

INDICE

Introduzione	p. 1
---------------------------	------

Capitolo primo

Il Diritto Islamico

1. Lo statuto personale e la filiazione.....	p. 17
2. Le fictiones a tutela del nascituro	p. 26
3. Gli obblighi dei genitori	p. 28
4. Diritti Successori	p. 36

Capitolo secondo

Modernizzazione del diritto di famiglia

1. Il diritto di famiglia nei paesi islamici	p. 43
2. Il Nord Africa	p. 45
2.1 L'Algeria	p. 45
2.2 L'Egitto.....	p. 55
2.3 La Libia.....	p. 61
2.4 Il Marocco.....	p. 64
2.5 La Tunisia.....	p. 71
2.6 La Turchia.....	p. 82
3. La giurisprudenza.....	p. 89

Capitolo terzo

Il principio dell'ordine pubblico nell'ordinamento italiano

1. Note introduttive	p. 93
2. Diritto di famiglia islamico e ordinamento italiano	p. 94
3. La qualificazione della filiazione	p. 102
4. Il trattamento processuale della legge straniera	p. 104

5. Il meccanismo del rinvio: nozione e disciplina.....	p. 108
6. Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia, Germania e Inghilterra.....	p. 110
7. La tutela dei principi fondamentali del nostro ordinamento: ordine pubblico internazionale e le norme di applicazione necessaria	p. 127
8. Il richiamo agli ordinamenti plurilegislativi.....	p. 132
9. Matrimonio e filiazione	p. 135

Capitolo quarto

La soluzione della giurisprudenza

1. Approccio di studio.....	p. 146
2. La cittadinanza.....	p. 149
3. Filiazione e poligenia.....	p. 172
4. Matrimoni misti ed educazione della prole.....	p. 234

Conclusioni	p. 263
--------------------------	--------

Bibliografia	p. 268
---------------------------	--------

INTRODUZIONE

E incontrovertibile che oggi l'Italia si trova a dover far fronte in maniera inequivocabile al problema dell'integrazione nel proprio sistema sociale e normativo di consuetudini e istituti palesemente in conflitto con la tradizione giuridica locale.

Problema questo conosciuto da decenni da altri Paesi europei. L'immigrazione proveniente dalle parti più distanti del mondo oltre a rendere eterogeneo l'ambiente sociale e culturale, comprendendo nuovi modi di vivere e nuove fedi religiose, potrebbe in un futuro prossimo cambiare profondamente il tessuto sociale.

Possiamo allora analizzare un campione esemplare di tutte queste evoluzioni attraverso lo studio della famiglia, espressione sintetica della realtà sociale.

Crediamo quindi che sia di rilevante interesse lo studio della costituzione di rapporti di filiazione in cui almeno un genitore sia di fede, e di conseguenza di cittadinanza, islamica, e i problemi ad essa connessi, in Italia.

La nostra ricerca affronterà la realtà storica, quella normativa ed infine quella giurisprudenziale, sede nella quale si evincono i contrasti e le soluzioni proposte dall'ordinamento italiano.

La troppo recente esperienza italiana ci ha portato a vedere, ed in seguito ad analizzare e confrontare, come abbiamo affrontato il problema dell'immigrazione islamica i Paesi europei tradizionalmente più esposti a questo fenomeno.

Partiti da una analisi di tipo statistico sulla presenza musulmana nel nostro Paese e sulla tendenza di questa e delle mutazioni intercorse nella presenza straniera in Italia, abbiamo studiato il sistema della filiazione ai tempi di Maometto, e successivamente,

osservato la legislazione odierna nei Paesi dell'area islamica. Per opportunità di studio ci siamo addentrati solo nelle normative dei Paesi con cui la giurisprudenza italiana è venuta più spesso a scontrarsi, in concreto i Paesi dell'area maghrebina e di parte della penisola mediorientale.

Studio che ha trovato ostacoli concreti in ordine al reperimento del materiale normativo, ed alle difficoltà emerse nella traduzione di testi normativi arabi tradotti in altre lingue, che, per quanto siano stati precisi i commentatori stranieri, rimangono pur sempre di difficile comprensione per quanto riguarda la traduzione legale, specie tra legislazioni di ordinamenti non appartenenti alla stessa area di influenza giuridica.

Si è voluto in seguito verificare, almeno a livello teorico normativo, i punti di attrito tra il nostro ordinamento e quello degli altri Paesi europei, tenendo conto delle soluzioni proposte da questi ultimi, considerando primo fra tutti lo Stato francese, il maggiormente coinvolto dalla questione dell'immigrazione islamica all'interno del suo territorio.

Compiuto un minimo accenno alla disciplina delle norme preliminari al Codice Civile del 1942, *corpus* normativo essenziale per la soluzione di diverse delle sentenze che commenteremo successivamente, si è dedicata maggiore attenzione alla riforma del sistema di diritto internazionale privato, entrata in vigore con la legge del 31 maggio 1995, n. 218, per addivenire ad individuare come i giudici, tenendo conto delle modifiche introdotte dalla legge di riforma, abbiano dato soluzione alle controversie sorte in tre diversi ambiti: la filiazione, l'educazione e la cittadinanza.

Ulteriore analisi andrà svolta sullo *status* dei figli di coppie, di cui almeno un genitore intrattenga un rapporto poligamico, situazione pacificamente ammessa in gran parte dei Paesi musulmani, risolte, oltre che alla luce della giurisprudenza italiana in materia,

anche tenendo conto delle direttive ministeriali al riguardo.

Al di là delle mere pronunce, la difficoltà maggiore è stata riscontrata nell'affrontare gli aspetti procedurali, le questioni non risolte, gli immancabili richiami normativi, nonché la validità dei risultati, specie quando confrontati con quelli cui sono giunti i giudici degli altri Paesi europei.

