



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Scienze politiche, giuridiche e Studi internazionali (SPGI)

Scuola di Dottorato di ricerca in Diritto internazionale, Diritto privato e
Diritto del lavoro

Ciclo XXVI

DIRITTO DI FAMIGLIA E MINORANZE CULTURALI

Direttore della Scuola: Ch.ma Prof.ssa MANUELA MANTOVANI

Supervisore: Ch.ma Prof.ssa MANUELA MANTOVANI

Dottorando: MATTEO MATTIONI

SINOSSI

Il presente lavoro mira a indagare il tema dell'efficacia nell'ordinamento italiano di istituti "alieni" in materia familiare e, in particolare, di quelli propri delle minoranze culturali più rappresentate sul territorio nazionale, di cui la nostra giurisprudenza si è maggiormente occupata.

Premessa una sintetica ricostruzione in chiave storica della tutela giuridica delle minoranze in ambito nazionale e sovranazionale, l'indagine si articola sul terreno del diritto privato. L'ambito della ricerca è suddiviso nei due settori corrispondenti alla tradizionale partizione del diritto di famiglia: quello dei rapporti tra coniugi e quello rapporti tra genitori e figli.

Vengono quindi in considerazione, anzitutto, i rapporti tra gli individui costituenti il nucleo fondamentale della famiglia. In primo luogo, l'analisi è dedicata al problema della libertà matrimoniale, emergente dal contrasto tra il principio della libera volontà nuziale e la realtà delle unioni programmate o forzate. Si passa quindi all'esame del fenomeno delle unioni poligamiche, venute all'attenzione della giurisprudenza soprattutto ai fini del ricongiungimento familiare. Infine, viene analizzato l'istituto del ripudio, suscettibile di dispiegare taluni limitati effetti nell'ordinamento italiano.

La seconda parte della tesi è dedicata allo *status* dei minori appartenenti alle minoranze culturali. L'indagine è condotta, prima, con riferimento alle forme "extraconvenzionali" di adozione e affidamento: in particolare, viene presa in considerazione la giurisprudenza riguardante la *kafalah* di diritto islamico. In secondo luogo, sono analizzati i profili di disciplina in tema di istruzione ed educazione dei minori, specialmente a proposito del problema della libertà religiosa.

Il lavoro pone in luce l'assoluta centralità del concetto di ordine pubblico, nel quale si identifica il vero fulcro del problema giuridico delle minoranze culturali: ogni possibile approccio politico alla questione si traduce, in definitiva, in differenti modulazioni di tale concetto, il quale rappresenta il limite opposto dall'ordinamento al dispiegamento al proprio interno di effetti giuridici da parte di fattispecie connotate da elementi di estraneità.

ABSTRACT

The thesis aims to analyze the issue of the effectiveness in the Italian legal system of foreign legal devices concerning family law – in particular, those pertaining to the most represented cultural minorities in Italy, which our courts have mostly dealt with.

After a concise historical reconstruction of the legal protection of minorities in national and international systems, the analysis goes into the ground of private law. The research is divided into the two sectors corresponding to the traditional division of family law: that of the relationship between spouses and that of the relationship between parents and children.

The relationship between the family core individuals is considered first. The analysis is primarily devoted to the problem – emerging from the conflict between the principle of free will and the cases of planned or forced weddings. Secondly, the issue of polygamous marriages is examined, especially for the purpose of family reunification. Finally, the thesis deals with the Islamic repudiation, which can deploy certain limited effects in Italian law.

The second part of the work is devoted to the *status* of children belonging to cultural minorities. The survey is first conducted with reference to “extra-conventional” forms of adoption and custody, like the *kafalah* of Islamic law. Second, instruction and education of children are considered, with particular reference to the issues of religious freedom.

The work highlights the absolute centrality of public order, in which it is identified the real core of the cultural minorities legal issue: every political approach in this field is ultimately based on different modulations of this concept, which represents the outer limit a legal system opposes to the effectiveness of “alien” legal devices.

INDICE

CAPITOLO I

MINORANZE CULTURALI E DIRITTO PRIVATO

1. Uniformazione del diritto di famiglia in Europa.....	1
2. ...e minoranze culturali.	5
3. In particolare: le minoranze islamiche.	8
4. La tutela delle minoranze a livello sovranazionale.	14
5. (Segue.) L'area europea.	19
6. Minoranze islamiche in Europa e principio di laicità.	22
7. Un approccio privatistico.	28

CAPITOLO II

IL RAPPORTO CONIUGALE

1. La tutela della libertà matrimoniale nel diritto interno.	31
2. La tutela della libertà matrimoniale sul piano sovranazionale.....	33
5. Unioni poligamiche e ordine pubblico.	54

6. Poligamia e ricongiungimento familiare. Una recente sentenza della Cassazione.	57
7. Ipotesi di riconoscimento (diretto o indiretto) delle unioni poligamiche.	64
8. Ripudio e ordine pubblico.	72
9. (Segue.) Efficacia (indiretta) del ripudio in ordine al permesso di soggiorno.	80
10. Centralità del concetto di ordine pubblico.	82
11. La Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione come ausilio per la ricostruzione di un concetto di ordine pubblico familiare.	84

CAPITOLO III

LA TUTELA DEI MINORI MEDIANTE KAFALAH IN RAPPORTO ALL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. La kafalah di diritto islamico: lineamenti.	96
2. Il problema del riconoscimento della kafalah come forma di adozione. La Convenzione dell'Aja.	106
3. L'attuale disciplina dell'adozione di minori stranieri.	111
4. (Segue.) Il riconoscimento in Italia delle adozioni pronunciate in altri Paesi.	115
5. La possibilità di riconoscere in Italia la kafalah come affidamento preadottivo o adozione legittimante.	122
6. (Segue.) Il richiamo all'efficacia diretta di cui all'art. 27 della Convenzione dell'Aja.	125
7. La riconoscibilità della kafalah come adozione non legittimante.	128

8.	La procedura. Prima possibilità: l'applicabilità della l. 184/1983.	132
9.	(Segue.) Seconda possibilità: l'applicabilità della l. 218/1995.	139
10.	Kafalah e ricongiungimento familiare. Le prime pronunce di merito.	143
12.	La giurisprudenza di merito successiva alle prime pronunce di legittimità.	159
13.	(Segue.) Rischi di aggiramento della normativa interna sulle adozioni: due casi a confronto.	164
14.	(Segue.) L'orientamento contrario al ricongiungimento di minori stranieri affidati in kafalah con cittadini italiani.	169
15.	(Segue.) Compatibilità del provvedimento straniero con l'ordine pubblico interno.	177
16.	L'intervento delle Sezioni Unite.	180

CAPITOLO IV

EDUCAZIONE DEL MINORE E LIBERTÀ RELIGIOSA

1.	Premessa.	189
2.	L'art. 2 Cost. come norma di apertura alle libertà umane "atipiche".	190
3.	L'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 2 Cost.	194
4.	Presupposti per l'esercizio dei diritti di libertà.	198
5.	Libertà fondamentali del minore.	200
6.	In particolare: il diritto all'educazione.	204
7.	Funzione educativa dei genitori e libertà del minore.	209
8.	Educazione e libertà religiosa.	213

9. Pluralismo culturale e istituzioni scolastiche.	218
CONCLUSIONI.....	236
BIBLIOGRAFIA.....	249

CAPITOLO I

MINORANZE CULTURALI E DIRITTO PRIVATO

SOMMARIO: 1. Uniformazione del diritto di famiglia in Europa... – 2. ...e minoranze culturali. – 3. In particolare: le minoranze islamiche. – 4. La tutela delle minoranze a livello sovranazionale. – 5. (Segue.) L'area europea. – 6. Minoranze islamiche in Europa e principio di laicità. – 7. Un approccio privatistico.

1. *Uniformazione del diritto di famiglia in Europa...*

L'applicazione – anche in ambito giurisprudenziale – del metodo comparatistico al diritto di famiglia rappresenta un fenomeno relativamente recente, che ha consentito agli studiosi di osservare come pressoché tutti i sistemi giuridici europei si trovino a fronteggiare realtà anche molto simili, dalle quali sorgono analoghi problemi di disciplina. Si tratta, com'è evidente, di un'analogia che deriva dalla progressiva (e forse irreversibile) uniformazione degli schemi sociali e dei modelli familiari oltre i confini dei singoli Stati: basti pensare, fra gli innumerevoli esempi possibili, alla sempre crescente diffusione delle cosiddette convivenze non coniugali; al tramonto (o,

quantomeno, la notevole erosione) del principio di autorità in ambito familiare; nonché, più in generale, all'ampia e generale affermazione di una concezione della famiglia che colloca i relativi componenti sul medesimo piano, al punto che si è parlato di un vero e proprio principio di parità dei membri della famiglia.

A fronte della somiglianza dei problemi, tuttavia, si registrano ancora numerose diversità – anche assai marcate – fra le soluzioni accolte dai vari legislatori nazionali ⁽¹⁾, a dimostrazione di quanto la disciplina della famiglia sia ancor oggi legata alle scelte culturali e alle opzioni di valore dei singoli ordinamenti, le quali si riflettono in orientamenti di politica legislativa di segno diverso ⁽²⁾. Nondimeno, proprio la comparazione giuridica consente di riconoscere, oltre alle importanti differenze, talune linee di tendenza comuni ai diversi sistemi nazionali, spesso consacrate sotto forma di veri e propri principî accolti dalle corti nazionali e sovranazionali. Fra queste ultime, in particolare, deve ricordarsi almeno la Corte europea dei diritti

⁽¹⁾ Soluzioni che peraltro, in Europa, si articolano nel rispetto di taluni capisaldi comuni e di principî ormai acquisiti alle culture giuridiche dei singoli Stati: v., in tal senso, R. Sacco, *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*, Napoli, 2011, 21 s. e 27 s.

⁽²⁾ Lo osserva S. Patti, *Il “principio famiglia” e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2006, I, 529 ss.; per uno sguardo più generale sul punto, v., dello stesso A., *Un linguaggio giuridico condiviso per l'Europa: il diritto della famiglia*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 103 ss., nonché E. Calò, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2005, I, 509 ss. Per una panoramica dei contributi di origine sovranazionale alla creazione di un quadro di principî comuni in materia di diritto di famiglia, v. R. Pacia, *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 227 ss.

dell'uomo, che attraverso le sue decisioni, almeno fino all'eliminazione delle più gravi forme di discriminazione, ha rappresentato il "catalizzatore" di una prima, pionieristica armonizzazione del diritto di famiglia europeo, del quale può ben dirsi ch'essa abbia gettato le fondamenta.

Si è posto di frequente, in tale contesto, l'interrogativo se il diritto di famiglia sia ancora così saldamente ancorato alla cultura e ai valori dei singoli ordinamenti nazionali, da renderne problematica, o addirittura indesiderabile, l'uniformazione o anche solo l'armonizzazione a livello europeo. E sembra che la risposta, in ultima analisi, si rifletta in una precisa opzione di valore: quella fra, da una parte, la conservazione delle specificità dei diversi diritti nazionali, considerati alla stregua di fenomeni culturali da salvaguardare dalla spinta – che taluno non ha esitato a definire imperialistica – verso un diritto omogeneo, e, dall'altra parte, l'uniformazione di essi.

Il dibattito sul punto non è estraneo alle linee di fondo del cosiddetto diritto comparato postmoderno, il quale – ponendo l'accento sulle differenze tra i vari ordinamenti più che sul loro *common core*, e considerando la diversità alla stregua di un valore da salvaguardare – è andato incontro all'accusa di perdere di vista il fatto che il diritto, oltretutto un fenomeno culturale, è soprattutto lo strumento per eccellenza di regolamentazione delle relazioni e dei bisogni dell'uomo, nella direzione dei quali esso deve evolvere. Ed è ormai generalmente riconosciuto a livello europeo, a fronte dell'esponenziale e inarrestabile aumento delle situazioni familiari con profili d'internazionalità (rilevanti, cioè, nell'ambito di due o più ordinamenti nazionali), come l'armonizzazione del diritto, se non la sua uniformazione, rappresenti un obiettivo urgente e – più che meramente desiderabile – *necessario*, come dimostrano anche talune recenti iniziative a carattere trans-

nazionale: basti pensare, da ultimo, all'ormai ultimato progetto franco-tedesco di disciplina di un regime patrimoniale della famiglia di tipo opzionale, iniziativa strettamente collegata alla riforma, di poco precedente, del *Zugewinnausgleich* tedesco ⁽³⁾.

Del resto, è cosa nota che, in molti casi, i singoli ordinamenti nazionali non sono rimasti insensibili, in materia familiare, alle riforme straniere, le cui soluzioni sono state spesso recepite in un processo di graduale attenuazione delle originarie specificità culturali: un processo in parte spontaneo, ma condotto non di rado nell'ottica consapevole di un "cosmopolitismo ragionato" – secondo la celebre espressione del filosofo Lévy ⁽⁴⁾. È noto, ad esempio, il rapido ravvicinamento fra il progressismo dei Paesi del nord – che già negli anni Venti del secolo scorso procedettero all'armonizzazione di taluni settori del diritto di famiglia – e il maggior ancoraggio alla tradizione di altri, nonché fra sistemi di *civil law* e di *common law*, laddove il diritto di famiglia è oggi prevalentemente codificato. Le residue differenze, dovute – com'è stato dimostrato – non tanto ai substrati storico-culturali nazionali, spesso indubbiamente distanti, quanto alle diverse "velocità di evoluzione" degli ordinamenti, strettamente legate al contesto politico, sembrano scivolare in secondo piano rispetto ai valori comuni, che formano la base dei futuri sviluppi del diritto di famiglia europeo.

A ben vedere, i veri ostacoli all'uniformazione sono da ricercare piuttosto sul piano dell'organizzazione della società civile e, in particolar modo, nella struttura del mercato del lavoro e nelle relative condizioni di accesso,

⁽³⁾ V., sul punto, M.G. Cubeddu-D. Henrich, *Due modelli europei di regime patrimoniale dei coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 563 ss.

⁽⁴⁾ B.-H. Lévy, *La pureté dangereuse*, Parigi, 1996.

specialmente per quanto riguarda la donna, nonché nei sistemi di sicurezza e assistenza sociale, anche con riferimento alla concreta tutela e alla cura dei minori. Le differenze (talvolta davvero abissali) rilevabili a tal proposito tra i Paesi europei sono suscettibili d'incidere assai più delle diversità culturali sulla possibilità di elaborare, ad esempio, una disciplina comune del divorzio e della cosiddetta contribuzione post-coniugale. A ciò deve aggiungersi, poi, sul piano della tecnica legislativa, la diversità di "stile normativo" tra sistemi dalla disciplina dettagliata e puntuale (come, ad esempio, il nostro o quello tedesco) e sistemi (come quelli di *common law*) inclini a una diversa impostazione di *drafting*.

2. ...e minoranze culturali.

È in questo contesto che la massiccia e crescente immigrazione di individui e famiglie verso l'Unione europea, verificatasi negli ultimi decenni, ha riportato all'attenzione della società e delle sue organizzazioni il fenomeno, prima limitato a casi perlopiù marginali, delle minoranze culturali ⁽⁵⁾. Tale

⁽⁵⁾ Per una prima definizione del concetto di minoranza, v. S. Lariccia, *Minoranze in Europa*, in *Enc. dir., Agg. V*, Milano, 2001, 762 ss., ove ampi riferimenti di fonti normative e dottrinali; per una prospettiva non meramente giuridica, con specifico riferimento al contesto dell'Unione europea, v. E. Olivito, *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, Roma, 2006, 18 ss.; v., inoltre, G. Gozzi, *Liberalismo e diritti delle minoranze nell'opera di Will Kymlicka. Un'analisi comparata: occidente ed Europa centro-orientale*, in AA.VV., *Il pluralismo liberale può essere esportato? Teoria politica occidentale e relazioni etniche nell'Europa dell'Est*, a cura di W. Kymlicka-M.

fenomeno, sul piano giuridico, è noto soprattutto per aver dato luogo all'elaborazione di importanti risoluzioni circa il problema della non discriminazione e della protezione a livello europeo dei gruppi di minoranza: si pensi, per limitarsi agli esempi più noti, all'Atto finale di Helsinki del 1975 e alla Carta di Parigi della CSCE (Commission on Security and Cooperation in Europe) del 1990, la quale riprende il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966; documenti che, peraltro, appaiono impegnativi più sul piano politico che non su quello giuridico. Della responsabilità di un più concreto intervento si è fatto carico il Consiglio d'Europa, soprattutto con l'approvazione della Convenzione quadro del 1995 per la protezione delle minoranze nazionali, nella quale sono riconosciuti diritti – che potrebbero quasi dirsi *collettivi* – di particolare rilievo sociale, come, ad esempio, quello a un'identità distinta, quello di dar vita e di gestire istituzioni religiose e organizzazioni sociali, quello di stabilire e mantenere relazioni coi gruppi minoritari oltre frontiera.

Soprattutto negli anni più recenti, come anticipato, il problema della tutela delle minoranze è apparso strettamente legato alla questione della cosiddetta politica europea degli stranieri, con particolare riferimento alla condizione degli individui extracomunitari. La convivenza con nuove fasce della popolazione, diverse non solo per provenienza, ma anche (e soprattutto) per religione, tradizioni, valori – in una parola, per “identità culturale” –, genera numerosi problemi che, se in origine assumevano rilievo perlopiù locale, si sono ormai imposti all'attenzione dei legislatori nazionali per la loro urgen-

Opalski, Bologna, 2003, 36 ss. Per un inquadramento del problema, anche da un punto di vista sociologico, si rinvia ai contributi pubblicati nel *Numero speciale sul diritto di fronte alle sfide dell'immigrazione* di *Sociol. dir.*, 2006 (fasc. 3).

za e diffusione; com'è facile immaginare, tuttavia, lo studio e l'approntamento di opportune soluzioni da parte dei singoli Paesi può apparire come un *modus operandi* insoddisfacente.

Sviluppando un'organizzazione interna sempre più complessa (anche sulla scorta dei diritti ormai di regola riconosciuti – a livello costituzionale e non – dai sistemi europei ai gruppi minoritarî), le minoranze culturali si rafforzano e creano condizioni favorevoli per l'allargamento delle proprie basi dal di dentro e dall'esterno, fungendo, non di rado, da veri e proprî poli di attrazione per chi ancora si trova nel Paese extracomunitario d'origine. La più o meno forte coesione interna di tali gruppi, ormai dislocati in tutti i Paesi dell'Unione e non soltanto nei grandi centri urbani, trova il proprio fondamento nei valori comuni "importati" dalle realtà d'origine, cosicché le diverse comunità di un medesimo gruppo culturale, quale che sia lo Stato ospitante, appaiono come molteplici espressioni di un'appartenenza unitaria. Accade così, ad esempio, che spostandosi da un Paese d'immigrazione ad un altro, l'individuo appartenente a una certa minoranza culturale passerà facilmente da un polo di aggregazione a un altro, rimanendo pur sempre nell'ambito della "propria" comunità d'origine, ciò che, evidentemente, gioca a sfavore dell'integrazione sempre più spesso auspicata, i cui ambiziosi propositi, molte volte, devono essere ridimensionati in più realistici obbiettivi di semplice *tolleranza*.

È dunque evidente, da un lato, che il problema – primariamente sociale, ma anche giuridico – delle minoranze culturali, per come oggi si pone, è comune a tutti i Paesi comunitarî, emergendo e ponendosi in luce in modo analogo all'interno di ciascuno di essi, spesso con la medesima urgenza; ma è del pari evidente, dall'altro lato, che del rilievo comunitario di tale pro-

blema può parlarsi anche in senso *dinamico*, e cioè con riferimento alle questioni – queste sì soprattutto giuridiche – che esso pone sul piano dei rapporti transnazionali fra individui di gruppi minoritarî che, seppure situati in diversi Paesi, sono espressione di una medesima appartenenza. Simili considerazioni portano a concludere per l’opportunità e l’auspicabilità di soluzioni sovranazionali alle questioni poste dalle minoranze culturali, anche tenendo conto del fatto che la parziale cessione di sovranità da parte dei singoli Stati, insita in ogni procedimento a carattere comunitario, appare assai utile al fine di inibire (o quantomeno stemperare) l’integralismo con cui spesso rischiano di venire affrontati simili problemi, i quali mettono in gioco, non di rado, la stessa identità culturale di un Paese.

3. *In particolare: le minoranze islamiche.*

Circoscrivendo l’analisi al diritto di famiglia (ambito notoriamente assai delicato proprio per l’influenza che sulla sua conformazione esercitano i valori e le tradizioni culturali del Paese di riferimento), è facile osservare come i maggiori problemi di compatibilità si pongano con riferimento alle minoranze mussulmane ⁽⁶⁾. Ciò non solo per il fatto che esse comprendono

⁽⁶⁾ Per una prima indagine, v. AA.VV., *L’Islam in Europa. Lo statuto giuridico delle comunità mussulmane*, a cura di S. Ferrari, Bologna, 1996, nonché il contributo di A. Galloppini, *Democrazia, uguaglianza, differenze: il caso dell’immigrazione islamica*, in *Dir. fam. pers.*, 1995, 257 ss. V. inoltre, in prospettiva non giuridica, AA.VV., *I mussulmani nella società europea*, Torino, 1994; F. Dassetto, *L’Islam in Europa*, Torino, 1994; E. Pa-

la parte quantitativamente più rilevante degli immigrati, ma anche perché, nel rapporto con l'Islam – che pure, com'è noto, non è estraneo alla storia europea, che n'è anzi intessuta, come testimoniano la filosofia dei secoli XII-XIV e le espressioni artistiche moresche e della civiltà mozarabica, presenti in tutta la fascia meridionale del continente ⁽⁷⁾ –, il profilo di maggiore resistenza al cosiddetto modello occidentale sembra proprio quello dello statuto personale e familiare dell'individuo, in gran parte difforme da quello europeo (se non radicalmente antitetico).

Non che quest'ultimo, com'è noto, rappresenti una realtà monolitica. L'attuale tessuto sociale, infatti, non conosce più un unico "tipo" di famiglia (quello, ad esempio, consacrato nel nostro art. 29 Cost.), bensì una pluralità di modelli di relazioni familiari ⁽⁸⁾; ed è emblematica, a questo propo-

ce, *L'islam in Europa: modelli di integrazione*, Roma, 2004; J. Goody, *Islam in Europe*, Cambridge, 2004.

⁽⁷⁾ V., per queste osservazioni, A. Chirico, *Libertà religiosa e identità culturale dell'Europa*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 831 s.

⁽⁸⁾ Sulle c.d. nuove unioni familiari, v. L. Tomasi, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea (tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia)*, Padova, 2007, 217 ss.; M. Condinanzi- C. Amalfitano, *La libera circolazione della "coppia" nel diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, 399 ss.; L. Pannarale, *Le regole dell'amore. Famiglie e diritti in Italia ed in Europa*, in *Pol. dir.*, 2007, 217 ss.; G. Cosco, *Convivenza fuori dal matrimonio: profili di disciplina nel diritto europeo*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 349 ss.; R. Baratta, *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. internaz. dir. priv. process.*, 2005, 592 ss.; F. Mosconi, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, in *Riv. dir. internaz. priv. process.*, 2005, 305 ss.

sito, la formulazione “aperta” dell’art. 9 della Carta di Nizza del 2000, specialmente se letta in chiave diacronica rispetto alla Convenzione europea del 1950. Ma ad aumentare questa, non più nuova, complessità ha provveduto l’immigrazione, introducendo di fatto negli ordinamenti europei modelli familiari del tutto sconosciuti, ovvero conosciuti in passato e successivamente “rimossi” (spesso a seguito di vere e proprie battaglie, i cui esiti rappresentano ormai conquiste irrinunciabili): basti pensare, da un lato, alla peculiare concezione islamica della capacità della nubenda, dipendente dal consenso di un *walī* ⁽⁹⁾, ai matrimoni forzati ⁽¹⁰⁾, agli istituti della poligamia ⁽¹¹⁾, del ripudio ⁽¹²⁾ e della *kafalah*, all’organizzazione in *clan*; dall’altro lato, allo schema familiare incentrato sulla potestà paterna, analogo per certi

⁽⁹⁾ V. P. Mengozzi, *I problemi giuridici della famiglia a fronte del processo di integrazione europea*, in *Fam. dir.*, 2004, 646.

⁽¹⁰⁾ Sul punto, v. E. Rude-Antoine, *Les mariages forcés en Belgique, en France, en Italie et en Suède. Etude comparative des législations et des actions politiques*, in *Sociol. dir.*, Numero speciale, cit., 97 ss.

⁽¹¹⁾ Quanto alla trascrizione dei matrimoni poligamici celebrati all’estero e ai diritti di successione del poligamo, v. A. Fuccillo, *Giustizia e religione. II. Matrimonio, famiglia e minori tra identità religiosa e rilevanza civile*, Torino, 2011, 156 ss.; E. Calò, *I riflessi dell’immigrazione islamica sul diritto di famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2009, 85 ss.

⁽¹²⁾ Sull’istituto del ripudio, in particolare, con riferimento alla sua compatibilità con l’ordinamento italiano, v. A. Galoppini, *Il ripudio e la sua rilevanza nell’ordinamento italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 969 ss.; E. Calò, *I riflessi*, cit., 85 ss.

(pur limitati) aspetti a quello fatto proprio dall'ordinamento italiano fino al 1975 ⁽¹³⁾.

Sul piano pubblicistico, le difficoltà dei Paesi europei nell'accogliere talune rivendicazioni tendenti al riconoscimento della diversità culturale dipendono dal completo superamento, nella cultura (non solo) giuridica "occidentale", di forme organizzative istituzionali di natura confessionale, a fronte del sostanziale recepimento – anche sul piano dei valori – di una concezione laica dello Stato. In modo non dissimile, l'acquisita affermazione, nei Paesi occidentali, del principio dell'autonomia individuale anche nell'ambito dei rapporti familiari – affermazione fondata non soltanto sulla tendenziale parità (cui si è già accennato) fra i membri adulti della famiglia e tra filiazione legittima e naturale, ma pure sulla centralità dell'interesse del minore – segna un tratto di notevole distanza dalla cultura giuridica delle nuove minoranze e, in particolare, di quella mussulmana. Ci si è interrogati, pertanto, anche sull'opportunità d'instaurare coi gruppi islamici relazioni pattizie analoghe a quelle che regolano i rapporti fra Stati europei ed esponenti di altre confessioni religiose, indicando il modello concordatario italiano come paradigma per il governo di una società multietnica e multi religiosa ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ In generale, sul tema della compatibilità fra gli istituti familiari del mondo mussulmano e l'ordinamento italiano, v. A. Galoppini, *Problemi familiari tra diritto italiano e diritto mussulmano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 167 ss.

⁽¹⁴⁾ E. Dalla Torre, *Europa. Quale laicità?*², Milano, 2003, 96 s., cit. da A. Chirico, *Libertà*, cit., 837. Benché lungi da tale modello, può segnalarsi il fiorire, anche in Italia, del fenomeno delle "carte d'intenti", di cui rappresenta un significativo esempio la *Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione* emanata con d.m. int. 23 Aprile 2007; v.,

D'altra parte, è evidente che il problema in esame, finora sollevato dai flussi migratori provenienti dall'esterno dell'Unione europea, sembra destinato a porsi in termini analoghi, ma forse in modo ancor più radicale, in seguito all'allargamento a est della stessa Unione, anche e soprattutto con riferimento alla Turchia. Non è difficile prevedere che tale processo imporrà di riconsiderare, in qualche misura, la stessa idea di "patrimonio comune europeo" e, in questo frangente, il diritto potrà svolgere un ruolo primario nel superamento delle più controverse specificità nazionali, superamento tanto più desiderabile quanto più intensa sarà la fiducia riposta nella funzione promotrice del diritto stesso. Non si dovrà dimenticare, al momento opportuno, che il continente europeo è, per la propria storia e per la sua stessa connotazione geografica, un'entità territoriale pluralista, multietnica e multireligiosa, sorta e sviluppatasi nel contesto mediato di culture differenti: la consapevolezza di questa straordinaria complessità appare come condizione primaria per intraprendere un processo di costruzione dell'unità continentale ⁽¹⁵⁾.

Si è infatti rilevato come l'Europa, con l'estrema ricchezza e varietà della sua storia e della sua cultura, si presti, in modo ideale, allo sviluppo di una attitudine di accoglienza delle minoranze, in uno spirito genuinamente de-

in proposito, N. Colaianni, *Alla ricerca di una politica del diritto sui rapporti con l'Islam (Carta dei valori e Dichiarazione di intenti)* e R. Aluffi Beck-Peccoz, *La Carta dei musulmani in Europa (2008): spunti per una lettura*, entrambi in AA.VV., *Identità religiosa e integrazione dei musulmani in Italia e Europa. Omaggio alla memoria di Francesco Castro*, a cura di R. Aluffi Beck-Peccoz, Torino, 2008, rispettivamente 105 ss. e 163 ss.

⁽¹⁵⁾ A. Chirico, *Libertà*, cit., 831 s.

mocratico ⁽¹⁶⁾, dato che proprio attraverso l'incontro tra lingue, religioni e tradizioni differenti si è avuta la genesi del variegato patrimonio giuridico, scientifico, filosofico ed artistico del vecchio continente ⁽¹⁷⁾. L'*ethos* della

⁽¹⁶⁾ V. Tozzi, *La trasformazione dello Stato nazionale, l'immigrazione ed il fenomeno religioso*, in AA.VV., *Fattore religioso, ordinamenti e identità nazionale nell'Italia che cambia*, a cura di G.B. Varnier, Genova, 2004, 120 s., evidenzia come, di fronte ai vorticosi flussi migratori di questa epoca storica (e al conseguente rimescolamento di culture, fedi e comportamenti), la migliore difesa delle irrinunciabili acquisizioni della democrazia consista nell'integrazione delle minoranze, in una logica non assimilatoria, ma di reciproco rispetto. Ciò in quanto il vero elemento unificatore e il migliore collante delle diverse esperienze nazionali che compongono l'Europa sembrano essere dati, con pochi dubbi, dalla democrazia, dai diritti fondamentali della persona, dalla partecipazione politica dei consociati alla vita pubblica. Ben può dirsi che questi elementi costituiscano il patrimonio unificante dell'arcobaleno di tradizioni, culture e sensibilità religiose radicate nel Continente europeo.

⁽¹⁷⁾ Ad esempio, in riferimento alla realtà italiana, la consapevolezza dell'importanza assunta dalla tutela delle identità e delle diversità, ai fini della costruzione di una società aperta e pluralista, è presente nella Carta costituzionale, non solo nell'art. 6, ove si impegna la Repubblica alla tutela delle minoranze linguistiche attraverso la definizione di apposite norme, ma soprattutto, per la specifica dimensione della realtà religiosa, nel co. 3 dell'art. 8, ove è stabilito il principio della libertà delle confessioni acattoliche di organizzazione secondo i propri statuti. Per suo mezzo, si inverte l'obiettivo della valorizzazione della diversa identità delle formazioni sociali religiose, dotate di una forte riconoscibilità giuridica esterna e di una rilevante organizzazione interna (quali risultano essere i gruppi confessionali), rispetto a tutte le altre analoghe formazioni del medesimo tipo, ma differenti per specificità dottrinali e per caratura culturale.

convivenza civile europea si è creato attraverso una continua ed equilibrata mescolanza della diversità di culture e di tradizioni dei popoli d'Europa, che è stata oggetto di rispetto e di valorizzazione come una ricchezza per gli Stati e gli organismi impegnati nel percorso di progresso dell'integrazione europea.

Oggi, la relazione immigrazione/libertà religiosa, nel suo essere un elemento qualificante della contemporanea società multiculturale europea, evidenzia come la presenza di gruppi etnici e religiosi di minoranza non costituisca una fase culturale passeggera, ma abbia finito per assumere la fisionomia di «una condizione reale e permanente destinata a pesare sulle forme della convivenza e sulla produzione delle relative regole di organizzazione»⁽¹⁸⁾.

4. *La tutela delle minoranze a livello sovranazionale.*

Se il dibattito attuale intorno al tema dell'uniformazione del diritto di famiglia in Europa può dirsi sufficientemente evoluto, non pare si possa dire altrettanto quanto al processo della sua concretizzazione sul piano delle istituzioni europee. Ogni frutto del lavoro paralegislativo di uniformazione, dunque, non potrebbe essere inteso – al momento attuale – che come opera preparatoria di un futuro ed eventuale *corpus* normativo comunitario, di qualsiasi natura esso sarà (cogente o meno). Piuttosto che muovere in tale prospettiva, pertanto, appare utile che l'indagine in ordine ai profili di dirit-

⁽¹⁸⁾ Così M.C. Folliero, *Libertà religiosa e società multiculturali: la risposta italiana*, in *Studi Pellegrino*, I, Napoli, 2009, 610.

to privato sostanziale delle questioni sollevate, in ambito familiare, dalla realtà delle minoranze culturali, venga condotta primariamente in un'ottica di diritto interno e comparato.

L'ambito di tale indagine è rappresentato dal diritto privato della famiglia in senso ampio, comprensivo cioè anche delle realtà familiari c.d. atipiche, non fondate sul matrimonio. Più in particolare, ci si propone di analizzare i principali problemi di disciplina posti dal contatto fra le realtà familiari appartenenti alle più diffuse minoranze culturali e l'ordinamento italiano, oltreché quello di altre esperienze giuridiche europee. In tal modo, sarà forse possibile cogliere qualche questione comune ai diversi Paesi e tentare di immaginarne una soluzione uniforme, quale potrebbe poi confluire in un ideale *corpus* di principî europei di diritto di famiglia.

In prima battuta, tuttavia, appare opportuno dar conto delle principali tappe che, a livello storico, hanno segnato il passo della tutela del fenomeno delle minoranze sul piano sovranazionale prima ancora che su quello interno. E, questo proposito, occorre subito segnalare che il tema dello *status* giuridico delle minoranze in Europa ⁽¹⁹⁾ – il quale rappresenta un problema dal punto di vista della realtà sociale, prima ancora che da quello giuridico – è stato generalmente affrontato, in seno alle democrazie liberali contem-

⁽¹⁹⁾ Come opportunamente segnalato da M. Parisi, *Profili giuridici della tutela delle minoranze culturali e religiose nello spazio sociale europeo*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 449 ss., il problema della garanzia di adeguate tutele normative delle minoranze non è certo un problema relativo al solo spazio sociale europeo, assumendo portata globale, ma è in Europa che esso si è posto in modo più netto, a causa dell'intensità e dell'attualità del fenomeno immigratorio.

poranee, riservando trattamenti speciali alle formazioni minoritarie ⁽²⁰⁾, identificate come gruppi di persone contraddistinti da caratteri socio-culturali differenti da quelli prevalenti nello Stato ⁽²¹⁾.

Tale tendenza alla protezione delle minoranze (culturali e religiose), sostenuta anche dalle Costituzioni nazionali e dalla normativa proveniente dagli organismi sovranazionali europei, ha anche contribuito a dare pieno rilievo alle libertà civili, ai diritti politici ed economici, ai diritti sociali e culturali, nell'ambito di una legislazione tesa alla protezione, in sede nazionale, dei diritti umani fondamentali. In tale sinergia tra diritti costituzionali nazionali e diritto europeo, si è venuta individuando una soglia minima di tutela e di valori comuni alle diverse realtà nazionali, tale da riportare la discussione pubblica e ad orientare le politiche delle istituzioni europee su un piano comune ⁽²²⁾.

La questione dei diritti delle minoranze – che, pur assumendo una sua evidente specificità, può essere fatta rientrare nel più vasto ambito della tutela dei diritti umani fondamentali – è venuta storicamente in rilievo solo a seguito del primo conflitto mondiale, con la nascita della Società delle Nazioni. Solo allora, infatti, fu avvertita l'esigenza di delineare un sistema internazionale di controllo giurisdizionale a tutela delle minoranze, gestito da un organismo sovraordinato rispetto ai singoli Stati nazionali; ancora troppo

⁽²⁰⁾ A. Guazzarotti, *Giudici e minoranze religiose*, Milano, 2001, 72 s.

⁽²¹⁾ Cfr. in tal senso E. Palici di Suni Prat, *Minoranze*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, 547 ss.

⁽²²⁾ Cfr. N. Gullo, *La tutela delle minoranze nello spazio giuridico europeo*, in AA.VV., *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di I. Trujillo-F. Viola, Bologna, 2007, 266 s.

forte, però, era la tensione dei singoli Stati alla conservazione del monopolio nazionale in settori legati al tradizionale concetto di sovranità, al punto che il progetto elaborato in seno alla Conferenza di pace di Parigi del 1919 fu destinato al fallimento.

Solo al termine del secondo conflitto mondiale la consapevolezza della necessità di un documento comune di base, in funzione di auto-limite degli Stati nazionali, si impose come un imperativo improcrastinabile, giungendosi così all'erezione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite e alla stesura della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, volta alla tutela della persona sia singolarmente intesa sia nell'ambito delle più diverse formazioni sociali. Tuttavia, nella Dichiarazione non figurava alcun esplicito riferimento al tema delle minoranze, dal momento che l'Assemblea Generale aveva ritenuto che la particolare complessità del tema suggerisse piuttosto un approccio mirato alla protezione di *specifici* gruppi, nel quadro del generale obbligo di non discriminazione e del generale impegno al rispetto dei diritti della persona umana ⁽²³⁾.

In quest'ottica si è successivamente giunti alla creazione di una Sottocommissione per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela delle minoranze, il cui impegno ha portato all'elaborazione dell'art. 27 del Patto in-

⁽²³⁾ Peraltro, la Risoluzione n. 217-III, adottata contestualmente alla Dichiarazione, esplicitava la non indifferenza delle Nazioni Unite per la sorte delle minoranze, evidenziando al contempo la difficoltà per l'Organizzazione di operare fattivamente per la prevenzione di possibili discriminazioni: cfr. A.M. Del Vecchio, *La tutela delle minoranze nei sistemi di cooperazione internazionale*, in *Riv. int. dir. dell'uomo*, 1994, 2, 557 ss.

ternazionale sui diritti civili e politici del 1966 ⁽²⁴⁾. La norma rappresenta certo la prima specifica base legale di fonte sovranazionale per la salvaguardia delle minoranze, ma appare ancora coerente col precedente orientamento delle Nazioni Unite alla realizzazione di un sistema di tutela della persona umana i cui beneficiari siano gli individui piuttosto che i gruppi ⁽²⁵⁾. Ciò che appare funzionale a evitare che il conferimento di diritti collettivi in capo alle minoranze potesse alimentare antagonismi fra gruppi, tali da pregiudicare i processi di integrazione nei contesti nazionali di accoglienza ⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ « In quegli Stati, nei quali esistono minoranze etniche, religiose, o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione, o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo».

⁽²⁵⁾ Così M. Parisi, *Profili*, cit., secondo il quale l'art. 27, prevedendo il diritto di persone appartenenti a minoranze etniche, religiose o linguistiche di esercitare «in comunione con gli altri membri del gruppo» i propri diritti, non ne ha identificato una precisa titolarità soggettiva e non è riuscita a creare un fondamento normativo solido per una tutela che vada al di là della stretta applicazione del principio di non discriminazione.

⁽²⁶⁾ In questa logica può inquadrarsi anche l'art. 8.4 della *Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti alle minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche* (approvata dall'Assemblea Generale con Risoluzione 47/135 del 18 dicembre 1992) manifesta il timore che una politica di favore per i gruppi di minoranza possa favorire l'affermazione di aspirazioni secessionistiche all'interno dei singoli Stati nazionali. La norma prevede infatti che «[n]ulla della presente Dichiarazione può essere interpretato nel senso di consentire attività contrarie agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite, compresa la sovrana eguaglianza, l'integrità territoriale e l'indipendenza politica degli Stati».

5. (Segue.) *L'area europea.*

Volgendo lo sguardo all'area europea, il primo strumento normativo per la protezione dei diritti fondamentali è stato rappresentato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, approvata nel 1950 in seno al Consiglio d'Europa. Quanto al tema specifico della tutela delle minoranze, l'art. 14 della Convenzione garantisce che il godimento dei diritti e delle libertà fondamentali dalla stessa previsti debba essere assicurato senza distinzioni di sesso, razza, colore, lingua, ecc., nonché di «*appartenenza a una minoranza nazionale*». Peraltro, conformemente a un consolidato orientamento della giurisprudenza Cedu e della dottrina, l'art. 14 della Convenzione non riconosce un diritto autonomo e indipendente alle altre garanzie contemplate, benché tale carattere di "accessorietà" del divieto di discriminazione sia stato oggetto di un'interpretazione evolutiva da parte della Corte di Strasburgo⁽²⁷⁾.

In ogni caso, pur facendo riferimento ai gruppi minoritari nel citato articolo, la Convenzione non contempla espressamente una specifica tutela delle minoranze⁽²⁸⁾. Tuttavia, il comune sentire europeo in tal senso si è mani-

⁽²⁷⁾ Cfr. R. Bin, *Art. 14. Divieto di discriminazione*, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, Padova, 2001, 410 s.

⁽²⁸⁾ E, d'altra parte, il concetto di "non discriminazione" va distinto da quello di "protezione delle minoranze", posto che il primo implica la garanzia formale della uniformità di trattamento di tutti gli individui, cui spettano i medesimi diritti e i medesimi doveri,

festato con l'approvazione da parte del Consiglio d'Europa della Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali, aperta alla firma nel 1995, per mezzo della quale sono stati conferiti agli appartenenti alle minoranze nazionali taluni diritti speciali. Fra questi, quanto agli interessi religiosi, quello alla conservazione e allo sviluppo del patrimonio culturale e religioso (art. 5), quello alla libertà di espressione, pensiero, coscienza e religione (art. 7), quello a erigere proprie istituzioni, organizzazioni e associazioni religiose (art. 8).

Quest'ultima Convenzione, peraltro, pur sancendo diritti e libertà delle minoranze, contempla anche alcune garanzie volte a evitare rivendicazioni lesive dell'unità, della coesione, dell'integrità e dell'ordine pubblico degli Stati nazionali, in un quadro di leale collaborazione tra istituzioni nazionali e sovranazionali, e gruppi di maggioranza e minoranza (artt. 20-23).

Anche l'Unione Europea ha intrapreso una propria specifica azione nell'ottica del crescente interesse per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, sia pure – in una prima fase – in via strumentale rispetto a obiettivi di carattere economico. A partire dal Trattato di Amsterdam del 1997, l'ampliamento delle competenze comunitarie ha consentito al Consiglio l'adozione di «provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o la origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali» (art. 13), così specifi-

mentre il secondo fa riferimento all'adozione di misure specifiche a favore dei membri dei gruppi di minoranza onde consentire loro la conservazione delle proprie caratteristiche di peculiarità: così S. Bartole, *Una Convenzione quadro per la tutela delle minoranze nazionali*, in AA.VV., *La tutela giuridica delle minoranze*, a cura di S. Bartole-N. Olivetti Rason-L. Pegoraro, Padova, 1998, 21 s.

cando il generico divieto di discriminazione previsto dall'art. 12 del TCE. La direttiva 2000/43/CE ha poi introdotto – a favore tanto dei cittadini comunitari quanto degli extracomunitari – il divieto di qualsiasi discriminazione di natura razziale ed etnica relativamente all'accesso al lavoro, all'istruzione, alla protezione sociale, all'assistenza sanitaria, all'accesso a beni e servizi; mentre la Carta dei diritti fondamentali, approvata a Nizza il 7 dicembre 2000 ha previsto un elenco – non esaustivo – di divieti di discriminazione, nel quale figurano le irragionevoli differenziazioni motivate dal colore, dall'origine etnica e sociale, dalla diversità di lingua, dalla religione, nonché dall'appartenenza a una minoranza nazionale. Il Trattato di Lisbona del 2009 ha poi incluso la protezione dei diritti delle minoranze fra i valori fondamentali dell'Unione.

L'attivismo dimostrato nel corso degli anni dal legislatore statale e sovranazionale con riferimento alla protezione dei gruppi minoritari appare guidato dall'intento di trovare un punto di equilibrio fra la tutela delle minoranze e la parità di trattamento fra i cittadini. E la strada verso tale equilibrio non è stata ancora percorsa per intero e la dottrina è chiamata a «verificare se l'elaborazione di più sofisticati strumenti di diritto interno ed internazionale per la protezione delle minoranze, avvertita soprattutto negli ordinamenti nazionali in cui più acuta è la conflittualità politica e sociale tra maggioranze e minoranze etnico-religiose, determinerà un quadro definitivo e normativo sufficientemente preciso, esaustivo e sanzionabile, che consenta di individuare un regime uniforme di riconoscimento e di protezione dei gruppi minoritari»⁽²⁹⁾.

⁽²⁹⁾ Così M. Parisi, *Profili giuridici*, cit.

6. *Minoranze islamiche in Europa e principio di laicità.*

La questione dello *status* giuridico delle minoranze rimanda inevitabilmente – come già segnalato – ai problemi posti dalla crescente presenza mussulmana nello spazio europeo, il cui minimo comune denominatore è costituito dall'appartenenza religiosa, cui fa da sfondo una ricchissima molteplicità di comunità e associazioni ⁽³⁰⁾. La principale difficoltà legata all'inserimento di tali comunità nel tessuto sociale dei Paesi europei consiste nella resistenza opposta dagli immigrati di fede islamica verso i principi – propri delle società europee contemporanee – di laicità delle pubbliche istituzioni e di distinzione tra Stato e organizzazioni spirituali. E uno degli interrogativi legati a tale problema attiene alla possibilità di creare relazioni bilaterali tra l'Islam e i pubblici poteri, o a quella di tentare soluzioni alternative ai fini del soddisfacimento dei diritti religiosi e culturali delle minoranze mussulmane.

Di fronte a simili interrogativi, il punto di riferimento per una gestione equilibrata delle implicazioni giuridiche derivanti dalla presenza mussulmana in Europa è stato il *principio di laicità* ⁽³¹⁾, il quale – dotato di una caratterizzazione politica oltre che giuridica ⁽³²⁾ – ben si presta a orientare l'evoluzione degli ordinamenti e l'azione delle istituzioni rispetto alla com-

⁽³⁰⁾ Cfr. P. Di Motoli-L. Ozzano, *Islam e democrazia nello spazio migratorio europeo*, in *Quad. storia contemp.*, 2013, 52 s.

⁽³¹⁾ Declinato nell'esperienza costituzionale italiana, esso consente, nei limiti della ragionevolezza, appropriate differenziazioni pur in un'eguale misura e garanzia di libertà.

⁽³²⁾ V. M. Parisi, *Profili giuridici*, cit.

plexa realtà multiculturale. Al netto delle specificità nazionali, nello spazio giuridico europeo il principio di laicità è stato colmato di contenuti desunti dal comune sentire costituzionale, come la separazione del potere politico da quello religioso e delle norme giuridiche da quelle morali, come il conferimento della sovranità alla volontà popolare – e non a quella divina, eventualmente intermediata –, come la configurazione dei pubblici poteri in senso partecipativo.

Al principio di laicità compete anche la funzione di contrappeso alla rigidità delle rivendicazioni di taluni gruppi di minoranza, veicolando le relative istanze nell'ambito di un sistema pluralistico e regolato *ex ante*: basti pensare ai risultati praticamente conseguiti mediante la cooperazione interistituzionale e la legislazione bilaterale ⁽³³⁾. Il principio di laicità, nel confronto con le formazioni religiose di matrice islamica, può ovviare al pericolo di una negoziazione basata sul mero peso politico e demografico dell'interlocutore.

⁽³³⁾ Si tratta di un metodo introdotto anche in sede europea come modello di approccio al fenomeno religioso. Il discorso pubblico europeo in tema di religione è infatti condotto a partire dal riconoscimento del ruolo pubblico delle organizzazioni spirituali e dallo sviluppo di una maggiore sensibilità delle istituzioni comunitarie verso tali organizzazioni, come si desume dalla formalizzazione, nel Trattato di Lisbona del 2009, del principio di cooperazione tra ordinamenti politici e Chiese (art. 17). L'Unione ha assunto l'impegno a un dialogo aperto e trasparente con le confessioni religiose e ha posto le basi per un riconoscimento ufficiale della dimensione istituzionale della libertà religiosa. Cfr. sul punto M.C. Folliero, *Secolarizzazione, immigrazione e globalizzazione tra ruolo pubblico delle religioni e diritto dell'Unione. Processi ed esiti*, in AA.VV., *I diritti culturali-religiosi dall'Africa all'Europa*, a cura di F. Alicino-F. Botti, Torino, 2012, 61 ss.

Occorre rilevare, peraltro, come l'Islam europeo stenti ancora a trovare una stabile collocazione nell'ambito del descritto modello d'azione, manifestando talune difficoltà nel tentativo di individuare formule compromissorie rispettose dei valori di democrazia, libertà e – appunto – laicità, su cui si fondano gli attuali ordinamenti europei. Al di là delle questioni di maggior valore simbolico (poligamia, ripudio, ecc.), è emblematico della condizione giuridica delle comunità islamiche in Europa il problema della rappresentatività delle istituzioni islamiche a livello nazionale. Si tratta di una questione che è stata affrontata da numerosi Stati con soluzioni differenti ma accomunate dall'intento di favorire la nascita di un organismo di coordinamento in grado di raccogliere in funzione rappresentativa il numero più ampio possibile di comunità mussulmane.

Un primo dato di esperienza è rappresentato dalla necessità di procedere con cautela, evitando la forzatura di creare rappresentanze necessariamente unitarie del mondo islamico: la nascita di un unico organismo rappresentativo si è rivelata possibile solo in condizioni di stabilità della presenza islamica e di processi di integrazione sufficientemente maturi. Per converso, l'imposizione autoritativa, da parte dei pubblici poteri, di un unico interlocutore ufficiale (ciò che è accaduto in Belgio e in Francia) ha rischiato di compromettere l'equilibrio raggiunto nel sistema dei rapporti fra Stato e organizzazioni religiose ⁽³⁴⁾.

Un'ulteriore questione rilevante è quella della disponibilità degli edifici di culto a beneficio della comunità mussulmana: questione che non sembra aver dato luogo a problemi giuridici, ma solo a controversie di natura politica. Dal punto di vista normativo, la facoltà per gli appartenenti a qualsiasi

⁽³⁴⁾ Cfr. M. Parisi, *Profili giuridici*, cit.

gruppo religioso di creare e gestire luoghi di culto è esplicitamente sancita dall'art. 6 della *Dichiarazione sull'eliminazione di tutte le forme d'intolleranza e di discriminazione fondate sulla religione o il credo*, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1981, oltre ad essere ormai riconosciuta, sotto forma di vero e proprio diritto, da quasi tutte le legislazioni nazionali europee. La costruzione e il mantenimento di edifici di culto costituiscono una modalità specifica di realizzazione del diritto fondamentale alla libertà religiosa, che, in quanto tale, è fruibile da tutti i soggetti residenti in Europa e non può essere oggetto di violazione i dirette o indirette ⁽³⁵⁾.

Quanto poi alla possibilità che i pubblici poteri decidano il finanziamento della costruzione e della gestione di luoghi di culto, nello spazio giuridico europeo sono in vigore norme di segno diverso. Certamente, nell'attuale contesto normativo sovranazionale, e dell'inerenza della questione all'area del diritto inviolabile di libertà religiosa, i caratteri di selettività e/o gradualità nel conferimento del sostegno economico dovrebbero rispondere a criteri imparziali e circostanziati, eventualmente fondati sul dato quantitativo dell'adesione alla comunità richiedente l'intervento finanziario statale e su quello sociale del radicamento socio-culturale del gruppo di riferimento ⁽³⁶⁾.

Ancora, a proposito della questione dell'insegnamento religioso nelle scuole pubbliche, pur a fronte di una spiccata diversificazione delle norma-

⁽³⁵⁾ V., anche con particolare riferim. alla situazione greca, M. Parisi, *La tutela giurisdizionale del fenomeno religioso in Europa*, in G. Macrì-M. Parisi-V. Tozzi, *Diritto ecclesiastico europeo*, Roma-Bari, 2006, 167 ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. N. Colaianni, *Problemi di tutela delle minoranze labili*, in *Studi Catalano*, II, Soveria Mannelli, 1998, 451.

tive al riguardo vigenti nei vari Paesi dell'Unione Europea, può riscontrarsi un dato costante: in nessuno di tali Paesi i cittadini di qualsiasi credo sono obbligati a ricevere insegnamenti religiosamente connotati. Per converso, le concrete possibilità di fruire di un insegnamento di religione mussulmana nelle scuole pubbliche europee, per gli appartenenti alla minoranza islamica, è – pur con significative eccezioni ⁽³⁷⁾ – ancora un'utopia, in parte resa tale dalla segnalata difficoltà di individuare delle serie rappresentanze islamiche a livello istituzionale e dalla conseguente difficoltà di dialogo, da parte degli Stati nazionali, con soggetti che siano affidabili portatori delle istanze della composita presenza mussulmana a livello nazionale, coi quali la selezione degli insegnanti, la definizione dei programmi e l'individuazione dei libri di testo possa essere condivisa.

In conclusione, non vi è dubbio che la presenza islamica in Europa rappresenti una delle sfide più complesse che i Paesi e le istituzioni del continente siano state chiamate ad affrontare negli ultimi decenni. La stabilizzazione di significative comunità di fede islamica – con strutturazione anche a livello europeo ⁽³⁸⁾ – stimola quotidianamente le istituzioni

⁽³⁷⁾ Il riferimento è alle realtà belga e svedese. Nella prima, la religione islamica viene insegnata sin dal 1975, mentre, nella seconda, gli studenti di fede mussulmana fruiscono della libera frequenza di corsi pomeridiani sull'Islam, la cui realizzazione è sostenuta finanziariamente dallo Stato: cfr. sul punto M. Parisi, *Profili giuridici*, cit., nonché A. Ferrari, *La scuola italiana di fronte al paradigma mussulmano*, in AA.VV., *Islam in Europa / Islam in Italia tra diritto e società*, a cura di A. Ferrari, Bologna, 2008, 194 ss.

⁽³⁸⁾ Si pensi alla recente creazione della Federazione delle Organizzazioni Islamiche in Europa, composta da centinaia di formazioni che hanno sottoscritto, nel 2008, a Bruxelles, la Carta dei Mussulmani in Europa. Si tratta di un documento che valorizza la lai-

all'individuazione di una piattaforma di confronto per il soddisfacimento delle rivendicazioni avanzate. In questo contesto, la preoccupazione degli ordinamenti nazionali nei confronti dei gruppi religiosi di minoranza costituisce spesso l'esito del mancato riconoscimento a tali gruppi di diritti già previsti dalle norme vigenti, e non dal mancato conferimento di prerogative peculiari. Com'è stato osservato, l'applicazione dei principi costituzionali relativi alle libertà fondamentali e l'osservanza della sovranità della legge possono costituire la base di partenza per l'impiego di un approccio giuridicamente interculturale, che porti all'esclusione delle richieste eventualmente in contrasto con principi irrinunciabili e, al contempo, all'ammissione delle istanze di differenziazione conciliabili col rispetto della persona umana⁽³⁹⁾. È dunque solo attraverso lo sviluppo della sensibilità degli Stati nazionali verso le opzioni culturali e religiose delle minoranze che si giocherà, in futuro, la partita (anche giuridica) dell'integrazione; al contempo, individuati opportuni canali di dialogo e di comprensione, la coabitazione dovrà essere incentrata su valori quanto più possibile condivisi e dei quali le isti-

cità delle istituzioni, richiedendo al contempo il riconoscimento dei mussulmani come comunità religiosa europea.

(³⁹) Cfr. sul punto P. Consorti, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, in AA.VV., *Multireligiosità e reazione giuridica*, a cura di A. Fuccillo, Torino, 2008, 220 ss.; C. Cardia, *Laicità dello Stato, appartenenze religiose e ordinamento giuridico: prospettiva secolare*, in *Scritti in onore di Giovanni Barberini*, Torino, 2009, 125, ove si sottolinea che è compito dello Stato laico di «percepire il ruolo dinamico e positivo che le religioni svolgono per la collettività, e comprendere che può essere lasciato spazio alla rilevanza dell'appartenenza confessionale purché ci si mantenga nel recinto della libertà religiosa e dei diritti umani».

tuzioni pubbliche dovranno farsi garanti⁽⁴⁰⁾. In questo percorso, la laicità dovrebbe impedire che un unico sistema di valori finisca con l'informare di sé le istituzioni statali, le quali potranno quindi farsi carico della diversità emergente a livello sociale, nei limiti del rispetto dei valori indisponibili su cui si fonda la convivenza sociale.

L'approccio divisato al tema delle minoranze, naturalmente, non è il solo possibile. Un'alternativa opposta consiste nel coltivare una logica di contrapposizione e di chiusura alla definizione di una nuova identità unitaria nazionale (ma anche europea), considerando le minoranze religiose alla stregua di componenti estranee ai processi politici e sociali del continente. Ma appare oggi condiviso il convincimento che una simile impostazione porterebbe alla creazione di pericolosi elementi di instabilità, suscettibili di condurre allo scontro con realtà, quali quelle minoritarie, ormai ineliminabili e in nessun modo sopprimibili. E la credibilità del modello politico europeo dipende ormai – e probabilmente dipenderà sempre più, in futuro – anche dalla capacità delle istituzioni e della stessa società civile di assicurare alle minoranze religiose la più ampia fruizione delle garanzie di libertà già presenti nei singoli contesti nazionali e a livello sovranazionale⁽⁴¹⁾.

7. *Un approccio privatistico.*

⁽⁴⁰⁾ Cfr. G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, *passim*.

⁽⁴¹⁾ Così M. Parisi, *Profili giuridici*, cit.

Sul terreno del diritto privato, gli approcci testé delineati al problema delle minoranze si traducono in differenti modulazioni del concetto di ordine pubblico, il quale rappresenta il limite opposto dall'ordinamento al dispiegamento di effetti giuridici da parte di fattispecie in qualche misura estranee ad esso. Si tratta, com'è noto, di un limite flessibile, funzionale tanto a un atteggiamento di apertura quanto alla radicale chiusura dell'ordinamento nei confronti della realtà delle minoranze: un limite la cui duttilità si lascia apprezzare in particolar modo nel campo del diritto di famiglia, laddove la rigidità degli strumenti giuridici rischia maggiormente di determinare l'inidoneità e la rapida obsolescenza delle norme.

L'ambito della ricerca in questo campo, di per sé assai ampio, sarà suddiviso in due settori distinti secondo la tradizionale bipartizione del diritto dei rapporti familiari: rapporti tra coniugi e rapporti coi figli.

In primo luogo, quindi, verranno in considerazione i rapporti fra coniugi o, più in generale, fra gli individui costituenti il nucleo fondamentale della "famiglia": verranno così in rilievo le questioni più strettamente inerenti alle unioni fra persone appartenenti alle minoranze culturali, e segnatamente (in ordine logico):

- il problema della libertà matrimoniale, che emerge dal contrasto tra il principio della libera volontà nuziale – proprio degli ordinamenti europei – e la realtà delle unioni programmate e/o forzate;
- i problemi sollevati dalle unioni poligamiche, sia sul piano – non strettamente privatistico – della disciplina del ricongiungimento familiare, sia soprattutto su quello dei rapporti personali e patrimoniali fra coniugi, anche in materia successoria;

- i profili della crisi dell'unione e specialmente quello del suo scioglimento, con riferimento all'istituto del ripudio, comune a varie minoranze culturali.

In secondo luogo, verrà in rilievo l'ambito dei rapporti coi figli e, più in generale, quello dello *status* dei minori appartenenti alle minoranze culturali. Ci si occuperà, in particolare:

- delle forme "extraconvenzionali" di adozione e affidamento, in particolare della *kafalah* e del relativo riconoscimento nel nostro ordinamento;
- dei profili di disciplina in tema di istruzione e educazione, specialmente per quanto riguarda il problema della libertà religiosa (particolarmente grave in caso di genitori con credo diversi).

Gli ambiti fondamentali dell'indagine, dunque, sul piano del diritto privato positivo, sono due, corrispondenti ai settori della tradizionale bipartizione del diritto di famiglia tra rapporti fra coniugi e rapporti coi figli. Tali piani sono peraltro intersecati da quelli relativi ai diritti fondamentali della persona (attinente alla dottrina dei soggetti di diritto) e alle c.d. norme di conflitto di diritto internazionale privato. L'indagine, introdotta dall'individuazione della prospettiva di riferimento (le minoranze culturali) e così delineata nei suoi settori fondamentali, non sarà priva di autonomo rilievo sul piano del diritto privato interno; i suoi esiti, tuttavia, saranno infine collocati nella dimensione europea, e presi in considerazione nell'ottica del processo – per ora, come detto, più teorico che concreto – di uniformazione del diritto di famiglia a livello sovranazionale.

