



AURORA VESTO*

ISTANZE INTERCULTURALI ED ASSIOLOGIA DELLE FORMAZIONI SOCIALI: LA TUTELA DEL MINORE E DELLA DONNA MUSULMANA

SOMMARIO: 1. La concezione unitaria dell'ordine pubblico interno e internazionale alla luce delle istanze sociali interculturali: unione poligamica e ricongiungimento familiare. – 1.1. Ordine pubblico interno e internazionale con riferimento alle unioni matrimoniali poligamiche: la “registrazione” sociale del fenomeno e i suoi riflessi in tema di effettività giuridica delle unioni non monogame. – 1.2. Le disposizioni di settore nella fattualità dell'interesse per oltrepassare il disallineamento della situazione giuridica soggettiva emergente nella conflittualità degli ordinamenti. – 2. La solidarietà sociale nel meccanismo della *kafalah*: conformità all'ordine pubblico e applicazione diretta. – 3. La meritevolezza degli interessi emergenti in sede di ricongiungimento familiare: la tutela della persona umana in riferimento al sistema ordinamentale e ai suoi valori. – 4. Riconoscimento non dell'atto ma dell'effetto che scaturisce da un matrimonio poligamico: chiave di attribuzione di *status* meritevoli di tutela? Una prospettiva conclusiva per una rigenerazione semantica e non contenutistica.

1. La concezione unitaria dell'ordine pubblico interno e internazionale alla luce delle istanze sociali interculturali: unione poligamica e ricongiungimento familiare

L'ordine pubblico è il complesso dei principi giuridici, dei criteri e dei valori etico-legislativi che fondano un determinato ordinamento e a cui questo si ispira e si conforma nella concreta normazione, anche se non sempre tali principi e valori si trovano enunciati in apposite disposizioni. I principi fondanti l'ordine pubblico, identificabili in un determinato momento storico, si ricavano dalla Costituzione, dal diritto comunitario e dalle leggi. L'ordine pubblico è posto a baluardo dell'ordinamento giuridico¹, poiché protegge i

* Professore associato di Diritto privato, Università per Stranieri “Dante Alighieri” di Reggio Calabria.

¹ Il concetto di ordine pubblico ha manifestato nel tempo esigenze assai diverse, normalmente espressive dei valori fondamentali della società di riferimento. All'origine, in assenza di una Costituzione rigida che contemplasse in via esclusiva determinati principi, il ricorso all'ordine pubblico serviva ad assecondare i progetti di una politica essenzialmente conservatrice, espressiva di una volontà della classe dirigente di assicurare la stabilità dello Stato. Logico corollario di questa funzione latamente politica di ordine pubblico era la criticità del meccanismo, lasciato alla strumentalizzazione statale e non manifesto, per converso, della c.d. certezza del diritto. Con l'avvento della Carta del 1948, che prevede una indicazione dei principi e dei valori da perseguire e da tutelare, la funzione del ricorso all'ordine pubblico è oggi quella di impedire che i

principi fondamentali da quelle che sono le turbative provenienti sia dall'interno sia dall'esterno dell'ordinamento stesso; specificatamente, in questo secondo caso, l'ordine pubblico nella declinazione c.d. internazionale mira a proteggere la società dalle pressioni e prevaricazioni di stili di vita opposti a quelli dell'ordinamento interno, sovrastando il riconoscimento e l'esecuzione nel proprio territorio di atti posti in essere legittimamente in un Paese straniero ma che presentano un contrasto con l'ordine pubblico interno².

Secondo la normativa di diritto internazionale privato, l'ordine pubblico costituisce un limite alla possibilità di applicare il diritto straniero designato dalle norme di conflitto³ e, dunque, il rispetto dell'ordine pubblico costituisce valido requisito per il riconoscimento degli effetti dei provvedimenti stranieri.

Tuttavia, la distinzione tra un ordine pubblico interno e un ordine pubblico internazionale, ossequiosa della tradizione internazionalprivatistica, cede il passo ad una impostazione unitaria dell'ordine pubblico nel sistema italo-europeo delle fonti, per la quale l'ordine pubblico «è un concetto unico e unitario, ma la diversità dei valori in gioco nel caso concreto (nonché nei casi puramente interni e in quelli che presentano un c.d. elemento di estraneità) può imporre una variazione dei termini del bilanciamento, giacché è lo stesso sistema ordinamentale che, ad esempio, può ammettere, in caso di mancata lesione di beni prioritari, la compressione di taluni principi di origine domestica al fine di riconoscere situazioni giuridiche createsi all'estero»⁴. Anzi è «proprio per la costante interazione esistente tra fonti di origine diversa [che] l'ordine pubblico costituisce, nell'ambito dei rapporti civili, l'ultimo baluardo a tutela dell'identità nazionale»⁵: il «concetto di ordine pubblico [perciò realizza] il costante bilanciamento tra gli interessi, le regole e i valori normativi meritevoli di tutela, [diventando così] strumento di protezione e di promozione di quelle regole e di quei principi che caratterizzano e identificano il sistema vigente»⁶. In tal senso milita la giurisprudenza anche a Sezioni Unite laddove segnala che «[l']apertura dell'ordinamento giuridico italiano al diritto sovranazionale ed il recepimento dei principi introdotti dalle convenzioni internazionali cui l'Italia ha aderito hanno determinato una modifica del concetto di ordine pubblico internazionale, caratterizzato da un sempre più marcato riferimento ai valori giuridici condivisi dalla comunità internazionale ed alla tutela dei diritti fondamentali. Ciò non esclude, tuttavia, la necessità di tener conto,

privati possano darsi un assetto di interessi non conforme a quei principi e valori garantiti dal testo costituzionale.

² L'ordine pubblico internazionale, infatti, funge da limite all'operatività delle norme di conflitto ostacolando il richiamo e l'applicazione di norme straniere incompatibili con i principi dell'ordinamento; viceversa, l'ordine pubblico c.d. interno funge da limite all'autonomia negoziale dei privati.

³ La legge 31 maggio 1995, n. 218, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in G.U. 3 giugno 1995, n. 128, all'art. 16, rubricato "Ordine pubblico", prevede espressamente, al comma I, che «La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico».

⁴ G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 7, ove gli Autori mettono in evidenza che «[n]elle ipotesi che presentano elementi di estraneità si riscontra, quindi, una concezione di ordine pubblico ristretta, che con terminologia spesso fuorviante è definita "internazionale"». Invero, la distinzione tra ordine pubblico internazionale e interno non è altro che la differenza «tra principi fondamentali o disposizioni legislative espressione di principi identificativi della Repubblica italiana (e, in quanto tali, in alcun modo derogabili né da fattispecie interne né da fattispecie con elementi di estraneità) e principi o norme imperative conformi a Costituzione ma non espressione di principi fondamentali» (G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 736).

⁵ G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., p. 8.

⁶ G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., p. 10.

nell'individuazione dei principi di ordine pubblico, del modo in cui i predetti valori si inverano concretamente nella disciplina dei singoli istituti. Caratteristica essenziale della nozione di ordine pubblico è infatti la relatività e mutevolezza nel tempo del suo contenuto, il quale è soggetto a modifiche per effetto dell'evoluzione dei rapporti politici, economici e sociali, ed è quindi destinato inevitabilmente ad essere influenzato dalla disciplina ordinaria degli istituti giuridici e dalla sua interpretazione, che di quella evoluzione costituiscono espressione e che contribuiscono a loro volta a tenere vivi e ad arricchire di significati i principi fondamentali dell'ordinamento»⁷.

In questo contesto, dunque, la clausola generale dell'ordine pubblico (interno e internazionale)⁸, applicata nell'assiologia costituzionale, diviene il campo elettivo di tutela non tanto dell'interesse generale della società ma di quelli che sono i diritti, i doveri e le libertà delle persone, non consentendo «la soppressione della nostra identità culturale composta di principi fondamentali che costruiscono la “forma Repubblicana” (...) e la rendono insuscettibile di “revisione”»⁹. Ed è proprio nella prospettiva di promozione delle libertà umane che l'ordine pubblico manifesta tutta la sua unitarietà¹⁰ (non intesa come identità di soluzioni ma) per identità assiologica dei criteri di giudizio¹¹ adoperati, giacché sono le circostanze del caso concreto e i valori normativi che individuano le modalità con le quali vanno coniugate le soluzioni più ragionevoli¹². In questa prospettiva, perciò, l'ordine pubblico, al pari di qualsiasi clausola generale, consente la concretizzazione delle molteplici

⁷ Cass. civ., S.U., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Riv. dir. int.*, 2019, p. 1225. Il caso oggetto di indagine attiene al riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore intenzionale cittadino italiano. Vigente il divieto di surrogazione di maternità si conferisce rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, sul presupposto che «in tema di riconoscimento dell'efficacia di provvedimenti giurisdizionali stranieri, la compatibilità con l'ordine pubblico deve essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui tali principi si inverano nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché nell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico» (cit.).

⁸ Sul punto autorevole dottrina (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed., I, *Metodi e tecniche*, Napoli, 2020, p. 164) insegna che «[l]egiferare per clausole generali consente al giudice, all'interprete, una maggiore possibilità di individuare una normativa più adeguata alla situazione di fatto» (cit., pp. 164-165) per una lettura evolutiva delle clausole generali poiché «[e]sse non hanno un'autonomia e compiuta valenza [ma] vanno riempite di valori che si rinvergono nella realtà sociale e, soprattutto, nei principi normativi di rilevanza gerarchicamente superiore, siano essi costituzionali, europei o internazionali» (cit., p. 166).

⁹ G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., p. 10. Gli Autori nella introduzione della loro ricerca utilizzano la metafora dell'ordine pubblico come «ponte levatoio» posto all'ingresso del «castello ideale» che è costituito dal nostro sistema giuridico: «qualsiasi istanza, anche di origine straniera, potrà accedere al castello ed essere riconosciuta solamente se ad esso conforme» (cit., p. 3).

¹⁰ Come evidenziato da P. FEMIA, *Ordine pubblico: la politica nel diritto*, in G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., p. XXX, i due Autori, non cedendo alla seduzione casistica e al facile dualismo, hanno inteso l'ordine pubblico (*rectius* interno ed internazionale) «quale concetto unitario entro un ordinamento altrettanto unitario», così seguendo la linea di pensiero avviata da P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.

¹¹ Così P. FEMIA, *Ordine pubblico: la politica nel diritto*, cit., p. XXX, ove si legge espressamente che nella analisi dei due Autori, «[u]nità significa (...) non identità di soluzioni, ma identità assiologica dei criteri di giudizio». Sul punto cfr. L. LONARDO, *Diritto civile italiano e ordinamenti stranieri. Il problema del “confronto”*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1984, p. 203 ss.

¹² In tal senso la ricostruzione di G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit.

possibilità di attuazione dei principi, nel rispetto di quei «principi identificativi dell'ordinamento giuridico (...), operando contemporaneamente come tecnic[a] di controllo della compatibilità tra principi e regole»¹³.

Il susseguirsi nel tempo e nello spazio del fenomeno dell'immigrazione ha ingenerato nel nostro Paese la presenza di ritualità, tradizioni, costumi e consuetudini proprie di civiltà differenti rispetto al modello occidentale, soprattutto per quel che attiene i rapporti familiari, caratterizzati nel mondo islamico da istituti emblematici come la *kafalah*, il ripudio e il matrimonio poligamico.

È evidente che questi istituti, distanti dalle consuetudini occidentali, determinano l'innescare di reazioni autogene non riconosciute dal sistema ordinamentale che affievoliscono fino talvolta ad eliminarle alcune di quelle situazioni giuridiche soggettive che i minori e le donne musulmane detenevano nel loro Paese di origine (ovvero nel Paese che le aveva riconosciute).

Si tratta di tematiche che stemperano visioni astratte e mettono in luce, in una società globale, il fenomeno del multiculturalismo¹⁴ che ricollega il concetto di ordine pubblico alla promozione dei diritti fondamentali della persona umana. Attraverso il filtro dell'ordine pubblico si legittimano o meno quelle pratiche di sviluppo dell'esistenza che risultano compatibili con i valori fondamentali dell'ordinamento e, in particolar modo, con il valore della persona, che nell'assisiologia, non soltanto del sistema giuridico italiano ma in qualche modo della identità culturale "europea", riafferma la propria centralità.

I Paesi arabi si contraddistinguono per il pluralismo che caratterizza il modello arabo-islamico, non identificabile con una sola entità regionale e confessionale, e per la silente uguaglianza dei diritti e delle libertà tra uomini e donne¹⁵, nell'assenza di regolamentazione

¹³ Come autorevolmente insegnato da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., I, p. 167.

¹⁴ Secondo alcuni appare più adeguato discutere non di multiculturalismo ma di "società policulturale": in tal senso Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2000, p. 200. Utilizza questa terminologia N. COLAIANNI, *Poligamia e società policulturale: quale diritto*, in *federalismi.it*, 15 aprile 2020, fasc. 10, pp. 132-154. L'A., in particolare, pone in rilievo che «[l]a società policulturale favorisce un certo relativismo in tema di convinzioni religiose e diffonde, quindi, tolleranza verso quelle degli "altri" ma alla tolleranza non si accompagna l'integrazione bensì la diffidenza (...) verso le loro pratiche religiose, ispirate ad un particolare "stile di vita" o "modo di pensare e di comportarsi", o elementi identitari o istituti peculiari, (...). Pensiamo al trattamento delle salme dei buddhisti, o al porto del velo delle musulmane, del *kirpan* dei *sikh*, della *kippah* degli ebrei, del rifiuto di emotrasfusioni dei testimoni di Geova. Si tratta di pratiche in linea di massima permesse dall'ordinamento in quanto aspetti dell'identità personale tutelata dall'art. 8 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, come ritenuto dalla decisione 3 ottobre 1983 della commissione per la protezione dei diritti dell'uomo di Strasburgo. Alcune di queste pratiche sono considerate adiafore da sempre (i copricapi delle suore cattoliche o degli ebrei osservanti, il velo delle donne musulmane) o per effetto di *accomodations* legislative (il trattamento delle salme). Dove l'accomodamento non è stato ancora raggiunto e la pratica è stata ritenuta oggetto di divieto (è il caso del *kirpan*), la giurisprudenza ha ricevuto un coro di critiche» (cit., p. 133).

¹⁵ Si pensi alle statuizioni tradizionaliste e conservatrici della "Dichiarazione islamica dei diritti dell'uomo" proclamata il 19 settembre 1981, presso l'Unesco a Parigi. La Dichiarazione, basata sul Corano, consacra una disuguaglianza nei rapporti tra uomo e donna, sottolineando l'inferiorità delle donne, che hanno dei diritti pari ai loro obblighi, in tutte le manifestazioni della loro personalità, finanche nella educazione della prole affidata esclusivamente al padre. Si faccia, altresì, riferimento alla "Carta araba dei diritti dell'uomo", adottata il 15 settembre 1994 (con Risoluzione n. 5437 dal Consiglio della Lega degli Stati Arabi - Lega Araba), come emendata in occasione del Summit della Lega Araba del 22-23 maggio 2004. La Carta, entrata in vigore il 15 marzo 2008, si propone di collocare al centro del sistema i diritti umani (come riconosciuti in questi Stati) e di «Preparare le nuove generazioni, negli Stati arabi, ad una vita libera e responsabile in una società civile caratterizzata dalla solidarietà, fondata sull'equilibrio tra consapevolezza dei propri diritti e rispetto per i propri doveri e governata dai valori di eguaglianza, tolleranza e moderazione» (art. 1, comma 3). Sia la

dei diritti e degli obblighi dei coniugi nella famiglia come comunione di vita. A tutto ciò, si aggiunge oggi, alla luce della recente avanzata dei talebani in Afghanistan, la polverizzazione di due decenni di progressi, di progetti e di avanzamento culturale che negli ultimi venti anni le donne afgane avevano, seppur a fatica, conquistato¹⁶. La frantumazione dell'equilibrio che le donne avevano raggiunto presagisce lo scenario che si sta delineando, dal momento che i diritti nel mondo islamico sono fondati e conformati alla *sharia*¹⁷, che assume significati diversi a seconda del regime politico esistente; ecco perché non è infondata l'inquietudine di un ritorno ad una versione integralista¹⁸ della *sharia* in Afghanistan.

La tutela dei rapporti familiari è strettamente raccordata al riconoscimento e all'attuazione dei diritti umani¹⁹, la cui restrizione (incomprensibile agli occhi dell'uomo

Dichiarazione islamica dei diritti dell'uomo sia la Carta araba sono strettamente vincolate al rispetto della "sharia", manifestando così la diversità del modello musulmano rispetto al modello sociale occidentale. Per approfondimenti di natura finanziaria e giuridica si rimanda a T.V. RUSSO, *I contratti Shari'a compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi. Contributo allo studio*, Napoli, 2014.

¹⁶ L'estate del 2021 (ed in particolare i giorni del 15 e 16 agosto) verrà ricordata per la connotazione altamente drammatica assunta dalle vicende successive alla ritirata delle truppe americane dall'Afghanistan e al contestuale avanzamento del fronte talebano per la riconquista di Kabul che verosimilmente condurrà, ed in vero ha già condotto, ad una radicale involuzione dei rapporti familiari specie con riferimento alla condizione delle donne. Le prime notizie, dopo la presa della capitale, invocano l'istituzione, attraverso negoziati, di un governo unito, inclusivo e rappresentativo, anche con la partecipazione equa delle donne. Le testate giornalistiche hanno diffuso che «i talebani mediano per un governo "inclusivo"» manifestando l'intenzione di collaborare con gli altri esponenti politici e incoraggiando il popolo a tornare al proprio lavoro e al proprio stile di vita con piena fiducia; le parole del leader dei talebani promettono di «garantire la sicurezza per una vita pacifica» (*stampa.it*) e la rappresentanza delle donne nel governo ma sotto la *sharia*. Se questa situazione condurrà ad una prima forma di governo para-democratico o ad un ritorno al medioevo 2.0. solo il tempo lo potrà dire, resta solo l'amarezza di avvertire sotto questa calma silenziosa il fiume carsico della paura, emerso già con alcuni attentati all'aeroporto di Kabul che lasciano trasparire la disfatta dell'occidente.

¹⁷ Con il termine *sharia* (*Shari'ah* o *sharia*, in arabo شريعة *shari'a*, significa letteralmente "strada battuta", "il cammino che conduce alla fonte a cui abbeverarsi") è definita la legge islamica che, differentemente dagli ordinamenti di *civil law* e dalla gerarchia delle fonti (fatta eccezione per le consuetudini), non è un testo scritto ma è un insieme di principi etici e morali attinti dal Corano, dai racconti di Maometto e dalle consuetudini (la Sunna, in arabo سنة consuetudine, abitudine, costume), con lo scopo di realizzare una sorta di codice di condotta, un complesso di regole di vita e di comportamento per la condotta morale, religiosa e giuridica dei fedeli; tuttavia questo complesso di regole tende ad assumere significati e interpretazioni differenti a seconda del potere politico emergente. Anche la Costituzione afgana del 2004 evidenzia come nessuna legge in Afghanistan può essere contraria ai principi e alle disposizioni della sacra fede dell'Islam e, quindi, della *sharia*, come interpretata dal potere dominante.

¹⁸ Rappresentata da tutte quelle rigide regole che arginano la vita sociale e personale di tutta la popolazione ma soprattutto delle donne. Si pensi al precetto coranico per cui la donna non deve rivelare, fuori dalla famiglia, la sua bellezza, costringendola ad un determinato abbigliamento (che si traduce nell'indossare una particolare tipologia di copricapo: *hijab*, *Al-Amira*, *chador*, *kehimar*, *niqab*, *shayla* e *burqa*) e non deve studiare né lavorare o uscire di casa senza un accompagnatore di sesso maschile; oppure, si pensi alla pena di morte per le persone omosessuali, etc. Dopo aver preso il controllo di Kabul l'emirato islamico ha comunicato la volontà di un governo mite, in cui le donne non siano vittime, prevedendo la loro presenza nelle strutture di governo sulla base di quanto prevede la *sharia*.

¹⁹ Per una disamina approfondita si rimanda a: C. ZANGHÌ e L. PANELLA, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, 4ª ed., Torino, 2019; *I diritti umani nella giurisprudenza e nella prassi del diritto internazionale ed europeo*, a cura di L. Panella, Torino, 2013. Con riferimento ai diritti umani la dottrina, specialmente di settore, si è interrogata in merito alla loro universalità o relatività, poiché la negazione dell'esistenza di valori universali ha delle importanti ricadute sul principio di uguaglianza. Sul punto, oltre la dottrina citata, si rimanda a P. PIRRONE, *L'ordine pubblico di prossimità tra tutela dell'identità culturale e rispetto dei diritti dell'uomo*, in *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, a cura di G. CATALDI e V. GRADO, Napoli, 2014, pp. 147-173; G.

occidentale, poiché si tratta di diritti fondamentali ed essenziali della persona e come tali imprescrittibili, inalienabili, irrinunciabili ed universali) da parte del sistema ordinamentale determina un “affievolimento” dei rapporti familiari secondo il principio di uguaglianza e democraticità. Falcidiare *status* familiari sul presupposto che l’ordine pubblico del Paese ospitante determini il loro evaporatione non può costituire prassi di un ordinamento che individua nell’“interesse” la principale concezione del diritto²⁰.

L’esegesi dei diritti umani nella prospettiva assiologica è virtuosa rappresentazione delle relazioni intersoggettive meritevoli di tutela in un paesaggio giuridico più fedele ai bisogni emergenti che all’espressione letteraria, al fine di superare il conflitto originato dall’istanza (della donna musulmana al riconoscimento dello *status* matrimoniale ovvero del figlio - generato da una unione poligamica - al ricongiungimento familiare) volta ad ottenere il godimento dei diritti e delle connesse posizioni giuridiche. Il diritto guarda alla vita umana nella totalità delle sue esigenze²¹ e la comunità, a cui il diritto è rivolto per la sua conservazione e per il suo miglioramento, influisce sulla gerarchia degli interessi che «nella loro *connessione e globalità* definiscono un dato tipo di vita sociale»²².

Con l’intento di non comprimere oltremodo la soggettività della donna musulmana nullificandone gli *status* familiari che invece rappresentano, per l’ordinamento di provenienza, veri e propri diritti quesiti in capo alla donna ed anche ai minori, l’indagine dell’interprete deve tendere alla conciliazione dei punti di confronto fra i principi del sistema musulmano e i principi dell’ordinamento italo-europeo, in ambiti quali i diritti umani, il diritto di famiglia, la libertà religiosa, al fine di gestire e regolamentare, laddove fosse possibile, l’attribuzione di effetti giuridici che l’ordinamento interno e internazionale non può non riconoscere, dalla successione alle obbligazioni, alle libertà al lavoro e così via, senza dunque sganciare queste fattispecie dai paesaggi sociali della famiglia occidentale,

ROSSOLILLO (a cura di), *Diritti umani e diritto internazionale privato e processuale: pluralismo, relativismo e flessibilità*, in *Dir. um. dir. int.*, 2014, fasc. 8, pp. 519 ss.

²⁰ Il teorico del diritto nella costruzione delle categorie della scienza giuridica incrocia il cammino di altre scienze che presentano radici comuni che sono imprescindibili per una corretta ricostruzione del fenomeno giuridico. In particolar modo la principale concezioni del diritto è fondata sulla teoria dell’interesse, che ha trovato approfondita e articolata elaborazione nella cultura giuridica germanica (tra tutti, R. VON JHERING, *La lotta per il diritto*, trad. it a cura di R. Mariano, Roma-Bari, 1960) e nella ricostruzione assiologica della prospettiva di A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche, il concetto del diritto*, 6^a ed., Milano, 2008, spec. pp. 260 ss.

²¹ La ricostruzione è di A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., spec. p. 381, ove l’A. nel ricostruire «il diritto come sistema di interessi e valori» espressamente rileva che «la vita umana è considerata dal diritto come una realtà indiscriminata e globale». Il collegamento tra l’insieme degli interessi e dei valori (sia quelli positivi che quelli negativi) e la vita comune costituisce metro identificativo dei valori giuridici come valori sociali. Ecco che per la scienza del diritto «la comunità di uomini non è un semplice strumento destinato all’attuazione dei bisogni: ma è, in sé stessa e immediatamente, interesse e bene» (cit., p. 384) anzi essa «rappresenta (...) il valore fondamentale attorno a cui si instaura una gerarchia di interessi» (cit., pp. 384-385). Giacché la definizione del concetto di diritto è fondata insieme sull’interesse e sul valore «[i]l fatto originario, a cui bisogna risalire per comprendere a fondo la nozione di interesse, è dato dalla stessa esperienza che l’uomo è sempre in grado di fare della vita e d’ogni forma di vita come valore. L’interesse, cioè, è accompagnato da un istintivo sentimento, più tardi da un apprezzamento razionale, della gioia e del dolore, del danno e del vantaggio, del bene e del male, che esso porta sempre con sé» (cit., p. 383). E, poiché «il carattere emergente della realtà umana è costituito dalla spiritualità, consegue che i valori giuridici sono *valori spirituali*. La congiunzione dei caratteri della socialità e della spiritualità, infine, porta i valori giuridici nell’alveo della cultura e li fa apparire come *valori culturali*. [Appare evidente, perciò, che] i valori giuridici si confrontano dapprima con la società e poi con la cultura» (cit., p. 385).

²² A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., p. 385.

nonostante siano diversi gli elementi incompatibili tra le due culture (si pensi alla diversa posizione della donna rispetto all'uomo e, dunque, alla mortificazione del principio di uguaglianza e di parità tra i sessi e tra i coniugi, nonché le discriminazioni fondate su ragioni di sesso).