Paesi studiati, oltre che nella loro giurisprudenza, anche nelle linee di fondo della loro esperienza di Stati accoglienti.

La continua evoluzione dell'immigrazione, inizia solo oggi a stabilire i primi punti fermi, a distanza di quasi vent'anni dal primo arrivo di massa di immigrati di fede islamica.

Aspetto affascinante di questo studio è il provare a vedere come si riesce a convergere in questo gioco ad incastri, il cui unico obiettivo è il soddisfacimento degli interessi di Stato, famiglie e, soprattutto dei minori, vera parte debole del rapporto.

E' opportuno a questo punto fare alcune premesse al nostro studio.

Considerare l'Italia una terra d'immigrazione porterebbe a ribaltare il tradizionale concetto «d'Italia quale Paese di emigranti in cerca di fortuna», viste le oltre sette milioni di partenze nei primi anni del secolo scorso¹.

Infatti, pare proprio che l'incidenza del problema "immigrazione" sia sempre più forte: oggi gli stranieri in Italia secondo le statistiche ufficiali sono oltre 1.990.159 unità².

Rispetto alla stessa data dell'anno precedente gli iscritti in anagrafe sono aumentati di 440.786 unità (+28,4%): da notare

¹ B. BEZZA, *Gli italiani fuori di Italia: gli emigrati italiani nei movimenti operai dei paesi d'adozione 1880-1940*, Milano, Franco Angeli editore, 1983.

² Dati ISTAT, <http://censimenti.istat.it>.

come tale incremento sia superiore a quello di 214.484 unità (+16,1%) registrato negli oltre 14 mesi intercorsi fra il Censimento del 21 ottobre 2001 e il 1° gennaio 2003³.

Tuttavia appare un dato sottostimato: lo sfasamento temporale fra l'ottenimento del permesso di soggiorno e l'iscrizione in anagrafe determina una notevole differenza fra la popolazione straniera regolare e quella residente.

Se, infatti, al 1° gennaio 2004 la popolazione straniera regolare viene stimata in oltre 2,6 milioni, secondo i dati della Caritas, tenendo conto anche dei minori, sotto rappresentati nei dati dei permessi di soggiorno, l'ammontare della popolazione straniera residente è pari a quasi due milioni.

Tuttavia nel corso del 2004, questo divario dovrebbe essere stato in gran parte colmato, via via che i regolarizzati sono entrati nel novero della popolazione residente.

Non bisogna, poi, dimenticare un altro fattore determinante: i cittadini stranieri nati in Italia. L'incremento degli stranieri che vivono nel nostro Paese è, infatti, dovuto anche al perdurante aumento dei nati di cittadinanza straniera (figli di genitori entrambi stranieri residenti in Italia), che si traduce in un saldo naturale attivo di 31.132 unità.

Oggi, i cittadini stranieri nati in Italia sono 159.060, ed è evidente che si tratta di stranieri di seconda generazione e non di immigrati; sono concentrati per il 64,8% nel Nord, il 27,7% nel Centro e il 12,5 % nel Meridione. Un quarto di essi si trova in Lombardia: seguono Emilia Romagna, Veneto e Lazio, rispettivamente con 18, 17 e 16 mila residenti. La graduatoria per nazione vede in prima posizione il Marocco, con 30.697 nati, l'Albania, con 19.231, e con meno di 10.000 unità la Tunisia, la Cina e le Filippine⁴.

³ Dati del Ministero dell'Interno, <http://www.interno.it>.

⁴ CARITAS/MIGRANTES, *Dossier statistico Immigrazione 2004*, Roma, Anterem, 2004, p. 43.

E' chiaro che la crescita della popolazione straniera dovuta ai flussi naturali è nettamente inferiore rispetto a quella determinata dai flussi migratori (411.970 unità), ma, in ogni caso è significativa se contrapposta al bilancio naturale negativo dei residenti di cittadinanza italiana.

Altra componente da non sottovalutare è quella delle persone di origine e cultura straniera diventate cittadini italiani: l'ambito multiculturale si amplia così nuovamente, a prescindere dalla mera cittadinanza.

Detto questo, una notazione sembra scontata quanto necessaria: questa importante presenza non è il frutto di un fenomeno statico, ma, anzi, in costante crescita.

Proprio a causa dell'estrema elasticità del fenomeno deriva l'esigenza di uno studio approfondito dei problemi connessi a tale incontro-scontro di culture: l'Italia, infatti, si sta confrontando in modo sempre più pressante con un problema che altri Paesi europei hanno avvertito da tempo, quello dell'integrazione nel proprio sistema sociale e normativo di consuetudini e istituti palesemente in conflitto con la tradizione giuridica locale⁵.

E' chiaro come il problema, poi, si presenti più grave con riguardo ai valori e agli usi di cui sono portatori i cittadini appartenenti a culture lontane da quella romanistica-occidentale: un caso per tutti, quello della cultura islamica.

I musulmani, oggi in Italia, rappresentano circa il 35% della popolazione complessiva di stranieri, oltre 820.000 fedeli, su oltre un milione di musulmani totali, provenienti in gran parte da Marocco, Albania, Senegal, Egitto, Tunisia e in misura minore da altri Paesi dell'area africana e asiatica⁶.

Tra di essi prevale nettamente la comunità sunnita rispetto a quella sciita, diffusa specialmente in Iran (93% di musulmani), in

⁵ S. FERRARI, *Musulmani in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 7 ss.

⁶ CARITAS/MIGRANTES, *Dossier statistico Immigrazione 2004*, cit., p. 215 ss.

Iraq (62%), in Libano (un terzo dei musulmani locali), in Afghanistan (un quarto) e nello Sri Lanka (un quinto)⁷.