CAPITOLO II

IL RAPPORTO CONIUGALE

SOMMARIO: 1. La tutela della libertà matrimoniale nel diritto interno. – 2. La tutela della libertà matrimoniale sul piano sovranazionale. – 3. Matrimonî forzati, ordine pubblico e rimedi. – 4. (Segue.) La trascrizione del matrimonio forzato: una recente circolare ministeriale. – 5. Unioni poligamiche e ordine pubblico. – 6. Poligamia e ricongiungimento familiare. Una recente sentenza della Cassazione. – 7. Ipotesi di riconoscimento (diretto o indiretto) delle unioni poligamiche. – 8. Ripudio e ordine pubblico. – 9. (Segue.) Efficacia (indiretta) del ripudio in ordine al permesso di soggiorno. – 10. Centralità del concetto di ordine pubblico. – 11. La Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione come ausilio per la ricostruzione di un concetto di ordine pubblico familiare.

1. *La tutela della libertà matrimoniale nel diritto interno.*

L'ordinamento giuridico italiano contempla il matrimonio come atto libero dei nubendi, nel quale confluiscono due volontà attuali, svincolate e incondizionate (cfr. art. 108 cod. civ.).

Così la promessa di matrimonio non vincola a contrarre il medesimo (art. 79 cod. civ.), obbligando soltanto il promittente, che rifiuti di eseguirla senza giusto motivo, a risarcire il danno cagionato all'altra parte a norma dell'art. 81 cod. civ. ⁽¹⁾.

In chiave di tutela della libera volontà nuziale possono leggersi, inoltre, le disposizioni che impediscono il matrimonio all'interdetto giudiziale (art. 85 cod. civ.; ove celebrato, il matrimonio è impugnabile ai sensi dell'art. 119 cod. civ.) e che prevedono l'impugnabilità del matrimonio contratto in stato d'incapacità naturale (art. 120 cod. civ.) o in base a un consenso viziato da errore o violenza (art. 122 cod. civ.). Non è estranea alla *ratio* in discorso, naturalmente, la previsione di limiti minimi di età ai fini delle nozze (art. 84 cod. civ.) ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Sull'assoluta non vincolatività della promessa di matrimonio, v. per tutti F. Finocchiaro, *Del matrimonio* (artt. 79-83), nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1971, 59 ss., nonché, più di recente, E. Giacobbe, *Il matrimonio*, I, nel *Trattato Sacco*, Torino, 2011, 63, ove numerosissimi riferim. Si sofferma, inoltre, sulla necessità che il consenso nuziale, oltre che libero, sia personalmente prestato dai nubendi G. Ferrando, *Il matrimonio*, nel *Tratt. Cicu-Messineo*, V, 1, Milano, 2002, 389.

⁽²⁾ Sulla libertà matrimoniale in generale, v. – anche per i numerosi riferim. sul tema – gli ampî contributi di A. Ceserani, *Brevi considerazioni sul principio di libertà matrimoniale*, in *Arch. giur. Serafini*, 2002, 435 ss., e di F. Parente, *La libertà matrimoniale tra status personae e status familiae*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 129 ss., il quale ultimo include il la libertà matrimoniale nel novero dei diritti inviolabili dell'uomo (*ivi*, 152 ss.).

In questo stesso senso depone l'esplicita presa di posizione circa i fenomeni delle unioni programmate e dei matrimoni tra fanciulli, tipici di realtà giuridiche diverse da quelle occidentali, che si ritrova nella normativa secondaria, in particolare nella Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione, di cui al d.m. 23 aprile 2007. L'art. 18 di questa, infatti, sancisce che «[b]ase dell'unione coniugale è la libertà matrimoniale che spetta ai giovani, e comporta il divieto di coercizioni e di matrimoni forzati, o tra bambini».

2. *La tutela della libertà matrimoniale sul piano sovranazionale.*

La libertà matrimoniale trova tutela anche nella normativa sovranazionale.

Si pensi, anzitutto, all'art. 16, co. 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, firmata a Parigi il 10 dicembre 1948, secondo cui «[i]l matrimonio potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi». Analogamente si esprime l'art. 23, co. 3, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 19 dicembre 1966 ⁽³⁾.

Si pensi, inoltre, all'art. 16 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il

⁽³⁾ Reso esecutivo in Italia con l. 881/1977. V. pure il commento ufficiale a tale disposizione (Human Rights Committee, 39th session, *General Comment* n. 19 del 27 luglio 1990, consultabile alla pagina internet www.ccprcentre.org/iccpr-and-hr-committee/general-comments).

18 dicembre 1979 ⁽⁴⁾. Secondo tale disposizione, «[g]li Stati parte prendono tutte le misure adeguate per eliminare la discriminazione nei confronti della donna in tutte le questioni derivanti dal matrimonio e nei rapporti familiari e, in particolare, assicurano, in condizioni di parità con gli uomini [...] lo stesso *diritto di scegliere liberamente il proprio congiunto e di contrarre matrimonio soltanto con libero e pieno consenso*» (co. 1, lett. b). Inoltre, con evidente riferimento a istituti estranei agli ordinamenti occidentali ⁽⁵⁾, è previsto che «[i] fidanzamenti e i matrimoni tra fanciulli non avranno effetti giuridici e tutte le misure necessarie, comprese le disposizioni legislative, saranno prese al fine di fissare un'età minima per il matrimonio» (co. 2).

Non tutela direttamente la libertà matrimoniale ⁽⁶⁾, invece, l'art. 12 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 ⁽⁷⁾, il quale si limita a sancire il «diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto», e dunque mediante rinvio alle leggi dei

⁽⁴⁾ Resa esecutiva in Italia con l. 132/1985.

⁽⁵⁾ Non a caso, riserve all'art. 16 in parola sono state apposte – fra l'altro – dal Bahrain, Egitto, Iraq e Marocco per incompatibilità della disposizione con la *sharia* islamica (v. il documento *Declarations, reservations, objections and notifications of withdrawal of reservations relating to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, aggiornato al *meeting* degli Stati parte tenutosi a New York il 23 giugno 2006, consultabile alla pagina internet www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations.htm).

⁽⁶⁾ Come afferma, al contrario, S. Tonolo, *La modifica dell'art. 116 c.c. e la libertà matrimoniale della donna musulmana*, in *Stud. iur.*, 2011, 1274.

⁽⁷⁾ Resa esecutiva in Italia con l. 848/1955.

Paesi aderenti. In termini del tutto analoghi si esprime l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ⁽⁸⁾, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo.

Quanto al diritto comunitario, tuttavia, appare significativa la recente comunicazione della Commissione del 21 settembre 2010 recante la *Strate-*

(⁸) Secondo l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (nel testo consolidato con le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, «[l']Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. [...] L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. [...] I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto *principi generali*».

Inoltre, secondo la *Dichiarazione relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* allegata all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, «[l]a Carta dei diritti fondamentali, che ha forza giuridicamente vincolante, conferma i diritti fondamentali garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. La Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati».

gia per la parità tra donne e uomini per il periodo 2010-2015 ⁽⁹⁾. Tale documento, costituente «il programma di lavoro della Commissione europea sulla parità di genere» e mirante anche a «stimolare gli sviluppi a livello nazionale e ad offrire una base per la cooperazione con le altre istituzioni europee e le parti interessate», include i matrimoni forzati – assieme alle mutilazioni genitali e ai delitti d'onore – fra le «pratiche nocive eseguite per costume o tradizione», a loro volta incluse tra le «molte forme di violenza di cui le donne sono vittime in quanto donne» ⁽¹⁰⁾.

Significativa è pure la comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio del 2 luglio 2009 recante la *Guida ad una migliore trasposizione e applicazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente all'interno del territorio degli Stati membri* ⁽¹¹⁾. In tale documento, subito dopo l'affermazione di principio secondo cui «[a]i fini dell'applicazione della direttiva devono essere riconosciuti, in linea di principio, tutti i matrimoni contratti validamente in qualsiasi parte del mondo», è stabilito che «[i] matrimoni forzati in cui uno o entrambi i coniugi sono fatti sposare

⁽⁹⁾ Si tratta del documento COM(2010)491 definitivo, reperibile – nella traduzione italiana – alla pagina internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0491:FIN:IT:PDF>. La direttiva cui tale documento fa riferimento è stata recepita in Italia con d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 30.

⁽¹⁰⁾ *Strategia*, cit., 8.

⁽¹¹⁾ Si tratta del documento COM(2009)313 definitivo, reperibile – nella traduzione italiana – alla pagina internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0313:FIN:IT:PDF>. La direttiva cui tale documento fa riferimento è stata recepita in Italia con d. lgs. 30/2007.

senza il loro consenso o contro la loro volontà, non sono tutelati dal diritto internazionale o comunitario» (12).

Inoltre, può ricordarsi che l'art. 2, co. 1, lett. *b*, del reg. 20 dicembre 2006, n. 1889 (*Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce uno strumento finanziario per la promozione della democrazia e dei diritti umani nel mondo*), stabilisce che l'assistenza comunitaria istituita dal regolamento stesso interesserà anche il settore della «promozione e protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali [...], principalmente mediante le organizzazioni della società civile concernenti tra l'altro [...] i diritti delle donne proclamati nella Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne e nei suoi protocolli facoltativi, comprese le misure per lottare contro la mutilazione genitale femminile, i matrimoni forzati, i delitti d'onore, la tratta o qualsiasi altra forma di violenza contro le donne».

Nel senso di un netto rifiuto di ogni riconoscimento dei matrimoni forzati si era già espressa la direttiva 22 settembre 2003, n. 2003/86/CE, sul diritto al ricongiungimento familiare (13). L'art. 4 della stessa, infatti, nell'individuare i familiari per i quali può essere autorizzato l'ingresso e il soggiorno in uno Stato membro, stabilisce al co. 5 che «[p]er assicurare una migliore integrazione *ed evitare i matrimoni forzati* gli Stati membri possono imporre un limite minimo di età per il soggiornante e il coniuge, che può

(12) *Guida*, cit., 4. Si precisa, a questo proposito, che «[i] matrimoni forzati devono essere distinti sia dai matrimoni combinati, dove entrambi acconsentono pienamente e liberamente al matrimonio anche se un terzo ha un ruolo guida nella scelta del partner sia dai matrimoni di convenienza», di cui al “considerando” n. 28 della direttiva.

(13) Tale direttiva è stata recepita in Italia con d. lgs. 8 gennaio 2007, n. 5.

essere al massimo pari a ventuno anni, perché il ricongiungimento familiare possa aver luogo».

Del tema delle unioni programmate si è recentemente occupato il Consiglio d'Europa, definendole come *l'unione di due persone, almeno una delle quali non abbia prestato il proprio pieno e libero consenso al matrimonio* ⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ Tale definizione si ritrova al punto 4 della Risoluzione 1468 (2005) adottata dall'Assemblea il 5 ottobre 2005 e consultabile al sito internet <http://www.assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta05/ERES1468.htm>.

In pari data, facendo seguito a tale Risoluzione, l'Assemblea ha adottato anche la Raccomandazione 1723 (2005), consultabile all'indirizzo internet <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta05/EREC1723.htm>, nella quale si richiede al Comitato dei Ministri di assicurare l'applicazione della Risoluzione da parte degli Stati membri, delineando una strategia volta a incoraggiare questi ultimi, fra l'altro, a istituire campagne scolastiche di prevenzione e informazione sul tema dei matrimoni forzati e tra fanciulli (punto 2.1); a informare le persone sottoposte alla minaccia di un matrimonio forzato delle iniziative pratiche per prevenirne la celebrazione (punto 2.2), fornendo ad esse l'assistenza necessaria (punto 2.3); a verificare la validità dei matrimoni celebrati all'estero, subordinandone il riconoscimento alla volontà di entrambi i coniugi e autorizzando il personale diplomatico a intervenire nel relativo procedimento (punto 2.8); a combattere il costume delle garanzie matrimoniali e dei fidanzamenti tra fanciulli (punto 2.10).

In dottrina, una ricostruzione del diritto islamico in tema di matrimoni programmati è fornita, con dovizia di riferimenti, da M.C. Ruscazio, «*Matrimoni forzati*» *tra religione e diritto*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2007, 225 ss. e 239 s., cui si rinvia per la ricostruzione della concezione della volontà matrimoniale anche nelle altre confessioni abramitiche, ad

Il Consiglio d'Europa ha recentemente assunto sul tema una posizione netta mediante la Risoluzione 1468 (2005) ⁽¹⁵⁾, la cui adozione è stata stimolata dalla preoccupazione dell'Assemblea circa le gravi e frequenti violazioni dei diritti umani e dei diritti dei fanciulli perpetrate a causa dei matrimoni forzati, diffusi prevalentemente nelle comunità di immigrati ⁽¹⁶⁾. Il Consiglio ha constatato che tali unioni, le quali «can in no way be justified» ⁽¹⁷⁾, sono talvolta tollerate dalle autorità nazionali «under the cloak of respect for the culture and traditions of migrant communities» ⁽¹⁸⁾.

Alla luce di ciò, l'Assemblea ha raccomandato ai legislatori nazionali, fra l'altro ⁽¹⁹⁾, di considerare alla stregua di violenze carnali i rapporti sessuali forzosi svoltisi nell'ambito di un matrimonio forzato o di un *child marriage*, e di valutare l'opportunità di considerare i matrimoni forzati (nonché l'aiuto a contrarli e la relativa senseria) come un'autonoma fattispecie di reato.

Appare inoltre di particolare interesse, da un punto di vista civilistico, l'invito a modificare le legislazioni nazionali fissando o portando a diciotto anni (per ambo i sessi) l'età minima per contrarre matrimonio; a prescrivere lo svolgimento di un colloquio, anteriore alla celebrazione del matrimonio,

esito della quale l'A. conclude che «ciascuno dei tre monoteismi tende a sottolineare, pur se con diversi gradi di intensità, l'indispensabilità del consenso libero e totale delle parti» (ivi, 229).

⁽¹⁵⁾ V. nt. prec.

⁽¹⁶⁾ V. punti 1 e 2 della Risoluzione.

⁽¹⁷⁾ Risoluzione cit., punto 5.

⁽¹⁸⁾ Punto 3.

⁽¹⁹⁾ Cfr. punto 14.

tra un pubblico ufficiale e i nubendi, con la possibilità che, ove il primo nutra dubbi circa la pienezza e la libertà del consenso di una parte o di entrambe, egli possa sentire singolarmente i nubendi in un secondo colloquio; a non consentire il riconoscimento dei matrimoni forzati e di quelli tra fanciulli contratti all'estero, «except where recognition would be in the victims' best interests with regard to the effects of the marriage, particularly for the purpose of securing rights which they could not claim otherwise»⁽²⁰⁾; a facilitare l'annullamento dei matrimoni forzati «and possibly automatically annul such marriages»⁽²¹⁾.

In tale Risoluzione il Consiglio si è espresso anche contro i matrimoni tra fanciulli, definiti come *l'unione di due persone, almeno una delle quali sia minore di anni diciotto*⁽²²⁾, e forieri di conseguenze negative sulla vita e lo sviluppo dei minori⁽²³⁾. L'Assemblea ha quindi raccomandato agli Stati membri di non consentire più, ove ancora possibili, tali unioni⁽²⁴⁾, facendo riferimento anche alla Convenzione delle Nazioni Unite sul consenso al matrimonio, l'età minima per contrarlo e la registrazione dei matrimoni, adot-

⁽²⁰⁾ Punto 14.2.4.

⁽²¹⁾ Punto 14.2.5.

⁽²²⁾ Risoluzione cit., punto 7.

⁽²³⁾ Cfr. punto 8: «[t]he Assembly deplores the drastic effects of marriage on married children. Child marriage in itself in-fringes their rights as children. It is prejudicial to their physical and psychological welfare. Often an obstacle to school attendance, child marriages may be prejudicial to children's access to education and their intellectual and social development, in that they restrict their horizon to the family circle».

⁽²⁴⁾ Punto 10.

tata a New York il 10 dicembre 1962 ⁽²⁵⁾, il cui preambolo sancisce che «all States [...]should take all appropriate measures [...] ensuring [...] complete freedom in the choice of a spouse, eliminating completely child marriages and the betrothal of young girls before the age of puberty».

Può ricordarsi, infine, che ai matrimoni forzati è interamente dedicato l'art. 37 della recente Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, adottata a Istanbul l'11 maggio 2011 ⁽²⁶⁾. Tale disposizione precetta

⁽²⁵⁾ Cfr. punti 6 e 10. Quest'ultima Convenzione, firmata dall'Italia il 20 dicembre 1963 ma mai ratificata dal nostro Paese, è leggibile in United Nations, *Treaty Series*, DXXI, 231 ss. (reperibile anche all'indirizzo internet <http://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%20521/v521.pdf>). Fra le disposizioni più significative, possono ricordarsi l'art. 1, par. 1 («[n]o marriage shall be legally entered into without the full and free consent of both parties, such consent to be expressed by them in person after due publicity and in the presence of the authority competent to solemnize the marriage and of witnesses, as prescribed by law»), e l'art. 2 («[n]o marriage shall be legally entered into without the full and free consent of both parties, such consent to be expressed by them in person after due publicity and in the presence of the authority competent to solemnize the marriage and of witnesses, as prescribed by law»).

⁽²⁶⁾ Resa esecutiva da noi con l. 27 giugno 2013, n. 77. Occorre sottolineare che tale strumento non è ancora entrato in vigore, ciò che accadrà – ai sensi dell'art. 75, co. 3, del medesimo – dopo che dieci firmatari, di cui almeno otto Stati membri del Consiglio d'Europa, avranno espresso il loro consenso a essere vincolati dalla Convenzione: al momento, questa è stata ratificata da cinque Paesi soltanto (cfr. il sito internet, costantemente aggiornato, del Treaty Office del Consiglio, <http://conventions.coe.int/>).

gli le Parti aderenti ad «adotta[re] le misure legislative o di altro tipo necessarie per penalizzare l'atto intenzionale di costringere un adulto o un bambino a contrarre matrimonio» (co. 1), nonché quelle «necessarie per penalizzare il fatto di attirare intenzionalmente con l'inganno un adulto o un bambino sul territorio di una Parte o di uno Stato diverso da quello in cui risiede, allo scopo di costringerlo a contrarre matrimonio» (co. 2).

Quanto alla tutela civile dei soggetti protetti dalla Convenzione, l'art. 32 della stessa, con particolare riguardo alle *conseguenze civili dei matrimoni forzati*, impone alle Parti di adottare ogni misura necessaria a «garantire che i matrimoni contratti con la forza possano essere invalidabili, annullati o sciolti senza rappresentare un onere finanziario o amministrativo eccessivo per la vittima» (co. 1). Si precisa, inoltre, che «[i]n questo contesto *deve sicuramente escludersi che un obbligo giuridico di concludere il matrimonio, nascente da un accordo concluso all'estero, possa essere riconosciuto e forzatamente adempiuto nel nostro Paese*» (co. 2).

3. *Matrimonî forzati, ordine pubblico e rimedi.*

Nell'intento di fornire la tutela più piena, di carattere sia penale sia civile, ai soggetti protetti dalla Convenzione, questa prevede all'art. 29 che «[l]e Parti adott[i]no le misure legislative o di altro tipo necessarie per fornire alle vittime adeguati mezzi di ricorso civili nei confronti dell'autore del reato» (co. 1), precettando le stesse Parti ad adottare ogni misura necessaria al fine di «fornire alle vittime adeguati risarcimenti civili nei confronti delle autorità statali che abbiano mancato al loro dovere di adottare le necessarie misure di prevenzione o di protezione nell'ambito delle loro competenze» (co. 2). Delle misure risarcitorie si occupa, in particolare, il successivo art. 30.

Attenta dottrina ha rilevato come la sensibilità degli attuali ordinamenti occidentali al problema delle unioni forzate, spesso avvertite come un vero e proprio abominio, derivi dal tramonto – in tali sistemi – della concezione organicistica della famiglia e dall’affermarsi di una visione individualistica del matrimonio come fatto privato dei coniugi e scelta dettata da ragioni eminentemente morali ⁽²⁷⁾. Un’analoga tendenza non si è manifestata in altre realtà sociali, laddove ancora domina un modello diffuso anche da noi nel passato ⁽²⁸⁾, col quale – a causa dei recenti flussi migratori – gli ordinamenti occidentali sono posti nuovamente a contatto.

La sensibilità degli ordinamenti occidentali sul punto si è tradotta nel contesto normativo, interno e sovranazionale, testé delineato, alla luce del quale non sembra potersi ragionevolmente dubitare che il principio della libertà del consenso nuziale costituisca, quantomeno nel nostro ordinamento, un principio di ordine pubblico ⁽²⁹⁾. Da questa conclusione, confermata an-

⁽²⁷⁾ Così M.C. Ruscazio, «*Matrimoni forzati*», cit., 221 ss., la quale osserva come tale evoluzione abbia condotto ad «un paradigma normativo che ha posto l’accento sulla libera volontà delle parti, e di esse soltanto, come elemento fondante del vincolo matrimoniale» (ivi, 222).

⁽²⁸⁾ Passato anche recente: si pensi alla imposizione del c.d. matrimonio riparatore, diffusa in parte della società italiana, come opportunamente ricorda M.C. Ruscazio, «*Matrimoni forzati*», cit., 247.

⁽²⁹⁾ E ciò a prescindere dai rilievi critici formulati dalla dottrina in ordine allo scarso vigore precettivo della normativa sovranazionale: cfr. M.C. Ruscazio, «*Matrimoni forzati*», cit., 236, la quale ne rileva la «duplice debolezza intrinseca: da un punto di vista formale, infatti, la diretta vincolatività di tali principi è esclusa tutte le volte che essi assu-

che dalla disciplina penalistica ⁽³⁰⁾, discende la rilevanza di tale principio anche in ambito internazionalprivatistico, laddove l'ordine pubblico c.d. internazionale funge sia da limite all'applicabilità del diritto straniero ⁽³¹⁾, sia da requisito per il riconoscimento degli atti e dei provvedimenti stranieri ⁽³²⁾.

mono la veste di una semplice raccomandazione o dichiarazione, o che vengono emanati da organi privi di un reale potere coattivo nei confronti degli Stati membri; da un punto di vista sostanziale, la flessibilità e l'ampiezza delle formulazioni adoperate, che spesso lasciano la determinazione dei requisiti fondamentali, come l'età minima matrimoniale o le condizioni della deroga di tale limite, alla discrezionalità del legislatore nazionale, finiscono per svuotare di contenuto la norma stessa. Spesso poi la carenza di meccanismi sanzionatori ne consegna l'applicazione alla buona volontà dei destinatari»; v. anche *ivi*, 238.

⁽³⁰⁾ Si veda l'art. 558 cod. pen. (*Induzione al matrimonio mediante inganno*).

⁽³¹⁾ Cfr. art. 16, co. 1, l. 31 maggio 1995, n. 218 (*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*), secondo cui «[l]a legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico». Prosegue il co. 2 della disposizione affermando che «[i]n tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana».

⁽³²⁾ V. art. 64 ss. l. 218/1995. In generale, cfr. B. Barel-S. Armellini, *Manuale breve di diritto internazionale privato*⁸, Milano, 2013, 84 ss.; F. Vismara, in G. Conetti-S. Tonolo-F. Vismara, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato*², Torino, 2009, 311 ss.

Sul rapporto tra o.p. interno e o.p. internazionale, v. in giurisprudenza Cass., 28 dicembre 2006, n. 27592 (ove ult. rif. alla giurispr. prec.), in *Fam. pers. succ.*, 2007, 597

ss., con nt. di F. Corbetta, e in *Fam. e dir.*, 2007, 1113 ss., con nt. di E. De Feis-F. Tommaseo. Tale sentenza aderisce all'impostazione secondo cui, mentre il primo è quello «che, nelle fattispecie in cui il rapporto è soggetto alla legge italiana, costituisce un limite all'autonomia negoziale dei privati (artt. 1343 e 1418 c.c.)», l'o.p. internazionale, di cui all'art. 16 l. 218/1995, «risult[a] formato da quell'insieme di principi, desumibili dalla Carta Costituzionale o, comunque, pur non trovando in essa collocazione, fondanti l'intero assetto ordinamentale siccome immanenti ai più importanti istituti giuridici quali risultano dal complesso delle norme inderogabili provviste del carattere di fundamentalità che le distingue dal più ampio genere delle norme imperative, tali da caratterizzare l'atteggiamento dell'ordinamento stesso in un determinato momento storico e da formare il cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia». Tali principi (di o.p. internazionale) – sempre secondo il Supremo Collegio – «devono essere rispettati 'sempre', anche se il rapporto è sottoposto ad una legge straniera, costituendo il limite 'generale' all'applicazione di detta legge conseguente al normale funzionamento delle norme di diritto internazionale privato ed avendo la funzione di evitare l'inserimento nel diritto interno di valori giuridici, stranieri appunto, in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento».

Pertanto, come affermato da Cass., 4 maggio 2007, n. 10215 (e giurispr. ivi richiamata), in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, 214 ss., e in *Rep. Foro it.*, 2008, *Dir. int. priv.*, n. 39, l'o.p. internazionale «non s'identifica necessariamente con quello interno, poiché, se così fosse, le norme di conflitto sarebbero in grado di funzionare solo quando conducano all'applicazione di norme materiali straniere aventi contenuto simile a quelle italiane, ciò che cancellerebbe la diversità fra sistemi giuridici e irragionevolmente renderebbe per larga parte inutile il diritto internazionale privato». V. pure App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 251 ss., con nt. di M.C. De Tommasi, e in *Giur. mer.*, 2010, 349 ss.,

Pertanto, anche volendo accedere a una concezione ristretta dell'ordine pubblico internazionale ⁽³³⁾ o addirittura alla c.d. dottrina dell'effetto attenuato dell'ordine pubblico ⁽³⁴⁾, non potrà darsi corso all'applicazione di una

con nt. di M. Dell'Utri, secondo cui «[l]a nozione di ordine pubblico internazionale [...] è più ristretta rispetto a quella di ordine pubblico interno, e non coincide con le norme inderogabili dell'ordinamento italiano ma deve essere rinvenuta in esigenze (comuni ai diversi ordinamenti statali) di garanzia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, o in valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale».

⁽³³⁾ Intendendosi con questa espressione la tendenza, riscontrabile a livello internazionale ed europeo (laddove i regolamenti richiedono sovente che la contrarietà all'ordine pubblico sia *manifesta*: v., per es., l'art. 45, co. 1, lett. *a*, reg. 12 dicembre 2012, n. 1215, in tema di competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, o l'art 13, co. 1, lett. *a*, reg. 12 giugno 2013, n. 606, in materia di riconoscimento reciproco delle misure di protezione in materia civile), a fare un uso moderato del limite dell'o.p. «per evitare il rischio [...] di applicare il limite anche nei casi in cui la legge o l'atto straniero introdurrebbero nell'ordinamento del foro principi diversi ma non radicalmente incompatibili» (così B. Barel-S. Armellini, *Manuale*, cit., 86).

⁽³⁴⁾ Si fa riferimento all'impostazione emergente, da ultimo, dalla II Résolution (*Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*) adottata a Cracovia il 25 agosto 2005 dall'Institut de Droit International (associazione privata di carattere puramente scientifico) e consultabile all'indirizzo internet http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/2005_kra_02_fr.pdf. Secondo i *Principes généraux* sanciti in questo documento, gli Stati non debbono applicare il limite dell'o.p. all'applicazione del diritto straniero per la sola ragione che quest'ultimo è un diritto religioso (o, viceversa,

laico), né oltre la misura necessaria a tutelare i principî di *uguaglianza, non discriminazione e libertà religiosa*.

La stessa *Résolution*, peraltro, fa salva l'applicazione del limite dell'o.p. in materia di matrimonio, filiazione e successioni *mortis causa*.

Quanto al matrimonio, in particolare, è sancito il dovere degli Stati di garantire il rispetto della libertà matrimoniale, alzando la barriera dell'o.p. di fronte alle leggi straniere «comportant des empêchements de caractère racial ou religieux», e riconoscendo – per converso – la validità di matrimoni celebrati in violazione dei precetti religiosi propri del diritto normalmente applicabile. È altresì sancito il divieto di opporre il limite dell'o.p. al riconoscimento della validità – in linea di principio – di unioni poligamiche celebrate in Stati ove sono ammesse, mentre si ammette l'opponibilità dell'o.p. al riconoscimento di un ripudio unilaterale della moglie da parte del marito (ove, in quest'ultima ipotesi, la donna abbia o abbia avuto la cittadinanza dello Stato di riconoscimento, o di uno Stato che rifiuti il ripudio, o quando abbia la residenza abituale in uno di questi Stati, a meno che abbia acconsentito al riconoscimento o che abbia ricevuto una sufficiente protezione pecuniaria).

In tema di filiazione, la *Résolution* consente agli Stati di opporre il limite dell'o.p. all'applicazione delle leggi straniere che proibiscano lo stabilimento della filiazione fuori dal matrimonio in tutti i casi in cui il figlio («l'enfant») sia legato per cittadinanza o residenza abituale allo Stato del foro o a uno Stato che consente lo stabilimento della filiazione. Quanto, infine, alla materia successoria, la *Résolution* consente di opporre l'o.p. alle leggi successorie straniere comportanti discriminazioni in base al sesso o alla religione, allorché dei beni compresi nella successione si trovino nello Stato del foro al tempo della morte.

legge straniera, o al riconoscimento di un atto o provvedimento straniero, che siano lesivi della libertà matrimoniale – valore supremo e inconculcabile anche per la dottrina da ultimo citata ⁽³⁵⁾.

In particolare, deve sicuramente escludersi che possa essere riconosciuto in Italia l'obbligo nascente da una promessa di matrimonio regolata da un diritto straniero e che tale obbligo possa essere coattivamente attuato.

L'ordine pubblico fungerà da limite all'applicazione del diritto sostanziale straniero, nel caso in cui sia impugnato in Italia un matrimonio contratto all'estero in mancanza di una libera determinazione di entrambi i nubendi, posto che, anche «ove in concreto il criterio di collegamento designi una legge straniera, questa non potrà essere applicata qualora produca effetti contrari all'ordine pubblico» ⁽³⁶⁾.

Ove all'impugnativa di un matrimonio contratto in adempimento di un "programma nuziale" valido e vincolante all'estero risulti applicabile la legge italiana, potrebbero astrattamente ipotizzarsi due soluzioni possibili: da un lato, quella di riconoscere rilevanza a un errore di diritto – in particolare, circa la vincolatività della promessa di matrimonio; dall'altro lato, quella di invocare la violenza o il timore derivante da cause esterne allo sposo, purché ovviamente il *metus* sia di eccezionale gravità come richiesto dal co. 1 del citato art. 122 cod. civ.

La prima strada non appare facilmente praticabile, rilevando *ex art. 122 cod. civ.* solo l'errore sull'identità della persona o quello – essenziale ai

⁽³⁵⁾ «Les Etats doivent garantir le respect de la liberté du mariage», afferma perentoriamente la Résolution sulle *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille* dell'Institut de Droit International, cit. alla nt. prec.

⁽³⁶⁾ Così B. Barel-S. Armellini, *Manuale*, cit., 134.

sensi del co. 3 di quest'ultima disposizione – su qualità personali dell'altro coniuge ⁽³⁷⁾).

La seconda, invece, laddove in concreto il matrimonio sia stato contratto sotto la minaccia o nel timore di serie ripercussioni personali o patrimoniali della scelta di non adempiere al “programma nuziale”, appare una strada percorribile. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti seguono sul punto i criteri di valutazione di cui agli artt. 1434 ss. cod. civ. per la violenza morale nei contratti, affermando quindi la necessità di «un'indagine che prescindendo dal mero riferimento alla particolare situazione del soggetto cui la violenza fu rivolta, ma [che] deve assumere come parametro una figura astratta di persona normale, con tali caratteristiche, che si trovi nella medesima situazione» ⁽³⁸⁾. Secondo un altro orientamento, una simile oggettivazione del giudizio non sarebbe del tutto compatibile con la natura dell'atto matrimoniale, occorrendo di dare piuttosto rilievo alla personalità concreta del soggetto passivo della violenza – anche in linea con l'accentuata tutela della libertà nuziale emergente dalla disciplina codicistica dopo la novella del 1975, la quale ha introdotto il vizio del *metus*. L'eccezionale gravità di

⁽³⁷⁾ Una sorta di errore di diritto è quello, delineato da G. Ferrando, *Il matrimonio*, cit., 607 (ove ult. riferim.), «che si verificherebbe, ad esempio, nel caso in cui lo sposo ritenga erroneamente di compiere non il matrimonio, ma le pubblicazioni o una convenzione matrimoniale». L'A., peraltro, conclude che «[i]n tal caso il matrimonio sarebbe invalido per assoluta mancanza del consenso» (*ibid.*).

⁽³⁸⁾ Così Trib. Napoli, 22 settembre 1989, in *Dir. fam. pers.*, 1990, 1252 ss., sul caso di una giovane donna indottasi a sposare l'uomo con cui aveva avuto una precedente relazione, a seguito delle minacce dei genitori di cacciarla di casa. Cfr. sul punto G. Criscuoli, *Il matrimonio coatto*, Milano, 1978, 953 ss.

quest'ultimo non starebbe a indicare un'intensità maggiore di esso rispetto al timore causato dalla violenza, ma semplicemente un grado di cogenza equivalente a quello prodotto dalla violenza stessa, dando così rilievo – per esempio – alla violenza c.d. ambientale o sociale, ipotesi verificabile nel contesto delle pratiche di matrimonio forzato ⁽³⁹⁾.

L'annullamento del matrimonio, naturalmente, non pregiudicherebbe i diritti alimentari, successorî, ecc. dal coniuge “debole”, stante l'applicabilità dell'art. 128 cod. civ. anche in caso di consenso estorto con violenza o determinato da *metus ab extrinseco* ⁽⁴⁰⁾.

4. (Segue.) *La trascrizione del matrimonio forzato: una recente circolare ministeriale.*

⁽³⁹⁾ Cfr. E. Perego, *La libertà del consenso nel matrimonio civile*, Milano, 1983, 51. Sull'influsso della dottrina canonistica del *metus* sulla novella del 1975, v. M.C. Ruscazio, «*Matrimoni forzati*», cit., 249 s.

⁽⁴⁰⁾ In tal senso anche M.C. Ruscazio, «*Matrimoni forzati*», cit., 250 s., la quale sottolinea altresì come, «in caso di matrimonio forzato di un minorenni, potranno trovare applicazione tutti i provvedimenti, che vanno dall'allontanamento dalla casa familiare sino alla perdita della *patria potestas*, aventi per presupposto un pregiudizio attuale o potenziale per il benessere fisico o psichico del ragazzo/a, derivante da un esercizio abnorme dell'autorità parentale. Qualora si tratti invece di una persona adulta, questa potrà avvalersi delle tutele previste in caso di molestie perpetrate dai familiari con i quali eventualmente convive» (*ivi*, 251).

Quanto alla trascrizione nei registri dello stato civile del matrimonio contratto all'estero in adempimento di un programma vincolante di unione, è di tutta evidenza come quest'ultima circostanza non sia facilmente conoscibile da parte dell'ufficiale di stato civile. Né potrebbe onerarsi lo stesso di procedere ad indagini sul punto al fine di decidere se dare corso alla trascrizione ovvero rifiutare di eseguire tale formalità in applicazione dell'art. 18 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile*), secondo cui «[g]li atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico».

È appena il caso di ricordare che, con particolare riferimento alla trascrizione dei matrimoni celebrati all'estero secondo il rito islamico, la prassi amministrativa ha visto succedersi negli anni orientamenti diversi ⁽⁴¹⁾. Da una prima impostazione, secondo cui il matrimonio celebrato secondo tale rito doveva considerarsi sicuramente affetto da nullità per contrasto con l'ordine pubblico, con conseguente obbligo di rapporto al pubblico ministero in capo all'ufficiale di stato civile trascrivente, si è passati a ritenere in linea di principio valido e trascrivibile il matrimonio islamico, fermo restando l'obbligo per l'ufficiale di verificare che, in concreto, non sussistano elementi di contrasto coi principi fondamentali dell'ordinamento (di verificare, per esempio, che entrambi i nubendi fossero di stato libero al tempo delle nozze). In tale contesto, rimane comunque la difficoltà per l'ufficiale di stato civile di procedere a tale verifica per i matrimoni celebrati all'estero ⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ V. ampiamente sul punto C. Campiglio, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, 57 s., ove numerosi riferim.

⁽⁴²⁾ Lo osserva C. Campiglio, *Il diritto*, cit., 58.

Da ultimo, il Ministero dell'interno ha emanato nell'ottobre del 2011 una circolare in merito alla trascrivibilità degli atti di matrimonio celebrato all'estero in cui manchi la documentazione della volontà coniugale ⁽⁴³⁾. Si tratta di un documento che merita di essere segnalato in quanto suscettibile di ovviare almeno in parte al problema della trascrizione dei matrimoni forzati celebrati all'estero.

Nella circolare, partendo dal presupposto della trascrivibilità in Italia, nel rispetto del limite dell'ordine pubblico, del matrimonio celebrato all'estero tra cittadini italiani e tra italiani e stranieri, secondo le forme ivi stabilite, il Ministero osserva come da un esame della prassi in materia sia emerso che in alcuni Paesi – il Marocco, ad esempio – «l'atto di riconoscimento del matrimonio ai fini civili, ivi effettuato dall'autorità competente successivamente alla celebrazione del matrimonio, non contiene l'esplicito accertamento della volontà degli sposi di unirsi in matrimonio, ma si configura come atto di accertamento della sussistenza del vincolo matrimoniale, sulla base di dichiarazioni effettuate solo da uno dei coniugi, e confermate da testimoni, o anche direttamente dai soli testimoni, che attestano che i coniugi sono stati precedentemente uniti in matrimonio e che tale vincolo permane».

⁽⁴³⁾ Si tratta della circolare n. 25 del 13 ottobre 2011, su cui v. E. Calò, *Sulla trascrizione dei matrimoni fra stranieri contratti all'estero*, studio n. 4191 del Consiglio nazionale del notariato, reperibile all'indirizzo internet <http://www.notariato.it/it/primopiano/studi-materiali/studi-materiali/diritto-internazionale-comunitario/4191.pdf>.

Ciò posto, la circolare, basandosi sull'art. 28 l. 218/1995 ⁽⁴⁴⁾, stabilisce anzitutto che, «in linea di principio, non è consentito rifiutare la trascrizione del matrimonio solo perché la legge straniera utilizza forme differenti da quella interna anche perché, come è noto, la trascrizione del matrimonio celebrato all'estero non ha finalità costitutive ma meramente dichiarative».

Nondimeno, «il consenso di entrambi i coniugi costituisce sempre un requisito essenziale, di ordine sostanziale, alla sussistenza di un valido vincolo matrimoniale, in mancanza del quale non è possibile riconoscere il matrimonio per chiara contrarietà all'ordine pubblico». È pertanto «necessario verificare che, nella sostanza, il matrimonio sia stato contratto volontariamente da entrambi gli sposi, quale requisito per la configurabilità giuridica del matrimonio medesimo».

Sarà quindi necessario, ai fini dell'accoglimento della richiesta di trascrizione in Italia di un atto straniero di matrimonio non contenente l'esplicita indicazione del consenso al matrimonio di entrambi gli sposi, che tale richiesta, «espressa per iscritto, [...] sia stata presentata all'ufficiale dello stato civile da entrambi i coniugi, personalmente o tramite delega che contenga espressa dichiarazione di volontà dei medesimi di procedere alla trascrizione, con ciò implicitamente confermando la sussistenza della volontà di entrambi in relazione al vincolo matrimoniale precedentemente contratto».

Tale soluzione, che pure riguarda i soli atti di matrimonio contratto all'estero, potrà consentire – sia pure in minima misura – ad evitare la trascrizione dei matrimoni forzati, conclusi senza il libero e attuale consenso

⁽⁴⁴⁾ «Il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento della celebrazione o dalla legge dello Stato di comune residenza in tale momento».

di uno o di entrambi i nubendi. Imponendo, in sostanza, una specifica manifestazione di consenso alla trascrizione da parte dei coniugi, ove l'atto non riporti la volontà nuziale degli stessi, è di fatto consentito a costoro di incidere quantomeno sulla possibilità che sia dato corso alla pubblicità dell'atto in Italia, con la conseguenza che, ove uno dei coniugi rifiuti il proprio consenso a tale formalità, l'ufficiale di stato civile non potrà curarne l'effettuazione. La recente circolare, tuttavia, è ben lungi dal risolvere il problema della conoscibilità da parte del pubblico ufficiale della contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio che è richiesto di trascrivere; deve considerarsi, inoltre, che in un contesto culturale, sociale e familiare in cui uno dei coniugi è stato forzato nell'espressione del proprio consenso nuziale, esso sarà facilmente forzato anche ad esprimere la propria volontà in ordine alla trascrizione dell'atto di matrimonio – circostanza, questa, a sua volta difficilmente accertabile da parte dell'ufficiale di stato civile.

5. *Unioni poligamiche e ordine pubblico.*

Anche per quanto riguarda i matrimoni poligamici non è possibile dubitare della loro contrarietà all'ordine pubblico italiano ⁽⁴⁵⁾. In questo campo, anzi, i dubbi sono ancora meno di quelli avanzabili con riferimento ai matrimoni forzati, posto che delle unioni poligamiche la nostra giurisprudenza

⁽⁴⁵⁾ In generale, sui lineamenti della poligamia (*rectius*, poliginia) nel diritto islamico, v. G. Vercellin, *Istituzioni del mondo mussulmano*, Torino, 2002, 148 ss.

ha già avuto modo di occuparsi, fornendo soluzioni che non sembrano lasciar spazio a incertezze ⁽⁴⁶⁾.

Sul piano del diritto positivo interno, tralasciando per ora la disciplina del ricongiungimento familiare, possono ricordarsi l'art. 86 cod. civ., che prevede la libertà di stato fra i requisiti necessari per contrarre matrimonio, facendone divieto – a pena d'invalidità *ex art.* 117, co. 1, cod. civ. – a chi sia vincolato da un matrimonio precedente; l'art. 68 cod. civ., il quale sancisce la nullità del matrimonio contratto dal coniuge del morto presunto (art. 65 cod. civ.) laddove quest'ultimo faccia ritorno o ne sia accertata l'esistenza in vita; l'art. 556 cod. pen., che sanziona penalmente la bigamia ⁽⁴⁷⁾.

Deve peraltro segnalarsi che, con propria circolare del 2001 ⁽⁴⁸⁾, il Ministero dell'interno ha sancito la trascrivibilità del (solo) «primo matrimonio celebrato secondo il rito islamico tra un cittadino italiano e un cittadino di religione islamica».

⁽⁴⁶⁾ Una efficace panoramica dei problemi posti dal contatto fra le unioni poligamiche contratte all'estero e l'ordinamento italiano è offerta da G. Ferrando, *Il matrimonio*, cit., 389 ss.

⁽⁴⁷⁾ Può ricordarsi come, ai sensi dell'art. 3, co. 1, d. lgs. C.p.S. 3 agosto 1947, n. 1096 (*Abrogazione della legge 13 maggio 1940, n. 822, contenente norme relative ai meticci*), ratificato con l. 17 aprile 1956, n. 561, la poligamia fosse considerata ostativa alla dichiarazione di cittadinanza italiana del meticcio nato da genitore/i ignoto/i di cui uno cittadino italiano e l'altro nativo dell'Africa italiana.

⁽⁴⁸⁾ Circolare n. 2 del 26 marzo 2001. La citaz. che segue è tratta dalla p. 18 dell'originale reperibile al sito <http://servizidemografici.interno.it/>.

Un'esplicita presa di posizione contro la poligamia si ritrova, inoltre, nella normativa secondaria, in particolare nella Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione, di cui al d.m. 23 aprile 2007. L'art. 17 di questa, infatti, dopo aver sancito il principio per cui «[i]l matrimonio è fondato sulla eguaglianza di diritti e di responsabilità tra marito e moglie, ed è per questo a struttura monogamica», afferma espressamente che «[l]'Italia proibisce la poligamia come contraria ai diritti della donna, in accordo anche con i principi affermati dalle istituzioni europee» ⁽⁴⁹⁾.

Anche il diritto comunitario, infatti, non manca di pronunciarsi in senso sfavorevole ad ogni forma di riconoscimento delle unioni poligamiche.

Sul punto può anzitutto ricordarsi la già citata comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio del 2 luglio 2009, recante la *Guida ad una migliore trasposizione e applicazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente all'interno del territorio degli Stati membri* ⁽⁵⁰⁾, la quale espressamente afferma che «[g]li Stati membri non sono tenuti a riconoscere i matrimoni poligami, contratti legalmente in un

⁽⁴⁹⁾ Critico nei confronti di tale affermazione è N. Colaianni, *Una «carta» post-costituzionale? (A proposito di una recente iniziativa in tema di “integrazione” dei migranti)*, in *Quest. giust.*, 2007, 637 ss., secondo cui «il divieto di poligamia, [...] in questa sua innaturale absolutezza non tiene conto neppure dei temperamenti cui esso va incontro nella giurisprudenza limitatamente agli effetti del matrimonio poligamico, considerato come semplice fatto non direttamente immesso nell'ordinamento interno» (*ivi*, 640).

⁽⁵⁰⁾ Documento COM(2009)313 definitivo, reperibile in traduzione italiana all'indirizzo internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0313:FIN:IT:PDF>.

paese terzo, che possono essere in contrasto con il loro ordinamento giuridico interno». Resta peraltro impregiudicato, secondo il medesimo documento, «l'obbligo di tenere conto dell'interesse superiore dei figli nati da tali matrimoni» ⁽⁵¹⁾.

Ma già la citata direttiva 22 settembre 2003, n. 2003/86/CE, sul ricongiungimento familiare si era espressa nel senso di non riconoscere un diritto di ricongiungimento plurimo al poligamo. L'art. 4 della stessa direttiva, infatti, nell'individuare i familiari per i quali può essere autorizzato l'ingresso e il soggiorno in uno Stato membro, stabilisce al co. 4 che, «[i]n caso di matrimonio poligamo, se il soggiornante ha già un coniuge convivente sul territorio di uno Stato membro, lo Stato membro interessato non autorizza il ricongiungimento familiare di un altro coniuge».

6. *Poligamia e ricongiungimento familiare. Una recente sentenza della Cassazione.*

Com'è noto, la disciplina vigente in materia di ricongiungimento è posta dagli artt. 28 ss. d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, recante il *Testo unico delle*

⁽⁵¹⁾ Tale disposizione è in linea con l'art. 3, co. 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo adottata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata con l. 27 maggio 1991, n. 176, il quale sancisce infatti che, «[i]n tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero ⁽⁵²⁾).

Tale normativa, dopo aver sancito il riconoscimento di un vero e proprio «diritto a mantenere o a riacquistare l'*unità familiare* nei confronti dei familiari stranieri [...], alle condizioni previste dal presente testo unico, agli stranieri titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno rilasciato per motivi di lavoro subordinato o auto-

⁽⁵²⁾ Tale t.u. è stato emanato in base all'art. 47, co. 1, l. 6 marzo 1998, n. 40 (*Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*), contenente la delega al Governo per l'emanazione di un decreto legislativo contenente il testo unico delle disposizioni concernenti gli stranieri. Il d. lgs. 286/1998 ricomprende la disciplina del ricongiungimento già posta dagli artt. 26 ss. della citata l. 40/1998.

Tale istituto è stato introdotto nell'ordinamento italiano dalla l. 30 dicembre 1986, n. 943 (recante *Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine*, le cui disposizioni, ad eccezione dell'art. 3, sono state abrogate dall'art. 47 d. lgs. 286/1998), la quale si proponeva di dare attuazione alla Convenzione n. 143 della Conferenza generale dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) concernente le migrazioni in condizioni abusive e la promozione dell'uguaglianza di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti, adottata a Ginevra il 24 giugno 1975 e ratificata dall'Italia con l. 10 aprile 1981, n. 158. Come osservato da A. Galoppini, *Ricongiungimento familiare e poligamia*, in *Dir. fam. pers.*, 2000, 739 ss., tale normativa «mira a favorire l'integrazione dell'immigrato, riconoscendogli quella protezione della vita familiare che la Costituzione italiana prevede con valore universale, senza vincoli di nazionalità, ed allineandosi altresì alle varie norme internazionali che configurano la tutela della famiglia come un aspetto della protezione dei diritti dell'uomo» (*ivi*, 740 s.).

uomo, ovvero per asilo, per studio, per motivi religiosi o per motivi familiari» (art. 28, co. 1), disciplina il ricongiungimento familiare all'art. 29⁽⁵³⁾. Tale disciplina subordina il rilascio del nulla osta⁽⁵⁴⁾ alla sussistenza di specifici requisiti di alloggio, reddito e assicurazione sanitaria fissati dal co. 3 di quest'ultimo articolo (non necessari per lo straniero cui sia stato riconosciuto lo *status* di rifugiato, ai sensi dell'art. 29-*bis*), la cui disponibilità dev'essere dimostrata dallo straniero richiedente.

Si prevede, in tale contesto, che lo straniero possa chiedere il ricongiungimento – oltre che per figli minori, figli maggiorenni a carico e genitori a carico – per il «coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni» (art. 29, co. 1). Con disposizione assai recente⁽⁵⁵⁾, tuttavia, si è specificato che ciò «[n]on è consentito [...] quando il familiare di cui si chiede il ricongiungimento è coniugato con un cittadino straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale» (art. 29, co. 1-*ter*).

Quest'ultima previsione ha evidentemente inteso risolvere in senso negativo la questione della possibilità per il poligamo straniero di ottenere il ricongiungimento con più di una moglie. È stata così confermata a livello normativo una consolidata prassi amministrativa, instauratasi quasi

⁽⁵³⁾ Che quello al ricongiungimento familiare sia oggi un vero e proprio diritto soggettivo – e non più, come era più plausibile supporre in passato, un mero interesse legittimo – è riconosciuto da A. Galoppini, *Ricongiungimento*, cit., 741.

⁽⁵⁴⁾ Per cui non opera più il silenzio-assenso previsto dalla l. 40/1998.

⁽⁵⁵⁾ Art. 1, co. 22, lett. s, l. 15 luglio 2009, n. 94 (*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*), in vigore dal 17 ottobre 2012.

all'indomani dell'entrata in vigore della l. 30 dicembre 1986, n. 943, peraltro criticata dalla dottrina ⁽⁵⁶⁾.

Della nuova disposizione ha già fatto applicazione la Corte di cassazione in un recente *dictum* ⁽⁵⁷⁾, pronunciando con ordinanza in merito al ricorso proposto dal Ministero degli affari esteri avverso un decreto della Corte d'appello di Venezia, la quale, confermando la pronuncia del giudice di

⁽⁵⁶⁾ Riferim. in A. Galoppini, *Ricongiungimento*, cit., 742 ss., la quale riferisce anche dell'opposta soluzione possibilista fornita dal Conseil d'État francese già nel 1980 (*ivi*, 745).

Prima della recente modifica, peraltro, non erano mancate pronunce favorevoli al ricongiungimento anche laddove questo fosse suscettibile di radicare una situazione di sostanziale poligamia all'interno dello Stato: è questo il caso di Trib. Bologna, ord., 12 marzo 2003, in *Dir. imm. citt.*, 2003, 140 ss. In specie, il ricorrente lamentava il diniego, oppostogli dall'ambasciata italiana a Riyad, del nulla osta al ricongiungimento con la propria madre: in particolare, il visto per il ricongiungimento gli era stato negato in quanto la stessa ambasciata aveva già concesso altro visto per ricongiungimento a favore della prima moglie del genitore del richiedente, ricongiuntasi però con un altro figlio, sicché la permanenza in Italia della madre del ricorrente avrebbe determinato, seppure indirettamente, una situazione di poligamia, essendo già presente nel territorio italiano un'altra moglie del marito della donna. Investito della questione, il giudice felsineo ha rilevato la sussistenza dei requisiti formali per godere del diritto al ricongiungimento e ha escluso che la relativa attuazione potesse costituire una violazione della legge italiana o dell'ordine pubblico interno; ha quindi dichiarato illegittimo il provvedimento di diniego, consentendo il ricongiungimento.

⁽⁵⁷⁾ La pronuncia che si prende ora in esame è Cass., ord., 28 febbraio 2013, n. 4984, leggibile per intero in *Foro it.*, 2013, I, 2519 ss., con nt. redaz.

primo grado, si era pronunciata a favore del rilascio di un visto d'ingresso per ricongiungimento familiare richiesto da un cittadino marocchino, soggiornante in Italia, a favore della propria madre, priva di mezzi di sostentamento e di altri figli nel paese d'origine. Costei, peraltro, risultava coniugata col padre del ricorrente, a sua volta soggiornante in Italia, il quale aveva precedentemente chiesto ed ottenuto il ricongiungimento a favore di un'altra moglie.

A causa della situazione di poligamia che si sarebbe determinata con l'ingresso e il soggiorno in Italia della madre del richiedente, il consolato di Casablanca aveva negato il visto e il Ministero degli esteri aveva resistito in primo grado e proposto appello. In tale sede, la Corte veneziana aveva respinto il ricorso, osservando: in primo luogo, che l'art. 29, co. 1-ter, d. lgs. 286/1998 era entrato in vigore dopo la richiesta di ricongiungimento; in secondo luogo, che tale norma, ai fini della sua applicazione, richiede la prova della proposizione della domanda per interposta persona allo specifico fine di eludere il divieto di cui al citato art. 29; infine, che nel caso di specie la domanda era stata formulata dal figlio e non già dal coniuge (già convivente con altro coniuge).

Il Ministero degli esteri aveva quindi proposto ricorso per cassazione avverso tale pronuncia, fondando la propria istanza sulla pretesa violazione dell'art. 29, co. 1-ter, d. lgs. 286/1998. Osservava, in particolare, che il divieto posto da tale disposizione è entrato in vigore prima della conclusione del procedimento amministrativo volto all'accertamento dei requisiti per il ricongiungimento e che, pertanto, la relativa domanda doveva essere vagliata alla luce della norma applicabile al momento del rilascio del visto d'ingresso. Inoltre, il Ministero osservava che il divieto in parola – peraltro

già desumibile sul piano sistematico prima della sua introduzione in forma espressa – opera oggettivamente ogniqualvolta possa verificarsi una situazione di poligamia, non rilevando pertanto che a formulare la domanda fosse stato il figlio e non il coniuge già soggiornante in Italia (con altra moglie).

Il figlio del poligamo, resistente con controricorso, riteneva per contro che alla domanda del visto dovesse applicarsi la norma in vigore al momento della presentazione e non già quella in forza al momento del rilascio, dal momento che all'autorità consolare non è attribuita alcuna discrezionalità sul punto – ma esclusivamente il compito di verificare l'autenticità dei documenti forniti dal richiedente. Osservava, inoltre, che la propria madre era da molto tempo separata di fatto dal coniuge, e che scopo della richiesta era il riavvicinamento al figlio, dal quale la donna dipendeva economicamente.

Il Supremo Collegio, quanto alla norma applicabile alla domanda *de qua*, ha deciso secondo il consolidato principio per cui quello di ricongiungimento familiare è un procedimento complesso a formazione progressiva, nel cui ambito l'attività dell'amministrazione è del tutto priva di ogni profilo di discrezionalità, dovendo soltanto procedere alla verifica della sussistenza dei requisiti di legge per l'esistenza del diritto al ricongiungimento. Ne consegue che, posto che tale esistenza viene accertata solo all'esito del procedimento in parola, la sopravvenienza normativa in merito ai requisiti necessari per l'insorgenza del diritto deve trovare applicazione immediata ove intervenga nel corso del procedimento ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁸⁾ Cfr., in senso analogo, Cfr. Cass., ord., 30 marzo 2011, n. 7218, in *Rep. Foro it.*, 2011, *Straniero*, n. 325, secondo cui il procedimento di riconoscimento del diritto al ricongiungimento del familiare dello straniero regolarmente soggiornante nel territorio del-

Con riferimento, poi, alla seconda questione, la Corte ha osservato come la norma applicabile (e cioè l'art. 29, co. 1-ter, d. lgs. 286/1998) stabilisca «un divieto che opera oggettivamente nei confronti delle richieste di ricongiungimento familiare proposte in favore del coniuge di un cittadino straniero già regolarmente soggiornante con altro coniuge in Italia, non distinguendo soggettivamente la provenienza della domanda, e al contrario mirando ad evitare l'insorgenza nel nostro ordinamento di una condizione di poligamia, contraria al nostro ordine pubblico anche costituzionale». Di conseguenza, «non è necessario che l'Amministrazione dimostri che il richiedente abbia agito per conto del proprio genitore perché il divieto di poligamia non è condizionato da condizioni di fatto quali la coabitazione o la vivenza a carico, ma opera in sé e perdura fino alla cessazione legale di uno dei vincoli coniugali».

lo Stato ha natura complessa ed è a formazione progressiva, coinvolgendo l'attività valutativa dell'autorità amministrativa, di natura non discrezionale, quella dell'autorità diplomatica e l'eventuale ricorso, di natura non impugnatoria, al giudice ordinario; ne consegue l'immediata applicabilità del *ius superveniens* intervenuto nel corso della procedura, dovendo l'accertamento dei requisiti essere valutato alla stregua dei parametri normativi vigenti all'esito dell'*iter* procedimentale. Nello stesso senso, Cass., 27 luglio 2010, n. 17574, *ivi*, 2010, voce cit., n. 275, e Cass., 4 luglio 2006, n. 15247, *ivi*, 2008, voce cit., n. 221, secondo cui il sopravvenire di una nuova legge durante lo svolgimento del procedimento comporta l'applicazione del principio *tempus regit actum*, nel senso che ciascuna delle fasi va sottoposta alla disciplina della legge vigente nel tempo in cui viene compiuta. Del medesimo principio la Corte ha fatto applicazione in altre due ordinanze emesse lo stesso giorno della sent. in esame (nn. 4980 e 4981).

Sulla base di tali considerazioni – e ritenuto altresì «che non è stata neanche dedotta l'impossibilità di sciogliersi dal vincolo coniugale per la richiedente nel proprio paese d'origine» ⁽⁵⁹⁾ – la Corte ha accolto il ricorso, cassando il decreto della Corte d'appello di Venezia e decidendo la causa nel merito con la reiezione della domanda di ricongiungimento.

7. *Ipotesi di riconoscimento (diretto o indiretto) delle unioni poligamiche.*

Nondimeno, se la questione può dirsi normativamente risolta con riferimento all'istituto del ricongiungimento familiare, non sono mancati casi in cui, in presenza di un'unione poligamica, il legislatore e la giurisprudenza hanno ritenuto di dover comunque riconoscere, sia pure a limitati e particolari fini, la sussistenza di un legame familiare da proteggere.

Basti pensare all'art. 31 d. lgs. 286/1998, il cui co. 3 attribuisce al tribunale dei minori, «per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano», di «autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, *anche in deroga alle altre disposizioni*

⁽⁵⁹⁾ Questo *obiter dictum* appare di non facile interpretazione. Non si vede, in particolare, quale rilevanza potrebbe avere l'eventuale impossibilità, per la moglie del poligamo, di sciogliersi dal vincolo coniugale nel proprio Paese d'origine, posto che il rilievo obiettivo della situazione di poligamia, affermato dalla corte, non sembra lasciare spazio alla considerazione delle cause di tale situazione e all'eventuale sforzo compiuto dal richiedente per porre fine ad essa.

ni del presente testo unico». La scelta normativa è chiaramente dettata dalla superiore considerazione dell'interesse del minore, tale da rendere tollerabile il disvalore collegato alla sussistenza di una situazione di poligamia sul territorio dello Stato. L'interesse del minore, in altri termini, consente una compressione del concorrente valore della dignità della donna, conculcato dalla poligamia ma sacrificabile per il bene di un soggetto più debole qual è il familiare minore. Tale compressione, tuttavia, è consentita per il solo tempo in cui è necessaria per la tutela dell'interesse superiore: la disposizione in parola, infatti, prosegue affermando che «[l]'autorizzazione è revocata quando vengono a cessare i gravi motivi che ne giustificavano il rilascio o per attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore o con la permanenza in Italia» ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁶⁰⁾ La *ratio* della normativa in parola richiama l'art. 3, co. 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo adottata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata con l. 27 maggio 1991, n. 176, il quale sancisce che, «[i]n tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». Analogamente, la già più volte citata comunicazione della Commissione europea del 2 luglio 2009 (leggibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0313:FIN:IT:PDF>), si esprime nel senso che «[g]li Stati membri non sono tenuti a riconoscere i matrimoni poligami, contratti legalmente in un paese terzo, che possono essere in contrasto con il loro ordinamento giuridico interno», fermo restando, tuttavia, «l'obbligo di tenere conto dell'interesse superiore dei figli nati da tali matrimoni».

Ha fatto applicazione di tale norma una pronuncia della Corte d'appello di Torino ⁽⁶¹⁾, la quale ha stabilito che va concessa l'autorizzazione a permanere in Italia alla cittadina marocchina coniuge di un connazionale regolarmente soggiornante in Italia in condizioni lavorative, familiari, abitative ed economiche positive, allo scopo di consentire alla madre la prosecuzione della convivenza col figlio minore comune in tenera età, nato e vissuto sin dalla nascita in Italia con entrambi i genitori. La Corte ha escluso che rilevasse in senso contrario la circostanza che il marito, contratto legittimo matrimonio poligamico nel Paese d'origine, vivesse in Italia anche con l'altra moglie: la permanenza della madre in Italia, infatti, non è consentita allo scopo di omologare un'unione poligamica, ma al ben diverso fine di «tutelare il primario e poziore diritto del minore a non essere separato, senza adeguato motivo, da uno dei genitori», posto che la separazione sarebbe stata dannosa per lo sviluppo psicofisico del bambino.