L'evoluzione storica che ha interessato l'istituto della famiglia è frutto di conflitto di norme del nostro tempo che ne rendono sempre più eterogeneo il panorama. La famiglia non è, *ipso iure*, titolare di un interesse autonomo e superindividuale ma svolge una funzione servente a beneficio dell'interesse individuale dei suoi componenti, specialmente qualora questi siano soggetti deboli e vulnerabili; in particolare la funzione che la famiglia si prefigge di realizzare come "moltiplicatore dei singoli interessi individuali" è raggiungibile attraverso la «doverosa collaborazione con altre formazioni sociali»²³ (si pensi al ruolo dei servizi sociali e a tutti quegli strumenti finalizzati a sostenere le famiglie in modo concertato tra le istituzioni locali e nazionali) e, dunque, essa non realizza la sua funzione «come un'isola»²⁴, ma come un autonomo territorio che è parte ineliminabile di un sistema di istituzioni civili predisposte per uno scopo comune e tutte meritevoli se ispirate nella loro regolamentazione interna al rispetto della pari dignità, dell'eguaglianza morale e giuridica dei componenti, della democraticità. Valori che rappresentano, in uno con la solidarietà, il presupposto, la consacrazione e la qualificazione dell'unità dei diritti e dei doveri nell'ambito della famiglia»²⁵. Ecco che dalla nota metafora di Jemolo il paesaggio familiare appare sempre meno ancorato alle zolle di riferimento, come nel caso delle discussioni in oggetto in relazione all'influenza delle consuetudini culturali e delle diverse libertà religiose che rendono la famiglia un vero e proprio laboratorio interculturale. Dunque, la famiglia anziché costituire un approdo sicuro e saldamente ancorato al suolo, diventa un "piano inclinato" ove si incontrano e scontrano istanze internazionaliste "temperate" dalla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in una concertazione comunicativa tra le Corti²⁶, la Corte costituzionale e la Corte di giustizia dell'Unione europea di Lussemburgo²⁷, nonché la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo²⁸.

²³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed., III, *Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, p. 343, ove l'A. pone in luce la funzione servente della famiglia in cui «a fronte della comunione materiale e spirituale, l'interesse di ciascuno diviene in varia misura interesse degli altri, la convivenza (e i bisogni che il suo svolgimento volta a volta manifesta) è interiorizzata».

²⁴ Il riferimento è alla storica metafora di A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, III (1948-1949), Napoli, 1949, p. 57 e ID., *Pagine sparse di diritto e storiografia*, (scelte e ordinate da) L. Scavo Lombardo, Milano, 1957, p. 241. L'A. ha infatti utilizzato una nota metafora (la famiglia è «un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto») che la dottrina ha nel tempo riproposto e ricordato al fine di sottolineare l'indipendenza e l'autonomia delle regole della famiglia, che ha portato a disquisire di "diritto di famiglia".

²⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., III, p. 343. In particolare, l'A. evidenzia come «[l]a delineata funzione della famiglia, come di ogni altra formazione sociale, chiarisce il senso dell'intervento dello Stato sulla comunità familiare. Esso si traduce nella necessità di rispettare il valore della persona nella vita interna: senza che possano essere addotte ragioni di Stato o interessi superiori "di famiglia", prevalenti su quelli delle parti» (cit., p. 344).

²⁶ Per un approfondimento di carattere generale si rimanda a P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte Costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008.

²⁷ Sull'importante contributo della giurisprudenza della Corte di giustizia nella tendenza evolutiva volta a far prevalere le situazioni esistenziali rispetto alle situazioni di natura patrimoniale cfr., tra le tante, la sentenza Corte giust., 18 ottobre 2011 (in *Dir. fam. pers.*, 2012, fasc. 1, pp. 3-20, con commento di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela dell'embrione e divieto di brevettabilità: un caso di assiologia dirimente nell'ermeneutica della Corte di Giustizia*, pp. 20-38) che accoglie un'impostazione spiccatamente personalistica della questione oggetto di trattazione,

Il dialogo tra le Corti (e dunque tra le culture dei Paesi e le giurisdizioni europee) è finalizzato, più che alla integrazione delle rispettive fonti, a porre le basi di una metodologia ermeneutica costruita su valori condivisi a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, in una prospettiva prettamente solidaristica che, con un approccio in cui la dignità umana assume il ruolo di valore guida dell'ordinamento, fa prevalere la "funzione" della famiglia con le sue endogene matrici di affettività²⁹ rispetto alla sua struttura, esogena e riconosciuta o meno da altri rispetto alla formazione sociale ivi interessata. La declinazione della famiglia, peraltro, non è avulsa dal principio di laicità dello Stato, oltre che dalla equiparazione già avvenuta per legge tra figli legittimi e naturali³⁰, alla concezione che

evidenziando l'importanza che l'analisi venga condotta nel rispetto dei principi fondamentali che garantiscono la dignità e l'integrità dell'uomo. Nell'applicazione di questi principi, che devono essere utilizzati come strumenti di definizione ermeneutica, la Corte di giustizia avvia una prospettiva in cui «il vento flebile» del personalismo, che poteva percepirsi nella giurisprudenza di Lussemburgo soltanto «drizzando l'orecchio», sembra ora spirare più forte. È compito degli interpreti disporsi ad ascoltarlo e diffonderne i benefici effetti nella cultura giuridica» (G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela dell'embrione e divieto di brevettabilità*, cit., p. 38).

²⁸ Il rapporto esistente tra le Corti nazionali e le Corti europee con le rispettive Carte dei diritti è di mutua alimentazione e si realizza in questo modo: «negli ordinamenti nazionali (...) sono le Corti al servizio delle Carte, chiamate a darvi voce ed a renderle vive, effettive; nell'Unione, di contro, la Carta è chiamata a conformarsi alla Corte o, quanto meno, ad essa ad ispirarsi» (A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in *Consulta online*, p. 12). Altresì, la dottrina evidenzia come «è soprattutto il diritto vivente delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo a imprimere al "principio-famiglia" una tale *vis* espansiva da determinarne lo scivolamento sul piano inclinato e mobile di confini sempre più fluidi e "liquidi"» (V. SCALISI, *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, p. 35).

²⁹ A tal proposito basti rammentare come la giurisprudenza anche di merito sottolinea il mutamento del concetto di famiglia (sul punto tra le tante cfr., per la particolare situazione verificatasi, Trib. Roma, sez. I civ., ord. 8 agosto 2014, in: *Foro it.*, 2014, I, c. 2934, cc. 2941-2946, con annotazioni di G. CASABURI, cc. 2962-2964; in *Fam. dir.*, 2014, fasc. 10, pp. 929-933, con commento di M.N. BUGETTI, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*, pp. 933-942), che, nel trascorrere del tempo, si è andato «sempre più sganciando dal dato biologico e genetico degli appartenenti, [poiché la famiglia viene] concepita sempre più come luogo degli affetti e della solidarietà reciproca» (in *Fam. dir.*, 2014, cit., p. 931). La decisione evidenzia espressamente che alla luce del principio di solidarietà familiare «la famiglia è sempre più intesa come comunità di affetti piuttosto che come istituzione posta a tutela di determinati valori, incentrata sul rapporto concreto che si instaura tra i suoi componenti, ne deriva che al diritto spetta di tutelare proprio quei rapporti, ricercando un equilibrio che permetta di bilanciare gli interessi in conflitto, avendo sempre come riferimento il prevalente interesse dei minori coinvolti» (in *Fam. dir.*, 2014, cit., p. 932).

Per un approfondimento sull'evoluzione della istituzione familiare si rimanda a: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., III, spec. pp. 355 ss. ove l'A. analizza la pluralità dei modelli familiari; A. GORASSINI, *Relazioni affettive a struttura variabile non frattuale: qual è il confine ultimo del concetto giuridico di famiglia?* in *Persona e Mercato*, 2020, fasc. 4, pp. 329-333; F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, fasc. 4, pt. 1, pp. 509-529; V. SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie» (il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma)*, in AA.VV., *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 1987, p. 431 ss.; ID., «Famiglia» e «famiglie» in Europa (relazione svolta in occasione del Convegno «Persona e comunità familiare 1982-2012» - Salerno, 28-29 settembre 2012), in *comparazioneDiritto-civile.it*.

³⁰ Con la riforma della filiazione, l. n. 219/2012 e d.lgs. n. 154/2013 [sulla riforma si rimanda a *Filiazione, Commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, a cura di Mir. Bianca, Milano, 2014; P. SCHLESINGER, *Il D.lg. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Fam. dir.*, 2014, fasc. 5, pp. 443-446] si raggiunge il principio dell'unicità dello stato di filiazione e si attribuisce "responsabilità genitoriale" ai genitori in una prospettiva "dialogica" ed inclusiva tra i componenti della famiglia.

Per ulteriori approfondimenti si rimanda al recente contributo di R. AMAGLIANI, *Unicità dello stato di figlio e rapporti di filiazione tra principi e regole*, in questa *Rivista*, 2020, fasc. 4, pp. 749-755.

attribuisce all'assegno di divorzio una funzione diversa rispetto a quella tradizionale³¹, nella prevalenza dell'autonomia riconosciuta dall'ordinamento a condizione che essa non si stagli con barricate ideologiche, semantiche e legislative.

La farraginosità dei modelli multiculturali familiari a confronto è evidente sia rispetto al mondo islamico sia riguardo alle consuetudini presenti nella “cultura africana”³², incline a preservare e rinforzare la solidarietà sociale e nazionale, ove predomina una concezione allargata di famiglia, intesa come gruppo allargato ai parenti prossimi e non limitata a quella nucleare; in questi Paesi “non esiste un diritto di famiglia codificato” e, dunque, per queste culture diverse dall'Occidente la monogamia o la poligamia dipendono unicamente dalle convinzioni personali del singolo individuo, non essendo presente alcun limite normativo. Le “diversità” culturali e sociali tra le persone ed i loro *status*, tuttavia, non devono creare microsistemi a causa delle loro diverse ideologie ma devono tendere ad una contestualizzazione della diversità nella unione dei principi fondamentali, anche se per la società islamica (a differenza della società occidentale che differenzia ordinamento statale e ordinamento religioso) il sistema ordinamentale è modellato sulla religione riconosciuta dal Corano, destinata ad essere immutabile nel tempo, ma che presenta agli occidentali istituti non comprensibili in una società globale che deve trovare nuovi punti di equilibrio tra tradizione e innovazione. In questa visione, dunque, comprendere la poliginia significa riconoscere che l'istituto dell'unione poligamica di fatto non è conforme e meritevole di tutela come tipologia di atto matrimoniale in sé, ma i suoi effetti determinano una interazione con le categorie tradizionali alla luce della relazione affettiva costituita, sciogliendo così la rigidità semantica attraverso l'utilizzo del canone della ragionevolezza che, in particolare in questi contesti, è chiamato a bilanciare le libertà costituzionali nel

³¹ Alla luce dell'orientamento inaugurato dalla Cass. civ., Sezioni Unite, 11 luglio 2018, n. 18287 (in *Fam. dir.*, 2018, fasc. 11, p. 1058 ss.) che, nel dirimere il contrasto interpretativo vertente sui presupposti di attribuzione dell'assegno divorzile, disattendono il criterio dell'indipendenza economica - proposto dalla Prima Sezione che poneva in rilevanza l'indipendenza economica e l'auto-responsabilità delle parti (Cass. civ., sez. I, 10 maggio 2017, n. 11504, in *Fam. dir.*, 2017, p. 636 ss.) -, pongono in ombra il dogma del “tenore di vita”, valorizzando la funzione perequativo-compensativa dell'istituto. Sull'evoluzione dell'assegno di divorzio in queste traiettorie, si rimanda ai seguenti contributi: M. DOGLIOTTI, *L'assegno di divorzio tra clausole generali ed interventi “creativi” della giurisprudenza*, in *Fam. dir.*, 2021, fasc. 1, pp. 41-49; M.N. BUGETTI, *Il divorzio tra intervento giudiziale e autonomia dei coniugi*, *ivi*, 2021, fasc. 1, pp. 34-40; M. SESTA, *Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, fasc. 6, pp. 1177-1200; F. ZAGARIA, *L'assegno di divorzio nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, fasc. 3, pp. 411-448; S. PATTI, *La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, fasc. 2, pp. 454-459; E. AL MUREDEN, *Le nuove funzioni dell'assegno divorzile nello specchio dei “big money cases”*, in *Fam. dir.*, 2019, fasc. 12, pp. 1087-1094; G. CASABURI, *Se ci sei batti un colpo. Nuovi contrasti della giurisprudenza in tema di assegno divorzile*, in *Foro it.*, 2019, fasc. 11, cc. 3502-3503; C. BENANTI, *La funzione dell'assegno di divorzio nel sistema dei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Fam. dir.*, 2019, fasc. 2, pp. 157-168; L. BALESTRA, *L'assegno divorzile nella nuova prospettiva delle Sezioni Unite*, *ivi*, 2019, fasc. 1, pp. 15-19; E. AL MUREDEN, *Solidarietà post-coniugale e compensazione del contributo endofamiliare nel nuovo assegno divorzile*, *ivi*, 2019, fasc. 1, pp. 29-41; C.M. BIANCA, *Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale*, in *Fam. dir.*, 2018, fasc. 11, pp. 955-957; V. CARBONE, *Il contrasto giurisprudenziale sull'assegno all'ex coniuge divorziato tra tenore di vita “paraconiugale” e “dipendenza economica”*, *ivi*, 2018, fasc. 11, pp. 958-963; C. RIMINI, *La nuova funzione compensativa dell'assegno divorzile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, fasc. 11, pp. 1693-1703. Sia consentito, altresì, il rinvio ad A. VESTO, *Revisione dell'assegno post-matrimoniale: dal dogma del “tenore di vita” all’“autosufficienza e autoreponsabilità economica”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, fasc. 11, pp. 1473-1486.

³² Sulle specificità storico culturali dei diritti umani in Africa si rinvia a: C. ZANGHÌ e L. PANELLA, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., spec. pp. 413 ss.; G. PASCALE, *La Dichiarazione universale dei diritti umani nella prassi della Commissione africana e nella giurisprudenza della Corte africana dei diritti umani e dei popoli*, in *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo*, a cura di S. Tonolo e G. Pascale, Torino, 2020, pp. 85-108.

rispetto delle differenze religiose, a garanzia del principio di “solidarietà”³³. La solidarietà rappresenta un principio ontologicamente connesso alla relazione familiare, sia per quanto attiene ai rapporti tra i coniugi o tra le parti di una unione civile, sia ai rapporti tra genitori e figli. Il principio dispiega una forza assistenziale in tutte le formazioni sociali dove si sviluppa la personalità umana e rinviene nella famiglia il luogo primario e privilegiato di sviluppo della personalità dei suoi componenti. Da un punto di vista generale il principio di solidarietà manifesta la sua intensità in tutte le attività che coinvolgono la persona nella compagine sociale, laddove vi siano posizioni e forme di fragilità personale o comunicativa.

La solidarietà è un principio che attraversa trasversalmente tutta la Carta costituzionale³⁴ e che presenta radici storiche profonde a sostegno della realizzazione della personalità dell’individuo nella comunità di riferimento, attraverso un’attività altruistica e disinteressata a beneficio delle persone fragili, deboli o svantaggiate³⁵: la persona, infatti, viene eletta dall’art. 2 Cost. come punto di riferimento e centro di interessi, sia come singolo che nelle formazioni sociali dove, al fine di realizzare la personalità dei propri componenti, si promuove il benessere e il perseguimento della coesione del gruppo di riferimento.

L’importanza del principio rileva anche nel diritto sovranazionale, come si evince dall’art. 2 del Trattato sull’Unione Europea, dalla “clausola di solidarietà” ex art. 222 del Trattato FUE, nonché dal Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, che si basa «sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà». Il principio di solidarietà esprime la sua più intensa carica solidaristica all’interno del consorzio familiare, giacché crea le basi per una “comunità di affetti” finalizzata alla cura e all’assistenza dei propri componenti, sui quali grava un obbligo reciproco di assistenza materiale e morale³⁶, indipendentemente dalla “natura della formazione sociale” (sia un matrimonio che una convivenza *more uxorio*, sia una unione civile tra persone dello stesso sesso). Attraverso tale prospettiva la famiglia da comunità istituzionale diventa comunità di solidarietà, famiglia degli affetti³⁷, indipendentemente dai legami biologici che legano i suoi componenti, sul presupposto che la “solidarietà familiare” trovi nelle regole che la famiglia si pone una sua autonoma forza e legittimazione.

³³ Per una disamina approfondita del principio di solidarietà, dal suo essere un “dovere morale” e una regola giuridica che la comunità deve essere capace di “produrre” a fruizione e a garanzia delle persone fragili, si rinvia a S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, 2016.

³⁴ Si pensi alla solidarietà costituzionale con riferimento al diritto alla salute, ex art. 32 Cost., o al diritto allo studio, ex art. 34 Cost., o al diritto di proprietà, ex art. 42 Cost.

³⁵ Ad esempio la realizzazione di queste finalità avviene attraverso l’art. 119, comma V, Cost., che promuove la «solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l’effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni».

³⁶ Nella prospettiva di sostegno a beneficio delle persone fragili all’interno di un nucleo familiare milita anche la legislazione di settore [tra cui si pensi: alla l. 8 novembre 2000, n. 328, che nell’adottare un approccio volto a risolvere le situazioni «di bisogno e di disagio individuale e familiare» (art. 1, comma I, l. n. 328/2000) utilizza una prospettiva che riconosce la centralità della persona umana soprattutto nel contesto familiare, il quale riceve un sistema integrato di interventi e servizi sociali in particolare dall’art. 16 (rubricato “Valorizzazione e sostegno delle responsabilità familiari”) della legge, che conferisce alla famiglia un importante ruolo di sostegno dei propri componenti; alla tradizionale funzione di solidarietà economica attribuita all’assegno di divorzio, nonché alla normativa di carattere generale per il sostentamento alimentare in caso di stato di bisogno (come l’obbligazione alimentare ex artt. 433 ss. c.c.)].

³⁷ Per la rilevanza giuridica dei fatti di sentimento si rinvia, per tutti, ad A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, ora in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II. dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 437 ss.

La solidarietà assume, oggi, connotati peculiari soprattutto alla luce delle istanze interculturali, che le attribuiscono una funzione dinamica in continua evoluzione, in relazione alle esigenze dei consociati, manifestando così una essenza altruistica a beneficio della persona, senza alcuna distinzione di nazionalità, attraverso iniziative individuali e/o collettive a sostegno dei bisogni e delle necessità dell'uomo. Attraverso questo principio si contribuisce all'integrazione nella società delle persone fragili e svantaggiate o appartenenti ad etnie e culture diverse, realizzando così un modello antropologico di solidarietà a garanzia dell'uguaglianza sostanziale (ex art. 3, comma II, Cost.). Nel bilanciamento tra libertà costituzionali e differenze religiose, la forza inclusiva della "solidarietà familiare" non può essere affievolita anche all'interno di quelle formazioni sociali che attestano una diversità culturale³⁸.

L'ordinamento si relaziona con il fenomeno religioso nel contesto della propria identità culturale; e pertanto la ragionevolezza è chiamata ad effettuare un bilanciamento degli interessi nel rispetto dell'uguaglianza sostanziale (art. 3, comma II, Cost.) e delle libertà costituzionali (artt. 8, 19 e 21 Cost.), poiché non solo la libertà religiosa «non può avere valenza discriminatoria sulla cittadinanza»³⁹ ma soprattutto la «società multiculturale, calata in un sistema ispirato al principio di laicità, non può essere costruita su valori religiosi esclusivi»⁴⁰.

La frizione con i principi dell'ordine pubblico può spingersi fino a negare l'applicabilità della normativa interna, prevista in tema di matrimonio, ad una famiglia non fondata sul matrimonio, semmai anche poligamica?

In altri termini, la questione attiene alla possibilità di estendere l'applicabilità di una disposizione (topograficamente collocata tra le previsioni normative del matrimonio, dell'unione civile o della convivenza qualificata) ai componenti di un nucleo familiare poligamico, nella considerazione e nel bilanciamento secondo ragionevolezza⁴¹ degli interessi in concreto meritevoli di tutela⁴².

³⁸ Quest'approccio ermeneutico finisce con l'attribuire alla diversità culturale un ruolo determinante, dal momento che un riconoscimento totale o parziale, maggiore o minore, della identità culturale, determinerà il "grado di effettività dei diritti umani". Per approfondimenti sull'integrazione degli stranieri, a tutela della loro diversità culturale si rimanda a C. RICCI, *Diritti fondamentali, multiculturalismo e diritto alla diversità culturale: appunti a margine della Convenzione Unesco sulla protezione e promozione della diversità culturale*, in *Dir. uomo*, 2007, fasc. 1, pp. 49-55.

³⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., III, p. 156.

⁴⁰ P. PERLINGIERI, *ult. op. cit.*, pp. 156-157. Per una indagine sulla emersione dei valori globali nella mobilità delle persone, che desiderano conservare i propri spazi di identità culturale, pur decidendo di vivere in una differente realtà culturale che diventa destinataria di una istanza delle molteplici esigenze etnico-culturale, si rimanda a *Multiculturalismo e identità*, a cura di C. Vigna e S. Zamagni, Milano, 2002. Dal testo, dove si riportano le due soluzioni esistenti in letteratura (una per sottrazione e una per addizione), emerge una riflessione ulteriore che tende a valutare come percorribile un atteggiamento differente, in cui le molteplicità etnico-culturale vengono solo registrate nell'ordinamento ospitante e non sottoposte ad un rigido controllo di conformità.

⁴¹ La ragionevolezza «non è (...) un oggetto da trovare in fondo ad una scatola, ma un percorso di pensiero. È un modello di discussione, non un martello di decisione»: P. FEMIA, *Ordine pubblico: la politica nel diritto*, cit., p. XXXI. Il funzionamento della ragionevolezza, peraltro, dipende dal sistema ordinamentale complessivamente inteso e valutato in una dimensione circolare il cui perno si rinviene nella Costituzione: sul punto A. RUGGERI, *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Ars interpretandi*, 2002, p. 261 ss.

⁴² Sul punto A. GORASSINI, *Relazioni affettive a struttura variabile non frattale*, cit., p. 330, ove l'A. propone un significativo ragionamento sulla questione «Tra gli estremi, le terre di mezzo: dalla famiglia parallela (alternativa sociale alla poligamia riconosciuta) alla immigrazione programmata dei minori in cerca di futuro».

L'ordinamento italiano, prevedendo la discriminante della libertà di stato di cui all'art. 86 c.c.⁴³, ammette e legittima un rapporto di coniugio esclusivamente monogamico⁴⁴ che, dunque, non consente di riconoscere e legittimare *tout court* una poliginia di stampo musulmano, perché non conforme all'ordine pubblico, sia perché vige il divieto di bigamia⁴⁵ sia perché un rapporto siffatto si pone in contrasto con gli artt. 3 e 29 della Costituzione.

Ed è proprio per casi siffatti che, sfuggendo a cieche soluzioni astratte e assolutizzanti, è necessario utilizzare il criterio della ragionevolezza⁴⁶, bilanciando i diversi

⁴³ Libertà di stato che coinvolge anche i rapporti di diritto internazionale privato. Infatti, ai sensi dell'art. 27, "Condizioni per contrarre matrimonio", della l. 31 maggio 1995, n. 218, «La capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio. Resta salvo lo stato libero che uno dei nubendi abbia acquistato per effetto di un giudicato italiano o riconosciuto in Italia».

⁴⁴ Il principio che la monogamia, in quanto principio di ordine pubblico, vale anche per lo straniero (per le unioni che egli effettuerà nel territorio italiano) a prescindere dal fatto che il suo ordinamento ammetta la poligamia, si rinviene unanime in giurisprudenza e tra le pronunce più rilevanti si segnala la decisione del Trib. Ancona, sez. I, 2 novembre 2019, n. 1861 (in *DeJure*): «Secondo il diritto italiano, chi è vincolato da precedente matrimonio non può contrarre un nuovo matrimonio: la libertà di stato è un impedimento non dispensabile (art. 86 c.c.) previsto a pena nullità (art. 117 c.c.). La condizione della libertà di stato è tradizionalmente considerata una norma di applicazione necessaria in quanto rispondente all'ordine pubblico. A corroborazione di tale conclusione rileva la circostanza che la bigamia non infrange solo il divieto posto dalla norma civilistica di cui all'art. 86 c.c. ma integra la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 556 c.p. Ciò perché il nostro ordinamento aderisce ad una visione monogamica del matrimonio e non ammette che chi non abbia libertà di stato possa contrarre nuovo vincolo matrimoniale. Trattandosi di impedimento che risponde a principi di ordine pubblico, lo stesso vale anche per lo straniero, a prescindere dal fatto che il suo ordinamento ammetta la poligamia. In definitiva, trattasi di una nullità assoluta ed insanabile che può essere fatta valere senza limiti prescrizionali anche dal coniuge (art. 117 c.c.) e la pronuncia che la accerta ha una efficacia *ex tunc*».

⁴⁵ Stante la disciplina *ex art.* 556 c.p. e la giurisprudenza in materia che evidenzia la sussistenza di un dolo eventuale per l'integrazione del reato, con la specificazione che il bigamo non può neanche dichiarare di avere contratto il secondo matrimonio nell'erroneo convincimento che il primo non fosse produttivo di effetti civili, giacché l'art. 5 c.p. non ammette ignoranza in merito (cfr., Cass. pen., sez. VI, 18 maggio 1973, n. 6138, in *CED Cass. pen.*, 1973); nell'ipotesi aggravata di cui al comma secondo dell'art. 556 c.p., inoltre, «il secondo coniuge del bigamo è, insieme al primo coniuge, persona offesa del reato, poiché, pur avendo concorso come coautore materiale alla realizzazione del delitto (che è necessariamente bilaterale), è, al tempo stesso, vittima dell'inganno posto in essere dal bigamo, sicché, conseguentemente, ha diritto ad essere avvisato della richiesta di archiviazione, qualora abbia chiesto di esserne informato» (Cass. pen., sez. VI, 19 maggio 2015, n. 25957, in *CED Cass. pen.*, 2015). Questa estensione dipende dal bene oggetto di tutela, poiché «se è pur vero che oggetto specifico della tutela penale prevista dall'art. 556 c.p. è l'interesse dello Stato a garantire l'ordinamento giuridico familiare, per quanto attiene all'istituto del matrimonio monogamico, il reato assume anche i connotati di reato "plurioffensivo" perché incide sullo status acquisito dal coniuge del primo matrimonio. Pertanto, mentre nel caso di bigamia previsto dall'art. 556, comma 1, c.p., persona offesa dal reato è il primo coniuge del bigamo, nell'ipotesi aggravata prevista dal primo capoverso dello stesso art. sono persone offese tanto il primo quanto il secondo coniuge, poiché quest'ultimo, pur avendo concorso con la sua opera, come coautore materiale, alla realizzazione del delitto (che è reato necessariamente bilaterale), è al tempo stesso vittima dell'inganno posto in essere dall'altro coniuge» (Cass. pen., sez. VI, 4 dicembre 2008, n. 331, in *Guida dir.*, 2009, p. 65).

