

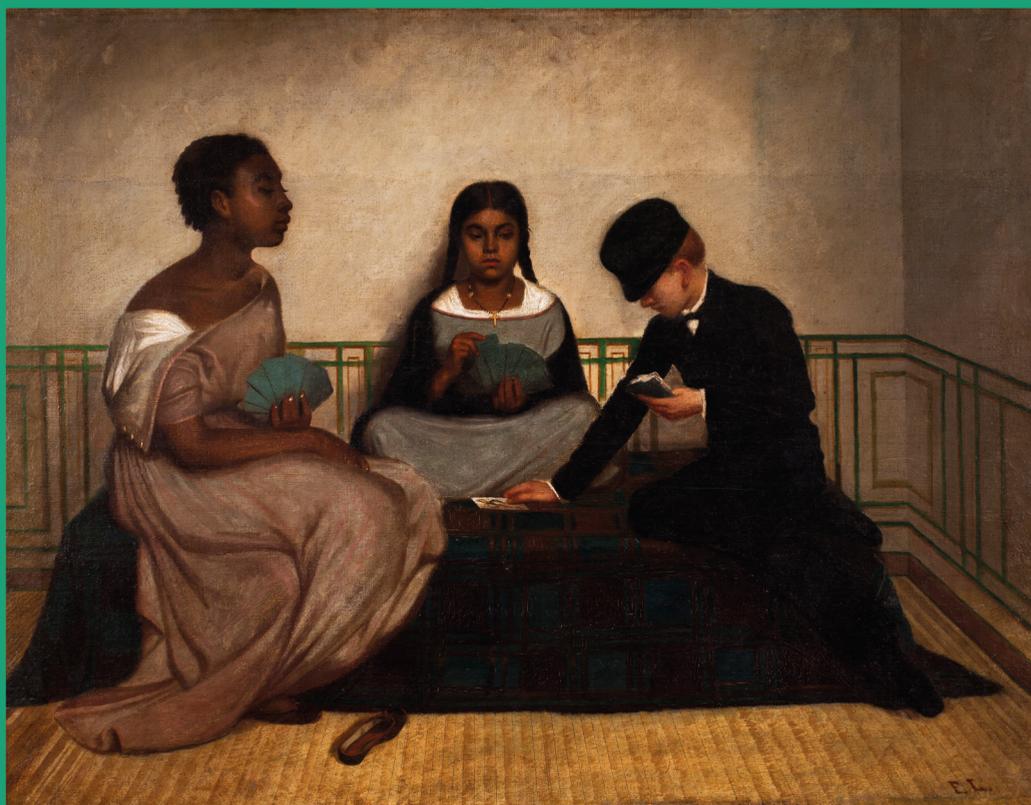
Università degli studi di Napoli L'Orientale
Quaderni del Dipartimento di Scienze Umane e Sociali

1

Società multiculturali e diritto delle relazioni familiari

a cura di

Giuseppe Cataldi e Roberta Montinaro



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.



Università degli studi di Napoli
"L'Orientale"

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

*Potestà genitoriale e libertà religiosa del minore:
aspetti di diritto internazionale* 207

Ilaria Garaci

Identità culturale e best interest of the child 231

Roberta Montinaro

*Società multiculturali e diritto delle relazioni familiari:
itinerari di una ricerca* 267

Indice degli autori 299

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'insediamento d'origine e portatrici di modelli familiari³ ispirati a principi rinvenibili negli ordinamenti giuridici dei paesi di provenienza, o fondati 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.cortecassazione.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 multiculturale, 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 familiare.

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 meriti 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.

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.