Interessante è anche il rilievo della Corte torinese circa il fatto che «la norma in questione [art. 31, co. 3, d. lgs. 286/1998] non richiede che i gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico, o con l'età del minore presentino caratteristiche di eccezionalità». Un'interpretazione non restrittiva della disposizione in parola, infatti, sembra imporsi alla luce dell'art. 9, co. 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo adottata a New York il 20 novembre 1989 ⁽⁶²⁾, ove si afferma l'esigenza che «il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti

⁽⁶¹⁾ App. Torino, 18 aprile 2001, in *Rep. Foro it.*, 2002, *Straniero*, n. 101, e in *Dir. fam. pers.*, 2001, 1492 ss.

⁽⁶²⁾ Ratificata e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176

non decidano [...] che questa separazione è necessaria *nell'interesse preminente del fanciullo*»⁽⁶³⁾.

(63) Si veda, inoltre, l'art. 10, co. 1, di tale Convenzione, ove si impone agli Stati contraenti di far sì che «ogni domanda presentata da un fanciullo o dai suoi genitori in vista di entrare in uno Stato Parte o di lasciarlo ai fini di un ricongiungimento familiare [sia] considerata con uno spirito positivo, con umanità e diligenza».

È stato affermato in dottrina, con prospettiva condivisibile solo *de iure condendo*, che «[l]o stato di vulnerabilità, pur se non ricavabile da alcun appiglio normativo, deve essere riconosciuto anche alla donna, la quale potrebbe trovarsi in condizione di totale dipendenza economica dal marito e la negazione del suo *status* di moglie potrebbe determinare la perdita del suo diritto al sostegno morale e materiale da parte di questo» (V. Petralia, *Ricongiungimento familiare e matrimonio poligamico. Il riconoscimento di valori giuridici stranieri e la tutela della posizioni deboli*, in *Quad. eur.*, 2013, disponibile all'indirizzo internet http://www.cde.unict.it/quadernieuropei/giuridiche/49_2013.pdf; il brano cit. si ritrova a p. 17 del *working paper*). Tale A., parlando dell'atteggiamento del giurista, propone di procedere «alla ricerca di un contemperamento tra il riconoscimento di valori giuridici stranieri e, nel caso specifico, della poligamia in quanto espressione del diritto all'identità culturale, e la tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento arricchiti e plasmati dai valori emergenti della diversità» (*ivi*, 18). Prendendo esempio dall'art. 29, co. 1, Cost., il quale – com'è noto – riconosce e tutela la famiglia «prende[ndo] atto di una identità che esiste e [definendola] naturale per indicare che è il frutto dello spontaneo evolversi delle relazioni interpersonali in un determinato contesto spazio-temporale, per cui è strettamente legata alle concezioni sociali e culturali prevalenti nella comunità stanziata su quel dato territorio» (*ibid.*), l'A. sostiene che analogo dovrebbe essere l'approccio del giurista con riferimento alla famiglia poligamica nel relativo contesto di riferimento. Si giunge così ad affermare un vero e proprio «obbligo dell'interprete di dare una lettura

Al di fuori del tema del ricongiungimento familiare, la Corte di cassazione ⁽⁶⁴⁾ ha riconosciuto al matrimonio poligamico contratto all'estero l'idoneità a fondare la qualità di erede della vedova.

Nel caso di specie, la vedova di un italiano aveva chiesto, in qualità di erede, il sequestro conservativo di alcuni beni delle coeredi, figlie del defunto, le quali, nel corso del giudizio di convalida della misura cautelare, eccepivano che il matrimonio fra il *de cuius* e la sequestrante, contratto in Somalia secondo la legge islamica, la quale consente il ripudio e la poligamia, era contrario alle norme del diritto pubblico interno e, quindi, privo di qualsiasi effetto, pur essendo stato trascritto in Italia.

Il Tribunale di Lodi, per tale ragione, rigettava la domanda di convalida del sequestro. L'impugnazione proposta dalla soccombente veniva parzialmente accolta dalla Corte d'appello di Milano, che dichiarava la legittimazione attiva della vedova pur ritenendo che non vi fosse prova adeguata della pretesa azionata. Osservava la Corte che, a norma dell'art. 115 cod. civ.,

delle norme capace di cogliere (e tutelare) la diversità» (*ivi*, 19), tenendo conto che anche il limite opposto dal nostro ordinamento al riconoscimento della famiglia poligamica, e cioè il principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, non può risolversi nella imposizione di un rapporto coniugale monogamico «se non sposando una concezione della parità tipica della cultura occidentale» (*ibid.*). Ne consegue che «il divieto di poligamia (e quindi il contrasto del matrimonio poligamico con l'ordinamento del foro) [...] fa riferimento alle situazioni che si costituiscono nello Stato del foro e non a quelle invece costituite nell'ordinamento d'origine» (*ib.*).

⁽⁶⁴⁾ Si tratta di Cass., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Foro it.*, 1999, I, 1458 ss., con nt. di G. Balena; in *Giust. civ.*, 1999, 2695 ss., con nt. di L. Di Gaetano; e in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1999, 783 ss., con nt. di D. Scolart.

al matrimonio del cittadino italiano celebrato all'estero si applica la legge del luogo in cui il matrimonio è contratto, onde, trattandosi di matrimonio validamente celebrato secondo la legge somala, esso doveva considerarsi valido anche in Italia indipendentemente dall'osservanza delle norme interne relative a pubblicazioni e trascrizione. Quanto al limite derivante dall'ordine pubblico e dal buon costume, la Corte osservava che, pur essendo indubbia la contrarietà ad essi della poligamia e del ripudio, parimenti indubbio era che la fattispecie fosse connessa al diritto successorio del coniuge superstite, che aveva assunto la qualità di erede nel rispetto delle condizioni richieste dalla legge italiana: era insomma questione del tutto indifferente che l'ordinamento somalo prevedesse la possibilità del ripudio e della poligamia, atteso che tali norme non assumevano alcun rilievo ai fini della pretesa azionata.

Tali osservazioni sono state condivise e confermate dal Supremo Collegio, secondo cui, dall'affermazione della contrarietà della poligamia e del ripudio all'ordine pubblico e al buon costume, non può automaticamente trarsi la conseguenza che al coniuge superstite non possa riconoscersi la qualità di erede. Non solo, secondo la Corte, «l'accertamento dell'esistenza di un matrimonio valido [...] rappresenta questione preliminare rispetto a quella principale della devoluzione ereditaria e, non implicando un'inserzione nella *lex fori* delle norme straniere che ammettono la poligamia [...], non pone neppure un problema di compatibilità con l'ordine pubblico interno»; ma indipendentemente da questa impostazione, l'insostenibilità della tesi contraria discende dal principio del *favor matrimonii*, «alla cui stregua l'atto non perde validità se non sia stato impugnato per una delle ragioni indicate negli artt. 117 e segg. cod. civ. (nelle quali

non può non essere ricompresa quella del matrimonio contratto secondo un rito che preveda la poligamia e/o lo scioglimento del vincolo *ad mutum*) e non sia intervenuta una pronuncia di nullità o di annullamento».

La decisione della Suprema Corte appare in linea con gli orientamenti giurisprudenziali consolidatisi in altri Paesi europei, favorevoli a un limitato riconoscimento della validità del matrimonio poligamico ⁽⁶⁵⁾, e costituisce applicazione di quella dottrina dell'ordine pubblico attenuato che, anche nell'attuale momento storico, appare come la soluzione più equilibrata ai problemi sollevati dal contatto fra ordinamenti occidentali e istituti familiari alieni.

Per ragioni anche strettamente tecnico-giuridiche, invece, non sembra potersi condividere il pensiero di chi – sulla base di posizioni ideologiche forse non vagliate col necessario scrupolo sul piano delle conseguenze giuridiche – condanna in via generale le impostazioni contrarie a un illimitato

(65) Per un'analisi della giurisprudenza francese, tedesca, inglese e belga in materia di matrimonio poligamico, v. C. Campiglio, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'Occidente europeo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, 853 ss.; una panoramica degli orientamenti giurisprudenziali francese, tedesco ed inglese è fornita da L. Di Gaetano, *I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica*, nt. a Cass., 2 marzo 1999, n. 1739, cit., in *Giust. civ.*, 1999, 2695 ss. Cfr. inoltre F. Pastore, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 1993, 73 ss., ed E. Jayme, *Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, 295 ss. Da ultimo, sulla situazione francese, cfr. V. Federico, *La Francia si interroga sulla poligamia*, in *Quad. cost.*, 2010, 371 ss.

riconoscimento delle unioni poligamiche, in quanto aventi «l'effetto di disconoscere la scelta culturale della persona», con conseguente «negazione del diritto all'identità culturale», quante volte i soggetti coinvolti si siano liberamente determinati nella scelta del tipo di unione da stringere ⁽⁶⁶⁾. La matrice ideologica di un simile discorso è resa manifesta da affermazioni dettate da un evidente difetto di prospettiva, come quella per cui «[u]na equilibrata composizione dei differenti valori di cui sono portatrici le culture presenti sullo stesso territorio dovrebbe rinnegare posizioni assolutistiche» ⁽⁶⁷⁾: le posizioni della giurisprudenza, lungi dall'essere ispirate da una forma di assolutismo ideologico, appaiono dettate, in ultima analisi, dall'esigenza di evitare fenomeni di *reverse discrimination* o pretese all'estensione di analoghi diritti in capo ai cittadini italiani, in forza dell'effetto “moltiplicatore” dell'art. 3 Cost. ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ Così V. Petralia, *Ricongiungimento*, cit., 19, donde sono tratte le citaz. prec.: «[s]e la donna decide di coabitare con il marito e le mogli ulteriori sulla base del libero consenso, non v'è ragione per cui non debba essere giuridicamente tutelata e, innanzitutto, riconosciuta la sua posizione di coniuge. Tale approccio costituisce una indebita ingerenza delle pubbliche autorità nella vita privata e familiare dell'individuo, in quanto si atteggiava come un'imposizione di un certo modello familiare a scapito di tutti gli altri» (*ibid.*). Assai critico nei confronti di tale impostazione è C. Cardia, *Carta dei valori e multiculturalità alla prova della costituzione*, in *Iustitia*, 2009, 147 ss., e in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (rivista telematica consultabile all'indirizzo internet www.statoechiese.it).

⁽⁶⁷⁾ *Ibid.*

⁽⁶⁸⁾ Si leggano, inoltre, le parole di A. Galoppini, *Ricongiungimento*, cit., 756 s., secondo cui, posto che «la nostra società, per quanto permissiva, resta fondamentalmente

8. *Ripudio e ordine pubblico.*

Pur con tutte le differenze rilevabili fra le sue configurazioni nelle diverse esperienze giuridiche che lo prevedono, il ripudio di diritto islamico consiste nel recesso libero, unilaterale e stragiudiziale del marito dal vincolo coniugale e, di regola, per l'assenza di tutela – giuridica ed economica – della moglie ⁽⁶⁹⁾. È affermazione ricorrente in dottrina e orientamento giuri-

monogama», e che «[d]i una poligamia in qualche modo istituzionalizzata non v'è traccia nelle leggi, ma neppure nelle rivendicazioni dei gruppi più culturalmente disinibiti [...] e tanto meno nel diffuso sentire sociale», «ammettere sul nostro territorio una famiglia poligamica, sia pure d'importazione, in nome di un (malinteso) solidarismo universalistico e multiculturale, significa solo ricadere nella “curiosa mansuetudine” da cui stanno ritirandosi le leggi e l'opinione pubblica francesi, con il possibile effetto perverso di generare il suo contrario: la xenofobia».

⁽⁶⁹⁾ Cfr. A. Galoppini, *Il ripudio e la sua rilevanza nell'ordinamento italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 973, cui si rinvia anche per le origini storiche dell'istituto, noto anche all'esperienza romanistica (*ivi*, 971 ss.). In generale, sul ripudio nel diritto islamico, v. G. Vercellin, *Istituzioni*, cit., 153 ss.

Per un esempio di legislazione in materia, può vedersi la normativa marocchina, recentemente riformata (e in vigore dal 2004) a seguito di un lungo scontro parlamentare tra forze moderniste e forze tradizionaliste, nella quale la dissoluzione del legame coniugale – mediante ripudio (*talaq*) e divorzio per incompatibilità (*chiqaq*) – vede l'uomo e la donna tendenzialmente equiparati quanto all'accesso alle procedure. Se, a seguito della riforma, il ripudio rimane istituto di competenza maschile, sul cui esito non incide

sprudenziiale più che consolidato quello secondo cui il ripudio «è un istituto particolarmente incompatibile con i valori dei sistemi laici ed egualitari d'Europa, in ragione della concezione patriarcale che continua a prevalere nell'organizzazione familiare» dei Paesi che lo prevedono ⁽⁷⁰⁾.

Non vi è dubbio, infatti, che tale istituto si ponga in netto contrasto col principio di uguaglianza tra i coniugi sancito, oltre che dalla nostra Carta costituzionale (art. 29, co. 2, Cost.), da numerosi atti sovranazionali in tema di tutela dei diritti dell'uomo.

Basti pensare all'art. 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 ⁽⁷¹⁾, secondo il quale «[i]l godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione [e dunque anche il diritto «di sposarsi e di for-

l'eventuale l'opposizione della donna, esso è tuttavia inserito in una vera e propria procedura giudiziaria, puntellata di garanzie per la donna (fra cui il pagamento di una somma di danaro da parte del marito), nella quale il giudice non si limita più a omologare l'atto notarile di ripudio. V. sul punto la dettagliata indagine di G. Silva, *La cultura giuridica familiare marocchina: analisi della normativa marocchina sulla dissoluzione del legame coniugale e sulla filiazione (Codice marocchino della famiglia del 2004)*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, 73 ss. e spec. 79 ss.

⁽⁷⁰⁾ A. Galoppini, *Il ripudio*, cit., 973.

⁽⁷¹⁾ Un accenno al problema poteva ritrovarsi forse nell'art. 9, co. 1, della Convenzione, ove la libertà di religione è delineata, fra l'altro, come «libertà di *manifestare la propria religione o credo* individualmente o collettivamente, sia in pubblico che in privato, mediante il culto, *l'insegnamento*, le pratiche e l'osservanza di riti» (disposizione sostanzialmente riprodotta nell'art. 10, co. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo).

mare una famiglia» garantito dall'art. 12 della stessa] deve essere garantito senza alcuna distinzione di sesso, [... e] di religione». E l'art. 5 del protocollo n. 7 alla Convenzione, concernente l'estensione della lista dei diritti civili e politici, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984 ⁽⁷²⁾, sancisce – in tema di *uguaglianza degli sposi* – che «[i] coniugi godranno dell'uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civilistico tra loro e nelle loro relazioni con i loro figli, in caso di matrimonio, durante il matrimonio e dopo la fine del matrimonio stesso».

In termini analoghi si esprime l'art. 23 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 19 dicembre 1966 ⁽⁷³⁾, il cui co. 4 vincola gli Stati parte a «prendere misure idonee a garantire la parità di diritti e di responsabilità dei coniugi riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e al momento del suo scioglimento». E così pure l'art. 16, co. 1, lett. c, della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979, secondo cui «[g]li Stati parte prendono tutte le misure adeguate per eliminare la discriminazione nei confronti della donna in tutte le questioni derivanti dal matrimonio e nei rapporti familiari e, in particolare, assicurano, in condizioni di parità con gli uomini [...] *gli stessi diritti e le stesse responsabilità nell'ambito del matrimonio ed all'atto del suo scioglimento*».

⁽⁷²⁾ E ratificato con l. 9 aprile 1990 n. 98.

⁽⁷³⁾ Reso esecutivo in Italia con l. 881/1977 – la stessa contenente ratifica ed esecuzione del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, adottato a New York il 16 dicembre 1966.

Del ripudio la nostra giurisprudenza si è spesse volte occupata, specialmente in passato ⁽⁷⁴⁾ e pressoché esclusivamente sotto il profilo della delibazione del relativo atto. Solo qualche anno fa la dottrina osservava come in Italia i casi giurisprudenziali andassero progressivamente diminuendo ⁽⁷⁵⁾; ma ciò che più rileva è che, a quanto consta, in tutti i casi in cui è stato chiesto il riconoscimento in Italia di un ripudio intervenuto all'estero, esso è stato negato per contrarietà all'ordine pubblico ⁽⁷⁶⁾; in altri casi, invece, al

⁽⁷⁴⁾ Il problema resta invece più che mai attuale in Francia, come si desume dall'accurata analisi di G. Silva, *Ripudio marocchino e diritto di famiglia francese*, in *Dir. imm. citt.*, 2003, 34 ss.

⁽⁷⁵⁾ Riferim. in C. Campiglio, *Il diritto*, cit., 63 ss. Tale tendenza può ad oggi trovare conferma, se si pensa che, nell'ultimo decennio, constano soltanto due pronunce di merito in materia (ultima App. Milano, 3 maggio 2010, in *Foro pad.*, 2011, I, 63 ss., con nt. di V. Santarsiere), e nessuna di legittimità.

⁽⁷⁶⁾ In particolare, o perché lesivo del principio di uguaglianza tra i coniugi, o perché intervenuto senza il vaglio di un organo giudiziario straniero. Per la prima ipotesi, v. almeno App. Roma, 29 ottobre 1948, in *Foro pad.*, 1949, I, 348 ss., con nt. di C. Martino, ove la Corte affermava, fra l'altro, che il ripudio «ripugna alla mentalità morale e giuridica dei popoli che hanno raggiunto un maggior grado di civiltà e che del matrimonio hanno un concetto etico e sociale ben più elevato di quello che ne hanno i popoli orientali», e Cass., 5 dicembre 1969, n. 3881, in *Foro it.*, 1970, I, 1977 ss. Per la seconda ipotesi, invece, v. App. Milano, 14 dicembre 1965, in *Foro pad.*, 1967, I, 510 ss., con nt. di Miele. Interessante è anche la motivazione di App. Milano, 17 dicembre 1991, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, 109 ss., la quale sottolinea «il carattere dell'istituto, umiliante per la donna ripudiata, [...] comunemente riconosciuto anche nelle società nelle quali l'istituto è

giudice italiano è stato chiesto di pronunciare lo scioglimento del matrimonio tra un'italiana e un cittadino di un Paese di diritto islamico, sicché – essendo applicabili le leggi nazionali di entrambi i coniugi in base al previgente art. 17 preleggi ⁽⁷⁷⁾ e contrastando la legge nazionale del marito con l'ordine pubblico – è stato pronunciato il divorzio secondo la legge italiana, legge nazionale della moglie ⁽⁷⁸⁾.

La dottrina non manca di criticare, in questa materia, l'atteggiamento di rigida chiusura tenuto dalla giurisprudenza italiana, osservando come, «[d]al momento che il limite dell'ordine pubblico ha la funzione di impedire la produzione in Italia – da parte di norme o sentenze straniere – di “effetti” contrari ai nostri principi fondamentali, il suo intervento dovrebbe essere vagliato caso per caso, e ammesso solo in via eccezionale. La tendenza giurisprudenziale a farlo scattare sistematicamente, ogniqualvolta si discuta di ripudio, ne tradisce la *ratio*: non è piuttosto contrario ai nostri principi tenere legata ad un matrimonio una donna che, avendo acconsentito al ripudio o addirittura avendone chiesto il riconoscimento in Italia (magari per potersi risposare), ritenga ormai irrimediabile la rottura della vita coniugale?» ⁽⁷⁹⁾.

ammesso, trovando generalmente un correttivo nel costume sociale ostile, e nel timore della reazione dei parenti della ripudiata».

⁽⁷⁷⁾ «Lo stato e la capacità delle persone e i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge dello Stato al quale esse appartengono».

⁽⁷⁸⁾ Trib. Milano, 24 marzo 1994, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, 853 ss.; Trib. Milano, 11 marzo 1995, *ivi*, 1996, 129 ss.

⁽⁷⁹⁾ Così C. Campiglio, *Il diritto*, cit., 66.

Un'altra voce ha recentemente sostenuto l'esigenza di evitare apriorismi nell'escludere il riconoscimento del ripudio, rifacendosi alle soluzioni francese e belga, che ammettono il riconoscimento allorché la rottura del vincolo coniugale sia avvenuta in presenza di specifiche condizioni (ad esempio, nel codice belga, la disponibilità anche in capo alla moglie del diritto di sciogliersi unilateralmente dal vincolo), e suggerendo di riconoscere il ripudio almeno laddove ricorrano il consenso della donna e la mancanza di un legame stretto della fattispecie con l'Italia ⁽⁸⁰⁾.

Tali istanze, in effetti, sembrano essere condivise da parte della giurisprudenza. Si registra, infatti, una pronuncia che ha ammesso la trascrizione in Italia di un ripudio pronunciato secondo il procedimento del *talaq* disciplinato dalla legge egiziana, la quale prescrive la comunicazione dell'atto alla moglie al triplice fine di informarla della decisione del marito, di dare inizio al periodo di tempo entro il quale ella non potrà risposarsi (e il marito dovrà corrisponderle un assegno di mantenimento) e di consentirle di aderire

⁽⁸⁰⁾ Cfr. in tal senso V. Petralia, *Ricongiungimento*, cit., 6, nt 25. In senso critico v. però F. Mosconi-C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. I. Parte generale e obbligazioni*⁴, Torino, 2010, 256, sulla base del fatto che il diritto internazionale privato italiano «non fornisce alcun appiglio per modulare il rigore del limite dell'ordine pubblico in relazione al più o meno elevato grado di estraneità delle fattispecie rispetto all'ordinamento italiano; sicché sembra difficile costruire in maniera logica la categoria dell'ordine pubblico attenuato [...]. Tanto più che per giustificare l'effetto attenuato dell'ordine pubblico il giudice dovrebbe dimostrare la tenuità dal collegamento tra la fattispecie e l'ordinamento italiano, esercitando a tal fine una discrezionalità ulteriore rispetto a quella insita nell'individuazione dei principi da opporre all'ingresso in Italia di valori (espressi in norme o sentenze) di altri Stati».

re o meno alla volontà del marito. In mancanza del consenso della moglie, questa ha diritto a un'indennità – calcolata in base alla situazione finanziaria del marito, alle circostanze del divorzio e alla durata del matrimonio - oltre che alla parte residua della dote. Considerato, quindi, che la legge egiziana tutela sia processualmente sia economicamente la moglie, la Corte d'appello di Cagliari ha ritenuto che «non può ritenersi sussista alcuna incompatibilità con l'ordine pubblico italiano, neppure sotto il profilo della violazione del contraddittorio», tenuto anche conto che «nel diritto civile egiziano la moglie ha un uguale diritto (unilaterale) di sciogliersi dal vincolo matrimoniale anche in mancanza del consenso del marito [...], per cui non vi sarebbe violazione neppure del principio di uguaglianza tra i generi»⁽⁸¹⁾.

D'altra parte, come pure è stato osservato, negare la rilevanza del ripudio sotto il profilo della contrarietà all'ordine pubblico, «se può essere astrattamente corretto [...], può tuttavia portare ad un risultato aberrante quale quello di creare un matrimonio claudicante [...]. Inoltre, che la moglie ripudiata sia cittadina di uno Stato di cultura europea o sia cittadina di uno Stato a legislazione islamica, ma residente in uno Stato di cultura europea, si pone il problema della tutela giuridica ed economica della donna rispetto al danno che il ripudio le arreca»⁽⁸²⁾.

I tempi appaiono dunque maturi per un ripensamento circa la questione della riconoscibilità degli effetti del ripudio all'interno del nostro ordinamento. Nel frattempo, la moglie italiana ripudiata potrebbe avvalersi dell'art. 3, n. 2, lett. e, l. 1 dicembre 1970 n. 898 (*Disciplina dei casi di*

⁽⁸¹⁾ Così App. Cagliari, 16 maggio 2008, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, 647 ss.

⁽⁸²⁾ A. Galoppini, *Il ripudio*, cit., 973.

scioglimento del matrimonio): tale disposizione sancisce infatti che «[l]o scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandato da uno dei coniugi [...] nei casi in cui [...] l'altro coniuge, cittadino straniero, ha ottenuto all'estero l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio o ha contratto all'estero nuovo matrimonio». Introdotta per ovviare al problema dei matrimoni c.d. claudicanti ⁽⁸³⁾ creati, in passato, dall'assenza in Italia di una legge sul divorzio, questa regola si è rivelata utile ai fini della disciplina di fattispecie come quella del coniuge straniero che ottenga all'estero l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio contratto con un cittadino italiano, e dunque anche nell'ipotesi di ripudio della moglie italiana da parte del marito musulmano. La norma consente quindi alla moglie di agire in giudizio per riacquistare lo stato libero e ottenere gli opportuni provvedimenti circa il mantenimento proprio e di eventuali figli e circa l'affidamento di questi ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸³⁾ Sulle prospettive del diritto francese in ordine al superamento di tale problema, v. G Silva, *Ripudio*, cit., 45 ss.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. sul punto la stessa A. Galoppini, *Il ripudio*, cit., 977 ss., che segnala peraltro il problema dell'effettività di tali provvedimenti, «collegata alla permanenza dell'ex marito in Italia [...]; se questi si trasferisse all'estero, o addirittura in uno Stato islamico, non resterebbe che invocare l'applicazione delle convenzioni internazionali sull'adempimento delle obbligazioni alimentari e sull'esecuzione delle sentenze. Ma si tratta, evidentemente, di una strada impervia, presupponendo che la convenzione in oggetto sia stata sottoscritta e ratificata dallo Stato estero de quo, che la convenzione stessa preveda strumenti efficaci, che le autorità locali intendano collaborare: condizioni difficili da realizzare nel rapporto con uno Stato islamico» (*ivi*, 979 s.).

È stato segnalato, peraltro, che «sembra azzardato considerare come avvenuto all'estero – ai fini dell'applicazione della suddetta prescrizione della legge del 1970 – il ripudio effettuato davanti ad un'autorità religiosa islamica in Italia (ripudio che del resto non potrebbe produrre effetti diretti, a causa della [...] riserva di giurisdizione a favore del giudice italiano in ordine allo scioglimento del matrimonio)»⁽⁸⁵⁾.

9. *(Segue.) Efficacia (indiretta) del ripudio in ordine al permesso di soggiorno.*

Un limitato effetto indiretto del ripudio avvenuto all'estero si può avere con riferimento al permesso di soggiorno rilasciato per ricongiungimento familiare, influenzando le vicende familiari della straniera sulla stabilità o sul rinnovo di questo.

Com'è noto, ai sensi dell'art. 5, co. 4, d. lgs. 286/1998, il rinnovo del permesso di soggiorno è concesso, di regola, per una durata non superiore a quella stabilita con rilascio iniziale, e – come oggi dispone il co. 3-*sexies* della medesima disposizione – nei casi di ricongiungimento familiare la durata del permesso di soggiorno non può essere superiore a due anni. Il rinnovo, naturalmente, è soggetto alla ricorrenza degli stessi requisiti cui è subordinato il rilascio iniziale; ne consegue che, come dispone il co. 5 dell'articolo in esame, di regola «[i]l permesso di soggiorno o il suo rinnovo

⁽⁸⁵⁾ Così G. Campiglio, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, 38. Sulla localizzazione dell'atto di ripudio, v. *amplius* A. Galoppini, *Il ripudio*, cit., 983 ss.

sono rifiutati e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso è revocato, quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato».

Un ultimo periodo, però, è stato aggiunto allo stesso co. 5 nel 2007 ⁽⁸⁶⁾, secondo cui, «[n]ell'adottare il provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'articolo 29, *si tiene anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale*». È stata così esplicitata la regola che la dottrina già aveva ritenuto implicita nel riferimento, di cui all'art. 29, co. 1, lett. *a*, d. lgs. 286/1998, al «coniuge non legalmente separato»: riferimento che si era ritenuto «esprime[re], con la terminologia giuridica 'occidentale', quella stessa esigenza di unità familiare che con il ripudio è, sia pure *ex uno latere*, venuta meno» ⁽⁸⁷⁾.

In caso di ripudio, pertanto, la rottura dell'unità familiare che questo inevitabilmente provoca sul piano dei fatti, a prescindere dalla sua produttività di effetti giuridici in Italia, dovrà essere presa in considerazione al fine di

⁽⁸⁶⁾ Ad opera dell'art. 2, co. 1, lett. *b*, n. 1, d. lgs. 8 gennaio 2007, n. 5 (*Attuazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare*).

⁽⁸⁷⁾ Così A. Galoppini, *Il ripudio*, cit., 989, ove si legge anche che «[s]i tratterebbe [...] di un effetto indiretto del ripudio, riconducibile alla casistica del c.d. ordine pubblico attenuato, o, comunque, ai casi in cui l'eccezione di ordine pubblico è valutata con minor rigore».

decidere in ordine all'efficacia o al rinnovo del permesso di soggiorno. Tuttavia, lo sfavorevole influsso del ripudio sul permesso rilasciato a fini di ricongiungimento potrà essere posto nel nulla grazie all'opportunità concessa dall'art. 30, co. 5, d. lgs. 286/1998: afferma, infatti, tale disposizione che, «[i]n caso di morte del familiare in possesso dei requisiti per il ricongiungimento e in caso di separazione legale o di scioglimento del matrimonio [...], il permesso di soggiorno può essere convertito in permesso per lavoro subordinato, per lavoro autonomo o per studio». Sarà quindi possibile che la moglie straniera ripudiata, trovata una nuova ragione di permanenza, ottenga la conversione del proprio permesso di soggiorno, passando, «in sostanza, [...] dalla condizione di casalinga a quella di lavoratrice extradomestica, secondo un percorso di autonomia già praticato, e ormai radicato, dalle donne di cultura europea» ⁽⁸⁸⁾.

10. *Centralità del concetto di ordine pubblico.*

Si è potuto osservare, nel corso delle pagine precedenti, il fondamentale ruolo rivestito, nella considerazione delle questioni prese in esame, dal riferimento all'ordine pubblico.

È noto come questa clausola generale «costituisc[a] il limite tradizionale all'applicazione della legge richiamata dalle norme di diritto internazionale privato» ⁽⁸⁹⁾, avendo «la funzione di evitare l'inserimento nel diritto interno di valori giuridici stranieri contrastanti con i principi fondamentali del no-

⁽⁸⁸⁾ Sono parole di A. Galoppini, *Il ripudio*, cit., 989.

⁽⁸⁹⁾ Così T. Ballarino, *Diritto internazionale privato*², Padova 1996, 288.

stro ordinamento giuridico»⁽⁹⁰⁾. L'ordine pubblico, come già accennato, è tradizionalmente distinto in ordine pubblico internazionale – formato da principî che debbono sempre trovare osservanza, quantunque il rapporto sia soggetto alla legge straniera – e interno – il quale, nelle fattispecie soggette alla legge italiana, costituisce un limite all'autonomia negoziale⁽⁹¹⁾.

Con riferimento all'applicazione del limite dell'ordine pubblico internazionale, si è osservato da tempo come il contrasto tra la legge straniera e i principî del diritto interno debba essere valutato non già in astratto, ma con specifico riferimento agli effetti che l'applicazione della prima produrrebbe nel caso concreto⁽⁹²⁾. E proprio sotto tale profilo occorre valutare «il grado d'intensità della partecipazione della fattispecie concreta alla vita della comunità statale»⁽⁹³⁾: così, «il giudice davanti al quale si controverte su un diritto che ha la sua fonte in un atto compiuto all'estero, non deve preoccuparsi se l'atto in sé o uno dei suoi effetti sia tale da violare l'ordine pubblico locale; poiché gli si chiede solo di sanzionare un effetto particolare di quest'atto, egli deve solo valutare se questo effetto sia compatibile o meno con il suo ordine pubblico»⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹⁰⁾ *Ibid.*

⁽⁹¹⁾ Si veda ancora, per tale distinzione, *ivi*, 290, nonché G. Contaldi, *Ordine pubblico*, in *Diritto internazionale privato*, a c. di Baratta, nei *Dizionari Irti*, Milano, 2010, 273 ss.

⁽⁹²⁾ *Ibid.*

⁽⁹³⁾ Così G. Barile, *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1119.

⁽⁹⁴⁾ A. Galoppini, *Ricongiungimento*, cit., 749, con riferim. *sub* nt. 37.

Si fa qui riferimento alla già menzionata dottrina dell'effetto attenuato dell'ordine pubblico ⁽⁹⁵⁾, in base alla quale, per esempio, sarebbe necessario, in caso di matrimonio poligamico, individuare quali dei suoi effetti sono accettabili e quali no per l'ordinamento al quale se ne richiede il riconoscimento (così escludendone, in ipotesi, gli effetti personali e accogliendone invece quelli patrimoniali). È su questa strada che, previa individuazione di un insieme di principî mediante il quale concretare il concetto di ordine pubblico familiare, sembra doversi muovere il giurista chiamato a risolvere i problemi posti dal contatto fra istituti alieni di diritto di famiglia e ordinamento italiano.

11. *La Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione come ausilio per la ricostruzione di un concetto di ordine pubblico familiare.*

Ai fini della ricostruzione di un concetto di ordine pubblico familiare, può essere utile oggi guardare, oltreché alle norme primarie e sovranazionali, alle statuizioni contenute nella recente *Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione*, approvata con decreto del Ministero dell'interno ⁽⁹⁶⁾ del

⁽⁹⁵⁾ Sulle cui origini v. ancora, anche per riferim. alla dottrina francese, A. Galoppini, *Ricongiungimento*, cit., 749 ss.

⁽⁹⁶⁾ Si ricordi, che, fra le attribuzioni di questo Ministero, l'art. 14, co. 2, lett. d, d. lgs. 30 luglio 1999, n. 300 (recante la *Riforma dell'organizzazione del Governo*) menziona «le funzioni e i compiti di spettanza statale» relativi alla «tutela dei diritti civili, ivi compresi quelli delle confessioni religiose, di cittadinanza, immigrazione e asilo».

23 aprile 2007 ⁽⁹⁷⁾). La Carta, che costituisce un documento programmatico per l'azione del Ministero dell'Interno, può considerarsi sotto altro aspetto una *summa* delle posizioni assunte dal nostro ordinamento nei confronti delle minoranze culturali presenti in Italia e, dunque, un fonte cui attingere per l'enucleazione di principi idonei a fungere da guida nella soluzione dei contrasti che il contatto con tali realtà è suscettibile di creare col diritto interno ⁽⁹⁸⁾.

Il documento in parola rappresenta il frutto di un progetto di studio avviato nel 2006 dall'allora ministro Giuliano Amato, nell'ambito di un più ampio piano di iniziative per l'integrazione e la coesione sociale ⁽⁹⁹⁾, con l'obiettivo di «enucleare i valori e i principi validi per tutti coloro che desiderano risiedere stabilmente in Italia, di qualsiasi gruppo o comunità facciano parte, di natura culturale, etnica o religiosa» ⁽¹⁰⁰⁾. Essa è stata redatta

⁽⁹⁷⁾ Pubblicato nella G.U. del 15 giugno 2007, n. 137.

⁽⁹⁸⁾ A proposito della Carta, in dottrina, v. almeno C. Cardia, *Carta*, cit., 637 ss.; N. Colaianni, *Una «carta»*, cit., 637 ss. Singolare è l'affermazione di quest'ultimo A. circa il valore della Carta, la cui funzione è ritenuta, «in campo sociale e religioso, [...] assimilabile a quella delle Carte dei servizi, volte a rendere effettivo [...] e a “garantire il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati”» (*ivi*, 641).

⁽⁹⁹⁾ Ulteriori e più dettagliate informazioni sono disponibili al sito internet <http://www.interno.gov.it/>.

⁽¹⁰⁰⁾ Sono parole tratte dal sito ufficiale del Ministero (si veda, in particolare, la pagina all'indirizzo http://www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampa/notizie/mmigrazione/2007_04_23_app_La_Carta_dei_valori_della_cittadinanza_e_dellintegrazione.html)

da un comitato scientifico composto da docenti universitari ed esponenti della pubblica amministrazione, i quali hanno svolto ampie consultazioni con associazioni e organizzazioni operanti nei campi dell'immigrazione, religioso, sociale, sindacale e del volontariato, nonché coi componenti della Consulta per l'Islam italiano ⁽¹⁰¹⁾ e della Consulta giovanile per le questioni relative al pluralismo culturale e religioso ⁽¹⁰²⁾, esperti ed esponenti delle istituzioni.

⁽¹⁰¹⁾ Si tratta di un organismo consultivo del Ministero dell'Interno istituito con d.m. 10 settembre 2005 (pubblicato nella G.U. del 26 ottobre 2005, n. 250), che «svolge i compiti di ricerca e approfondimento indicati dal Ministro dell'interno, elaborando studi e formulando al Ministro dell'interno pareri e proposte, al fine di *favorire il dialogo istituzionale con le comunità mussulmane d'Italia, migliorare la conoscenza delle problematiche di integrazione allo scopo di individuare le più adeguate soluzioni per un armonico inserimento delle comunità stesse nella società nazionale*, nel rispetto della Costituzione e delle leggi della Repubblica» (art. 1, co. 2). Possono essere componenti della Consulta, ai sensi dell'art. 2, co. 1, del citato decreto, «persone di cultura e religione islamica che, per la loro esperienza, possano offrire qualificati apporti alla trattazione dei temi di interesse del collegio, nella convinta adesione ai valori e principi dell'ordinamento repubblicano; studiosi ed esperti».

⁽¹⁰²⁾ Organismo istituito con decreto del 15 dicembre 2006 del Ministro per le Politiche giovanili e per le attività sportive di concerto con il Ministro dell'Interno, che «svolge i compiti di ricerca e approfondimento indicati dal Ministro per le Politiche Giovanili e le Attività Sportive, d'intesa con il Ministro dell'Interno, elaborando studi e formulando proposte, al fine di migliorare la conoscenza delle problematiche di integrazione delle diverse componenti religiose e culturali presenti in Italia, e di individuare le più adeguate soluzioni per un armonico inserimento delle stesse nella società nazionale, nel rispetto

La Carta è dichiaratamente «ancorata [...] alla Costituzione italiana e alle Carte europee e internazionali sui diritti umani, [...] e intende rappresentare uno strumento utile per i soggetti dell'immigrazione, per le comunità religiose, per i cittadini italiani, soprattutto i giovani, per diffondere una migliore conoscenza dei problemi dell'immigrazione e della libertà religiosa»⁽¹⁰³⁾. Sotto il profilo della struttura, essa si compone di un preambolo (intitolato a *L'Italia, comunità di persone e di valori*) e di un articolato (31 artt. in tutto) suddiviso in sei sezioni.

Nel preambolo si fa riferimento alle radici greco-romane della cultura italiana, alla sua evoluzione «nell'orizzonte del cristianesimo che ha permeato la sua storia e, insieme con l'ebraismo, ha preparato l'apertura verso la modernità e i principi di libertà e di giustizia», e ai valori di una Costituzione «fondata sul rispetto della dignità umana ed [...] ispirata ai principi di libertà ed eguaglianza validi per chiunque si trovi a vivere sul territorio ita-

della Costituzione e delle leggi della Repubblica» (art. 1, co. 4). Ai sensi dell'art. 2, co. 1, «[s]ono chiamati a far parte della Consulta giovanile, in qualità di componenti, esponenti delle giovani generazioni appartenenti a diverse religioni e culture presenti nella società italiana». Ulteriori e più dettagliate informazioni su tale organismo sono disponibili al sito internet <http://www.interno.gov.it/>.

⁽¹⁰³⁾ Sono ancora parole tratte dal sito ufficiale del Ministero. Si vedano (alla pagina internet http://www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampa/notzie/immigrazione/2007_04_23_Carta_dei_valori_della_cittadinanza_e_dell'integrazione.html) anche le affermazioni dell'allora ministro Amato sul valore non vincolante della Carta, la quale «potrebbe accompagnare il processo d'integrazione e il percorso per la cittadinanza degli immigrati», nel nome di un multiculturalismo «non [...] acritico, ma [...] ricondotto a principi ben saldi e, proprio perché aperti, ancor più vincolanti [*sic*]».

liano». Si sottolinea, inoltre, come «[l]a posizione geografica dell'Italia, la tradizione ebraico-cristiana, le istituzioni libere e democratiche che la governano, [siano] alla base del suo atteggiamento di accoglienza verso altre popolazioni».

La prima sezione della Carta, dedicata a *Dignità della persona, diritti e doveri*, si compone di cinque articoli. Essi sanciscono l'universalità dei diritti fondamentali, dei quali lo Stato assicura il godimento ad «ogni persona sin dal primo momento in cui si trova sul territorio italiano [...], senza distinzione di sesso, etnia, religione, condizioni sociali» ⁽¹⁰⁴⁾. Per converso, si afferma che «ogni persona che vive in Italia deve rispettare i valori su cui poggia la società, i diritti degli altri, i doveri di solidarietà richiesti dalle leggi» ⁽¹⁰⁵⁾. Inoltre, nel riaffermare il principio di uguaglianza formale e sostanziale di cui all'art. 3 Cost. ⁽¹⁰⁶⁾, si conferma l'estensione «a tutti gli immigrati» dei diritti di libertà e dei diritti sociali riconosciuti dall'ordinamento italiano, fra cui vengono espressamente menzionati i diritti alla vita, alla salute e all'istruzione ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ Così l'art. 1.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibid.*

⁽¹⁰⁶⁾ V. art. 2. L'art. 4 vieta, in particolare, ogni discriminazione in base al sesso, affermando che «[l]'uomo e la donna hanno pari dignità e fruiscono degli stessi diritti dentro e fuori la famiglia»; un divieto di segregazione sessuale nei campi del lavoro e dei servizi pubblici è inoltre contenuto nell'art. 19, secondo periodo. Più in generale, espressi divieti di discriminazione in ambiti diversi sono contenuti, fra l'altro, negli artt. 13, 15 e 20.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. art. 3.

Ai diritti sociali sono dedicate la seconda e la terza sezione della Carta, laddove si affermano anzitutto il diritto al lavoro – unitamente alla condanna di «ogni forma di sfruttamento umano, in modo particolare quello delle donne e dei bambini» ⁽¹⁰⁸⁾ – e il diritto alla salute, in uno con quello all'integrità fisica. L'art. 9, infatti, dopo aver sancito il diritto di «[c]ittadini e immigrati [...] ad essere curati nelle strutture pubbliche [...] nel rispetto della volontà della persona, della sua dignità, e tenendo conto della sensibilità di ciascuno», stabilisce che «[è] punita ogni mutilazione del corpo, non dovuta a esigenze mediche, da chiunque provocata».

Si passa poi a considerare il diritto-dovere dei fanciulli di frequentare la scuola dell'obbligo ⁽¹⁰⁹⁾, strumento di inserimento nella società mediante un «insegnamento [...] diretto alla formazione della persona» ⁽¹¹⁰⁾ e «impartito nel rispetto delle opinioni religiose o ideali dei ragazzi e delle famiglie», il quale sia tale da «promuove[re] la conoscenza e l'integrazione tra tutti i ragazzi, il superamento dei pregiudizi, e la crescita comune dei giovani evitando divisioni e discriminazioni» ⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Art. 6. Al lavoro e alla previdenza sociale sono dedicati pure gli artt. 7 e 8.

⁽¹⁰⁹⁾ V. art. 11.

⁽¹¹⁰⁾ Art. 12.

⁽¹¹¹⁾ Art. 13, donde è tratta anche la precedente citazione. Può qui ricordarsi l'affermazione, contenuta nell'art. 25 della Carta, secondo cui «è giusto educare i giovani a rispettare le convinzioni religiose degli altri, senza vedere in esse fattori di divisione degli esseri umani».

La quarta sezione è dedicata alla famiglia ⁽¹¹²⁾ e si apre col richiamo alla nozione di cui all'art. 29 Cost. e col riferimento al concetto di *educazione familiare* intesa come «strumento necessario per la crescita delle nuove generazioni» ⁽¹¹³⁾. L'art. 17 afferma, in via generale, la «eguaglianza di diritti e di responsabilità tra marito e moglie», che necessariamente connota il matrimonio, e la «struttura monogamica» di questo ⁽¹¹⁴⁾. Passando attraverso l'affermazione del ripudio di «ogni forma di coercizione e di violenza dentro e fuori la famiglia» e della necessaria «tutela la dignità della donna in tutte le sue manifestazioni e in ogni momento della vita associativa», l'art. 18 riconosce quale «[b]ase dell'unione coniugale [...] la libertà matrimoniale che spetta ai giovani, e comporta il divieto di coercizioni e di matrimoni forzati, o tra bambini» ⁽¹¹⁵⁾.

Strettamente connessa a quest'ultima disposizione è quella dell'art. 19, relativa alla «tutela [del]la libertà dei minori nello sviluppo della propria

⁽¹¹²⁾ Deve osservarsi, tuttavia, che la famiglia è presa in considerazione anche dall'art. 10, il quale impegna lo Stato a far sì che «tutti possano fruire di una abitazione adeguata ai bisogni della propria famiglia e a costi ragionevoli».

⁽¹¹³⁾ Art. 16.

⁽¹¹⁴⁾ La disposizione prosegue con la considerazione che «[l]a monogamia unisce due vite e le rende corresponsabili di ciò che realizzano insieme, a cominciare dalla crescita dei figli. L'Italia proibisce la poligamia come contraria ai diritti della donna, in accordo anche con i principi affermati dalle istituzioni europee».

⁽¹¹⁵⁾ Ferma restando la necessaria libertà del consenso nuziale, può qui ricordarsi l'affermazione, contenuta nell'art. 24 della Carta, secondo cui, «[p]er la legge dello Stato, la differenza di religione e di convinzione non è di ostacolo alla celebrazione del matrimonio».

personalità» e contenente il totale ripudio di ogni forma di segregazione sessuale: «[i]l principio di eguaglianza non è conciliabile con le pretese di separare, a motivo dell'appartenenza confessionale, uomini e donne, ragazzi e ragazze, nei servizi pubblici e nell'espletamento delle attività lavorative».

La quinta sezione della Carta riguarda i temi della *laicità* e della *libertà religiosa*, e si apre con l'affermazione della laicità dello Stato, «fondato sul riconoscimento della piena libertà religiosa *individuale e collettiva*» ⁽¹¹⁶⁾. Corollario di tale principio è quello, sancito dall'art. 21, dell'eguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose, delle quali «[l]o Stato laico riconosce il contributo positivo che [esse] recano alla collettività [...]». L'Italia favorisce il dialogo interreligioso e interculturale per far crescere il rispetto della dignità umana, e contribuire al superamento di pregiudizi e intolleranza».

Un punto fermo è però fissato dall'art. 22, secondo cui «[i] principi di libertà e i diritti della persona non possono essere violati nel nome di alcuna religione. È esclusa ogni forma di violenza, o istigazione alla violenza, comunque motivata dalla religione». È così sancita la generale prevalenza dei diritti di libertà e della persona (alla libertà personale, alla manifestazione del pensiero, ecc.) sulla libertà di culto e di esercizio del culto ⁽¹¹⁷⁾. Nel medesimo articolo è inoltre specificato che «[l]a legge, civile e penale, è eguale per tutti, a prescindere dalla religione di ciascuno, ed unica è la giu-

⁽¹¹⁶⁾ Art. 20.

⁽¹¹⁷⁾ Si tratta, d'altra parte, di un principio ormai del tutto pacifico. Nel senso che «[i]n caso di contrasto tra valori quello sommo della necessità di tutela della persona umana [...] deve senz'altro prevalere» v. L. Musselli, in L. Musselli-V. Tozzi, *Manuale di diritto ecclesiastico. La disciplina giuridica del fenomeno religioso*, Roma-Bari, 2000, 152.

risdizione dei tribunali per chi si trovi sul territorio italiano»⁽¹¹⁸⁾. Strettamente collegata a tale disposizione è quella dell'art. 23, la quale – dopo una

⁽¹¹⁸⁾ In tale affermazione, apparentemente ripetitiva di principi costituzionali e sostanzialmente pleonastica, potrebbe forse ritrovarsi una implicita ma chiara presa di posizione dei compilatori della Carta circa il problema dei c.d. reati culturalmente motivati e della c.d. scriminante (o attenuante) culturale.

V. sul punto, in dottrina, F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010; Id., *Società multiculturali, immigrazione e reati 'culturalmente motivati' (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1323 ss.; A. Bernardi, *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006; Id., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010; C. de Maglie, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in *Studi Marinucci*, I, Milano, 2006, 215 ss.; Id., *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1088 ss., ove l'A. parla della crisi dell'assioma dell'unità del soggetto del diritto, sul quale il diritto penale moderno è tradizionalmente fondato, indotta dal sorgere di conflitti di culture (di gruppo e non individuali) e di fronte alla quale appaiono possibili tre modelli di diritto penale: un modello *assimilazionista*, del tutto insensibile alla diversità culturale; un modello *multiculturale forte* (di cui sarebbe emblematico l'istituto anglosassone della *cultural defense*, che può addirittura escludere la responsabilità penale del *cultural offender*), completamente aperto alle culture diverse da quella di riferimento e, quindi, estraneo alla logica della integrazione; un modello intermedio o *multiculturale debole*, sensibile alle pretese di riconoscimento emergenti dalle culture minoritarie pur restando all'interno delle categorie penalistiche tradizionali.

Per una prima rassegna della recente giurisprudenza italiana sul punto, può rinviarsi a S. Rossi, *Maltrattamenti in famiglia e scriminante culturale*, consultabile all'indirizzo in-

sostanziale riaffermazione dei principî consacrati dall'art. 19 Cost. – afferma che «ciascuno può adempiere alle prescrizioni religiose purché non contrastino con le norme penali e con i diritti degli altri».

L'art. 26, con una disposizione relativa tanto alla libertà personale quanto a quella di esercizio (anche non strettamente rituale) del culto, afferma che «[i]n Italia non si pongono restrizioni all'abbigliamento della persona, purché liberamente scelto, e non lesivo della sua dignità». A questo principio, tuttavia, si accompagna la precisazione che «[n]on sono accettabili forme di vestiario che coprono il volto perché ciò impedisce il riconoscimento della persona e la ostacola nell'entrare in rapporto con gli altri»: a prescindere dal carattere vagamente etico di quest'ultima ragione, la dispo-

ternet <http://www.personaedanno.it/aspetti-penali/maltrattamenti-in-famiglia-e-scriminante-culturale-cass-pen-12089-2012>.

Può richiamarsi a questo proposito l'art. 42 della già citata Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, adottata a Istanbul l'11 maggio 2011. Questa disposizione enumera talune ipotesi di giustificazione inaccettabile dei reati previsti dalla Convenzione stessa: è infatti stabilito che le Parti non possano attribuire valore scusante, in relazione a tali reati, ad elementi quali «la cultura, gli usi e costumi, la religione, le tradizioni o il cosiddetto “onore”», specificando che «rientrano in tale ambito, in particolare, le accuse secondo le quali la vittima avrebbe trasgredito norme o costumi culturali, religiosi, sociali o tradizionali riguardanti un comportamento appropriato» (co. 1). Né, ai sensi della Convenzione, hanno valore scriminante o attenuante eventuali rapporti particolari tra le parti (si pensi al coniugio o alla parentela): l'art. 43, infatti, stabilisce che i reati previsti dalla Convenzione stessa si configurano «a prescindere dalla natura del rapporto tra la vittima e l'autore del reato».

sizione è in linea con l'art. 5, l. 22 maggio 1975, n. 152 (recante *Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico*), il quale vieta, al co. 1, «l'uso di caschi protettivi, o di *qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona*, in luogo pubblico o aperto al pubblico, *senza giustificato motivo*»⁽¹¹⁹⁾.

La Carta si chiude con una serie di disposizioni contenute nella sesta ed ultima sezione, dedicata all'*impegno internazionale dell'Italia* nel campo della «politica di pace e di rispetto di tutti i popoli»⁽¹²⁰⁾, contenenti la ferma condanna di «ogni tendenza razzista che vuole dividere gli uomini e umiliare i più deboli»⁽¹²¹⁾. L'art. 31 sigilla il documento con l'affermazione dell'impegno internazionale dell'Italia «per promuovere ovunque il rispetto della dignità e dei diritti umani, e per favorire l'affermazione della democrazia politica, come forma di Stato che consente la partecipazione dei cittadini al governo della cosa pubblica e il rispetto crescente dei diritti della persona».

⁽¹¹⁹⁾ L'affermazione della Carta vale evidentemente a escludere anche sul piano sistematico che l'esercizio del culto attraverso il vestiario possa costituire *giustificato motivo* ai sensi dell'art. 5, co. 1, l. 152/1975.

⁽¹²⁰⁾ Art. 27.

⁽¹²¹⁾ Art. 28, ove è sancito anche il rifiuto da parte dell'Italia di «tutte le manifestazioni di xenofobia che si esprimono di volta in volta nella islamofobia o in pregiudizi verso popolazioni che vengono da altre parti del mondo».

CAPITOLO III

LA TUTELA DEI MINORI MEDIANTE *KAFALAH* IN RAPPORTO
ALL'ORDINAMENTO ITALIANO

SOMMARIO: 1. La *kafalah* di diritto islamico: lineamenti. – 2. Il problema del riconoscimento della *kafalah* come forma di adozione. La Convenzione dell'Aja. – 3. L'attuale disciplina dell'adozione di minori stranieri. – 4. (Segue.) Il riconoscimento in Italia delle adozioni pronunciate in altri Paesi. – 5. La possibilità di riconoscere in Italia la *kafalah* come affidamento preadottivo o adozione legittimante. – 6. (Segue.) Il richiamo all'efficacia diretta di cui all'art. 27 della Convenzione dell'Aja. – 7. La riconoscibilità della *kafalah* come adozione non legittimante. – 8. La procedura. Prima possibilità: l'applicabilità della l. 184/1983. – 9. (Segue.) Seconda possibilità: l'applicabilità della l. 218/1995. – 10. *Kafalah* e ricongiungimento familiare. Le prime pronunce di merito. – 11. La giurisprudenza della Cassazione in tema di *kafalah*. L'orientamento favorevole al ricongiungimento familiare di minori affidati mediante *kafalah*. – 12. La giurisprudenza di merito successiva alle prime pronunce di legittimità. – 13. (Segue.) Rischi di aggiramento della normativa interna sulle adozioni: due casi a confronto. – 14. (Segue.) L'orientamento contrario al ricongiungimento di minori stranieri affidati

in *kafalah* con cittadini italiani. – 15. (Segue.) Compatibilità del provvedimento straniero con l'ordine pubblico interno. – 16. L'intervento delle Sezioni Unite.

1. *La kafalah di diritto islamico: lineamenti.*

Nei Paesi di diritto islamico, la cui legislazione positiva è direttamente ispirata ai precetti coranici ⁽¹⁾, non esiste rapporto di filiazione diverso dal legame biologico di discendenza derivante da un congiungimento lecito ⁽²⁾. Il concepimento al di fuori del matrimonio è illecito e non produce effetti giuridici rispetto al padre ⁽³⁾, essendo del tutto inammissibile la dichiara-

⁽¹⁾ Per una sintesi in ordine ai più rilevanti principi del diritto islamico, v. F. Castro, *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1990, 1 ss.; Id., *Diritto musulmano*, in *Dig. IV civ.*, IV, Torino, 1990, 284. Per il diverso grado d'influenza dell'Islam sulle legislazioni positive, v. K. Dilger, *Tendenze dello sviluppo del diritto*, in AA.VV., *L'Islam oggi* (trad. it.), Bologna, 1991, 253 ss.

⁽²⁾ Cfr. G. Vercellin, *Istituzioni del mondo musulmano*, Torino, 1996, 138, il quale precisa che, nella *shari'a*, il matrimonio rappresenta «l'esercizio legittimo dell'eros» e, come tale, è «condizione consigliata ed obbligatoria per i credenti». L'A. sottolinea come il matrimonio – che pure «rende leciti i rapporti tra uomo e donna» – nell'impostazione coranica sia un mero contratto di diritto civile. Per una più ampia panoramica, v. R. Aluffi Beck-Peccoz, *Le leggi del diritto di famiglia negli Stati Arabi del Nord Africa*, Torino, 1997, 7.

⁽³⁾ La questione è già stata affrontata e risolta dalla nostra giurisprudenza: v. Cass., 28 dicembre 2006, n. 27592, in *Fam. e dir.*, 2007, 1113 ss., ove è precisato che «[i]l diritto alla acquisizione dello *status* di figlio naturale a chiunque sia stato concepito, indipen-

zione giudiziale di paternità⁽⁴⁾; soltanto nei confronti della madre è riconosciuta la filiazione naturale. La generazione biologica è dunque condizione necessaria e sufficiente per stabilire il rapporto di filiazione tra madre e figlio, mentre, per creare lo stesso rapporto tra padre e figlio, è anche necessario che il bambino sia nato da un congiungimento lecito⁽⁵⁾.

La *shari'a*⁽⁶⁾, inoltre, vieta l'adozione (*tabanni*)⁽⁷⁾, considerata alla stregua di un artificioso legame giuridico creato dall'uomo ed espressamen-

dentemente dalla natura della relazione tra i genitori, costituisce un limite generale all'applicazione della legge straniera».

⁽⁴⁾ Cfr. M. Orlandi, *La kafala islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 637 ss.

⁽⁵⁾ La distinzione tra figli naturali e figli legittimi è del tutto ignota al diritto islamico: v. R. Aluffi Beck-Peccoz, *Le leggi*, cit., 7. Cfr., in proposito, la legge algerina del 19 giugno 1984, artt. 116-125, nonché l'art. art. 46 del codice del diritto di famiglia algerino, adottato nel 1984.

⁽⁶⁾ Cfr. A. Bausani, *L'Islam*, Milano, 1991, 48 ss.; F. Caputo, *Introduzione al diritto islamico. I concetti generali. Il matrimonio e la famiglia. Le successioni*, I, Torino, 1990, 99 ss.; T. Fahd, *Islam e sette islamiche*, in T. Fahd-A. Bausani, *Storia dell'Islamismo*, a cura di H.-C. Puech, Milano, 1993. Come chiarito da R. David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1980, 401, «[i]l diritto musulmano non costituisce [...] una branca autonoma della scienza. Non è altro che uno dei volti della religione dell'Islam. Tale religione contiene in sé, da una parte, una teologia, che fissa i dogmi e stabilisce ciò che il musulmano deve credere, e, d'altra parte, un settore, il *shar*, che prescrive ai credenti ciò che devono o non devono fare».

⁽⁷⁾ L'istituto dell'adozione è sconosciuto al diritto islamico: v. R. Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. e*

te esclusa dai testi sacri ⁽⁸⁾, i quali, in un sistema giuridico di matrice islamica, assurgono al ruolo di fonti del diritto ⁽⁹⁾ e trovano conferma nelle le-

dir., 2009, 204. Fanno eccezione la legge irachena, che parifica il figlio adottato al figlio legittimo, e la previsione normativa con cui la Tunisia ha recepito il modello legale di adozione francese, intesa come strumento di aiuto dell'infanzia e, pertanto, circoscritta ai soli minori: v. K. Dilger, *Tendenze*, cit., 260, nt. 19; J. Long, *Ordinamenti giuridici occidentali, kafalah e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 177, la quale aggiunge all'elenco dei Paesi di tradizione islamica che ammettono forme di adozione anche Turchia, Somalia e Indonesia.

⁽⁸⁾ XXXIII 4-5 («Dio non pone due cuori nel petto di un uomo, così come non fa delle vostre madri delle spose che voi potete ripudiare per l'assimilazione del vostro rapporto all'incesto; allo stesso modo non fa vostri i figli che adottate, essi lo saranno solamente nelle vostre parole, in quelle che escono dalla vostra bocca, quando in realtà è solo Dio a dire il vero e guidarvi sul cammino»); sul significato di tali versi, v. E. Rude-Antoine, *Adopter un enfant à l'étranger*, Parigi, 1999, 99; R. Aluffi Beck-Peccoz, *Le leggi*, cit., 7; sulle origini del divieto, v., ancora, E. Rude-Antoine, *Adopter un enfant*, cit., 123.; quanto, invece, alla *ratio* del divieto, J. Long, *Ordinamenti*, cit., 175 ss., evidenzia che l'Islam considera la famiglia come un'istituzione di origine divina.

⁽⁹⁾ Come chiarito da R. David, *I grandi sistemi*, cit., 402, «[i]l Corano costituisce incontestabilmente la prima fonte del diritto musulmano». In altri Paesi islamici, come l'Algeria, la *Shari'a* si applica solamente quando risultino assenti norme specifiche: v., sul punto, N. Younsi Haddad, *La kafalah en droit algérien*, in *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, a cura di J. Pousson-Petit, Toulouse, 1997, 129 ss.

gislazioni nazionali di diversi Stati ⁽¹⁰⁾. Non mancano, peraltro, sistemi giuridici di diritto islamico ove la normativa in materia di adozioni è più tollerante ⁽¹¹⁾; una fondamentale ostilità nei confronti delle adozioni internazionali è però comunque evidente ⁽¹²⁾, trattandosi, in ogni caso, di rapporti non equiparabili alla procreazione, determinata dal solo volere divino ⁽¹³⁾.