⁴⁶ Come efficacemente rilevato la ragionevolezza, che funge da imprescindibile criterio ermeneutico, «rappresenta il criterio argomentativo, "il filo conduttore di ogni ragionamento giuridico che conduce alla definizione di un caso concreto attraverso la comparazione, il temperamento, il bilanciamento tra opposti interessi e valori secondo le direttive dell'ordinamento vigente". La ragionevolezza, al pari di qualsiasi nozione flessibile, non è concepibile "isolatamente da tutte le altre", come queste ultime non sarebbero concepibili senza di essa. Pertanto, è fuori luogo prospettare che le soluzioni dei casi concreti siano raggiungibili senza far

principi e i relativi interessi meritevoli di tutela valutando quale, per la situazione concreta, debba trovare accoglimento. Nella prospettiva bettiana, infatti, «l'ordinamento giuridico non è né qualcosa di bell'e fatto (come può credere una visione statica e immobilizzante, alla Kelsen), né un organismo che si sviluppi da sé per mera legge naturale: è qualcosa che non è, ma si fa, in accordo con l'ambiente sociale storicamente condizionato, proprio per opera assidua d'interpretazione»⁴⁷.

1.1. Ordine pubblico interno e internazionale con riferimento alle unioni matrimoniali poligamiche: la "registrazione" sociale del fenomeno e i suoi riflessi in tema di effettività giuridica delle unioni non monogame

La presente indagine, perciò, muovendo le coordinate dall'importanza del riconoscimento di valori universali, è finalizzata a confermare come un pieno e totale rispetto dei diritti umani sia subordinato al riconoscimento di tutte quelle consuetudini culturali, legittime nei Paesi di provenienza, che rafforzano lo *status*⁴⁸ della persona la cui istanza di interesse è oggetto di valutazione.

Innanzitutto, è bene precisare cosa si intenda per poligamia: il termine deriva dal latino tardo *polygamia*⁴⁹ ed indica una unione matrimoniale di un uomo con più donne, tipica

ricorso alla ragionevolezza o con l'esclusivo utilizzo di altri "concetti"» (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed., II, *Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, p. 401).

⁴⁷ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, p. 34 ss.

⁴⁸ Sul concetto di *status* la letteratura civilistica è particolarmente vasta. Per un approfondimento si rimanda, senza spirito di esautività, a: M. RICCIARDI, *Status, Genealogia di un concetto giuridico*, Milano, 2008; G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Bari-Roma, 1993; P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, fasc. 3, pp. 209-229.

⁴⁹ Poligamia è una parola composta derivante dal latino tardo *polygamia* a sua volta dal greco *πολυγαμία*, derivante da *πολύγαμος* (composta da *πολυ-*, «poli-» forma compositiva di *πολύς* «molto» e *γάμος*, «nozze») che sta a significare «molte nozze» e, specificatamente, con il termine "poliginia" si indica l'unione dell'uomo che può avere più di una moglie. La poligamia è legale solo per i musulmani, i quali possono contrarre questa unione anche in alcune regioni della Indonesia e in altri Paesi (come per es. Nigeria e Sud Africa) dove i matrimoni poligamici fra musulmani sono riconosciuti legalmente in base a legge consuetudinaria.

L'unione poligamica, infatti, non è un elemento distintivo solo della cultura islamica ma costituisce una pratica perseguita anche da altre culture, come da alcune Comunità mormone presenti in alcuni Stati americani che, tuttavia, a differenza della poligamia di matrice musulmana che ha basi radicate nel contesto giuridico islamico, si caratterizzano per una pratica che assolve ad una esigenza religiosa della comunità ma che non ha un corrispondente riconoscimento giuridico. Per un approfondimento del fenomeno della poligamia, sia in termini generali che con riferimento alla poligamia definita mormona, si rimanda a V. PETRALIA, *La dimensione culturale e religiosa dei modelli familiari. Il caso dei matrimoni poligamici*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, fasc. 2, pp. 607-664, spec. p. 638 ss. e p. 649 e 655 ss. In queste parti l'Autrice si sofferma nell'analisi della poligamia "mormona" che, a differenza della poligamia c.d. islamica, non costituisce un "modello di importazione" ma si sviluppa come fenomeno autoctono di una minoranza all'interno della cultura dominante, sebbene anche in questo caso le giovani ragazze appartenenti a queste comunità sembrerebbero essere assoggettate ad una cultura che le costringe (non formalmente ma sostanzialmente) al matrimonio e alla privazione delle loro libertà.

Inoltre, l'Autrice estende l'indagine alla questione delle famiglie poligamiche di origine straniera, oltre alle famiglie di origine musulmana, anche alle famiglie di origine cinese (cit., p. 644) le cui pratiche del concubinato e della poligamia erano «viste come riflesso di una *slave-like mentality* in contrasto con un ordinamento fondato sulla democrazia partecipativa» (cit., p. 645). Con l'intento di adoperare l'istituto matrimoniale anche come filtro ai flussi migratori, gli Stati Uniti hanno emanato apposite leggi a livello federale volte ad evitare l'ingresso di seconde mogli e concubine nel territorio, basando le pronunce sulla teoria del pregiudizio, considerato nella misura in cui se «un fatto cagiona un pregiudizio alla società, lo Stato è legittimato a imporre limitazioni alla sfera privata della persona e, nel caso di specie, anche alla sua *freedom of religion*» (cit., p. 652).

delle società patriarcali o ammessa da talune religioni storiche come l'Islam; il matrimonio poligamico, inoltre, si contrappone al matrimonio poliandrico⁵⁰ (tendenzialmente vietato nei Paesi che legittimano unioni poliginiche).

La dottrina attenta a queste tematiche evidenzia che «la poligamia – o poliginia, ad essere precisi: non più coniugi ma più mogli – sia prevista come del tutto normale dal Corano, è noto a tutti, e tutti o quasi coloro che lo sanno si ritengono informati intenditori dell'Islam; ma come può aversi allora in oggi una situazione di contrasto esemplare verso la fonte divina come accade in Tunisia [o in Turchia] ove la poligamia è in assoluto vietata dalla Costituzione, o come accade in Marocco, ove per il nuovo diritto di famiglia la poligamia è diventata testualmente un istituto eccezionale? Forse che il Corano è così rinnegato, aggirato, corretto? Assurdo; la verità è molto più semplice, e fa onore ai giuristi islamici che hanno saputo motivare e far scegliere nel loro ordinamento queste soluzioni»⁵¹.

Da queste brevi osservazioni traspare quella che è l'ideologia della poligamia, che raffigura la contrazione di un matrimonio poliginico (appunto in cui un uomo è legato a più donne) che, seppur confligente con i caratteri del negozio matrimoniale secondo il diritto italiano, non rappresenta una unione totalmente sconosciuta alla storia dell'ordinamento italiano (si pensi agli istituti *in favorem fidei*, come il privilegio petrino⁵², che

⁵⁰ Poliandria è una terminologia composta da “*poli-*” (dal greco πολυ-, forma compositiva di πολυς «molto» e “*-andria*” (-ανδρία, derivato di ἀνὴρ ἀνδρῶς «uomo»), derivante dal greco πολυάνδρος, che indica una donna «che ha molti sposi».

⁵¹ S. LA CHINA, *Che cosa studiano le matricole di giurisprudenza in una Facoltà araba?* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, fasc. 4, p. 1415 ss., ove si legge che «Dispone il nobile Corano, nella *sura* 4 «Le donne», versetto 3, “... sposerete le donne che vi piacciono, due o tre o quattro, ma se temete di non essere giusti con esse ne sposerete una sola ...”, e questa ipotesi di diverso trattamento tra le mogli, quale più desiderata e ben voluta quale negletta o maltrattata, apre la strada ad una serie di inevitabili deduzioni: violazione della parità di diritti fra le mogli, dunque danno per la moglie che subisce tale violazione, dunque suo diritto ad evitare il danno non consentendo all'ulteriore matrimonio del marito, o infine, se ciò non basta ad evitare l'avverarsi della situazione dannosa, possibilità per la moglie così esposta al danno di far sciogliere legalmente il proprio vincolo». Per approfondimenti di carattere generale si rinvia a ID., *Studi di diritto processuale islamico*, Genova, 2018; altresì, con maggiore attinenza al diritto di famiglia si rimanda a J. LONG, *Islam e diritto della famiglia e minorile: spazi e limiti di dialogo*, in *Quad. dir. pol. ecl.*, 2019, fasc. 1, pp. 111-133.

⁵² Il diritto matrimoniale canonico, infatti, disciplina gli istituti *in favorem fidei* (privilegio paolino, privilegio petrino, scioglimento in favore della fede), i quali, da un lato, possono contribuire a promuovere la più ampia libertà religiosa dei fedeli e, dall'altro lato, contemplano una tutela giuridica a favore di tutti coloro che (si pensi ai migranti e ai rifugiati), seppur già sposati, intendano, a seguito della conversione e della ricezione del battesimo, passare a nuove nozze con una parte che consenta di esercitare liberamente i dettami della propria fede. Nel solco dell'attenzione che la Chiesa cattolica ha manifestato verso il fenomeno migratorio è stato evidenziato come «la condizione del fedele migrante favorisce la costituzione nel popolo di Dio di un diritto-dovere fondamentale di attingere Dio e di salvarsi, senza rinnegare né rinunciare alla propria identità. Occorre dunque che il diritto canonico assicuri tutte le condizioni atte a consentire uno sviluppo armonico del proprio diverso modo di esprimere e di incarnare l'unità ecclesiale, che è comune a tutti nel popolo di Dio. È la *communio* il fondamento che deve guidare l'azione della Chiesa verso i migranti: essa consente l'affermarsi di una pastorale specifica, la cui principale caratteristica è la capacità di adattarsi e rinnovarsi» (F. GRAVINO, *Il favor fidei tra disciplina canonica e tutela dei migranti*, in *Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III*, 2019, n. 9, p. 22). Per una disamina approfondita si rimanda all'intero contributo dell'A., *ult. op. cit.*, pp. 19-42 ed a: S.E.R. Mons. Prof. D. SALACHAS, *Lo scioglimento del matrimonio non-sacramento in favore della fede*, in *Iura Orientalia*, 2010, VI, pp. 207-231, spec. pp. 210-215, con precipuo riferimento al privilegio petrino; F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *Privilegio petrino e “legge suprema”: considerazioni minime sul can. 1752 del CIC*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2014, fasc. 1, pp. 1-5. La dottrina (F. GRAVINO, *Il favor fidei*, cit., pp. 37-42) richiama la normativa canonica a tutela dei migranti, ricordando le diverse fattispecie previste dal legislatore canonico in materia di *favor fidei*. «Il privilegio paolino costituisce la prima ipotesi codificata di scioglimento (cann. 1143-1147 CIC 83), quale eccezione al principio di indissolubilità. È questo il caso di un

evidenziano l'attualità di tali strumenti), che invero con le sue reminiscenze arcaiche⁵³ mostra una atavica propensione a realizzare «una funzione promozionale della più ampia

matrimonio contratto tra due non battezzati, la cui unione resta indissolubile fin quando essi restino non battezzati. Se invece una delle due parti si converte e riceve il battesimo in corso di matrimonio, possono verificarsi due ipotesi: se l'altra parte, pur non ricevendo a sua volta il battesimo, continua a vivere con il coniuge convertito senza impedirgli la professione e l'esercizio della propria religione, il matrimonio resta indissolubile e non è possibile invocare il privilegio paolino; parimenti accade, se l'altro coniuge si converte e anch'egli riceve il battesimo. Se, invece, a seguito della conversione e della ricezione del battesimo, l'altra parte intende separarsi o non è disposta a convivere pacificamente e senza offesa al Creatore, si perfeziona la possibilità di invocare il privilegio in esame e il matrimonio può essere sciolto in favore della fede. Tale seconda ipotesi evidenzia dunque il contrasto tra il *bonum fidei*, quale valore strettamente connesso alla *salus animarum*, e il principio di indissolubilità: il bilanciamento sarà a favore del primo e consentirà l'applicazione di questa forma di scioglimento, che si avrà solo a seguito delle nuove nozze contratte dal fedele» (cit., pp. 37-38). Tra le fattispecie «*in favorem fidei* [vi] è quella, molto discussa in dottrina, del privilegio petrino, che racchiude quei casi non rientranti nel privilegio paolino ma che si fondano sulla potestà vicaria del Romano Pontefice. Questa ipotesi di scioglimento appare quanto mai attuale: il riferimento è infatti alla poligamia/poliandria (can. 1148 CIC 83) e alla prigionia o persecuzione che impedisce la convivenza coniugale (can. 1149 CIC 83). Se l'unità costituisce una proprietà essenziale del matrimonio canonico, certamente la poligamia è in diretto contrasto con questa. Il poligamo che si converte alla fede cristiana e riceve il battesimo nella Chiesa cattolica deve, dunque, rinunciare alla propria condizione di provenienza e potrà farlo o rimanendo con la prima persona con cui si è unito in matrimonio o, se per lui/lei è gravoso, potrà scegliere la comparte che vuole dopo aver allontanato le altre, che non saranno più considerate mogli/mariti. La celebrazione del successivo matrimonio determinerà lo scioglimento del primo vincolo. Anche in questo caso il *favor fidei* prevale sul *favor matrimonii*» (cit., p. 39). L'A. richiama anche una terza fattispecie, «l'unica ad avere un riferimento normativo *extra Codicem*, [che] ha ad oggetto lo scioglimento del matrimonio non sacramentale *in favorem fidei*. La relativa disciplina è, infatti, oggetto delle Norme *Potestas Ecclesiae*, approvate da Giovanni Paolo II il 16 febbraio 2001 ed emanate dalla Congregazione per la Dottrina della Fede il 30 aprile dello stesso anno» (cit., p. 40).

Il privilegio petrino, che realizza uno scioglimento di cui viene a godere un fedele per concessione del Romano Pontefice, è dettagliatamente disciplinato dal codice canonico, la cui lettura richiama la fattispecie oggetto di indagine.

Can. 1148 - §1. Il non battezzato che abbia contemporaneamente più mogli non battezzate, ricevuto il battesimo nella Chiesa cattolica, se per lui è gravoso rimanere con la prima di esse, può ritenerne una qualsiasi licenziando le altre. Lo stesso vale per la moglie non battezzata che abbia contemporaneamente più mariti non battezzati.

§2. Nei casi di cui nel §1, il matrimonio, dopo che si è ricevuto il battesimo, deve essere contratto secondo la forma legittima, osservando anche, se necessario, le norme sui matrimoni misti e le altre disposizioni del diritto.

§3. L'Ordinario del luogo, considerata la condizione morale, sociale ed economica dei luoghi e delle persone, curi che sia provveduto sufficientemente alle necessità della prima moglie e delle altre licenziate, secondo le norme della giustizia, della carità cristiana e dell'equità naturale.

Per ulteriori approfondimenti si rimanda a J. FÜRNRANZ, *Privilegium Petrinum - Katholisch*, in ed., *Lexikon für Kirchen- und Staatskirchenrecht*, III. L-R, a cura di H. Hallermann, Th. Meckel, M. Droege, H. De Wall, Paderborn, 2020, pp. 689-691; E. GÜTHOFF, *Das Privilegium Petrinum. Die Auflösung einer nichtsakramentalen Ehe durch päpstlichen Gnadenakt*, in *De Processibus Matrimonialibus*, 2002, pp. 245-257.

⁵³ Si pensi a quando nel 1537, innanzi «alle nuove esigenze pastorali intervenne Papa Paolo III, che (...) emanò la Costituzione apostolica *Altitudo*. Egli regolò il trattamento dei poligami convertiti che volevano farsi battezzare, stabilendo che se il poligamo, prima della conversione, avesse avuto più mogli senza tuttavia ricordare quale avesse preso per prima, a seguito della conversione avrebbe potuto scegliere quale prendere tra quelle, sposandola nuovamente; se invece avesse ricordato quale fosse stata la prima moglie, avrebbe dovuto lasciare le altre e tenere con sé la prima. L'intervento pontificio non risolse tutti i problemi che il fenomeno migratorio poneva: con la Costituzione apostolica *Romani Pontificis* del 1571 Pio V regolò anche i casi in cui il poligamo convertito, pur ricordando chi fosse la moglie legittima, avrebbe voluto sposare una delle altre mogli, in quanto disposta a ricevere il battesimo. Il Pontefice dunque concesse la possibilità al poligamo battezzato di contrarre matrimonio o con la moglie che era stata battezzata prima di lui o insieme a

libertà religiosa dei fedeli [offrendo] una tutela a quanti (anche migranti e rifugiati), seppur già sposati, intendano, a seguito della conversione e della ricezione del battesimo, passare a nuove nozze con una parte che consenta di esercitare liberamente i dettami della propria fede»⁵⁴. La conflittualità dunque è solo apparente, giacché l'ordinamento è già dalla sua Storia propenso ad una integrazione in caso di conversione di un fedele⁵⁵ unito con un matrimonio poligamico. Il ragionamento che percorre le analisi che seguono è volto ad attribuire efficacia e continuità a quelle situazioni giuridiche soggettive legittime in altri Paesi e fragili alla luce del filtro dell'ordine pubblico, adoperato senza le strumentazioni assiologiche. Non si tratta di riconoscere efficacia all'istituto ma di “registrarne” la fattispecie ai fini dell'attribuzione degli effetti ricondotti alla situazione giuridica soggettiva. Invece nelle trame del ragionamento che si sta sviluppando non appare condivisibile l'opinione che assimila la «famiglia poligamica alla famiglia di fatto al fine di riconoscerle lo stesso grado di tutela»⁵⁶, giacché la famiglia di fatto ammessa e riconosciuta dall'ordinamento non può “coesistere” nello stesso momento temporale con altre famiglie di fatto, la cui tutela peraltro viene attribuita ad ognuna di esse in modo diacronico e giammai sincronicamente.

L'ordinamento islamico asseconda uno stile di vita che si caratterizza in funzione della religione rivelata, poiché il sistema giuridico islamico si fonda sul primario ed ineludibile elemento della *sharia* che costituisce una sorta di catechismo per il musulmano, ovvero la legge rivelata che deriva dalla lettura del testo sacro dell'Islam (il Corano⁵⁷) e dalla tradizione, ovvero da un codice di comportamento che deriva dalla consuetudine adottata da Maometto nelle circostanze della vita (*la Sunna*)⁵⁸. Nel diritto dell'Islam, in particolare, la famiglia è riconducibile alla tradizione e agli stili di vita dei credenti islamici ed il matrimonio⁵⁹ (concepito come un contratto e non come un sacramento), in particolare, realizza (non una unione indissolubile e caratterizzata dall'elemento della unicità tra due persone ma) una “alleanza” tra due o più famiglie. In Islam il matrimonio è un contratto privato, che realizza una unione di tipo monoandrico e poliginico, che riconosce assoluta potestà in capo all'uomo, il quale (in relazione alle proprie condizioni economiche) può sposare più mogli (senza compromettere i diritti patrimoniali, *rectius* economici, delle

lui» (F. GRAVINO, *Il favor fidei*, cit., p. 34). Gli interventi pontifici che si susseguirono *in favorem fidei* «consentirono pertanto la possibilità di sciogliere i matrimoni sorti nell'infedeltà sia nel caso della poligamia che in quello della convivenza coniugale impedita da prigionia o persecuzione: la *ratio* era tutelare la fede dei convertiti» (cit., p. 35).

⁵⁴ F. GRAVINO, *Il favor fidei*, cit., p. 41.

⁵⁵ Si legge espressamente «nel dubbio il privilegio della fede gode del favore del diritto» (can. 1150 CIC 83).

⁵⁶ N. COLAIANNI, *Poligamia e società policulturale*, cit., p. 150, ove si legge che «[l']interpretazione [è] plausibile dato che la poligamia equivale sotto l'aspetto sociale ad una situazione che il codice penale definiva come concubinato, il quale è ormai da oltre quarant'anni giuridicamente irrilevante sia a livello penale, perché non è più previsto come reato, sia a livello civile, da quando è caduta la separazione per colpa».

⁵⁷ Il Corano «per i musulmani è “Il libro”, è la parola di Dio e deve essere applicata alla lettera. Esso rappresenta la fonte primaria della Shari' a. I giuristi devono dunque limitarsi nella loro opera a determinare il senso esatto di quelle parole e dargli esecuzione come concetti giuridici» (M. ORLANDI, *La kafāla di diritto islamico, tra diritto internazionale privato e diritto europeo*, Torino, 2021, p. 29).

⁵⁸ Inoltre, nel sistema islamico, dopo il Corano e la *Sunna*, segue in ordine di rilievo «l'*Idjmā* (...) cioè il consenso della comunità dei sapienti su specifiche questioni. Ancora è da menzionare che, dove il Corano non fornisce delle risposte nette, a sua integrazione si è formata la *Usul al fiqh*, un metodo di ragionamento analogico che ha dato luogo alla *Qiyās* (o *Qiyās*)» (M. ORLANDI, *La kafāla di diritto islamico*, cit., p. 30).

⁵⁹ Per approfondimenti N. COLAIANNI, *Poligamia e società policulturale*, cit., spec. pp. 134-136.

precedenti mogli⁶⁰), fino ad un massimo di quattro⁶¹; viceversa, per le stesse motivazioni, l'Islam vieta pratiche come la poliandria, in cui la donna può sposare più di un uomo. Di fatto il matrimonio islamico, caratterizzato da una diversità funzionale dei coniugi, nel quale rapporto la donna è palesemente sottomessa al marito⁶², ha una grande rilevanza sociale e religiosa, ed è espressione della disparità esistente tra marito e moglie (il marito ha diritto all'obbedienza della moglie), considerata la preminenza dell'uomo nella vita familiare (con la conclusione del contratto matrimoniale, salvo che non venga inserita una clausola espressamente contraria, la donna deve seguire il marito ovunque egli voglia andare) al punto da determinare una vera e propria dimensione antropologica delle dinamiche familiari. Il diritto islamico prevede il carattere poligamico del matrimonio⁶³, sebbene questa

⁶⁰ A tal proposito la dottrina sottolinea come il matrimonio poligamico non realizzi una "promiscuità legalizzata" ma una assunzione di responsabilità per assicurare parità di trattamento a tutte le consorti (N. COLAIANNI, *Poligamia e società policulturale*, cit., p. 144; cfr., M. PUGLIESE, *La condizione della donna e il matrimonio nel diritto islamico*, in *Studi storici e religiosi*, 2001, p. 199 ss.).

⁶¹ Cfr. Corano IV, 3: «E se temete di essere ingiusti nei confronti degli orfani, sposate allora due o tre o quattro tra le donne che vi piacciono; ma se temete di essere ingiusti, allora sia una sola o le ancelle che le vostre destre possiedono, ciò è più atto ad evitare di essere ingiusti».

⁶² La donna è sottoposta all'osservanza di doveri quali obbedienza al marito e rispetto della potestà, secondo l'interpretazione che viene data del Corano che recita «Gli uomini sono preposti alle donne, perché Dio ha prescelto alcuni esseri sugli altri e perché essi donano dei loro beni per mantenerle. Le donne devote sono dunque devote a Dio e sollecite della propria castità, così come Dio è stato sollecito di loro; quanto a quelle di cui temete atti di disobbedienza, ammonitele, poi lasciatele sole nei loro letti, poi battetele; ma se vi ubbidiranno, allora non cercate pretesti per maltrattarle; ché Iddio è grande e sublime» (IV, 34).

⁶³ Sono molte altre le differenze esistenti tra l'istituto matrimoniale in occidente e in oriente. Il matrimonio secondo l'ordinamento italiano presenta dei caratteri ricevuti «da una monocultura di evidente origine giudaico-cristiana giusnaturalisticamente essenziali al matrimonio: la monogamicità, l'eterosessualità e l'indissolubilità. Questi tre caratteri emergono espressamente dal *codex iuris canonici*, per cui il "matrimoniale foedus" avviene tra "vir et mulier" e ha come proprietà essenziali la *unitas* e la *indissolubilitas* (can. 1055 e 1056): "vinculum natura sua perpetuum et exclusivum" (can. 1134)» (N. COLAIANNI, *Poligamia e società policulturale*, cit., p. 140). È pur vero che «[d]elle tre proprietà considerate connaturate al matrimonio resiste, quindi, attualmente solo la monogamia» (cit., p. 142) anche se secondo la dottrina il pluralismo di alcune relazioni di coppia (l'evoluzione di alcuni costumi e pratiche, come il poliamore, che persuadono ad un possibile inquadramento di una poligamia post-moderna - cit., p. 148; cfr., altresì, M. DI MASI, *Sull'istituzionalizzazione del poliamore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, pp. 145-157) induce l'interprete a chiedersi se «la monogamia [abbia] i giorni contati, davvero, come preconizzava Jacques Attali [e dunque se] siamo l'ultima generazione di monogami» (N. COLAIANNI, *ult. op. cit.*, p. 145). Tra le differenze sostanziali si ricorda come il matrimonio in occidente sia, secondo il diritto romano, un *consortium omnis vitae*, una comunione di vita spirituale e fisica che si costruisce giorno dopo giorno. Il matrimonio islamico, invece, è un contratto bilaterale di diritto civile, consensuale e formale, in cui l'uomo si impegna a mantenere la donna conferendole una dote in cambio del riconoscimento dei rapporti intimi e del diritto alla patria potestà sui figli che nasceranno dall'unione. Differentemente dal regime patrimoniale che l'ordinamento italiano lascia a discrezione dei coniugi, il sistema islamico prevede come unico regime, inderogabile, quello della separazione dei beni sia al momento della conclusione del contratto che con riferimento ai beni che entreranno in seguito nel patrimonio del singolo coniuge. Nell'ordinamento italiano, il matrimonio, oltre ad essere indissolubile e realizzare una comunione di vita caratterizzata dalla uguaglianza e dalla responsabilità genitoriale riguardo alla prole, è un *actus legitimus* e personalissimo, in quanto tale non può essere posto in essere da persona diversa rispetto a quella che contrae matrimonio (fatta eccezione per la celebrazione per procura, prevista tassativamente per i casi di cui all'art. 111 c.c.). Viceversa, il matrimonio per il diritto islamico si può contrarre anche non personalmente, giacché il consenso espresso dalla donna maggiorenne può essere convalidato e manifestato in modo legittimo da un *wali* (che può essere il padre della donna o un parente prossimo, nonché un giudice) o curatore matrimoniale della donna. Elementi essenziali per la validità del contratto sono il consenso (anche se il contratto può essere non firmato personalmente dalla donna ed in alcuni Paesi esiste ancora il matrimonio imposto dal padre che decide a sua discrezione), la consumazione e la dote versata dal marito alla moglie, che ne può liberamente

istituzione, nella maggior parte dei Paesi di tradizione musulmana, non sia attratta da formalismi coercitivi, poiché la contrazione del matrimonio poligamico è subordinata ad un consenso da parte della donna⁶⁴, la quale potrebbe invero rifiutarsi di contrarlo: la moglie, infatti, può inserire nel contratto di matrimonio la clausola di essere la prima moglie⁶⁵ o il marito può inserire nel contratto una clausola di monogamia con la quale promette alla donna di non sposare un'altra donna.