La componente nordafricana tra i musulmani non ha più la maggioranza assoluta, arrestandosi al 48%, mentre il 28% proviene dall'est Europa, il 10% dall'Africa Occidentale e un altro 10% dal Subcontinente indiano.

Appare importante ricordare come oggi più di un 1 musulmano su 4 arrivi dall'Est Europa, dove si fa riferimento prevalente al modello islamico turco⁸, notoriamente più laico⁹.

Nonostante tali valori appaiano già di per sé rilevanti, sembra necessario operare un collegamento con quanto accadeva solo quindici anni fa, nel 1991, quando gli stranieri regolarmente presenti in Italia erano appena 656.757 mentre i musulmani godevano di un peso percentuale maggiore, che si assestava intorno al 38% delle presenze totali¹⁰.

	Cristiani	Musulmani	Ebrei	Induisti	Animisti	Buddisti
1991	44,6	38,0	0,6	2,1	1,5	2,5
1999	45,9	36,8	0,3	2,5	1,4	2,5
2000	45,1	37,2	0,3	2,4	1,4	2,5
2001	45,2	36,4	0,3	2,3	1,4	2,6
2002	45,7	36,6	0,3	2,3	1,4	2,5
2003	49,5	33,0	0,3	1,9	1,2	1,9

Storicamente la presenza musulmana si è costituita a partire dagli anni ottanta, durante il quarto flusso migratorio che ha investito l'Europa, quello più fluido e meno regolamentato, costituito da immigrati economici e da rifugiati spinti da un

⁷ CARITAS/MIGRANTES, *Dossier statistico Immigrazione 2004*, cit., p. 216.

⁸ E. OKTEM, *Evoluzione del rapporto fra laicità e Islam in Turchia*, in "Rivista della cooperazione giuridica internazionale", 2004, fasc. 16, p. 100 ss.

⁹ CARITAS, *Allargamento a Est e immigrazione*, Roma, IDOS, 2004, p. 91 ss.

¹⁰ CARITAS/MIGRANTES, *Dossier statistico Immigrazione 1992*, Roma, Anterem, p. 217 ss.

intreccio di motivi politici ed economici¹¹.

Si tratta di flussi che spesso hanno assunto i tratti della clandestinità e che si sono diretti verso Paesi non molto attraenti dal punto di vista economico, ma facilmente accessibili o perché - nella fase iniziale - privi di legislazione, o perché i controlli all'ingresso risultavano facilmente eludibili: sarà così che Italia, Spagna e Grecia diventeranno meta di flussi migratori.

Elemento caratterizzante questo quarto ciclo migratorio, tuttora in corso, non è la reale e vasta esigenza del mercato del lavoro dei suddetti Paesi europei, quanto la difficile situazione economica e politica degli Stati di partenza, che ha trovato più semplice soluzione nella migrazione¹².

I caratteri propri di questo flusso non cambiano negli anni novanta, anzi appaiono rafforzati, con la formazione di nuovi consistenti flussi provenienti dai Paesi dell'Europa balcanica in seguito al crollo dei regimi comunisti. Si tratta, anche in questo caso, di flussi difficilmente controllabili in cui si sovrappongono i motivi economici, sociali e politici o per la presenza di situazioni conflittuali, come accade in Bosnia e in altre zone dell'ex Jugoslavia, o per il collasso delle istituzioni statali e della società, com'è avvenuto in Albania. Situazioni simili spingono all'emigrazione anche da altre aree, in particolare dal Kurdistan turco e iracheno.

Una novità di questi flussi è costituita dalla composizione demografica: i nuclei familiari costituiscono la percentuale più importante, soprattutto in Italia, dove cominciano ad arrivare donne e bambini, accanto a uomini, i primi a partire¹³. Tendenza inversa riguarda, invece, la popolazione immigrata senegalese, che con una presenza di 47.762 unità, si compone quasi

¹¹ F. CASTRO, *L'Islam in Italia: profili giuridici*, in in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 1996, fasc. 1, p. 269 ss.

¹² S. FERRARI, *Musulmani in Italia*, cit., p. 7 ss.

¹³ S. FERRARI, *Musulmani in Italia*, cit., p. 7 ss.

esclusivamente di uomini soli¹⁴.

Detto questo, occorrerà valutare nello specifico le caratteristiche di questa importante presenza.

Come dicevamo, le presenze raggiungono quasi quota 800mila unità:

PAESI	SOGGIORNANTI	% SUL TOTALE
Albania	233.616	10,6
Marocco	227.940	10,4
Tunisia	60.572	2,8
Senegal	47.762	2,2
Egitto	44.798	2,0
Macedonia	33.656	1,5
Pakistan	30.506	1,4
Nigeria	24.986	1,1
Totale	783.397	35,6

Sfugge a questa statistica la componente irregolare dell'immigrazione, fenomeno fortemente presente, come dimostrano le due recenti procedure di sanatoria.

Includendo una stima approssimativa sia degli immigrati attualmente in corso di regolarizzazione provenienti dai Paesi a maggioranza musulmana, sia dei musulmani con cittadinanza italiana, si può quindi arrivare a stimare la presenza di un numero di fedeli molto più alto di quanto rappresentato dai dati statistici ufficiali.

Caratteristica propria di questa folta comunità è la pluralità dei paesi d'origine: diversamente da quanto, infatti, accade in altri paesi europei, caratterizzati da due o tre nazionalità nettamente prevalenti, in Italia i principali paesi di provenienza sono almeno nove, a cui occorre aggiungere una molteplicità di gruppi di

¹⁴ COMMISSIONE PER LE POLITICHE DI INTEGRAZIONE DEGLI IMMIGRATI, *Secondo Rapporto sull'integrazione degli immigrati in Italia*, online in http://www.cestim.it/integra2/integra2_index.htm.

minore consistenza¹⁵.