L'assenza di meccanismi capaci di fondare giuridicamente un rapporto di filiazione "artificiale" non comporta, peraltro, che i minori rimasti privi dei genitori, o che comunque si trovino in una situazione di abbandono, siano

⁽¹⁰⁾ V., ad esempio, la legge algerina del 19 giugno 1984, art. 46, la quale dispone che «[l']adoption (tabeni) est interdite par la Chari'a et la loi».

⁽¹¹⁾ Ad esempio, in Tunisia, la l. 4 marzo 1958 e la l. del 29 novembre 1991 ammettono l'adozione. Per approfondimenti sulla normativa tunisina, v. A. Bel Haj Hamouda, *La recherche d'une autre famille: la famille nourricière. Cas du droit tunisien*, in *L'enfant et les familles nourricières*, cit., 405; v., inoltre, J. Long, *Ordinamenti*, cit., 177.

⁽¹²⁾ Ad esempio, la legge tunisina n. 91-92 del 29 novembre 1991, che ammette l'adozione, non dice nulla sulle adozioni internazionali, ma comunque prescrive che gli adottanti professino la religione islamica (v. E. Rude-Antoine, *Adopter un enfant*, cit., 124).

⁽¹³⁾ Si rinvia sul punto a J. Long, *Il ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 1835 s., la quale richiama la tesi dottrinale che ravvisa nel divieto sancito dal Corano la finalità di interrompere i legami tribali caratteristici della organizzazione sociale nell'Arabia preislamica. Il nuovo messaggio profetico intendeva, infatti, sostituire al vincolo di fedeltà alla medesima tribù – che si rafforzava e perpetuava proprio per effetto delle adozioni – il senso di appartenenza alla comunità islamica a vocazione universale (*Umma*), caratterizzata dall'unità di fede: cfr., per il concetto di *Umma*, A. Cilardo, *La comunità islamica*, in AA.VV., *L'Islam oggi*, cit., 17 ss.

lasciati privi di ogni tutela. Il diritto islamico, infatti, conosce un istituto volto a garantire protezione ai minori orfani, abbandonati o comunque privi di un ambiente familiare idoneo alla loro crescita: si tratta della *kafalah* ⁽¹⁴⁾, istituto ispirato al principio coranico per cui ciascun mussulmano è tenuto ad aiutare i bisognosi e, in particolar modo, gli orfani ⁽¹⁵⁾, in forza del quale un adulto mussulmano o una coppia di coniugi ⁽¹⁶⁾ ottiene la custodia del minore in stato di abbandono, che non sia stato possibile affidare alle cure dei parenti ⁽¹⁷⁾. La disciplina dell'istituto assume connotazioni specifiche in ciascun diverso ordinamento islamico; nondimeno, è possibile individuare taluni tratti essenziali, tenendo presente che, accanto alla versione “istituzionalizzata” e positivamente disciplinata dell'istituto in esame, è as-

⁽¹⁴⁾ In Marocco, per esempio, la *kafalah* è disciplinata dal *dahir* (decreto) n. 1.93.165 del 10 settembre 1993, relativo alla tutela dei minori abbandonati: la persona che si fa carico della *kafalah* deve assicurare una educazione in un ambiente familiare sano, provvedendo ai bisogni essenziali, fin quando non sarà raggiunta la maggiore età (21 anni). Anche in Algeria, a norma del locale codice civile, la *kafalah* costituisce il contratto attraverso il quale il *kafil* assume la responsabilità del minore (*makfoul*) e l'impegno a trattarlo come farebbe un buon padre fino al raggiungimento della maggiore età (19 anni).

⁽¹⁵⁾ Cfr. anche A. Galoppini, *L'adozione del piccolo marocchino, ovvero gli scherzi dell'eurocentrismo*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, 143.

⁽¹⁶⁾ La normativa algerina, per esempio, prevede la possibilità che divengano *kafil* sia i coniugi, sia le persone sole, donne o uomini: sul punto, v. N. Younsi Haddad, *La kafalah*, cit., 135.

⁽¹⁷⁾ La *kafalah*, quindi, non riguarda solo il trovatello, ma anche il minore rispetto al quale non sia possibile la *hadanah*, ossia l'affidamento nell'ambito della famiglia estesa; cfr. A. Galoppini, *L'adozione*, cit., 143.

sai diffusa, nella prassi, una *kafalah* pattizia di origine consuetudinaria, rimessa a una mera manifestazione di volontà negoziale ⁽¹⁸⁾.

Generalmente, il diritto islamico prevede che il minore debba essere preventivamente dichiarato in stato d'abbandono dalla competente autorità ⁽¹⁹⁾, non rilevando se i suoi genitori siano o meno conosciuti ⁽²⁰⁾. Successivamente a tale dichiarazione, egli può essere affidato e il *kafil* acquisterà la potestà genitoriale sul *makfoul* (il minore oggetto di *kafalah*) ⁽²¹⁾. Le norme di diritto islamico richiedono perlopiù che il *kafil* sia maggiorenne ⁽²²⁾, di religione islamica ⁽²³⁾ e idoneo ad assumere le responsabilità che gli derivano dalla *kafalah* ⁽²⁴⁾; ulteriori requisiti possono essere richiesti dalle singole

⁽¹⁸⁾ In caso di *kafalah* pattizia, l'accordo è perfezionato davanti al notaio e può successivamente essere omologato dal tribunale: cfr. M. Orlandi, *La kafalah di diritto islamico e il diritto al ricongiungimento familiare: una interessante pronuncia del Tribunale di Biella*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1857.

⁽¹⁹⁾ V. il *dahir* del Marocco del 10 settembre 1993, cit., nonché E. Rude-Antoine, *Adopter un enfant*, cit., 125.

⁽²⁰⁾ V. E. Rude-Antoine, *Adopter un enfant*, cit., 124; peraltro, come sottolineato da N. Younsi Haddad, *La kafalah*, cit., 134, se i genitori sono conosciuti, essi devono essere chiamati ad esprimere il proprio consenso alla *kafalah*.

⁽²¹⁾ V. N. Younsi Haddad, *La kafalah*, cit., 144; J. Long, *Ordinamenti*, cit., 179.

⁽²²⁾ Cfr., ancora, N. Younsi Haddad, *La kafalah*, cit., 134.

⁽²³⁾ Così R. Aluffi Beck-Peccoz, *Le leggi*, cit., 13; per quanto concerne il diritto algerino, v. N. Younsi Haddad, *La kafalah*, cit., 135.

⁽²⁴⁾ Cfr. N. Younsi Haddad, *La kafalah*, cit., 135.

normative nazionali ⁽²⁵⁾: in diversi Paesi, poi, il *makfoul* deve esprimere il proprio consenso alla *kafalah* ⁽²⁶⁾.

Il rapporto che s'instaura tra *makfoul* e *kafil* – il quale assume in maniera definitiva ⁽²⁷⁾ l'impegno di provvedere alle esigenze del minore fino al raggiungimento della sua maggiore età e di accudirlo alla maniera di un buon padre ⁽²⁸⁾ – non crea vincoli ulteriori rispetto all'obbligo del secondo di provvedere al mantenimento e all'educazione del primo, fino a quando quest'ultimo raggiunga la maggiore età. Tra i due non s'instaura alcun rapporto di filiazione e, quindi, non si producono effetti legittimanti (non siamo, quindi, in presenza di una sorta di adozione legittimante): il minore non acquista il cognome di chi ne ha ottenuto la custodia ⁽²⁹⁾, non acquista dirit-

⁽²⁵⁾ In Algeria, per esempio, il *kafil* deve anche avere la cittadinanza algerina: v., ancora, N. Younsi Haddad, *La kafalah*, cit., 134.

⁽²⁶⁾ Così dispone, ad esempio, l'art. 117 del codice civile algerino. Per approfondimenti, v. N. Younsi Haddad, *La kafalah*, cit., 136.

⁽²⁷⁾ La definitività dell'impegno assunto dal *kafil* rende l'istituto profondamente diverso dal nostro "affidamento familiare", che prevede la collocazione provvisoria del minore presso un'altra famiglia, in attesa del momento in cui egli potrà tornare dai propri genitori. Sulle differenze tra adozione e affidamento familiare, v. L. Fadiga, *L'adozione*, Bologna, 1999, 97.

⁽²⁸⁾ Sul punto, v. N. Younsi Haddad, *La kafalah*, cit., 133; J. Long, *Ordinamenti*, cit., 179.

⁽²⁹⁾ Così R. Aluffi Beck-Peccoz, *Le leggi*, cit., 7. Peraltro è da notare che in Algeria una concordanza di nome tra il *kafil* ed il *makfoul* è consentita dal decreto n. 92/24 del 13 gennaio 1992: v. N. Younsi Haddad, *La kafalah*, cit., 133 e 151.

ti né aspettative successorie nei suoi confronti ⁽³⁰⁾, non instaura legami giuridici con la famiglia di accoglienza, né interrompe i rapporti col proprio nucleo familiare d'origine ⁽³¹⁾. È, tuttavia, prevista la possibilità che il *kafil*, mediante dichiarazione testamentaria, renda il minore erede ⁽³²⁾.

Per quanto riguarda, in particolare, la legislazione del Marocco (il Paese di provenienza della maggior parte dei soggetti le cui vicende hanno interessato la giurisprudenza italiana), la *kafalah*, non espressamente prevista dal codice di diritto civile o *Moudawana* ⁽³³⁾, riceve compiuta disciplina in un *dahir* (decreto) del giugno 2002 ⁽³⁴⁾, che determina con precisione i requisiti d'idoneità e i doveri del *kafil*, nonché il procedimento attraverso il

⁽³⁰⁾ È, peraltro, previsto un istituto di diritto successorio accostabile al legato, con il quale il *kafil* può attribuire una quota del suo patrimonio al *makfoul*, equiparandolo ai figli nei diritti successorie: v. J. Long, *Il ricongiungimento*, cit., 1838, nt. 35.

⁽³¹⁾ Per una sintesi dei tratti tipici dell'istituto, nonché in ordine ai rapporti tra diritto straniero di derivazione sharaitica e ordinamento italiano, v. C. Campiglio, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, 46 ss.

⁽³²⁾ Così R. Aluffi Beck-Peccoz, *Le leggi*, cit., 7.

⁽³³⁾ Il codice, novellato nel 2004, all'art. 149 dispone che l'adozione non ha alcun valore giuridico e non comporta alcuno degli effetti della filiazione, riproponendo la previsione normativa contenuta nel testo previgente all'art. 83, co. 3: v. J. Long, *Ordinamenti*, cit., 179; R. Gelli, *Ancora sulla kafalah di diritto islamico: opposizione del kafil alla dichiarazione dello stato di adottabilità*, in *Fam. e dir.*, 2006, 24; J. Long, *Il ricongiungimento*, cit., 1835, nt. 22.

⁽³⁴⁾ N. 1-02-172. L'art. 2 del *dahir* precisa che la *kafalah* consiste nell'impegno di prendere in carico la protezione, l'educazione e il mantenimento di un bambino abbandonato «*au même titre que le farait un père pour son enfant*».

quale il tribunale deve accertare lo stato di abbandono del *makfoul*. È stabilito che possono chiedere di prendere in carico il minore coniugi sposati da più di tre anni e di religione islamica ⁽³⁵⁾ – la custodia, peraltro, è ammessa anche nei confronti della persona non coniugata ⁽³⁶⁾ –, purché dimostrino di godere di mezzi sufficienti per garantirne la cura e di essere in grado di assolvere alle funzioni “paragenitoriali” ⁽³⁷⁾ in cui si sostanzia l’affidamento.

La *kafalah* è, quindi, disposta ad esito di un’istruttoria deputata a verificare anche la compatibilità tra affidatario e minore. Il relativo provvedimento è pronunciato dal *juge de tutelles* ⁽³⁸⁾, il giudice specializzato in materia minorile istituito presso il tribunale civile competente in ragione alla residenza del minore. Allo stesso ufficio giudiziario spetta di autorizzare il

⁽³⁵⁾ Gli stranieri devono dimostrare di professare la religione islamica, requisito, questo, che si pone in conflitto col principio di laicità accolto dalle legislazioni occidentali.

⁽³⁶⁾ Sul punto si registra il disaccordo della dottrina: secondo alcuni, può diventare *kafil* la persona non coniugata, che risponde ai requisiti di legge, indipendentemente dal fatto che sia uomo o donna (v. M. Orlandi, *La kafalah di diritto islamico e il diritto al ricongiungimento familiare: una interessante pronuncia del tribunale di Biella*, cit., 1857, nt. 35); secondo una diversa interpretazione, il *kafil* non può essere che un uomo (cfr. J. Long, *Ordinamenti*, cit., 178).

⁽³⁷⁾ Cfr. F. Castro, *Il diritto musulmano*, cit., 306.

⁽³⁸⁾ Così sono ricostruite le garanzie procedimentali e qualificate le autorità competenti in materia di *kafalah* nella pronuncia di App. Torino, 18 luglio 2008, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 141 ss. La dottrina, invece, a proposito dei controlli riguardo ai requisiti di idoneità del *kafil*, si riferisce al *walī*, ossia al governatore della prefettura (cfr. G. Pizzolante, *La kafala islamica e il suo riconoscimento nell’ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2005, 949).

compimento degli atti più rilevanti – fra i quali rientra l’eventuale espatrio del minore – e sono anche attribuite funzioni di controllo sulla situazione del *makfoul*. A ulteriore garanzia che il minore non perda il contatto con le proprie origini di sangue, religiose e culturali, è previsto che, in ipotesi di un suo trasferimento all’estero, il consolato del Regno del Marocco vigili sulle modalità attuative dell’affidamento ⁽³⁹⁾. Al *kafil*, del resto, compete il solo *esercizio* della potestà genitoriale, la cui titolarità resta in capo ai citati organismi pubblici coinvolti nel procedimento di affidamento.

Degna di nota, in quanto costituisce un esempio della diversa condizione giuridica della donna rispetto all’uomo, tipica dei sistemi islamici ⁽⁴⁰⁾, è la previsione secondo cui, se la presa in carico riguarda una bambina, la *kafalah* non cessa per effetto del compimento della maggiore età dell’affidata, ma si protrae fino a quando questa non contragga matrimonio.

⁽³⁹⁾ Così dispone l’art. 24 del *dahir* del 13 giugno 2002. Naturalmente, il consolato è competente in relazione al luogo di residenza del minore e della famiglia di accoglienza: cfr. J. Long, *Ordinamenti*, cit., 180.

⁽⁴⁰⁾ Molta è letteratura in proposito, incentrata soprattutto sul tema della poligamia: per una sintesi, v. M. D’Arienzo, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, 189 ss.; R. Clerici, *La compatibilità*, cit., 199 ss.; G. Vercellin, *Istituzioni del mondo mussulmano*, cit., 144; J. Schacht, *Introduzione al diritto mussulmano* (trad. it.), Torino, 1995, 135 s. Per quanto riguarda l’esercizio della potestà genitoriale, il diritto positivo del Marocco prevede che al solo padre competa la rappresentanza legale dei figli, mentre la madre gli subentra in caso di morte (cfr. P.L. Carbone, *L’applicabilità del diritto italiano al cittadino mussulmano: il minore “a carico” può ricongiungersi con la madre, cittadina del Marocco, in Italia con permesso di soggiorno*, in *Fam. e dir.*, 2005, 358).

In sostanza, la *kafalah* – com'è confermato da diversi provvedimenti sovranazionali volti a garantire la protezione dei minori – dev'essere considerata una vera e propria alternativa all'adozione ⁽⁴¹⁾, resa peraltro necessaria dal fatto che, se in molti Paesi di diritto islamico esistono minori abbandonati, la loro adozione è proibita dal diritto.

2. *Il problema del riconoscimento della kafalah come forma di adozione. La Convenzione dell'Aja.*

Il recepimento in Italia della Convenzione dell'Aja del 1993 per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozioni internazionali ha mutato profondamente il quadro giuridico della materia delle adozioni. La l. 31 dicembre 1998, n. 476 ⁽⁴²⁾, integrata dalle disposizioni della l. 28 marzo 2001,

⁽⁴¹⁾ A questa stregua, perlomeno, essa viene considerata in diversi atti di diritto internazionale, fra cui la *Convenzione sui diritti del fanciullo* fatta a New York il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, la quale dispone che: «[o]gni fanciullo, il quale è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare, oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto ad una protezione e ad aiuti speciali dello Stato [...]. Tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi per mezzo di sistemazione in una famiglia, della *kafalah* di diritto islamico, dell'adozione o in caso di necessità».

⁽⁴²⁾ L. 31 dicembre 1998, n. 476 (*Ratifica ed esecuzione della Convenzione de L'Aja del 29 maggio 1993, per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozioni internazionali*).

n. 149 ⁽⁴³⁾, ha infatti sostituito gran parte del testo della l. 4 maggio 1983, n. 184 (*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*) ⁽⁴⁴⁾, lasciando irrisolte talune questioni particolarmente delicate, come la possibilità di adottare minori provenienti da Paesi in cui non opera alcuno degli enti autorizzati a svolgere pratiche di adozione.

Uno dei nodi ad oggi parzialmente insoluti della materia è se sia possibile, in Italia, adottare minori provenienti da Paesi di diritto islamico. Si tratta di un problema di natura prettamente giuridica: il diritto islamico conosce, infatti, istituti di tutela dei minori profondamente diversi da quelli dei Paesi occidentali, istituti che, pur garantendo in maniera effettiva i diritti del minore, non sono di facile inquadramento alla luce della nostra normativa. Si tratta di problemi che vengono in rilievo allorché gli istituti “alieni” entrano, per così dire, in contatto col nostro ordinamento, ciò che accade, per esempio, allorché un minore proveniente da un Paese islamico, ove è oggetto di una specifica tutela, viene condotto in un Paese occidentale per essere assoggettato a una tutela di diversa natura. In questo e in simili casi, occorre domandarsi se sia possibile “trasformare” un istituto giuridico come la *kafa-*

⁽⁴³⁾ L. 28 marzo 2001, n. 149 (*Modifiche alla l. 4 maggio 1983 n. 184, recante Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile*).

⁽⁴⁴⁾ L. 4 maggio 1983, n. 184 (*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*). Per l'analisi del testo della Convenzione e l'esame delle caratteristiche della nuova normativa derivante dalle modifiche apportate alla l. 184/1983 dalle l. 476/1998 e 149/2001, v. L. Fadiga, *L'adozione internazionale*, in *Tratt. dir. fam.* a cura di G. Collura-L. Lenti-M. Mantovani, II, Milano, 2002; P. Morozzo della Rocca, *La riforma dell'adozione internazionale. Commento alla l. 31 dicembre 1998 n. 476*, Torino, 1999.

lah in uno diverso, quale l'adozione legittimante, recependolo alla stregua di esso.

La Convenzione de L'Aja del 1993, disciplinante la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozioni internazionali, non contiene alcun riferimento alla *kafalah* islamica. È peraltro opinione comune in dottrina che la Convenzione non si applichi ad essa, anche alla luce dell'art. 2, par. 2, ai sensi del quale la Convenzione stessa trova applicazione alle adozioni finalizzate a creare un rapporto stabile e permanente tra padre e figlio, cosa che, come si è visto, non avviene nella *kafalah*. Come chiarito anche nel relativo *Explanatory report*, la Convenzione ricomprende nel proprio ambito di applicazione sia le adozioni "complete" (in cui il rapporto di filiazione naturale è del tutto interrotto) sia le adozioni semplici (ove il rapporto tra i genitori naturali e il minore viene interrotto solo parzialmente), ma non gli istituti che, a prescindere dal *nomen iuris*, non comportano la creazione di un *lien de filiation* permanente tra genitori e figli ⁽⁴⁵⁾.

Peraltro, nel citato *Explanatory Report* si richiama la circostanza che l'Egitto aveva proposto di inserire nel preambolo alla Convenzione un riferimento alla *kafalah* come possibile strumento di tutela dei minori, alterna-

(45) V. l'*Explanatory Report on the Convention on protection of children and cooperation in respect of intercountry adoption*, punto 94. V. pure il punto 441 dello stesso *Report*, dove viene precisato che l'art. 26, par. 1, della Convenzione «should be read in conduction with article 2, paragraph 2, according to which 'the Convention covers only adoptions which create a permanent parent-child relationship'. Therefore, if such a relationship is not created according to the law applicable in accordance with the conflict rules of the Contracting State where it was made, the adoption granted is not covered by the Convention».

tivo all'adozione. La proposta non ha però avuto seguito ⁽⁴⁶⁾ e l'assenza del richiamo sembra riflettere l'intenzione delle parti contraenti di voler conservare una distinzione tra l'istituto dell'adozione e quello della *kafalah*.

Quest'ultima è, invece, esplicitamente richiamata nella Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e delle misure in materia di protezione dell'infanzia ⁽⁴⁷⁾: Convenzione sottoscritta, ma non ancora ratificata dall'Italia ⁽⁴⁸⁾. Dal relativo *Rapport explicatif* emerge, peraltro, la sua complementarietà rispetto alla Convenzione del 1993, che invece non si applicherebbe alla *kafalah* ⁽⁴⁹⁾.

Tuttavia, se la Convenzione dell'Aja del 1993 nulla dice in merito alla *kafalah*, ciò non significa che il diritto interno di uno Stato parte della Convenzione stessa non sia legittimato a riconoscere tale istituto alla stregua di un'adozione: tale possibilità, che comunque non trova fondamento nella

⁽⁴⁶⁾ V. l'*Explanatory, Report*, cit., punti 41, 42 e 90.

⁽⁴⁷⁾ L'art. 3, lett. e, di detta Convenzione prevede esplicitamente che essa si applichi alle misure aventi ad oggetto «*le placement de l'enfant dans une famille d'accueil ou dans un établissement, ou son recueil légal par kafalah ou par une institution analogue*».

⁽⁴⁸⁾ Com'è noto, le norme di diritto internazionale pattizio divengono applicabili nell'ordinamento interno per effetto delle disposizioni di adattamento, siano queste dettate col procedimento ordinario o con quello speciale mediante ordine di esecuzione.

⁽⁴⁹⁾ Nel *Rapport explicatif*, redatto da Paul Lagarde, punto 237, è detto che «*[l]enfant qui en bénéficie [dalla kafalah] ne devient pas membre de la famille du kafil et c'est la raison pour laquelle la kafalah n'est pas convertie par la Convention sur l'adoption du 29 mai 1993*».

Convenzione, potrebbe infatti risultare legittima alla stregua del diritto interno dello Stato aderente.

Con specifico riferimento all'Italia e al vecchio testo della l. 184/1983, non sono mancate occasioni in cui i nostri giudici hanno “convertito” provvedimenti di affidamento stranieri prima in affidamenti preadottivi e, poi, in vere e proprie adozioni ⁽⁵⁰⁾. In effetti, il vecchio testo della l. 184/1983, artt. 31 e 32, prevedeva la competenza del tribunale per i minorenni a dichiarare l'efficacia nello Stato dei provvedimenti di adozione o di affidamento preadottivo del minore emessi da un'autorità straniera nei confronti di cittadini italiani residenti in Italia o in altro Stato, o altro provvedimento in materia di tutela e degli altri istituti di protezione dei minori. Data la genericità del richiamo, la *kafalah* poteva certamente essere convertita in affidamento preadottivo e in adozione ⁽⁵¹⁾.

⁽⁵⁰⁾ V. anche P. Morozzo della Rocca, *La riforma*, cit., 84.

⁽⁵¹⁾ Come chiarito da Cass., 22 ottobre 1992, n. 11544, in *Foro it.*, 1993, I, 2637 ss., l'art. 32 è concepito per consentire il recepimento di quei provvedimenti che, «pur non avendo il contenuto tipico dell'adozione (perché, ad esempio, lo Stato di cui sono cittadini, non conosca l'istituto dell'adozione, o lo preveda solo per particolari e limitate categorie di persone), rispondano comunque ad identiche od analoghe finalità». Vi è da aggiungere che spesso, in passato, la nostra giurisprudenza ha considerato provvedimenti stranieri in materia di tutela dei minori alla stregua di semplici documenti attestanti la condizione di adottabilità del minore: cfr. Cass., 11 gennaio 1988, n. 67, in *Dir. fam. pers.*, 1988, 1212 ss.; Cass., 4 luglio 1991, n. 7357, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1992, 549 ss.; Cass., 22 ottobre 1992, n. 11544, cit; in dottrina, v., per tutti, P. Morozzo della Rocca, *La riforma*, cit., 84.

Tuttavia, il vecchio testo degli artt. 31 e 32 l. 184/1983 non è più in vigore e, pertanto, la giurisprudenza formatasi in sua applicazione non può più essere evocata al fine di legittimare il riconoscimento della *kafalah* come adozione legittimante ⁽⁵²⁾.

3. *L'attuale disciplina dell'adozione di minori stranieri.*

Il Titolo III della l. 184/1983 disciplina l'adozione internazionale e, al Capo I, l'adozione di minori stranieri. Tale disciplina si apre col richiamo ai principi e alle direttive contenuti nella Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, cui la legislazione italiana in materia si conforma (art. 29 della legge).

In sintesi, la procedura prevede che le persone residenti in Italia, che intendano adottare un minore straniero residente all'estero, presentino una dichiarazione di disponibilità al tribunale per i minorenni e chiedano di essere dichiarate idonee all'adozione (art. 29-*bis*, co. 1). Ottenuto il decreto di idoneità, gli aspiranti all'adozione devono dare incarico di curare la procedura di adozione a uno degli enti a ciò autorizzati; tuttavia, nei casi di cui all'art. 44, co. 1, lett. *a*, ossia ove il minore sia legato agli adottanti da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, quando il minore sia orfano di padre e di madre, il tribunale per i minorenni può autorizzare gli aspiranti adottanti, valutate le relative personalità, a ef-

⁽⁵²⁾ *Contra*, A. Galoppini, *L'adozione*, cit., 145 ss.

fettuare *direttamente* numerose attività quali, tra l'altro, lo svolgimento delle pratiche di adozione presso le competenti autorità del Paese del minore.

La Commissione per le adozioni internazionali, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, dichiara che l'adozione risponde al superiore interesse del minore e ne autorizza l'ingresso e la residenza permanente in Italia (art. 32, co. 1). Inoltre, è disposto che, «[a]nche quando l'adozione pronunciata nello Stato straniero non produce la cessazione dei rapporti giuridici con la famiglia d'origine, la stessa può essere convertita in una adozione che produca tale effetto, se il tribunale per i minorenni la riconosce conforme alla Convenzione. Solo in caso di riconoscimento di tale conformità, è ordinata la trascrizione» (art. 32, co. 3).

Il tutto avviene con la collaborazione degli uffici consolari italiani all'estero, i quali, dopo aver ricevuto formale comunicazione da parte della Commissione, rilasciano il visto di ingresso per adozione a beneficio del minore adottando (art. 32, co. 4).

Il minore, che abbia fatto ingresso nel territorio dello Stato sulla base di un provvedimento straniero di adozione o di affidamento a scopo di adozione, «gode, dal momento dell'ingresso, di tutti i diritti attribuiti al minore italiano in affidamento familiare» (art. 34, co. 1). Egli acquista la cittadinanza italiana per effetto della trascrizione del provvedimento di adozione nei registri dello stato civile (art. 34, co. 3).

L'art. 35 si occupa dell'adozione pronunciata all'estero e stabilisce che essa produce nell'ordinamento italiano gli effetti di cui all'articolo 27: l'adottato acquista lo stato di figlio nato nel matrimonio degli adottanti, dei quali assume e trasmette il cognome (assume però il cognome della madre adottiva, se l'adozione è disposta nei confronti della moglie separata), e

cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali.

Qualora l'adozione sia stata pronunciata nello Stato estero *prima dell'arrivo del minore in Italia*, il tribunale verifica che nel provvedimento straniero risulti la sussistenza delle condizioni per l'adozione internazionale previste dall'articolo 4 della Convenzione (art. 35, co. 2), oltre ad accertare, tra l'altro, che l'adozione non sia contraria ai principî fondamentali del diritto di famiglia e dei minori, da valutarsi in relazione al superiore interesse del minore (art. 35, co. 3).

Ove invece l'adozione debba perfezionarsi *dopo l'arrivo del minore* in Italia, il tribunale per i minorenni *riconosce* il provvedimento dell'autorità straniera come affidamento preadottivo, se non contrario ai principî fondamentali del diritto di famiglia e dei minori, e stabilisce la durata di tale affidamento in un anno decorrente dall'inserimento del minore nella nuova famiglia. Trascorso tale periodo, se il tribunale ritiene che la permanenza del minore nella famiglia che lo ha accolto sia conforme all'interesse del minore stesso, pronuncia l'adozione e ne dispone la trascrizione nei registri dello stato civile (art. 35, co. 4).

In ogni caso, non può essere ordinata la trascrizione nei casi in cui: a) gli adottanti sono privi dei requisiti richiesti dalla legge italiana sull'adozione; b) non sono state rispettate le indicazioni contenute nella dichiarazione d'idoneità; c) non è possibile la conversione in adozione produttiva degli effetti di cui all'art. 27; d) l'adozione o l'affidamento stranieri non si sono realizzati tramite le autorità centrali e un ente autorizzato; e) l'inserimento del minore nella famiglia adottiva si è manifestato contrario al suo interesse (art. 35, co. 5).

Tuttavia, l'art. 36, dopo aver affermato che l'adozione internazionale dei minori provenienti da Stati che hanno ratificato la Convenzione, o che nello spirito della Convenzione abbiano stipulato accordi bilaterali, può avvenire solo con le procedure e gli effetti previsti dalla l. 184/1983 (co. 1), si occupa sia dell'*adozione* o dell'*affidamento* a scopo adottivo pronunciati in un Paese non aderente alla Convenzione né firmatario di accordi bilaterali, sia del particolare caso dell'*adozione* pronunciata dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani, che dimostrino al momento della pronuncia di aver soggiornato continuativamente nello stesso e di avervi avuto la residenza da almeno due anni.

Quanto all'adozione o all'affidamento a scopo adottivo pronunciati in un Paese non aderente alla Convenzione né firmatario di accordi bilaterali, questi provvedimenti *possono essere dichiarati efficaci* in Italia a condizione che: a) sia accertata la condizione di abbandono del minore straniero o il consenso dei genitori biologici a un'adozione che procuri al minore adottato lo *status* di figlio nato nel matrimonio degli adottanti e la cessazione di rapporti giuridici tra il minore e la famiglia d'origine; b) gli adottanti abbiano ottenuto il decreto d'idoneità e le procedure adottive siano state effettuate con l'intervento della Commissione per le adozioni internazionali e di un ente autorizzato; c) siano state rispettate le indicazioni contenute nel decreto d'idoneità (co. 2). Il provvedimento di riconoscimento è assunto dal tribunale per i minorenni che ha emesso il decreto d'idoneità (co. 3).

Quanto, invece, all'adozione (e non anche all'affidamento) pronunciata dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani, che dimostrino al momento della pronuncia di aver soggiornato continuativamente nello stesso Paese e di risiedervi da almeno due anni, l'adozione

viene riconosciuta a ogni effetto in Italia con provvedimento del tribunale per i minorenni, purché conforme ai principî della Convenzione (co. 4).

Compiuta l'adozione internazionale, la Commissione – che, come pure il tribunale per i minorenni, conserva le informazioni acquisite sull'origine del minore, sull'identità dei suoi genitori biologici e sull'anamnesi sanitaria della famiglia – può comunicare ai genitori adottivi solo le informazioni che abbiano rilevanza per lo stato di salute dell'adottato; quanto all'accesso alle altre informazioni, valgono le disposizioni in tema di adozione di minori italiani, stabilite dall'art. 28 l. 184/1983 (art. 37).

4. *(Segue.) Il riconoscimento in Italia delle adozioni pronunciate in altri Paesi.*

Il sistema che emerge dalla vigente normativa prevede tre percorsi distinti per ottenere il riconoscimento di adozioni pronunciate all'estero:

- il primo riguarda l'adozione di minori provenienti dai Paesi aderenti alla Convenzione dell'Aja del 1993;
- il secondo attiene alle adozioni di minori provenienti da Paesi che non hanno ratificato tale Convenzione;
- il terzo è relativo alle adozioni pronunciate in Paesi in cui i genitori adottivi hanno avuto la propria residenza per almeno due anni.

In particolare, mentre le adozioni pronunciate in Paesi membri della Convenzione dell'Aja, nonché quelle pronunciate nei Paesi in cui i genitori adottivi hanno avuto residenza per almeno due anni, *sono riconosciute* in Italia, quelle pronunciate in Paesi che non sono membri della stessa Con-

venzione *possono essere riconosciute* sempreché ricorrano le condizioni fissate nell'art. 36, co. 2, l. 184/1983.

Oltre a questa differenza circa il riconoscimento del provvedimento straniero, che evidentemente conferisce maggiore discrezionalità all'autorità nazionale nel caso di adozioni pronunciate in Paesi non aderenti alla Convenzione, occorre rilevare come le tre disposizioni richiamate siano riferite ad atti stranieri identificati in maniera diversa – e comunque individuati con maggiore precisione rispetto al precedente testo della legge, che equiparava i provvedimenti di adozione o di affidamento preadottivo agli “altri provvedimenti” e agli “altri istituti” in materia di tutela e protezione dei minori.

L'art. 35, il quale *riconosce* la validità delle adozioni pronunciate in *Paesi membri* della Convenzione, fa riferimento alle *adozioni*, o – nel caso in cui sia previsto che l'adozione debba perfezionarsi dopo l'arrivo del minore in Italia – ai *provvedimenti* emanati all'estero e comunque finalizzati a consentire l'adozione del minore nel Paese di destinazione ⁽⁵³⁾. L'art. 36, co. 2,

⁽⁵³⁾ L'art. 35, co. 1, l. 184/1983, così come modificato dalla l. 476/1998, prevede che «[l]’adozione pronunciata all’estero produce nell’ordinamento italiano gli effetti di cui all’art. 27» e l’art. 27, a sua volta, dispone che «[p]er effetto dell’adozione l’adottato acquista lo stato di figlio legittimo degli adottanti, dei quali assume e trasmette il cognome». L’art. 35, co. 4, l. 184/1983, così come modificato dalla l. 476/1998, prevede che, «[q]ualora l’adozione debba perfezionarsi dopo l’arrivo del minore in Italia, il tribunale per i minorenni riconosce il provvedimento dell’autorità straniera come affidamento preadottivo, se non contrario ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori, valutati in relazione al superiore interesse del minore, e stabilisce la durata del predetto affidamento in un anno, che decorre dall’inserimento del minore nella nuova famiglia».

il quale consente il riconoscimento delle adozioni di minori provenienti da Paesi *non membri* della Convenzione dell'Aja, richiama unicamente i provvedimenti di *adozione* e di *affidamento preadottivo* ⁽⁵⁴⁾. Infine, l'art. 36, co. 4, che consente il riconoscimento delle adozioni pronunciate nei Paesi in cui i genitori adottivi hanno risieduto per almeno due anni, richiama, da parte sua, esclusivamente i provvedimenti di *adozione* ⁽⁵⁵⁾.

A fronte di una differente formulazione delle tre disposizioni, il dato normativo non può essere svalutato al punto da ritenere che la sua diversificazione non sottenda differenti scelte sostanziali. In particolare, sembra che

⁽⁵⁴⁾ L'art. 36, co. 2, l. 184/1983, così come modificato dalla l. 476/1998, prevede che «[l]’adozione o affidamento a scopo adottivo, pronunciati in un Paese non aderente alla Convenzione, né firmatario di accordi bilaterali, possono essere dichiarati efficaci in Italia a condizione che: a) sia accertata la condizione di abbandono del minore straniero, o il consenso dei genitori naturali ad una adozione che determini per il minore adottato l’acquisizione dello stato di figlio legittimo degli adottanti e la cessazione dei rapporti giuridici fra il minore e la famiglia d’origine; b) gli adottanti abbiano ottenuto il decreto di idoneità previsto dall’art. 30 e le procedure adottive siano state effettuate con l’intervento della Commissione di cui all’art. 38 e di un ente autorizzato; c) siano state rispettate le indicazioni contenute nel decreto di idoneità; d) sia stata concessa l’autorizzazione prevista dall’art. 39, co. 1, lettera h)».

⁽⁵⁵⁾ L'art. 36, co. 4, l. 184/1983, così come modificato dalla l. 476/1998, prevede che «[l]’adozione pronunciata dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani, che dimostrino al momento della pronuncia di aver soggiornato continuamente nello stesso e di avervi avuto la residenza da almeno due anni, viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del tribunale per i minorenni, purché conforme ai principi della Convenzione».

la maggior precisione della seconda e della terza disposizione sia frutto dell'esigenza di assicurare che il provvedimento di adozione pronunciato in Italia tenga conto della natura giuridica e della portata effettiva del provvedimento d'origine: in effetti, la ratifica della Convenzione dell'Aja comporta il riconoscimento, da parte degli Stati ratificanti, di un comune concetto di adozione quale strumento determinante la creazione di un legame di filiazione tra i genitori adottivi e il minore adottato ⁽⁵⁶⁾. Se gli Stati sono d'accordo nel riconoscere i "provvedimenti" emanati nel Paese di origine, volti a produrre in quello di destinazione gli effetti dell'adozione, allora non è necessario operare una più precisa qualificazione giuridica di tali provvedimenti: ciò che rileva, infatti, è che sia nello Stato di origine, sia in quello di destinazione, si intenda dar vita a un procedimento volto a creare un vero e proprio legame di filiazione.

Che il provvedimento del Paese di origine sia destinato a produrre gli effetti di una vera e propria adozione, così come intesa nell'ambito dei Paesi membri della Convenzione dell'Aja, non può essere, invece, dato per scontato allorché si è in presenza di un provvedimento emanato in un Paese che tale Convenzione non ha ratificato; Paese che resta pienamente legittimato a darsi un sistema normativo che consenta le adozioni (nazionali o internazionali), che le vieti ⁽⁵⁷⁾ o che preveda il ricorso a differenti strumenti di tutela dei minori abbandonati ⁽⁵⁸⁾. Così si spiega perché il legislatore italiano

⁽⁵⁶⁾ Si cfr. l'art. 2, co. 2, della Convenzione de L'Aja.

⁽⁵⁷⁾ L'adozione di minori risulta vietata, oltretutto nei Paesi di diritto islamico, anche da alcune autorità concistoriali ebraiche: v. E. Rude-Antoine, *Adopter un enfant*, cit., 103.

⁽⁵⁸⁾ L'esperienza di Stati con culture giuridiche, sociali e religiose diverse da quelle italiane conosce istituti di tutela dei minori profondamente diversi dall'adozione: oltre al-

si sia preoccupato di assicurare che i giudici nazionali non “snaturino” un provvedimento straniero che non è di adozione – e che, nelle intenzioni di chi lo ha emanato, non è destinato a divenirlo successivamente – tramutandolo in adozione. Tale “snaturamento” ad opera di giudici nazionali di atti stranieri di diritto privato potrebbe infatti condurre a difficoltà non certo auspicabili ⁽⁵⁹⁾.

la *kafalah* dei Paesi islamici, il diritto africano conosce l’istituto del *don d’enfants* (sul quale v. D. Gibirila, *Le don d’enfants en société traditionnelle africaine*, in *L’enfant et les familles nourricières*, cit., 103), che s’inserisce nella tradizione della “famiglia allargata”, istituto, peraltro, simile a quello delle popolazioni Inuit dell’Artico (su cui v. J. Robert-Lamblin, *L’adoption ou la circulation des enfants chez les Inuits*, in *L’enfant et les familles nourricières*, cit., 57) e delle popolazioni polinesiane (M.N. Charles, *De la famille Fa’a’amu en Polynésie Française à la nécessité d’un statut de la famille nourricière*, in *L’enfant et les familles nourricières*, cit., 73). Per quanto concerne i Paesi ove domina la religione buddista, l’adozione è, invece, pienamente ammessa.

⁽⁵⁹⁾ Come chiarito da C. cost., 11 dicembre 1989, n. 536, in *Foro it.*, 1990, I, 5 ss., non può affermarsi «che vi sia una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta [che, come tale, entrerebbe nel nostro ordinamento giuridico per il tramite dell’art. 10 Cost.] che imponga, invece, che il provvedimento straniero sia rispettato nel suo integrale contenuto». Peraltro, la stessa Corte riconosce come «[l]a circostanza che al provvedimento straniero se ne sovrapponga uno italiano che ne modifica gli effetti, non [possa] essere sottovalutata, specie ove si consideri che il passaggio da adozione ordinaria ad adozione legittimante comporta il mutamento di cognome del minore e, soprattutto, la cessazione dei suoi rapporti con la famiglia di origine. Ciò può indubbiamente dar luogo a seri inconvenienti sul piano delle relazioni internazionali, cui occorrerebbe tentare di

Per fare un esempio relativo al Marocco ⁽⁶⁰⁾, il minore marocchino affidato in *kafalah* a una famiglia che successivamente si trasferisse all'estero, si considererebbe affidato ai servizi sociali del Consolato del Marocco del luogo di residenza dell'adottante all'estero, il quale Consolato assumerebbe la responsabilità del controllo costante del minore e del controllo degli obblighi dell'adottante ⁽⁶¹⁾. Ora, nel caso in cui il minore giungesse in Italia e la *kafalah* fosse riconosciuta quale adozione legittimante, occorrerebbe informare il Consolato marocchino – cui il minore risulta essere affidato secondo la legge di quel Paese – che il minore stesso, in violazione della normativa islamica, è stato adottato e ha mutato cognome e cittadinanza, divenendo figlio legittimo di cittadini italiani. Peraltro, la pronuncia italiana di adozione legittimante non potrebbe essere riconosciuta in Marocco in quanto contraria all'ordine pubblico di quel Paese ⁽⁶²⁾, sicché sia questo sia l'Italia seguirebbero a considerare il minore come proprio cittadino. Se, quindi, i genitori biologici avessero un valido motivo di pretendere il rimpa-

porre rimedio – nella salvaguardia di irrinunciabili principi di rilievo costituzionale – anche con l'incentivazione di opportuni accordi».

⁽⁶⁰⁾ Dove, come chiarito da J. Long, *Ordinamenti*, cit., 180, la procedura applicativa della *kafalah* è molto simile a quella da noi seguita per l'adozione, prevedendo l'accertamento della condizione di abbandono e dell'idoneità degli aspiranti *kafil*, che abbiano specifici requisiti, nonché un abbinamento effettuato da autorità pubbliche nell'interesse del minore.

⁽⁶¹⁾ Circolare del ministero dell'interno del Regno del Marocco del 18 febbraio 1983, punto II, 3.

⁽⁶²⁾ Cfr. J. Long, *Adozione "extraconvenzionale" di minori provenienti da Paesi islamici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 156.

trio del proprio figlio, le autorità giurisdizionali italiane lo dovrebbero rifiutare (essendo la richiesta in contrasto col nuovo *status* del minore, figlio legittimo di cittadini italiani), mentre quelle marocchine ben potrebbero pretenderlo.

La terza norma richiamata (art. 36, co. 4) si riferisce alle *adozioni* pronunciate all'estero in favore di genitori adottivi italiani ivi residenti da almeno due anni. Si tratta di un'adozione "interna" pronunciata nel Paese di origine del minore, ove i genitori risiedono in maniera stabile, e non di un'adozione internazionale ⁽⁶³⁾. Tale circostanza, se da un lato esenta dal rispetto di talune disposizioni della nostra legge ⁽⁶⁴⁾, impone d'altro canto di non modificare la natura del provvedimento di cui si riconosce la validità. È per questo che il legislatore ha inteso consentire che possano essere dichiarati efficaci i soli provvedimenti di *adozione* emanati all'estero, i quali, per poter essere riconosciuti in Italia, dovranno anche essere compatibili coi principî della Convenzione (ciò al fine di evitare, per esempio, che un'adozione già pronunciata, la quale abbia dato luogo a rapporti ormai consolidati, possa essere facilmente trascurata dal giudice nazionale, con grave danno per il superiore interesse del minore ⁽⁶⁵⁾).

⁽⁶³⁾ Cfr. P. Morozzo della Rocca, *La riforma*, cit., 117.

⁽⁶⁴⁾ Come, ad esempio, il dovere di attenersi alle norme italiane relative al decreto d'idoneità: cfr. P. Morozzo della Rocca, *La riforma*, cit., 117.

⁽⁶⁵⁾ P. Morozzo della Rocca, *La riforma*, cit., 117, segnala che, per essere riconosciuta in Italia, occorrerà che l'adozione sia stata pronunciata nei confronti di un minore già dichiarato in stato di adottabilità, che il provvedimento sia stato riconosciuto rispondente al superiore interesse del minore, che sia stata accertata da parte dell'autorità straniera l'idoneità dei genitori adottivi. In ogni caso, il giudice nazionale competente a deliberare il

5. *La possibilità di riconoscere in Italia la kafalah come affidamento preadottivo o adozione legittimante.*

Discende da quanto detto che la possibilità di riconoscere in Italia una *kafalah* come affidamento preadottivo o adozione legittimante dipende fondamentalmente dalla possibilità di considerare la stessa alla stregua di un atto equivalente alla nostra adozione o al nostro affidamento preadottivo.

Data la maggiore genericità del richiamo contenuto nell'art. 35, co. 4, l. 184/1983, il riconoscimento di una *kafalah* quale affidamento preadottivo potrebbe ritenersi ammissibile nel caso di *kafalah* pronunciata in Paesi di diritto islamico che abbiano ratificato la Convenzione de L'Aja ⁽⁶⁶⁾, o coi quali sia stata stipulata una Convenzione bilaterale ⁽⁶⁷⁾. L'adesione alla Convenzione, infatti, comporta l'impegno degli Stati al reciproco riconoscimento dei rispettivi provvedimenti: se anche nel Paese di origine non si pronunciasse un'adozione con effetti legittimanti, vi sarebbe comunque la consapevolezza che tali effetti potrebbero essere prodotti da quello stesso

provvedimento straniero di adozione dovrà anche tenere in considerazione quale sia, nel caso concreto, il provvedimento che fornisca la maggior tutela del superiore interesse del minore.

⁽⁶⁶⁾ Non risulta, allo stato, che alcun Paese islamico abbia ratificato la Convenzione.

⁽⁶⁷⁾ In Spagna, ove le adozioni pronunciate in Paesi di diritto islamico non sono riconosciute, vengono invece riconosciuti i provvedimenti di *kafalah* emanati in Marocco, Paese con cui la Spagna ha stretto una Convenzione bilaterale: v. J.L. Sariego Morillo, *Guía de la adopción internacional*, Madrid, 2000, 64.

atto nel Paese di destinazione. In questo contesto, assume particolare rilevanza il disposto dell'art. 28 della Convenzione, secondo cui lo Stato di accoglienza è legittimato a trasformare il provvedimento emesso nel Paese di origine del minore in un'adozione comportante un legame di filiazione, quando il provvedimento emesso nel Paese di origine non produca di per sé tali effetti ⁽⁶⁸⁾.

Tale ipotesi va, invece, esclusa ove la *kafalah* sia pronunciata in Paesi che non sono membri della Convenzione e in cui l'istituto islamico non è affatto destinato a produrre gli effetti tipici che in Italia sono attribuiti all'adozione ⁽⁶⁹⁾. Né sembra rilevare, a tal proposito, la norma contenuta nell'art. 32, co. 3, l. 184/1983, che consente la conversione di un'adozione semplice pronunciata nel Paese di origine in adozione legittimante ⁽⁷⁰⁾: se,

⁽⁶⁸⁾ L'art. 27 della Convenzione de L'Aja dispone che «[l]adozione fatta nello Stato di origine, se non ha per effetto di porre fine al legame preesistente di filiazione, può essere convertita, nello Stato di accoglienza che la riconosce in conformità alla Convenzione, in una adozione che produce questo effetto a) se l'ordinamento giuridico dello Stato di accoglienza lo consente; e b) se i consensi previsti dall'art. 4, lettere c) e d) sono stati o sono prestati in considerazione di una tale adozione».

⁽⁶⁹⁾ Anche Trib. minorenni Trento, 11 marzo 2002, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2002, 1056 ss., e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 149 ss., con nt. di J. Long, ha ritenuto che un provvedimento comportante «l'obbligo degli affidatari di vegliare sulla buona educazione del minore e di custodirlo secondo le direttive della circolare del Ministro degli affari interni non può in alcun modo essere equiparata ad un affidamento preadottivo».

⁽⁷⁰⁾ L'art. 32, co. 3, del nuovo testo della l. 184/1983 dispone che, «[a]nche quando l'adozione pronunciata nello Stato straniero non produce la cessazione dei rapporti giuri-

infatti, la *kafalah* presenta le caratteristiche tipiche di un'adozione semplice, essa può essere convertita in adozione legittimante sulla base dell'art. 32, co. 3, solamente ove il tribunale per i minorenni la riconoscesse conforme alla Convenzione; quest'ultima, tuttavia, a norma dell'art. 2, par. 2, contempla solo le adozioni che determinano un legame di filiazione ⁽⁷¹⁾. Deve quindi ritenersi che potrà farsi luogo alla conversione solo nel caso in cui la legislazione del Paese di origine preveda direttamente o indirettamente, per avere ratificato la Convenzione de L'Aja, l'adozione che produca un legame di filiazione. Anche il richiamo al disposto dell'art. 32, co. 2, lett. *b*, e al consenso dei genitori naturali all'adozione ⁽⁷²⁾ non risulta utile, poiché, in uno Stato di diritto islamico che vieti le adozioni, l'eventuale consenso dei genitori del minore a un'adozione legittimante sarebbe evidentemente *contra legem*.

Sarebbe peraltro irrilevante, ai fini di una conversione della *kafalah* in adozione, che i *kafil* siano cittadini italiani residenti da almeno due anni nel-

dici con la famiglia d'origine, la stessa può essere convertita in una adozione che produca tale effetto, se il tribunale per i minorenni la riconosce conforme alla Convenzione. Solo in caso di riconoscimento di tale conformità, è ordinata la trascrizione».

⁽⁷¹⁾ In questo contesto è da sottolineare come il richiamo contenuto all'art. 32, co. 3, del nuovo testo della l. 184/1983 sia molto più puntuale di quello contenuto all'art. 36, co. 4, della stessa, che si limita a richiamare i «principi della Convenzione».

⁽⁷²⁾ L'art. 32, co. 2, del nuovo testo della l. 184/1983 dispone che «[l]a dichiarazione di cui al comma 1 non è ammessa [...] qualora nel Paese straniero l'adozione non determini per l'adottato l'acquisizione dello stato di figlio legittimo e la cessazione dei rapporti giuridici fra il minore e la famiglia di origine, a meno che i genitori naturali abbiano espressamente consentito al prodursi di tali effetti».

lo Stato d'origine del minore. L'art. 36, co. 4, l. 184/1983, infatti, comporta che in Italia sia riconosciuto solo il provvedimento straniero di *adozione* (o quello che ne presenti le stesse caratteristiche giuridiche). Resta impregiudicata, naturalmente, la possibilità di qualificare il minore oggetto di *kafalah* come “familiare” dei *kafil* italiani (con lo stesso grado di parentela che lega un genitore al proprio figlio) e, quindi, consentirgli il ricongiungimento familiare ai sensi del d. lgs. 286/1998 ⁽⁷³⁾, ricongiungimento che, in ogni caso, non potrà preludere a un'adozione legittimante secondo il diritto italiano.

6. (Segue.) *Il richiamo all'efficacia diretta di cui all'art. 27 della Convenzione dell'Aja.*

Sempre al fine di legittimare la “conversione” di una *kafalah* in adozione, si è prospettata la possibilità di far leva sulla diretta applicabilità dell'art. 27 della Convenzione dell'Aja ⁽⁷⁴⁾. Il par. 1 di tale disposizione precisa infatti che, «[q]uando un'adozione fatta nello Stato di origine non ha per effetto di rompere il legame preesistente di filiazione, può essere convertita, nello Stato di accoglienza che riconosce l'adozione conforme alla Convenzione, in un'adozione che produce questo effetto: a) se l'ordinamento giuridico dello Stato di accoglienza lo consente; b) se i con-

⁽⁷³⁾ L. 6 marzo 1998, n. 40 (*Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*).

⁽⁷⁴⁾ Cfr. M. Orlandi, *La kafala islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, cit.

sensi previsti dall'art. 4, lett. c) e d), sono stati o sono prestati contemplando una tale adozione».

La disposizione è formulata in maniera tale da escludere che si tratti di una norma *self executing*: dottrina e giurisprudenza, infatti, sono concordi nell'affermare che una disposizione di una convenzione o di un trattato, che conceda a uno Stato una facoltà di scelta, non è suscettibile di avere applicazione diretta ⁽⁷⁵⁾, e l'art. 27, par. 1, della Convenzione afferma inequivocabilmente che l'adozione *può*, ma non *deve* ⁽⁷⁶⁾, essere convertita in un'adozione che abbia per effetto d'interrompere il preesistente legame. Inoltre, il richiamo contenuto nell'art. 27, par. 1, lett. b, alle disposizioni di cui all'art. 4, lett. c, costituisce un ostacolo difficilmente superabile.

Quest'ultima norma prevede l'obbligo di assicurarsi che le «istituzioni ed autorità, il cui consenso è richiesto per l'adozione [...], s[ia]no state debitamente informate sulle conseguenze del loro consenso, particolarmente a proposito della conservazione o della rottura, a causa dell'adozione, dei legami giuridici fra il minore e la sua famiglia di origine». E, con specifico riferimento ai provvedimenti di *kafalah* emanati in Paesi di diritto islamico, non si può affatto presumere che le istituzioni e le autorità competenti dello Stato prestino il consenso a un'adozione incompatibile col diritto islamico,

⁽⁷⁵⁾ Cfr. B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 1999, 298; A. Beghé Loretì-M. Orlandi, *L'adozione da parte di persona sola: in merito ad una non condivisibile interpretazione della Convenzione di Strasburgo*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 252. Sulla diretta applicabilità delle norme di un trattato, v. Cass., 7 aprile 1971, n. 1028, in *Foro it.*, 1971, I, 3013; Cass., 23 novembre 1988, in *Cass. pen.*, 1989, 1418; Cass., 26 aprile 1990, in *Cass. pen.*, 1991, 389; Cass., 21 luglio 1995, n. 7950, in *Foro it.*, 1995, I, 3409.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. l'*Explanatory Report*, cit., punto 480.

né si può ritenere che, se eventualmente dato, il consenso alla rottura del legame di filiazione naturale e alla creazione di un nuovo legame di filiazione sia espresso validamente ⁽⁷⁷⁾.

Infine, giova ricordare che la Convenzione non è volta alla creazione di un diritto uniforme, bensì, come precisato dall'art. 1 della stessa, a «instaurare un sistema di cooperazione tra gli Stati contraenti [...]» e ad «assicurare il riconoscimento, negli altri Stati contraenti, delle adozioni realizzate in conformità con la Convenzione». Essa, dunque, non è finalizzata, né potrebbe esserlo, a facilitare la cooperazione con Paesi non aderenti, né ad assicurare il riconoscimento delle adozioni di minori provenienti da Paesi terzi: infatti, costituisce un principio di diritto internazionale generale assolutamente consolidato – che, come tale, assume in Italia il rango di norma costituzionale ⁽⁷⁸⁾ – quello per cui *pacta tertiis neque nocent neque prosunt* ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁷⁾ Come chiarito da R. David, *I grandi sistemi*, cit., 410, «[l]a sottomissione dello Stato a questi principi [di diritto islamico] è proclamata così dalla Costituzione in Marocco, Tunisia, Mauritania, Siria, nella Repubblica araba dello Yemen, in Iran, in Afghanistan, nel Pakistan».

⁽⁷⁸⁾ Com'è noto, l'adattamento del diritto italiano interno al diritto internazionale generale è regolato dall'art. 10 Cost., secondo cui «[l]'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute»: v., per tutti, B. Conforti, *Diritto internazionale*, cit., 305 ss.

⁽⁷⁹⁾ V., per tutti, M. Giuliano-T. Scovazzi-T. Treves, *Diritto internazionale. Parte generale*, Milano, 1991, 321.

7. *La riconoscibilità della kafalah come adozione non legittimante.*

Dopo aver constatato che la l. 184/1983, in assenza di un Accordo bilaterale o della ratifica della Convenzione dell'Aja da parte di uno Stato di diritto islamico, non offre la possibilità di riconoscere o convertire un provvedimento di *kafalah* in adozione legittimante o affidamento ⁽⁸⁰⁾, occorre verificare se, con riferimento alla normativa italiana, esistano altri strumenti utilizzabili per attribuire valore giuridico alla *kafalah*.

Occorre anzitutto considerare che, se la *kafalah* non presenta le caratteristiche giuridiche di un'adozione legittimante e, di conseguenza, non è riconoscibile come tale, essa presenta tuttavia molte delle caratteristiche dell'adozione c.d. semplice, semipiena, ordinaria, non legittimante o in casi particolari, prevista dall'art. 44 l. 184/1983 ⁽⁸¹⁾.

Disciplinata dal Titolo IV della l. 184/1983, l'adozione in casi particolari è consentita a prescindere dalla dichiarazione di adottabilità e anche in presenza di altri figli: a) ove l'adottante sia persona unita al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, quando il minore sia orfano di padre e di madre; b) ove l'adottando sia figlio adottivo del coniuge dell'adottante; c) ove il minore sia handicappato e orfano di padre e di madre; d) ove consti l'impossibilità di un affidamento

⁽⁸⁰⁾ Il carattere definitivo della *kafalah* è tale da escludere che essa possa essere equiparata a un provvedimento di affidamento – istituto, questo, che invece ha carattere prettamente temporaneo: cfr. L. Fadiga, *L'adozione*, cit., 97.

⁽⁸¹⁾ Secondo A. Pino, *Diritto di famiglia*, Padova, 1999, 232, «[l]a adozione in casi particolari, come è chiamata dalla legge, sembra [...] un residuo della antica adozione ordinaria».

preadottivo. Nei casi sub a), c) e d) l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato; peraltro, se l'adottante è persona coniugata e non separata, l'adozione può essere disposta solo a seguito di richiesta di entrambi i coniugi (art. 44).

Ai fini di questa forma di adozione, oltre a dover essere personalmente sentito l'adottando o il suo legale rappresentante (art. 45), è necessario l'assenso dei genitori e dell'eventuale coniuge dell'adottando (art. 46).

Sul piano degli effetti, se il minore è adottato da due coniugi, o dal coniuge di uno dei genitori, la responsabilità genitoriale sull'adottato ed il relativo esercizio spettano ad entrambi; l'adottante ha l'obbligo di mantenere l'adottato, di istruirlo ed educarlo; se l'adottato ha beni propri, l'amministrazione di essi, durante la sua minore età, spetta all'adottante, che non ne ha l'usufrutto legale ma può impiegare le rendite per le spese di mantenimento, istruzione ed educazione del minore con l'obbligo di investire l'eccedenza in modo fruttifero (art. 48). Trovano inoltre applicazione gli artt. 293, 294, 295, 299, 300 e 304 cod. civ. (art. 55).

Competente a pronunciarsi sull'adozione è il tribunale per i minorenni del distretto dove si trova il minore (art. 56), che verifica i presupposti dell'adozione e se questa realizzi il preminente interesse del minore, disponendo l'esecuzione di adeguate indagini (art. 57).

Come nella *kafalah*, con l'adozione in casi particolari l'adottato non assume lo *status* di figlio dell'adottante ⁽⁸²⁾; non interrompe i rapporti con la

⁽⁸²⁾ Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile. 2. La famiglia e le successioni*, Milano, 2001, 397; A. Pino, *Diritto di famiglia*, cit., 211 e 222. Con l'adozione in casi particolari, infatti, il minore affianca al proprio *status* di figlio naturale o legittimo quello di figlio adottivo.

famiglia di origine (art. 300 cod. civ.) ⁽⁸³⁾, pur aggiungendo al proprio cognome quello del genitore adottivo (art. 299, co. 1, cod. civ.) ⁽⁸⁴⁾; non perde la propria cittadinanza, con la conseguenza che, se il minore viene trasferito all'estero, egli continua a giovare della protezione eventualmente riconosciutagli dal proprio Paese d'origine ⁽⁸⁵⁾. Inoltre, come nel caso della *kafalah*, il genitore adottivo assume il dovere di educare, istruire e mantenere il figlio, esercita su di lui la responsabilità genitoriale ⁽⁸⁶⁾ e il minore non acquisisce diritti successorî nei confronti della famiglia adottiva (art. 304 cod. civ.) ⁽⁸⁷⁾. A differenza, invece, di quanto avviene con la *kafalah*, il minore oggetto di adozione semplice acquista i diritti successorî nei confronti dell'adottante e i rapporti giuridici che lo legano a lui non cessano con la maggiore età.