La dottrina si interroga sull'attecchirsi di queste nuove istanze sociali, che alcuni associano alla «famiglia parallela (alternativa sociale alla poligamia riconosciuta)»⁶⁶,

disporre. Il contratto, posto in essere con la presenza di due testimoni e preparato da due notai, si perfeziona con lo scambio dei consensi, tranne in alcuni Paesi nei quali si perfeziona nel momento della consumazione; il contratto è soggetto a trascrizione in un apposito registro tenuto in tribunale. Al contratto possono essere apposte clausole specifiche, inserite al momento della stipula o anche successivamente con accordi separati (alla stregua delle convenzioni matrimoniali di cui all'art. 162 c.c.) con le quali, per es., il marito si impegna alla monogamia o accorda il permesso alla moglie di esercitare una professione o partecipare alla vita pubblica. La violazione di dette clausole comporterà in capo alla moglie il diritto al risarcimento dei danni. Inoltre per l'ordinamento islamico il matrimonio può essere dichiarato nullo e, quindi, privato di qualsiasi effetto specialmente in tre casi: divorzio per mutuo consenso (*kebul'*), divorzio giudiziale richiesto da uno dei coniugi per gravi motivi (*tafriq*), ripudio (*talaq*); infine l'apostasia costituisce un'ulteriore possibilità di dissoluzione del vincolo matrimoniale. Interessante ai fini della compatibilità con l'ordinamento italiano degli *status* familiari diversi da quelli riconosciuti in Occidente è la questione del riconoscimento del provvedimento straniero di ripudio nell'ordinamento italiano. Sul punto si richiama una recente sentenza (Cass. civ., sez. I, 7 agosto 2020, n. 16804, in *Corr. giur.*, 2021, fasc. 4, pp. 481-488, con commento di C.E. TUO, *Divorzio-ripudio islamico, riconoscimento automatico e ordine pubblico*, pp. 488-500) che esprime il seguente principio di diritto: «Una decisione di ripudio emanata all'estero da una autorità religiosa (nella specie tribunale sciaraitico, in Palestina), seppure equiparabile, secondo la legge straniera, ad una sentenza del giudice statale, non può essere riconosciuta all'interno dell'ordinamento giuridico statale italiano a causa della violazione dei principi giuridici applicabili nel foro, sotto il duplice profilo dell'ordine pubblico sostanziale (violazione del principio di non discriminazione tra uomo e donna; discriminazione di genere) e dell'ordine pubblico processuale (mancanza di parità difensiva e mancanza di un procedimento effettivo svolto nel contraddittorio reale)» (cit., p. 488). Per profili di annullamento dei matrimoni contratti tra cattolici e islamici si rimanda a L. MUSELLI, *Nullità e scioglimento del matrimonio canonico tra cattolici ed islamici*, in *Il matrimonio tra cattolici ed islamici*, Studi Giuridici 58, Città del Vaticano 2002, pp. 171-180.

⁶⁴ Anche se sostanzialmente, in base al potere politico dominante, le donne musulmane sono indotte alle relazioni poligamiche a causa di penetranti pressioni religiose e sociali.

⁶⁵ In Egitto l'art. 1 della l. n. 100 del 1985, introducendo l'art. 11 *bis* in modifica della l. n. 25 del 1929, prevede che anche in assenza della clausola la prima moglie ha diritto a chiedere il divorzio se dal nuovo matrimonio del marito le derivi un danno reale o morale che renda impossibile il proseguimento della vita comune. In altri luoghi come la Tunisia il matrimonio poligamico è vietato (Codice statuto personale tunisino, decr. 13 agosto 1956, art. 18 e artt. 29-33). Inoltre, il matrimonio islamico si scioglie, oltre che per la morte di uno dei coniugi, per c.d. ripudio (sebbene nel Corano 2, 229-231, si legga «Non ripudiate la vostra donna, perché il ripudio fra tremare il trono di Dio») o per pronuncia giudiziale e per apostasia di un coniuge dall'Islam; in particolare se il ripudio è dato per tre volte consecutive dopo la consumazione, diviene irrevocabile. In alcuni ordinamenti (Siria, Iraq, Marocco) il ripudio è disciplinato da norme dello Stato che lo riconoscono efficace solo se è stato pronunciato davanti ad un giudice religioso o civile. Una forma particolare di ripudio è quella della risoluzione del matrimonio per mutuo consenso dei coniugi, che si perfeziona con il compenso pagato dalla moglie, affinché il marito acconsenta a darle il ripudio. Il marito può provocare la fine del matrimonio con la semplice dichiarazione di ripudio e con la possibilità di farlo anche attraverso un mandatario, senza che la donna sia informata della decisione. Per approfondimenti sul punto M. MARTINELLI, *Il modello familiare islamico nell'ambito del diritto a base religiosa. Spunti ricostruttivi comparatistici con l'ordinamento canonico e con quello civile italiano*, in *Dir. fam.*, 2011, fasc. 4, p. 1875 ss.

⁶⁶ A. GORASSINI, *Relazioni affettive a struttura variabile non frattale*, cit., p. 330.

vagliando la dimensione culturale che legittima queste unioni in relazione ai diritti costituzionali⁶⁷.

È indiscusso che il matrimonio poligamico sia contrario all'ordine pubblico, in quanto incompatibile con i principi fondamentali della cultura occidentale, ma ciò non giustifica un atteggiamento ermeneutico teso ad offuscare la visione del giurista⁶⁸, impedendogli di scorgere nella poligamia il presupposto logico di altre situazioni giuridiche, collegate alla prima ma autonome rispetto ad essa per gli effetti che ne scaturiscono e, dunque, meritevoli di tutela. La poligamia in questa dinamica valutativa consente di cogliere la dicotomia tra il diritto alla libertà, latamente intesa, e il concetto di inderogabilità, inteso come limite normativo, statale e sociale.

Da quest'angolo prospettico la poligamia di matrice islamica assume altra valenza semantica che, lungi dall'ammettere e conferire tutela al matrimonio poligamico validamente contratto all'estero secondo leggi e consuetudini locali, focalizza l'attenzione più che sul "fatto" in sé dell'istituto matrimoniale sugli "effetti" che da quell'unione scaturiscono, affinché nell'ordinamento interno non si determini un vuoto di tutela rispetto ad una situazione giuridica che altrove è riconosciuta. Infatti, un rapporto poligamico può essere valutato come condizione fattuale per riconoscere una richiesta di ricongiungimento familiare, di un minore o di un figlio che desidera ricongiungersi con uno dei due genitori residente in Italia, anche se coniugato con altra donna secondo l'ordinamento italiano. Il riconoscimento dello *status* del figlio straniero⁶⁹ dunque è l'effetto di quell'unione poligamica legittimata secondo il Paese di provenienza. Il "fatto", perciò, si manifesta in luogo diverso dall'ordinamento italiano dove, però, ricadono gli "effetti". Non tutelare gli effetti di quell'unione, seppur in un ordinamento diverso, integrerebbe una lesione nei confronti del soggetto legittimato dall'ordinamento di provenienza che ha acconsentito alla instaurazione di quella determinata situazione manifestativa di un interesse.

⁶⁷ Senza spirito di esautività si rinvia a: N. COLAIANNI, *Poligamia e società policulturale*, cit., pp. 132-154; Jr. John WITTE, *Il rifiuto della poligamia in Occidente: gli argomenti*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2020, fasc. 1, pp. 57-81; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Ordine pubblico matrimoniale e poligamia nella disciplina del ricongiungimento familiare*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2019, fasc. 2, pp. 417-439; S. SANDULLI, *La legalizzazione della poligamia è davvero così lontana?* in *Famiglia*, 2018, fasc. 3, pp. 335-354; M. DI MASI, *Famiglie, pluralismo e laicità. Processi di secolarizzazione nel diritto di famiglia*, *ivi*, 2018, fasc. 3, pp. 243-276; V. PETRALIA, *La dimensione culturale e religiosa dei modelli familiari. Il caso dei matrimoni poligamici*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, fasc. 2, pp. 607-664; J. OUHIDA, *Le code de la famille: quel changement pour la situation juridique de la femme marocaine résidante en Europe*, in questa *Rivista*, 2016, fasc. 2, pp. 316-327; R. SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa "tradizione". I casi della poligamia e della "kafala" di diritto islamico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, fasc. 2, pp. 533-575; G. PERIN, *Divieto di ricongiungimento del genitore in caso di poligamia: la Cassazione ha detto l'ultima parola?* in *Dir. imm. citt.*, 2013, fasc. 1, pp. 164-166; P. PALERMO, *Parità coniugale e famiglia multiculturali in Italia*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, fasc. 4, pp. 1866-1893; P. VERONESI, *Diritti costituzionali e multiculturalismo*, in *Dir. soc.*, 2012, fasc. 1, pp. 19-54.

⁶⁸ L'interprete e soprattutto il giudice è chiamato a risolvere un caso e, perciò, «a decidere la normativa applicabile, traducendo nell'«ordinamento del caso concreto» principi e regole appartenenti ad un complesso sistema. Operazione apparentemente semplice, nella sua ineludibilità, ma maledettamente difficile, nella sua effettiva concretizzazione, in quanto l'ordinamento giuridico è tutto ciò che concorre a ordinare, a regolamentare i fenomeni caratterizzanti una comunità organizzata di persone secondo una concezione e uno stile di vita condivisi o imposti, nella consapevolezza che non v'è *societas* senza *ius*, che lo *ius* è parte della *societas*, che lo *ius* dipende dal tipo di *societas* e viceversa» (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., III, pp. 61-62).

⁶⁹ Per un approfondimento sullo *status filiationis* negli ordinamenti degli Stati islamici, si rimanda a G. PASCALE, *Ricongiungimento familiare, diritti fondamentali e kafala islamica nella sentenza M.S. della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *St. integr. eur.*, 2019, pp. 795-808.

Ecco che il rapporto poligamico può diventare la premessa per il riconoscimento di una pretesa in sede successoria⁷⁰, al pari di come avviene in Italia per i figli nati al di fuori del matrimonio o al figlio concepito all'estero con tecniche procreative non consentite dall'ordinamento italiano ma, ciononostante, riconosciuto come figlio della coppia genitrice al solo fine di tutelare il principio comune alle nazioni di civiltà del “*best interest of the child*”⁷¹ o, più appropriatamente, come evidenziato dalla dottrina di «migliore interesse per il minore»⁷². In entrambi i casi emerge come la «prospettiva paidocentrica» costituisca il «*fil rouge* dell'attuale disciplina giuridica della famiglia»⁷³, poiché anche se si tratta di famiglia poligamica al centro del sistema viene tutelato l'interesse del minore a vivere con entrambi i genitori.

⁷⁰ Sul punto cfr. Cass. civ., sez. I, 2 marzo 1999, n. 1739, in *Dir. eccl.*, 2000, p. 60. La sentenza, che ha riconosciuto alla moglie poligama la qualità di erede, afferma che «in virtù della validità interinale del matrimonio contratto da cittadino italiano all'estero, pur secondo una legge prevalente la poligamia e il ripudio, ma nel rispetto delle forme ivi stabilite e ricorrendo i requisiti sostanziali di stato e capacità delle persone, non si può disconoscere l'idoneità di tale matrimonio a produrre effetti nel nostro ordinamento, finché non si deduca la nullità di tale matrimonio e non intervenga una pronuncia sul punto. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che, ritenuto che il profilo dell'ordine pubblico e del buon costume, connessi alle caratteristiche della poligamia e del ripudio, proprie del matrimonio islamico, erano estranei al rapporto dedotto in giudizio, aveva affermato il rilievo in sede ereditaria dello “status” di coniuge acquisito in virtù di matrimonio celebrato in Somalia nel rispetto delle forme stabilite dalla “lex loci” ed in presenza dei requisiti di stato e capacità delle persone)». Per un approfondimento si rinvia al commento della sentenza Cass. civ., 2 marzo 1999, n. 1739, sez. I, a cura di L. DI GAETANO, *I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica*, in *Giust. civ.*, 1999, fasc. 10, p. 2695 ss. Interessante è l'approfondimento che l'Autrice effettua soprattutto con riferimento alla linea evolutiva seguita dalla giurisprudenza francese che, già in epoca risalente (la prima pronuncia è infatti della Cour d'Appel di Algeri, 9 febbraio 1910, in *Rev. dr. int. privé*, 1913, p. 103), ammetteva nei confronti di una delle mogli di uno straniero, regolarmente sposata in patria, la titolarità dei diritti di natura successoria, nonostante la contrarietà all'ordine pubblico della poligamia. Per ulteriori approfondimenti si rimanda a V. FEDERICO, *La Francia si interroga sulla poligamia*, in *Quad. cost.*, 2010, v. 2, pp. 371-375; C. CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'Occidente europeo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, fasc. 4, pp. 853-908; altresì, con riferimento al parallelismo con la situazione francese si rinvia a F. PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia mussulmano in Francia e in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 1993, fasc. 1, pp. 73-117.

⁷¹ Si pensi alla tutela di questo interesse nelle dinamiche procreative. Sul punto la dottrina è sterminata, si richiama senza spirito di esautività, per una disamina di carattere generale: R. SENIGAGLIA, “*The best interest of the child*” tra persona e contratto, in *Dir. succ. fam.*, 2019, fasc. 3, pp. 803-825; per un recente approfondimento sulla centralità del principio del superiore interesse del minore nelle norme UE di diritto internazionale privato della famiglia si rinvia a C.E. TUO, *Superiore interesse del minore e regolamenti UE di diritto internazionale privato della famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, fasc. 3, pp. 676-686. Con precipuo riferimento alla gestazione materna in relazione all'ordine pubblico, recentemente la Cassazione civile a S.U. ha espresso il principio per cui «In tema di efficacia nell'ordinamento interno di atti adottati all'estero, non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti del provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo “status” genitoriale secondo il modello dell'adozione piena, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare sia omogenitoriale, ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione» (Cass. civ., S.U., 31 marzo 2021, n. 9006, in *Giust. civ. Mass.*, 2021).

⁷² In tal senso G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., p. 6, ove gli Autori evidenziano come in virtù del criterio della ragionevolezza sia più appropriato disquisire non di «superiore interesse del minore» (come se quest'ultimo cioè fosse sempre *a priori* prevalente) ma di «migliore interesse per il minore» proprio «per rendere chiaro che ogni valutazione è storica e relativa e non può prescindere dal bilanciamento nel caso concreto».

⁷³ L'espressione è di M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2021, fasc. 7, pp. 763-775.

1.2. *Le disposizioni di settore nella fattualità dell'interesse per oltrepassare il disallineamento della situazione giuridica soggettiva emergente nella conflittualità degli ordinamenti*

Quanto fin qui analizzato mostra come la concezione di ordine pubblico interno e internazionale, lungi dall'essere ricostruita come nozione monolitica di esclusione dell'estraneo all'interno del sistema ordinamentale, sia strettamente condizionata alla fattualità, alla connessione tra i fatti della vita⁷⁴ e i valori.

Emerge un interesse concreto alla tutela giuridica sulla base del bilanciamento tra le consuetudini culturali che promanano dalle istanze sociali ed i valori fondanti il sistema italo-europeo così come ricavabili anche da molte fonti internazionali.

In questa prospettiva fondamentale punto di partenza è la valutazione di quelle pertinenti disposizioni che disciplinano l'immigrazione e la condizione del minore straniero, tra cui l'istituto del ricongiungimento familiare⁷⁵ si erge come elettivo del diritto all'unità familiare del minore straniero.

Il "Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norma sulla condizione dello straniero"⁷⁶ (T.U. immigr.) al Titolo IV, rubricato "Diritto all'unità familiare e tutela dei minori", prevede delle disposizioni a tutela proprio degli effetti che scaturiscono da una unione validamente contratta all'estero. L'art. 28, T.U. immigr., rubricato "Diritto all'unità familiare" è volto a favorire il diritto dei componenti della famiglia a "mantenere o riacquistare l'unità familiare" (comma I), evidenziando che nell'attuazione del diritto all'unità familiare sia «preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo» (comma III). L'interesse del minore, tuttavia, potrebbe non essere l'unico ad essere bisognoso di tutela laddove in territori con culture diametralmente opposte a quelle occidentali la posizione della donna, coniugata secondo la

⁷⁴ La ricostruzione dei fatti giuridici della vita materiale è di A. FALZEA (*Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., spec. pp. 393-434), che nel valutare il significato e il rapporto semantico delle voci "diritto" e "vita materiale" analizza le esigenze di vita e i bisogni della vita materiale. L'A. a tal proposito evidenzia come l'interesse e l'azione concorrano a costituire «il modello di uomo giuridico nell'arco di ogni epoca culturale» (p. 415).

⁷⁵ Sull'argomento i contributi sono diversi, cfr.: P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto all'unità familiare in Europa tra "allargamento" dei confini e "restringimento" dei diritti*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, fasc. 1, pp. 63-85; R. SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa "tradizione". I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, fasc. 2, pp. 533-575. La dottrina ha rilevato come l'istituto del ricongiungimento familiare, attuativo del diritto all'unità familiare del minore straniero, trovi la propria forza nella sua ricostruzione sia attraverso le fonti multi-livello (dai principi costituzionali alle fonti internazionali ed europee: artt. 17 Patto internazionale sui diritti civili e politici, 10 Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, 8 CEDU, 24 e 33 Carta dir. fond. Un. eur.) sia attraverso la giurisprudenza e la Corte costituzionale che identifica questo diritto «a partire dal 1995, come un "vero e proprio diritto fondamentale" della persona» (cfr.: Corte cost., 12 gennaio 1995, n. 28, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2068; Corte cost., 5 luglio 2003, n. 198, *ivi*, 2003, I, c. 2240), «perciò spettante "anche agli stranieri che si trovino a qualunque titolo sul territorio dello Stato", in grado di declinarsi nella "garanzia della convivenza del nucleo familiare" e di una "vita comune" tra genitori e figli, "nel segno dell'unità della famiglia". Il diritto all'unità familiare assume, dunque, al rango di parametro di legittimità della disciplina concernente lo straniero, sì che, secondo la Consulta, il legislatore può sottoporre l'esercizio del ricongiungimento a presupposti e limiti, purché però questi siano diretti ad assicurare "un corretto bilanciamento con altri valori dotati di pari tutela costituzionale", come ad esempio quando si richieda allo straniero la possibilità di assicurare ai familiari dignitose condizioni di vita» (G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, fasc. 1, p. 230).

⁷⁶ D.L.vo 25 luglio 1998, n. 286, in Suppl. ord. alla G.U. Serie gen. n. 191 del 18 agosto 1998.

legge del Paese di provenienza, risulta essere destinataria di svantaggi, superabili attraverso un ricongiungimento familiare con il marito (secondo la legge del luogo di celebrazione del matrimonio) anche se costui soggiorna in Italia con un'altra moglie. L'interesse del minore potrebbe, tuttavia, essere strumento di discriminazioni (favorendo l'ingresso delle mogli ulteriori e successive alla prima) nei confronti delle donne che non hanno figli ma che vogliono ugualmente ricongiungersi con il marito per ristabilire un legame familiare lecitamente costituito all'estero; tralasciando, seppur nella consapevolezza della loro esistenza, in questa prospettiva, tutte quelle situazioni che legittimano l'accesso delle donne musulmane in Italia attraverso un titolo diverso e autonomo rispetto allo *status* coniugale, che dunque consente loro di continuare in Italia una unione poligamica pur in assenza di riconoscimento e così, di fatto, creando un *vulnus* rispetto a tutte quelle altre donne che, non avendo un titolo ulteriore e diverso oltre lo *status* di moglie, non hanno potuto raggiungere il marito nel territorio del Paese ospitante.

Queste prime riflessioni pongono in luce come anche la posizione della donna, al pari di quella del minore o del figlio maggiorenne a carico, palesa una esigenza meritevole di tutela da parte dell'ordinamento ospitante. Viceversa, il mancato riconoscimento in capo alla donna del diritto che ha acquisito in modo legittimo nel proprio Paese di provenienza finisce per attribuire alla stessa un disallineamento della sua posizione giuridica soggettiva, del suo *status*, pienamente attribuito e riconosciuto in un ordinamento ma non identificato in un diverso ordinamento. È evidente il rischio di produrre una serie di discriminazioni sia di natura personale sia di natura patrimoniale a danno delle persone più fragili. Si faccia, a tal proposito riferimento alla fattispecie che coinvolge una donna che ha contratto legittimo matrimonio poligamico nella propria terra di origine ma che non ha avuto figli e che ciononostante desidera ricongiungersi con il marito per stabilire quel legame affettivo lecitamente costituito nel loro Paese, secondo la loro religione, nel libero esercizio del diritto alla vita privata e familiare, così come riconosciuto e garantito dalla CEDU.

Sul punto, altresì, è imprescindibile il richiamo alla Direttiva relativa al ricongiungimento familiare⁷⁷ che ha posto l'attenzione sugli elementi identificativi di protezione della famiglia e di rispetto della vita familiare per assicurare adeguata tutela e protezione a determinati soggetti quali componenti della famiglia e, perciò, come tali beneficiari del ricongiungimento familiare. Nei "considerando" della Dir. 2003/86/CE si legge espressamente che «[i]l ricongiungimento familiare è uno strumento necessario per permettere la vita familiare. Esso contribuisce a creare una stabilità socioculturale che facilita l'integrazione dei cittadini di paesi terzi negli Stati membri, permettendo d'altra parte di promuovere la coesione economica e sociale, obiettivo fondamentale della Comunità, enunciato nel trattato»⁷⁸. Inoltre, il *Considerando* n. 11 prevede che «Il diritto al ricongiungimento familiare dovrebbe essere esercitato nel necessario rispetto dei valori e dei principi riconosciuti dagli Stati membri, segnatamente qualora entrino in gioco diritti di donne e di minorenni. Tale rispetto giustifica che alle richieste di ricongiungimento familiare relative a famiglia poligama possono essere contrapposte misure restrittive». Il Capo II della Direttiva, rubricato "Familiari", all'art. 4, paragrafo 4, comma I, prevede testualmente che «In caso di matrimonio poligamo, se il soggiornante ha già un coniuge convivente sul territorio di uno Stato membro, lo Stato membro interessato non autorizza

⁷⁷ Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003, in *GUUE* del 3 ottobre 2003, L 251/12.

⁷⁸ *Considerando* n. 4 della Direttiva 2003/86/CE, cit. Nel *Considerando* n. 9, inoltre, viene specificato che «Il ricongiungimento familiare dovrebbe riguardare in ogni caso i membri della famiglia nucleare, cioè il coniuge e i figli minorenni».

il ricongiungimento familiare di un altro coniuge». La disposizione, altresì, al comma II evidenzia come «In deroga al paragrafo 1, lettera c), gli Stati membri possono limitare il ricongiungimento familiare dei figli minorenni del soggiornante e di un altro coniuge». La disposizione va letta sistematicamente con le previsioni di cui al Capo IV, *Condizioni richieste per l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare*, della Direttiva, giacché lo Stato ospitante può «respingere una domanda di ingresso e soggiorno dei familiari per ragioni di ordine pubblico, di sicurezza pubblica o di sanità pubblica» (art. 6, paragrafo 1, Dir. 2003/86/CE). La lettura di queste previsioni limita l'accesso a più di una moglie contribuendo, così, di fatto ad un eccessivo sacrificio del diritto fondamentale della persona, *rectius* della donna, il cui interesse al riconoscimento della formazione sociale nel Paese ospitante non trova piena realizzazione.

Queste embrionali riflessioni inducono ad una meditazione prima sociale e poi giuridica a tutela della donna che desidera ottenere il ricongiungimento anche laddove il marito abbia intrapreso in Italia una diversa unione familiare. L'art. 29 T.U. immigr., con una limitativa formulazione, al comma 1 *ter*, ostacola il ricongiungimento del coniuge o del genitore se la persona che ne beneficia è coniugata «con un cittadino straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale». Pertanto non soltanto il marito non può chiedere il ricongiungimento per più di una moglie ma il figlio non può chiederlo per la madre laddove con il padre già risieda in Italia con altra moglie. La *ratio* di questa limitazione, giuridicamente ascrivibile alla contrarietà all'ordine pubblico, è finalizzata a garantire il controllo del territorio, contenendo il flusso migratorio, consentendo l'ingresso in Italia a gruppi familiari stranieri nella loro dimensione minima, trascurando il fatto che dalla legge non si rinviene quale sia il coniuge a cui viene garantito l'accesso, poiché non è detto che si tratti proprio del primo coniuge in ordine cronologico ad aver contratto le nozze, così innestando situazioni di svantaggio nei confronti di tutte le altre mogli. Per esempio, potrebbe essere accettata la richiesta di ricongiungimento presentata dalla seconda/terza moglie con figli, privilegiata rispetto per es., alla prima moglie, indipendentemente dalla durata del rapporto di coniugio (si pensi ad un breve rapporto coniugale con riferimento all'ultimo matrimonio rispetto ad un longevo rapporto nuziale con riferimento alla prima sposa). In casi come questo prospettato l'ordine pubblico verrebbe svuotato del contenuto dei diritti fondamentali a discapito della condizione della prima moglie, con o senza figli, che ha avanzato la richiesta di ricongiungimento dopo la seconda sposa. Sembra una aberrante trasposizione nel diritto di famiglia del principio *prior in tempore potior in iure*, utilizzato per la tutela dei diritti nell'acquisto dei beni immobili.