L'Albania è, a tutt'oggi, il paese da cui proviene la componente islamica più numerosa, con circa 233.616 presenze regolari, che rappresentano il 10,6% della popolazione immigrata e il 23,36% del totale della popolazione musulmana¹⁶.

Segue poi il Marocco con una presenza di 227.940 unità, rappresentante il 10,4% della popolazione immigrata totale e il 22,79% di quella musulmana¹⁷.

Particolarità di queste due nazionalità sta nel fatto che sono tra quelle maggiormente cresciute negli ultimi anni, sia in termini assoluti che in quelli percentuali: la crescita è stata del 432,65% per gli albanesi e del 309,25% per i marocchini in soli cinque anni¹⁸.

E' evidente come questi due gruppi nazionali presentino un alto tasso d'irregolarità interna, che emerge in occasione delle procedure di regolarizzazione, in seguito alle quali si ha un aumento considerevole del loro valore.

Circa la composizione demografica per sesso, la popolazione musulmana presenta ancora un irrilevante tasso di presenze femminili. Le donne superano di poco il 20% tra gli immigrati originari dei paesi del Nord Africa e raggiungono circa il 36% tra gli albanesi, che così si attestano tra le comunità con il livello percentuale più basso di donne¹⁹.

Tuttavia il fenomeno è destinato a mutare con il passare degli anni e la sempre maggiore presentazione di domande per il ricongiungimento familiare, che ad oggi rappresenta il 13,7% dei visti rilasciati. In particolare per gli immigrati africani il valore risulta assai più alto della media degli altri Paesi (18,1% vs.

¹⁵ OIM, *Gli albanesi in Italia*, Milano, Franco Angeli, 2004.

¹⁶ Elaborazione propria su dati Istat.

¹⁷ Elaborazione propria su dati Caritas.

¹⁸ Elaborazione propria su dati Istat.

¹⁹ Elaborazione propria su dati Istat.

7,5%)²⁰.

In netta controtendenza il dato concernente le domande di entrata per motivi di lavoro, che si attesta attorno al 3,8% contro il 10% del valore medio globale, valore che indica un orientamento inverso rispetto a quanto accadeva solo pochi anni fa, quando gli africani erano giovani uomini soli venuti per lavorare e i ricongiungimenti erano relativamente esigui, almeno rispetto a quelli richiesti da altri gruppi continentali e nazionali²¹.

E le restanti componenti della grande comunità islamica?

In effetti, se gran parte dell'immigrazione islamica trova radice nel continente nero, ben il 28% dei fedeli è europeo: i serbo-montenegrini entrati sono stati più di 51.000 (quasi due quinti sono stati i permessi rilasciati per turismo e oltre un terzo per transito), gli albanesi più di 40.000 (oltre un quarto di permessi rilasciati per ricongiungimento familiare), i turchi quasi 34.000 (di cui poco meno della metà per turismo e oltre un mezzo per affari)²².

Le popolazioni di origine musulmana provenienti da Marocco, Tunisia e Albania sembrano essere le più interessate al radicamento in Italia, fatto confermato dall'aumento numerico di minori appartenenti a tali nazionalità e al loro crescente inserimento nel sistema scolastico italiano²³.

Le analisi sociologiche compiute sulla permanenza degli stranieri in Italia confermano come, tra i residenti di lunga data, si collochino gli immigrati africani, con una quota di soggetti residenti da almeno cinque anni del 64,6%²⁴.

Tra i grandi gruppi nazionali del Nord Africa solo quello marocchino resta di alcuni punti sotto.

²⁰ CARITAS/MIGRANTES, *Dossier statistico Immigrazione 2004*, cit., p. 94 ss.

²¹ CARITAS/MIGRANTES, *Dossier statistico Immigrazione 2004*, cit., p. 94 ss.

²² CARITAS/MIGRANTES, *Dossier statistico Immigrazione 2004*, cit., p. 94 ss.

²³ S. FERRARI, *Musulmani in Italia*, cit., p. 7 ss.

²⁴ CARITAS/MIGRANTES, *Dossier statistico Immigrazione 2004*, cit., p. 84.

Va, tra l'altro, sottolineato che i gruppi nordafricani, se si fa eccezione per l'Algeria, sono concentrati nella fascia di quanti si sono stabiliti in Italia da più di dieci anni: non a caso sono considerato gruppi storici nel panorama migratorio italiano²⁵.

Analoghe considerazioni si possono fare anche per alcune delle altri componenti della grande famiglia islamica, quali ad esempio alcuni paesi dell'area afro-occidentale, in particolare Ghana, Nigeria e Senegal, di cui i soggiornanti di lunga durata sono addirittura l'87%, fenomeno tutto sommato comprensibile se si considera come le lavoratrici domestiche di questi paesi cominciarono ad arrivare in Italia con gli inizi degli anni '70²⁶.

Essenziale, volendo compiere un indagine statistica che si presenti come introduttiva rispetto ad una analisi sulla situazione dell'ordinamento giuridico italiano, e in particolare delle norme di diritto di famiglia, è valutare l'effettiva consistenza dello stato civile degli immigrati.

I dati più aggiornati affermano come il numero dei matrimoni, in cui almeno uno degli sposi sia straniero, sia cresciuto ad un ritmo sostenuto negli ultimi anni, seppure in modo non uniforme nel tempo.

La percentuale di matrimoni di stranieri sul totale dei matrimoni avvenuti è quasi raddoppiata dal 1989 al 1995 (dal 2,2% al 4,3%), con incrementi particolarmente sostenuti tra il 1994 e il 1995²⁷.