In sostanza, l'adozione in casi particolari si distingue da quella legittimante per gli effetti meno intensi, per il più ristretto campo d'applicazione e

⁽⁸³⁾ V. T. Auletta, *Il diritto di famiglia*, Torino, 1999, 369; A. Beghé Loreti-L. Fadiga, *Italy*, in *Adoptions Laws*, The Hague, 1996, 5 ss.; A. Pino, *Diritto di famiglia*, cit., 234; G. Cattaneo, *Adozione*, in *Dig. IV civ.*, I, Torino, 1988, 94 ss.; M. Franchi, *Commento all'art. 39 della l. 31 maggio 1995 n. 218*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, 1202 ss.

⁽⁸⁴⁾ V. A. Beghé Loreti, *Italy*, cit., 29; G. Cattaneo, *Adozione*, cit., 121.

⁽⁸⁵⁾ V., per approfondimenti, v. A. Beghé Loreti, *L'adozione dei minori nei Paesi europei*, in *L'adozione dei minori nelle legislazioni europee*, a cura di A. Beghé Loreti, Milano, 1986.

⁽⁸⁶⁾ Così T. Auletta, *Il diritto*, cit., 369; v. pure, sul punto, G. Cattaneo, *Adozione*, cit., 121.

⁽⁸⁷⁾ V. M. Franchi, *Commento all'art. 39 della l. 31 maggio 1995 n. 218*, cit., 1207, nonché G. Cattaneo, *Adozione*, cit., 121. *Contra*, T. Auletta, *Il diritto*, cit., 369.

per la diversità dei requisiti richiesti in capo ai soggetti coinvolti. Per contro, la legge assegna all'adozione semplice una funzione di *tutela del minore* pressoché identica a quella dell'adozione piena, garantendo entrambe in via prioritaria il diritto del minore stesso ad essere accolto in un nucleo familiare idoneo a crescerlo e ad educarlo ⁽⁸⁸⁾. Non sembra, pertanto, che lo *status filiationis* così determinato possa essere considerato alla stregua di un *quid minus* rispetto all'adozione piena ⁽⁸⁹⁾, essendo comunque «in grado di assicurare al minore, secondo la lettera della Convenzione di Strasburgo, un *foyer stable et harmonieux*» ⁽⁹⁰⁾; né sembra che convertire una *kafalah* in adozione in casi particolari comporti una protezione del minore inferiore a quella che sarebbe offerta, nella stessa circostanza, al minore proveniente da uno Stato europeo ⁽⁹¹⁾: al contrario, significa rispettare le tradizioni culturali, religiose e giuridiche del Paese dal quale egli proviene. Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto da parte della dottrina ⁽⁹²⁾, l'adozione non

⁽⁸⁸⁾ Cfr. G. Cattaneo, *Adozione*, cit., 117.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. J. Long, *Adozione*, cit., 158; *contra*, A. Galoppini, *L'adozione*, cit., 140.

⁽⁹⁰⁾ Così Cass., 5 ottobre 1992, n. 10923, in *Foro it.*, 1993, I, 2638. Si vedano anche Cass., 11 gennaio 1988, n. 677, in *Giust. civ.*, 1988, I, 966; Cass., 16 giugno 1982, n. 3673, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1806, con nt. di M. Dogliotti; C. cost., 16 maggio 1994, n. 183, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1434 ss., e in *Foro it.*, 1995, I, 3408 ss., in conformità con quanto disposto all'art. 8, par. 2, della Convenzione di Strasburgo. La *Convenzione europea in materia di adozione di minori* di Strasburgo è stata ratificata dall'Italia con l. 22 maggio 1974, n. 357 (*Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea in materia di adozione di minori firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967*).

⁽⁹¹⁾ Tesi, invece, sostenuta da A. Galoppini, *L'adozione*, cit., 140.

⁽⁹²⁾ Cfr. J. Long, *Adozione*, cit., 157; Ead., *Ordinamenti*, cit., 178.

legittimante non dovrebbe essere considerata contraria al diritto islamico, visto che, in conformità col Corano, essa «non fa vostri i figli che adottate»⁽⁹³⁾.

8. *La procedura. Prima possibilità: l'applicabilità della l. 184/1983.*

Si profila concretamente, così, la possibilità di riconoscere in Italia una *kafalah* quale adozione semplice o in casi particolari⁽⁹⁴⁾. Resta peraltro da accertare quale sia la procedura da seguire, profilandosi due possibilità: o agire in applicazione della l. 218/1995, o proseguire nell'ambito di applicazione della l. 184/1983.

Ora, come confermato dalla giurisprudenza del tribunale per i minorenni di Trento, non sembra potersi escludere l'applicabilità della l. 184/1983 ai casi di adozione non legittimante effettuati all'estero. Nonostante il Titolo III di tale provvedimento sia volto a dare attuazione alle disposizioni della Convenzione dell'Aja in materia di adozione legittimante, il relativo art. 44 mantiene in vigore specifiche disposizioni in materia di adozione in casi particolari.

Vi è da aggiungere che l'art. 31, co. 2, l. 183/1984 prevede che, nei casi contemplati dall'art. 44, co. 1, lett. *a*, della stessa legge, il tribunale per i minorenni possa autorizzare gli aspiranti genitori adottivi a non avvalersi

⁽⁹³⁾ XXXIII, 4-5. In effetti, nel diritto islamico, ciò che è vietato è la creazione del legame di filiazione artificiale su cui è fondata l'adozione così come intesa in Europa, ma l'adozione in casi particolari non crea affatto un legame di filiazione.

⁽⁹⁴⁾ Così anche Trib. minorenni Trento, 11 marzo 2002, cit.

dell'intermediazione dell'ente autorizzato per l'espletamento delle necessarie attività all'estero ⁽⁹⁵⁾; di conseguenza, si deve ritenere che le altre procedure previste dal nuovo testo della l. 184/1983 siano pienamente applicabili ⁽⁹⁶⁾; se ne deduce, inoltre, che nelle altre circostanze in cui trova applicazione l'art. 44 le procedure previste dalla l. 184/1983 debbano essere considerate applicabili: non avrebbe alcun senso, infatti, esentare gli aspiranti genitori dall'obbligo di rispettare procedure cui, in ogni caso, essi non sarebbero soggetti.

Occorre ricordare, tuttavia, che la legge italiana richiama solamente le *adozioni* straniere e i provvedimenti di *adozione* o di *affidamento* preadottivo emanati all'estero. A tali nozioni non sembrano essere pienamente riconducibili i provvedimenti di *kafalah*, i quali presentano, comunque, numerosi profili di somiglianza rispetto all'adozione semplice. In assenza di giurisprudenza consolidata sul punto, non può affermarsi con certezza che la l. 184/1983 (nella parte in cui disciplina le adozioni in casi particolari) sia o meno applicabile alla *kafalah*. Sembra, quindi, opportuno tentare di delineare le procedure all'uopo applicabili.

Nel caso in cui si ritenga che il nuovo testo della l. 184/1983 sia applicabile alla *kafalah* anche in assenza di un accordo bilaterale o della ratifica da parte di un Paese musulmano della Convenzione dell'Aja, è indispensabile

⁽⁹⁵⁾ L'art. 31, co. 2, del nuovo testo della l. 184/1983 dispone che «[n]elle situazioni considerate dall'art. 44, co. 1, lett. a) il Tribunale per i minorenni può autorizzare gli aspiranti adottanti, valutate le loro personalità, ad effettuare direttamente le attività previste alle lett. b), d), e), ed h) del comma 3 del presente articolo».

⁽⁹⁶⁾ Cfr. M. Orlandi, *Adozione internazionale di minore "in casi particolari". Quale la procedura applicabile?*, in *Giur. mer.*, 2001, I, 707.

che gli aspiranti genitori adottivi chiedano ed ottengano il decreto d'idoneità all'adozione ⁽⁹⁷⁾; essi devono poi rivolgersi ad un ente autorizzato, con la sola eccezione del caso contemplato dall'art. 44, co. 1, lett. *a*, con riferimento all'ipotesi di genitori legati al minore da particolari vincoli (caso in cui, come si è detto, il tribunale per i minorenni può autorizzare gli aspiranti genitori adottivi ad operare con una intermediazione più limitata). Se tali procedure saranno state seguite, la Commissione autorizzerà ⁽⁹⁸⁾ l'ingresso del minore in Italia, sempreché dagli atti disponibili emergano la condizione di abbandono del medesimo o la cessazione dei rapporti giuridici tra il minore e la famiglia di origine ⁽⁹⁹⁾ e il rispetto delle condizioni fis-

⁽⁹⁷⁾ Ai sensi dell'art. 36, co. 2, del nuovo testo della l. 184/1983, «[l]'adozione o affidamento a scopo adottivo, pronunciati in un Paese non aderente alla Convenzione, né firmatario di accordi bilaterali, possono essere dichiarati efficaci in Italia a condizione che [...] gli adottanti abbiano ottenuto il decreto di idoneità previsto dall'articolo 30 e le procedure adottive siano state effettuate con l'intervento della Commissione di cui all'articolo 38 e di un ente autorizzato».

⁽⁹⁸⁾ Ai sensi dell'art. 36, co. 2, del nuovo testo della l. 184/1983, «[l]'adozione o affidamento a scopo adottivo, pronunciati in un Paese non aderente alla Convenzione, né firmatario di accordi bilaterali, possono essere dichiarati efficaci in Italia a condizione che [...] sia stata concessa l'autorizzazione prevista dall'articolo 39, comma 1, lettera *h*)».

⁽⁹⁹⁾ Ai sensi dell'art. 36, co. 2, del nuovo testo della l. 184/1983: «l'adozione o affidamento a scopo adottivo, pronunciati in un Paese non aderente alla Convenzione, né firmatario di accordi bilaterali, possono essere dichiarati efficaci in Italia a condizione che [...] sia accertata la condizione di abbandono del minore straniero, o il consenso dei genitori naturali ad una adozione che determini per il minore adottato l'acquisizione dello sta-

sate nel decreto di idoneità ⁽¹⁰⁰⁾; il tribunale per i minorenni potrà, quindi, riconoscere il provvedimento straniero quale adozione in casi particolari.

Non può negarsi che talune difficoltà possono derivare dal disposto dell'art. 32 l. 184/1983, in base al quale la Commissione non è abilitata a concludere che l'adozione risponde al superiore interesse del minore e, quindi, ad autorizzare l'ingresso in Italia dello stesso, quando l'adozione pronunciata nel Paese straniero non determini la cessazione dei rapporti giuridici tra il minore e la sua famiglia di origine ⁽¹⁰¹⁾. Poiché la *kafalah* ga-

to di figlio legittimo degli adottanti e la cessazione dei rapporti giuridici fra il minore e la famiglia d'origine».

⁽¹⁰⁰⁾ Ai sensi dell'art. 36, co. 2, del nuovo testo della l. 184/1983, «[l]'adozione o affidamento a scopo adottivo, pronunciati in un Paese non aderente alla Convenzione, né firmatario di accordi bilaterali, possono essere dichiarati efficaci in Italia a condizione che [...] siano state rispettate le indicazioni contenute nel decreto di idoneità».

⁽¹⁰¹⁾ Ai sensi dell'art. 32 del nuovo testo della l. 184/1983, «[l]a Commissione di cui all'articolo 38, ricevuti gli atti di cui all'articolo 31 e valutate le conclusioni dell'ente incaricato, dichiara che l'adozione risponde al superiore interesse del minore e ne autorizza l'ingresso e la residenza permanente in Italia.

La dichiarazione di cui al comma 1 non è ammessa: *a)* quando dalla documentazione trasmessa dall'autorità del Paese straniero non emerge la situazione di abbandono del minore e la constatazione dell'impossibilità di affidamento o di adozione nello Stato di origine; *b)* qualora nel Paese straniero l'adozione non determini per l'adottato l'acquisizione dello stato di figlio legittimo e la cessazione dei rapporti giuridici fra il minore e la famiglia di origine, a meno che i genitori naturali abbiano espressamente consentito al prodursi di tali effetti.

rantisce la sopravvivenza dei rapporti giuridici tra il minore e la propria famiglia di origine, la Commissione sarà abilitata ad autorizzarne l'ingresso solamente quando il minore versi in un'effettiva situazione di abbandono e non esista alcun membro della famiglia con cui possa mantenere rapporti. A meno che il minore non sia figlio di persone ignote, la dimostrazione di una simile condizione non sembra facile da fornire, a meno di attribuire alla *kafalah* una funzione che non le è propria: quella di certificare la condizione di abbandono ⁽¹⁰²⁾ del minore sulla base del fatto che, nei Paesi di diritto islamico, tale istituto costituisce «lo strumento principale di sostegno all'infanzia abbandonata» ⁽¹⁰³⁾.

Peraltro, la questione se sia legittima la dichiarazione dello stato di adottabilità, cui non possono opporsi i coniugi affidatarî, del minore marocchino trasferito in Italia e affidato a coniugi italiani in base alla *kafalah*, ha ricevuto risposta positiva da parte dei giudici di legittimità ⁽¹⁰⁴⁾, in quanto

Anche quando l'adozione pronunciata nello Stato straniero non produce la cessazione dei rapporti giuridici con la famiglia d'origine, la stessa può essere convertita in una adozione che produca tale effetto, se il tribunale per i minorenni la riconosce conforme alla Convenzione. Solo in caso di riconoscimento di tale conformità è ordinata la trascrizione.

Gli uffici consolari italiani all'estero collaborano, per quanto di competenza, con l'ente autorizzato per il buon esito della procedura di adozione. Essi, dopo aver ricevuto formale comunicazione da parte della Commissione ai sensi dell'articolo 39, comma 1, lettera *h*), rilasciano il visto di ingresso per adozione a beneficio del minore adottando».

⁽¹⁰²⁾ Tale soluzione è stata avanzata, in dottrina, da J. Long, *Ordinamenti*, cit., 177.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. J. Long, *Adozione*, cit., 155.

⁽¹⁰⁴⁾ Cass., 4 novembre 2005, n. 21395, in *Fam. e dir.*, 2006, 243, con nt. di Gelli, *Ancora sulla kafala*, cit.; in *Guida al dir.*, 2005, 45, 28, con nt. di Fiorini; in *Giust.*

l'istituto della *kafalah*, previsto dalla legge marocchina quale strumento di protezione dell'infanzia e, come tale, riconosciuto dalla Convenzione sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989, non attribuisce all'affidatario, dal punto di vista giuridico, né la tutela né la rappresentanza legale del minore, conferendogli soltanto un potere-dovere di custodia, a tempo sostanzialmente indeterminato, coi contenuti educativi di un vero e proprio affidamento preadottivo.

Ne consegue, inoltre, che in capo all'affidatario non sussiste la legittimazione a proporre l'opposizione alla dichiarazione dello stato di adottabilità ex art. 17 l. 184/1983, riservata al tutore del minore o a chi si trovi in una posizione equiparabile. Tale affidatario, in quanto titolare di un potere di custodia assimilabile a quello di affidamento, è da ritenere legittimato a spiegare soltanto intervento adesivo dipendente, in quanto portatore non già di un diritto proprio confliggente con l'oggetto del giudizio di opposizione alla dichiarazione di adottabilità, ma di un mero interesse a non vedere pregiudicata la propria aspettativa all'adozione; onde, qualora egli sia intervenuto, non può impugnare la decisione in via autonoma e principale, ma solo in via incidentale adesiva rispetto all'impugnazione eventualmente proposta dalla parte adiuvata ⁽¹⁰⁵⁾.

Si può, comunque, osservare che un'applicazione rigorosa del citato art. 32 alla *kafalah* finirebbe col risultare contraria allo spirito della l. 183/1984, la quale ha mantenuto le previsioni della vecchia normativa sulle adozioni

civ., 2006, I, 2396; in *Dir. immigrazione*, 2006, 150; in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2006, 791; in *Giur. it.*, 2007, 611, con nt. di Gandolfi, *Adozione di straniero e diritto islamico*.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. V. Carbone, *Minore straniero affidato ad italiani in base alla kafalah*, in *Corr. giur.*, 2006, 24 ss.

internazionali in casi particolari. Una simile applicazione dell'art. 32 finirebbe con l'ostacolare ingiustificatamente le adozioni in casi particolari, che si è invece inteso garantire attraverso l'art. 44: non sarebbe possibile, ad esempio, l'adozione internazionale da parte di persone unite al minore, orfano di padre e di madre, da rapporto stabile e duraturo preesistente alla perdita dei genitori, ove vi fosse un lontano parente con cui il minore mantenga rapporti; analogamente, non sarebbe possibile l'adozione effettuata dal coniuge ove il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge.

In ogni caso, non potrebbe dubitarsi che la l. 184/1983 sia applicabile al riconoscimento della *kafalah* quale adozione in casi particolari in presenza di un accordo bilaterale. In questo caso, anzi, sarebbe aperta anche la via – ove ammesso dall'Accordo – del riconoscimento della *kafalah* quale adozione piena. Qualora si addivenisse a un accordo bilaterale volto a facilitare le adozioni legittimanti, le normali procedure previste dalla l. 184/1983 troverebbero regolare applicazione⁽¹⁰⁶⁾. In particolare, sarebbe necessario: che gli aspiranti genitori adottivi chiedano ed ottengano il decreto di idoneità all'adozione; che gli aspiranti genitori si rivolgano ad un ente autorizzato, con l'unica eccezione del già esaminato caso di cui all'art. 44, co. 1, lett. a; che intervenga l'autorizzazione della Commissione per le adozioni internazionali all'ingresso del minore. Un tale tipo di accordo, che la Commissione per le adozioni internazionali sarebbe pienamente legittimata a proporre

⁽¹⁰⁶⁾ Ai sensi dell'art. 36, co. 1, del nuovo testo della l. 184/1983, «[l']adozione internazionale dei minori provenienti da Stati che hanno ratificato la Convenzione, o che nello spirito della Convenzione abbiano stipulato accordi bilaterali, può avvenire solo con le procedure e gli effetti previsti dalla presente legge».

(¹⁰⁷), sarebbe pienamente compatibile con l'impostazione del nuovo testo della l. 184/1983 (¹⁰⁸).

Con riferimento alle adozioni legittimanti, peraltro, sembra difficile che un Paese islamico accetti che un proprio tradizionale strumento di tutela dei minori venga convertito in uno diverso, contrario alla propria legge. Per contro, sembra più probabile che un Paese islamico accetti di concludere accordi con l'Italia volti a far sì che un provvedimento di *kafalah* sia riconosciuto quale adozione semplice o in casi particolari.

9. (*Segue.*) *Seconda possibilità: l'applicabilità della l. 218/1995.*

La prevalente dottrina, peraltro, prospetta la percorribilità di fare applicazione della l. 218/1995. Tale possibilità sembra offerta dall'art. 41 di tale provvedimento, secondo cui un provvedimento straniero in materia di adozione può essere riconosciuto in Italia, sempreché non rientri nell'ambito di

(¹⁰⁷) Ai sensi dell'art. 39, co. 1, del nuovo testo della l. 184/1983, «[l]a Commissione per le adozioni internazionali: [...] *b*) propone la stipulazione di Accordi bilaterali in materia di adozione internazionale».

(¹⁰⁸) L'art. 36, co. 1, del nuovo testo della l. 184/1983, in sostanza, parifica il trattamento e le procedure applicabili ai minori provenienti da Paesi con i quali si siano stipulati accordi bilaterali «conformi allo spirito della Convenzione de L'Aja, a quelli applicabili ai minori provenienti da Paesi membri della Convenzione de L'Aja».

applicazione delle leggi speciali in materia di adozione ⁽¹⁰⁹⁾: come si è visto, la *kafalah* pare non rientrare in tale ambito. La corte d'appello territorialmente competente potrebbe, dunque, considerarsi legittimata a dichiarare l'efficacia in Italia di un'adozione semipiena ⁽¹¹⁰⁾.

Un'opinione confina il riconoscimento di un provvedimento straniero in materia di adozione, secondo le procedure previste dalla l. 218/1995, a quattro ipotesi: per l'adozione di persone maggiorenni; per le adozioni non legittimanti di minori pronunciate all'estero nei casi in cui l'art. 44 l. 184/1983 consente la pronuncia di un'adozione non legittimante; nei casi di adozione all'estero di minore italiano; nei casi di adozione all'estero di minore straniero da parte di adottanti stranieri ⁽¹¹¹⁾.

Se per una parte della dottrina non risulta indispensabile neppure l'esistenza dei presupposti previsti dall'art. 44 l. 184/1983 ⁽¹¹²⁾, si deve ri-

⁽¹⁰⁹⁾ L'art. 41 l. 218/1995 prevede che «[i] provvedimenti stranieri in materia di adozione sono riconoscibili in Italia ai sensi degli articoli 64, 65 e 66. Restano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione».

⁽¹¹⁰⁾ V. pure M. Franchi, *Commento all'art. 41 della l. 31 maggio 1995 n. 218*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, 1229 s.

⁽¹¹¹⁾ Così T. Ballarino, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, 490. Analoga impostazione è assunta da G. Facci, *Diritto internazionale privato*, Padova, 2000, 120, secondo cui sono «sottoposte alla disciplina dell'art. 41, comma 1, le adozioni di minori stranieri emesse dal giudice straniero nei confronti di cittadini stranieri o italiani residenti all'estero, le adozioni di minori non legittimanti e le adozioni di maggiorenni».

⁽¹¹²⁾ Come chiarito da A. Beghè Loreti, *Adozione internazionale*, cit., 52, «[i]l giudice italiano, ora, potrà pronunciare un'adozione non legittimante anche al di fuori delle ipote-

levare che, nel caso della *kafalah*, si ricade nell'ipotesi configurata alla lett. *c* di quest'ultima disposizione ⁽¹¹³⁾, che fa riferimento al caso del minore per il quale sia stata contestata l'impossibilità di un affidamento preadottivo e che sia orfano di padre e di madre: poiché nei Paesi islamici non esiste possibilità di affidamento preadottivo, la condizione può facilmente considerarsi soddisfatta.

L'adozione non legittimante pronunciata all'estero, qualificabile quale provvedimento di volontaria giurisdizione ⁽¹¹⁴⁾, potrebbe quindi essere riconosciuta in Italia «in modo automatico, se l'autorità straniera era competente secondo i principi sulla competenza giurisdizionale vigenti in Italia, o se la decisione è stata presa o è riconosciuta nello Stato la cui legge è applicabile secondo le regole di diritto internazionale privato, cioè nello Stato di

si previste dall'art. 44 a condizione che la legge straniera designata dall'art. 38 lo consenta».

⁽¹¹³⁾ L'art. 44 del vecchio testo della l. 184/1983 disponeva che «[i] minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al primo comma dell'articolo 7: *a*) da persone unite al minore, orfano di padre e di madre, da vincolo di parentela fino al sesto grado, da rapporto stabile e duraturo preesistente alla perdita dei genitori; *b*) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; *c*) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo».

Attualmente, a seguito dell'entrata in vigore della l. 28 marzo 2001, n. 149, l'art. 25 ha disposto la sostituzione della disposizione di cui alla lett. *c* con il seguente testo: «quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della l. 5 febbraio 1992 n. 104, e sia orfano di padre e di madre».

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. T. Ballarino, *Diritto internazionale*, cit., 491.

cui gli adottanti hanno la nazionalità, o in quello in cui risiedono, o hanno la propria residenza abituale»⁽¹¹⁵⁾.

Resta il fatto che la legislazione italiana stabilisce l'esigenza che un affidamento eterofamiliare o un'adozione non possano essere disposti che in favore di persone preventivamente dichiarate "idonee". È questo un principio che ben potrebbe qualificarsi di ordine pubblico, la cui violazione impedirebbe il riconoscimento del provvedimento straniero⁽¹¹⁶⁾. Ne deriva che, se è teoricamente possibile riconoscere in Italia la validità di una adozione straniera "semipiena", non può essere escluso il riconoscimento della *kafalah*, che, come si è visto, ha sostanzialmente lo stesso contenuto.

È ancora da precisare che, in sede di riconoscimento del provvedimento straniero, la corte d'appello non sarà abilitata a modificare la natura giuridica del provvedimento emanato all'estero, che dovrà essere riconosciuto valido in Italia quale *kafalah* e non, invece, come adozione non legittimante⁽¹¹⁷⁾.

Infine, come rilevato in dottrina, l'adozione semplice straniera o il provvedimento di *kafalah* produce l'effetto d'impedire che un tribunale dei mi-

⁽¹¹⁵⁾ Così T. Ballarino, *Diritto internazionale*, cit., 491.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. J. Long, *Adozione*, cit., 160.

⁽¹¹⁷⁾ V., infatti, M. Franchi, *Commento all'art. 41 della l. 31 maggio 1995 n. 218*, cit., 1232, secondo cui «[n]on sembra che la corte d'appello, ai sensi dell'art. 67 delegata all'accertamento dei requisiti del riconoscimento, possa, esaminato il provvedimento straniero, riconoscerlo collegandogli effetti diversi da quelli che l'atto produce nell'ordinamento di origine: essa, infatti, compie un'operazione di mero accertamento dell'esistenza dei requisiti richiesti dal legislatore italiano senza un potere di attribuzione di efficacia, chè tale efficacia è già propria dell'atto straniero automaticamente».

nori italiano pronunci successivamente un'adozione piena: in presenza di un'adozione semplice o di una *kafalah*, infatti, non sembra affatto possibile considerare che il minore versi in stato di abbandono ⁽¹¹⁸⁾.

La soluzione che fa leva sull'applicazione della l. 218/1995, sotto il profilo giuridico, sembra meritevole di accoglimento, benché possa rappresentare un facile strumento per eludere la rigorosa disciplina della l. 184/1983. L'opzione per il meccanismo disciplinato dalla l. 218/1995, inoltre, svincolando l'adozione dall'intervento di organi specializzati in diritto minorile, potrebbe finire col garantire in maniera insufficiente i diritti degli adottati.

10. *Kafalah e ricongiungimento familiare. Le prime pronunce di merito.*

Un secondo profilo, con riferimento al quasi è posto il problema del riconoscimento, nel nostro ordinamento, della *kafalah* di diritto islamico, è quello del ricongiungimento familiare di cui al Titolo IV del d. lgs. 268/1998.

L'istituto del ricongiungimento è strumento per la realizzazione del diritto all'unità familiare, ossia a mantenere o a riacquistare l'unità familiare nei confronti dei familiari stranieri, che l'art. 28 del decreto riconosce agli stranieri titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno rilasciato per motivi di lavoro subordinato o autonomo, ovvero per asilo, per studio, per motivi religiosi o per motivi familiari (co. 1). È inoltre espressamente affermato che, «[i]n tutti i procedimenti ammi-

⁽¹¹⁸⁾ Cfr., ancora, M. Franchi, *Commento all'art. 39 della l. 31 maggio 1995 n. 218*, cit., 1215; *contra*, A. Galoppini, *L'adozione*, cit., 149.

nistrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo», conformemente a quanto previsto dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989.

È appena il caso di osservare che il medesimo decreto esclude espressamente da tale riconoscimento i familiari stranieri di cittadini italiani o di uno Stato membro dell'Unione Europea, ai quali sono invece applicabili le disposizioni del d.P.R. 30 dicembre 1965, n. 1656 (oggi d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 30), fatte salve quelle più favorevoli del d. lgs. 268/1998 (art. 28, co. 2).

L'art. 29 del decreto stabilisce che lo straniero può chiedere il ricongiungimento per i seguenti familiari: a) coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni; b) 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; c) 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; d) genitori a carico, qualora non abbiano altri figli nel Paese di origine o di provenienza, ovvero genitori ultrasessantacinquenni, qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati, gravi motivi di salute (co. 1). Non è però consentito il ricongiungimento dei familiari di cui alle lettere a) e d), quando il familiare di cui si chiede il ricongiungimento è coniugato con un cittadino straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale (co. 1-ter).

Ai fini del ricongiungimento si considerano minori i figli di età inferiore a diciotto anni al momento della presentazione dell'istanza di ricongiungimento, e *i minori adottati o affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli* (co. 2). In ogni caso, la richiesta di ricongiungimento familiare è respinta se è accertato che il matrimonio o l'adozione hanno avuto luogo allo scopo esclusivo di consentire all'interessato di entrare o soggiornare nel territorio dello Stato (co. 9).

È inoltre prevista una disciplina del ricongiungimento familiare dei rifugiati (art. 29-bis), mentre l'art. 30 disciplina il permesso di soggiorno per motivi familiari e l'art. 31 contempla disposizioni a favore dei minori.

Alla luce di tale complessa disciplina, si pone il problema di stabilire se la *kafalah* possa considerarsi rilevante ai fini del ricongiungimento familiare nonostante la sua natura negoziale e l'assenza di un intervento giurisdizionale volto alla verifica dei presupposti di fatto della situazione di abbandono del minore e dell'idoneità del *kafil*.

Le prime pronunce della giurisprudenza italiana di merito in tema di *kafalah* si occuparono proprio del riconoscimento del relativo provvedimento straniero alla stregua di un provvedimento di affidamento o di adozione, ai fini del ricongiungimento familiare. Al problema fu data risposta negativa, sulla base delle irriducibili differenze tra la *kafalah* di diritto islamico e l'adozione o l'affidamento italiani ⁽¹¹⁹⁾, ovvero per carenza del presupposto di fatto rappresentato dalla mancanza di genitori viventi o inidonei, anche

⁽¹¹⁹⁾ V. Trib. minorenni Trento, 11 marzo 2002, cit.; App. Bari, 16 aprile 2004, in *Fam. e dir.*, 2005, 61 ss., con ampia nt. di R. Gelli.

solo temporaneamente, a svolgere il proprio ruolo, consistente nel mantenere, istruire ed educare i propri figli ⁽¹²⁰⁾.

Emblematica è una pronuncia del Tribunale di Reggio Emilia ⁽¹²¹⁾ in tema di riconducibilità della *kafalah* alle ipotesi (adozione, affidamento e tutela) che l'art. 29, co. 2, d. lgs. 286/1998 equipara alla filiazione ai fini del ricongiungimento familiare. Il Tribunale muove dalla corretta osservazione che la *kafalah* può assumere la forma del provvedimento giudiziario ovvero notarile (in quest'ultima ipotesi rientrava quello all'esame della Corte) di

⁽¹²⁰⁾ Così Trib. Reggio Emilia, 9 febbraio 2005, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2006, 906 ss., pronuncia che si segnala anche per aver ricondotto all'ordine pubblico il diritto all'unità familiare e il diritto del minore alla propria famiglia.

Si veda inoltre App. Torino, 14 luglio 2004, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2006, 899 ss., relativa al caso di due coniugi i quali avevano richiesto in affidamento alle autorità marocchine un minore abbandonato al preciso scopo di realizzare, di fatto, un'adozione, introducendo quindi illegalmente il minore in Italia in violazione dell'art. 33 l. 184/1983. Un caso simile è quello affrontato, più tardi, da Trib. minorenni Trento, 20 agosto 2009, in *Fam. e min.*, 2009, 9, 64 ss., con nt. di Finocchiaro, secondo cui, «[q]ualora coniugi italiani – in violazione delle norme sull'adozione internazionale – abbiano irregolarmente introdotto in Italia, un minore straniero e gli stessi risultino essere privi dei requisiti sia formali che sostanziali da potersi fare carico dell'adozione di quel minore – sì che il minore stesso risulti in stato di abbandono morale e materiale – deve dichiararsi lo stato di adottabilità di tale minore, ancorché nelle more [...] sia sopravvenuto, da parte del paese di origine del minore stesso (Algeria) un provvedimento – a sanatoria – di affidamento del minore a detti coniugi – *kafalah* di tipo negoziale – avendo il tribunale locale omologato una situazione già decisa tra privati senza alcuna verifica».

⁽¹²¹⁾ Trib. Reggio Emilia, 9 febbraio 2005, cit.

affidamento di un minore a una famiglia che si impegna ad accudirlo, mantenerlo ed educarlo come se fosse un figlio, e ciò in ragione di un impedimento assoluto ovvero temporaneo dei genitori, i quali restano peraltro tali. Osserva il Tribunale che l'ordinamento italiano riconosce la *kafalah* per il tramite della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ma che tale riconoscimento non può considerarsi incondizionato, dovendo comunque passare attraverso gli artt. 65 e 66 l. 218/1995 e i limiti ivi individuati.

In particolare, viene in rilievo il limite dell'ordine pubblico, che il Tribunale rileva essere «sotteso anche alla normativa sul ricongiungimento familiare», la quale, mirando a tutelare il ricongiungimento dei figli minori alla propria famiglia ed equiparando agli stessi i minori adottati, affidati o sottoposti a tutela, «ha come presupposto di fatto la mancanza di genitori viventi od inidonei (naturalmente o giuridicamente) anche solo temporaneamente, a svolgere il diritto-dovere di mantenere, istruire, ed educare i propri figli». È infatti «in ragione del conseguente stato di abbandono o di debolezza che si determina in capo al minore [...] operano quegli strumenti giuridici (adozione, affidamento e tutela) a loro volta espressione di principi di solidarietà e tutela dei minori».

Ciò posto, rileva il Tribunale che nel caso di specie i genitori biologici del minore appaiono idonei a svolgere il loro ruolo genitoriale e che pertanto non risultano i presupposti per invocare l'istituto del ricongiungimento familiare e giustificare l'affidamento del minore agli zii residenti in Italia. Osserva, inoltre, che l'atto di *kafalah* produce un effetto incompatibile col concetto di ordine pubblico desumibile dai fondamentali diritti all'unità familiare (art. 29 Cost.) ed alla tutela dei minori (art. 30 Cost.), e che «esso di

fatto finisce per incidere ingiustificatamente sul diritto preminente del minore alla propria famiglia».

11. *La giurisprudenza della Cassazione in tema di kafalah. L'orientamento favorevole al ricongiungimento familiare di minori affidati mediante kafalah.*

Successivamente, intervenne la prima pronuncia di legittimità in materia di *kafalah* ⁽¹²²⁾, di cui già si è detto, relativa a un caso di opposizione alla dichiarazione di adottabilità di un minore da parte del relativo affidatario in *kafalah*. In tale occasione, la Corte rilevò come tale strumento di protezione non attribuisca all'affidatario, da un punto di vista giuridico-formale, né la tutela né la rappresentanza legale del minore, ma soltanto «un potere-dovere di custodia, a tempo sostanzialmente indeterminato, con i contenuti educativi di un vero e proprio affidamento preadottivo».

In pronunce successive, la stessa Corte ha però collocato la *kafalah* in una posizione intermedia tra l'affidamento e l'adozione, sottolineando come essa si avvicini a quest'ultima in quanto si prolunga tendenzialmente fino alla maggiore età dell'affidato (e non è quindi temporanea come l'affidamento), pur non creando, diversamente dall'adozione, un vincolo familiare tra gli affidatari e l'affidato, e non interrompendo il rapporto di quest'ultimo con la propria famiglia d'origine. Si fa qui riferimento alle pronunce che, oltre due anni più tardi rispetto alla prima, sono intervenute

⁽¹²²⁾ Cass., 4 novembre 2005, n. 21395, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Adoz.*, 44.

sulla questione, che ora ci occupa, del ricongiungimento familiare di un minore affidato in *kafalah* ⁽¹²³⁾.

La Cassazione ha riconosciuto che la *kafalah* marocchina può fungere da presupposto per il ricongiungimento familiare in quanto equiparabile all'affidamento (evocato dall'art. 29, co. 2, d. lgs. 286/1998): orientamento questo consolidatosi attraverso altre successive pronunce di legittimità ⁽¹²⁴⁾. E una nuova conferma di tale indirizzo è intervenuta nel 2010 ⁽¹²⁵⁾, allorché la Suprema Corte ha affermato che «[l']istituto della *kafalah* [...] presenta caratteri comuni – fuori dai casi in cui abbia base esclusivamente negoziale (per cui restano margini di dubbio) – con l'affidamento previsto dall'ordinamento nazionale [...], prevalenti su quelli divergenti, non avendo entrambi gli istituti, a differenza dell'adozione, effetti legittimanti, e non incidendo, né l'uno né l'altro, sullo stato civile del minore». Ne consegue, quindi, l'idoneità dell'istituto a fungere da presupposto per il ricongiungimento familiare.

Nel *leading case* di tale orientamento ⁽¹²⁶⁾, la Corte d'appello aveva disposto con decreto – in riforma del precedente provvedimento negativo del

⁽¹²³⁾ La prima in ordine di tempo è Cass., 20 marzo 2008, n. 7472, in *Fam. e dir.*, 2008, 675 ss., con nt. di R. Gelli; in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2008, 809 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1229 ss., con nt. di J. Long.

⁽¹²⁴⁾ Cass., 2 luglio 2008, n. 18174, in *Fam. e dir.*, 2008, 1238 ss.; Cass., 17 luglio 2008, n. 19724, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 891 ss., con nt. di Racheli, e n. 19734, in *Foro it.*, 2009, I, 1179 ss., in *Fam. e dir.*, 2009, 481 ss., con nt. di De Feis, e in *Dir. immigr. citt.*, 2009, 2, 198 ss., con nt. di J. Long.

⁽¹²⁵⁾ Cass., 28 gennaio 2010, n. 1908, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2694 ss.

⁽¹²⁶⁾ Il riferimento è ancora a Cass., 20 marzo 2008, n. 7472, cit.

tribunale – il rilascio a una minore del visto (inizialmente negato dal consolato d'Italia a Casablanca) per il ricongiungimento familiare a un cittadino marocchino e a sua moglie, cui la minore stessa era stata affidata in custodia dai propri genitori mediante *kafalah*. Avverso tale decreto aveva proposto ricorso il Ministero degli affari esteri, non potendo – a suo avviso – equipararsi la *kafalah* ad alcuno dei rapporti per cui la citata disposizione, insuscettibile di interpretazione analogica, giustifica l'istituto – di natura eccezionale – del ricongiungimento familiare.

Il Supremo Collegio si è espresso, invece, in senso opposto, rigettando il ricorso e affermando, quanto all'interpretazione dell'art. 29 d. lgs. 286/1998, che, laddove i valori costituzionali di riferimento siano plurimi (da un lato, l'esigenza di protezione dei minori, dall'altro, la tutela dei confini dello Stato), potrà considerarsi adeguata solo quell'interpretazione della normativa che realizzi un *equo bilanciamento* di tutti gli interessi coinvolti.

Con riferimento alla disciplina del ricongiungimento familiare, se al pericolo di strumentalizzazione a fini elusivi della normativa in materia di immigrazione può porsi rimedio attraverso i controlli interni al complesso procedimento autorizzatorio che si conclude col rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari, va anche considerato che una pregiudiziale esclusione del ricongiungimento per i minori affidati mediante *kafalah* penalizzerebbe tutti i minori illegittimi, orfani o comunque in stato di abbandono provenienti da paesi di diritto islamico, per i quali la stessa *kafalah* rappresenta l'unico istituto di protezione. Negli ordinamenti musulmani, come già si è detto, stante l'illiceità di qualsiasi congiungimento carnale al di fuori dal matrimonio, è escluso ogni effetto giuridico della paternità naturale: il dovere di solidarietà e fratellanza sancito dal Corano è

assolto, nei confronti dei minori illegittimi, orfani o comunque abbandonati, mediante lo strumento della *kafalah*, senza che l'affidato (*makfoul*) entri giuridicamente a far parte della famiglia che lo accoglie.

In definitiva, la Cassazione esclude, anzitutto, che la previsione dell'art. 29 citato abbia carattere eccezionale e sia, per ciò solo, insuscettibile d'interpretazione analogica oltre i casi da essa espressamente contemplati. Ciò sia perché vale il canone di esegesi costituzionalmente orientata, che impone un equo bilanciamento fra la *ratio* di contenimento dei flussi migratori, a difesa del territorio dello Stato, e la superiore esigenza di protezione del minore straniero e di tutela dell'unità familiare; sia perché il meccanismo di operatività dell'istituto del ricongiungimento – destinato, proprio in virtù della sua vocazione internazionalistica, a operare in costanza di fattispecie che presentino elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano – postula non già una perfetta sovrapposizione, ma solo una più generica *equiparabilità* tra i rapporti parentali menzionati dalla norma e i corrispondenti istituti stranieri che ad essi, in presenza di un identico obiettivo di tutela, siano avvicinati (127).

Resta peraltro da verificare se la *kafalah* sia effettivamente assimilabile agli istituti di affiliazione che la medesima norma, a sua volta, equipara alla procreazione naturale. Una chiave di lettura in questo senso è offerta

(127) Così J. Long, *Il ricongiungimento*, cit., 1833, che osserva come «[i]nterpretare formalisticamente l'art. 29 [...], richiedendo la coincidenza totale e assoluta degli effetti tra la misura straniera di protezione del minore e l'affidamento, l'adozione e la tutela così come disciplinati nel diritto italiano, porterebbe inevitabilmente a concedere il ricongiungimento nei soli casi (che mi paiono meramente teorici) in cui il diritto straniero coincida con quello italiano e, dunque, a escludere di fatto l'operatività della norma stessa».

dall'art. 28, co. 3, d. lgs. 286/1998, secondo cui, «[i]n tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo». Tale Convenzione, all'art. 20, dispone a sua volta che «[o]gni fanciullo il quale è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto a una protezione e ad aiuti speciali dello Stato. Gli Stati parti prevedono per questo fanciullo una protezione sostitutiva, in conformità con la loro legislazione nazionale. 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».

Ora, il fatto che tale appiglio normativo sia contenuto proprio nella disposizione che precede (e detta le linee di principio cui è ispirato) l'art. 29 d. lgs. 286/1998 è un indice univoco della volontà del legislatore di riconoscere astrattamente nella *kafalah* uno dei mezzi di protezione dell'infanzia idonei a fondare i presupposti per il ricongiungimento familiare del minore extracomunitario. Del resto, non solo nell'unico precedente di legittimità sul punto si era affermato che «[l]'istituto della *kafalah* attribuisce una custodia del minore, assimilabile, come concetto giuridico, alla figura

dell'affidamento»⁽¹²⁸⁾, ma, da un confronto tra i termini di paragone, emerge pure che la *kafalah* è forse più vicina all'adozione che non l'affidamento. Mentre quest'ultimo realizza, infatti, una sistemazione soltanto provvisoria del minore, in vista di un suo prossimo reinserimento nella famiglia d'origine, la *kafalah* – pur non incidendo, al pari dell'affidamento, sullo stato civile del minore⁽¹²⁹⁾ – instaura tra *makfoul* e *kafil* un legame stabile, destinato a protrarsi sino al raggiungimento della maggiore età del soggetto affidato.

Sicché, se la normativa del ricongiungimento familiare è applicabile all'affidamento, essa sarà estensibile *a fortiori* all'istituto della *kafalah*⁽¹³⁰⁾.

⁽¹²⁸⁾ Cass., 4 novembre 2005, n. 21395, cit., che peraltro smentisce le naturali conseguenze di tale argomentazione, disconoscendo, dal punto di vista processuale, la legittimazione del *kafil* a contraddire la dichiarazione di adottabilità del minore.

⁽¹²⁹⁾ L'istituto della *kafalah* – neppure menzionato dal *Code du statut personnel et successoral* marocchino (c.d. *Moudawana*) – è regolato da fonti consuetudinarie e dal recente *dahir* n. 1-02-172 del 13 giugno 2002 (*Prise en charge des enfants abandonnés*): tale decreto, all'art. 2, precisa come il *kafil* prenda l'impegno «*au même titre que le ferait un père pour son fils*», salvo specificare che «*[l]a kafalah ne donne pas de droit à la filiation*».

⁽¹³⁰⁾ Un orientamento di segno nettamente opposto si registra in Francia, Paese che ha assunto un atteggiamento di particolare chiusura rispetto alla *kafalah*, considerata un istituto non equiparabile all'adozione. Come confermato dalla circolare del ministero della giustizia francese del 16 febbraio 1999, relativa all'adozione internazionale, il diritto internazionale privato francese non consente che siano pronunciate decisioni che conferiscano a dei cittadini stranieri uno *status* non riconosciuto nel loro Paese di origine. Ne deriva, quindi, che in Francia non può essere riconosciuto come adozione un provvedimento

Diversamente opinando, si giungerebbe all'inaccettabile conseguenza che il minore marocchino ammesso in custodia nel suo Stato d'origine non potrebbe mai ricongiungersi al suo nucleo familiare ricostituito in Italia, posto che, nei Paesi islamici, l'adozione è vietata e la *kafalah* è l'unico strumento di tutela per i minori privi di una sistemazione familiare. Come osserva la Suprema Corte, dunque, «[u]na pregiudiziale esclusione [...] del requisito per il ricongiungimento familiare per i minori affidati in *Kafalah*, penalizzerebbe (anche con *vulnus* al principio di eguaglianza) tutti i minori, di paesi arabi, illegittimi, orfani o comunque in stato di abbandono».

Resta peraltro il dubbio che, nell'ipotesi (profilata dal Ministero ricorrente) in cui la *kafalah* sia disposta al di fuori delle procedure istituzionalizzate, ossia con accordo di natura meramente negoziale tra il genitore e il *kafil*, l'istituto si presti a strumentalizzazioni volte all'elusione della disciplina di controllo dell'immigrazione. Con riguardo alle fonti di formale investitura del *kafil*, deve infatti ricordarsi che due sono le tipologie di *kafalah* che convivono nell'ordinamento marocchino: accanto alla modalità procedimentalizzata e delineata dal decreto legislativo vigente, che fa discendere gli effetti dell'affidamento da un provvedimento giudiziale emesso al ricorrere di determinate condizioni, sopravvive una prassi sociale che riconnette gli oneri di custodia a un privato accordo di "delegazione" della potestà parentale tra genitore e *kafil*, solitamente omologato davanti al tribunale o a

proveniente da Paesi che non conoscono l'adozione (si vedano i siti internet del ministero degli affari esteri francese [www.france.diplomatie.fr] e del Centro nazionale delle ricerche francese [www.cnrs.fr]). Non è altresì ammessa la possibilità che l'Autorità centrale francese (la *Mission de l'adoption internationale*) autorizzi il rilascio di visti di ingresso "per adozione" a minori oggetto di *kafalah*.

un notaio ⁽¹³¹⁾). E mentre la *kafalah* disposta in base alla disciplina di legge postula il previo accertamento che lo *status* dell'aspirante *kafil* e del *makfoul* corrisponda puntualmente al paradigma normativo, la *kafalah* "consensuale" non è sottoposta ad alcuna regolamentazione, se non alle regole dell'autonomia negoziale (fermo restando il rispetto dei principî della legge coranica). Nella *kafalah* disposta in base alla disciplina di fonte legislativa, lo stato di abbandono del minore, da una parte, e i requisiti d'idoneità dell'aspirante affidatario, dall'altra, sono oggetto del previo giudizio di accertamento che conduce alla stessa pronuncia di affidamento

(¹³¹) Il rilievo che «[n]ella pratica il procedimento di affidamento con *kafalah* è diverso da quello indicato nei testi di legge» è espresso anche da J. Long, *Ordinamenti*, cit., 180; Ead., *Il ricongiungimento*, cit., 1837: «[i]n Marocco il diritto positivo disciplina esclusivamente l'affidamento giudiziale mediante *kafalah* di un minore, il cui stato di abbandono (per mancanza dei genitori o inidoneità degli stessi a prendersi cura di lui) sia stato precedentemente accertato dall'autorità giudiziaria. Continua, tuttavia, ad essere diffusa la *kafalah* consensuale, disciplinata dal diritto consuetudinario, che si realizza mediante accordo diretto tra la famiglia d'origine e quella di accoglienza siglato davanti a un notaio (nella prassi ciò avviene assai frequentemente quando l'affidatario è parente del minore)». Concorda sulla convivenza in Marocco di due tipologie di *kafalah* S. Mernissi, *Quelques aspects de la codification du statut personnel marocain*, in *Le statut personnel des musulmans*, a cura di Carlier-Verwilghen, Bruxelles, 1992, 121: «[à] la base de cette institution, soit un contrat entre le père nourricier et le père de l'enfant, selon lequel le premier s'engage à subvenir aux besoins de l'enfant, soit une autorisation donnée par le gouverneur s'il s'agit d'un enfant abandonné».

(¹³²). Diversamente, nella *kafalah* consensuale, tali presupposti s'intendono sussistenti in ragione della sola dichiarazione del genitore legittimo che, per un verso, dismette l'esercizio della sua potestà (con ciò spogliandosi degli

(¹³²) Il *dahir* n. 1-02-172, all'art. 1 statuisce che «[e]st considéré comme enfant abandonné tout enfant de l'un ou de l'autre sexe n'ayant pas atteint l'âge de 18 années grégoriennes révolues lorsqu'il se trouve dans l'une des situations stivante:

- être né de parents inconnus ou d'un père inconnu et d'une mère connue qui l'a abandonné de son plein gré;
- être orphelin ou avoir des parents incapables de subvenir à ses besoins ou ne disposant pas de moyens légaux de subsistance;
- avoir des parents de mauvaise conduite n'assumant pas leur responsabilité de protection et d'orientation en vue de le conduire dans la bonne voie, comme lorsque ceux-ci sont déchus de la tutelle légale ou que l'un des deux, après le décès ou l'incapacité de l'autre, se révèle dévoyé et ne s'acquitte pas de son devoir précité à l'égard de l'enfant».

Mentre, con riguardo alla legittimazione attiva, l'art. 9 dispone che «[l]a *kafala* des enfants déclarés abandonnés par jugement est confiée aux personnes et aux organismes ci-après désignés:

1. les époux musulmans remplissant les conditions suivantes [...];
2. la femme mussulmane remplissant les quatre conditions visées au paragraphe I du présent article;
3. les établissements publics chargés de la protection de l'enfance ainsi que les organismes, organisations et associations à caractère social reconnus d'utilité publique et disposant des moyens matériels, des ressources et des compétences humaines aptes à assurer la protection des enfants, à leur donner une bonne éducation et à les élever conformément à l'Islam».

obblighi di protezione in capo al minore abbandonato) e, per altro verso, deferisce tale esercizio a un terzo (evidentemente reputato idoneo ad assolvere le funzioni parentali in sua vece). In definitiva, mentre il controllo sulla legittimità dell'affidamento disposto nei confronti del minore che sia stato assegnato in custodia con autorizzazione del tribunale avviene "a monte", nel diverso caso in cui il *makfoul* sia stato affidato in forza di un atto privato di autonomia, tale verifica è meramente eventuale ed è svolta *a posteriori*, ove il genitore biologico e l'affidatario vogliano omologare l'accordo dinanzi al tribunale ⁽¹³³⁾.

Ora, nel riconoscere la rilevanza della *kafalah* come presupposto per il ricongiungimento familiare del minore affidato, la Suprema Corte evoca i pericoli insiti nella possibile strumentalizzazione dell'istituto a fini di elusione della disciplina di controllo dell'immigrazione, ove il deferimento della potestà parentale avvenga al di fuori di qualsiasi procedura istituzionalizzata. Il punto della questione, in tal senso, è quello d'individuare quando la *kafalah* debba intendersi a carattere "negoziale" e quando, invece, essa possa considerarsi assistita da sufficienti garanzie di certezza.

⁽¹³³⁾ Così J. Long, *Il ricongiungimento*, cit., 1837: «[è] comunque previsto un controllo pubblico della conformità della *kafalah* all'interesse del minore: se si tratta di un minore privo dei genitori (come nel caso di specie), l'autorità giudiziaria interviene sia per accertare la sussistenza dello stato di abbandono del minore preventivamente all'adozione della misura di protezione, sia per accertare che l'abbinamento tra la famiglia d'accoglienza e il minore realizzi il concreto interesse di quest'ultimo; se invece la *kafalah* è consensuale, l'accertamento viene effettuato dal giudice solo in via eventuale, qualora il *kafil* scelga di richiedere l'omologazione della *kafalah*».

Sembra che la Corte identifichi il confine tra *kafalah* che rileva e *kafalah* che non rileva ai fini del ricongiungimento familiare nella sussistenza o meno di una procedura di investitura giudiziale *ex ante* del soggetto affidatario, ovvero di un'omologazione giudiziale *ex post* del nesso parentale stragiudizialmente costituito. Si è osservato, peraltro, che né la previa investitura da parte del giudice marocchino, né tantomeno la successiva omologazione dell'accordo privato sembrano offrire sufficienti garanzie contro i rischi di eventuali affidamenti "simulati": il fatto che la *kafalah* sia adottata in conformità alle procedure prescritte in Marocco non implica che essa debba considerarsi, per ciò solo, titolo per il ricongiungimento familiare in Italia, ai sensi dell'art. 29 d. lgs. 286/1998 ⁽¹³⁴⁾.

La risposta contro i rischi di aggiramento della normativa in materia di immigrazione non risiede tanto nell'efficienza dei sistemi di controllo predisposti dall'ordinamento di provenienza del soggetto da ricongiungere, quanto piuttosto negli oneri probatori e nei filtri procedimentali imposti dalla stessa disciplina italiana ⁽¹³⁵⁾. È lo stesso art. 29, co. 7 e 9, d. lgs. 286/1998 ad affermare che il rilascio del visto per il ricongiungimento familiare «è subordinato all'effettivo accertamento dell'autenticità, da parte dell'autorità consolare italiana, della documentazione comprovante i pre-

⁽¹³⁴⁾ Così Gelli, *La kafalah tra esigenze*, cit.

⁽¹³⁵⁾ Come afferma la pronuncia in parola, «[a]i pericoli di strumentalizzazione, ai fini di elusione della normativa in materia di immigrazione, non irragionevolmente paventati dal Ministero ricorrente, può comunque porsi in qualche modo rimedio attraverso i controlli interni al complesso e articolato procedimento autorizzatorio che (previo nulla osta dello Sportello Unico per l'immigrazione e visto d'ingresso dell'autorità consolare) si conclude con il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari».

supposti di parentela, coniugio, minore età», e che «[l]a richiesta di ricongiungimento familiare è respinta se è accertato che il matrimonio o l'adozione hanno avuto luogo allo scopo esclusivo di consentire all'interessato di entrare o soggiornare nel territorio dello Stato» (art. 29, co. 7).

A prescindere, dunque, dalle formalità con cui, in conformità del diritto consuetudinario o positivo, la *kafalah* sia autorizzata in Marocco, spetterà all'amministrazione italiana di ravvisare se, in concreto, sia stato comprovato un possesso di stato del minore conforme a quello astrattamente allegato ⁽¹³⁶⁾.

12. *La giurisprudenza di merito successiva alle prime pronunce di legittimità.*

Le pronunce di merito successive al formarsi di tale orientamento di legittimità si segnalano – pur con qualche eccezione ⁽¹³⁷⁾ – per l'apertura alla *kafalah* come titolo per il ricongiungimento familiare. Si susseguirono pronunce nel senso del riconoscimento automatico della *kafalah* al fine di fondare una richiesta di ricongiungimento, «senza necessità, né possibilità, di

⁽¹³⁶⁾ Trib. Reggio Emilia (ord.), 9 febbraio 2005, cit., ha considerato l'atto di *kafalah* contrario all'ordine pubblico «perché finisce per incidere ingiustificatamente sul diritto preminente del minore alla propria famiglia», in un caso in cui veniva invocato il ricongiungimento familiare agli zii residenti in Italia di una minore di fatto convivente con i suoi genitori in Marocco, entrambi vivi, noti e idonei a svolgere funzioni parentali.

⁽¹³⁷⁾ App. Torino, 19 novembre 2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 783 ss., con nt. di R. Gelli.

un previo intervento giudiziario italiano [...], non dovendo essere emessa, in questa materia, alcuna pronuncia preventiva di riconoscimento o di adattamento della sua efficacia»⁽¹³⁸⁾.

Così, ad esempio, la Corte d'appello di Torino⁽¹³⁹⁾, dopo aver sancito la priorità della questione della riconoscibilità della *kafalah* rispetto a quella dell'idoneità di esso quale titolo per ottenere il ricongiungimento familiare (poiché solo in caso di riconoscibilità può formularsi l'ulteriore quesito dell'assimilabilità della *kafalah* ad alcuna delle situazioni di cui all'art. 29, co. 2, d. lgs. 286/1998, che parla di «minori adottati o affidati o sottoposti a tutela»), ha riconosciuto come il provvedimento del tribunale marocchino

⁽¹³⁸⁾ Trib. minorenni Reggio Calabria, 10 ottobre 2006, in *Fam. e min.*, 2006, 86 ss., con nt. di Castellaneta. V. inoltre Trib. Firenze, 9 novembre 2006, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2007, 846 ss., nel senso che «deve ritenersi sussistente un rapporto assimilabile a quello di parentela previsto dalla legge e, di conseguenza, illegittimo il provvedimento di diniego del visto da parte dell'autorità consolare [...], nel caso in cui risulti dimostrato che la minore di cui si chiede il ricongiungimento è stata regolarmente affidata secondo la procedura della *Kafala* prevista dall'ordinamento marocchino».

⁽¹³⁹⁾ App. Torino (decr.), 30 maggio 2007, in *Giur. it.*, 2008, 2730 ss., in riforma di Trib. Torino (decr.), 19-25 gennaio 2007, disponibile nella banca dati *Leggi d'Italia*. In senso conforme v. Trib. Biella, 26 aprile 2007, in *Dir. fam.*, 2007, 1810 ss., con nt. di J. Long e di Orlandi; App. Torino, 18 luglio 2007, in *Dir. fam.*, 2008, 143 ss.; Trib. Modena, 5 novembre 2009, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2010, 985 ss.; Trib. Acqui Terme (ord.), 15 luglio 2010, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2011, 812 ss.; App. Venezia, 9 febbraio 2011, in *Corr. giur.*, 2011, 847 ss., con nt. di Morozzo Della Rocca, e in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2011, 798 ss.; Trib. Bologna-Imola, 21 dicembre 2012, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2014, 107 ss.

debba considerarsi automaticamente efficace in Italia ai sensi dell'art. 66 l. 218/1995, avendo esso natura non contenziosa, provenendo dall'autorità competente alla protezione della minore ai sensi dell'art. 1 della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 e non essendo contrario all'ordine pubblico nazionale. A quest'ultimo riguardo, in particolare, la Corte ha osservato che l'art. 28, co. 3, d. lgs. 286/1998 sancisce il carattere prioritario del superiore interesse del fanciullo in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali riguardanti i minori e finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare, discendendone «senza possibilità di dubbio» che la *kafalah* «deve ritenersi (non già implicitamente, ma) espressamente conforme all'ordine pubblico sia internazionale che interno».

Venendo, in particolare, al tema del ricongiungimento familiare, la Corte osserva come l'art. 29, co. 2, d. lgs. 286/1998, pur utilizzando categorie di diritto interno, presupponga che debbano essere apprezzati e valutati istituti di diritto straniero *riconducibili* alle figure ivi contemplate: pertanto, «come non è conforme alla corretta interpretazione della norma limitarsi a riscontrare la non perfetta corrispondenza tra istituto di diritto straniero e correlata disposizione nazionale, così deve ritenersi che non si possano rifiutare aprioristicamente ipotesi terze, i cui identificativi giuridici partecipino in misura più o meno intensa ad alcuna delle ipotesi anzi dette». In quest'ottica la Corte ha rilevato come nella *kafalah* possano cogliersi aspetti comuni a tutte le figure evocate dalla ricordata norma interna.

Infatti, nonostante il *kafil* non sia titolare della potestà genitoriale, è certamente lui a svolgerne in concreto l'esercizio nell'ambito di un istituto che condivide con l'affidamento familiare la funzione educativa tipica e la possibile temporaneità degli effetti. Inoltre, la Corte ha osservato che, ad onta

delle marcate differenze tra *kafalah* e adozione, la prima, proprio per il suo carattere di mandato educativo di durata indefinita, non finalizzato al riavvicinamento del minore alla famiglia d'origine, si approssima alla seconda assai più dell'affidamento familiare, che ha natura essenzialmente provvisoria. Pertanto, «se il ricongiungimento è consentito nei casi di affidamento di tipo familiare, a maggior ragione esso deve essere ammesso nell'ipotesi della *kafalah*, la quale realizza una situazione che a) è istituzionalizzata, per effetto del provvedimento dell'organo pubblico che le conferisce efficacia; b) è stabile, perché nasce *sine die* e di regola si protrae fino alla maggiore età del minore; e c) è di tipo economico-affettivo-solidaristico, per cui presenta i connotati minimi e indeclinabili delle relazioni intrafamiliari rilevanti per l'ordinamento».

Né varrebbe replicare, secondo la Corte, che il riconoscimento della *kafalah* come titolo per il ricongiungimento potrebbe prestare il fianco a usi strumentali dell'istituto fondati sulla reversibilità dei suoi effetti, al solo fine dell'ingresso del minore nel territorio dello Stato. L'ordinamento, infatti, già prevede opportuni mezzi di controllo per reprimere eventuali elusioni della legge, atteso che lo stesso art. 29 d. lgs. 286/1998 sancisce che «[l]a richiesta di ricongiungimento familiare è respinta se è accertato che il matrimonio o l'adozione hanno avuto luogo allo scopo esclusivo di consentire all'interessato di entrare o soggiornare nel territorio dello Stato» (co. 9).

Può ricordarsi anche la pronuncia della Corte d'appello di Bologna ⁽¹⁴⁰⁾, la quale, investita del ricorso proposto dal Ministero degli Affari Esteri avverso un decreto del Tribunale di Bologna ⁽¹⁴¹⁾ con cui era stato disposto il

⁽¹⁴⁰⁾ App. Bologna (decr.), 22 gennaio 2010, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2011, 795 ss.