Dalla lettura della disposizione appena citata, insieme alla interpretazione formulata e dall'analisi delle disposizioni della Dir. 2003/86/CE, appare manifesta come si determini una nozione artificiale di famiglia «beneficiaria del ricongiungimento ex art. 29 T.U. immigr.», che risulta composta sostanzialmente dal «coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni»⁷⁹, dai «figli minori, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, non coniugati, a condizione che l'altro genitore, qualora esistente, abbia dato il suo consenso»⁸⁰, dai «figli maggiorenni a carico, qualora per ragioni oggettive non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute che comporti invalidità totale»⁸¹, con possibile estensione a favore dei «genitori a carico, qualora non abbiano altri figli nel Paese di origine o di provenienza, ovvero genitori

⁷⁹ Art. 29, comma 1, lett. a), T.U. immigr.

⁸⁰ Art. 29, comma 1, lett. b), T.U. immigr.

⁸¹ Art. 29, comma 1, lett. c), T.U. immigr.

ultrasessantacinquenni, qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati, gravi motivi di salute»⁸².

L'art. 29 T.U. immigr., consente di fatto l'ingresso di un coniuge, che ben può essere il secondo o il terzo e dunque non il primo in ordine cronologico, unito in matrimonio con il richiedente in base ad una poliginia: perciò la normativa finisce con l'ammettere validità ed effetti ad un matrimonio poligamico perché consente l'accesso in Italia ad un coniuge che ha tale *status* non perché ha contratto un matrimonio monogamico ma perché è componente di una realtà familiare caratterizzata dalla pluralità di coniugi. La disposizione, invero, garantisce non l'istituzione monogamica del matrimonio ma il contenimento del flusso migratorio, consentendo l'ingresso nel territorio italiano soltanto a gruppi familiari stranieri nella loro dimensione minima.

In questi ragionamenti riveste rilevante importanza la tutela dell'interesse del minore straniero che appare vitalizzata dall'artt. 28, 31 e dall'art. 30 T.U. immigr., laddove consente «al genitore straniero, anche naturale, di minore italiano residente in Italia»⁸³ la possibilità di ottenere un permesso di soggiorno per motivi familiari anche a prescindere dal possesso di un valido titolo di soggiorno «a condizione che il genitore richiedente non sia stato privato della responsabilità genitoriale secondo la legge italiana»⁸⁴. L'art. 31, comma 3, T.U. immigr., in deroga ad ogni altra disposizione del Testo unico, consente al Tribunale per i minorenni di ammettere nel territorio nazionale, «per un periodo di tempo determinato», il familiare di un minore che già vi si trovi, in presenza di «gravi motivi» che la giurisprudenza riconduce allo sviluppo psicofisico del minore raggiungibile attraverso la protezione familiare e il mantenimento dei rapporti continuativi con entrambi i genitori⁸⁵.

Quanto fin qui analizzato induce alla riflessione sulla opportunità di acconsentire alla permanenza in Italia di un uomo coniugato con più mogli, secondo le regole del loro Paese di provenienza, non allo scopo di omologare una unione matrimoniale poligamica ma allo scopo di tutelare il primario diritto del minore a non essere separato senza un valido motivo da uno dei genitori. Senza trascurare che l'ordinamento italiano, anche in tema di adozione e di *stepchild adoption*⁸⁶ considera prevalente l'interesse del minore a continuare a vivere nella famiglia che riconosce come luogo di affetti favorevole per lo sviluppo e la promozione della sua personalità.

⁸² Art. 29, comma 1, lett. d), T.U. immigr.

⁸³ Art. 30, comma 1, lett. d), T.U. immigr.

⁸⁴ Art. 30, comma 1, lett. d), T.U. immigr.

⁸⁵ Così Cass. civ., sez. I, 19 gennaio 2010, n. 823, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 611 ss., secondo cui l'allontanamento del genitore clandestino pregiudica sempre il sano sviluppo psicofisico del minore in tenera età.

⁸⁶ Anche l'ammissibilità della *stepchild adoption* o adozione co-parentale ha alimentato molte discussioni e orientamenti sia della dottrina (sul punto si rimanda a: S. STEFANELLI, *Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Fam. dir.*, 2017, fasc. 1, pp. 83-96; G. CASABURI, *L'Unbirthday secondo il legislatore italiano: la «non» disciplina delle adozioni omogenitoriali nella l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Foro it.*, 2016, I, cc. 1933-1934) che della giurisprudenza (le sentenze che hanno avviato la strada della *stepchild adoption* sono: Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, I, cc. 2342-2356, con commento di G. CASABURI, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*, cc. 2360-2362; e Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, fasc. 2, pp. 181-190, con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, pp. 190-198). Per una disamina «dalla rete di contenimento all'ammissibilità della *stepchild adoption* e del certificato di nascita conseguito all'estero come «cartina di tornasole della genitorialità» sia consentito il rinvio ad A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018, spec. pp. 40-55.

2. La solidarietà sociale nel meccanismo della kafalah: conformità all'ordine pubblico e applicazione diretta

Prima di soffermare l'attenzione sulla meritevolezza degli interessi in gioco e, perciò, dei diritti che si possono attribuire al titolare di una situazione giuridica soggettiva di natura poligamica, il campo d'indagine si focalizza sull'istituto della *kafalah*, i cui effetti sono da ricondurre, più che ad una sua sussunzione ad uno degli istituti presenti nell'ordinamento italiano come l'affidamento familiare⁸⁷, al preminente interesse del minore⁸⁸.

⁸⁷ In tal senso la giurisprudenza (Cass. civ., S.U., 16 settembre 2013, n. 21108, in: *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, pp. 264-270, con commento di L. RACHELI, *Le sezioni unite dettano le condizioni affinché la kafalah di diritto islamico sia presupposto per il ricongiungimento familiare*, pp. 271-278; *Corr. giur.*, 2013, fasc. 12, pp. 1492-1496, con nota di commento di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante kafalah al cittadino italiano o europeo*, pp. 1497-1503) e la dottrina (G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante*, cit., p. 242). Sul punto la dottrina ha posto l'attenzione sulla «preoccupazione che l'istituto in esame potesse costituire il “cavallo di Troia” capace di eludere la volontà di legge, sia con riferimento all'adozione internazionale sia con riferimento al ricongiungimento familiare. Preoccupazione che appare giustificata, ma forse eccessiva, alla luce delle considerazioni svolte, soprattutto in dottrina ed oggi recepite dalle sezioni unite, che appaiono idonee a dar vita ad un'elaborazione giurisprudenziale che sia, al tempo, cauta ed equa, in un'ottica di equo bilanciamento dei valori costituzionali seguendo il canone ermeneutico della “esegesi costituzionalmente adeguata”, concetto che viene ampiamente richiamato e fatto proprio dalla sentenza in esame. Non sembra, innanzitutto, che la *kafalah* possa essere “tradotta” in termini tali da consentire di apprezzarla, ai sensi e agli effetti del nostro ordinamento, come adozione o come affidamento preadottivo, non avendone i tratti essenziali e lo scopo loro propri. Neppure potrebbe essere “convertita” da adozione semplice (della quale ha le principali caratteristiche) in adozione legittimante, per il semplice fatto che detta “conversione” è possibile solo quando l'adozione sia conforme alla Convenzione de L'Aja 29.5.1993, la quale, all'art. 2, § 2, “contempla solo le adozioni che determinano un legame di filiazione”» (L. RACHELI, *Le sezioni unite dettano le condizioni affinché la kafalah*, cit., p. 273). La dottrina evidenzia la mancata equiparabilità dell'istituto all'adozione vera e propria e neanche all'adozione in casi particolari, giudicando quantomeno «[p]iù pervasivo (...) almeno sul piano meramente descrittivo [...] l'accostamento della *kafalah* alla figura della tutela. Il *kafil* presenta infatti innegabili analogie con il tutore, tanto che – se, di base, la titolarità dei poteri tutelari è rimessa a pubbliche autorità (come i Consolati competenti) – è indubbio che, normalmente, il loro esercizio è in concreto demandato proprio a tale soggetto» (P. VIRGADAMO, *La Kafalah tra ordine pubblico, miglior interesse del minore e tutela integrale della persona*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 254). Tuttavia a parer di «una interessante prospettiva non sarebbe da escludere neanche un'adozione in casi particolari» (il riferimento è alla sentenza Trib. min. Salerno, 26 gennaio 2017 inedita, che ha concesso la trasformazione della *kafalah* in adozione *ex art. 44, lett. d, l. ad.*) «per impossibilità di affidamento preadottivo, tra *kafil* e *makfoul* che desiderino “rivedere” la loro relazione giuridica: esito, questo, simile *prima facie* ad un'adozione internazionale “occulta”, per certi versi “sorprendente”, ma, a ben rifletterci, non per forza irragionevole, almeno se la parallela procedura di riconoscimento della *kafalah* sarà, in tempo breve, rigorosamente disciplinata» (P. VIRGADAMO, *La Kafalah tra ordine pubblico*, cit., p. 263).

⁸⁸ Sul punto P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. succ. don.*, 2017, p. 181 s., ove l'A. evidenzia come la dinamica della *kafalah* «trascende il diritto applicabile secondo i criteri di collegamento di diritto internazionale privato e ripropone più correttamente l'individuazione da parte del giudice italiano di una normativa adeguata alla situazione concreta, che tenga conto delle scelte religiose con l'unico limite di garantire il rispetto della dignità umana». Nella valutazione l'A. rileva come in una società pluralista la nozione di ordine pubblico non possa «determinare in forma rigida, unilaterale ed aprioristica la conformazione culturale e religiosa e, quindi, giuridica» (cit., p. 166 s.). Difatti, la conformità all'ordine pubblico della misura in esame «dipende non da inutili forzate sussunzioni in fattispecie da noi già conosciute (...) ma dalla sua conformità ai principi fondamentali, anche controllando che sia funzionale, nel momento dell'applicazione, non soltanto alla libertà religiosa ma alla tutela del minore» (G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 129). Del resto è la stessa terminologia a far propendere per questa funzione: la dottrina (la ricostruzione viene richiamata da M. ORLANDI, *La kafala di diritto islamico*, cit., pp. 13-14) riconduce il termine al verbo *ka-fala* che indicherebbe l'azione di “prendersi cura di” [*to take care of*

Il diritto di famiglia islamico prevede la costituzione di alcuni istituti ad esso relativi attraverso il contratto, si pensi al matrimonio e alla *kafalah*⁸⁹. La *kafalah*⁹⁰ può trovare titolo in una sentenza o in un provvedimento promanante da una pubblica autorità giurisdizionale (c.d. “kafalah giudiziale o pubblicistica”⁹¹) o tramite un contratto o un atto notarile⁹², stipulato fra genitori del minore e *kafil*, al più omologato da un giudice (c.d. “kafalah negoziale o convenzionale”) e può fungere da presupposto per il riconoscimento familiare ai sensi dell’art. 29, paragrafo 2, T.U. immigr., laddove equipara «i minori adottati o affidati o sottoposti a tutela (...) ai figli»⁹³.

(from the root of the verb of ka-fa-la)], anche se la radice della parola significa propriamente “nutrire” e quindi *kafala* significherebbe sostegno all’alimentazione, ma tra le definizioni richiamate e valutate attendibili vi sono anche quelle che la identificano come un “dono di cure” o come l’attività di “crescere e curare un fanciullo”. Secondo altra parte della dottrina il termine avrebbe origini diverse da inserire in un contesto economico e commerciale, dove l’istituto significa “fideiussione” e che il termine *kafala* è definito dal diritto islamico delle obbligazioni come uno strumento che consente ad una persona di essere parte di un contratto che le impone certi obblighi in favore di un’altra persona. È evidente come le due impostazioni «siano abbastanza diversificate, anche se non sono strutturalmente inconciliabili e, in questo contesto, gli studiosi di diritto islamico più accreditati pongono l’accento sul fatto che il termine *kafala*, anche nel significato coranico, sia più riconducibile ai concetti di tutela di protezione di un altro individuo che di garanzia e cauzione in senso economico» (M. ORLANDI, *La kafala di diritto islamico*, cit., p. 14). Dunque «l’accezione assunta a riferimento è quella secondo cui la *kafala* è sinonimo di tutela e di protezione, anche perché nell’accezione di fideiussione, la *kafala* è stata ampiamente utilizzata nei Paesi della Penisola araba per legittimare un istituto di diritto islamico totalmente diverso (...). In conformità, dunque, con l’accezione etimologica qui accolta, la quale risulta intimamente legata ai valori sociali e religiosi della società islamica, la *kafala* costituisce essenzialmente uno strumento di protezione e di tutela, che è esplicitamente riferito ai minori ed in particolare a quelli tra loro che siano orfani o comunque risultino privi di una famiglia capace di crescerli in maniera adeguata» (M. ORLANDI, *ult. op. cit.*, p. 16).

⁸⁹ Parte di dottrina evidenzia come la *kafalah* non sia un istituto propriamente di diritto islamico. Sul punto A. CILARDO, *Il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della kafala*, in ID. (a cura di), *La tutela dei minori di cultura islamica nell’area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, Napoli, 2011, rileva una recente origine dell’istituto per cui «l’attuale istituto della *kafala* non è un istituto di diritto islamico» (p. 236).

⁹⁰ Per una disamina sul riconoscimento dell’istituto alla luce delle fonti sovranazionali e della giurisprudenza interna nelle dinamiche familiari si rimanda a L. PANELLA, *Il riconoscimento della kafalah islamica nella giurisprudenza delle corti sovranazionali europee e nella giurisprudenza italiana*, in AA. VV., *Liber amicorum Angelo Davì, La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, vol. I, Napoli, 2019, pp. 573-596.

⁹¹ La *kafalah* è dettagliatamente regolamentata in forma giudiziaria, in senso tendenzialmente garantista, in Marocco [Il *Dahir* n. 1-02-172 del 13 giugno 2002, è relativo alla promulgazione della legge n. 15- 01 «Sulla tutela (*kaf,la*) dei minori abbandonati», la quale regola la materia in modo organico. In argomento si rimanda a C. CREA, *L’evoluzione del diritto di famiglia in Marocco e la prospettiva italiana ed europea*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, fasc. 1, pp. 246-273] come in parte anche in Algeria [artt. 116-125, Libro II, Capitolo VII, Codice della Famiglia algerino (l. n. 11 9 ramad,n 1404/9 giugno 1984). In argomento si richiama M. BOULENOUAR, *L’evolution du droit algerien de la famille (après la reforme du 27 fevrier 2005)*, in *Familia*, 2006, fasc. 1, pp. 109-123].

⁹² Per es. in Tunisia si ricorre ad un accordo omologato, che vede la presenza notarile (P. VIRGADAMO, *La Kafalah tra ordine pubblico*, cit., p. 250) e in «Tunisia, peraltro, non si fa cenno, quale presupposto per attivare la misura, alla fede musulmana del *kafil*, là dove in Algeria (ove, ad esempio, è richiesto il consenso del *makfoul*) e in Libia, come in Egitto, essa è condizione imprescindibile per ricorrere alla misura protettiva. Nella legislazione egiziana, per finire, il sostantivo preciso *kafalah*, a dire il vero, non compare affatto, discorrendosi tecnicamente di “famiglia sostitutiva”» (cit., p. 251).

⁹³ Le S.U. del 2013 (Cass. civ., S.U., 16 settembre 2013, n. 21108, cit.) hanno riconosciuto l’idoneità della *kafalah* ai fini del ricongiungimento familiare del minore straniero con cittadini italiani. Sulla idoneità della *kafalah* come titolo per il ricongiungimento familiare si rinvia alle riflessioni di buona parte della giurisprudenza, sia di legittimità (tra cui, Cass. civ., 2 luglio 2008, n. 18174, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 891; Cass. civ., 17 luglio 2008, n. 19734, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1179) che di merito (tra cui, Trib. Torino, 26 giugno 2009, in *Dir. immigraz. cittad.*, 2009, fasc. 2, p. 216; Trib. min. Reggio Calabria, 10 ottobre 2006, in *Fam. min.*, 2006, fasc. 2, p. 86). Altresì, sulla questione, la dottrina evidenzia come «[l]a disposizione di cui all’art. 29,

L'adozione è vietata dal Corano⁹⁴, in quanto secondo la visione coranica la nascita dei figli rappresenta una manifestazione della volontà divina, la cui alterazione legittimerebbe una «trasgressione religiosa [capace di trasformare] la concezione islamica della famiglia»⁹⁵ attraverso un legame giuridico artificioso, creato dall'uomo, capace di cancellare la filiazione genetica. Tuttavia, tra i principi coranici vi è una prescrizione che induce ogni fedele ad adempiere ai doveri di fratellanza e di solidarietà sociale, aiutando i poveri e gli orfani: su questo principio poggia il riconoscimento giuridico dell'istituto della *kafalah* ravvisata come uno degli strumenti di protezione del minore⁹⁶. Attraverso lo strumento contrattuale o a

comma 2°, d.lgis. n. 286/1998, deve, pertanto, essere interpretata estensivamente o comunque integrata in via analogica, sulla base della comparazione fra i presupposti e le caratteristiche del rapporto di *kafalah* e del rapporto di affidamento. I due istituti, infatti, pur avendo disciplina e presupposti parzialmente diversi, sono entrambi finalizzati ad assicurare il superiore interesse del minore, e non vi può essere dubbio che tra di essi prevalgono i punti in comune sulle differenze: entrambi, a differenza dell'adozione, non hanno effetti legittimanti ed entrambi non incidono sullo stato civile del minore. Ciò nonostante, permangono margini di dubbio, riguardo la *kafalah* quale presupposto del ricongiungimento familiare, nei casi (diversi, però, da quello in esame) in cui il negozio stipulato non sia passato al vaglio di alcun controllo delle autorità sulla idoneità dell'affidatario e sulla effettività delle esigenze dell'affidamento (L. RACHELI, *Le sezioni unite dettano le condizioni affinché la kafalah*, cit., p. 276), come nel caso esaminato dalla sentenza Cass. civ., sez. I, sentenza 2 febbraio 2015, n. 1843 (v. *infra* nota 102) che ne ha confermato l'idoneità.

⁹⁴ Il divieto coranico di adozione prevede che (XXXIII, 4-5) i figli adottivi non siano paragonabili ai figli genetici. Tuttavia attenta dottrina evidenzia che «Non è vero in assoluto, ad esempio, che gli Stati musulmani non consentono mai l'adozione (essendo questa ammessa in Indonesia, Tunisia, Turchia e, prima del conflitto civile, anche in Somalia) ed essendo diffusa, almeno fino ad un passato non troppo remoto, in molti ceti rurali dell'area islamica, un'ancestrale adozione segreta, basata su un accordo discreto che mirasse a celare il c.d. "frutto del peccato"» (P. VIRGADAMO, *La Kafalah tra ordine pubblico*, cit., p. 250).

⁹⁵ G. PASCALE, *Ricongiungimento familiare, diritti fondamentali e kafala islamica*, cit., p. 796.

⁹⁶ La funzione positiva e il riconoscimento della *kafalah* quale strumento di protezione internazionale dei minori si ricava dalla lettura di diverse fonti internazionali, tra cui innanzitutto si richiama l'art. 20, par. 3, della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, *On the Rights of the Child*, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione del 20 novembre 1989, n. 44/25, ratificata in Italia con Legge 27 maggio 1991, n. 176, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo* (New York 20 novembre 1989). L'art. 20, par. 3, tra gli strumenti più significativi per tutelare i minori privati del loro ambiente familiare dispone che «Tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi per mezzo dell'affidamento familiare, della *Kafalah* di diritto islamico, dell'adozione o in caso di necessità, del collocamento in adeguati istituti per l'infanzia. Nell'effettuare una selezione tra queste soluzioni, si terrà debitamente conto della necessità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica».

Altresì, un riferimento alla *kafalah* si rinviene nella Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 per la protezione dei minori stranieri. Nella seduta del 10 marzo 2015 il Senato ha approvato il disegno di legge di ratifica della Convenzione, in linea con quanto espresso dalle S.U. n. 21108/2013, e ha ritenuto la *kafalah* (che non deve giammai diventare una sorta di adozione internazionale camuffata) l'unico strumento di tutela per i minori orfani, abbandonati o comunque privi di un ambiente familiare idoneo alla loro crescita personale. Difatti ai sensi degli artt. 3, comma 1, lett. e) e 33 della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, *Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori* (Convenzione ratificata in Italia, dopo diciannove anni, con legge 18 giugno 2015, n. 101), si prevede l'assistenza legale del minore tramite *kafalah* o istituto analogo, fornendo una limitata disciplina procedurale quando il collocamento del minore deve avvenire in uno Stato diverso da quello che ha disposto la misura di protezione.

C'è chi, infine, rinviene nell'art. 24 della Carta africana sui diritti e sul benessere del bambino del 1990 un riferimento implicito alla *kafalah* laddove prevede che l'adozione internazionale sia l'ultima ipotesi alla quale ricorrere «if the child cannot be placed in a foster or an adoptive family or cannot in any suitable manner be cared for in the child's country of origin». Il riferimento alla cd. «foster family» fa presumere un richiamo all'istituto in ambito internazionale (F. DI PIETRO, *La Kafalah islamica e le sue applicazioni alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in questa Rivista, 2016, fasc. 4, p. 94).

seguito di sentenza, il diritto islamico consente la stipulazione di un contratto fra i genitori di un minore (che versa in stato di abbandono o di necessità) e un'altra famiglia che assume l'impegno di mantenere il bambino, senza recidere il vincolo con la famiglia di origine, né instaurare alcun nuovo rapporto di filiazione e senza pretendere alcun onere economico da parte della famiglia biologica. I protagonisti della vicenda sono un soggetto (c.d. "*kafil*"⁹⁷) che promette innanzi a un notaio o ad un giudice di proteggere, mantenere ed educare un minore (c.d. "*maksfoul*"⁹⁸), sino al raggiungimento della maggiore età. Sebbene il *kafil* eserciti la potestà genitoriale sul *maksfoul*⁹⁸, quest'ultimo non acquista lo *status filiationis*, non assumendo il cognome del *kafil* né alcun diritto successorio, oltre a difettare ogni definitività del rapporto⁹⁹. In altri termini il *kafil* alla stregua di un buon padre di famiglia assume obblighi di protezione a tutela del minore senza, tuttavia, che a tali obblighi corrispondano vincoli di filiazione giuridica.

Questo meccanismo, dunque, non determina in capo all'affidato lo *status* di erede, attribuendo in capo alla famiglia ospitante l'impegno di mantenere ed educare il minore, con la consapevolezza inoltre che la *kafalah* possa essere revocata su richiesta dei genitori biologici o del "tutore"; in altri termini, per un verso l'affidato non entra a far parte giuridicamente della famiglia che lo accoglie (il minore non assume il nome della famiglia ospitante ma nel testamento del *kafil* può essere equiparato ad uno dei suoi eredi¹⁰⁰) e, per altro verso, l'affidatario non è legittimato a rappresentare il minore, la cui tutela viene esercitata da pubbliche autorità competenti. Similarmente alla affiliazione, dunque, si

⁹⁷ Può assumere la posizione di *kafil* solamente chi soddisfa determinati requisiti quali la fede islamica, la maggiore età, nonché avere una posizione economica sufficientemente solida tale da consentire al *kafil* di provvedere alle esigenze del minore. Questa posizione, inoltre, necessita di un vaglio da parte dell'autorità pubblica competente alla tutela dei minori, che deve vigilare sull'inserimento del minore nel nucleo familiare a cui lo stesso è affidato fino alla revoca del provvedimento, che normalmente si protrae fino al raggiungimento della maggiore età. Infatti, il raggiungimento della maggiore età rappresenta il limite temporale per la fine del rapporto venutosi ad instaurare tra *kafil* e *maksfoul*.

⁹⁸ Il *maksfoul* «può essere figlio di genitori noti (i quali desiderino semplicemente assicurare al figlio, tramite il *kafil*, un migliore livello di istruzione o di accesso al lavoro) o anche ignoti; nel primo caso, i legami derivanti dalla filiazione biologica non sono interrotti; nel secondo, legami simili non si stabiliscono comunque nei confronti del *kafil*, che neppure ha di per sé la rappresentanza del *maksfoul*, essendo questa, come la tutela in generale, devoluta normalmente dalla legge ad una pubblica autorità (usualmente l'autorità governativa o, nel caso in cui il minore sia trasferito all'estero, l'Autorità consolare territorialmente competente). Il *maksfoul*, dunque, non diviene figlio del *kafil*, non ne assume il cognome né ne eredita di per sé il patrimonio, esaurendosi usualmente il rapporto tra di due soggetti, se non per altre cause estintive pregresse (come la revoca), al raggiungimento della maggiore età da parte dell'affidato» (P. VIRGADAMO, *La Kafalah tra ordine pubblico*, cit., p. 249).