La crescita più importante ha riguardato i matrimoni tra uomini italiani e donne di cittadinanza straniera, che nel corso degli anni hanno acquistato un peso sempre maggiore e, oggi, rappresentano la maggioranza dei matrimoni di stranieri; in questo caso, però, le donne provenienti dall'area musulmana

²⁵ CARITAS/MIGRANTES, *Dossier statistico Immigrazione 2004*, cit., p. 84.

²⁶ CARITAS/MIGRANTES, *Dossier statistico Immigrazione 2004*, cit., p. 84 ss.

²⁷ COMMISSIONE PER LE POLITICHE DI INTEGRAZIONE DEGLI IMMIGRATI, *op. cit.*

risultano in netta minoranza rispetto al grande numero di straniere coniugate con un italiano: solo il 7,9%²⁸.

Molto meno diffusi sono i matrimoni di un'italiana con uno straniero, che sono gradualmente diminuiti: in questo caso però il 36,8% degli sposi proviene dal Nord Africa, in particolare dal Marocco²⁹.

La quota più bassa è relativa ai matrimoni di due stranieri, che rappresentano il 13,5% del totale: in questo caso la grande maggioranza dei matrimoni viene celebrata tra stranieri della stessa nazionalità.

La percentuale più alta di questi matrimoni si ritrova nel Centro-Nord del Paese, mentre le regioni meridionali presentano tutti valori inferiori alla media. A differenza dei matrimoni italiani, i matrimoni civili in questo caso sono la maggioranza, tra l'altro in crescita costante³⁰.

Per quanto riguarda il numero di nati da almeno un genitore straniero, il valore è cresciuto negli ultimi anni più del numero di matrimoni di stranieri: oltre 33.000 le nascite quest'anno, anche in questo caso più frequenti al Centro-Nord rispetto al Sud.

La maggioranza dei nati, a differenza dei matrimoni, proviene da coppie di ambedue i genitori stranieri, seguite da quelle in cui lei è straniera e lui italiano³¹.

Per quanto riguarda la presenza di minori, ricordata la precisazione compiuta dalla Caritas, il valore, nelle statistiche ufficiali, è di 282.224 unità.

L'incidenza media nazionale dei minori stranieri residenti sul totale degli stranieri residenti è pari al 21,3%; valori superiori si riscontrano, però, per i minori provenienti dall'Africa (25,4%) e dall'Asia (19,5%).

²⁸ LETTERE AFRICANE, <http://www.inafrica.it>.

²⁹ LETTERE AFRICANE, *op. cit.*

³⁰ LETTERE AFRICANE, *op. cit.*

³¹ CARITAS/MIGRANTES, *Dossier statistico Immigrazione 2004*, cit., p. 75 ss.

Valutando i valori dei singoli stati di provenienza gli elementi di disomogeneità sono notevoli: i nordafricani hanno una percentuale di minori del 28%, il più alto tra quelli esaminati, che supera, tra l'altro, di otto punti il dato medio degli stranieri dell'Africa occidentale e di 10 punti quello dell'Africa orientale³².

Il rapporto più elevato tra minori e la totalità dei residenti, per gli immigrati di fede musulmana, si trova in Molise (32%), seguito da Valle d'Aosta, Trentino e Emilia Romagna (30%); quello minore in Puglia (21%)³³.

Strettamente legato alla questione della presenza di minori stranieri in Italia è il fenomeno della scolarizzazione di questi.

Nell'anno scolastico 2003/2004 gli alunni immigrati sono diventati 282.683 con un aumento record, rispetto l'anno precedente, di oltre 50.000 unità³⁴.

Di questi oltre 100.000 sono musulmani, con conseguenti rilevanti problemi di gestione delle classi e di programmazione didattica, oltre che di rivendicazione culturale; problemi che, astrattamente, si possono prospettare anche per i lavoratori di fede islamica.

E' chiaro come, seppur non esaustivo, il quadro che esce da questo insieme di dati confermi le caratteristiche del quarto ciclo migratorio in cui l'Italia è coinvolta: alto tasso d'irregolarità, che emerge in concomitanza con le iniziative legislative di regolarizzazione; influsso rilevante della nuova immigrazione proveniente dai paesi destrutturati o lacerati da conflitti³⁵: prova evidente ne è proprio l'Albania, che è passata dalle 2.000 presenze nel 1991 alle 233.616 del 2004³⁶.

Inoltre i comportamenti sono ancora differenziati rispetto

³² CARITAS/MIGRANTES, *Dossier statistico Immigrazione 2004*, cit., p. 159 ss.

³³ CARITAS/MIGRANTES, *Dossier statistico Immigrazione 2004*, cit., p. 159 ss.

³⁴ Dati del Ministero dell'Istruzione, <http://www.istruzione.it>.

³⁵ S. FERRARI, *Musulmani in Italia*, cit., p. 7 ss.

³⁶ OIM, *op. cit.*

all'esperienza migratoria: crescono i ricongiungimenti familiari per alcune nazionalità, mentre per altre prevale ancora la tendenza a considerare l'immigrazione un'esperienza non definitiva³⁷.

Le differenti provenienze nazionali, anche solo sotto il profilo demografico, definiscono, dunque, in modo molteplice le strategie della popolazione d'appartenenza musulmana presente in Italia. Esse veicolano poi una grande complessità anche per quel che riguarda la tipologia di Islam professato e vissuto: se è, infatti, vero che la fede professata può costituire un innegabile elemento aggregante, non così nell'Islam, dove, di fatto, lungi dall'aver espressioni omogenee, risulta profondamente filtrata dalle diverse culture etniche e nazionali³⁸.

Proprio questa estrema frammentazione comporta inevitabili problemi soprattutto nella gestione della componente immigrata.