⁽¹⁴¹⁾ Trib. Bologna (decr.), 17 settembre 2009, in *Leggi d'Italia*.

rilascio di un visto d'ingresso in Italia per una minore marocchina, ha posto in luce la centralità della questione se vi sia stato, nel Paese d'origine, un controllo giudiziario in ordine all'opportunità dell'affidamento e all'idoneità del soggetto affidatario, «non essendo, come è pacifico, sufficiente il consenso dei genitori del minore»: indagine necessaria per stabilire se nel caso concreto la *kafalah* sia assimilabile, in via interpretativa, all'affidamento ai fini del ricongiungimento.

A tale questione la Corte ha dato risposta affermativa sulla base degli atti, osservando altresì come le innegabili differenze tra l'istituto islamico della *kafalah* e quello dell'affidamento eterofamiliare del minore non ostino all'accoglimento dell'istanza di ricongiungimento, «essendo entrambi gli istituti finalizzati alla protezione di minori bisognosi, per ragioni di ordine materiale o morale, di vivere e crescere in un ambiente migliore di quello della famiglia d'origine e non incidendo, sia l'uno che l'altro, sullo stato civile del minore». Alla base di tale giudizio vi è l'adesione della Corte alla giurisprudenza della Cassazione, secondo cui, «laddove plurimi ed antagonisti siano i valori costituzionali di riferimento (come appunto, nel caso del ricongiungimento familiare, con riguardo al quale vengono in gioco, da un lato, l'esigenza di protezione dei minori e, dall'altro, la tutela democratica dei confini dello Stato) potrà considerarsi adeguata solo quella interpretazione della norma ordinaria che realizzi l'equo bilanciamento di tali superiori interessi alla luce anche della scala di valori presupposta dal Costituente. Bilanciamento [...] che [...] la stessa Corte Costituzionale ha già avuto appunto occasione di operare [...] nel segno di una tendenziale prevalenza del valore di protezione del minore, anche in relazione al minore straniero,

rispetto a quelli di difesa del territorio e contenimento dell'immigrazione»⁽¹⁴²⁾.

Se, quindi, il giudice di legittimità ha negato che si debba escludere pregiudizialmente l'idoneità della *kafalah* a fungere come presupposto per il ricongiungimento familiare, stabilendo che occorra valutare caso per caso, attraverso un'interpretazione della norma di diritto interno costituzionalmente orientata, la Corte conclude nel senso di valorizzare a tal fin l'istituto islamico, allorché esso non abbia base puramente negoziale.

13. (*Segue.*) *Rischi di aggiramento della normativa interna sulle adozioni: due casi a confronto.*

È utile soffermarsi, a questo punto, anche per introdurre l'illustrazione di un diverso e successivo orientamento della Suprema Corte, su due casi in particolare di cui la giurisprudenza di merito si è occupata con esiti opposti. Due casi in cui l'istituto del ricongiungimento è venuto in luce quale "surrogato" dell'adozione, sia come "via breve" per ottenere la sanzione giuridica di una situazione di fatto sostanzialmente adottiva, sia come strumento alternativo all'adozione in casi il ricorso a quest'ultima non sarebbe possibile.

Il Tribunale di Torino⁽¹⁴³⁾ ha respinto il ricorso di due coniugi residenti in Italia che avevano inoltrato a un tribunale marocchino l'istanza per

⁽¹⁴²⁾ Così Cass., 20 marzo 2008, n. 7472, in *Fam. e dir.*, 2008, 675 ss., con nt. di R. Gelli; in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2008, 809 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1229 ss., con nt. di J. Long.

l'affidamento di un minore dichiarato in stato di abbandono, vedendosi quindi conferire l'affidamento tramite *kafalah* con l'autorizzazione a portare il minore in Italia. Il Consolato d'Italia, tuttavia, aveva successivamente negato il visto, non risultando che l'affidato avesse mai convissuto in Marocco con l'affidatario – mentre il visto d'ingresso per ricongiungimento familiare si fonda, com'è noto, sul diritto al *mantenimento* di una pregressa unità familiare – e osservando come l'ingresso del minore in Italia avrebbe prodotto il risultato di un'adozione internazionale senza che fossero state rispettate le procedure previste dalla normativa italiana in materia.

Il ricorso, volto a ottenere l'ordine al rilascio del visto d'ingresso a favore del minore, è stato respinto dal Tribunale in base all'osservazione che «quando [...] non si tratta di un nucleo familiare già costituito all'estero occorre valutare se, in concreto, la *kafalah* non mascheri una adozione attuata aggirando le disposizioni in tema di adozione internazionale». Nel caso di nucleo familiare non preesistente, infatti, la normativa di riferimento non è quella di cui al d. lgs. 286/1998, bensì quella dettata per le adozioni dalla l. 184/1983, ed è apparso evidente, nel caso di specie, che l'intento dei ricorrenti era quello di ampliare il loro nucleo familiare attraverso l'inserimento di un bambino da crescere ed educare come un figlio, senza limiti di tempo. Si sarebbe così realizzata, di fatto, un'adozione internazionale attuata completamente al di fuori della normativa in materia e, in particolare, senz'alcuna osservanza dei principî fondamentali della stessa, fra cui quello del controllo sull'idoneità della famiglia che accoglie il minore, sull'impossibilità di scegliere un determinato minore in stato di abbandono,

(¹⁴³) Trib. Torino (ord.), 14 maggio 2010, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2011, 803 ss.

sulla costituzione di un vincolo parentale tra adottato e adottante con relativi diritti e obblighi.

A una soluzione opposta è pervenuto il Tribunale di Tivoli ⁽¹⁴⁴⁾ in una fattispecie analoga alla precedente, in cui un cittadino italiano aveva promosso ricorso avverso il provvedimento del Consolato italiano a Casablanca di rifiuto del visto d'ingresso in Italia per ricongiungimento familiare a favore di un minore marocchino affidato in *kafalah* al ricorrente e alla moglie. Anche in tal caso, il Consolato aveva rilevato che l'ordinamento italiano non prevede la possibilità da parte di cittadini italiani di ottenere l'affidamento di un minore straniero residente all'estero e che l'affidato non risultava aver mai convissuto con gli affidatarî in Marocco – mentre il visto d'ingresso per ricongiungimento familiare si fonda sul diritto al mantenimento di una pregressa unità familiare.

Il Tribunale, tuttavia, ha rilevato che il minore, nel suo primo anno di vita, aveva effettivamente e stabilmente convissuto in Marocco con gli affidatarî, ivi residenti allora per motivi di lavoro, i quali avevano ottenuto l'affidamento in *kafalah* a seguito dell'attestazione dello stato di abbandono in cui il minore si era trovato dopo il ritorno dei coniugi in Italia. Durante la convivenza, si era «creato un fortissimo legame affettivo oltre che giuridico fra il minore ed i coniugi [...], assimilabile ad un vero e proprio rapporto familiare di fatto, che va tutelato in base all'art. 2 della Costituzione, [...] rapporto purtroppo compromesso a seguito del diniego del visto per ricongiungimento familiare da parte del Consolato [...], che ha impedito ai coniugi [...] di portare con sé in Italia il minore, [...] costringendoli a lasciarlo nell'orfanotrofio [...] ed a recarsi periodicamente in Marocco per andarlo

⁽¹⁴⁴⁾ Trib. Tivoli (decr.), 22 giugno 2010, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2011, 805 ss.

a trovare con le presumibili ricadute negative di un rapporto affettivo a fasi alterne».

Rileva inoltre il Tribunale che, nel caso in esame, il ricorso da parte dei coniugi all'adozione internazionale avrebbe trovato ostacolo nel fatto che l'ordinamento del Marocco non prevede l'istituto giuridico dell'adozione legittimante o adozione piena (che rescinde completamente i legami tra il minore adottato e la famiglia d'origine), ma il solo l'istituto della *kafalah*, e che l'art. 4 della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 stabilisce che le adozioni ivi contemplate possono aver luogo soltanto se le autorità competenti dello Stato d'origine del minore hanno stabilito che questi è adottabile, ipotesi che nel caso del Marocco non può mai verificarsi, mentre estremamente problematico sarebbe anche, in assenza di un accordo bilaterale tra Italia e Marocco, il ricorso all'adozione *ex art. 44, co. 1, lett. d, l. 184/1983* («quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo»).

Sulla base di tali considerazioni, il Tribunale ha ritenuto insuperabile, nel caso di specie, la disparità di trattamento esistente tra un extracomunitario e un cittadino italiano in ordine alla possibilità di ottenere il visto d'ingresso in Italia per ricongiungimento familiare con un minore affidato tramite *kafalah*: una possibilità riconosciuta all'extracomunitario e negata al cittadino italiano, nonostante l'astratta possibilità per quest'ultimo di avvalersi dell'adozione internazionale. Il Tribunale, in un'ottica di tutela sostanziale, ha osservato inoltre che l'adozione internazionale non consente una richiesta nominativa vincolante del minore da adottare e che, pertanto, essa non consentirebbe agli affidatarî «di salvaguardare quel rapporto di familiarità di fatto e di affetto che dopo quasi un anno di ininterrotta convivenza, connotato anche da obblighi giuridici di cura, educazione, istruzione e mante-

nimento, si è costituito specificamente col minore [...] quasi a partire dalla sua nascita». Ciò che «sarebbe altresì in contrasto con lo spirito solidaristico ed umanitario disinteressato che sta alla base dell'istituto marocchino, che pure merita riconoscimento anche nell'ordinamento giuridico italiano in quanto espressamente contemplato dall'art. 20 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo».

È quindi per evitare un'ingiustificata disparità di trattamento fra cittadini italiani ed extracomunitari, nonché la violazione dell'art. 2 Cost., che il Tribunale fa propria «un'applicazione analogica» dell'art. 3, co. 2, lett. *a*, d. lgs. 30/2007, secondo il quale, «[s]enza pregiudizio del diritto personale di libera circolazione e di soggiorno dell'interessato, lo Stato membro ospitante, conformemente alla sua legislazione nazionale [e qui il riferimento sarebbe da intendersi all'art. 29, co. 2, d. lgs. 286/1998, che, ai fini del ricongiungimento familiare, equipara ai figli i minori adottati o affidati o sottoposti a tutela], agevola l'ingresso e il soggiorno delle seguenti persone: a) ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, [...] se è a carico o convive, nel Paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione lo assista personalmente».

Rilevato che nella nozione di familiare di cui all'art. 2, co. 1, lett. *b*, e all'art. 3, co. 2, lett. *a*, rientrano secondo la Cassazione ⁽¹⁴⁵⁾ non solo i minori extracomunitari adottati, ma anche i minori extracomunitari *adottandi*, il Tribunale ritiene che l'analogia sia necessaria, trovandosi l'interprete in presenza di una lacuna normativa in ordine all'istituto di diritto marocchino della *kafalah* ai fini della concessione del visto per ricongiungimento nei

⁽¹⁴⁵⁾ Cass., 1° marzo 2010, n. 4868, cit.

casi, come quello in esame, di minori affidati in *kafalah* a cittadini italiani, ove gli affidatarî e il minore siano divenuti una vera e propria famiglia anche se solo in via di fatto e l'interruzione di tale rapporto costituirebbe una violazione grave della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo e dell'art. 2 Cost.

Infine, rilevato che l'art. 30, co. 6, d. lgs. 286/1998 prevede espressamente che il giudice ordinario possa disporre il rilascio del visto anche in assenza di nulla osta dell'autorità amministrativa, ove accolga ricorsi contro provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare ⁽¹⁴⁶⁾, il Tribunale ha accolto il ricorso ordinando al Consolato di rilasciare il visto d'ingresso in Italia per ricongiungimento familiare a favore del minore affidato.

14. *(Segue.) L'orientamento contrario al ricongiungimento di minori stranieri affidati in kafalah con cittadini italiani.*

Più di recente, tuttavia, la Cassazione ⁽¹⁴⁷⁾ ha stabilito che un cittadino italiano non può chiedere il ricongiungimento familiare con un minore ma-

⁽¹⁴⁶⁾ «Contro il diniego del nulla osta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari, nonché contro gli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare, l'interessato può proporre opposizione all'autorità giudiziaria ordinaria».

⁽¹⁴⁷⁾ Cass., 1° marzo 2010, n. 4868, in *Fam. e dir.*, 2010, 780 ss., con nt. di R. Gelli, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2010, 754 ss., in *Giur. it.*, 2011, 1297 ss., in *Dir. fam.*,

rocchino affidatogli in *kafalah*, in quanto l'ingresso e il soggiorno di familiari residenti all'estero di cittadino italiano (o di cittadino comunitario residente in Italia) sono regolati esclusivamente dalle norme del d. lgs. 30/2007⁽¹⁴⁸⁾. Ciò in quanto il d. lgs. 286/1998, nel regolare le condizioni per la realizzazione del diritto all'unità familiare del cittadino extracomunitario, dovette prendere atto della diversa situazione in cui il soggetto richiedente l'unità familiare fosse il cittadino italiano ed extracomunitario fosse il suo familiare. Per la regolamentazione di questo caso, non riconducibile allo schema del ricongiungimento anche in forza della espressa esclusione di cui all'art. 1, co. 2⁽¹⁴⁹⁾, il legislatore fece rinvio alla già esistente disciplina in tema di ingresso, soggiorno e circolazione negli Stati membri dell'attuale Unione Europea, contenuta originariamente nel d.P.R. 1656/1965 e ora nel d. lgs. 30/ 2007. Nell'art. 28, co. 2, si dispose infatti il rinvio a detta normativa, facendo salve le disposizioni più favorevoli del d. lgs. 286/1998⁽¹⁵⁰⁾,

2010, 1621 ss., con nt. di Venchiarutti, e in *Giust. civ.*, 2011, I, 2180 ss. Conf. Cass. (ord.), 7 ottobre 2011, n. 20722, ined.

(¹⁴⁸) Si tratta, in sostanza, della normativa sul diritto dei cittadini dell'Unione Europea e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

(¹⁴⁹) Secondo cui lo stesso d. lgs. «non si applica ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, salvo quanto previsto dalle norme di attuazione dell'ordinamento comunitario».

(¹⁵⁰) «Ai familiari stranieri di cittadini italiani o di uno Stato membro dell'Unione Europea continuano ad applicarsi le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 30 dicembre 1965, n. 1656, fatte salve quelle più favorevoli del presente testo unico o del regolamento di attuazione».

mentre all'art. 29, co. 5, fu dettata una clausola più favorevole disponendo che, oltre a quanto previsto dall'art. 28, co. 2, i familiari del cittadino italiano o comunitario abbiano diritto d'ingresso al seguito del predetto cittadino ⁽¹⁵¹⁾.

Ne consegue che nella nozione di "familiari" di cui agli artt. 2 e 3 d. lgs. 30/ 2007 ⁽¹⁵²⁾ possono certamente essere ricompresi i minori adottati o

⁽¹⁵¹⁾ «[È] consentito l'ingresso per ricongiungimento al figlio minore, già regolarmente soggiornante in Italia con l'altro genitore, del genitore naturale che dimostri il possesso dei requisiti di disponibilità di alloggio e di reddito di cui al comma 3. Ai fini della sussistenza di tali requisiti si tiene conto del possesso di tali requisiti da parte dell'altro genitore».

⁽¹⁵²⁾ L'art. 2 sancisce che «si intende per [...] "familiare": 1) il coniuge; 2) il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante; 3) i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner [...]; 4) gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner».

In base all'art. 3, la normativa di cui al d. lgs. 20/2007 «si applica a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari ai sensi dell'articolo 2 [...], che accompagnino o raggiungano il cittadino medesimo» (co. 1). «Senza pregiudizio del diritto personale di libera circolazione e di soggiorno dell'interessato, lo Stato membro ospitante, conformemente alla sua legislazione nazionale, agevola l'ingresso e il soggiorno delle seguenti persone: a) ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, non definito all'articolo 2 [...], se è a carico o convive, nel Paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione titola-

adottandi da un cittadino italiano o comunitario, che fanno ingresso in Italia acquisendo lo *status* di minore in affidamento alla stregua della l. 184/1983 (normativa che, secondo la sentenza in parola, «rappresenta l'unico ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di unità familiare e quelle di protezione del minore in stato di abbandono»); non anche, però, i minori stranieri di Paesi terzi affidati al di fuori di un procedimento di adozione internazionale, fra cui i minori affidati in *kafalah*. Non vi è spazio, infatti, nelle predette previsioni, per ricomprendervi minori che non siano discendenti diretti propri o del proprio compagno, né siano legati da vincolo parentale per ragioni di sangue e a carico o conviventi nel Paese straniero col cittadino, ma versino nella situazione di minori “affidati” alla stregua di norme dello Stato di cittadinanza del minore, come nel caso della *kafalah*. Non è possibile, insomma, valorizzare forme di affidamento convenzionale, da omologare, senza che il minore assuma titoli di “familiarità” alla stregua delle norme della Direttiva 2004/38/CE.

In sintesi, dunque, il principio della preminenza del superiore interesse del fanciullo nei procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori non è invocabile allo scopo di estendere anche ai familiari stranieri di cittadino italiano o comunitario le disposizioni della medesima normativa e, in particolare, l'art. 29, co. 2 (che consente al cittadino extracomunitario di chiedere il ricongiungimento familiare, oltre che per i figli minori legittimi o adottati

re del diritto di soggiorno a titolo principale o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione lo assista personalmente; b) il partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata con documentazione ufficiale» (co. 2).

vi, anche per quelli affidati o sottoposti a tutela e, quindi, anche per i minori affidati mediante *kafalah*), se più favorevoli rispetto a quelle previste dalle norme di recepimento delle direttive europee in materia di libera circolazione e soggiorno dei cittadini comunitari e loro familiari. Infatti, la clausola del trattamento più favorevole di cui all'art. 28, co. 2, d. lgs. 286/1998 va intesa (restrittivamente) in relazione alle modalità procedurali del ricongiungimento e non può essere utilizzata per estendere impropriamente la nozione di familiari beneficiari delineata dal d. lgs. 30/2007.

La Corte ha inoltre escluso l'irragionevolezza della disparità di trattamento dovuta al fatto che a un cittadino extracomunitario sia consentito di avvalersi del ricongiungimento con un minore affidatogli in *kafalah* e che, viceversa, a un cittadino italiano ciò non sia consentito. Ha infatti osservato la Cassazione che il cittadino italiano può comunque assicurare l'inserimento nella propria famiglia del minore in stato di abbandono mediante il procedimento di adozione internazionale, secondo quanto previsto dalla l. 184/1983 – ciò che talvolta è invero una possibilità meramente astratta, come rilevato dalla giurisprudenza di merito ⁽¹⁵³⁾.

Resta quindi accertato che il cittadino italiano, quali che ne siano la fede e la originaria nazionalità, non possa invocare alcun ricongiungimento col minore straniero senza passare attraverso le regole di cui al d. lgs. 30/2007. Del resto, l'affidamento in *kafalah* non costituisce in capo al *kafil* alcun potere di rappresentanza legale né gli attribuisce la veste di tutore, realizzando semplicemente un'attribuzione di custodia a seguito di una determinazione familiare di affidamento omologata dal Tribunale: un'attribuzione «che non si scorge come possa essere assimilata alla nozione del rapporto familiare».

⁽¹⁵³⁾ Cfr. Trib. Tivoli (decr.), 22 giugno 2010, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2011, 805 ss.

È vero che in precedenti pronunce la Corte aveva fatto ricorso a un'interpretazione estensiva tale da comprendere nella sfera delle norme dirette alla realizzazione della unità familiare del cittadino extracomunitario regolarmente soggiornante posizioni, assimilate all'affidamento familiare, che nel suo ordinamento giuridico di provenienza sono le uniche che attuino esigenze di protezione del minore. Tuttavia, afferma la Corte che «[n]essuna ragione vi sarebbe, di contro, di perseguire un consimile obiettivo a beneficio di un cittadino italiano che non abbia alcun rapporto di familiarità con il minore straniero e che né voglia, né possa, pervenire ad includerlo, come figlio, nel suo nucleo familiare assumendone la rappresentanza ad ogni effetto: ad assicurare ai cittadini italiani l'inserimento nella propria famiglia, come figlio, di un minore straniero versante in stato di abbandono, è posta la normativa dianzi richiamata [in tema di adozione], la quale rappresenta l'unico ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di protezione dei minori stranieri abbandonati e le richieste di inserimento familiare dei cittadini, e cioè una sintesi, che per la delicatezza delle posizioni coinvolte e per la cogenza della attuazione di norme sopranazionali, impedisce alcuna elusione o disapplicazione».

Tale indirizzo veniva successivamente confermato con una pronuncia ⁽¹⁵⁴⁾ d'inammissibilità della domanda *ex art. 66 e 67 l. 218/1995* di riconoscimento in Italia del provvedimento di affidamento in *kafalah* di un minore in stato d'abbandono a una coppia di coniugi italiana, «atteso che l'inserimento di un minore straniero, in stato d'abbandono, in una famiglia

⁽¹⁵⁴⁾ Cass, 23 settembre 2011, n. 19450, in *Corr. giur.*, 2012, 197 ss., con nt. di Morozzo Della Rocca, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2012, 731 ss., in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2012, 743 ss., e in *Dir. fam.*, 2012, 1472 ss.

italiana, può avvenire esclusivamente in applicazione della disciplina dell'adozione internazionale». In tale ipotesi, pertanto, «non possono essere applicate le norme generali di diritto internazionale privato relative al riconoscimento dei provvedimenti stranieri, ma devono essere applicate le disposizioni speciali in materia di adozione» ai sensi dell'art. 41 l. 218/1995.

In sintesi, la premessa interpretativa dalla quale muove questo secondo orientamento è che l'ingresso, il transito e la circolazione di un minore extracomunitario affidato in *kafalah* a cittadino italiano residente in Italia, è interamente disciplinato dal d. lgs. 30/2007, in applicazione del rinvio (materiale e non formale) operato dall'art. 28, co. 2, d. lgs. 286/1998, al d.P.R. 1656/1965 e, quindi, all'attuale omologa disciplina dettata dal predetto d. lgs. 30/2007.

Inoltre, poiché l'art. 29 d. lgs. 286/1998 – che, secondo l'opposta interpretazione, consentirebbe il ricongiungimento anche di minori affidati in *kafalah* – è applicabile solo agli stranieri, non può neppure procedersi a un'ulteriore estensione della norma, fino a ricomprendervi il ricongiungimento a cittadini italiani: ciò per effetto della clausola di salvaguardia, che fa salva l'applicazione delle norme più favorevoli, contenuta nell'art. 28, co. 2, del medesimo testo unico (nonché nell'art. 23 d. lgs. 30/2007), dovendosi la norma intendere riferita soltanto alle modalità del ricongiungimento e non all'individuazione dell'ambito dei familiari in favore dei quali tale provvedimento è ammissibile.

Ora l'art. 2, lett. *b*, d. lgs. 30/2007, richiamato dal successivo art. 1, lett. *a*, e dall'art. 3, co. 1, contiene la definizione di “familiare” al quale si applicano le norme di cui al medesimo d. lgs. 30/2007 e, in particolare, al n. 3 definisce familiari i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e

quelli del coniuge o del *partner* che abbia contratto un'unione registrata equiparata al matrimonio. La definizione normativa di "familiare" è poi estesa dall'art. 3, co. 2, lett. *a*, a ogni altro familiare diverso da quelli indicati nell'art. 2, lett. *b*, se è a carico o convive nel paese di provenienza con il cittadino dell'Unione o se sussistono gravi motivi di salute che impongono l'assistenza personale. La Corte ripercorre quindi la propria giurisprudenza, la quale, in applicazione delle disposizioni richiamate, ha ritenuto che nella nozione normativa di familiare, oltre ai discendenti diretti infraventunenni o a carico, possano ricomprendersi anche i minori adottati o adottandi che fanno ingresso in Italia ai sensi della disciplina dell'adozione internazionale dettata nel titolo terzo della l. 184/1983, ma non quelli «affidati alla stregua di norme dello Stato di cittadinanza del minore che, come nel caso della legislazione del Marocco sulla *kafalah*, delineano una sorta di affidamento convenzionale, da omologare, dettato per la protezione materiale ed affettiva del minore e senza che questi assuma titoli di familiarità alla stregua delle norme poste dalla direttiva 2004/38/CE».

Non sussisterebbero, in favore di un'interpretazione estensiva (dovendo, comunque escludersi l'applicazione analogica) del d. lgs. 30/2007, art. 2, lett. *b*, e dell'art. 3, co. 2, lett. *a*, quelle esigenze di equità che hanno indotto la Corte ad adottare un'interpretazione dell'art. 29, d. lgs. 286/1998, sulla base della quale deve consentirsi il ricongiungimento di minore affidato in *kafalah* a cittadino straniero residente legalmente in Italia, prevedendo analogia possibilità anche in favore di cittadino italiano che non abbia alcun rapporto di familiarità con il minore straniero e che non voglia o non possa includerlo come figlio nella sua famiglia assumendone la rappresentanza. Il cittadino italiano che intenda inserire nella propria famiglia un minore stra-

niero in stato di abbandono non avrebbe altra possibilità che quella di procedere all'adozione internazionale, ai sensi della l. 184/1983, e successive modificazioni, essendo questo l'unico ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di protezione dei minori stranieri abbandonati e le richieste di inserimento familiare dei cittadini.

15. *(Segue.) Compatibilità del provvedimento straniero con l'ordine pubblico interno.*

Deve inoltre segnalarsi il caso in cui il Supremo Collegio ⁽¹⁵⁵⁾ ha cassato con rinvio la decisione che – in sede di reclamo proposto dal ministero degli affari esteri – aveva confermato il decreto di accoglimento del ricorso promosso da un cittadino ecuadoregno avverso il provvedimento di diniego del visto per il ricongiungimento del proprio fratello minore affidatogli. La Cassazione ha affermato che, a fronte di una domanda di ricongiungimento fondata su un provvedimento di affidamento – disposto volontariamente dal padre del minore e omologato dal tribunale extracomunitario – il giudice *a quo*, anziché autorizzare l'ingresso, facendo automatica applicazione dei principî affermati dalla giurisprudenza in materia di *kafalah*, «avrebbe dovuto verificare la esistenza nel diritto dell'Ecuador di istituti quali l'affidamento dei minori ed accertare su quali basi normative sia stato [...] convalidato un atto unilaterale di dismissione di (alcune) facoltà e potestà

⁽¹⁵⁵⁾ Cass., 21 novembre 2011, n. 24560, in *Fam. e dir.*, 2012, 471, con nt. di Gelli, *Kafalah di diritto islamico ed altri atti stranieri di dismissione della potestà genitoriale: il giudizio di equiparazione ai fini del ricongiungimento familiare.*

genitoriali a beneficio di un congiunto 'prescelto' dal rinunziante, scrutando poi gli esiti di tali accertamenti in diritto con i principî dell'ordine pubblico interno ai sensi dell'art. 65 della legge 218 del 1995».

La Corte impone, pertanto, al giudice del rinvio un duplice accertamento preliminare sulla bontà dell'affidamento straniero: da una parte, richiede una verifica della rispondenza di tale atto, come omologato dal tribunale ecuadoregno, all'ordinamento dell'Ecuador; dall'altra parte, postula un giudizio di compatibilità tra la volontaria abdicazione alla potestà genitoriale e i principî dell'ordine pubblico italiano.

Com'è noto, la l. 218/1995, artt. 65 e 66, in merito all'efficacia dei provvedimenti stranieri relativi all'esistenza di rapporti di famiglia e di quelli di volontaria giurisdizione, dispone che essi «hanno effetto in Italia» e «sono riconosciuti senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento», in virtù del mero richiamo effettuato dal nostro ordinamento, «purché non siano contrari all'ordine pubblico». In linea di massima, dunque, ogni atto ricadente in tali categorie, quando risulta omologato da un'autorità dello Stato estero, non necessita di *exequatur* giudiziale godendo di una presunzione di legalità, con conseguente automaticità degli effetti in Italia, salvo che venga formulata un'espressa contestazione al riconoscimento ⁽¹⁵⁶⁾.

⁽¹⁵⁶⁾ App. Bari, 16 aprile 2004, in *Fam. e dir.*, 2005, 62, con nt. di Gelli, *La kafalah di diritto islamico*, cit., ha dichiarato inammissibile l'istanza di delibazione di un atto notarile omologato di *kafalah*, con ciò avallandone l'automatico rilievo *ex lege*, autorizzando la diretta proposizione della domanda di nulla osta al ricongiungimento familiare proposta da una cittadina marocchina. In caso di richiesta di coesione familiare proposta da un cittadino italiano, Trib. minorenni Trento, 20 agosto 2009, in *Fam. e min.*, 2009, 64, con nt. di Finocchiaro, *Il tentativo di conseguire un risultato con l'inganno non poteva essere*

Si comprendono le perplessità della Suprema Corte sull'impatto che un atto straniero, strutturato come quello che viene in rilievo nel caso di specie, potrebbe avere sul nucleo di principi fondamentali del nostro ordinamento, con particolare riguardo all'art. 1 l. 184/1983, in base al quale «[i]l minore ha diritto di essere educato nell'ambito della propria famiglia», restrittivamente intesa come cellula originaria composta da genitore e figli. La valenza generale di tale principio è d'intuitivo rilievo e, del resto, confermata da un autorevole precedente della Consulta sulle adozioni internazionali consensuali ⁽¹⁵⁷⁾. Interrogata circa la legittimità dell'art. 32 l. 184/1983, nella misura in cui consente che siano dichiarati efficaci in Italia i provvedimenti stranieri fondati sul consenso dei genitori biologici all'adozione, la Consulta ha, infatti, respinto la censura d'incostituzionalità della norma, precisando

avvallato; App. Torino, 19 novembre 2009 e Cass., 1° marzo 2010, n. 4868, in *Fam. e dir.*, 2010, 787, con nt. di Gelli, *Questioni relative al ricongiungimento del minore in kafalah al cittadino italiano*; Cass., 17 dicembre 2010, n. 25661, Cass., 23 settembre 2011, n. 19450, Cass., 7 ottobre 2011, n. 20722, ined., hanno, invece, statuito l'inammissibilità della domanda, affermando la prevalenza della disciplina sulle adozioni internazionali sulle norme generali in materia di diritto privato internazionale. Con la recentissima ordinanza interlocutoria di Cass., 24 gennaio 2012, n. 996, la questione è stata peraltro rimessa al primo Presidente della Suprema Corte per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite.

⁽¹⁵⁷⁾ C. cost., 11 dicembre 1989, n. 536, in *Foro it.*, 1990, I, 5 ss. Per un *excursus* dell'evoluzione giurisprudenziale in Italia, in tema di delibazione di atti di adozione consensuale stranieri, si rinvia a C.F. Emanuele, *Il riconoscimento dei provvedimenti stranieri di adozione: interpretazioni giurisprudenziali e profili comparatistici*, in *Dir. fam. pers.*, 1996, II, 1201 s.

do che «[l]’adozione di minori stranieri, per essere efficace nel nostro ordinamento, non può fondarsi sulla mera prospettiva di miglioramenti materiali ed economici per il bambino, ma presuppone quelle mancanze di cura e custodia, di essenziale sostegno materiale e di affetto che sole possono giustificare il ricorso alla famiglia sostitutiva».

Tali osservazioni potrebbero essere riproposte con riferimento al caso in esame: l’affidamento, così come l’adozione consensuale, può considerarsi non contrario all’ordine pubblico in tutti i casi in cui il consenso dei genitori alla custodia di un terzo sia indicativo di un vero e proprio abbandono del minore, dettato dall’impossibilità di garantirne il mantenimento e l’educazione nel Paese d’origine; fuori da tali casi, invece, la tutela del prioritario interesse del minore dovrebbe indurre a un atteggiamento di grande prudenza di fronte a qualsiasi atto di dismissione della potestà genitoriale – sia esso affidamento ecuadoregno o *kafalah* di diritto marocchino – disposto esclusivamente in vista dell’auspicato ingresso del figlio, al seguito del connazionale emigrato, in Italia.

16. *L’intervento delle Sezioni Unite.*

A fronte del delineato contrasto interno alla giurisprudenza di legittimità, nel 2012 è stata rimessa al Primo Presidente della Suprema Corte, per la eventuale assegnazione della decisione alle Sezioni Unite, il ricorso proposto da due cittadini italiani ai quali era stato negato il ricongiungimento fa-

miliare di un minore ad essi affidato tramite *kafalah* dal giudice marocchino ⁽¹⁵⁸⁾.

La questione ha quindi trovato soluzione nel 2013 per mano delle Sezioni Unite ⁽¹⁵⁹⁾, le quali hanno statuito che «[n]on può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse del minore straniero affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di *kafalah* pronunciato dal giudice straniero, qualora il minore sia a carico o conviva con il cittadino italiano ovvero quando gravi motivi di salute impongano che sia da questi personalmente assistito». È stata così esteso il concetto di «altro familiare», di cui all'art. 3, co. 2, lett. *a*, d. lgs. 30/2007, accogliendo la soluzione già additata dalla giurisprudenza di merito.

Le Sezioni Unite sono state investite del caso in ordine al quale si era già pronunciato il Tribunale di Tivoli ⁽¹⁶⁰⁾. Stabilitasi in Marocco con la figlia, una coppia di italiani decideva di offrire la propria disponibilità ad accogliere un minore in stato d'abbandono, nel rispetto della legislazione marocchina che prevede un'attenta selezione delle famiglie disponibili e l'inserimento di quelle ritenute idonee in un elenco nazionale. Interveneva il provvedimento giudiziale di affidamento di un minore in *kafalah* con auto-

⁽¹⁵⁸⁾ V. Cass. (ord.), 24 gennaio 2012, n. 996, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2013, 129 ss., in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2012, 745 ss., in *Dir. fam.*, 2012, 1481 ss.

⁽¹⁵⁹⁾ Cass. SS.UU., 16 settembre 2013, n. 21108, in *Foro it.*, 2013, I, 2766 ss., in *Corr. giur.*, 2013, 1492 ss., con nt. di Morozzo Della Rocca, in *Fam. e dir.*, 2014, 122 ss., con nt. di R. Gelli, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 264 ss., con nt. di Racheli, in *Giur. it.*, 2014, 541 ss., con nt. di Spoletini, in *Dir. fam.*, 2014, 86 ss., con nt. di Magno.

⁽¹⁶⁰⁾ Trib. Tivoli (decr.), 22 giugno 2010, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2011, 805 ss.

rizzazione dei coniugi a richiedere il passaporto del minore e a lasciare il territorio marocchino, dovendo il marito ritrasferirsi in Italia per ragioni di lavoro. Il Consolato d'Italia, tuttavia, negava al minore il visto d'ingresso per ricongiungimento familiare, rilevando che l'istituto della *kafalah*, non essendo assimilabile all'adozione, non sarebbe idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda.

Dopo un giudizio di prime cure con esito favorevole al cittadino affidatario ricorrente, la Corte d'appello di Roma – richiamando la già citata sentenza del 1° marzo 2010, n. 4868, della Cassazione – affermava che alla fattispecie non era applicabile il d. lgs. 286/1998, bensì il d. lgs. 30/2007, e che la richiesta di visto costituiva un tentativo di sostanziale aggiramento della disciplina nazionale dell'adozione internazionale, la quale prevede un rigoroso accertamento dei requisiti d'idoneità dei soggetti affidatari. Il giudice di seconde cure rilevava inoltre che l'adozione internazionale secondo la legge italiana non avrebbe potuto essere pronunciata, non prevedendo il diritto marocchino alcuna forma di adozione piena e non esistendo in proposito alcun accordo bilaterale tra Italia e Marocco, e che il minore non poteva ritenersi in affidamento familiare e comunque non poteva essere considerato “familiare” ai sensi del d. lgs. 30/2007, non attribuendo la *kafalah* poteri di rappresentanza e tutela del minore.

Pur essendo nel frattempo cessata la materia del contendere, le Sezioni Unite della Cassazione hanno ritenuto di particolare importanza la questione della possibilità di rilasciare visto d'ingresso in favore di minore extracomunitario per ricongiungimento familiare con cittadini italiani, residenti in Italia, in cui favore sia stata pronunciato provvedimento giurisdizionale di *kafalah*.

La Corte, oltre a ricordare l'art. 20 della convenzione di New York sui diritti del fanciullo, cita la Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione del minore, sottoscritta ma non ancora ratificata e resa esecutiva dall'Italia, ove è espressamente previsto che il collocamento di un minore in una famiglia tramite *kafalah* è una delle misure di protezione della persona oggetto della disciplina convenzionale (art. 3, lett. *e*) e viene inoltre disciplinato il procedimento per l'attribuzione a tali misure di effetti in ordinamenti diversi da quello in cui il provvedimento di affidamento è disposto (art. 33). «È evidente», afferma la Corte, «che la ratifica della convenzione da parte dell'Italia avrebbe risolto e, comunque, risolverebbe per il futuro, tutti i problemi interpretativi e applicativi oggetto delle precedenti decisioni della Corte e di quelli posti dall'attuale procedimento».

La Corte ripercorre quindi il contrasto giurisprudenziale sul tema in esame, dopodiché ritiene opportuno, al fine di affrontare la questione di massima sottoposta al suo esame, ribadire due principî, già affermati esplicitamente nella sentenza n. 7472 del 2008.

Il primo è che «in ogni situazione nella quale venga in rilievo l'interesse del minore deve esserne assicurata la prevalenza sugli eventuali interessi confliggenti». Tale principio, espressamente affermato dall'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 24 novembre 1989 e ribadito con l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, ma desumibile anche dagli artt. 2 e 30 Cost., deve trovare applicazione anche in materia di disciplina interna dell'immigrazione, come previsto dall'art. 28, co. 3, d. lgs. 286/1998.

Inoltre, la Corte riconosce che «è principio pacifico che nell'interpretazione delle norme primarie il giudice deve preferire quella conforme a Costituzione». Di conseguenza, un'interpretazione delle norme del d. lgs. 30/2007 che escludesse in via assoluta la possibilità per il cittadino italiano di ottenere il ricongiungimento con minore extracomunitario affidatogli con provvedimento di *kafalah* farebbe sorgere lo stesso sospetto d'illegittimità costituzionale, per contrasto col principio di eguaglianza derivante dalla disparità di trattamento nei confronti dei minori bisognosi di protezione cittadini di paesi islamici, che già aveva indotto la Corte a propendere per un'interpretazione estensiva dell'art. 29 d. lgs. 286/1998 ⁽¹⁶¹⁾. Anzi, osserva la Corte, «tale disparità di trattamento sarebbe aggravata da analoga disparità che deriverebbe in danno dei cittadini italiani (es. discriminazione alla rovescia) rispetto ai cittadini stranieri ai quali sarebbe consentito il ricongiungimento con i minori affidati in *kafalah*, ancor meno giustificabile razionalmente, per il fatto che, potendo utilizzare lo strumento dell'adozione legittimante ciò precluderebbe la possibilità, certamente meno incisiva, ma del pari non priva di utilità per i minori bisognosi, di offrire accoglienza e cure affettive ai minori islamici».

Ferme queste premesse, la Corte conviene con l'orientamento seguito dalle sentenze nn. 4868 del 2010 e 20722 del 2011, secondo cui la disciplina del ricongiungimento di minore extracomunitario al cittadino italiano affidatario in *kafalah* si rinviene esclusivamente nel d. lgs. 30/2007. Ciò sia perché tale disciplina deve intendersi richiamata dal d. lgs. 286/1998 (art. 28, co. 2), sia perché la salvezza dell'applicazione delle norme più favorevoli, prevista dalla stessa disposizione e dall'art. 23 d. lgs. 30/2007 non è

⁽¹⁶¹⁾ Cass., 20 marzo 2008, n. 7472, cit., e successive pronunce conformi.

idonea a rendere applicabile alla fattispecie di cui si tratta l'art. 29, co. 2, d. lgs. 286/1998, espressamente limitata ai ricongiungimenti richiesti dagli stranieri. E la Corte è pure concorde nell'escludere l'applicazione analogica della definizione normativa dei familiari stranieri per i quali il cittadino italiano residente in Italia può chiedere il ricongiungimento (artt. 2 e 3 d. lgs. 30/1997) ⁽¹⁶²⁾, sottolineando però che «nessuna regola di ermeneutica legale ne vieta l'interpretazione estensiva, specialmente quando sia l'unica costituzionalmente orientata e conforme ai principi affermati nelle norme sovranazionali, pattizie o provenienti da fonti dell'Unione Europea».

Ora, se certamente il minore straniero affidato a cittadino italiano mediante *kafalah* non potrebbe mai rientrare nella nozione di “discendente”, la quale implica un rapporto parentale fondato sulla realtà biologica o anche solo su quella giuridica dell'adozione legittimante, non si ravvisa alcun impedimento a comprenderlo nell'ambito degli “altri familiari” di cui all'art. 3, co. 2, lett. *a*, d. lgs. 30/2007, per i quali il cittadino italiano residente in Italia (o il cittadino dell'Unione titolare di soggiorno a titolo principale) può chiedere il ricongiungimento se a) è a carico, ovvero, b) convive nel paese di provenienza del cittadino extracomunitario, o, ancora, c) gravi motivi di salute ne impongano l'assistenza personale.

Un'ulteriore condizione alla concessione del ricongiungimento discende poi necessariamente dal principio della tutela dell'interesse prevalente del minore che esclude che possa avere rilievo nel nostro ordinamento, sia pure come mero presupposto di fatto, di provvedimento amministrativo di ricongiungimento, un affidamento derivante da una *kafalah* esclusivamente convenzionale, fondata cioè su un accordo tra adulti, sia pure omologato, senza

⁽¹⁶²⁾ Cass. (ord.), 17 dicembre 2010, n. 25661, in *Rep. Foro it.*, 2010, *Straniero*, 272.

che l'idoneità dell'affidatario sia stata previamente oggetto di valutazione da parte di un'autorità giudiziaria o comunque da parte di un'istituzione pubblica alla quale l'ordinamento straniero affidi la cura del minore bisognoso ⁽¹⁶³⁾. L'interpretazione che consente di ritenere compresi nella nozione di "altri familiari" anche i minori affidati in *kafalah* si muove, peraltro, sulla stessa linea seguita dalla comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio Europeo del 2 luglio 2009 (*Guida agli aspetti di difficile trasposizione e applicazione della direttiva 2004/38/CE*) in cui si afferma che «[i] bambini in affidamento e i genitori affidatari con custodia temporanea possono godere dei diritti conferiti dalla direttiva in funzione della solidità del legame instaurato nel caso particolare».

Osserva la Corte che una diversa interpretazione, oltre a contrastare con l'art. 3 Cost. (nel duplice senso sopra indicato della ingiustificata disparità di trattamento tra minori e tra affidatari) e col principio della prevalenza dell'interesse del minore, non è imposta necessariamente dalla lettera della disposizione. La nozione di "familiare" nel diritto interno, infatti, non richiede necessariamente l'esistenza di legami di tipo parentale, come risulta, ad esempio, dalla previsione di cui al d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223, recante il nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente, secondo cui «[a]gli effetti anagrafici per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune» (art. 4).

⁽¹⁶³⁾ Cass., 1° marzo 2010, n. 4868, cit., in una fattispecie in cui (oltre a non sussistere la condizione della preesistente convivenza con il cittadino italiano nel paese di provenienza del minore) l'affidamento del minore era avvenuto per effetto di una semplice convenzione tra privati.

E infatti i minori in affidamento (non preadottivo) ai sensi della l. 184/1983 possono essere e normalmente sono ricompresi nello stato di famiglia degli affidatari, pur non essendovi alcun legame parentale perfezionato o *in itinere*.

Osserva inoltre la Corte che «[n]eppure decisivo in senso contrario all'interpretazione accolta è la prospettazione di una contrarietà all'ordine pubblico che deriverebbe dal rilievo attribuito a un provvedimento straniero di affidamento che potrebbe porsi come contrastante od elusivo della disciplina interna dell'adozione internazionale, da ritenersi di applicazione necessaria. Tale contrarietà con l'ordine pubblico interno [...] potrebbe essere ipotizzabile nel caso in cui si trattasse di attribuire efficacia in Italia a sentenze ed atti stranieri, ma deve escludersi quando il provvedimento straniero è destinato non a produrre direttamente, in quanto tale, effetti giuridici nel nostro ordinamento, ma a costituire presupposto di fatto di un provvedimento amministrativo interno di ricongiungimento»⁽¹⁶⁴⁾.

D'altra parte, la contrarietà o l'elusione della disciplina dell'adozione internazionale sarebbe ipotizzabile se dalla *kafalah* si volessero far derivare effetti nel nostro ordinamento identici o analoghi a quelli dell'adozione, ma non nel caso in cui, nel rispetto della disciplina vigente nel paese di provenienza del minore affidato, il provvedimento di *kafalah*, anche dopo l'avvenuto ricongiungimento con il cittadino italiano, non svolga altra funzione che quella di giustificare l'attività di cura materiale e affettiva del minore, con esclusione di ogni vincolo di natura parentale o anche di sola rappresentanza legale. Peraltro, il controllo sull'idoneità degli affidatari effettuato dall'autorità giudiziaria del paese di provenienza del minore e la ne-

⁽¹⁶⁴⁾ Si tratta della nota dottrina dell'ordine pubblico attenuato, più volte evocata.

cessità della presa in carico o della convivenza in tale paese, richiesti (in alternativa alla necessità di assistenza per gravi ragione di salute) dall'art. 3, co. 2, lett. *a*, per consentire il ricongiungimento al cittadino italiano, rende anche in concreto difficile la stessa ipotizzabilità di intenti elusivi della disciplina dell'adozione internazionale da parte del cittadino affidatario che si trovi nelle condizioni richieste per ottenere il ricongiungimento.

Da ultimo, l'orientamento delle Sezioni Unite è stato confermato da una recente pronuncia che, alla luce dei principî di cui all'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, ha affermato doversi interpretare l'art. 3, co. 2, lett. *a*, d. lgs. 30/2007 «secondo una accezione non strettamente parentale, in ragione del perseguimento del superiore interesse del minore, prevalente su eventuali interessi confliggenti» ⁽¹⁶⁵⁾.

⁽¹⁶⁵⁾ Cass., 22 maggio 2014, n. 11404, in *Rep. Foro it.*, 2014, *Straniero*, 68.

CAPITOLO IV

EDUCAZIONE DEL MINORE E LIBERTÀ RELIGIOSA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’art. 2 Cost. come norma di apertura alle libertà umane “atipiche”. – 3. L’ambito di applicazione soggettivo dell’art. 2 Cost. – 4. Presupposti per l’esercizio dei diritti di libertà. – 5. Libertà fondamentali del minore. – 6. In particolare: il diritto all’educazione. – 7. Funzione educativa dei genitori e libertà del minore. – 8. Educazione e libertà religiosa. – 9. Pluralismo culturale e istituzioni scolastiche.

1. *Premessa.*

È stato affermato che analizzare la sfera di libertà riconosciuta dall’ordinamento al minore d’età nel campo educativo e religioso costituisce impresa non facile a fronte di un dato positivo carente ⁽¹⁾, ma proprio per questo necessaria al fine di colmare, attraverso l’individuazione delle

(¹) Così P. Lillo, *Libertà del minore nella sfera educativa e religiosa*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1921 ss.

linee generali sottese alla disciplina del fenomeno, i molti vuoti normativi – spiegabili, del resto, in base all'estrema delicatezza della materia e all'intrinseca inidoneità di essa a formare oggetto di norme giuridiche.

In determinati casi, il riconoscimento e l'esercizio concreto di taluni diritti fondamentali del minore pone quest'ultimo in una situazione di conflitto con chi è chiamato a curare il suo processo di maturazione e crescita (soltanto, i genitori). L'esplicazione di talune libertà individuali – costituenti, di per sé, strumenti di promozione e affermazione della personalità umana – può infatti dar luogo a frizioni intersoggettive, imponendo di riconoscere prevalenza a una soltanto delle posizioni in contrasto. Si tratta di un problema anche giuridico che richiede, come tale, una soluzione giuridica, al fine di delimitare esattamente la sfera di libertà riconosciuta al minore in ambito educativo e religioso da parte dell'ordinamento giuridico: l'indagine, in questa materia, è volta quindi all'individuazione di un criterio idoneo alla soluzione dei conflitti tra il minore e chi esercita una potestà su di lui.

2. *L'art. 2 Cost. come norma di apertura alle libertà umane "atipiche".*

Non v'è dubbio che la Costituzione, nel garantire una serie di diritti fondamentali, abbia inteso riferirli all'essere umano in quanto tale, a prescindere dall'età: afferma l'art. 2 Cost., infatti, che «[l]a Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili *dell'uomo*».

È noto, peraltro, il dibattito circa la portata oggettiva di tale disposizione – se, cioè, il “catalogo” delle libertà contemplate dal testo costituzionale abbia carattere esaustivo, o se, per contro, sia possibile ammettere l’esistenza di libertà fondamentali non espressamente menzionate dalle disposizioni costituzionali ⁽²⁾.

Al riguardo, la giurisprudenza della Corte costituzionale si è attestata in un primo tempo su una lettura restrittiva della disposizione, nel senso che l’art. 2 proclamerebbe «l’inderogabile valore di quei sommi beni che formano il patrimonio irretrattabile della persona umana, rimettendone la tutela specifica ad altre norme costituzionali o a leggi ordinarie» ⁽³⁾: è stato quindi affermato che «l’art. 2 si limita a proclamare in via generale l’inderogabile valore di quei diritti che formano il patrimonio inalienabile della persona umana, mentre è nelle norme successive che essi sono poi presi in considerazione e, come tali, garantiti e tutelati» ⁽⁴⁾. Parte della dottrina ha seguito tale orientamento, sostenendo che l’art. 2 Cost. non costituisce un enunciato costituzionale “aperto” alla recezione di istanze di liber-

⁽²⁾ È il caso, per esempio, della libertà di coscienza, del diritto al matrimonio, alla vita, all’integrità psico-fisica, nonché del diritto alla riservatezza, la cui natura costituzionale è, ormai, generalmente riconosciuta: cfr. G. Gemma, *Vita (diritto alla)*, in *Dig.⁴, disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 670 ss., e G. Busia, *Riservatezza (diritto alla)*, *ivi*, *Agg.*, I, Torino, 2000, 476 ss. e spec. 481 ss.

⁽³⁾ C. cost., 13 febbraio 1974, n. 33, in *Giur. cost.*, 1974, 123 ss.

⁽⁴⁾ C. cost., 17 dicembre 1975, n. 238, in *Giur. cost.*, 1975, 2853 ss. Conseguentemente, ove non vi sia un collegamento immediato e diretto fra diritti fondamentali e specifiche norme positive, tali libertà umane rimarrebbero fuori dell’area di copertura costituzionale: cfr. C. cost., 7 maggio 1975, n. 102, in *Giur. cost.*, 1975, 1182 ss.

tà ulteriori rispetto ai diritti di libertà espressamente previsti e garantiti dalla Costituzione: esso varrebbe, piuttosto, ad attribuire alle disposizioni costituzionali sui diritti di libertà una particolare forza espansiva, tale da riportare a quelle specifiche norme ulteriori figure di libertà. Il riconoscimento di nuove libertà fondamentali, dunque, non dipenderebbe da un richiamo contenuto nell'art. 2 Cost., bensì dalle *potenzialità interpretative* offerte da altre norme costituzionali ⁽⁵⁾.

Nel tempo, tuttavia, la giurisprudenza della Consulta si è spinta a riconoscere che l'art. 2 Cost. pone una garanzia d'inviolabilità anche nei confronti delle libertà non immediatamente riferibili ai diritti dell'uomo espressamente contemplati dalla Costituzione. Questa nuova linea interpretativa, dopo alcune timide aperture ⁽⁶⁾, è stata definitivamente accolta dalla giurisprudenza costituzionale della seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso ⁽⁷⁾, successivamente consolidandosi sempre più ⁽⁸⁾. Nella disposizione co-

⁽⁵⁾ Cfr. A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 53 ss.; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 54 ss.; A. Pace, *Diritti "fondamentali" al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993, 3 ss. Per questa linea interpretativa, v. altresì P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005, 137 ss.; F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999, 154 ss. e spec. 165 ss., ove ult. riferim. dottrinali; G. Rolla, *Il sistema costituzionale italiano*, III, Milano, 2005, 16 ss.

⁽⁶⁾ C. cost., 5 marzo 1969, n. 27, in *Giur. cost.*, 1969, 371 ss.; C. cost., 12 aprile 1973, n. 38, *ivi*, 1973, 354 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. C. cost., 18 dicembre 1987, n. 561, in *Giur. cost.*, 1987, 3535 ss.

⁽⁸⁾ Cfr., tra l'altro, C. cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *Giur. cost.*, 1988, 1789 ss.; 18 maggio 1989, n. 252, *ivi*, 1989, 1174 ss.; 26 maggio 1989, n. 310, *ivi*, 1400 ss.; 19 no-

stituzionale, in questo modo, si è vista una copertura *diretta* di libertà fondamentali non espressamente elencate dal testo costituzionale, ma purtuttavia coerenti col complesso dei valori materiali costituzionalmente riferibili alla persona umana. E Anche secondo gran parte della dottrina il catalogo dei diritti umani di cui agli artt. 13 ss. Cost. avrebbe carattere meramente esemplificativo ⁽⁹⁾, essendo le libertà fondamentali dell'uomo riconosciute e garantite, in forza dell'art. 2 Cost., a prescindere da specifici richiami o riferimenti formali ⁽¹⁰⁾.

L'art. 2 Cost., in definitiva, non costituisce una clausola riassuntiva dei diritti fondamentali menzionati nel prosieguo della Costituzione, ma rappre-

vembre 1991, n. 419, *ivi*, 1991, 3565 ss.; 17 giugno 1992, n. 278, *ivi*, 1992, 2113 ss.; 27 giugno 1996, n. 223, *ivi*, 1996, 1918 ss.; 10 febbraio 1997, n. 35, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1997, 887 ss.; 26 settembre 1998, n. 347, *ivi*, 1998, 651 ss.; 22 ottobre 1999, n. 388, in *Giur. cost.*, 1999, 2991 ss.; 11 maggio 2001, n. 120, *ivi*, 2001, 973 ss.; 25 novembre 2005, n. 425, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2006, 1012 ss.

⁽⁹⁾ Cfr. A. Barbera-C. Fusaro, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2008, 127 ss.; A. Barbera, in AA.VV., *Corte Costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, 19 ss.; G. Dalla Torre, *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Roma, 1992, 107 ss. e 272; C. Mirabelli, in AA.VV., *Dall'Accordo del 1984 al disegno di legge sulla libertà religiosa. Un quindicennio di politica e legislazione ecclesiastica*, Roma, 2001, 51; G. Roehrsen di Cammarata, *La posizione dell'uomo nella Costituzione italiana*, in *Dir. soc.*, 1987, 336.

⁽¹⁰⁾ G. Dalla Torre, *Considerazioni sui caratteri originali della Costituzione italiana del 1948*, in *Iustitia*, 1999, 17; A. Barbera-F. Coccozza-G. Corso, in G. Amato-A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, I, Bologna, 1997, 233; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1037.

senta una *norma a fattispecie aperta*, ossia una disposizione di apertura a tutte le libertà umane.

3. *L'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 2 Cost.*

Premessi questi cenni in ordine alla portata *oggettiva* dell'art. 2 Cost., resta da verificare il grado di "apertura" *soggettiva* di tale disposizione. La figura dell'«uomo» si colloca al centro dell'art. 2, come voluto dai Costituenti in attuazione del principio personalista, implicante la centralità della persona umana nel sistema ordinamentale e postulante il primato assiologico della dignità umana e delle sue esigenze fondamentali rispetto alle istituzioni dello Stato, ordinate in funzione strumentale e promozionale rispetto alle libertà inviolabili dell'uomo ⁽¹¹⁾. La centralità della persona è stata spesso sottolineata dalla giurisprudenza costituzionale, la quale ha precisato che il principio personalista desumibile dall'art. 2 Cost. «ispira la Carta costituzionale» e «pone come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana» ⁽¹²⁾.

L'art. 2 Cost., nel riconoscere l'invulnerabilità delle fondamentali istanze di libertà dell'essere umano, ha inteso affermare il «primato dell'uomo come valore etico in sé, dell'uomo come fine e non come mezzo» ⁽¹³⁾, il quale ha dei diritti antecedenti allo Stato e che lo Stato non costituisce, limitandosi a dichiararli e a riconoscerli come essenziali e inderogabili esigenze coessen-

⁽¹¹⁾ Cfr. in tal senso P. Lillo, *Libertà*, cit.

⁽¹²⁾ C. cost., 10 maggio 1999, n. 167, in *Giur. cost.*, 1999, 1607 ss.

⁽¹³⁾ G. Dalla Torre, *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino, 1993, 39.

ziali alla convivenza civile. Il sistema democratico è così dotato di un ancoraggio etico, incentrato sul primato della persona umana, che rappresenta uno stimolo per lo Stato a porre «a base del suo ordinamento il rispetto dell'uomo riguardato nella molteplicità delle sue espressioni, l'uomo che non è soltanto singolo, che non è soltanto individuo, ma che è società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato»⁽¹⁴⁾.

È stato riconosciuto, per altro verso, che l'art. 2 Cost., nel sancire la centralità dei diritti umani, riconosce la persona umana non da un punto di vista meramente astratto, ciò che potrebbe dar luogo a qualche profilo di ambiguità⁽¹⁵⁾, ma come portatrice di un patrimonio di valori da garantire, appunto, attraverso la protezione e la promozione dei diritti di libertà⁽¹⁶⁾. La Costituzione prende dunque in considerazione l'essere umano «non tanto nella sua realtà fisio-psichica, quanto nel suo essere quale individuo in relazione con gli altri individui e con le comunità alle quali partecipa»⁽¹⁷⁾: si tratta dell'affermazione dell'*anteriorità della persona* rispetto allo Stato e al sistema giuridico, il quale deve accedere a una visione integrale della personalità umana, anche in relazione all'inserimento di essa nel corpo sociale⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁴⁾ Per il riferimento ai lavori dell'Assemblea costituente v. P. Lillo, *Libertà*, cit.

⁽¹⁵⁾ Cfr. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1992, 3.

⁽¹⁶⁾ Cfr. ancora A. Pace, *Problematica*, cit., 146 e 153, per il quale le libertà costituzionalmente garantite sono riconosciute ai consociati *a titolo originario*, in quanto diritti personalissimi, ossia inerenti alla persona umana in senso stretto.

⁽¹⁷⁾ C. Mirabelli, *L'appartenenza confessionale*, Padova, 1974, 9.

⁽¹⁸⁾ Per riferimenti ai lavori dell'Assemblea costituente v. P. Lillo, *Libertà*, cit.

L'art. 2, peraltro, sembra considerare inviolabili le libertà fondamentali riconosciute a *qualunque* essere umano, indipendentemente dalla posizione sociale rivestita: esse non sono soltanto garanzie d'indipendenza del singolo sul piano sociale, ma anche e soprattutto strumenti di *autodeterminazione* e *autorealizzazione* personale in ogni possibile direzione (politica, economica, culturale, ecc.) ⁽¹⁹⁾. Il loro esercizio consente l'esplicazione del valore ordinamentale di fondo del libero e pieno sviluppo della personalità umana (art. 3, co. 2, Cost.).

In linea di principio, dunque, la Costituzione riconosce i «diritti inviolabili dell'uomo» a *tutte* le persone fisiche, indipendentemente da ogni differenziazione, *anche di età*.

Si tratta di una regola generale, la quale può, naturalmente, andare incontro a eccezioni giustificate dall'esigenza di salvaguardare determinati beni o interessi aventi, a loro volta, specifico fondamento costituzionale. Così, per esempio, le persone prive della cittadinanza italiana, pur potendo godere della maggior parte dei diritti fondamentali ⁽²⁰⁾, per espressa previsione costituzionale non sono titolari dei diritti politici e possono patire limitazioni nell'esercizio di taluni diritti costituzionali (libertà di circolazione e sog-

⁽¹⁹⁾ A. Ravà, *Contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa nella Costituzione italiana*, Milano, 1959, 16 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. P. Lillo, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Torino, 2006, 186 ss. Cfr. in proposito anche l'art. 2 d. lgs. 286/1998, secondo cui «[a]llo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti».

giorno, diritto di riunione, diritto di associazione) – fatte salve, com'è ovvio, le norme del diritto comunitario in materia.

Per quanto riguarda l'età, anche al minore può riconoscersi la titolarità dei diritti inviolabili *ex art. 2 Cost.*, sia pure ove ricorrano talune specifiche condizioni. In particolare, sul presupposto che sono sempre e comunque attribuiti al minore i diritti inerenti alla sua personalità (diritto alla vita, diritto all'identità personale, diritto al nome, ecc.) ⁽²¹⁾, altri diritti sono riferibili al minore soltanto in rapporto alla sua posizione nell'ambito di un nucleo familiare (per esempio, il diritto al mantenimento).