⁹⁹ Per approfondimenti si rimanda a: P. VIRGADAMO, *La Kafalah tra ordine pubblico*, cit., pp. 247-269; M. ORLANDI, *La kafala di diritto islamico, tra diritto internazionale privato e diritto europeo*, cit., spec. pp. 127-173 per una esaustiva disamina sulla questione della qualificazione in Italia della *kafala*; G. CAROBENE, *Identità religiose e modelli di protezione dei minori. La Kafala islamica*, Napoli, 2017; A. LANG, *Le Sezioni Unite chiariscono quando la "kafalah" è presupposto per il ricongiungimento familiare del cittadino italiano*, in *Dir. immigr. cittad.*, 2013, fasc. 3, pp. 91-99; C. JEANGÉY, *Il sistema della kafala e la tutela dei lavoratori migranti nella penisola arabica*, in L. PANELLA e E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, Torino, 2012, p. 397 ss.; J. LONG, *La kafalah come banco di prova per un diritto "interculturale"*, in *Minori giustizia*, 2012, fasc. 2, pp. 254-261; G. CHIAPPETTA, L. GRAVINA e M. LORIA, *La Kafalah di diritto islamico*, in G. CHIAPPETTA, *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le Corti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 397 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante*, cit., spec. pp. 239-243. Per una disamina del sistema sociale si rinvia a A. CILARDO, *Il minore nel diritto islamico*, cit., spec. p. 73 ss. per un'analisi dell'istituto della *kafalah* nelle legislazioni dei Paesi islamici e la sua rilevanza in Italia.

¹⁰⁰ Cfr. L. RACHELI, *Le sezioni unite dettano le condizioni affinché la kafalah di diritto islamico*, cit., p. 273.

supplisce alla situazione di difficoltà per consentire ad un minore (fino al raggiungimento della maggiore età) la crescita e lo sviluppo della sua personalità all'interno di un nucleo familiare; difatti la *kafalah* realizza specifiche finalità di protezione nei confronti dei minori orfani o abbandonati dalla loro famiglia. Giacché l'istituto non integra una adozione, i soggetti che hanno in custodia in Italia un minore musulmano non hanno alcun titolo per opporsi avverso una dichiarazione dello stato di adottabilità pronunciata dal tribunale dei minorenni¹⁰¹.

Un passo decisivo nel percorso di compatibilità dell'istituto con l'ordinamento italiano è avvenuto quando la giurisprudenza ha considerato conforme all'ordine pubblico italiano una *kafalah* negoziale¹⁰², quale presupposto del diritto all'unità familiare¹⁰³, come

¹⁰¹ Sul punto interessante è la decisione della Corte giustizia Unione europea, Grande Sez., 26 marzo 2019, in causa C-129/18, *SM c. Entry Clearance Officer, UK Visa Section* (per un commento si rimanda a C. PERARO, *L'istituto della kafala quale presupposto per il ricongiungimento familiare con il cittadino europeo: la sentenza della Corte di Giustizia nel caso S.M. C. Entry Clearance Officer*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2019, fasc. 2, pp. 319-348), la quale evidenzia come la nozione di «discendente diretto» di un cittadino dell'Unione europea, contenuta nell'articolo 2, punto 2, lettera c), della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004 (relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri), deve essere interpretata nel senso che essa non ricomprende un minore posto sotto la tutela legale permanente di un cittadino dell'Unione a titolo della *kafalah* algerina, giacché tale sottoposizione non crea alcun legame di filiazione tra di loro.

¹⁰² Cass. civ., sez. I, sentenza 2 febbraio 2015, n. 1843, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, pp. 707-717, con commento di M. DI MASI, *La Cassazione apre alla kafalah negoziale per garantire in concreto il best interest of the child*, pp. 717-724. Attraverso questa pronuncia si riconoscono gli effetti ad una *kafalah* negoziale (omologata dal Tribunale notarile di prima istanza di Khouribga - Marocco - per il caso di specie, in cui sono affidati ad un cittadino italiano, originario del Marocco, a causa di gravi difficoltà economiche della famiglia di origine, i due nipoti, figli del fratello, con *kafalah* c.d. negoziale. Lo zio, dovendo condurre i minori in Italia, chiede il visto per il ricongiungimento con i bambini ma quest'ultimo viene negato dal Consolato d'Italia a Casablanca) anche se non sussiste una preventiva valutazione da parte dell'autorità pubblica (amministrativa o giurisdizionale) in merito all'idoneità del *kafil* ad assolvere le funzioni di cura del minore. Specificatamente la sentenza evidenzia che anche se «la *kafalah* negoziale non presuppone una situazione di abbandono del minore, non è dato ravvisarne una contrarietà ai principi fondamentali della Convenzione di New York, della C.E.D.U. e della stessa Convenzione de L'Aja del 1996, che prevede un dialogo, finalizzato a una decisione condivisa, fra le autorità del paese di provenienza e di accoglienza del minore. Decisione da adottare alla luce del criterio del preminente interesse del minore» (Cass. civ., sez. I, sentenza 2 febbraio 2015, n. 1843, cit., p. 716, par. 42). Si legge espressamente che «In base a una considerazione *ex post* l'atto di *kafalah* è apparso anche conforme all'interesse dei minori nella eventuale e futura prospettiva, che si è concretizzata al momento del raggiungimento dell'età dell'adolescenza, del trasferimento dei minori in Italia presso il proprio zio e E.A.k.H. Tale ricongiungimento è stato ritenuto presuntivamente idoneo a realizzare l'apertura a un nuovo contesto nazionale, sociale e culturale, (...) anche perché vissuto all'interno di un contesto familiare allargato portatore di valori e identità comuni alla famiglia di origine (...) Quanto all'idoneità al compito di protezione, assistenza e cura dei minori da parte di E.A.H. e della sua famiglia, esso è stato valutato positivamente in base alla constatazione di una serie di circostanze richiamate dalla Corte di appello e consistenti nella residenza ultraventennale in Italia da parte dei coniugi E.A., nello svolgimento di un rapporto lavorativo che ha consentito alla famiglia di vivere in condizioni economicamente soddisfacenti, nella presenza nel nucleo familiare di accoglienza di un cugino dell'età di quasi 6 anni, nell'integrazione della famiglia di E.A.H. nella società italiana, con l'acquisizione da parte di entrambi i coniugi della cittadinanza italiana, nel consenso ribadito dai genitori con le domande di visto di ingresso in Italia. Tali circostanze hanno indotto la Corte di appello a ritenere integrato l'interesse dei minori al riconoscimento dell'atto di *kafalah* in Italia anche in vista del loro ingresso nel nostro paese per trascorrere l'età dell'adolescenza presso la famiglia dello zio e A.H.k.E.» (Cass. civ., sez. I, sentenza 2 febbraio 2015, n. 1843, cit., p. 717, par. 44).

¹⁰³ Sul punto cfr. con il recente *Osservatorio sul Diritto Internazionale privato e Diritti Umani*, in questa *Rivista*, 2021, fasc. 1, F. D'AMARIO (a cura di), pp. 232-238, dove viene analizzata «La *kafalah* negoziale quale presupposto del diritto all'unità familiare e l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29 del T.U.

istituto di protezione dell'infanzia abbandonata, anche in mancanza di una preventiva valutazione da parte dell'autorità pubblica, e, dunque, legittimando il riconoscimento in Italia di tutti gli effetti scaturenti a beneficio dell'interesse del minore, affinché egli possa trascorrere l'adolescenza in Italia e nel modo migliore possibile, fino al compimento della maggiore età e comunque fino al compimento degli studi *medio tempore* intrapresi.

La presa in considerazione dei profili approfonditi fa propendere per il riconoscimento di una funzione di solidarietà sociale della *kafalah*, la cui proiezione nell'ordinamento italiano suscita inevitabili trasformazioni che devono essere vagliate con attenzione affinché i minori non possano riceverne uno svantaggio, a detrimento della loro posizione giuridica.

3. La meritevolezza degli interessi emergenti in sede di ricongiungimento familiare: la tutela della persona umana in riferimento al sistema ordinamentale e ai suoi valori

La sussistenza culturale delle situazioni che trovano origine e legittimazione in Paesi diversi dal nostro, ingenerano nuovi e scalpitanti interrogativi, tra i quali emerge la questione della meritevolezza degli interessi valutati nella concretezza delle situazioni giuridiche di cui sono titolari i componenti di una famiglia poligamica.

Nell'ordinamento italiano è elemento imprescindibile per la valida costituzione di un matrimonio o di una unione civile la bilateralità del rapporto con il quale si decide di costituire una formazione sociale, la cui garanzia si rinviene anche nelle fonti sovranazionali. L'art. 8 CEDU tutela il diritto della persona all'autodeterminazione e, perciò, la persona *ipso iure*, indipendentemente dal numero di *partner* e di formazioni sociali nelle quali sceglie di realizzare e sviluppare la propria personalità e, soprattutto, senza precludere la tutela della continuità nello spazio degli *status* personali e familiari che compongono l'identità nazionale di riferimento.

La promozione della persona umana costituisce un «principio di ordine pubblico costituzionale»¹⁰⁴ che coinvolge l'ordinamento nel suo complesso, soprattutto con riferimento ai suoi valori¹⁰⁵; la tutela della persona umana nelle relazioni familiari dispiega effetti differenti a seconda della formazione sociale che genera la famiglia. In questa valutazione l'approccio del giurista non può non tenere conto della storicità e della relatività dei modelli familiari, che si evolvono nel tempo manifestando interessi nuovi e diversi

sull'immigrazione alla luce della Cassazione, sez. I civile, sentenza n. 25310 del 2020» (cit., p. 232). Con la sentenza della Cassazione dell'11 novembre 2020, n. 25310, infatti, si assiste ad un'apertura della giurisprudenza alla *kafalah* consensuale non omologata per legittimare un ricongiungimento familiare avvenuto alla conclusione di un affidamento consensuale (appunto) non omologato, poiché nessuna autorità pubblica del Paese di origine si era formalmente espressa sull'affidamento ma questo non esclude che tale controllo possa essere espletato dalle autorità italiane, sebbene siano da chiarire le modalità. «Diversamente da quella giudiziale, la *kafalah* negoziale non presuppone il potere autoritativo dell'autorità giudiziaria per realizzarsi, essendo sufficiente un negozio stipulato tra la famiglia d'origine e quella d'accoglienza e vidimato da un pubblico ufficiale. Tali peculiarità sembrerebbero in una certa misura giustificare la compatibilità della *kafalah* negoziale con l'affidamento di diritto italiano, stante l'affinità tra i due istituti» (cit., p. 235).

¹⁰⁴ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., III, p. 1. Cfr. ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, p. 174 ss.

¹⁰⁵ «La persona umana, quale *valore* fondante l'ordinamento è alla base di una serie aperta di situazioni esistenziali, nelle quali si concretizza la sua mutevole esigenza di promozione e tutela» (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., III, p. 5).

rispetto a quelli precedenti. La famiglia è una formazione sociale, garantita dalla Costituzione (artt. 2, 3 e 29, comma 1), in continuo divenire che risente del contesto sociale di riferimento e degli interessi che la società esprime, *hic et nunc*, nella attualità manifestata dai consociati di quella determinata società, temporalmente e spazialmente definita. La costellazione dei modelli familiari è condizione per il riconoscimento di una famiglia che si coniuga al plurale¹⁰⁶ (dalle famiglie nucleari alle unioni di vita familiare, dalle famiglie ricomposte a quelle monogenitoriali, dalle unioni omosessuali alle diverse forme di convivenze, alle famiglie che si caratterizzano per una plurigenitorialità)¹⁰⁷ e che deve ricevere tutela da parte dell'ordinamento a condizione che la formazione sociale, proprio perché esplica specifiche funzioni (promozionali, educative e inclusive), diventi luogo di promozione e sviluppo della personalità (*ex art. 2 Cost.*) degli individui che la compongono¹⁰⁸. Il nucleo familiare è luogo di crescita e implementazione degli interessi dei componenti per raggiungere e conservare il progetto di vita desiderato: una famiglia che perciò prescinde da «ogni datità naturalistica, biologica o anche soltanto formale e invece [si caratterizza per] una condizione affettiva e solidaristica di vita dei suoi membri (...) poggiante su ciò che è il *proprium* dell'*humanum*, ossia la spiritualità, luogo primario del dispiegamento di ogni strutturale relazionalità»¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Sulla declinazione al “plurale” dell’istituto si richiama, tra i molti altri, senza spirito di esautività: F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, fasc. 4, pt. 1, pp. 509-529; V. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, fasc. 1, pp. 7-24; ID. *La «famiglia» e le «famiglie» (il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma)*, in AA.VV., *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 1987, p. 431 ss.; infine, si rimanda all’opera unitaria, ID., *Studi sul diritto di famiglia*, cit., spec. pp. 12 ss. e pp. 24 ss., ove l’A. nel contrassegnare il pluralismo familiare in Europa, non smette di evidenziare il principio di «pari dignità» dei diversi modelli familiari nazionali, nell’approccio internazionalprivatistico che avvia in Europa la stagione della «famiglia c.d. *senza frontiere*» (cit., p. 29), in cui il «“principio-famiglia”, pur assunto al rango di valore e fatto oggetto di un preciso *dovere-essere* (art. 7 della (...) Carta [dei diritti fondamentali UE]; art. 8 CEDU), viene così definitivamente disancorato dal matrimonio e questo a sua volta scisso dal requisito della diversità di sesso» (cit., p. 33). Per un’analisi della evoluzione della famiglia in Italia attraverso una disamina comparatistica si rinvia a T. BORTOLU, *Dalla «famiglia» alle «famiglie». Note di diritto comparato*, Napoli, 2019. Sulla evoluzione «del concetto di famiglia alla ricerca del (senso del) campo antropologico di partenza» A. GORASSINI, *Relazioni affettive a struttura variabile non frattale*, cit., p. 330: dall’analisi dell’A. si appalesa come oramai «sembra che la famiglia sia solo in funzione della realizzazione egoitaria del soggetto, oramai qualificato persona componente, ma senza distinguere la nozione etimologica dalla culturale (anzi, assumendo la Persona come maschera dell’ego narcisistico)».

¹⁰⁷ Con riferimento all’insorgenza delle nuove aggregazioni familiari in dottrina c’è stato anche chi ha manifestato un approccio nichilista sul nuovo ruolo della famiglia. Sul punto A. TRABUCCHI, *Questo matrimonio non si sa più cosa sia*, in *Giur. it.*, 1977, fasc. 12, pp. 2131-2134; ID., *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?* (1988), ora in *Cinquant’anni nell’esperienza giuridica. Scritti di Alberto Trabucchi*, raccolti e ordinati da G. Cian e R. Pescara, Padova, 1988, p. 534 ss. Recentemente A. GORASSINI, *Relazioni affettive a struttura variabile non frattale*, cit., p. 330, ove l’A. nella valutazione del «fenomeno famiglia come struttura giuridica variabile (ormai) non frattale ma tendente a totalmente altro» si interroga se abbia ancora senso parlare di “famiglia”.

¹⁰⁸ In tal senso insegna la dottrina: «[l]a famiglia è valore costituzionalmente garantito nei limiti della sua conformità ai principi di ordine pubblico; essa, per quanto diverse possono essere le sue modalità di organizzazione, è finalizzata all’educazione e alla promozione di coloro che vi appartengono. Tale concezione non corrisponde all’esaltazione di prospettive libertarie o di getto individualismo. Il riconoscimento normativo, contenuto nell’art. 2 cost., del primato della persona e delle formazioni sociali come poste al suo esclusivo servizio si accompagna alla contestuale affermazione dei doveri di solidarietà. In tal senso sussiste una unità originaria tra libertà e responsabilità: la libertà nella famiglia trova nell’unità e nei relativi doveri non tanto il limite quanto la funzione, il suo fondamento» (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., III, pp. 338-340).

¹⁰⁹ V. SCALISI, *Studi sul diritto di famiglia*, cit., p. 40. L’A. approfondisce le stagioni della famiglia che transita dalla “famiglia-istituzione” alla “famiglia-comunità” ove assume ruolo centrale il rapporto dei componenti del

Non sussiste, perciò, un interesse familiare superindividuale e collettivo, di matrice pubblicistica che prevale rispetto alle posizioni dei suoi componenti, poiché la famiglia assume rilevanza in relazione a quelle che sono le situazioni giuridiche attribuite ai suoi componenti, per promuovere le singole esigenze.

La famiglia, perciò, pur nella sua diversa proiezione con riferimento all'“atto” e al “rapporto”, riveste nelle fonti di produzione del diritto massima tutela, con carattere preminente in tutti i livelli di legalità, sia costituzionale sia europea che ordinaria. Anzi è proprio la convergenza del sistema italo-europeo¹¹⁰ a garantire una interpretazione degli istituti giuridici in conformità con l'identità culturale e costituzionale del Paese di riferimento. La disposizione che unisce questi livelli, con riferimento all'ordinamento italiano, è l'art. 2 Cost., espressiva di quelli che sono i principi fondamentali dell'ordinamento¹¹¹: la disposizione, infatti, estende la sua tutela anche alle «situazioni atipiche»¹¹², nella considerazione che la norma sia per un verso riassuntiva dei diritti tipicamente previsti dalla Costituzione ma, soprattutto, sia programmatica e, quindi, flessibile e direttamente applicabile al caso concreto anche qualora quest'ultimo necessiti di una risposta differenziata, non stereotipata, così come non lo è la famiglia.

A livello internazionale la Convenzione dei diritti dell'Uomo riserva un'attenzione specifica alla famiglia giacché riconosce il «diritto al rispetto della vita privata e familiare» (art. 8 CEDU), così attribuendo una tutela alla persona nelle diverse realtà familiari, indipendentemente dal numero di *partner* e di formazioni sociali nelle quali quella persona sceglie di realizzare e sviluppare la propria personalità.

Dunque, sussistendo queste condizioni risulta evidente che la “funzione” della famiglia prevale rispetto alla sua “struttura”, poiché è la funzione a costituire la “bussola” di

nucleo familiare e, dunque, la personalità di ognuno di essi: «la famiglia, al pari della persona, non appartiene soltanto al mondo dell'“essere” (*Sein*), ma è anche e soprattutto il luogo del “dover-essere” (*Sollen*), il luogo cioè dove si producono e hanno origine le corrispondenti regole di governo delle relazioni familiari. Vi è nella famiglia nesso di necessaria coappartenenza tra *Sein* e *Sollen*, tra realtà e regola» (cit., p. 64), «tra persona e comunità, sistema e ordinamento» (cit., p. 114) per una nuova stagione della famiglia che «scaturisce (...) dal “basso” della concreta ed effettiva esperienza storico-sociale di vita dei consociati» (cit., p. 115). L'A., infatti, giunge a questa conclusione dopo aver esaminato e analizzato come «il tempo della famiglia nel diritto appare scandito da più di una stagione. Nel lungo periodo che dall'unità d'Italia volge ai nostri giorni la famiglia ha vissuto almeno tre grandi stagioni: quella dei codici; quella costituzionale e della normativa postcodice di attuazione; infine quella presente, che vede sulla istituzione familiare riflettersi in misura rilevante il processo di integrazione giuridica europea» (cit., p. 65).

¹¹⁰ Sulla necessità di questa prospettiva P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, spec. p. 148, ove l'A. osserva che «[a]l controllo di costituzionalità delle norme, che impone al giurista di porsi sempre il quesito della legittimità costituzionale di qualsivoglia disposizione normativa, si aggiunge il controllo di legittimità europea delle disposizioni, la loro corretta applicazione nel rispetto della gerarchia delle fonti. I due controlli di legittimità hanno punti di contatto, sebbene due distinte Corti, Corte di giustizia e Corte costituzionale, siano deputate al controllo. (...) La ricostruzione del sistema italo-europeo delle fonti è la premessa essenziale per una reinterpretazione degli istituti giuridici, anche civilistici, comprensibili soltanto in una logica costituzionale ed europea. Diritto costituzionale e diritto europeo incidono unitariamente sulla regolamentazione dei comportamenti e dei rapporti intersoggettivi».

¹¹¹ Per un approfondimento si rinvia a P. PERLINGIERI e R. MESSINETTI, Sub *art.* 2, in P. PERLINGIERI e AA. VV., *Commento alla Costituzione italiana*, 2ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, p. 7 ss.

¹¹² P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., III, p. 5. L'A. nelle sue ricerche evidenzia come «ai fini della tutela della persona non è estensibile la categoria del diritto soggettivo come elaborata in tema di rapporti patrimoniali [; n]ella categoria dell'essere non esiste la dualità, tipica della categoria dell'avere, tra soggetto e oggetto: è la persona a costituire ad un tempo il soggetto titolare del diritto e il punto di riferimento oggettivo del rapporto» (ID., *La personalità umana*, cit., p. 182 s. e p. 187).

sopravvivenza di quella determinata e specifica realtà familiare; solo quando viene meno la “funzione” la formazione sociale si disgrega e la famiglia recede all’individualismo.

Perciò se la normativa interna appare adeguata a soddisfare quelli che sono gli interessi in concreto meritevoli di tutela, perseguiti dalle parti dello specifico rapporto (sebbene poligamico), perché precludere i diritti fondamentali della persona ad uno o più dei componenti di un matrimonio poligamico?

In linea teorica nulla vieta di estendere ai rapporti poligamici normative riconosciute e applicate, per esempio, ad unioni diverse da quelle matrimoniali, come le previsioni contenute all’interno della legge Cirinnà¹¹³, a seguito della quale sono state estese anche normative interne.

Ad esempio, a fronte dell’indiscussa operatività a favore del soggetto convivente non si può escludere, anche nel caso di rapporti poligamici, l’applicabilità di previsioni quali quella del diritto al risarcimento del danno per lesione dell’interesse endofamiliare o in tema di responsabilità penale per abusi familiari o, ancora, in ossequio alla legge n. 76/2016, in funzione della tutela dei diritti¹¹⁴ nascenti dalle unioni civili e dalle convivenze di fatto.

A dimostrazione di ciò, basti riflettere sulla circostanza che l’ordinamento dal 1975 in poi ha, sempre più intensamente fino ai giorni odierni, dimostrato l’irrelevanza del dogma dell’esclusività della famiglia fondata sul matrimonio¹¹⁵ come criterio elettivo e discriminante nei rapporti personali, in considerazione della sempre più intensa e penetrante fecondità della pluralizzazione dei rapporti familiari nella realtà sociale.

La sedimentazione della pluralità dei rapporti familiari e personali, non sovrapponibili alle tipologie già cristallizzate nella società di riferimento, pone talvolta nuove istanze, foriere, a loro volta, di ulteriori trasformazioni sociali e – come nelle fattispecie qui in esame – funzionali a garantire una continuità (non solo temporale ma anche) “spaziale” delle situazioni giuridiche soggettive altrove legittimate che finiscono col trovare effettivo ristoro nei valori e nei principi inderogabili dell’ordinamento, come avviene sovente in riferimento alla dignità umana e all’eguaglianza tra i sessi.

Maggiore intensità valoriale nella centralità prospettica dell’interesse, quindi, assume la persona umana e il concetto di solidarietà, come in precedenza analizzato, nella declinazione di solidarietà familiare¹¹⁶.

¹¹³ Legge 20 maggio 2016, n. 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in G.U. del 21 maggio 2016, n. 118.

¹¹⁴ Comma XX, art. 1 della legge n. 76/2016.

¹¹⁵ Dogma ricostruito in termini assoluti dalla dottrina risalente, tra cui si ricorda: A. TRABUCCHI, *Natura Legge Famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, fasc. 1, pp. 1-27; F. SANTORO PASSARELLI, *Significato attuale del diritto nell’organizzazione e nella vita della famiglia*, in AA. VV., *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del II Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Cini nei giorni 11-12 marzo 1972, Padova, 1972, p. 10 ss.; A. DE CUPIS, *Debitazione legislativa della famiglia legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 317 ss.

¹¹⁶ Sui diritti e doveri di assistenza e di solidarietà derivanti dalle relazioni affettive di coppia, così come sono riconosciuti dalla Costituzione, la giurisprudenza è unanime. Sul punto si ricorda la pronuncia della Costituzione (Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1629 ss.) che contempla nella formula di cui all’art. 2 Cost., “formazione sociale”, ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. Specificatamente, la Corte adita annovera in tale nozione anche l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri a prescindere dal modello di unione prescelto.

Dal momento che il diritto è espressione di una realtà storica e culturale, non è possibile affermare in modo aprioristico l'irrilevanza giuridica di alcuni effetti che scaturiscono da una unione poligamica, poiché diversamente si finirebbe per ammettere un disinteressamento da parte dell'ordinamento italiano con riferimento a queste "viventi" formazioni sociali, in conflittualità dunque con la tutela di cui all'art. 8 CEDU. La mancata previsione della tipologia familiare determina solamente l'impossibilità di sussumere il fatto in una definita e specifica norma giuridica ma non può spingersi fino ad affermarne l'irrilevanza, dal momento che quella realtà familiare, al pari delle *convivenze more uxorio* quando sono emerse nella realtà sociale, è luogo di esplicazione della personalità dei suoi componenti, che hanno dei diritti in quanto appartenenti a quel gruppo familiare che, in un modo o in un altro, li contraddistingue nella società. Il riconoscimento di queste posizioni giuridiche rappresenta a tutti gli effetti i caratteri di una sfida culturale a difesa dei bisogni di solidarietà delle persone coinvolte. Difatti, il rispetto della dignità e della personalità di ogni componente del nucleo familiare assume i connotati di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente della famiglia, così come da parte di un terzo, costituisce il presupposto logico della responsabilità civile, non potendo chiaramente ritenersi che diritti definiti come inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i loro titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare riconosciuto da parte dell'ordinamento, in quanto sussumibile in una specifica disposizione. Assunta questa prospettiva metodologica, dunque, non appare plausibile il mancato riconoscimento della sussistenza di un illecito endofamiliare¹¹⁷, tutte le volte in cui si sono create gravi condizioni di privazione e abbandono degli altri componenti di una unione poligamica, non perché siano state poste in essere condotte lesive che comprimono il dovere di reciproca assistenza (secondo le formulazioni di cui agli artt. 143 e 160 c.c.) ma in quanto le condotte poste in essere, per la loro intrinseca gravità, si pongono come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona. Si pensi al caso della donna, alla quale viene rigettata una richiesta di ricongiungimento familiare, che determina nella sua condizione di vita la mancata continuità di una convivenza che le consentiva anche un sostentamento e un tenore di vita dignitoso. Perciò, tutte le volte in cui il comportamento lesivo sia tale da cagionare la lesione di diritti costituzionalmente protetti, si applicheranno le misure di diritto civile che si applicano alla famiglia, intendendo per "misure" non solo gli strumenti di tipo giusfamiliare ma anche le misure di tipo risarcitorio, nonché le responsabilità penali per abusi familiari. È acclarata l'applicabilità ai rapporti familiari della responsabilità civile e, pertanto, della sanzione del risarcimento tanto del danno patrimoniale quanto di quello non patrimoniale in caso di violazione dei doveri coniugali. Con riferimento alle unioni poligamiche la violazione dei doveri di solidarietà familiare determinerà l'applicabilità della relativa sanzione, dal momento che si tratta di danni derivanti dalla lesione di interessi aventi copertura costituzionale, tra cui gli artt. 2 e 30 Cost. con riferimento ai diritti

¹¹⁷ Sul risarcimento del danno endofamiliare le pronunce sono numerose. Cfr., tra le tante, Cass. civ., sez. I, 23 febbraio 2018, n. 4470, in *Diritto & Giustizia*, 2018, 26 febbraio, ove la Cassazione evidenzia che i «doveri derivanti ai coniugi dal matrimonio hanno natura giuridica e la relativa violazione, ove cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti, ben può integrare gli estremi dell'illecito civile e dare luogo ad un'autonoma azione volta al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'articolo 2059 c.c.»; Cass. civ., sez. VI, 19 novembre 2020, n. 26383, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1985 ss., con la quale la Cassazione non attribuisce il risarcimento del danno da illecito endofamiliare in mancanza della prova del nesso causale.