Spicca, tra le questioni di maggiore interesse, soprattutto quella del rapporto tra il nostro ordinamento giuridico e quello dei paesi di provenienza; e ancora oggi, come in passato, il settore maggiormente coinvolto è quello del diritto di famiglia: matrimoni misti, ripudio, poligamia, sono ormai termini entrati nel nostro uso quotidiano. Ebbene, *quid iuris?* E quale diritto per i figli, punto di incontro di due mondi?

Il senso della nostra ricerca sarà proprio questo: valutare il dato di partenza, la Shari'a, e compararla con il nostro ordinamento, con il chiaro obiettivo di trovare una soluzione accettabile per entrambi i fronti, sulla stregua di quanto compiuto dalla giurisprudenza italiana, analizzando anche la soluzione fornita dai giudici di altri Paesi europei.

³⁷ CARITAS/MIGRANTES, *Dossier statistico Immigrazione 2004*, cit., p. 160.

³⁸ S. FERRARI, *Musulmani in Italia*, cit., p. 7 ss.

CAPITOLO PRIMO

IL DIRITTO ISLAMICO

1. Lo statuto personale e la filiazione

Punto di partenza della nostra analisi, la *Shari'a*¹ costituisce la chiave di volta per comprendere gli innumerevoli problemi moderni legati all'immigrazione islamica: il diritto della famiglia affonda le proprie radici nel diritto sacro dell'Islam, la *Shari'a* appunto, tuttora vigente nella riformulazione compiuta nei codici e nelle leggi approvate dai diversi stati arabi durante l'ultimo secolo².

Prima, però, di iniziare la nostra indagine, sarà necessario compiere una precisazione di natura terminologica: in questo ambito l'espressione diritto di famiglia costituisce un "errore storico"³. Non la si trova nei testi giuridici classici, né nelle legislazioni contemporanee, che abbandonano la moderna formula favore della dizione "statuto personale"⁴, termine comprendente il diritto matrimoniale, il diritto di famiglia e il diritto successorio e costituente una branca, un *corpus* separato, rispetto ai codici e alle leggi che disciplinano la restante materia

¹ Nel vocabolario arabo, il termine *Shari'a* può assumere varie accezioni. Genericamente tradotta con «via diritta rivelata da Dio», il significato muta a seconda del contesto nel quale viene utilizzato, potendo assumere tre sensi: legge religiosa rivelata alle comunità del Libro e ai musulmani, via rivelata ai soli musulmani e, infine, legge religiosa rivelata ai musulmani per regolare il solo foro esterno (ipotesi in cui viene a coincidere con *fiqh*). Si veda F. CASTRO, *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, in "Enciclopedia Giuridica", Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana Treccani, XI, Roma, 1989, p.1.

² R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, Torino, Edizioni Fondazione G. Agnelli, 1997, p. 1.

³ M. D'ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in "Diritto di Famiglia e delle Persone", 2004, fasc. 1, pt. II, p. 189 ss.

⁴ Sul concetto di "statuto personale" si veda in A. CILARDO, *La comunità islamica*, in W. ENDE – DE DTEINBACH (cur.), *L'Islam oggi*, Bologna, Edb, 993, p. 24.

civile⁵.

Sarà per questo che, in linea con la tradizione islamica, utilizzeremo, al posto dell'occidentale "diritto di famiglia", la dizione "statuto personale", forse meno pratica ma sicuramente più corretta.

Detto questo è facile comprendere, anche per i meno avvezzi alla sistematica islamica, come tale separazione trovi la sua naturale giustificazione nell'origine sciaraitica delle norme che regolano gli istituti compresi nello statuto personale⁶.

A tutt'oggi la legge statale non è altro che la elaborazione compiuta dai vari legislatori nazionali del vasto complesso normativo derivante dalla Legge religiosa islamica: una «elaborazione compiuta attraverso una selezione di tutte quelle norme considerate vicine all'interesse generale dei musulmani appartenenti allo stesso Stato, scelta compiuta attraverso il metodo della combinazione del diritto delle diverse scuole giuridiche e dei vari giuristi»⁷.

La radice comune spiega, così, sia la somiglianza delle soluzioni nazionali ai più diversi problemi giuridici, sia la forte differenza su alcuni punti, riflesso delle diverse interpretazioni promosse dalle varie scuole giuridiche che caratterizzano il diritto islamico.

Compiuta, a questo punto, questa necessaria premessa, sarà ora possibile quanto opportuno illustrare la dottrina classica della filiazione, tenendo comunque conto delle possibili differenze intercorrenti tra le varie scuole, componente ineliminabile della materia.

⁵ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., pp. 1-2.

⁶ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 1.

⁷ M. D'ARIENZO, *op. cit.*, p. 190.

La famiglia, nell'Islam, è il solo gruppo basato sulla consanguineità riconosciuto⁸.

Al vincolo di sangue, vero o fittizio, fondamento della comunità araba preislamica, infatti, il profeta Maometto sostituì, sin dai primi anni medinesi, il vincolo della fede comune nell'Islam, dando così vita alla *Umma*, la comunità dei fedeli, considerata la più alta tra le comunità esistenti⁹.

Di fatto, la famiglia come disegnata dal diritto islamico classico costituisce uno dei più grandi risultati ottenuti dal Profeta a livello normativo: la costruzione dogmatica dell'istituto della famiglia compie un netto salto rispetto alla tradizione preislamica, che vedeva vivere, nella più remota antichità una famiglia di stampo matriarcale¹⁰, cui seguì più recentemente un gruppo familiare fondato sulla trasmissione della stirpe in linea agnaticia e sulla netta prevalenza maschile all'interno del gruppo¹¹.

