore minimo per l'instaurazione di una società decente¹²³. Una società che, per le stesse ragioni, è attenta alle sonde della *recta ratio*, dove *rectitudo* non significa contemplazione di essenze mistiche e trascendenti infallibilmente presupposte: è retta se si definisce concretamente guardando in modo pragmatico alla tutela della dignità di ogni individuo indipendentemente dalle appartenenze.

¹¹⁹ C. GEERTZ, *Interpretazione di culture*, Bologna, 1987, 51.

¹²⁰ Cass., Sez. IV pen., 4 agosto 2021, n. 30538, par. 4.4.

¹²¹ *Ivi*, par. 4.3 e 4.4.

¹²² Su cui già Cass., Sez. VI pen., 5 novembre 2002, n. 55. Si veda anche Cass., Sez. III pen., 13 aprile 2015, n. 14960.

¹²³ Per dirla con A. MARGALIT, *The Decent Society*, Cambridge (Mass)-London, 1996, traduzione italiana a cura di A. Villani, *La società decente*, Milano, 1998.