Elemento che contraddistingue il risarcimento del danno endofamiliare è che tale danno si può integrare solo nel caso in cui venga violato un diritto fondamentale di rango costituzionale, quale la dignità della persona, e la violazione sia di particolare gravità, essendo posta in essere con modalità insultante, ingiuriosa ed offensiva.

nascenti dal rapporto di filiazione, oltre che nelle norme di natura internazionale. Perciò, la violazione dei diritti fondamentali da parte di un componente della famiglia poligamica può integrare gli estremi dell'illecito civile e dare luogo ad un'autonoma azione volta al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 c.c., tutte le volte in cui accertata la violazione del dovere di solidarietà familiare questa abbia determinato un danno ingiusto ex art. 2043 c.c.¹¹⁸ Dunque, nulla sembra possa escludere anche con riferimento ad una unione poligamica l'applicabilità dei divieti relativi alla normativa sugli illeciti endofamiliari tutte le volte in cui la "convivenza" sia disfunzionale alla realtà familiare, determinando per esempio una privazione della figura genitoriale a danno del minore¹¹⁹, per il quale entrambi i genitori, secondo l'ordinamento italiano, sono responsabili, con possibile applicabilità, anche in maniera cumulativa, sia degli strumenti civilistici ablativi che riguardano l'esercizio della responsabilità genitoriale sia degli strumenti compensativi che attengono al risarcimento del danno.

Parimenti non sembra potersi escludere, altresì, la configurabilità di un danno da perdita del rapporto parentale: un danno di natura non patrimoniale che si realizza a causa della lesione del diritto all'affettività familiare, alla solidarietà familiare, tutelata negli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost., con l'estensione della clausola di effettività della tutela dei diritti per le persone dello stesso sesso unite civilmente secondo le previsioni di cui alla legge 20 maggio 2016, n. 76¹²⁰. La perdita del rapporto parentale può determinare un danno tutte le volte in cui l'evento morte determina per i "congiunti superstiti" (*rectius*, conviventi *more uxorio* o conviventi di una unione poligamica) la perdita di un sistema di vita basato sull'affettività, sulla condivisione e sulla quotidianità dei rapporti instaurati tra i suoi componenti, per es. tra madre e figlio, tra fratelli, ovvero nel non poter più fare ciò che per anni si è fatto, «con conseguente violazione di interessi essenziali della persona quali il diritto all'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia e alla libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito della peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, di diritto o di fatto, che trovano rispettivo riconoscimento nelle norme di cui agli artt. 2, 29 e 30 Cost.»¹²¹. Più che sul *quantum* del danno la disamina attiene, in questa sede, all'*an* della possibile istanza di risarcimento del danno, che non appare infruttuosa, sul presupposto che non sia possibile adottare interpretazioni

¹¹⁸ «Pertanto, riconosciuta la natura extracontrattuale ex art. 2043 c.c. dell'illecito endofamiliare, spetterà al coniuge danneggiato dimostrare non solo il nesso causale tra violazione dei doveri coniugali e lesione di diritti costituzionalmente garantiti, ma lo stesso coniuge sarà tenuto a dimostrare, altresì, il comportamento doloso del danneggiante» (Trib. Livorno, 15 aprile 2020, n. 331, in *Redazione Giuffrè*, 2020).

¹¹⁹ Sul punto la giurisprudenza è unanime, cfr. recentemente Cass. civ., sez. III, 10 giugno 2020, n. 11097, in *Foro it.*, 2021, c. 1383 ss.: «L'abbandono genitoriale, quale costante omissione di tutti gli obblighi che il genitore ha nei confronti della prole, integra un illecito endofamiliare permanente, cosicché la peculiare natura di tale danno, che investe la progressiva formazione della personalità del danneggiato condizionando le sue capacità di comprensione e autodifesa, incide sul "dies a quo" della prescrizione, da individuarsi nel momento in cui la vittima è pervenuta alla concreta possibilità di esercitare la pretesa risarcitoria».

¹²⁰ Il riferimento è al comma XX dell'art. 1 della legge Cirinnà che estende ad ognuna delle parti dell'unione civile le disposizioni codicistiche che si riferiscono al matrimonio.

¹²¹ La recente sentenza richiamata (Cass. civ., sez. III, 25 giugno 2021, n. 18284, in *Giustizia Civile Massimario*, 2021) attiene a un danno da perdita del rapporto parentale causato ad una donna a seguito del decesso del fratello e considerato esistente dalla Cassazione «a fronte dell'accertato "stretto legame esistente tra i fratelli", nonché del richiamato orientamento della giurisprudenza di legittimità in base al quale la lesione o la perdita della relazione parentale è risarcibile ove sia provata la relativa effettività e consistenza, non essendo al riguardo invero necessario che essa risulti altresì connotata in termini di "specialità", la convivenza non assurgendo - come detto - a connotato minimo della relativa esistenza».

restrittive e di natura afflittiva rispetto alla concreta funzione familiare, con riferimento agli interessi individuali dei componenti del nucleo familiare, poiché una interpretazione *in peius* della formulazione “società naturale” ex art. 29 Cost. rischia di determinare una graduazione negativa delle formazioni sociali, con il rischio di sentire parlare di prima, seconda, terza famiglia, o famiglia di serie b), negli stessi termini in cui prima la limitazione operava a favore della sola c.d. famiglia nucleare, poi della convivenza *more uxorio* e, adesso, degli effetti da attribuire a sostegno delle persone fragili di una comunità poligamica.

Nel solco di questi ragionamenti *in fieri*, plausibile appare l'inclusione della persona (unita attraverso una poliginia) tra i soggetti preposti ad esperire istanza di interdizione o di inabilitazione ai sensi dell'art. 417 c.c. La disposizione, infatti, consente la proposizione della domanda anche alla «persona stabilmente convivente», senza specificare se il convivente sia tale in via esclusiva oppure no. La legge c.d. Cirinnà ha esteso l'applicabilità della disposizione al «convivente di fatto», consentendo in capo a quest'ultimo la nomina di tutore, curatore o amministratore di sostegno¹²², senza specificare se il convivente sia tale in via esclusiva oppure no. Per gli stessi ordini di ragione, appaiono applicabili i commi XLII e XLIV della legge Cirinnà, in materia di diritto di abitazione a favore del convivente superstite, estromesso violentemente o clandestinamente da terzi, oltre che dal convivente proprietario¹²³; oppure si pensi alla sua successione in caso di morte¹²⁴ o recesso

¹²² Il comma XLVIII, dell'art. 1 della l. n. 76/2016, prevede espressamente che «Il convivente di fatto può essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno, qualora l'altra parte sia dichiarata interdetta o inabilitata ai sensi delle norme vigenti ovvero ricorrano i presupposti di cui all'articolo 404 del codice civile».

¹²³ Se la convivenza che ha determinato la costituzione di un consorzio familiare è una convivenza di unioni poligamiche, la tutela ordinamentale, attraverso il filtro dell'ordine pubblico, coniugato con il principio di solidarietà familiare, dovrebbe tutelare anche la posizione della donna, la quale ha un interesse proprio al diritto di abitazione diverso da quelle che possono essere ragioni di mera ospitalità e che può essere individuato in termini di “detenzione qualificata”, una volta appurato il negozio giuridico di tipo familiare costituito all'estero. Ecco perché la continuità spaziale delle posizioni giuridiche assume una fondamentale importanza in fattispecie come questa analizzata, alla luce del multiculturalismo e del pluralismo religioso. Se si estende alla moglie poligama il diritto che hanno i conviventi *more uxorio* (sul punto cfr. Cass. civ., sez. II, 15 settembre 2014, n. 19423, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 2052 e Cass. civ., sez. III, 24 aprile 2017, n. 10377, in *Diritto & Giustizia*, 2017, 28 aprile; alla luce della giurisprudenza il convivente *more uxorio* non è compossessore dell'immobile che, dunque, non può usucapire poiché è solo detentore autonomo dell'unità abitativa: cfr. Cass. civ., sez. II, 14 giugno 2012, n. 9786, in *Giust. civ.*, 2012, p. 2318), la stessa potrebbe vantare, in virtù della sua detenzione qualificata, una tutela possessoria, con conseguente azione di spoglio nei confronti del marito poligamo o di un terzo, in caso di estromissione violenta o clandestina dall'unità abitativa.

¹²⁴ Sul punto si ricorda che: - mentre per il convivente la posizione è più affievolita, «Il diritto del convivente di fatto superstite, in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza, di continuare ad abitarvi per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni, può sorgere solo qualora il rapporto di convivenza sia cessato dopo l'entrata in vigore della l. n. 76 del 2016» (Cass. civ., sez. III, 27 aprile 2017, n. 10377, in *Foro it.*, c. 1934); ai sensi del comma XLII, dell'art. 1 della l. n. 76/2016, «Salvo quanto previsto dall'articolo 337-*sexies* del codice civile, in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre cinque anni. Ove nella stessa coabitino figli minori o figli disabili del convivente superstite, il medesimo ha diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza per un periodo non inferiore a tre anni»; - per il coniuge la posizione è rafforzata, giacché al coniuge superstite, quale prelegato *ex lege*, spetta il diritto di uso e di abitazione sulla casa coniugale ed in via aggiuntiva rispetto alla propria quota di legittima. Perciò appare evidente l'affievolimento spaziale della posizione della donna musulmana, che in qualità di moglie nel Paese di provenienza, anziché ricevere il riconoscimento di alcuni effetti della sua posizione di moglie, subisce una *capitis deminutio minima*, un retaggio della perdita dello *ius agnationis* con i diritti ad esso connessi, giacché, anche se la sua posizione venisse equiparata per gli effetti a quella della convivenza, al

del conduttore dal contratto di locazione della casa di comune residenza, nonché i commi XXXVIII¹²⁵ e XXXIX¹²⁶ e le altre disposizioni in quanto compatibili.

Meriterebbe approfondimento specifico il problema della estensione della pensione di reversibilità ai componenti di un rapporto poligamico. Ai sensi dell'art. 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898¹²⁷, si contempla la possibilità che più soggetti siano beneficiari della pensione di reversibilità, nel caso di concorso tra coniuge superstite e coniuge (o coniugi) divorziato(i)¹²⁸, vigente il presupposto che il diritto al trattamento pensionistico di reversibilità rientri tra i diritti-doveri di assistenza e solidarietà¹²⁹. Esemplificativo della solidarietà e dell'adempimento delle

familiare di fatto non spetta il diritto di abitazione previsto per il coniuge superstite dall'art. 540, comma II, c.c.

¹²⁵ «I conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario» (art. 1, comma XXXVIII, l. n. 76/2016).

¹²⁶ «In caso di malattia o di ricovero, i conviventi di fatto hanno diritto reciproco di visita, di assistenza nonché di accesso alle informazioni personali, secondo le regole di organizzazione delle strutture ospedaliere o di assistenza pubbliche, private o convenzionate, previste per i coniugi e i familiari» (art. 1, comma XXXIX, l. n. 76/2016).

¹²⁷ *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio* (in G.U. del 3 dicembre 1970, n. 306).

¹²⁸ Art. 9, comma III, l. n. 898/1970: «Qualora esista un coniuge superstite avente i requisiti per la pensione di reversibilità, una quota della pensione e degli altri assegni a questi spettanti è attribuita dal tribunale, tenendo conto della durata del rapporto, al coniuge rispetto al quale è stata pronunciata la sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e che sia titolare dell'assegno di cui all'art. 5. Se in tale condizione si trovano più persone, il tribunale provvede a ripartire fra tutti la pensione e gli altri assegni, nonché a ripartire tra i restanti le quote attribuite a chi sia successivamente morto o passato a nuove nozze». Cfr. Cass. civ., sez. I, 23 luglio 2021, n. 21247, in *Giustizia Civile Massimario*, 2021, con la quale in caso di decesso dell'ex coniuge, la ripartizione dell'indennità di fine rapporto tra il coniuge divorziato e il coniuge superstite (che abbiano entrambi i requisiti per la pensione di reversibilità) è effettuata ai sensi dell'art. 9, comma III, l. n. 898/1970, oltre che sulla base del criterio legale della durata dei matrimoni, anche ponderando ulteriori elementi, correlati alla finalità solidaristica dell'istituto.

¹²⁹ Sul punto Cfr. Corte App. Milano, 9 febbraio 2021, n. 803 (in *Dir. fam. pers.*, 2021, p. 637), secondo cui «Il diritto al trattamento pensionistico di reversibilità, costituzionalmente garantito, rientra tra i diritti-doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia, sia eterosessuale sia quella omosessuale stabile; pertanto la pensione di reversibilità va riconosciuta sia al partner superstite unito civilmente sia al figlio minore della coppia, entrambi facenti parte di quella relazione stabile affettiva tutelata costituzionalmente e direttamente discendente dall'applicazione dell'art. 2 Cost.». L'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale trova realizzazione anche attraverso l'attribuzione della pensione di reversibilità a beneficio dell'unito civilmente superstite rispetto all'altro *partner*, in applicazione del principio di solidarietà familiare, ai sensi degli artt. 36, comma I, e 38 Cost., i quali prescrivono l'adeguatezza della pensione al fine di garantire un'esistenza libera e dignitosa. A seguito della legge Cirinnà (art. 1, comma XX), infatti, si estendono alle unioni civili i diritti e gli obblighi sussistenti nei rapporti di coniugio (tra cui anche il diritto alla pensione di reversibilità al *partner* superstite di una coppia unita civilmente e formata da persone dello stesso sesso) al fine di assicurare anche a queste formazioni sociali piena effettività giuridica, giacché la tutela previdenziale costituisce un corollario del principio solidaristico, in adempimento anche dei rilievi costituzionali di cui al Titolo III, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico di formazione sociale. Questa estensione si ha solo dopo la legge n. 76/2016, che costituisce, ancora oggi, lo spartiacque di attribuzione della tutela, come dimostra una recentissima sentenza della Cassazione (Cass. civ., sez. lav., 14 settembre 2021, n. 24694, in *Diritto & Giustizia*, 2021, 15 settembre), secondo cui la legge Cirinnà non si applica retroattivamente, neanche a fini previdenziali, quando il superstite della coppia omosessuale ha perso il compagno prima della entrata in vigore della legge Cirinnà, dal momento che l'unione esistente realizzava solo una convivenza di fatto che non ha ricevuto l'ufficialità di cui alla legge n. 76/2016 e non potendo svolgere funzione equipollente l'iscrizione nelle liste del Comune di residenza della coppia (un atto amministrativo non può imporre trattamenti pensionistici in materia coperta da riserva relativa di legge ex art. 23 Cost.), giacché manca la formalizzazione del rapporto giuridico secondo la legge Cirinnà. La mancata acquisizione dello *status* equiparato a quello di coniuge, ai sensi e per gli effetti della legge n. 76/2016, ha tuttavia condotto la Corte adita a, seppur *incidenter tantum* (poiché nel caso di specie il rapporto di convivenza

necessità familiari è il fondo patrimoniale, di cui agli artt. 167 ss. c.c., che realizza un patrimonio destinato a far fronte ai bisogni della famiglia, che si può costituire anche per atto tra vivi da un terzo “con l'accettazione dei coniugi”.

Da queste accennate riflessioni, perciò, è facile giungere a ulteriori considerazioni come il possibile riconoscimento, anche per le unioni poligamiche, dell'assegno del nucleo familiare, in equiparazione a quanto prevede l'ordinamento italiano che ammette e legittima un rapporto di coniugio esclusivamente monogamico, da cui discendono una serie di corollari, tra cui l'applicabilità dell'assegno del nucleo familiare¹³⁰, finalizzato ad assicurare una tutela in favore delle famiglie in stato di effettivo bisogno economico ed attribuito in modo differenziato in rapporto al numero dei componenti e al reddito del nucleo familiare; in caso di unioni poligamiche sarebbe discriminatorio non prevedere l'erogazione del beneficio a vantaggio di un solo coniuge, escludendo quindi dal beneficio tutti gli altri, senza tuttavia poter precludere possibilità ulteriori come la sua ripartizione fra più *ex* mogli e/o l'attuale convivente.

4. Riconoscimento non dell'atto ma dell'effetto che scaturisce da un matrimonio poligamico: chiave di attribuzione di status meritevoli di tutela? Una prospettiva conclusiva per una rigenerazione semantica e non contenutistica

È innegabile come l'ordine pubblico si evolva nel tempo, ammettendo ciò che ieri non era tollerato. La clausola generale, infatti, ha una matrice che tiene in considerazione quelli che sono gli indici sintomatici che una determinata società avverte riguardo a comportamenti e stili di vita. Senza andare troppo lontano (agli istituti in *favorem fidei*), la

è cessato in data anteriore all'entrata in vigore della legge n. 76/2016), domandarsi se «sia non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 legge n. 76/2016 nella parte in cui non prevede la possibilità d'una sua applicazione retroattiva (...) a tutte le coppie omosessuali conviventi in modo stabile».

¹³⁰ L'importanza del riconoscimento dell'assegno familiare e, in generale, di tutte le relative attività assistenziali a favore dei nuclei familiari, a favore degli stranieri, è avallata da continui interventi giurisprudenziali in materia.

Recentemente la Cassazione, al fine di consentire l'accesso ai cittadini stranieri con permesso di soggiorno all'assegno per nucleo familiare, ha sollevato «questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 6 -bis, d.l. n. 69/1988, conv. in l. n. 153/1988, per violazione degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 3, par. 1, lett. b) e c) e all'art. 12, par. 1, lett. e) direttiva 2011/98/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano titolari di permesso unico di soggiorno e di lavoro, nella parte in cui anche per i cittadini non appartenenti all'Unione europea titolari di permesso unico di soggiorno e di lavoro, prevede che non fanno parte del nucleo familiare di cui al comma 6 il coniuge ed i figli ed equiparati di cittadino straniero che non abbiano la residenza nel territorio della Repubblica, salvo che dallo Stato di cui lo straniero è cittadino sia riservato un trattamento di reciprocità nei confronti dei cittadini italiani ovvero sia stata stipulata convenzione internazionale in materia di trattamenti di famiglia, diversamente dagli altri beneficiari non cittadini stranieri» (Cass. civ., sez. lav., 8 aprile 2021, n. 9379, in *Diritto & Giustizia*, 2021, 9 aprile).

La giurisprudenza di merito ha, peraltro, riconosciuto l'assegno familiare per figli e moglie anche laddove costoro fossero residenti all'estero: «È discriminatorio il rifiuto dell'I.N.P.S. di concedere l'assegno per nucleo familiare al richiedente sul presupposto che coniuge e prole non siano residenti in Italia, dovendosi invece computare nel nucleo familiare anche il coniuge ed i figli residenti all'estero» (Trib. Alessandria, sez. lav., 20 gennaio 2021, in *Redazione Giuffrè*, 2021).

In tal senso va affermato «il carattere discriminatorio delle delibere di giunta nella parte in cui prevedono, ai fini dell'accesso al bonus bebè, i requisiti della cittadinanza europea e della residenza nel Comune da almeno tre anni per almeno uno dei genitori» (Trib. Milano, sez. lav., 24 giugno 2021, in *Redazione Giuffrè*, 2021; cfr. Corte cost., 30 luglio 2020, n. 182, in *Diritto & Giustizia*, 2020, 31 luglio).

società sviluppa nuove coordinate nel tempo e nei costumi del nostro territorio¹³¹, dal concubinato che non è più giuridicamente rilevante sia a livello civile (venuta meno la separazione per colpa) sia a livello penale (non costituendo più fattispecie di reato)¹³² alle unioni non eterosessuali e al loro riconoscimento anche in materia di filiazione.

In Italia la poligamia è oggi di per sé vietata ma è pur vero che la Costituzione della Repubblica tutela *ex art. 2* qualsiasi formazione sociale, purché sia funzionale allo sviluppo della persona umana. Il nucleo duro degli interessi tutelati dalla fonte costituzionale e dalle fonti sovranazionali è che determinati interessi e le relative situazioni giuridiche soggettive ricevano adeguata tutela perché giudicate meritevoli da parte dell'ordinamento; così alla stessa stregua delle convivenze nelle quali entrambi i conviventi siano legalmente separati, nulla vieta di riconoscere gli "effetti" direttamente imputabili a quei rapporti familiari poligamici presenti nel territorio italiano (ma costituiti legittimamente altrove) nei limiti in cui essi siano funzionali alle libertà fondamentali dell'uomo (come la libertà religiosa, sessuale e di espressione) e non siano lesivi della tutela della persona. L'ordinamento più che sforzarsi di adattare la costruzione della tipologia dello strumento poligamico, così inevitabilmente oscurando i profili effettuali di quell'unione, dovrebbe assiologicamente modulare il processo di categorizzazione della realtà, secondo lo stato dell'arte vigente al momento dell'istanza, affinché si riduca la frammentarietà delle categorie per farle convergere nell'unità. Pensiamo oltre al minore alla posizione della moglie musulmana che a seguito del ricongiungimento, proposto dal minore, fa ingresso in Italia nella qualità di madre (qualità che discende dall'essersi regolarmente coniugata con il padre del minore, residente adesso in Italia e sposato con altra donna) ma non nella qualità di moglie. Così facendo l'ordinamento, pur partendo dalla stessa situazione di fatto (il matrimonio) riconosce solo una parte degli effetti che scaturiscono da quel fatto, annichilendo tutte le situazioni giuridiche soggettive che orbitano attorno all'istituto e che la donna come coniuge non può pretendere in Italia. Questa donna viene tutelata? Come può agognare una tutela se, per es., dal matrimonio non sono stati generati figli e quindi la sua condizione non viene riconosciuta in Italia? L'ordinamento sembra non preoccuparsi della diversa situazione esistenziale in cui la donna si imbatte senza poter ricevere, chiedere e ottenere tutela pur avendo lei, di fatto, un diritto quesito. In questi termini la poligamia, così come la *kafalah*, è legata ai doveri di solidarietà sociale che il sistema ordinamentale deve garantire tanto al minore che alla donna.

Se si aggancia la poligamia ad una visione solidaristica capace di attribuire alla pratica sembianze ed effetti propri di una famiglia di fatto, allora perché non attribuire alla donna-moglie questi effetti a prescindere dalla esistenza o meno della sua condizione di madre? L'offuscamento di determinati effetti in capo alla donna determina una riduzione, finanche un "irricoscimento", della soggettività della donna musulmana, senza tenere in considerazione il comportamento che caratterizza il rapporto del matrimonio nella loro

¹³¹ Il riferimento è alla ricostruzione sociologica di Z. BAUMAN e T. LEONCINI, *Nati liquidi*, Milano, 2017: nel dibattito epistolare i due Autori si interrogano sulle trasformazioni della società in diversi ambiti; dalle trasformazioni sulla pelle (tatuaggi, chirurgia plastica, hipster), dalle trasformazioni dell'aggressività (bullismo) alle trasformazioni sessuali e amorose (decadenza dei tabù nell'era dell'e-commerce sentimentale).

¹³² Recentemente sul punto Cass. pen., sez. IV, 20 marzo 2019, n. 25144 (in *DeJure*), rammenta che «i reati di adulterio e di concubinato, riguardanti fatti non più penalmente rilevanti, in seguito alle sentenze della Corte Costituzionale nn. 126/1968 e 147/1969, (...) ineriscono a comportamenti oggi pacificamente non pertinenti in ordine alla commisurazione della pena». In argomento si rimanda a: M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili*, in *Pol. dir.*, 2017, pp. 17-31; G. DALLA TORRE, *Dal concubinato al matrimonio di fatto: l'attualità del pensiero di Christian Thomasius in un recente libro*, in *Dir. ecl.*, 1999, pp. 199-204.

religione. Dal matrimonio inteso come fatto sociale e giuridico derivano diritti e obblighi (componente di fatto dell'effetto giuridico¹³³) funzionali ad emendare determinate nullità, nei confronti di entrambi i nubendi. È indiscutibile che ordinamenti diversi possano consacrare differenti diritti e obblighi che dispiegano i loro effetti durante il rapporto matrimoniale.

Seppur sia evidente la tutela giuridica privilegiata all'unione coniugale nell'ordinamento occidentale, la componente di fatto dell'effetto giuridico, *rectius* il comportamento, assolve ad una funzione giustificatrice capace, in determinate circostanze, a far prevalere il rapporto rispetto al vizio costitutivo dell'atto di alcune fattispecie matrimoniali, che potremmo definire spurie, tali solo nel *nomen*. Non è perciò appropriato affrontare tematiche siffatte ponendosi dal profilo della tutela della famiglia legittima, bensì appare adeguato nelle situazioni analizzate disquisire di diritto alla vita privata e familiare, così come riconosciuto dall'art. 8 CEDU.