La filiazione (*nasab*) è uno di quegli ambiti in cui la tradizione coranica è più ferrea, dettando il diritto musulmano principi assai rigidi.

Innanzitutto il rapporto giuridico che unisce genitori e figlio si fonda sulla generazione biologica, vietando il diritto musulmano, alla stregua di quanto affermato da due versetti coranici, l'istituto della adozione (*tabannī*)¹².

⁸ J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Torino, Edizione Fondazione G. Agnelli, 1995, p. 167.

⁹ F. CASTRO, *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, cit., p. 3.

¹⁰ Numerose sono le fonti di epoca arcaica che tramandano l'immagine di una famiglia fondata su di un rapporto matrimoniale poliandrico/monoginico. Sul punto, si veda G. DUCATI, *Sintesi del diritto musulmano*, Bologna, Giuffrè, 1926, p. 152.

¹¹ T. MARAINI, *Aspetti storici ed attuali del mondo islamico*, <http://www.donnemondo.com/agendalibro1999.htm>.

¹² Così come è vietato, considerandosi *haram*, il disconoscimento della paternità nei confronti del proprio figlio, così il diritto islamico nega la possibilità della adozione, considerata una falsificazione dell'ordine naturale voluto da Allah.

La presenza di un netto divieto di adozione, non ha comunque fatto sì che situazione dei minori abbandonati non venisse risolta. Ben presto l'elaborazione dei *fuqahā'*, ha portato alla creazione di strumenti tali da colmare il vuoto di tutela: la *kafāla* e il *tanzīl*, rispettivamente l'assunzione di impegno a provvedere nei confronti di un trovatello, e l'atto di ultima volontà

L'attribuzione dello *status* di genitore avviene, però, in modo diverso per madre e padre: se, infatti, la generazione biologica è necessaria e sufficiente a stabilire il rapporto tra la madre e il figlio, che le viene attribuito per il semplice fatto del parto, non così per il padre, per il quale la generazione biologica non basta: occorre, infatti, che il figlio sia stato concepito in un rapporto lecito, non esistendo la differenza riscontrata altrove tra figlio legittimo e figlio naturale¹³. Nel diritto islamico o si è figli o non lo si è.

Nello stabilire la filiazione paterna il problema principale era, ed è, quello di stabilire un criterio oggettivo che sia probatorio del rapporto di discendenza del figlio dal padre: in questo caso, il monopolio delle relazioni sessuali all'interno del matrimonio consente di individuare nella presunzione di paternità del marito un facile criterio a cui appigliarsi, situazione che i giuristi musulmani esprimono con il brocardo «il bambino appartiene al letto» (*al-walad lil-firash*)¹⁴.

Il fatto di nascere nell'ambito di un rapporto sessuale illecito¹⁵ comporta numerosi problemi al figlio illegittimo:

, capace di equiparare la posizione di un trovatello a quella di un erede, senza però far entrare il primo nella famiglia del benefattore. Sul punto si veda R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 7 e HASHMI HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT SOCIETY, *The Rights of Parents and Children in Islam*, http://www.hashmitrust.com/html/familtright_in_islam.htm.

¹³ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 7.

¹⁴ G. CAPUTO, *Introduzione al diritto islamico*, Torino, Giappichelli Editore, 1990, p. 119 ss.

¹⁵ L'illegittimità del figlio, oltre ad avere un inevitabile valore sociologico, esplica i suoi effetti anche a livello penale. La *zinā* è la consumazione di un atto sessuale tra musulmani puberi e sani di mente, che non abbiano diritto ad avere rapporti casuali tra di loro. Inizialmente punita con la lapidazione, pena tratta dal giudaismo, la situazione cambiò nell'anno IV, dopo un episodio che vide coinvolta la moglie prediletta del Profeta, Ai'sha. La leggenda vuole che il Profeta fosse spesso accompagnato dalla moglie nelle sue spedizioni militari: durante una di queste, una sera, alla levata della carovana la donna rimase indietro nel luogo dell'accampamento, venendo ritrovata da Maometto e i suoi fedeli solo l'indomani mattina e in compagnia di un giovane. Numerose furono, a questo punto, le rivelazioni successive, tra cui quella che diede luogo alla Sura XXIV, 1-5, che vollero i rapporti sessuali illeciti puniti con la fustigazione, pena che non sostituì, però, mai del tutto la iniziale

coperto da una sorta di marchio d'infamia per non avere un padre, il figlio è altresì escluso dalla rete familiare agnaticia, fonte di tutela e protezione¹⁶.

Tornando alla costruzione dogmatica dell'istituto, elemento essenziale per l'operatività di questo criterio è che la nascita sia compatibile con un concepimento avutosi in costanza di matrimonio, mostrandosi irrilevante il fatto che il bambino sia nato o meno durante l'unione coniugale.

In ogni caso la presunzione che viene tratta dal fatto che il minore sia nato durante il matrimonio, o immediatamente subito dopo il suo scioglimento, è una presunzione *iuris tantum* e non *iuris et de iure*, con la conseguenza che è considerata sempre ammissibile la prova contraria¹⁷.

Un esempio classico, in tal senso, viene individuato nel caso in cui, ad esempio, pur se il bambino è nato in costanza di matrimonio, risulta essere stato concepito in un momento tale da escludere la possibilità di un rapporto tra gli sposi, con conseguente accusa d'adulterio nei confronti della moglie.

Proprio l'accusa d'adulterio è la sola tecnica riconosciuta nel diritto islamico per attuare un disconoscimento di paternità. Sappiamo come la *Shari'a* affermi che un figlio rappresenta la continuazione dell'essenza paterna dopo la morte di questo, una sorta di personificazione della sua immortalità¹⁸.