⁽²¹⁾ Per la giurisprudenza orientata a riconoscere in via diretta anche al nascituro un'autonoma soggettività giuridica includente la titolarità di interessi giuridici personali (diritto alla vita, diritto alla salute e all'integrità psico-fisica, diritto all'onore o alla reputazione, diritto all'identità personale), per la cui azionabilità a fini risarcitori l'evento della nascita è condizione indispensabile, cfr. Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, I, 141 ss., con nt. di Bitetto e Di Ciommo. Cfr. anche C. cost., 10 febbraio 1997, n. 35, cit., la quale, premesso che «si è rafforzata la concezione, insita nella Costituzione italiana, in particolare nell'art. 2, secondo la quale il diritto alla vita, inteso nella sua estensione più lata, sia da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono [...] 'all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana'», ha evidenziato che «ha fondamento costituzionale la tutela del concepito, la cui situazione giuridica si colloca, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, tra i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dall'art. 2 della Costituzione, denominando tale diritto come diritto alla vita, oggetto di specifica salvaguardia costituzionale».

4. *Presupposti per l'esercizio dei diritti di libertà.*

Com'è noto, «l'ordinamento giuridico ha sempre distinto l'idoneità ad essere soggetto di diritto, riconoscendo a tutte le persone la soggettività giuridica come attributo inseparabile della personalità umana, dall'attitudine ad esercitare i diritti soggettivi, assumendo con la capacità di agire i doveri giuridici conseguenti» (22). Il nostro diritto pubblico fa peraltro coincidere la *titolarità* dei diritti costituzionali con l'idoneità del soggetto al loro concreto esercizio: nel diritto pubblico, infatti, a differenza di quanto accade nel diritto privato, non è possibile scindere la qualità di soggetto di diritto dalla capacità di esercitare i propri diritti costituzionali, non ammettendosi il ricorso alla rappresentanza (23).

Per poter esercitare pienamente i propri diritti di libertà, la persona deve possedere la capacità d'intendere e di volere e dev'essere in grado di autodeterminarsi in relazione alle specifiche attività materiali che l'esercizio di ciascun diritto costituzionale implica (l'associarsi, il manifestare il proprio pensiero, ecc.). Tale idoneità all'autodeterminazione del soggetto, evidentemente, non coincide col compimento della maggiore età, né col concetto penalistico di imputabilità (artt. 85-98 cod. pen.). E poiché, nell'ambito dei diritti di libertà, alla "capacità" del soggetto deve sempre corrispondere una sua personale responsabilità in relazione alla condotta adottata, in caso di esercizio di un diritto fondamentale da parte di un minore la sua capacità naturale non può essere presuntivamente esclusa, ma dev'essere accertata caso per caso. I diritti costituzionali sono da ritenersi, in linea di principio,

(22) P. Stanzione-G. Sciancalepore, *Minori e diritti fondamentali*, Milano, 2006, 129.

(23) Cfr. sul punto P. Lillo, *Libertà*, cit.

liberamente esercitabili dal minore d'età a condizione che abbia raggiunto una certa *capacità di discernimento*, vale a dire una propria *maturità di giudizio* tale da renderlo consapevole delle proprie azioni e scelte.

Anche in dottrina si tende a correlare il riconoscimento dell'esercizio dei diritti costituzionali al grado di maturità del minore, con la conseguenza che, di regola, solo nei primi anni di vita possono giustificarsi incisivi interventi correttivi esterni o comunque limitazioni da parte di altri soggetti (fra tutti, i genitori). L'autonomia personale del minore aumenta progressivamente in rapporto alla sua crescita, fermo restando che egli può considerarsi sin dalla nascita alla stregua di un soggetto di diritti costituzionali in quanto «posto al centro di un procedimento acquisitivo di capacità e posizioni proprie di ogni cittadino attraverso un'ampia ed effettiva libertà delle scelte esistenziali, nella prospettiva indicata dagli artt. 19, 21, e 49 Cost.»⁽²⁴⁾.

Il riconoscimento della titolarità e della facoltà di esercitare i diritti fondamentali da parte del minore naturalmente capace (si tratta dei c.d. grandi minori) rappresenta un riflesso dell'esigenza di tutelarne la personalità e la dignità, che non possono venire mortificate dalla potestà attribuita ai genitori. Pertanto, «la potestà dei genitori possiede un alto grado di elasticità, presentando il massimo di coesione nei primissimi anni di vita dei figli, mentre è destinata sempre più a ridursi con l'avanzare della loro età fino al totale dissolvimento col sopraggiungere della maggiore età»⁽²⁵⁾. In questo per-

⁽²⁴⁾ P. Stanzione-G. Sciancalepore, *Minori*, cit., 129.

⁽²⁵⁾ P. Stanzione-G. Sciancalepore, *Minori*, cit., 5.

corso evolutivo si innestano le varie forme di libertà previste, a favore del minore, da importanti accordi internazionali ⁽²⁶⁾.

In questo senso, sono stati riconosciuti al minore non solo diritti personalissimi come quello alla vita, al nome, alla cittadinanza, alla nazionalità, alla propria identità (artt. 6, 7 e 8 Convenzione ONU del 1989 sui diritti del fanciullo), ma anche – fra gli altri – il «diritto alla libertà di espressione» (art. 13 della medesima Convenzione), la «libertà di pensiero, di coscienza e di religione» (art. 14), i diritti alla «libertà di associazione e di riunirsi pacificamente» (art. 15), il diritto alla riservatezza (art. 16). Si tratta di diritti e libertà riconosciuti al minore nel quadro di un sistema di protezione volto alla cura e al benessere del minore (art. 3), fondato sulla garanzia del «riconoscimento del principio comune secondo il quale entrambi i genitori hanno una responsabilità comune per quanto riguarda l'educazione del fanciullo ed il provvedere al suo sviluppo» (art. 18).

5. *Libertà fondamentali del minore.*

Venendo, in particolare, alle specifiche forme di libertà che l'ordinamento riconosce al minore, occorre sottolineare che la Costituzione

⁽²⁶⁾ Per una ricognizione dei testi dei diversi accordi internazionali stipulati in materia, cfr. F. Bocchini, *Codice della famiglia e dei minori*, Milano, 2007, 1051 ss. Per un esame dei contenuti delle norme internazionali che garantiscono ai minori la libertà religiosa, cfr. A. Magini, *Responsabilità genitoriale ed educazione religiosa del minore*, in *Diritto e religioni*, 2008, 318 ss. e spec. 321-323; R. Santoro, *Diritti ed educazione religiosa del minore*, Napoli, 2004, 53 ss.

assegna al minore alcuni diritti fondamentali prescindendo completamente dall'età o dall'accertamento della suo concreto grado di maturità. I diritti riconosciuti al minore in ambito familiare, d'altra parte, sono diritti coesenziali alla sua stessa esistenza «nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» (art. 2 Cost.) e non sono vantati nei confronti dei pubblici poteri, essendo rivolti nei confronti dei familiari, a carico dei quali gravano corrispondenti doveri di solidarietà.

I diritti familiari del minore sono ricavabili in special modo dall'art. 30, co. 1, Cost., secondo cui «[è] dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio». Solo in caso di accertata «incapacità dei genitori» a soddisfare i diritti del minore, «la legge provvede a che siano assolti i loro compiti» (art. 30, co. 2, Cost.) attraverso l'intervento delle pubbliche istituzioni.

Il contenuto precettivo dell'art. 30 Cost. trova attuazione nella legislazione ordinaria e, in particolare, nel codice civile. Il diritto dei minori a ricevere un'adeguata assistenza morale e materiale da parte dei genitori è ulteriormente specificato, infatti, dall'art. 147 cod. civ., il quale, nel dare applicazione al dettato costituzionale, precisa che «[i]l matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli». Il diritto del minore al mantenimento, avente natura patrimoniale, implica il dovere dei genitori di sostenere economicamente i figli sotto i vari profili della loro dimensione esistenziale (alimentazione, vestiario, cura della salute e della persona, ecc.). Tale diritto permane fino a quando il minore non sia in grado di provvedere autonomamente a sé stesso o non raggiunga una sufficiente autonomia economico-finanziaria.

Quanto al diritto del minore all'istruzione, consistente nella somministrazione dei mezzi per il raggiungimento di un adeguato livello culturale, esso comporta il correlativo dovere dei genitori di provvedere a fornire alla prole un'appropriata formazione culturale e scolastica, tenendo anche conto anche degli eventuali orientamenti del figlio ai fini della scelta di determinati percorsi formativi. Le aspettative del minore sotto il profilo formativo trovano formale sanzione nella previsione costituzionale del diritto allo studio, il quale implica l'esistenza di un sistema scolastico aperto a tutti (art. 34 Cost.)⁽²⁷⁾. In questo senso, il diritto all'istruzione vantato dal minore nei confronti dei propri genitori e il diritto allo studio promosso dallo Stato si integrano vicendevolmente, nel comune disegno ad essi sotteso di garantire al minore un adeguato percorso formativo. Per inciso, inoltre, può sin d'ora osservarsi che il diritto all'educazione, dato il suo peculiare contenuto, può presentare diversi punti di contatto con la sfera religiosa: basti pensare che, nel progetto educativo ideato dai genitori, i valori di cui si desidera la trasmissione ai figli ben possono rivestire carattere religioso.

Quanto, infine, al diritto all'educazione del minore ricavabile dall'art. 30 Cost. e dall'art. 147 cod. civ., esso consiste nel ricevere assistenza, indirizzo e sostegno da parte dei genitori nel processo di crescita e affermazione della personalità del minore. L'educazione, infatti, attiene alla persona nella sua totalità, mirando alla trasmissione di riferimenti diretti a modellarne la struttura: il processo educativo tende a plasmare il minore in modo da svilupparne le potenzialità e a correggerne eventuali inclinazioni ritenute negative. La Costituzione riconosce al minore, sotto questo profilo, un diritto in-

⁽²⁷⁾ Cfr. A. Avon, *La legislazione scolastica: un sistema per il servizio di istruzione. Contenuti, significati e prospettive tra riforme e sfide quotidiane*, Milano, 2009, 30 ss.

violabile che egli può vantare all'interno della formazione familiare di appartenenza ⁽²⁸⁾. Dal punto di vista contenutistico, esso consiste nel diritto «ad uno sviluppo compiuto ed armonico della sua personalità in un ambiente idoneo» ⁽²⁹⁾. Il diritto all'educazione del minore implica «la possibilità di maturare una personalità autonoma e capace di determinarsi liberamente nella vita, di far propri, interiorizzandoli, i valori fondamentali della comunità a cui appartiene e di realizzare validi e profondi rapporti interpersonali» ⁽³⁰⁾.

Tale diritto è rafforzato dalle disposizioni degli artt. 2 e 3, co. 2, Cost., che prevedono, rispettivamente, garanzie per i diritti inviolabili del singolo anche all'interno delle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e un concreto intervento dello Stato al fine di rimuovere gli ostacoli che limitano o impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Il percorso educativo del minore, così, «cessa di essere affare meramente privato», diventando il procedimento di acquisto delle capacità e delle posizioni giuridiche «proprie del cittadino adulto» ⁽³¹⁾. L'educazione del minore deve tendere, infatti, non solo a prepararlo ad affrontare con maturità e consapevolezza le vicende della vita, ma anche a fargli acquisire le capacità richieste ai fini

⁽²⁸⁾ M. Dogliotti, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, nel *Tratt. Ciccumessineo*, VI, 2, Milano, 2007, 174 ss., ove richiami alla giurisprudenza orientata in tal senso.

⁽²⁹⁾ M. Dogliotti, *La potestà*, cit., 177.

⁽³⁰⁾ R. Santoro, *Diritti*, cit., 41.

⁽³¹⁾ M. Dogliotti, *La potestà*, cit., 177.

del responsabile esercizio delle libertà fondamentali tipiche dell'adulto ⁽³²⁾. Ricevere un'adeguata educazione comporta «il concretarsi di aspettative costituzionalmente protette attraverso le quali i doveri di solidarietà politica, economica e sociale [...] acquistano senso positivo, ed, allo stesso tempo, impegnano lo Stato [...] agli adempimenti richiesti, assicurando al minore tutti gli attributi necessari per consentirgli la piena partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» ⁽³³⁾. Di più, «la formazione e lo sviluppo della personalità del minore postula la acquisizione di autonome capacità di determinazione nella sfera individuale e sociale, anche perché «secondo le proprie possibilità e la propria scelta», ogni cittadino possa soddisfare il dovere di svolgere «una attività od una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società» ⁽³⁴⁾.

6. *In particolare: il diritto all'educazione.*

Se quello di ricevere un'adeguata educazione costituisce un diritto costituzionalmente garantito, restano alcuni dubbi circa la configurabilità del compito educativo dei genitori quale loro diritto inviolabile. L'art. 30, co. 1, Cost. parla di «dovere e diritto dei genitori» di «educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio». Così, mentre al minore è possibile riferire un vero e proprio diritto inviolabile all'educazione, che – come si è visto – trova

⁽³²⁾ Cfr. G. Dalla Torre, *Il minore nella scuola*, in *Orientam. pedagog.*, 1990, 316; M. Dogliotti, *La potestà*, cit., 110.

⁽³³⁾ M. Dogliotti, *La potestà*, cit., 110.

⁽³⁴⁾ G. Dalla Torre, *Il minore*, cit., 318 s.

fondamento in più d'una norma costituzionale (artt. 2, 3 e 30 Cost.), nel caso dei genitori ci si trova di fronte alla previsione di una situazione soggettiva "mista", connotata sia di libertà sia di doverosità. Un "diritto", insomma, che i coniugi hanno il "dovere" di esercitare per solidarietà generazionale e familiare al fine di assicurare ai propri figli un'educazione adeguata.

È stato così affermato che, trattandosi di «una facoltà il cui esercizio è strettamente funzionalizzato e correlato all'adempimento di un preciso dovere di natura familiare (stabilito dallo stesso art. 30 Cost.), il diritto all'educazione della prole non è esattamente classificabile quale diritto 'inviolabile' dei genitori»⁽³⁵⁾. Non si tratta, quindi, di un diritto la cui inviolabilità sarebbe garantita (come nel caso della generalità dei diritti costituzionali) non solo contro eventuali atti normativi di rango ordinario, ma anche contro eventuali leggi di revisione costituzionale *ex art. 138 Cost.* volte modificarne o limitarne il contenuto⁽³⁶⁾. Ne consegue che la funzione educativa dei genitori, sebbene qualificata come diritto⁽³⁷⁾, non appare riconducibile alla categoria dei diritti costituzionali in senso tecnico.

D'altra parte, anche dal punto di vista del diritto privato, questo diritto-dovere sembra atteggiarsi non già alla stregua di un diritto soggettivo perfetto, ma piuttosto come semplice *potestà*, ossia come un potere giuridico attribuito dal diritto ai genitori per essere esercitato *nell'interesse primario del figlio*: una funzione, dunque, attribuita non per perseguire un interesse

⁽³⁵⁾ Così P. Lillo, *Libertà*, cit.

⁽³⁶⁾ V. ancora P. Lillo, *Diritti*, cit., 105 ss.

⁽³⁷⁾ Per un articolato esame del "diritto" dei genitori a trasmettere un'educazione di natura religiosa v. G. Dalla Torre, *Il diritto all'educazione religiosa nella scuola pubblica*, in *Seminarium*, 2002, 451 ss. e spec. 456 ss.

proprio, ma per realizzare un interesse altrui; un doveroso compito di solidarietà familiare funzionale, anzitutto, al “bene” personale del minore ⁽³⁸⁾.

La funzione educativa costituisce un’attività doverosa a carico del genitore e il relativo esercizio è sottoposto a *due essenziali condizioni*. In primo luogo, si richiede una *piena idoneità dei genitori ad assolvere alla funzione educativa*, pena un intervento dello Stato in funzione vicaria, al fine di sopperire all’«incapacità dei genitori» e di provvedere comunque «a che siano assolti i loro compiti» (art. 30, co. 2, Cost.). In secondo luogo, nel percorso educativo si pone a carico dei genitori l’obbligo del *rispetto «delle capacità, dell’inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli»* (art. 147 cod. civ.), con evidente funzionalizzazione della responsabilità genitoriale all’interesse primario e preminente del minore ⁽³⁹⁾.

Anche dal punto di vista del diritto pubblico, il diritto-dovere di educare la prole rappresenta un potere riconosciuto ai genitori non già per la soddisfazione immediata e diretta di un proprio interesse, ma a beneficio dei destinatari del processo educativo. In questo specifico settore, esiste «un considerevole limite all’esercizio dei diritti dei genitori, che coincide con l’evoluzione della personalità dei figli e con il loro interesse a ricevere

⁽³⁸⁾ Come si è già ricordato nel primo capitolo, il Nell’ordinamento italiano, la novella al codice civile portata dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, in attuazione della l. 10 dicembre 2012, ha provveduto a sostituire l’espressione “potestà”, ovunque ricorrente, col sintagma “responsabilità genitoriale”, concetto al quale è ora dedicato il nuovo art. 316 cod. civ. Sul punto v. E. Al Mureden, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, in *Giur. it.*, 2014, 5 ss.

⁽³⁹⁾ Cfr. sul punto P. Lillo, *Libertà*, cit.

un'educazione equilibrata»⁽⁴⁰⁾. Ed è qui evidente il parallelismo con altre situazioni di potere previste dal diritto pubblico a favore di determinati soggetti esercenti funzioni pubbliche⁽⁴¹⁾.

Del resto, com'è stato rilevato⁽⁴²⁾, sarebbe ben strano prevedere un diritto costituzionale (quello di «mantenere, istruire ed educare i figli») assoggettabile a pesanti restrizioni da parte della magistratura (art. 333 cod. civ.) o a una vera e propria decadenza (art. 330 cod. civ.). E sarebbe forse l'unico caso di riconoscimento di un diritto costituzionale il cui mancato esercizio potrebbe dar luogo, in presenza di determinate circostanze, all'integrazione di una fattispecie delittuosa da parte del suo stesso titolare (art. 570 cod. pen.).

Anche tali riflessioni inducono a ritenere che la portata del termine «diritto» di cui all'art. 30, co. 1, Cost. sia soltanto quella di chiarire che i genitori, nell'adempimento del loro dovere inderogabile di educare la prole, godono di particolari spazi di libertà nella sfera pedagogica. In tal senso, l'art. 30 Cost. pone una *riserva di competenza* in materia educativa a favore dei genitori, unici depositari – almeno in prima battuta – della funzione educativa nei confronti dei figli. Il pluralismo garantito, in via generale, dall'art. 2 Cost. rafforza l'esclusività della competenza genitoriale in questo specifico

⁽⁴⁰⁾ C. Cardia, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Torino, 2005, 155.

⁽⁴¹⁾ Anche A. Pace, *Problematica*, cit., 127, precisa, al riguardo, che «la potestà genitoriale consiste di diritti e di doveri, peraltro sempre funzionalizzati all'interesse del figlio [...]. Si parla, perciò, di essa come di un "ufficio" di diritto privato, relativamente al quale i poteri attribuiti ai privati rivestono molti dei caratteri propri delle potestà pubbliche».

⁽⁴²⁾ Da P. Lillo, *Libertà*, cit.

ambito, riservando alla famiglia il compito di provvedere all'educazione della prole. L'esclusività della funzione educativa comporta, così, che i pubblici poteri possano sostituirsi ai genitori soltanto in casi del tutto eccezionali, e segnatamente quando questi risultino incapaci di assolvere tale fondamentale compito.

Inoltre, il termine «diritto» sembra significare che i genitori godono di ampia libertà in ordine alla determinazione del modello educativo da adottare, nonché circa la determinazione dei relativi contenuti, dei tempi e dei modi caratterizzanti il progetto educativo familiare. Così, per esempio, essi possono sottoporre il figlio a un progetto educativo ispirato a valori religiosi ⁽⁴³⁾, oppure indirizzarlo secondo un percorso pedagogico basato su valori laici o, per meglio dire, non confessionali.

In tal senso paiono orientate la giurisprudenza costituzionale e buona parte della dottrina. La Consulta, infatti, ha rilevato che «[l]a potestà dei genitori nei confronti del bambino è [...] riconosciuta dall'art. 30, commi 1 e 2, della Costituzione non come loro libertà personale, ma come diritto dovere che trova nell'interesse del figlio la sua funzione e il suo limite» ⁽⁴⁴⁾. Tale opinione deriva dalla circostanza che «[l]a Costituzione ha rovesciato le concezioni che assoggettavano i figli ad un potere assoluto ed incontrollato, affermando il diritto del minore ad un pieno sviluppo della sua personalità e collegando funzionalmente a tale interesse i doveri che ineriscono, prima ancora dei diritti, all'esercizio della potestà genitoriale» ⁽⁴⁵⁾. Dal can-

⁽⁴³⁾ Cfr. G. Dalla Torre, *Il diritto*, cit., 457 ss.

⁽⁴⁴⁾ C. cost., 27 marzo 1992, n. 132, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993, 685 ss.; in senso sostanzialmente analogo, C. cost., 25 giugno 1981, n. 109, in *Giur. cost.*, 1981, 948 ss.

⁽⁴⁵⁾ C. cost., 27 marzo 1992, n. 132, cit.

to suo, la dottrina costituzionalista tende a classificare i compiti educativi dei genitori in termini di doverosità, più che di libertà, collocando la relativa funzione genitoriale esattamente fra i *doveri* costituzionali ⁽⁴⁶⁾, osservandosi che la funzione educativa genitoriale «consiste nell'assicurare al figlio uno sviluppo e una maturazione integrale della personalità conformi ai precetti di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione e deve svolgersi nel rispetto delle libertà che la Costituzione garantisce anche ai minori» ⁽⁴⁷⁾.

7. *Funzione educativa dei genitori e libertà del minore.*

Un problema particolare si pone in caso di contrasto tra l'esercizio della responsabilità genitoriale e l'aspirazione del minore al godimento di un determinato diritto di libertà. Essendo «dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio» (art 30, co. 1, Cost.; artt. 147 e 316 cod. civ.), l'esercizio della responsabilità genitoriale implica, tra l'altro, la facoltà di apporre legittimamente impedimenti o divieti al libero comportamento dei figli minorenni. Trattandosi di misure adottabili sempre nell'interesse della prole, possono ritenersi costituzionalmente ammesse solo quelle restrizioni che abbiano, oggettivamente e soggettivamente, un'intrinseca valenza educativa e che siano perciò dirette a

⁽⁴⁶⁾ Cfr. A. Barbera-C. Fusaro, *Corso*, cit., 131; conf. T. Martines, *Diritto pubblico*, Milano, 2005, 37.

⁽⁴⁷⁾ E. Lamarque, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 633, ove ult. riferim. dottrinali. Analogam. A. Magini, *Responsabilità*, cit., 316, la quale sottolinea il processo evolutivo della funzione educativa dei genitori.

concorrere alla realizzazione di un determinato progetto educativo. I poteri coercitivi e restrittivi esercitabili in questo campo dai genitori sono quindi ammissibili soltanto nella misura in cui risultino necessari e rispondenti alla “missione” loro assegnata.

Ove si accolga tale impostazione, è da ritenersi che eventuali restrizioni all’esercizio dei diritti di libertà dei minori da parte di chi detiene la responsabilità genitoriale nei loro confronti sono da reputarsi legittime soltanto quando, nei contenuti e nelle forme, siano rispettose della dignità del minore e dell’evoluzione della sua personalità. Tale assunto è suffragato dall’«evoluzione normativa, di diritto internazionale e di diritto interno», la quale tende a «riconoscere un sempre più pregnante diritto del minore all’autodeterminazione, che cresce progressivamente con il crescere dell’età e con la maturazione della singola personalità, e una correlativa riduzione della potestà dei genitori nell’opera educativa. I quali devono evitare gli eccessi che possono nuocere all’equilibrio del bambino o del ragazzo e devono adeguarsi all’evoluzione della personalità giovanile»⁽⁴⁸⁾.

Il problema appare ancora più delicato quando il diritto inviolabile rivendicato dal minore, contrastante con le direttive dei genitori in materia,

⁽⁴⁸⁾ Cfr. C. Cardia, *Principi*, cit., 155, il quale aggiunge che «[n]on ci si può illudere di attribuire alla legge la capacità di creare l’ambiente familiare perfetto, e il modulo educativo più raffinato, in sostituzione del rapporto naturale tra genitori e figli. Questo rapporto può provocare delle tensioni (tensioni non sempre negative quando non superino certi limiti) ma rappresenta pur sempre l’habitat preferenziale per la crescita equilibrata della personalità dei figli. Tuttavia, anche la legge, se sorretta da una applicazione giurisprudenziale che sappia affrontare e risolvere specifiche situazioni di conflitto, può creare costume, mentalità, modelli più avanzati in tema di educazione».

sia quello alla *libertà religiosa* ⁽⁴⁹⁾. Infatti, rientrando nella responsabilità genitoriale anche la facoltà di trasmettere ai figli un'educazione religiosa, un conflitto è suscettibile di configurarsi nel caso in cui non vi fosse coincidenza tra l'orientamento religioso dei genitori e quello del figlio minore. In tal caso, si pone il problema di accertare, in via preliminare, se il minore sia titolare della libertà religiosa indipendentemente dalle scelte dei genitori in materia, nonché quello d'individuare quale dei due configgenti diritti debba considerarsi prevalente.

In linea generale, si deve evidenziare che quello alla libertà religiosa costituisce un diritto fondamentale particolarmente sensibile, investendo la dimensione più intima dell'uomo, ossia la coscienza individuale. Discendendo da ciò l'*unicità* e la *singolarità* della libertà religiosa rispetto agli altri diritti di libertà ⁽⁵⁰⁾: in particolare, caratteristica esclusiva della libertà religiosa è quella di comprendere al suo interno ulteriori e diverse espressioni di libertà, come, ad esempio, la libertà di coscienza, la libertà di manifestazio-

⁽⁴⁹⁾ Sulle caratteristiche di questo fondamentale diritto dell'uomo, cfr. almeno C. Cardia, *Religione (libertà di)*, in *Enc. dir., Agg.*, II, Milano, 1998, 914 ss.; Id., *Principi*, cit., 131 ss.; G. Dalla Torre, *Libertà religiosa*, in AA.VV., *Dizionario delle idee politiche*, Roma, 1993, 477 ss.; Id., in AA.VV., *La libertà di religione e di culto. Contenuto e limiti*, Torino, 2003, 33 ss.; P. Di Marzio, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa*, Napoli, 2000, 93 ss.; L. Musselli, *Libertà religiosa e di coscienza*, in *Dig.⁴, disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, 215 ss.; V. Pacillo, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2003, 32 ss.; M. Ricca, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 420 ss.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. P. Lillo, *Libertà religiosa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 3547 ss.

ne del pensiero, la libertà di riunione e quella di associazione, la libertà di comunicazione e di corrispondenza. Così, mentre la struttura delle altre libertà si esaurisce nelle facoltà *materiali* proprie di ogni specifico diritto, la libertà religiosa afferma la specificità dei suoi contenuti mediante l'esercizio di facoltà riconducibili anche ad altre molteplici figure di libertà. E la peculiarità del singolare diritto in parola appare accentuata dal fatto che la libertà religiosa presenta un'essenza strutturale necessariamente e indissolubilmente legata alla dimensione extragiuridica.

La libertà del soggetto in materia religiosa, in definitiva, sembra costituire l'unico esempio di diritto fondamentale che investe al tempo stesso tanto la dimensione temporale dell'uomo quanto la dimensione spirituale di questo – «la sola esperienza di libertà capace di avere anche una *proiezione escatologica*, che la rende potenzialmente idonea a rispondere agli *'interrogativi ultimi'* dello spirito umano circa il senso e il *'destino finale'* della vita e del mondo»⁽⁵¹⁾.

Essa si mostra come il *solo* diritto in grado di guardare oltre i limitati confini della sfera civile e temporale, aprendosi alla *dimensione metafisica*: in tale *dimensione*, trovano singolare 'convergenza', da un lato, determinati aspetti legati alla definizione degli "stadî ultimi" dell'esistenza umana e dell'intero creato, e, dall'altro, significative ricadute attinenti al comportamento umano in relazione agli stessi rapporti interpersonali. La libertà religiosa sembra essere, così, l'unica libertà fondamentale il cui esercizio può arrivare a influenzare i comportamenti umani individuali e sociali orientandoli al rispetto di uno specifico "codice morale" di natura religiosa ritenuto, dai credenti in una fede comune, siccome oggettivamente vincolante, fino

⁽⁵¹⁾ Così P. Lillo, *Libertà*, cit. (corsivi dell'A.).

ad incidere profondamente nell'affermazione e nello sviluppo della stessa personalità dell'uomo.

Ora, il grado di "sensibilità" della libertà religiosa risulta ancor più ove lo si riferisca alla persona del minore, per il quale l'esperienza religiosa rappresenta uno dei fattori potenzialmente più significativi nel processo di crescita e di "costruzione" della personalità. L'adesione a un dato orientamento religioso è suscettibile di incidere in particolar modo sullo sviluppo del minore, al quale – lo si è visto – è rivolto il progetto educativo dei genitori, nel quale questi ben possono inserire valori di carattere religioso. L'impartire un'educazione di tipo religioso, del resto, non solo rappresenta una prerogativa riconosciuta ai genitori a livello costituzionale (artt. 2, 19 e 30 Cost.), ma può anche, in alcuni casi, costituire un preciso dovere prescritto da specifiche norme confessionali ⁽⁵²⁾.

8. *Educazione e libertà religiosa.*

Concepita come una delle espressioni della libertà religiosa dei genitori, l'attività pedagogica esercitata nei confronti dei figli che si ispiri a valori confessionali – tendente, cioè, a trasmettere ai figli i contenuti di una determinata religione e a indirizzarli a condividerne la dottrina e a praticarne il culto – può consistere soltanto in un "avviamento", in una "sollecitazio-

⁽⁵²⁾ Per una disamina delle disposizioni di taluni ordinamenti confessionali le quali prescrivono il dovere dei genitori di educare la prole secondo la dottrina, i valori e i precetti della fede di appartenenza, cfr. M.L. Lo Giacco, *Educazione religiosa e tutela del minore nella famiglia*, in *Stato, Chiese e plural. confess.* (www.statoechiese.it), 5 ss.

ne” all’esperienza spirituale del minore ⁽⁵³⁾. Essa non può trasformarsi, invece, in una forma di imposizione incondizionata, tesa a costringerlo ad aderire all’orientamento dei genitori senza tener conto delle sue inclinazioni personali o – com’è stato detto – «delle ‘ragioni’ della sua coscienza» ⁽⁵⁴⁾. Da questo punto di vista, «una volta connesso al ruolo di genitore, anche il diritto di libertà religiosa è destinato ad assumere una rilevanza mai piena e diretta, ma solo come parte o aspetto di quei diritti-doveri che fanno capo complessivamente al genitore, e che sono entrambi “vincolati” nell’esercizio alla cura degli interessi/diritti della prole» ⁽⁵⁵⁾.

La potestà educativa dei genitori, ove religiosamente orientata, deve quindi misurarsi con l’esigenza di salvaguardare l’interesse personale del minore e dev’essere praticata nel rispetto della dignità di questo. In tal senso, «la potestà sui figli è un *munus* attribuito nell’interesse di questi, sicché l’influenza che può essere esercitata dai genitori in sede di educazione religiosa (o areligiosa) deve essere aliena da qualsiasi fanatismo, che influisca in modo sfavorevole sull’equilibrio psichico di soggetti in età evolutiva» ⁽⁵⁶⁾.

Sulla base di tali osservazioni, si pone dunque il problema se al minore siano comunque riconosciuti dall’ordinamento dei diritti fondamentali in materia religiosa, idonei a limitare l’esercizio della potestà genitoriale e, dunque, “opponibili” alla (diversa) volontà e ai differenti orientamenti reli-

⁽⁵³⁾ Cfr. F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, 2009, 165.

⁽⁵⁴⁾ P. Lillo, *Libertà*, cit.

⁽⁵⁵⁾ P. Floris, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e modelli d’intervento*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2000, 194.

⁽⁵⁶⁾ F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, cit., 166 s.

giosi dei genitori. Giova qui ricordare che – in linea generale – le due libertà fondamentali eventualmente riconoscibili ai minori non sono del tutto coincidenti sul piano contenutistico: la libertà religiosa, infatti, consiste nel diritto del singolo alla libera estrinsecazione del proprio sentimento religioso e alla propagazione della propria fede; la libertà di coscienza, invece, consiste nella libertà di autodeterminarsi secondo i dettami della propria coscienza – consiste, cioè, nella libertà del singolo di far propria una particolare visione del mondo e della vita, eventualmente basata su valori non religiosi.

Contrasti fra i genitori ovvero tra genitori e figli ben possono presentarsi in concreto in materia educativa e religiosa ⁽⁵⁷⁾, la cui soluzione dipende, in definitiva, dalla risposta che si voglia dare al seguente interrogativo di fondo: in quale momento della crescita l'ordinamento riconosce al minore un'autonoma capacità di determinazione in materia di fede?

Tra i possibili esempi di contrasto fra genitori e figli in questa materia – suscettibili di rilevare sia all'interno di un rapporto familiare fisiologico, sia in presenza di una crisi coniugale implicante il connesso problema dell'affidamento della prole – va segnalato, accanto al caso di conflitto tra l'orientamento religioso dei genitori e il diverso indirizzo religioso seguito dal minore, il caso di non coincidenza fra i credi religiosi professati, rispettivamente, da ciascuno dei genitori.

Le differenze confessionali tra i genitori possono essere originarie (è il caso dei c.d. matrimoni misti – ma non nel senso stretto attribuito a tale espressione della canonistica, bensì nel senso di vincoli matrimoniali con-

⁽⁵⁷⁾ Cfr. gli artt. 316 cod. civ. e 38 disp. att. cod. civ., nonché l'art. 277, co. 2, cod. civ.

tratti da nubendi già inizialmente appartenenti a fedi religiose diverse) ovvero sopravvenute (successive, cioè, alla costituzione del vincolo matrimoniale). Nel caso di diversità di fede tra i due genitori (tanto originaria quanto successiva) si pone il problema del grado di autonomia di scelta da riconoscere al minore *in subiecta materia*: in particolare, sorge il dubbio se il minore sia tenuto ad abbracciare la fede seguita dal padre ovvero quella della madre, o ancora se possa seguire, per proprio conto, una “terza via”.

Accanto ad esempî di radicale contrasto tra genitori e figli in punto di fede, l’esperienza giuridica evidenzia l’esistenza di una serie di ulteriori problemi pratici che possono riguardare il rapporto genitori-figli nel quadro educativo del nucleo familiare e che possono incidere in modo rilevante nella sfera dell’interesse religioso del minore o nel godimento di altri diritti fondamentali di questo. «La necessità di tutelare primariamente tale interesse emerge con particolare evidenza nelle situazioni che vengono a crearsi quando il rapporto tra i genitori di diversa appartenenza religiosa entra in crisi, coinvolgendo così le scelte relative all’educazione religiosa dei figli, quando le opzioni religiose dei genitori possono nuocere alla salute o alla integrità psichica del figlio, o, ancora, quando il diritto dei genitori di educare i figli nella propria fede religiosa entra in conflitto con le necessarie esigenze di laicità delle istituzioni pubbliche, in particolar modo della scuola»⁽⁵⁸⁾. In questa e in consimili fattispecie dottrina e giurisprudenza si sono trovate di fronte a un’alternativa: seguire un’impostazione “autoritaria”, ritenendo in ogni caso prevalente il potere determinativo dei genitori in ordine all’indirizzo religioso del figlio minore, ovvero aderire a una concezione “personalistica” basata sul rispetto della persona umana ritenendo che, ove

⁽⁵⁸⁾ M.L. Lo Giacco, *Educazione*, cit., 7 s.

sia accertato un certo grado di sviluppo del soggetto e quindi ove sia riscontrabile una certa capacità di discernimento e di giudizio anche nella sfera spirituale, gli possa essere riconosciuto un autonomo diritto all'autodeterminazione (e all'emancipazione nei confronti dei genitori) in materia religiosa ⁽⁵⁹⁾.

Data la delicatezza del tema, si avverte l'esigenza e l'urgenza di una chiara presa di posizione da parte dell'ordinamento mediante un'opzione normativa che stabilisca precisamente quando sia possibile riconoscere al minore il diritto di esercitare pienamente la sua libertà religiosa, anche (eventualmente) in contrasto coi propri genitori ⁽⁶⁰⁾. E, in mancanza di una

⁽⁵⁹⁾ Un esame della dottrina e della giurisprudenza sul rapporto tra potestà educativa dei genitori e libertà religiosa del minore è offerto da M.L. Lo Giacco, *Educazione*, cit., 9 ss.; P. Floris, *Appartenenza*, cit., 194 ss.; A. Magini, *Responsabilità*, cit., 323 ss.; R. Santoro, *Diritti*, cit., 89 ss.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. P. Lillo, *I limiti alla libertà religiosa nei lavori parlamentari (XV Legislatura)*, in *Dir. eccl.*, 2007, 123 ss. Si muovono in questa direzione le norme contenute nei progetti di legge sulla libertà religiosa presentati nel corso della XV Legislatura (due proposte di legge presso la Camera dei Deputati – p.l. 36/2006 e p.l. 134/2006 – e un disegno di legge al Senato – d.l. 1160/2006) e nel corso della XVI Legislatura (un progetto di legge presso la Camera dei Deputati – p.l. 448/2008 – e un d.l. al Senato – 618/2008). Le nuove disposizioni riconoscono ai genitori il diritto di istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio, in coerenza con la propria fede religiosa o credenza, ma solo a condizione che tale potestà sia esercitata nel rispetto della loro personalità e senza pregiudizio della salute dei medesimi (secondo quanto disposto dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176). Le proposte legislative riconoscono, inoltre, al minore che abbia compiuto

disposizione che sancisca espressamente la possibilità del minore – raggiunto un certo stadio di maturazione – di effettuare scelte religiose in modo autonomo e indipendente rispetto alle posizioni dei genitori, appare opportuno riferirsi a un criterio di equilibrio e di buon senso. Un criterio che, da un lato, tenda a garantire l'esercizio della funzione educativa dei genitori in maniera libera e responsabile, e che, dall'altro lato, tuteli l'interesse religioso del minore, quali fondamentali elementi concorrenti al suo processo formativo e di crescita personale. Un criterio, dunque, che ammetta, in linea generale, la facoltà dei genitori di adottare misure restrittive nei confronti delle scelte religiose della prole, ma solo nell'ipotesi in cui tali limitazioni abbiano una valenza educativa, atteggiandosi a misure nell'interesse effettivo del minore, comunque rispettose della dignità e della salute di questo, e tendenti a favorire un equilibrato sviluppo della sua personalità anche sul piano spirituale.

9. *Pluralismo culturale e istituzioni scolastiche.*

Nella società contemporanea, i cui riferimenti sono continuamente messi in discussione dai flussi migratori e dal processo – non solo giuridico – di globalizzazione ⁽⁶¹⁾, i luoghi d'interazione e incontro come la scuola, i ser-

i quattordici anni d'età la facoltà di compiere autonomamente le scelte pertinenti all'esercizio del diritto di libertà religiosa, specificando che, in caso di controversie familiari, il giudice competente deciderà tenendo conto dell'interesse primario del minore.

⁽⁶¹⁾ Cfr. P. Lillo, *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso. Saggi di riflessione*, Torino, 2002, 163 ss., ove si sottolinea come con il termine “globalizzazione” si fac-

cia generalmente riferimento all'esistenza di una interdipendenza fra le differenti aree geografiche del mondo e fra le diverse società civili, tale da comportare (anche attraverso il superamento delle frontiere fisiche convenzionali) una graduale tessitura di una rete di legami e nessi evocanti la prospettiva di un comune destino dell'umanità. Questa tendenza, secondo l'A., appare evidente soprattutto in campo economico, ove il processo di globalizzazione mira a creare una fitta rete di interattività fra i diversi mercati finanziari nazionali ed internazionali. Parimenti, dal punto di vista giuridico e politico, la globalizzazione spingerebbe i Governi nazionali a convergere verso linee d'azione comuni e ad accettare il progressivo superamento delle barriere normative nazionali e ad aprirsi alla partecipazione ad organismi internazionali, ciò implicando una graduale crisi della tradizionale sfera di sovranità politica e nazionale dei singoli Stati. *Contra*, V. Tozzi, in AA.VV., *Integrazione europea e società multi-etnica. Nuove dimensioni della libertà religiosa*, Torino, 2000, 144 ss., il quale evidenzia come, nell'epoca attuale, si assista non tanto alla crisi del concetto di sovranità, quanto alla trasformazione di esso rispetto al modello di Stato in riferimento al quale era stato elaborato: basti pensare che il processo di internazionalizzazione del diritto e di cooperazione tra gli Stati, con la nascita di organismi sovranazionali di diverso tipo, si è svolto in base alla volontà sovrana dei singoli Stati di adesione nel senso della salvaguardia di una "sovranità" in senso tradizionale, che è in primo piano nei singoli atti internazionali di partecipazione.

V. inoltre S. Zamagni, in AA.VV., *Globalizzazione: conflitto o dialogo di civiltà?*, Napoli, 2002, 71 s., secondo cui uno degli effetti più tangibili dei processi di globalizzazione in corso è dato dalla *relativizzazione della nozione occidentale d'identità*: secondo l'A., infatti, l'assenza di confini e l'annullamento delle distanze geografiche rendono ormai impensabile di vivere isolatamente le tradizioni culturali nazionali, la mescolanza delle culture presentandosi come una tendenza pressoché ineludibile. Ne consegue la necessità di una opportuna configurazione del rapporto tra multiculturalità e identità, in gra-

vizi sociali, il luogo di lavoro, sono quelli in cui le difficoltà legate al pluralismo culturale emergono con maggiore evidenza ⁽⁶²⁾. I soggetti che vi operano, d'altra parte, possono ancora apparire non sufficientemente preparati per affrontare i problemi posti dal contatto tra persone connotate da identità culturali e religiose anche profondamente diverse ⁽⁶³⁾.

do di consentire di comprendere fino a che punto possa spingersi una *politica dell'identità*, se si vuole che la pluralità delle culture presenti in un Paese risulti compatibile con un ordine sociale garante della pace civile.

⁽⁶²⁾ Sulla presenza nelle scuole pubbliche di studenti di fede religiosa acattolica si rinvia, anche per ult. riferim. d'interesse statistico, a E.G. Bettinelli, *Gli alunni con cittadinanza non italiana nella scuola della riforma Moratti*, in *Studi Zancan*, 2006, 108 ss.; M. El Ayoubi, in AA.VV., *Identità multiculturale e multireligiosa. La costruzione di una cittadinanza pluralistica*, Milano, 2004, 282 ss.

⁽⁶³⁾ Cfr. M. Ventura, *Religione ed Europa. Coordinate per una transizione intelligente*, in *Credere Oggi*, 3/2004, 56 s., evidenzia come il carattere composito dell'attuale quadro sociale europeo determini, oltre alla difficoltà d'individuazione dei valori comuni cui ispirare le politiche pubbliche, anche una generale crisi del modo di operare del diritto: la nuova eterogeneità sociale, cioè, avrebbe posto in crisi la capacità del diritto di rimodellarsi rispetto ai nuovi fenomeni caratterizzanti l'attuale epoca di transizione, sfidando il progetto costituzionale dell'eguaglianza e del rispetto delle diversità, la ponderazione tra libertà, l'operatività di clausole come l'ordine pubblico e il buon costume, l'equilibrio tra principio maggioritario e tutela delle minoranze. Sulla crisi dei vecchi modelli giuridici e sulla conseguente difficoltà in cui versa il giurista tradizionale v. pure S. Domianello, in AA.VV., *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, Soveria Mannelli, 2004, 298 s., nonché P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, 136 s.

Particolarmente critico è il profilo dell'istruzione in un contesto come quello italiano, in cui la presenza di un insegnamento curricolare di religione cattolica in tutte le scuole costituisce, già di per sé, un elemento di contrapposizione ideologica e politica ⁽⁶⁴⁾, che – com'è stato rilevato – sembra

Più in particolare, circa l'attitudine delle attuali politiche sociali a favorire la coesione e l'integrazione v. S. Rizza, in AA.VV., *Identità multiculturale*, cit., 154 ss.

⁽⁶⁴⁾ È noto come la questione dell'insegnamento della religione nella scuola pubblica abbia risentito e risenta tuttora dell'influenza delle diverse posizioni ideologiche relative al ruolo da assegnarsi alla religione nelle materie oggetto di insegnamento: cfr. sul punto M. Tigano, *L'“assolutezza” del diritto all'istruzione religiosa*, Milano, 2004, 9. Cfr. inoltre G. Dalla Torre, *Il diritto all'educazione religiosa nella scuola pubblica*, in *Seminarium*, 2002, 464, il quale evidenzia come la sfida che attualmente si presenta ai Paesi occidentali sia costituita dalla richiesta della presenza nelle scuole pubbliche (oltre che in quelle private) di insegnamenti religiosi diversi da quelli tradizionali. Ciò, secondo l'A., determinerebbe un duplice problema: da un lato, si pone l'esigenza di garantire anche ai nuovi arrivati la libertà religiosa e di educazione, conservando alla scuola una funzione di rafforzamento dei vincoli sociali; dall'altro lato, si pone la necessità che la libertà d'istruzione e di educazione nella scuola non comporti il sacrificio di principi irrinunciabili come quelli di uguaglianza, di libertà religiosa e di coscienza, d'integrità della persona, ecc.

R. Coppola, in AA.VV., *L'insegnamento della religione cattolica in una società pluralista*, Bari, 1995, 54, commentando gli interventi della Corte costituzionale in materia di insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche, osserva che solo l'esercizio della facoltà di avvalersi di tale insegnamento sia idoneo a creare l'obbligo di frequentarlo; mentre, per quanti decidano di non avvalersene, deve aversi una mera condizione non obbligo, giacché la previsione di altro insegnamento verrebbe, secondo la

rivelarsi sempre meno idoneo a far fronte alla complessità delle richieste della società ⁽⁶⁵⁾.

Sul piano normativo, oggi il sistema nazionale dell'istruzione può dirsi informato a un moderato pluralismo, come emerge dai contenuti

Consulta, a costituire un condizionamento all'esercizio della libertà costituzionale di religione. Per approfondimenti cfr. A. Gianni, *L'insegnamento della religione nel diritto ecclesiastico italiano*, Padova, 1997, 67 ss.

⁽⁶⁵⁾ Così M. Parisi, *Parità scolastica, educazione religiosa e scuole islamiche: problemi e prospettive*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1967 ss., ove ult. riferim., il quale auspica un'apertura delle istituzioni scolastiche a una riformulazione dei programmi educativi, consentendo, più che un insegnamento religioso di carattere monoculturale, lo studio del fatto religioso in sé, ai fini di una più completa comprensione del pluralismo delle appartenenze fideistiche caratterizzanti la società contemporanea. A tale studio si rinvia anche per una panoramica storica della politica italiana in materia d'istruzione, apertasi al decentramento istituzionale nel governo sociale della scuola (anche favorendosi una tendenza alla valorizzazione del ruolo delle singole scuole) solo con l'avvio del trasferimento delle funzioni statali alle Regioni, iniziato con la l. 16 maggio 1970, n. 281.

La perdurante vigenza della normativa concordataria, comunque, non appare sintomatica della sua idoneità al soddisfacimento delle esigenze religiose socialmente rilevabili: sugli esiti distorti della riforma concordataria in questa materia, cfr. G. Cimbalo, *Scuola pubblica e istruzione religiosa: il Concordato tradito*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2004, 143 ss., nonché V. Tozzi, *Quale regime per i rapporti Stato-Chiese in Italia?*, in *Dir. eccl.*, 2005, 540 s., il quale evidenzia il carattere illiberale dell'assunzione in ruolo nella scuola pubblica dei titolari della *missio canonica* per l'insegnamento della religione cattolica, soprattutto in virtù della garanzia del mantenimento dell'impiego anche nell'ipotesi del venir meno del gradimento ecclesiastico.

dell'autonomia scolastica (didattica e organizzativa) descritti nel d.P.R. 8 marzo 1999, n. 275. Le singole scuole, attraverso la definizione del *Piano dell'offerta formativa*, «costitutivo dell'identità culturale e progettuale delle istituzioni scolastiche», sono in grado di rappresentare «le esigenze del contesto culturale, sociale ed economico della realtà locale» adottando una specifica «progettazione curricolare, extracurricolare, educativa ed organizzativa», e riconoscendo «le diverse opzioni metodologiche, anche di gruppi minoritari» (art. 3, co. 1 e 2, d.P.R. 275/1999). Secondo questa impostazione, dunque, ogni scuola fruirebbe della possibilità di determinare un proprio percorso d'azione, in grado di rispondere alle «diverse esigenze formative degli alunni concretamente rilevate», nonché alle esigenze e alle attese «espresse dalle famiglie, dagli Enti locali, dai contesti sociali, culturali ed economici del territorio» ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁶⁾ Il riconoscimento di tali forme di autonomia sembra segnare un netto distacco rispetto a quanto previsto dai decreti delegati del 1974, attuativi della l. di delega 30 luglio 1973, n. 477, che avevano introdotto l'istituto della sperimentazione per alcuni tipi di scuole. Mentre la sperimentazione si configurava come una vera e propria deroga al modello uniforme di esercizio della funzione didattica determinato a livello ministeriale, in virtù della necessaria autorizzazione concessa di volta in volta dal provveditorato agli studi per singoli progetti, l'affermazione della "libertà progettuale" in cui si esplica l'autonomia didattica ed organizzativa conferita alle singole istituzioni scolastiche, ha implicato invece il consolidamento di una regola opposta, che si è tradotta, in concreto, nella possibilità per ogni istituto di proporre percorsi educativi differenziati. Cfr. sul punto A. Poggi, *Le autonomie funzionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001, 211.

Il provvedimento in parola appare di notevole interesse nella prospettiva di una concreta realizzazione del pluralismo culturale nell'erogazione dei servizi d'istruzione ⁽⁶⁷⁾. Nella medesima direzione va letta la disposizione di cui all'art. 4, co. 1, del d.P.R. citato, ove è prescritto che le istituzioni scolastiche, nel rispetto della libertà d'insegnamento e delle scelte educative delle famiglie, «riconoscono e valorizzano le diversità, promuovono le potenzialità di ciascuno adottando tutte le iniziative utili al successo formativo» ⁽⁶⁸⁾. Tale indirizzo è stato sostanzialmente confermato dalle norme in materia di diritto allo studio degli stranieri, collocate nel d. lgs. 286/1998, il quale prevede, in favore dei minori stranieri presenti sul territorio italiano, l'applicazione di «tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica. La comunità scolastica accoglie le differenze linguistiche e culturali come valore da porre a fondamento del rispetto reciproco, dello scambio tra le culture e della tolleranza; a tal fine promuove e favori-

⁽⁶⁷⁾ Cfr. in tal senso M. Parisi, *Parità*, cit.

⁽⁶⁸⁾ Per una riflessione critica sui caratteri dell'autonomia scolastica v. N. Colaianni, *Autonomia e parità della scuola*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1997, 115 s., il quale, pur valutando positivamente il processo di autonomizzazione delle istituzioni scolastiche, segnala il pericolo che la tendenza alla frammentazione dei progetti educativi faccia dell'autonomia lo strumento per rispondere alle domande della specifica utenza di ogni scuola per realizzare una sorta di privatizzazione delle scuole pubbliche, tale collocarle sul mercato in concorrenza con quelle private: si perderebbe, in questo modo, la ragione dell'autonomia in senso pedagogico, che trova il proprio fondamento nel carattere culturale e non economico dell'attività scolastica.

sce iniziative volte all'accoglienza, alla tutela della cultura e della lingua d'origine e alla realizzazione di attività interculturali e comuni» (art. 3) ⁽⁶⁹⁾.

Il legislatore, quindi, mediante il riconoscimento dell'autonomia, sembra aver posto le basi per una maggiore flessibilità nell'erogazione dei servizi d'istruzione, rendendoli più sensibili ai cambiamenti imposti dalle diverse esigenze di volta in volta emergenti in ogni singola comunità scolastica.

⁽⁶⁹⁾ N. Colaianni, in AA.VV., *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, Bologna, 2000, 164 s., ritiene che tale previsione normativa possa consentire la piena realizzabilità di attività interculturali finalizzate allo studio del fatto religioso nel rispetto della legislazione vigente. A conferma di ciò, l'A. riferisce dell'iniziativa promossa dal Comune di Roma e dai rappresentanti di alcune organizzazioni confessionali acattoliche e anche non cristiane per l'istituzione di un "tavolo interreligioso" al fine di arricchire l'offerta formativa scolastica con lo studio degli elementi di fondo delle diverse fedi e religioni; un richiamo a tale iniziativa è effettuato anche da R. Mazzola, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Milano, 2005, 197 s. Una iniziativa simile è stata adottata più di recente dal Comune di Genova per la creazione di una "consulta delle religioni", alla quale hanno aderito numerose organizzazioni confessionali: cfr. M. Parisi, *Parità*, cit., il quale rileva come simili iniziative, ove generalizzate a livello nazionale, ben potrebbero rientrare nel novero delle attività complementari già contemplate dall'art. 4 d.P.R. 567/1996. Inoltre, ai fini della concreta realizzazione delle finalità di accoglienza e rispetto degli immigrati, con il d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394 (attuativo del t.u. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione di cui al d. lgs. 286/1998) sono state previste agevolazioni economiche per gli studenti stranieri (e si veda l'art. 46, n. 1, di tale provvedimento, contenente un significativo riferimento agli «orientamenti comunitari sull'accesso di studenti stranieri all'istruzione universitaria».

L'autonomia delle istituzioni scolastiche ben potrebbe contribuire alla convivenza tra le diverse culture ⁽⁷⁰⁾ rispetto all'attitudine dimostrata in tale direzione dal pregresso sistema di centralizzazione delle competenze in tema di educazione e formazione. La scuola dell'autonomia, tenendo conto delle poliedriche istanze poste dallo sviluppo culturale, avrebbe in sé le potenzialità necessarie a dare espressione alle nuove esigenze dell'interesse collettivo e del bene comune ⁽⁷¹⁾.

La sempre più massiccia presenza di popolazioni immigrate in Italia, che il fenomeno dei ricongiungimenti familiari tende ad aumentare, implica il costante aumento di allievi non italiani nelle scuole ⁽⁷²⁾. Contemporaneamente, l'apertura di luoghi di socializzazione degli immigrati nel territorio nazionale ha finito col generare anche una domanda di istituzioni scolastiche private a tendenza culturale, specialmente nell'ambito delle generali

⁽⁷⁰⁾ Cfr. G.B. Varnier, in AA.VV., *Chiese cristiane, pluralismo religioso e democrazia liberale in Europa*, Bologna, 2006, 95 s., il quale evidenzia, fra gli aspetti positivi delle tendenze alla realizzazione di uno Stato federale, l'idoneità di tale modello a fondare uno spazio favorevole alla manifestazione di un patrimonio culturale capace di esprimere gli interessi distintivi delle diverse comunità civili.

⁽⁷¹⁾ Per una visione critica dell'autonomia scolastica, ritenuta il viatico per l'aziendalizzazione delle scuole, v. M. Vigli, in AA.VV., *Scuola pubblica, scuola privata. Parità e Costituzione*, Scandicci, 1998, 132 ss.

⁽⁷²⁾ Segnala M. Ricca, *Diritto e religione*, cit., 70 ss., come la sottoposizione di studenti già parzialmente formati in contesti culturali e linguistici diversi da quelli dello Stato ospitante alla normativa scolastica italiana potrebbe essere alla base di un *deficit* di apprendimento tale da integrare una violazione del fondamentale diritto all'istruzione.

istanze volte al conseguimento di una maggiore visibilità dell'identità musulmana nello spazio pubblico ⁽⁷³⁾.

Com'è stato osservato, gran parte delle polemiche suscitate dalla vicenda delle scuole confessionali islamiche sembra tuttavia ignorare il dato già at-

⁽⁷³⁾ Cfr. V. Tozzi, in AA.VV., *L'Islam tra dimensione giuridica e realtà sociale. "Il Libro, la Bilancia e il Ferro"*, Napoli, 2006, 175, che evidenzia come la visibilità dell'Islam (ma anche di altre organizzazioni religiose) in Italia sia assicurata dall'impianto della vigente Costituzione. Ne consegue, secondo l'A., che, data la vigenza di «così generosi e liberali principi costituzionali, non dovrebbero sussistere problemi particolarmente gravi per assicurare tali garanzie anche ai soggetti del nuovo fenomeno dell'immigrazione islamica. Naturalmente, sempre col limite della verifica di compatibilità di specifici comportamenti che potessero apparire in contrasto con i nostri valori fondanti». Conf. L. Musselli, *ivi*, 100 ss., il quale, richiamando gli artt. 8 e 19 Cost. (nonché la disciplina della l. 24 giugno 1929, n. 1159, per quanto tuttora vigente), sottolinea la necessità del rispetto dei principî di fondo del nostro ordinamento giuridico, con particolare riguardo a quelli della laicità, dell'eguaglianza tra uomo e donna e della sicurezza dello Stato e dei cittadini, che si porrebbero come impedimento a un impiego anomalo della libertà religiosa a fini politico-eversivi. Cfr. sul punto anche l'orientamento di S. Ferrari, in AA.VV., *Islam ed Europa. I simboli religiosi nei diritti del Vecchio continente*, Roma, 2006, 57, il quale ritiene che la presenza delle comunità mussulmane non ponga problemi giuridicamente insolubili, né questioni particolarmente nuove.

Il fenomeno delle scuole islamiche rappresenta uno degli aspetti fondamentali caratterizzanti il processo di insediamento delle popolazioni mussulmane in Europa, e si è distinto, nel corso degli ultimi anni, per l'assunzione di politiche differenti nei vari Paesi europei. Per approfondimenti cfr. B. Zoccatelli, *Fra tolleranza e integrazione: le scuole islamiche in Gran Bretagna e nei Paesi Bassi*, in *Studi di Sociologia*, 4/1994, 53 ss.

tuale dell'esistenza di istituti d'istruzione mussulmani ai sensi dell'art. 366 d. lgs. 16 aprile 1994, n. 297, nonché delle previsioni del d.P.R. 18 aprile 1994, n. 389, e del d.m. 13 gennaio 1999 n. 5, che hanno modificato la precedente legislazione di epoca fascista ⁽⁷⁴⁾.

Del resto, la stessa l. 62/2000 sulla parità scolastica, già citata, parrebbe uno strumento sufficiente a superare le difficoltà relative all'istituzione di scuole islamiche legalmente riconosciute. Grazie a tale provvedimento, infatti, si è affermata la convinzione che il ruolo dello Stato non debba più concretarsi nell'attività di gestione diretta e di direzione monopolistica dell'istruzione, ma di mera regolazione, consentendo, in attuazione del dettato costituzionale ⁽⁷⁵⁾, la piena partecipazione e la soddisfazione delle esigenze di istruzione di una vasta pluralità di soggetti ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷⁴⁾ Si veda l'intervento di V. Onida, *La scuola araba a Milano. Le ragioni di un sì*, nel *Corr. della Sera*, 12 ottobre 2006, 44, il quale ricorda come nel nostro ordinamento giuridico esista «un vero e proprio diritto, costituzionalmente garantito, a istituire scuole private di ogni tipo (...), e l'Amministrazione non può subordinare ad una propria determinazione puramente discrezionale l'apertura o meno di siffatte scuole», ciò che peraltro non significa «che lo Stato sia impotente ad intervenire se in una scuola privata (come in qualsiasi altro luogo) si viola la legge, per esempio incitando alla commissione di reati, o facendo propaganda razzista, o in altro modo».

⁽⁷⁵⁾ Il riferimento è alla costituzionalizzazione della dimensione orizzontale della sussidiarietà (art. 118, co. 4, Cost.). Il problema, naturalmente, è quello di conciliare la libertà delle istituzioni politiche e amministrative, cui spetta la responsabilità di definire l'interesse pubblico, con l'autonomia del soggetto sussidiario, che può essere coinvolto nella fase attuativa del perseguimento degli interessi collettivi cfr. C. Marzuoli, in

La l. 62/2000 ha dunque conservato allo Stato il fondamentale ruolo di regolatore centrale, sicché la gestione del servizio pubblico dell'istruzione può essere affidata sia allo Stato medesimo sia ai privati, fruitori del diritto di rilevanza costituzionale a vedersi riconosciuta la parità, fermo restando il rispetto delle finalità e dei requisiti stabiliti dalla legge ⁽⁷⁷⁾. A conferma di ciò, il provvedimento citato afferma che «il sistema nazionale di istruzione, fermo restando quanto previsto dall'art. 33, co. 2, della Costituzione, è costituito dalle scuole statali e dalle scuole paritarie private e degli enti locali. La Repubblica individua come obiettivo primario l'espansione dell'offerta

AA.VV., *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale. Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali*, Torino, 2005, 172 ss.

⁽⁷⁶⁾ Osserva F. Freni, *Scuole paritarie privato-confessionali e sistema nazionale di istruzione (osservazioni a Corte cost., sent. n. 42 del 2003)*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2003, 739, che per la l. 62/2000 l'istruzione va assicurata nell'ambito di un "sistema nazionale", ove la componente statale e quella privata operino non in antitesi, ma in una proficua integrazione volta al perseguimento del comune interesse pubblico alla espansione dell'offerta formativa.