Del resto, l'ordinamento riconosce effetti ad un matrimonio simulato (art. 123 c.c.) qualora, differentemente dai propositi che hanno indotto le parti alla conclusione dell'atto matrimoniale, emerga dal comportamento delle parti l'inequivocabile volontà di realizzare compiutamente, *de die in diem*, la componente di fatto dell'effetto giuridico del rapporto matrimoniale (quindi il complesso di diritti e doveri che nascono dal matrimonio). Altresì, l'ordinamento riconosce gli effetti del matrimonio valido ai coniugi che hanno contratto in buona fede un matrimonio putativo (*ex art. 128 c.c.*), riconoscendo al coniuge putativo in buona fede uguale trattamento successorio del coniuge legittimo, sussistendo i presupposti di cui all'art. 584 c.c.; infine, il matrimonio putativo, anche se dichiarato nullo, produce rispetto ai figli gli effetti di un matrimonio validamente posto in essere. Peraltro, l'utilizzo dell'istituto del matrimonio putativo per riconoscere il diritto delle mogli a ricongiungersi con il proprio nucleo familiare è stato adoperato dalla «the putative spouse doctrine's»¹³⁴ ed è considerato produttivo di effetti alle condizioni previste dalle disposizioni.

Un ordinamento che riconosce le diversità culturali e le potenzialità normative delle diverse previsioni in materia, pur conservando e rispettando i valori costitutivi dell'identità nazionale, realizza un modello interculturale di “convivenza delle diversità”, allo scopo di assegnare il primato alla “persona”, indipendentemente dalla sua nazionalità, rispetto allo Stato e all'interesse pubblico ordinamentale che diventa recessivo rispetto all'interesse privato (il riconoscimento della decisione libera e consapevole della persona alla relazione poligamica) che non entra in conflitto con l'identità nazionale.

Quest'approccio di riconoscimento (e non di relatività delle culture e *rectius* dei relativi diritti fondamentali) di quella che può essere definita “eccedenza culturale” porterebbe al riconoscimento e al conferimento in capo alla donna della propria soggettività e di tutti quegli effetti positivi che l'unione poligamica instaurata le ha conferito, attribuendole la titolarità di uno “*status*”¹³⁵ coniugale specifico nella collettività di

¹³³ La ricostruzione dogmatica è di A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., p. 104, dove l'A. nell'analisi dell'effetto realizza il confronto tra il fatto giuridico e la componente di fatto dell'effetto giuridico.

¹³⁴ Per approfondimenti si rinvia a *law.cornell.edu*.

¹³⁵ Anche se appare difficile disquisire di *status*, nella sua essenza di situazione giuridica soggettiva attiva, con riferimento alla condizione e, dunque, alla posizione che la donna musulmana ricopre nella collettività di riferimento, a seguito della contrazione del matrimonio anche poligamico. Con riferimento allo *status* giuridico della donna musulmana legalmente acquisito nel proprio Paese d'origine, la riflessione sulla situazione giuridica soggettiva attiva assume connotazioni differenti, che sfuggono dalla categoria. Sul punto, per la rivalutazione dogmatica del concetto di *status* e, soprattutto, per l'individuazione di quelli che possono essere i

riferimento. Si realizzerebbe, così, una convivenza culturale tra stili di vita e consuetudini locali, astrattamente incompatibili tra loro, ma egualmente capaci di determinare situazioni giuridiche meritevoli di interesse da parte dell'ordinamento, alla luce del nucleo duro di valori fondamentali universali che legittima un linguaggio universale, pur permanendo l'identità di ogni singola cultura. Lo *status* coniugale per l'ordinamento italiano è funzionale a tutelare la persona sia durante il consolidamento del rapporto che in caso di patologia dello stesso, proprio in funzione del principio di solidarietà familiare. Questo principio perché non si può estendere alla donna musulmana titolare dello *status* coniugale? La qualità immanente dell'interesse della donna al riconoscimento del suo *status* legittima soluzioni differenti affinché la soggettività della stessa non venga offuscata dal cono d'ombra dell'ordine pubblico interno e internazionale ma, anzi, trovi attraverso quest'ultimo pieno riconoscimento. Così come la *kafalah*, il matrimonio poligamico e lo *status* coniugale della donna musulmana (indipendentemente dalla presenza o meno di figli) deve assurgere a strumento di solidarietà sociale e, per ciò stesso, essere riconosciuto nell'ordinamento italiano, a baluardo di quei valori fondamentali non negoziabili, non rinunciabili, e distinguibili alla luce di un sistema italo-europeo delle fonti. Questa riflessione consente di ampliare la latitudine della tutela dei diritti umani, contemplando un contesto fattuale nuovo e diverso da quello assorbito nello stile di vita occidentale, attraverso una consapevolezza interculturale propria di un pluralismo pieno e non claudicante.

Il pregio di quest'approccio è che si sfugge dalle maglie dei rigidi posizionamenti ideologici, espressivi di una tralattizia ipostatizzazione della famiglia tradizionale, evitando così di creare pericolosi microsistemi tra ordinamenti differenti ma giungendo (qualora fosse possibile) ad un giudizio di compatibilità della fattispecie reclamante con i principi fondamentali identificativi dell'ordinamento italo-europeo, al fine di ricavare relazioni di compatibilità che consentano di cogliere nella differenza delle istituzioni ordinamentali l'identità dell'interesse manifestato e porlo in relazione al sistema socio-culturale di appartenenza, in una relazione strutturale conformativa che trova realizzazione nell'esercizio dei criteri assiologici. Difatti sono i criteri assiologici, la rilevanza assiologica della realtà fattuale, a gettare luce e a fare intravedere il sentiero da percorrere in casi astrattamente non compatibili ma concretamente meritevoli di tutela a seguito di un processo di ragionevolezza che supera la rigidità semantica della normativa tutelando l'interesse concreto laddove meritevole di tutela, attraverso il principio di solidarietà.

È inevitabile che in una società plurale le consuetudini culturali, al pari delle radici religiose e degli stili di vita, finiscano con il condizionare il significato del tessuto semantico delle disposizioni giuridiche reclamandone una attuazione specifica e funzionale al soddisfacimento dell'interesse delle persone coinvolte. Difatti, l'ordinamento giuridico vigente presenta una complessità aperta, *ex art. 10*, comma 1, Cost. e non una complessità ordinamentale che si chiude a riccio su sé stessa, considerando esclusivamente le fonti interne. Appare, perciò, incongruo ai principi dell'ordinamento escludere *a priori* e con un elevato tasso di preconcetto e prevaricazione sociale la compatibilità all'ordine pubblico di

profili di uno *status* c.d. negativo si rimanda al pregevole contributo di A. MARCHESE, *Soggetto e oggetto nel "diritto civile antimafia"*, Milano, 2017, spec. p. 116 ss., ove l'A. evidenziando la chiave negativa dello *status*, riguardo a determinate peculiari situazioni analizzate come esempio di "eversione sistematica", offre una ricostruzione di ordine generale sulla «funzione "repressiva" degli status personarum» (cit., p. 126). Del resto, come osserva autorevole dottrina «[l']insidia nella trattazione del tema dello *status* (...) sta nell'individuare una nozione vaga e generica di *status* nella quale far confluire realtà e situazioni assai diverse, rinunciando così a coglierne le particolarità» (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., I, p. 247).

un matrimonio poligamico validamente stipulato all'estero o di determinati rapporti che, seppur derivanti da una situazione di poligamia, sono per la loro fattualità¹³⁶ meritevoli di tutela nel caso concreto. Il pluralismo dei modelli familiari non può subire una abnegazione statale che si rifletterebbe in una diminuzione del pluralismo culturale e sociale, così come palesato nel fatto umano e giuridico.

L'interprete è, infatti, tenuto ad interpretare le norme partendo dal fatto, dalla fattispecie concreta che può coinvolgere tutte le possibili fonti del diritto, anche quelle di natura consuetudinaria, specie laddove si faccia riferimento ad altri Paesi che inducono l'interprete ad un bilanciamento degli interessi e dei valori nel loro inscindibile coordinamento assiologico-valutativo a garanzia del godimento effettivo della persona alla autodeterminazione privata nella costituzione delle proprie relazioni familiari. La dimensione affettiva che si genera all'interno di una famiglia poligamica musulmana va analizzata senza posizioni assolute ma in una dimensione inedita in cui si valutano come sensori di meritevolezza alcuni valori propri della famiglia tradizionale. Del resto, l'art. 29 Cost. e le norme del codice civile che disciplinano il matrimonio, così come le disposizioni della legge Cirinnà, non possono avere un contenuto *sub specie aeternitatis* ma vanno poste in relazione alla peculiarità della situazione che si sta sedimentando nel tessuto sociale e che rappresenta l'interesse delle parti nel caso concreto. In tal senso è stato evidenziato come «un'interna coerenza e armonia tra principi e regole frutto della mano del Costituente non esclude (ed anzi implica) la eventualità dell'innovazione costituzionale, specie laddove le seconde si mostrino ormai *temporis ratione* inadeguate a servire al meglio i primi, i quali pure non si sottraggono, a mio modo di vedere, al loro possibile (e auspicabile) aggiornamento che, restando fedele alla loro matrice di valore, ne rafforzi la capacità espansiva e inclusiva»¹³⁷.

In altri termini la verifica della compatibilità della situazione attribuita e riconosciuta all'estero con i principi di ordine pubblico interno e internazionale deve riguardare esclusivamente gli "effetti" che l'atto di matrimonio poligamico contratto all'estero è destinato a produrre nel nostro ordinamento e giammai la conformità di quell'istituto matrimoniale all'ordinamento interno. La questione, dunque, non può essere risolta attraverso un ragionamento di astratta ammissibilità o non ammissibilità della poliginia secondo l'ordinamento interno ma in termini di meritevolezza di tutela, valutati "caso per caso", degli interessi dei singoli componenti della famiglia, seppur poligamica.

¹³⁶ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., III, p. 69, ove l'A. espressamente enuncia che «al fenomeno giuridico non è possibile sottrarre la fattualità, che è componente essenziale della normatività e soprattutto della sua storicità».

¹³⁷ A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in *Consulta Online*, 2016, fasc. III, pp. 512-513. Secondo l'A., infatti, «la Costituzione, più e prima ancora che essere un atto, è un processo, attraversato da un moto interno incessante» (cit., p. 514); essa «esibisce (...) una duplice, strutturale vocazione, oscillando permanentemente tra il corno della fedeltà alla sua matrice originaria e l'altro al rinnovamento e alla rigenerazione semantica, allo scopo di dar voce ai nuovi diritti veicolati dalle consuetudini culturali» (cit., p. 515). Questo processo di assorbimento è dovuto al fatto che la consuetudine «non ha una funzione solo di conservazione dell'esistente ma anche una di rinnovamento (...) che (...) sollecita e promuove la formazione di nuovi processi nomogenetici che si alimentano da nuove consuetudini culturali di riconoscimento dei bisogni più diffusamente ed intensamente avvertiti nel corpo sociale» (cit.). Ecco dunque che «[a]l pari di Giano bifronte, la Costituzione guarda al passato, alla propria storia, dal legame con la quale non può sciogliersi se non in modo forzoso; e guarda anche al futuro, disponendosi ad attrarre a sé e *quodammodo* metabolizzare quanto c'è (...) di più profondo nel corpo sociale, disvelandolo ed offrendovi la protezione più adeguata, alle condizioni oggettive di contesto» (cit.).

Il meccanismo della ragionevolezza in questi casi opera alla stregua del riconoscimento della sentenza straniera nell'ordinamento italiano, laddove il limite dell'ordine pubblico (sul riconoscimento delle sentenze straniere) va applicato solo con riguardo agli effetti dell'atto straniero nell'ordinamento, rimanendo «preclusa al giudice qualsiasi valutazione sul merito del rapporto giuridico dedotto»¹³⁸. Il controllo di adeguatezza, perciò, al fine di attribuire gli “effetti” che dall'unione sono dovuti alla persona interessata avviene valutando la conformità del singolo rapporto non solo alle norme imperative ordinarie ma ai principi fondamentali identificativi dell'ordinamento italo-europeo¹³⁹. Questo processo di conformità della tradizione culturale di un altro Paese con l'ordine pubblico interno e internazionale costituisce «banco di prova (...) delle oscillazioni tra continuità ed evoluzione della Costituzione, della sua fedeltà alle tradizioni culturali del nostro Paese e della sua proiezione verso l'acquisizione di nuove tradizioni [; e sono numerose le conferme di questo flusso ininterrotto di mutuo *dare-avere* culturale tra gli operatori istituzionali. Si pensi solo alla riforma del diritto di famiglia (...), o alla disciplina dello *status* dei figli (...), alle unioni civili, ecc.»¹⁴⁰.

In questa dinamica, perciò, con l'intento di tutelare il diritto della donna all'autodeterminazione, nel solco della propria identità culturale e/o religiosa, si propone di riconoscere gli effetti a tutti quegli istituti, legittimi e vigenti nel diritto islamico, con cui si genera solidarietà sociale per le persone che nell'ordinamento italiano, senza quel riconoscimento, riceverebbero un affievolimento della loro precedente situazione giuridica, a causa di una prevaricazione statale. Precipua rilevanza riveste il miglior interesse del minore ma anche il rispetto della identità culturale, della libertà religiosa e dell'autonoma posizione dei *partners* ulteriori affinché possa garantirsi loro l'esercizio e il rispetto del diritto alla vita privata e familiare così come riconosciuto dall'art. 8 CEDU. Queste posizioni di interesse inducono l'ordinamento, limitatamente al piano dell'efficacia, ad una valutazione della poligamia intesa come soluzione necessitata per riconoscere alcune relazioni affettive allo scopo di tutelare l'interesse del minore o di altra persona in stato di bisogno o di fragilità esistenziale.

¹³⁸ Cass. civ., sez. I, 14 agosto 2020, n. 17170, in *Riv. dir. intern.*, 2020, p. 1241. La pronuncia testé richiamata afferma che «In tema di riconoscimento delle sentenze straniere, il limite dell'ordine pubblico deve essere applicato solo con riguardo agli effetti dell'atto straniero nell'ordinamento, mentre è preclusa al giudice qualsiasi valutazione sul merito del rapporto giuridico dedotto. Va escluso, pertanto, qualsiasi sindacato contenutistico o di merito, nonché di correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano. Non può costituire un ostacolo al riconoscimento il fatto che la sentenza straniera applichi una disciplina difforme rispetto a norme interne imperative o inderogabili. In caso contrario, le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, cancellando la diversità tra sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato».

¹³⁹ Sulla necessità di un nucleo essenziale di valori morali universalmente condivisi P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., III, spec. p. 159, ove l'A. rileva che «il progresso morale del rispetto dell'uomo contribuisce a rendere le nostre comunità più inclusive ed evita gli errori già conosciuti in periodi bui della storia. Affinché ciò diventi patrimonio comune (...) è da incentivare sì la costituzione di “uno zoccolo duro (auspicabilmente in espansione) di valori morali universalmente condivisi”, ma senza che questo debba comportare “un'unica concezione politica della giustizia condivisa da tutti”. Occorrono tolleranza e moderazione (...) [nella consapevolezza che i] diritti umani (...) vanno utilizzati non in modo dogmatico e arrogante quali strumenti di lotta politica, ma con la consapevolezza che la civiltà di una comunità è data (...) dal modo effettivo nel quale vengono trattati i deboli, i diversi, i minori in senso ampio. Così la diversità culturale diventa ricchezza e il diritto non può imporre ciò che vuole e trincerarsi nella regolarità dei suoi formali procedimenti formativi».

¹⁴⁰ A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia*, cit., p. 517.

In conclusione, perciò, nel confermare la contrarietà all'ordine pubblico *ex artt. 3 e 29 Cost.*, vigente il divieto di bigamia, di una poliginia di stampo musulmano o di più matrimoni in capo alla medesima persona, la c.d. poliandria, il compito dell'interprete - lungi dal riconoscere efficacia ad un rapporto poligamico validamente stipulato all'estero - è di individuare gli effetti da ricondurre alla poligamia come presupposto logico di un'altra situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela, come una richiesta di ricongiungimento familiare o una pretesa in sede successoria. Funzione del diritto, del resto, è garantire la tutela a tutte quelle istanze umane che si traducono in istanze giuridiche, tutte le volte in cui l'ordinamento reputa l'interesse del caso concreto meritevole di tutela. È l'interesse il principio fondativo della giuridicità e l'effetto giuridico è lo strumento che l'ordinamento (valutato positivamente l'interesse evidenziato dal fatto) mette a disposizione dei consociati per la realizzazione dell'interesse, che diventa così un "interesse qualificato" e, dunque, normativo. L'efficacia giuridica si regge sul principio di corrispondenza dell'effetto al fatto, sul presupposto che l'effetto debba adeguarsi alla situazione di interessi evidenziata dal fatto. Il principio di corrispondenza diventa più difficile da realizzare tutte le volte in cui l'istanza internazionalista amplifica la complessità giuridica¹⁴¹ in un bilanciamento di interessi proteso a fugare l'inevitabile grado di incertezza determinato dal pluralismo normativo e consuetudinario, quale risultante dall'insieme degli orientamenti vitali e spirituali dei consociati. Da un punto di vista prettamente astratto le fattispecie approfondite potrebbero apparire fatti giuridici con un'unica sembianza, rappresentativi di un unico aspetto e perciò riconducibili ad una tutela tipica e astratta, conformata dall'ordinamento. In verità queste fattispecie lungi dall'apparire unitarie, "monofattuali", sono espressive di una miriade diversificata di fattispecie a seconda delle persone coinvolte, giacché il fatto appare "cangiante" a seconda dello stile di vita, della religione e della matrice culturale di provenienza¹⁴²; in altri termini, una unione poligamica si diversificherà a seconda delle matrici culturali e religiose della comunità di riferimento, ponendo le coordinate di una prospettiva inclusiva in cui il multiculturalismo fa emergere la centralità del concetto dell'ordine pubblico, il quale si presenta in una traiettoria funzionale con la promozione dei diritti fondamentali della persona: un ordine pubblico che, quindi, assolve ad una importante finalità selettiva (non negativa-conservativa ma selettiva-promozionale) di quelle pratiche di modalità di sviluppo dell'esistenza che risultano compatibili con i valori

¹⁴¹ Sul punto per un approfondimento sul principio di effettività alla luce del rapporto fra più ordinamenti e più fonti normative, *Drittwirkung*, ovvero applicazione diretta dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali, si rimanda a C. CAMARDI, *Il diritto privato tra regole e principi. Uno sguardo sulla complessità giuridica, a partire da un volume recente*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2019, fasc. 1, pp. 115-129.

¹⁴² A titolo esemplificativo si richiama una pronuncia della Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. I, 14 agosto 2020, n. 17170, in *Fam. dir.*, 2021, fasc. 5, pp. 507-509, con commento di O. VANIN, *Divorzio iraniano e controllo "in concreto" di compatibilità con l'ordine pubblico del provvedimento straniero*, pp. 509-515), con la quale si affronta un caso di riconoscimento di una sentenza di divorzio iraniana e la sua compatibilità con l'ordine pubblico, nella conflittualità tra i valori giuridici del diritto iraniano e i principi fondamentali dell'ordinamento italiano. L'analisi del giudice, infatti, più che sul contenuto astratto della legge, attiene alla fattualità concreta degli effetti materiali che conseguirebbero al riconoscimento del provvedimento: «l'individuazione del limite rappresentato dall'ordine pubblico deve avere riguardo esclusivamente agli effetti dell'atto nell'ordinamento interno, una volta che (...) l'ordine pubblico, nell'attuale fase storico-sociale, si identifica nel complesso dei valori discendenti dalla Costituzione e dalle fonti internazionali e sovranazionali dettati a tutela dei diritti fondamentali per il modo in cui essi si attuano attraverso il diritto vivente, non può, di conseguenza, costituire ostacolo in linea di principio al riconoscimento dell'efficacia interna della sentenza straniera il fatto che essa "applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto a più norme interne benché imperative o inderogabili" (Cass., Sez. I, 30/09/2016, n. 19599)» (Cass. civ., sez. I, 14 agosto 2020, n. 17170, cit., p. 509).

fondamentali dell'ordinamento e, in particolar modo, con il valore della persona, che nell'assiologia, non soltanto del sistema giuridico italiano ma di tutti i sistemi ordinamentali dell'identità culturale "europea", riafferma la propria centralità. Perciò la risposta che l'ordinamento conferisce alla situazione di fatto non può essere la stessa per tutte le fattispecie concrete, astrattamente riconducibili ad uno schema di unione affettiva ma strutturalmente differenti, a seconda della tipologia multiculturale predominante e a baluardo del principio di solidarietà familiare.

Ecco che la tutela deve diversificarsi in modo corrispondente alla fattualità (non astratta ma) concreta. Appare, pertanto, risolutiva l'applicabilità del «principio di convenienza dell'effetto al fatto»¹⁴³, affinché l'interprete possa, nella comparazione degli effetti riconosciuti dall'ordinamento, rintracciare l'effetto funzionale a soddisfare maggiormente l'interesse giuridico manifestato nel fatto. La complessità del fatto, elide l'applicabilità automatica dell'effetto al fatto, e determina una indagine assiologica sulla applicabilità dell'effetto più conveniente a soddisfare l'interesse, per mezzo dello strumento più adeguato e "adattabile" al fatto concreto.

Perciò, nonostante la non equiparabilità della famiglia poligamica alla famiglia tradizionale, il riconoscimento di determinati effetti alla poliginia determina, per mezzo di una relazione di compatibilità tra discipline capace di cogliere nella differenza l'identità di alcuni valori universali, l'utilizzo di alcuni strumenti di tutela civilistici anche a favore dei componenti di una realtà familiare di tipo poligamico, acclarata la conformità dei principi identificativi dell'ordinamento interno e internazionale. Quindi con riferimento al matrimonio poligamico e alla *kafalah*, non si deve ragionare con metodologiche forzate di loro sussunzioni in fattispecie conosciute per l'ordinamento italiano (matrimonio, convivenze registrate o affidamento familiare, adozioni in casi particolari) ma la valutazione deve attenersi alla conformità dei principi fondamentali e «dei valori fondanti il sistema italo-europeo, ricavabili anche da quelle fonti internazionali che ampiamente ne legittimano il recepimento e che, anzi, entro i medesimi limiti assiologici, addirittura, come si è chiarito, lo impongono»¹⁴⁴.

Aderendo a questa prospettiva è possibile evitare la creazione di categorie familiari distinte e contrapposte lesive dei diritti e delle libertà fondamentali, nel rispetto della identità nazionale e del margine di apprezzamento che ciascun Stato conserva nei limiti in cui sia funzionale al rispetto dei principi fondamentali, in una dimensione di "convivialità delle differenze", in linea con quanto descritto nel Trattato sull'Unione europea volto a rispettare e preservare le diverse identità nazionali, garantendo l'unità nella diversità¹⁴⁵.

Garantire un nucleo duro (ma non rigido e imperscrutabile) di unità di valori e principi nella diversità sistematica non vuol dire riconoscere l'assimilazione e l'assorbimento dei costumi e degli stili di vita, astrattamente non conformi *hic et nunc* all'ordine pubblico per la loro tipologia, ma significa ammettere nel bilanciamento degli

¹⁴³ Secondo la nota ricostruzione di A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., pp. 62-64.

¹⁴⁴ P. VIRGADAMO, *La Kafalah tra ordine pubblico*, cit., p. 257.

¹⁴⁵ A tal fine si ricordano le seguenti disposizioni. L'art. 3 Trattato sull'Unione europea (TUE) evidenzia la rilevanza dei valori dell'Unione, «L'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli» (art. 3, par. 1, TUE), preservandone l'identità nazionale «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali» (art. 4, par. 2, TUE). La tutela delle differenze ha poi ricevuto sviluppo nella prassi di garantire alle persone lo *status* che avevano acquisito in applicazione della loro legge nazionale, al fine di tutelare la loro identità nazionale e culturale.

ordinamenti uno *status* che, anche se differente ai *cliché* del sistema ospitante, consente la continuità delle situazioni giuridiche soggettive ad esso riferite e non apre la strada ad una poligamia post-moderna¹⁴⁶. Non si tratta di scorgere una predominanza a geometria alternata di un ordinamento rispetto ad un altro ma di garantire l'effettività dei diritti fondamentali; diversamente infatti si favorirebbe la pericolosa logica dei microsistemi, alimentata da «un'idea rigida e soprattutto (...) “conflittuale” di ordine pubblico»¹⁴⁷, con il rischio di sentir discorrere di “terza” (“quarta” e così via) famiglia o di dimenticare che la funzione della comunità familiare è unitaria, quindi nei limiti del controllo di compatibilità, di adeguatezza, di meritevolezza, unitaria dev'essere anche la disciplina applicabile che, dunque, non può in modo aprioristico escludere la compatibilità degli effetti di una unione poligamica validamente stipulata all'estero.

Il parametro valutativo, ossia il bilanciamento tra regole e principi concorrenti, deve fondarsi sul canone di ragionevolezza, tenendo conto dello specifico riferimento al caso concreto al fine di preservare l'interesse fondamentale della famiglia, purché sussistano validi legami personali affettivi ed effettivi, continuativi e inclusivi della personalità dei singoli componenti, in una visione promozionale dell'ordine pubblico interno e internazionale volta a conferire continuità anche alle situazioni giuridiche familiari costituite validamente all'estero.

¹⁴⁶ In tal senso invece, N. COLAIANNI, *Poligamia e società policulturale*, cit., p. 148.

¹⁴⁷ P. VIRGADAMO, *La Kafalah tra ordine pubblico*, cit., p. 258, ove si legge: «rigida perché avulsa dall'individuazione del principio, di ordine pubblico appunto, leso in concreto; conflittuale in quanto ricostruente lo stesso ordine pubblico come contrapposto naturalmente ad altri interessi e non, come invece deve essere, individuabile in concreto nel bilanciamento di valori che tutti ne fanno parte e che lo caratterizzano: non vi sono interessi confliggenti con l'ordine pubblico, ma fatti e atti i quali, nel loro concreto operare, ledono principi, che all'ordine pubblico, per la loro pregnanza, sono riconducibili, dovendo al contempo, nel giudizio concreto di bilanciamento, prevalere su altri».