⁽⁷⁷⁾ Se il coinvolgimento dei soggetti privati appare funzionale alla valorizzazione delle risorse sociali nell'esplicazione delle funzioni di interesse collettivo, spetta sempre ai pubblici poteri di stabilire quali soggetti privati possano svolgere attività di interesse generale, quali attività possano ritenersi tali e in base a quali regole esse debbano svolgersi: cfr. A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 80 ss. Con particolare riferimento al mondo dell'istruzione, un analogo ragionamento è sviluppato da R. Botta, *La parità scolastica e la laicità "latitante". Il sistema nazionale di istruzione tra riforme legislative e diritto comunitario sui servizi alla persona*, negli *Studi Ravà*, Torino, 2003, 168.

formativa e la conseguente generalizzazione della domanda di istruzione dall'infanzia lungo tutto l'arco della vita» (co. 1).

Quanto alla previsione dell'esercizio di un servizio pubblico da parte dei soggetti non statali, il co. 3 dell'articolo unico del provvedimento sancisce che «le scuole paritarie, svolgendo un servizio pubblico, accolgono chiunque, accettandone il progetto educativo, richieda di iscriversi». Tale principio di fondo varrebbe anche per le scuole mussulmane paritarie, le quali dovrebbero quindi garantire l'accesso e la frequenza a chiunque, condividendone la proposta educativa complessiva, ne facesse richiesta ⁽⁷⁸⁾.

Tuttavia, il generalizzato inquadramento delle scuole paritarie non statali come erogatori di un servizio pubblico non ha mancato di suscitare qualche perplessità in ordine al profilo della neutralità ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. A. Ferrari, *Brevi note in tema di Islam, scuola privata e Costituzione*, in *Annali Univ. Molise*, 4/2002, 30, che nota come l'Islam, quale religione universalista e proselitista, appaia favorevole, almeno in linea di principio, all'apertura degli istituti d'istruzione islamici anche ai non mussulmani. Su tali caratteri della religione islamica v. M.G. Belgiorno, *La comparazione del diritto delle religioni del Libro*, Roma, 2002, 107 ss., e S. Ferrari, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, Bologna, 2002, 75 ss.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. V. Tozzi, in AA.VV., *Federalismo*, cit., 364 s., che sottolinea come la neutralità, che dovrebbe ispirare l'azione pubblica nel segno del principio di laicità, richieda a ciascun detentore di una funzione pubblica una particolare sensibilità per il rispetto della giustizia sociale e dei diritti della persona; ulteriori riflessioni (con specifico riferimento ai riflessi in tema di rispetto della neutralità ideale nella erogazione da parte dei privati dei servizi sociali) in Id., *Istituzioni ecclesiastiche, caritative e non profit, loro rapporti con la Chiesa, lo Stato, la società civile ed il mercato*, negli *Studi F. Finocchiaro*, II, Mi-

Permane, naturalmente, l'obbligo di garantire l'accesso alle strutture scolastiche a tutti, senza discriminazioni per motivi di razza, religione o salute. A questo proposito, la legge sulla parità scolastica ha adottato – nella difficoltà di conciliare la conservazione della caratterizzazione ideale col rispetto della neutralità – una soluzione che, com'è stato rilevato ⁽⁸⁰⁾, ricorda per certi versi quella utilizzata con riferimento all'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche. È stato stabilito, infatti, che «non sono comunque obbligatorie per gli alunni le attività extra-curricolari che presuppongono o esigono l'adesione ad una determinata ideologia o confessione religiosa» (art. 1, co. 3, l. 62/2000). Attraverso la facoltatività delle attività extra-curricolari di tendenza (laddove si concentrano gli elementi più rilevanti di differenziazione del progetto educativo rispetto a quello delle scuole private), la legge sulla parità ha inteso salvaguardare il carattere pubblico

lano, 2000, 1627 ss. In senso conforme, S. Domianello, *Sulla laicità nella Costituzione*, Milano, 1999, 92 ss., e J. Pasquali Cerioli, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Milano, 2006, 158 ss.

V. inoltre M. Parisi, *Parità*, cit., il quale rileva come, ai sensi della disposizione da ultimo citata nel testo, le scuole paritarie debbano comunque provvedere alla predisposizione di un proprio specifico progetto educativo, nel quale descrivere gli obiettivi dell'attività d'insegnamento e indicare le metodologie ritenute utili a perseguirne il raggiungimento: in sostanza, sarebbe sostanzialmente prevista la presentazione di una sorta di carta dei servizi, fruibile dai potenziali utenti per venire a conoscenza della tipologia di prestazioni che possono attendersi dallo specifico ente scolastico privato. Si consentirebbe, così, una selezione consapevole del servizio erogato.

⁽⁸⁰⁾ Da M. Parisi, *Parità*, cit.

del servizio scolastico erogato dalle scuole paritarie non statali, impegnando le stesse a non differenziarsi dai programmi generali fissati per tutti gli istituti d'istruzione nella concreta realizzazione delle attività *curricolari*.

Ciò, tuttavia, non può non destare perplessità, se si pensa alla difficoltà per i soggetti privati (soprattutto se religiosamente qualificati) di conservare inalterata la propria tendenza culturale e, ad un tempo, rispettare il principio di neutralità limitatamente alle materie curricolari ⁽⁸¹⁾. L'impegno del legislatore in questa direzione sembra destinato a scontrarsi con l'evidente rigidità di taluni orientamenti culturali, difficilmente disposti a defilarsi nell'espletamento delle attività curricolari e, in definitiva, ad essere inseriti in un sistema di erogazione di un servizio pubblico.

La tutela della neutralità, in definitiva, sembra dover passare attraverso, anzitutto, la difesa della scuola statale, impedendone la marginalizzazione anche economica ⁽⁸²⁾ e senza che lo Stato possa abdicare all'assolvimento

⁽⁸¹⁾ È stato rilevato che un servizio fornito da un gruppo ideologicamente caratterizzato potrebbe non soddisfare le esigenze dei destinatari ove questi avvertissero una discriminazione nell'accettazione di una prestazione connotata idealmente e, soprattutto, in modo difforme dai personali convincimenti dei fruitori: così M. Parisi, *Soggetti no profit e compiti di interesse collettivo: brevi riflessioni sul "nuovo" ruolo degli enti religiosi*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, 883. Sulla centralità del principio di neutralità v. L. Zannotti, in *AA.VV., Federalismo*, cit., 452 s., ove si segnala il pericolo dell'affermazione di una concezione della sussidiarietà come *autosufficienza della società civile*, tale da determinare un'affermazione dell'autonomia per la quale ciascuno sarebbe libero di far valere la forza dei propri mezzi, della propria collocazione e del proprio potere.

⁽⁸²⁾ La formula «senza oneri per lo Stato», contenuta nell'art. 33, co. 3, Cost., portante – in apparenza – un divieto assoluto per lo Stato di corrispondere ausili economici alle

del proprio ruolo costituzionale di erogatore dei servizi d'istruzione ⁽⁸³⁾. La tutela della neutralità del sistema d'istruzione, inoltre, dipende necessaria-

scuole non statali, è stata sovente interpretata nel senso che il finanziamento sarebbe interdetto soltanto al momento dell'istituzione della scuola, ma non nel periodo successivo: si è dunque precisato che le sovvenzioni non sarebbero oneri, ma costituirebbero – al contrario – un vantaggio per lo Stato, che eviterebbe così di stanziare maggiori risorse alle scuole pubbliche. Altri hanno avanzato l'ipotesi che la Costituzione intenda escludere solo il diritto dei privati di pretendere sovvenzioni, ma non il potere dello Stato di concederle, ovvero che il divieto sia valido solo per le scuole private *tout court* e non per quelle equiparate. Per altro verso, si è anche evidenziato come la scuola paritaria svolga un servizio pubblico e, quindi, non ricada nel divieto costituzionale. V. in tal senso P. Cavana, *Interpretazioni della laicità. Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, Roma, 1998, 407 ss.; Id., *Diritto allo studio e parità scolastica*, in *Iustitia*, 1999, 72 ss.; G. Dalla Torre, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Torino, 2002, 218 ss.; A. Talamanca, in AA.VV., *Le competenze nelle materie di interesse ecclesiastico dopo il d. lgs. 31 marzo 1998 n. 112*, Torino, 2001, 141 ss. Tra i sostenitori del divieto di finanziamento v. invece A. Mura, *Istruzione privata*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 9 s.; Id., *Scuola, cultura e ricerca scientifica*, in G. Amato-A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico. 4. L'azione dei pubblici poteri*, Bologna, 1997, 233 s.; G. Pitruzzella, in AA.VV., *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, 220 ss.

⁽⁸³⁾ V. in tal senso J. Habermas, in J. Ratzinger-J. Habermas, *Etica, religione e Stato liberale*, Brescia, 2004, 38, secondo cui «ci sono servizi pubblici [...] che lo Stato non può abbandonare, perché non potrebbe affidarli del tutto a mani private», con riferimento ai quali «la gestione privata può solo aggiungersi, non sostituirsi, a quella pubblica, la quale deve restare in maniera sufficiente a garantire una valida copertura del territorio nazionale».

mente da un'attenta selezione dei livelli qualitativi richiesti ai soggetti in esso operanti e da un'efficace azione di controllo sul rispetto degli *standard* fissati ⁽⁸⁴⁾

Può concludersi osservando come il quadro normativo, in questa sede riassunto, presenti il merito indubbio di consentire l'inserimento delle scuole confessionali nel sistema educativo nazionale, in vista del perseguimento di obiettivi di promozione e confronto fra progetti educativi differenti – fermo restando, naturalmente, il rispetto dei principî costituzionali, ai quali la prospettiva di una comune società pluralistica non può spingere a derogare ⁽⁸⁵⁾. In questo quadro di riferimento, è stato condivisibilmente auspicato

⁽⁸⁴⁾ Una collaborazione tra pubblici poteri e soggetti privati (anche religiosamente qualificati) impegnati nella erogazione di servizi di interesse collettivo sembra idonea a conseguire risultati positivi in termini di democraticità solo se subordinata all'osservanza dei diritti fondamentali: v. R. Mazzola, in AA.VV., *Chiese cristiane*, cit., 44 ss.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. M. Ricca, in AA.VV., *Comunità e soggettività*, Cosenza, 2006, 264 s., il quale sottolinea la falsità della visione per cui il migrante vivrebbe nella prospettiva ideologica dell'annientamento della cultura del Paese ospitante: le possibili posizioni di matrice estremista sarebbero semplicemente sintomatiche della frustrazione generata dal senso di impotenza e di segregazione indotto dal mancato accesso ai benefici promessi dalle "società del benessere". Proprio la scelta dell'emigrazione sarebbe indicativa dell'antifondamentalismo dei nuovi consociati, che si fanno protagonisti del superamento delle tradizionali barriere geografiche, economiche e culturali. Sul difficile rapporto tra Islam e Occidente, e sulle dinamiche d'integrazione delle comunità mussulmane, cfr. anche M. Calamo, *L'Occidente e l'Islam, tra dialogo e conflitto*, in *Instrumenta*, 2004, 1154 ss.; M.C. Ferjani, in AA.VV., *Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani*

che, anche attraverso l'operatività del nuovo sistema delle autonomie, tutte le scuole confessionali, pur con le peculiarità delle rispettive offerte formative, non si proponano più come un segmento distinto dal sistema educativo nazionale – se non addirittura contrapposto ad esso –, ma come istituzioni educative operanti nel senso di offrire una reale libertà di scelta fra diverse proposte formative concorrenti nel perseguimento degli obiettivi e degli *standard* fissati dallo Stato ⁽⁸⁶⁾.

nell'area del Mediterraneo, Bologna, 2003, 11 ss.; F. Paci, *Islam e violenza. Parlano i mussulmani italiani*, Roma-Bari, 2006, *passim*.

⁽⁸⁶⁾ Così M. Parisi, *Parità*, cit.

CONCLUSIONI

Non è stato possibile occuparsi approfonditamente, nel corso della presente indagine, dei problemi di giudizio che si pongono con riferimento a condotte o strutture familiari conformi ai principî culturali, religiosi o giuridici delle minoranze, allorché le norme giuridiche informate ai valori propri della nostra società mostrano uno “sfasamento” rispetto alla fattispecie concreta: emblematica, sotto questo aspetto, è la variegata giurisprudenza in tema di ricongiungimento familiare nel caso di matrimonio poligamico ⁽¹⁾.

(¹) Il ricongiungimento non è consentito dalla già citata direttiva 2003/86/CE in caso di matrimonio poligamico di del soggiornante che già si sia riunito con un coniuge sul territorio di uno stato membro. V., in proposito, F. Mosconi, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, 353; in senso critico, L. Tomasi, *La tutela*, cit., 152; A. Galoppini, *Ricongiungimento familiare e poligamia*, in *Dir. fam. pers.*, 2000, 739 ss., ove si ritrova anche un’analisi della giurisprudenza e della dottrina francesi. Si segnala, inoltre, che la già citata *Carta dei valori della cittadinanza e dell’integrazione*, emanata con d.m. int. 23 Aprile 2007, si esprime in senso contrario alla poligamia, che lo Stato «proibisce [...] come contraria ai diritti della donna, in accordo anche con i principi affermati dalle istituzioni europee» (punto 17).

Ai nostri fini, peraltro, è sufficiente rilevare come l'esigenza d'individuare nuovi e opportuni modelli di regolazione di tali fattispecie si ponga con urgenza, al fine di sottrarre le stesse a un'applicazione del diritto vigente che sembra ondeggiare tra due poli opposti: da un lato, quello dell'indiscriminata applicazione della legge, che conduce all'ingiustizia sostanziale di trattare allo stesso modo realtà differenti; dall'altro lato, quello dell'eccessiva "personalizzazione" del giudizio. Del resto, quello di considerare le esigenze della società in modo indifferenziato, oggi più che in passato, appare come un atteggiamento gravemente mistificante; ma non meno preoccupante è l'opposta tendenza al relativismo e all'utilizzo disinvolto di una molteplicità di metri di giudizio.

Ciascun modello d'integrazione giuridica rappresenta un tentativo, più o meno consapevole, di adottare soluzioni che, in qualche misura, rappresentino una sintesi fra le due linee opposte dell'uguaglianza e della differenza. Alla base di queste direttrici stanno due strategie di fondo: quella della "pari dignità" e quella della cosiddetta politica delle differenze ⁽²⁾, la scelta fra le quali non dipende soltanto dall'indirizzo delle politiche nazionali o sovranazionali, ma anche dall'interazione fra le diverse culture come regolata dagli spontanei meccanismi sociali. La critica, che i seguaci della prima strategia, in linea di massima, avanzano alla seconda, è di violare il principio di non discriminazione; quella che, invece, i seguaci di quest'ultima rivolgono alla prima, è di negare le identità culturali e, in definitiva, di chiudersi alla diversità; nondimeno, i due grandi tracciati dell'egualitarismo li-

⁽²⁾ V. M. Bouchard, *Identità culturale, uguaglianza e diversità*, in *Quest. giust.*, 2001, 473 ss.

berale e del multiculturalismo ⁽³⁾ segnano anche le scelte – talvolta assai ardue – relative all'applicazione del diritto.

La tendenza europea, in questo contesto, sembra atteggiarsi a favore di un *pluralismo moderato*, quasi nel segno dell'idea hegeliana dell'uguaglianza come “uguale diritto di essere diversi”. La pur necessaria generalizzazione del problema, peraltro, non deve far dimenticare che le suddette tendenze non investono genericamente le minoranze culturali, ma variano nella loro entità a seconda delle vicende e dei contesti di riferimento: le strutture normative, infatti, incidono diversamente sulla realtà a seconda che i singoli ordinamenti fissino regole più o meno rigide. Lo spazio concesso alle differenze sarà maggiore laddove lo Stato riconosca un più ampio raggio d'azione all'autonomia privata, mentre un maggiore sforzo di adattamento sarà imposto alle minoranze negli ambiti in cui prevalgano interessi di tipo superiore.

Il problema, se si pone in modo dirompente nel campo del diritto penale (e, in particolare, con riferimento alle fattispecie dei maltrattamenti familiari, dell'abuso di mezzi di correzione, delle mutilazioni sessuali) ⁽⁴⁾, appare di sicuro rilievo anche nell'ambito del diritto privato, dove spesso la vera questione, a ben vedere, sembra attenere all'individuazione dei *limiti* (di natura latamente pubblicistica) entro i quali i rapporti interprivati possono liberamente aver corso. E non può non sovvenire, a questo proposito, la tra-

⁽³⁾ Sulle diverse possibili accezioni di quest'ultimo termine, v. E. Olivito, *Minoranze*, cit., 17 s.

⁽⁴⁾ Per un inquadramento generale del problema, v. A. Bernardi, *Minoranze culturali e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1193 ss. e riferimenti ivi indicati; L. Miazzi, *Immigrazione, regole familiari e criteri di giudizio*, in *Quest. giust.*, 2005, 760 ss.

dizionale triade composta da norme imperative, ordine pubblico e buon costume, spesso evocata dal nostro legislatore (si pensi agli artt. 1343, 634 e 1354, co. 1, ma anche 5 e 25 cod. civ.) ma tutt'altro che sconosciuta agli altri ordinamenti europei: triade che rappresenta quasi per antonomasia il confine (tendenzialmente "elastico" e, comunque, in continua evoluzione) del libero esplicarsi dell'autonomia privata.

La fissazione a livello sovranazionale di limiti analoghi potrebbe costituire, forse, una prima soluzione ai problemi posti dalle nuove minoranze culturali. Anche di recente, del resto, si è proposta la ricostruzione di un concetto a-territoriale di ordine pubblico in ambito familiare, basato su un sistema comune di valori ⁽⁵⁾; e quello dell'ordine pubblico parrebbe rappresentare il confine più idoneo al riconoscimento giuridico delle dinamiche familiari delle minoranze, in quanto per sua natura più "fluida" di uno staccato di precetti positivi di carattere imperativo, ma anche relativamente stabile ed agevolmente ricostruibile, anche a livello europeo ⁽⁶⁾. La soluzione sembrerebbe presentare diversi ed indubbi vantaggi: primo fra tutti, quello di evitare che il parametro di valutazione possa essere desunto ed importato, volta a volta, da un diverso ordinamento, così conferendo maggiore unifor-

⁽⁵⁾ V. A. Colletti, *Permeabilità dell'ordinamento ed ordine pubblico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in AA.VV., *I rapporti di famiglia nell'ordinamento comunitario*, a cura di L. Ruggeri, Napoli, 2007, 40 ss.

⁽⁶⁾ Per una diversa prospettiva, v. F. Belvisi, *Società multiculturale, diritti delle donne e sensibilità per la cultura*, in *Ragion prat.*, 2004, 503 ss., il quale propone di limitare il ricorso al concetto di ordine pubblico quale «criterio giuridico che risponde ad una logica di assimilazione culturale e non di riconoscimento» (ivi, p. 518, n. 57); tale impostazione, peraltro, sembra accoglibile soltanto in una prospettiva *de iure condendo*.

mità alla normativa sovranazionale anche sotto il profilo ermeneutico; in tal modo, inoltre, si scongiurerebbe il rischio di innescare meccanismi di c.d. *forum shopping* e di ribasso degli *standard* di protezione a livello dei singoli Stati nazionali.

Principi europei di ordine pubblico, nell'attuale momento storico, potrebbero essere quello della pari dignità ed uguaglianza dei coniugi, quello della preminenza dell'interesse della prole nella vita e nelle crisi familiari, quello del ripudio di ogni forma di violenza ancorché a scopo di correzione, strettamente connesso all'abbandono del principio di autorità familiare e al tramonto del concetto di potestà (maritale e genitoriale) in favore delle cosiddette *parental responsibilities* ⁽⁷⁾; ancora, potrebbero ricordarsi il principio della contribuzione solidale ai bisogni familiari, a sua volta informata ai

(7) Nell'ordinamento italiano, la l. 10 dicembre 2012, recante la delega al governo per la revisione della normativa in tema di filiazione, ha previsto fra i principi e criteri direttivi della riforma quello della «unificazione delle disposizioni che disciplinano i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli [...], delineando la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale» (art. 2, co. 1, lett. *h*). In attuazione della delega e anche di tale principio, è stata emanata la novella portata dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, il quale ha provveduto a sostituire l'espressione "potestà", ovunque ricorrente, col sintagma "responsabilità genitoriale", concetto al quale è ora dedicato il nuovo art. 316 cod. civ., secondo cui «[e]ntrambi i genitori hanno la responsabilità genitoriale che è esercitata di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio». Ciò che testimonia della mutata considerazione, da parte del legislatore, del rapporto tra genitori e figli, ove vengono posti in primo piano i diritti di questi ultimi: v. sul punto E. Al Mureden, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, in *Giur. it.*, 2014, 5 ss.

principî di reciprocità, proporzionalità ed equivalenza del lavoro domestico rispetto a quello esterno; il principio dell'autonomia (basata, beninteso, sull'*accordo* dei coniugi) nella determinazione dell'indirizzo della vita familiare e nella scelta del relativo regime patrimoniale, nonché quello – che ben può dirsi comunitario “per nascita” (il riferimento è alla Direttiva del 2003 sul ricongiungimento familiare) – dell'*unità* della famiglia. Del tutto scontati, ormai, sono poi i principî dell'uguaglianza dei figli indipendentemente dall'ordine di nascita, dell'ammissibilità del divorzio in caso di fallimento del progetto coniugale di vita in comune, del fondamento morale, e non economico, della famiglia. Al contrario, invece, non appaiono più come valori assoluti quello della cosiddetta solidarietà post-coniugale (la quale sembra assumere una posizione di sempre maggiori sussidiarietà e residualità rispetto all'opposto principio della *Selbstverantwortung*), quello del *favor* per la filiazione legittima, quello della separazione dei ruoli in ambito familiare.

La soluzione prospettata, seppure non esente da critiche, sembra di gran lunga preferibile all'impostazione che del problema delle minoranze la giurisprudenza aveva fornito in passato, ancorando saldamente ai valori costituzionali dei Paesi “ospitanti” i limiti al rispetto delle tradizioni culturali aliene, e giudicando reprimibili i comportamenti che, secondo tali valori, risultassero inaccettabili. Da un lato, occorre osservare che gran parte delle costituzioni nazionali europee non contiene principî direttamente riferibili a una società multietnica (datando perlopiù a un momento storico in cui il fenomeno migratorio era, semmai, di segno opposto e, magari, come da noi, l'avvertenza multiculturale si esauriva nella preoccupazione per poche comunità plurietiche di confine). Dall'altro lato, trattandosi generalmente di

ricorrere a concetti oltremodo elastici, non si fornirebbero criteri di giudizio stabili e sicuri.

Piuttosto, da una riflessione scevra da pregiudizi ideologici, quale dovrebbe essere quella a livello europeo, si potrebbe pervenire alla definizione di un quadro di principi condivisi da gran parte dei Paesi dell'Unione – in linea col tendenziale superamento, da più parti segnalato, del peso etico-sociale delle norme ordinarie e col rafforzamento del ruolo normativo dei principi generali, specialmente nei rapporti internazionali –, come da tempo auspicato da vari studiosi (dei conflitti) del pluralismo giuridico, il tutto senza imporre un determinato modello di famiglia o un assetto prestabilito di rapporti.

In alternativa, e partendo dal punto di vista del soggetto che, pur consapevole del conflitto di valori tra due ordinamenti giuridici differenti, si ritrova a far capo a entrambi, si potrebbe rinunciare alla costruzione *ex ante* di un sistema positivo di principi, affidandosi – in un'ottica che è stata definita di “interlegalità” o “internormatività”⁽⁸⁾ – al pragmatismo che, in altri ordinamenti (e segnatamente in quelli di *common law*), tipicamente guida le decisioni⁽⁹⁾. Solo in un secondo momento, raggiunto un sufficiente livello di tipizzazione giurisprudenziale, i risultati raggiunti (la cui *ratio*, diversamente da quella della legge, sarebbe sempre esplicita, stante l'obbligo di motivazione cui sono soggetti i giudici) potrebbero essere prudentemente e convenientemente recepiti dal legislatore comunitario. Del resto, alla base della tipicità legale vi è sempre quella sociale⁽¹⁰⁾: in quest'ottica, la tipiz-

⁽⁸⁾ Con riferimento a tale concetto, v. M. Bouchard, *Identità*, cit., 482 ss.

⁽⁹⁾ Per uno spunto in tal senso, v. L. Miazzi, *Immigrazione*, cit., 775 ss.

⁽¹⁰⁾ V., in tal senso, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*¹⁴, Napoli, 2009, 809.

zazione giurisprudenziale rappresenta una fase intermedia (e precisamente la prima forma di espressione giuridica della tipicità sociale), col vantaggio che la norma poi recepita dal legislatore presenterebbe l'indubbio vantaggio di una previa meditazione giuridica e sperimentazione pratica. In questo contesto, il ruolo del giurista consisterebbe, a un tempo, nel precedere la giurisprudenza, fornendo ad essa indicazioni metodologiche e sostanziali, e nel catalogarne l'elaborazione al fine di "instradare" il legislatore del futuro.

Non si deve dimenticare, infine, che accanto alle istanze di autoregolamentazione (nazionale o comunitaria) del diritto di famiglia (anche) con riferimento alle minoranze culturali, si collocano le iniziative sul piano degli accordi fra Unione e Stati terzi ⁽¹¹⁾. La salvaguardia dell'unità familiare, del resto, è considerata dal legislatore comunitario alla stregua di una condizione fondamentale per la realizzazione della libertà di circolazione dei cittadini degli Stati membri e per la loro integrazione negli Stati ospitanti; e se oggi tutti gli extracomunitari soggiornanti o rifugiati in uno Stato membro godono di un vero e proprio diritto a ricongiungersi con la propria famiglia in ambito comunitario ⁽¹²⁾, si deve tener conto del fatto che i familiari di un cittadino possono anche essere cittadini di Stati terzi. Si tratta, peraltro, di

⁽¹¹⁾ Per il caso della Turchia, v. L. Tomasi, *La tutela*, cit., 125 ss.

⁽¹²⁾ Diritto peraltro subordinato alla sussistenza di numerosi requisiti, ciò che ha esposto la disciplina comunitaria a critiche: v. L. Tomasi, *La tutela*, cit., 148 e riferimenti ivi presenti. Per un'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale e normativa in tema di ricongiungimento familiare, v. P. Franco, *Sul diritto all'unità familiare nel diritto europeo e nel diritto italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 522 ss.; per la disciplina italiana, v. P. Bonetti-N. Zorzella-W. Citti-L. Miazzi, *Diritto all'unità familiare e tutela dei minori*, in AA.VV., *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Padova, 2004, 861 ss.

temi che coinvolgono anche il principio che riconosce a ciascuno Stato nazionale il potere di regolare in via prevalentemente autonoma l'ingresso e l'allontanamento degli stranieri (extracomunitari), nel rispetto degli obblighi convenzionali internazionali. Tali questioni, tuttavia, si pongono non tanto sul piano del diritto di famiglia quanto su quello delle materie (ora ricondotte nell'ambito del c.d. primo pilastro dell'Unione) dei visti, dell'immigrazione e dell'asilo, concernendo il riconoscimento degli *status* familiari più che non la disciplina sostanziale dei rapporti privatistici.

Quanto a quest'ultima, invece, sembra che quantomeno la prima parte del percorso verso una sua uniformazione a livello europeo, attenta alle istanze delle minoranze culturali e ai problemi posti dalla convivenza con esse, sia destinata a poggiare sul formante giurisprudenziale (nazionale, sovranazionale e comunitario). Il raggiungimento degli sperati traguardi potrà non essere immediato, ma ciò è pienamente giustificato dalla delicatezza dei problemi in campo e, soprattutto, dal fatto che la stessa base comune europea in materia di diritto di famiglia appare notevolmente rastremata, tenuto conto delle molte diversità culturali tra singoli ordinamenti nazionali, il cui *common core* appare talvolta scabro e rarefatto al punto da rendere improbabile una prossima *reductio ad unum*.

Senza dubbio, un decisivo aiuto alla giurisprudenza verrà dalle iniziative – destinate, come da più parti si auspica, a farsi sempre più numerose – che, sotto forma di seminari, convegni internazionali e dibattiti accademici (valga per tutti l'importante esempio dei *Regensburger Symposien*), mirano ad allargare gli orizzonti della discussione e a proporre un confronto costruttivo fra le diverse impostazioni nazionali: confronto destinato a confluire in riflessioni di tipo teorico e pratico, nonché in proposte concrete di armoniz-

zazione o unificazione del diritto di famiglia nel contesto europeo. Del resto, l'intensificarsi dell'attività in tal senso (specialmente a far tempo dall'istituzione, nel 2001, della *Commission on European Family Law*) è sotto gli occhi di tutti, e i relativi frutti saranno tanto più proficui quanto più tale attività saprà aprirsi ai contributi del mondo forense e giudiziario, e, più in generale, a dare ascolto alla voce degli operatori del diritto che saranno chiamati, in futuro, ad applicare i principî e le regole del diritto di famiglia europeo ⁽¹³⁾.

D'altra parte, è noto che l'Unione – anche dopo la “comunitarizzazione”, ad opera del Trattato di Amsterdam del 1997, della cooperazione giudiziaria in materia civile ⁽¹⁴⁾ – è sfornita di competenza quanto all'uniformazione del diritto sostanziale della famiglia ⁽¹⁵⁾. Se dopo il Trattato di Lisbona del 2007 (come già nel Trattato costituzionale del 2004) la funzionalizzazione al mercato comune della competenza comunitaria si è parzialmente indebolita, tale competenza è pur sempre legata alle “implicazioni transfrontaliere” delle materie da regolare (art. 65 del Trattato) e, di conseguenza, relegata nell'ambito del diritto internazionale privato e processuale ⁽¹⁶⁾. Peraltro, la

⁽¹³⁾ In generale, sui seminari di Regensburg e sulla *Commission on European Family Law*, v. R. Pacia, *I principî*, cit., 227 ss.

⁽¹⁴⁾ V., sul punto, L. Tomasi, *La tutela*, cit., 135 s.

⁽¹⁵⁾ Nel senso di una graduale erosione delle competenze nazionali in materia familiare, a favore di quella dell'Unione, si pronunciano però M. Condinanzi-C. Amalfitano, *La libera circolazione*, cit., 399 ss.

⁽¹⁶⁾ Non è escluso, tuttavia, «che l'armonizzazione delle regole di conflitto rappresent[i] soltanto una prima modalità di semplificazione della disciplina», in vista di «un progressivo ravvicinamento delle legislazioni nazionali, almeno nelle materie che presen-

nuova tendenza della Comunità (la cui riprova consiste nella Carta di Nizza del 2000) a considerare i propri cittadini non come semplici agenti del mercato comune, ma come portatori di diritti di natura anche non economica, se non vale a fondare una vera e propria competenza comunitaria in materia di diritto sostanziale della famiglia, giustifica quantomeno un'interpretazione estensiva e "orientata" delle regole vigenti, anche nell'ottica di una sempre più accentuata "materializzazione" del diritto internazionale privato – fermo restando il principio dell'unanimità sancito, in materia familiare, dall'art. 67, co. 5, del Trattato.

E non è escluso che, proprio nelle more della prospettata uniformazione giurisprudenziale, possa maturare una nuova consapevolezza del ruolo sociale dell'Unione e della Comunità, col riconoscimento di una loro più ampia competenza nella materia del diritto sostanziale della famiglia, preparando così il terreno al recepimento dei primi frutti del lavoro della giurisprudenza. L'uniformazione normativa così attuata, obiettivo ormai generalmente ritenuto auspicabile se non necessario (avendo come alternativa pressoché certa la sconfitta degli Stati di fronte al problema delle minoran-

tano un'incidenza più diretta sul funzionamento del mercato», salvo ritenere «sufficiente un modello di delineazione del rapporto tra i diritti nazionali improntato al dialogo, alla cooperazione ed alla differenziazione normativa»: v., in tal senso, M. Meli, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 474 ss. e riferimenti ivi presenti. Sempre in tema di "comunitarizzazione" di taluni principi in materia familiare, v. R. Baratta, *Verso la "comunitarizzazione"*, cit., 573 ss. V., inoltre, J. Long, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano: tra diritto internazionale privato e diritto sostanziale*, in *Famiglia*, 2006, I, 1127 ss.

ze), costituirà un tassello in più – un tassello importantissimo – nel formarsi di una vera e propria cultura delle minoranze in Europa, e cioè nel continente che di tale cultura è stato visto come la culla ideale, il cui inestimabile patrimonio culturale è storicamente nato proprio dall'unione di popolazioni, lingue, religioni e tradizioni differenti.

BIBLIOGRAFIA

- A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 80 ss.
- E. Al Mureden, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, in *Giur. it.*, 2014, 5 ss.
- R. Aluffi Beck-Peccoz, *La Carta dei mussulmani in Europa (2008): spunti per una lettura*, in AA.VV., *Identità religiosa e integrazione dei mussulmani in Italia e Europa. Omaggio alla memoria di Francesco Castro*, a cura di R. Aluffi Beck-Peccoz, Torino, 2008, 105 ss.
- R. Aluffi Beck-Peccoz, *Le leggi del diritto di famiglia negli Stati Arabi del Nord Africa*, Fondazione Agnelli, Torino, 1997.
- A. Avon, *La legislazione scolastica: un sistema per il servizio di istruzione. Contenuti, significati e prospettive tra riforme e sfide quotidiane*, Milano, 2009.
- AA.VV., *L'Islam in Europa. Lo statuto giuridico delle comunità mussulmane*, a cura di S. Ferrari, Bologna, 1996.
- AA.VV., *I mussulmani nella società europea*, Torino, 1994.
- T. Auletta, *Il diritto di famiglia*, Torino, 1999.

- A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.
- T. Ballarino, *Diritto internazionale privato*², Padova, 1999.
- R. Baratta, *Verso la “comunitarizzazione” dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. internaz. dir. priv. process.*, 2005, 592 ss.
- A. Barbera, in AA.VV., *Corte Costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, 19 ss.
- A. Barbera-F. Coccozza-G. Corso, in G. Amato-A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, I, Bologna, 1997, 233 ss.
- A. Barbera-C. Fusaro, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2008.
- B. Barel-S. Armellini, *Manuale breve di diritto internazionale privato*⁸, Milano, 2013.
- G. Barile, *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1119 ss.
- P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.
- S. Bartole, *Una Convenzione quadro per la tutela delle minoranze nazionali*, in AA.VV., *La tutela giuridica delle minoranze*, a cura di S. Bartole-N. Olivetti Rason-L. Pegoraro, Padova, 1998, 21 ss.
- G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007.
- F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.
- F. Basile, *Società multiculturali, immigrazione e reati ‘culturalmente motivati’ (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1323 ss.
- A. Bausani, *L'Islam*, Milano, 1991.

- A. Beghé Loreti, *L'adozione dei minori nei Paesi europei*, in *L'adozione dei minori nelle legislazioni europee*, a cura di A. Beghé Loreti, Milano, 1986.
- A. Beghé Loreti-M. Orlandi, *L'adozione da parte di persona sola: in merito ad una non condivisibile interpretazione della Convenzione di Strasburgo*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 252 ss.
- A. Beghé Loreti-L. Fadiga, *Italy*, in *Adoptions Laws*, The Hague, 1996, 5 ss.
- F. Belvisi, *Società multiculturale, diritti delle donne e sensibilità per la cultura*, in *Ragion prat.*, 2004, 503 ss.
- A. Bel Haj Hamouda, *A la recherche d'une autre famille: la famille nourricière. Cas du droit tunisien*, in *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, a cura di J. Pousson-Petit, Toulouse, 1997, 405 ss.
- M.G. Belgiorno, *La comparazione del diritto delle religioni del Libro*, Roma, 2002.
- A. Bernardi, *Minoranze culturali e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1193 ss.
- A. Bernardi, *Modelli penali e società multiculturale*, Giappichelli, Torino, 2006.
- A. Bernardi, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010.
- E.G. Bettinelli, *Gli alunni con cittadinanza non italiana nella scuola della riforma Moratti*, in *Studi Zancan*, 2006, 108 ss.
- C.M. Bianca, *Diritto civile. 2. La famiglia e le successioni*, Milano, 2001, 397 ss.
- R. Bin, *Art. 14. Divieto di discriminazione*, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'Uomo e delle libertà*

- fondamentali*, a cura di S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, Padova, 2001, 410 ss.
- F. Bocchini, *Codice della famiglia e dei minori*, Milano, 2007
- P. Bonetti-N. Zorzella-W. Citti-L. Miazzi, *Diritto all'unità familiare e tutela dei minori*, in AA.VV., *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Padova, 2004, 861 ss.
- R. Botta, *La parità scolastica e la laicità "latitante". Il sistema nazionale di istruzione tra riforme legislative e diritto comunitario sui servizi alla persona*, negli *Studi Ravà*, Torino, 2003, 168 ss.
- M. Bouchard, *Identità culturale, uguaglianza e diversità*, in *Quest. giust.*, 2001, 473 ss.
- G. Busia, *Riservatezza (diritto alla)*, *Dig.⁴, disc. pubbl., Agg.*, I, Torino, 2000, 476 ss.
- E. Calò, *Sulla trascrizione dei matrimoni fra stranieri contratti all'estero*, studio n. 4191 del Consiglio Nazionale del Notariato.
- E. Calò, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2005, I, 509 ss.
- E. Calò, *I riflessi dell'immigrazione islamica sul diritto di famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2009, 85 ss.
- C. Campiglio, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'Occidente europeo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, 853 ss.
- C. Campiglio, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, 57 ss.
- G. Campiglio, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, 38

- F. Caputo, *Introduzione al diritto islamico. I concetti generali. Il matrimonio e la famiglia. Le successioni*, I, Torino, 1990, 99 ss.
- P.L. Carbone, *L'applicabilità del diritto italiano al cittadino mussulmano: il minore "a carico" può ricongiungersi con la madre, cittadina del Marocco, in Italia con permesso di soggiorno*, in *Fam. e dir.*, 2005, 358 ss.
- V. Carbone, *Minore straniero affidato ad italiani in base alla kafalah*, in *Corr. giur.*, 2006, 24 ss.
- C. Cardia, *Carta dei valori e multiculturalità alla prova della costituzione*, in *Iustitia*, 2009, 147 ss.
- C. Cardia, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Torino, 2005.
- C. Cardia, *Religione (libertà di)*, in *Enc. dir., Agg., II*, Milano, 1998, 914 ss.
- C. Cardia, *Laicità dello Stato, appartenenze religiose e ordinamento giuridico: prospettiva secolare*, in *Scritti in onore di Giovanni Barberini*, Torino, 2009, 125 ss.
- M. Calamo, *L'Occidente e l'Islam, tra dialogo e conflitto*, in *Instrumenta*, 2004, 1154 ss.
- P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005
- F. Castro, *Diritto mussulmano e dei Paesi mussulmani*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1990, 1 ss.
- F. Castro, *Diritto mussulmano*, in *Dig. IV civ.*, IV, Utet, Torino, 1990, 284
- G. Cattaneo, *Adozione*, in *Dig. IV civ.*, I, Torino, 1988, 94 ss.
- P. Cavana, *Interpretazioni della laicità. Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, Roma, 1998.
- P. Cavana, *Diritto allo studio e parità scolastica*, in *Iustitia*, 1999, 72 ss.

- A. Ceserani, *Brevi considerazioni sul principio di libertà matrimoniale*, in *Arch. giur. Serafini*, 2002, 435 ss.
- M.N. Charles, *De la famille Fa'a'amu en Polynésie Française à la nécessité d'un statut de la famille nourricière*, in *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, a cura di J. Pousson-Petit, Toulouse, 1997.
- A. Chirico, *Libertà religiosa e identità culturale dell'Europa*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 831 s.
- A. Cilardo, *La comunità islamica*, in AA.VV., *L'Islam oggi* (trad. it.), Bologna, 1991.
- G. Cimbalo, *Scuola pubblica e istruzione religiosa: il Concordato tradito*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2004, 143 ss.
- R. Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. e dir.*, 2009, 204 ss.
- N. Colaianni, *Autonomia e parità della scuola*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1997, 115 ss.
- N. Colaianni, *Problemi di tutela delle minoranze labili*, in *Studi Catalano*, II, Soveria Mannelli, 1998, 451 ss.
- N. Colaianni, in AA.VV., *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, Bologna, 2000, 164 ss.
- N. Colaianni, *Una «carta» post-costituzionale? (A proposito di una recente iniziativa in tema di "integrazione" dei migranti)*, in *Quest. giust.*, 2007, 637 ss.
- N. Colaianni, *Alla ricerca di una politica del diritto sui rapporti con l'Islam (Carta dei valori e Dichiarazione di intenti)*, in AA.VV., *Identità religiosa e integrazione dei mussulmani in Italia e Europa. Omaggio alla*

memoria di Francesco Castro, a cura di R. Aluffi Beck-Peccoz, Torino, 2008, 163 ss.

- A. Colletti, *Permeabilità dell'ordinamento ed ordine pubblico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in AA.VV., *I rapporti di famiglia nell'ordinamento comunitario*, a cura di L. Ruggeri, Napoli, 2007, 40 ss.
- M. Condinanzi- C. Amalfitano, *La libera circolazione della "coppia" nel diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, 399 ss.
- B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 1999.
- P. Consorti, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, in AA.VV., *Multireligiosità e reazione giuridica*, a cura di A. Fuccillo, Torino, 2008, 220 ss.
- G. Contaldi, *Ordine pubblico*, in *Diritto internazionale privato*, a cura di Baratta, in *Dizionari Irti*, Milano, 2010, 273 ss.
- R. Coppola, in AA.VV., *L'insegnamento della religione cattolica in una società pluralista*, Bari, 1995, 54 ss.
- G. Cosco, *Convivenza fuori dal matrimonio: profili di disciplina nel diritto europeo*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 349 ss.
- G. Criscuoli, *Il matrimonio coatto*, Milano, 1978.
- M.G. Cubeddu-D. Henrich, *Due modelli europei di regime patrimoniale dei coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 563 ss.
- M. D'Arienzo, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, 189 ss.
- G. Dalla Torre, *Il minore nella scuola*, in *Orientam. pedag.*, 1990, 316 ss.
- G. Dalla Torre, *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Roma, 1992

- G. Dalla Torre, *Libertà religiosa*, in AA.VV., *Dizionario delle idee politiche*, Roma, 1993, 477 ss.
- G. Dalla Torre, *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino, 1993.
- G. Dalla Torre, *Considerazioni sui caratteri originali della Costituzione italiana del 1948*, in *Iustitia*, 1999, 17 ss.
- G. Dalla Torre, *Il diritto all'educazione religiosa nella scuola pubblica*, in *Seminarium*, 2002, 451 ss.
- G. Dalla Torre, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Torino, 2002
- G. Dalla Torre, in AA.VV., *La libertà di religione e di culto. Contenuto e limiti*, Torino, 2003, 33 ss.
- F. Dassetto, *L'islam in Europa*, Torino, 1994.
- R. David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1980.
- A.M. Del Vecchio, *La tutela delle minoranze nei sistemi di cooperazione internazionale*, in *Riv. int. dir. dell'uomo*, 1994, 2, 557 ss.
- C. de Maglie, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in *Studi Marinucci*, I, Milano, 2006, 215 ss.
- C. de Maglie, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1088 ss.
- L. Di Gaetano, *I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica*, nt. a Cass., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Giust. civ.*, 1999, 2695 ss.
- K. Dilger, *Tendenze dello sviluppo del diritto*, in AA.VV., *L'Islam oggi* (trad. it.), Bologna, 1991, 253 ss.
- P. Di Marzio, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa*, Napoli, 2000.

- P. Di Motoli-L. Ozzano, *Islam e democrazia nello spazio migratorio europeo*, in *Quad. storia contemp.*, 2013, 52 s.
- M. Dogliotti, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, nel *Tratt. Cicu-Messineo*, VI, 2, Milano, 2007, 174 ss.
- S. Domianello, *Sulla laicità nella Costituzione*, Milano, 1999.
- S. Domianello, in AA.VV., *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, Soveria Mannelli, 2004, 298 ss.
- M. El Ayoubi, in AA.VV., *Identità multiculturale e multireligiosa. La costruzione di una cittadinanza pluralistica*, Milano, 2004, 282 ss.
- C.F. Emanuele, *Il riconoscimento dei provvedimenti stranieri di adozione: interpretazioni giurisprudenziali e profili comparatistici*, in *Dir. fam. pers.*, 1996, II, 1201 ss.
- G. Facci, *Diritto internazionale privato*, Padova, 2000.
- L. Fadiga, *L'adozione*, Bologna, 1999.
- L. Fadiga, *L'adozione internazionale*, in *Tratt. dir. fam.* a cura di G. Collura-L. Lenti-M. Mantovani, II, Milano, 2002.
- T. Fahd, *Islam e sette islamiche*, in T. Fahd-A. Bausani, *Storia dell'Islamismo*, a cura di H.-C. Puech, Milano, 1993.
- V. Federico, *La Francia si interroga sulla poligamia*, in *Quad. cost.*, 2010, 371 ss.
- M.C. Ferjani, in AA.VV., *Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani nell'area del Mediterraneo*, Bologna, 2003, 11 ss.
- G. Ferrando, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, V, 1, Milano, 2002.
- A. Ferrari, *Brevi note in tema di Islam, scuola privata e Costituzione*, in *Annali Univ. Molise*, 4/2002, 30 ss.

- A. Ferrari, *La scuola italiana di fronte al paradigma mussulmano*, in AA.VV., *Islam in Europa / Islam in Italia tra diritto e società*, a cura di A. Ferrari, Bologna, 2008, 194 ss.
- S. Ferrari, in AA.VV., *Islam ed Europa. I simboli religiosi nei diritti del Vecchio continente*, Roma, 2006, 57 ss.
- S. Ferrari, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, Bologna, 2002.
- F. Finocchiaro, *Del matrimonio* (artt. 79-83), nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1971.
- F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, 2009.
- P. Floris, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e modelli d'intervento*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2000, 194 ss.
- M.C. Folliero, *Libertà religiosa e società multiculturali: la risposta italiana*, in *Studi Pellegrino*, I, Napoli, 2009, 610 ss.
- M.C. Folliero, *Secolarizzazione, immigrazione e globalizzazione tra ruolo pubblico delle religioni e diritto dell'Unione. Processi ed esiti*, in AA.VV., *I diritti cultural-religiosi dall'Africa all'Europa*, a cura di F. Alicino-F. Botti, Torino, 2012, 61 ss.
- M. Franchi, *Commento all'art. 39 della l. 31 maggio 1995 n. 218*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, 1202 ss.
- M. Franchi, *Commento all'art. 41 della l. 31 maggio 1995 n. 218*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, 1229 ss.
- P. Franco, *Sul diritto all'unità familiare nel diritto europeo e nel diritto italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 522 ss.

- F. Freni, *Scuole paritarie privato-confessionali e sistema nazionale di istruzione (osservazioni a Corte cost., sent. n. 42 del 2003)*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2003, 739 ss.
- A. Fuccillo, *Giustizia e religione. II. Matrimonio, famiglia e minori tra identità religiosa e rilevanza civile*, Torino, 2011.
- A. Galoppini, *Democrazia, uguaglianza, differenze: il caso dell'immigrazione islamica*, in *Dir. fam. pers.*, 1995, 257 ss.
- A. Galoppini, *Ricongiungimento familiare e poligamia*, in *Dir. fam. pers.*, 2000, 739 ss.
- A. Galoppini, *Problemi familiari tra diritto italiano e diritto musulmano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 167 ss.
- A. Galoppini, *Il ripudio e la sua rilevanza nell'ordinamento italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 969 ss.
- A. Galoppini, *L'adozione del piccolo marocchino, ovvero gli scherzi dell'eurocentrismo*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, 143 ss.
- F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*¹⁴, Napoli, 2009.
- R. Gelli, *Ancora sulla kafalah di diritto islamico: opposizione del kafil alla dichiarazione dello stato di adottabilità*, in *Fam. e dir.*, 2006, 24 ss.
- G. Gemma, *Vita (diritto alla)*, in *Dig.*⁴, *disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 670 ss.
- E. Giacobbe, *Il matrimonio*, I, in *Trattato Sacco*, Torino, 2011.
- A. Gianni, *L'insegnamento della religione nel diritto ecclesiastico italiano*, Padova, 1997.
- D. Gibirila, *Le don d'enfants en société traditionnelle africaine*, in *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, a cura di J. Pousson-Petit, Toulouse, 1997, 103.

- M. Giuliano-T. Scovazzi-T. Treves, *Diritto internazionale. Parte generale*, Milano, 1991.
- J. Goody, *Islam in Europe*, Cambridge, 2004.
- G. Gozzi, *Liberalismo e diritti delle minoranze nell'opera di Will Kymlicka. Un'analisi comparata: occidente ed Europa centro-orientale*, in AA.VV., *Il pluralismo liberale può essere esportato? Teoria politica occidentale e relazioni etniche nell'Europa dell'Est*, a cura di W. Kymlicka-M. Opalski, Bologna, 2003, 36 ss.
- P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006.
- A. Guazzarotti, *Giudici e minoranze religiose*, Milano, 2001.
- N. Gullo, *La tutela delle minoranze nello spazio giuridico europeo*, in AA.VV., *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di I. Trujillo-F. Viola, Bologna, 2007, 266 ss.
- J. Habermas, in J. Ratzinger-J. Habermas, *Etica, religione e Stato liberale*, Brescia, 2004, 38 ss.
- E. Jayme, *Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, 295 ss.
- E. Lamarque, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 633 ss.
- S. Lariccia, *Minoranze in Europa*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 762 ss.
- B.-H. Lévy, *La pureté dangereuse*, Parigi, 1996.
- P. Lillo, *Libertà del minore nella sfera educativa e religiosa*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1921 ss.
- P. Lillo, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Torino, 2006.

- P. Lillo, *Libertà religiosa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 3547 ss.
- P. Lillo, *I limiti alla libertà religiosa nei lavori parlamentari (XV Legislatura)*, in *Dir. eccl.*, 2007, 123 ss.
- P. Lillo, *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso. Saggi di riflessione*, Torino, 2002.
- M.L. Lo Giacco, *Educazione religiosa e tutela del minore nella famiglia*, in *Stato, Chiese e plural. confess.* (www.statoechurchiese.it), 5 ss.
- J. Long, *L'impatto del Regolamento CE 2201/2003 sul diritto di famiglia italiano: tra diritto internazionale privato e diritto sostanziale*, in *Famiglia*, 2006, I, 1127 ss.
- J. Long, *Kafalah: la Cassazione fa il passo del gambero*, nota a Cass., 1° marzo 2010, n. 4868, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 831 ss.
- J. Long, *Ordinamenti giuridici occidentali, kafalah e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 177 ss.
- J. Long, *Il ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 1835 ss.
- J. Long, *Adozione "extraconvenzionale" di minori provenienti da Paesi islamici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 156 ss.
- A. Magini, *Responsabilità genitoriale ed educazione religiosa del minore*, in *Diritto e religioni*, 2008, 318 ss.
- T. Martines, *Diritto pubblico*, Milano, 2005.
- C. Marzuoli, in AA.VV., *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale. Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali*, Torino, 2005, 172 ss.

- R. Mazzola, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Milano, 2005.
- M. Meli, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 474 ss.
- P. Mengozzi, *I problemi giuridici della famiglia a fronte del processo di integrazione europea*, in *Fam. dir.*, 2004, 646 ss.
- S. Mernissi, *Quelques aspects de la codification du statut personnel marocain*, in *Le statut personnel des musulmans*, a cura di Carlier-Verwilghen, Bruxelles, 1992, 121 ss.
- L. Miazzi, *Immigrazione, regole familiari e criteri di giudizio*, in *Quest. giust.*, 2005, 760 ss.
- C. Mirabelli, in AA.VV., *Dall'Accordo del 1984 al disegno di legge sulla libertà religiosa. Un quindicennio di politica e legislazione ecclesiastica*, Roma, 2001, 51 ss.
- C. Mirabelli, *L'appartenenza confessionale*, Padova, 1974.
- P. Morozzo della Rocca, *La riforma dell'adozione internazionale. Commento alla l. 31 dicembre 1998 n. 476*, Torino, 1999.
- C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976.
- F. Mosconi, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, in *Riv. dir. internaz. priv. process.*, 2005, 305 ss.
- F. Mosconi, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, 353 ss.
- F. Mosconi-C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. I. Parte generale e obbligazioni*⁴, Torino, 2010.
- A. Mura, *Istruzione privata*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990.

- A. Mura, *Scuola, cultura e ricerca scientifica*, in G. Amato-A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico. 4. L'azione dei pubblici poteri*, Bologna, 1997, 233 ss.
- L. Musselli, in L. Musselli-V. Tozzi, *Manuale di diritto ecclesiastico. La disciplina giuridica del fenomeno religioso*, Roma-Bari, 2000, 152 ss.
- L. Musselli, *Libertà religiosa e di coscienza*, in *Dig.*⁴, *disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, 215 ss.
- L. Musselli, in AA.VV., *L'Islam tra dimensione giuridica e realtà sociale. "Il Libro, la Bilancia e il Ferro"*, Napoli, 2006, 100 ss.
- E. Olivito, *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, Roma, 2006, 18 ss.
- V. Onida, *La scuola araba a Milano. Le ragioni di un sì*, nel *Corr. della Sera*, 12 ottobre 2006, 44.
- M. Orlandi, *La kafala islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 637 ss.
- M. Orlandi, *La kafalah di diritto islamico e il diritto al ricongiungimento familiare: una interessante pronuncia del Tribunale di Biella*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1857 ss.
- M. Orlandi, *Adozione internazionale di minore "in casi particolari". Quale la procedura applicabile?*, in *Giur. mer.*, 2001, I, 707 ss.
- A. Pace, *Diritti "fondamentali" al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993, 3 ss.
- A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1992.
- E. Pace, *L'Islam in Europa: modelli di integrazione*, Roma, 2004.
- F. Paci, *Islam e violenza. Parlano i mussulmani italiani*, Roma-Bari, 2006.

- R. Pacia, *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 227 ss.
- V. Pacillo, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2003.
- E. Palici di Suni Prat, *Minoranze*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, 547 ss.
- L. Pannarale, *Le regole dell'amore. Famiglie e diritti in Italia ed in Europa*, in *Pol. dir.*, 2007, 217 ss.
- F. Parente, *La libertà matrimoniale tra status personae e status familiae*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 129 ss.
- M. Parisi, *Soggetti no profit e compiti di interesse collettivo: brevi riflessioni sul "nuovo" ruolo degli enti religiosi*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, 883 ss.
- M. Parisi, *La tutela giurisdizionale del fenomeno religioso in Europa*, in G. Macrì-M. Parisi-V. Tozzi, *Diritto ecclesiastico europeo*, Roma-Bari, 2006, 167 ss.
- M. Parisi, *Parità scolastica, educazione religiosa e scuole islamiche: problemi e prospettive*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1967 ss.
- M. Parisi, *Profili giuridici della tutela delle minoranze culturali e religiose nello spazio sociale europeo*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 449 ss.
- J. Pasquali Cerioli, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Milano, 2006.
- F. Pastore, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia mussulmano in Francia e in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 1993, 73 ss.

- S. Patti, *Il “principio famiglia” e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Familia*, 2006, I, 529 ss.
- S. Patti, *Un linguaggio giuridico condiviso per l’Europa: il diritto della famiglia*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 103 ss.
- E. Perego, *La libertà del consenso nel matrimonio civile*, Milano, 1983.
- V. Petralia, *Ricongiungimento familiare e matrimonio poligamico. Il riconoscimento di valori giuridici stranieri e la tutela della posizioni deboli*, in *Quad. eur.*, 2013, *working paper* disponibile all’indirizzo internet http://www.cde.unict.it/quadernieuropei/giuridiche/49_2013.pdf.
- A. Pino, *Diritto di famiglia*, Padova, 1999.
- G. Pitruzzella, in AA.VV., *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, 220 ss.
- G. Pizzolante, *La kafala islamica e il suo riconoscimento nell’ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2005, 949 ss.
- F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999.
- A. Poggi, *Le autonomie funzionali “tra” sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001.
- A. Ravà, *Contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa nella Costituzione italiana*, Milano, 1959.
- M. Ricca, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 420 ss.
- M. Ricca, in AA.VV., *Comunità e soggettività*, Cosenza, 2006, 264 ss.
- S. Rizza, in AA.VV., *Identità multiculturale e multireligiosa. La costruzione di una cittadinanza pluralistica*, Milano, 2004, 154 ss.

- J. Robert-Lamblin, *L'adoption ou la circulation des enfants chez les Inuts*, in AA.VV. *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, a cura di J. Pousson-Petit, Toulouse, 1997, 57 ss.
- G. Roehrssen di Cammarata, *La posizione dell'uomo nella Costituzione italiana*, in *Dir. soc.*, 1987, 336 ss.
- G. Rolla, *Il sistema costituzionale italiano*, III, Milano, 2005.
- E. Rude-Antoine, *Les mariages forcés en Belgique, en France, en Italie et en Suède. Etude comparative des législations et des actions politiques*, in *Sociol. dir., Numero speciale sul diritto di fronte alle sfide dell'immigrazione*, 2006 (fasc. 3), 97 ss.
- E. Rude-Antoine, *Adopter un enfant à l'étranger*, Parigi, 1999.
- M.C. Ruscazio, «*Matrimoni forzati*» tra religione e diritto, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2007, 225 ss.
- R. Sacco, *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*, Napoli, 2011.
- R. Santoro, *Diritti ed educazione religiosa del minore*, Napoli, 2004.
- J.L. Sariego Morillo, *Guía de la adopción internacional*, Madrid, 2000.
- J. Schacht, *Introduzione al diritto mussulmano* (trad. it.), Torino, 1995.
- G. Silva, *La cultura giuridica familiare marocchina: analisi della normativa marocchina sulla dissoluzione del legame coniugale e sulla filiazione (Codice marocchino della famiglia del 2004)*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, 73 ss.
- G. Silva, *Ripudio marocchino e diritto di famiglia francese*, in *Dir. imm. citt.*, 2003, 34 ss.
- P. Stanzione-G. Sciancalepore, *Minori e diritti fondamentali*, Milano, 2006.
- A. Talamanca, in AA.VV., *Le competenze nelle materie di interesse ecclesiastico dopo il d. lgs. 31 marzo 1998 n. 112*, Torino, 2001, 141 ss.

- M. Tigano, *L'“assolutezza” del diritto all'istruzione religiosa*, Milano, 2004.
- L. Tomasi, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea (tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia)*, Padova, 2007.
- S. Tonolo, *La modifica dell'art. 116 c.c. e la libertà matrimoniale della donna mussulmana*, in *Stud. iur.*, 2011, 1274 ss.
- V. Tozzi, in AA.VV., *Integrazione europea e società multi-etnica. Nuove dimensioni della libertà religiosa*, Torino, 2000, 144 ss.
- V. Tozzi, *Istituzioni ecclesiastiche, caritative e non profit, loro rapporti con la Chiesa, lo Stato, la società civile ed il mercato*, negli *Studi F. Finocchiaro*, II, Milano, 2000, 1627 ss.
- V. Tozzi, *La trasformazione dello Stato nazionale, l'immigrazione ed il fenomeno religioso*, in AA.VV., *Fattore religioso, ordinamenti e identità nazionale nell'Italia che cambia*, a cura di G.B. Varnier, Genova, 2004, 120 ss.
- V. Tozzi, in AA.VV., *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale. Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali*, Torino, 2005, 364 ss.
- V. Tozzi, *Quale regime per i rapporti Stato-Chiese in Italia?*, in *Dir. eccl.*, 2005, 540 ss.
- V. Tozzi, in AA.VV., *L'Islam tra dimensione giuridica e realtà sociale. “Il Libro, la Bilancia e il Ferro”*, Napoli, 2006, 175 ss.
- G.B. Varnier, in AA.VV., *Chiese cristiane, pluralismo religioso e democrazia liberale in Europa*, Bologna, 2006, 95 ss.

- M. Ventura, *Religione ed Europa. Coordinate per una transizione intelligente*, in *Credere Oggi*, 3/2004, 56 ss.
- G. Vercellin, *Istituzioni del mondo mussulmano*, Torino, 2002.
- M. Vigli, in AA.VV., *Scuola pubblica, scuola privata. Parità e Costituzione*, Scandicci, 1998, 132 ss.
- F. Vismara, in G. Conetti-S. Tonolo-F. Vismara, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato*², Torino, 2009, 311 ss.
- N. Younsi Haddad, *La kafalah en droit algérien*, in AA.VV., *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, a cura di J. Pousson-Petit, Toulouse, 1997, 129 ss.
- S. Zamagni, in AA.VV., *Globalizzazione: conflitto o dialogo di civiltà?*, Napoli, 2002, 71 ss.
- L. Zannotti, in AA.VV., *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale. Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali*, Torino, 2005, 452 s.
- B. Zoccatelli, *Fra tolleranza e integrazione: le scuole islamiche in Gran Bretagna e nei Paesi Bassi*, in *Studi di Sociologia*, 4/1994, 53 ss.