Chiaramente il divieto di adulterio, strumentale al perpetuare di questo ideale, diventa utile, soprattutto in una società quale quella musulmana dell'epoca, a far sì che lo stabilimento della

lapidazione, considerata tutt'ora in alcuni paesi zinā. Sul punto si veda V. ABAGNARA, *Il diritto penale e la procedura penale nell'Islam*, Salerno, Edisud, 1997, p. 43 ss.

¹⁶ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 7 ss.

¹⁷ G. DUCATI, *op. cit.*, p. 152 ss. Occorre però ricordare, in senso contrario F. CASTRO, *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, cit., p. 11, il quale sostiene come la questione non sia del tutto pacifica, visto la preferenza della tesi della presunzione *iuris et de iure* per la minoritaria scuola hanafita.

¹⁸ HASHMI HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT SOCIETY, *op. cit.*

filiazione avvenga senza dubbi o ambiguità.

In linea generale al padre non è permesso negare la paternità di un figlio che sa essere suo: il marchio d'infamia che comporta il disconoscimento è la peggior macchia che possa cadere sull'onore della madre, come del figlio¹⁹.

Per questo il Corano nega questa possibilità in caso di mero sospetto, una voce diabolica o una conoscenza improvvisa. Solo quando l'uomo sia convinto, per ragioni fondate, che la moglie lo abbia tradito, potrà rivolgersi al *qadi*: la Sacra Legge, che è modellata sulle possibilità umane, non intende forzare nessuno a crescere un figlio che sa non essere suo, così come vuole evitare la sofferenza di un padre per la mancata conoscenza del vero stato filiale.

L'unica via riconosciuta dal diritto islamico per derogare a questo divieto è il giuramento imprecatorio o *lī'an*²⁰. Se, infatti, un uomo è convinto, poiché sussistono forti sospetti, che la moglie lo abbia tradito e che il figlio sia il frutto di tale relazione adulterina, anche in assenza di prova può rivolgersi al giudice islamico, il *qadi*.

Il *qadi* chiederà all'uomo e alla moglie di invocare l'anatema di Allah nei modi previsti dal Corano, sia che siano assistiti dalla testimonianza di qualcuno sia che non lo siano, formula che consisterà nel giurare davanti ad Allah che quanto si afferma è vero per quattro volte, suggellando la prova con una quinta affermazione, una richiesta di maledizione se quanto detto fosse falso. La donna eviterà, a sua volta, il castigo quando giuri per quattro volte che quanto affermato dal marito è falso, invocando l'ira di Allah, una quinta volta, qualora il giuramento fosse falso²¹. Una volta compiuto il giuramento, il matrimonio si

¹⁹ *Punishment for non marital sex in Islam: Sharia law as applied in some Muslim countries*, in <http://www.religioustolerance.org>.

²⁰ J. SCHACHT, *op. cit.*, p. 173.

²¹ Corano, Sura XXIV, 6-9.

riteneva sciolto, mentre il bambino veniva attribuito alla madre, di cui porterà, da questo momento, il cognome²².

Inoltre, così come l'Islam proibisce al padre di negare la paternità di suo figlio, in assenza di una valida ragione, così vieta al figlio di reclamarla nei confronti di colui che sa non essere suo padre biologico. E' proprio Maometto a negare tale possibilità: si racconta, infatti che parlando alla folla il Profeta, dal pulpito, lesse alcune pagine scritte da esso stesso, futura fonte di tanti *hadith*: «chi reclama la paternità di un padre che sa non essere suo, così come lo schiavo che segua un padrone diverso dal suo proprio, sarà sottoposto alla maledizione di Allah, dei suoi angeli e della gente e ad essi sarà negato il giardino il giorno della fine del mondo, così come il perdono di Allah».

Tuttavia, la forte volontà di evitare applicazione della legge socialmente indesiderate ha portato i *fuqahā'* alla creazione di una sorta di dottrina parallela della filiazione: la presenza di alcuni elementi codificati, quali, ad esempio, la conoscenza dello stato interessante, la coabitazione o la chiamata da parte dello stesso marito della levatrice, consentono di stabilire una presunzione di conoscenza dello stato materno, con conseguente impossibilità di un successivo esercizio dell'azione di disconoscimento da parte del marito²³.

Abbiamo visto come la legittimità del concepimento copra anche la situazione del bambino nato dopo la fine del matrimonio. In questo caso, però, alla presunzione di concepimento in costanza di matrimonio se ne affianca un'altra: quella di durata probabile di gravidanza, durata che può variare dai sei mesi dalla consumazione ai due-sette anni a seconda del rito seguito²⁴.

²² Per la disciplina del *lī'ān*, *op. cit.*, R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 6 e J. SCHACHT, *op. cit.*, p. 173.

²³ G. CAPUTO, *op. cit.*, p. 119.

²⁴ I diversi riti seguiti nel diritto islamico fanno capo all'elaborazione dottrinale compiuta in quattro scuole, quella hanafita, quella malikita, la sciafiita e la hanbalita.

In ogni caso, l'assenza di una qualsiasi prova ostativa al concepimento all'interno del rapporto coniugale fa sì che il bambino debba essere considerato figlio legittimo.

Accanto alla filiazione in senso biologico, il diritto musulmano conosce almeno altri due tipi di strumenti idonei ad esplicare i medesimi effetti prodotti dalla filiazione compiutasi all'interno del matrimonio: il riconoscimento e la prova legale.

Occorre ricordare come anche questi debbano, entrambi, realizzarsi nell'ambito di una relazione legittima.

Il primo si realizza nell'atto di riconoscimento, appunto, compiuto dal padrone nei confronti del figlio della schiava con cui abbia intrattenuto rapporti sessuali²⁵.

La necessità di un esplicito atto di riconoscimento si spiega con il fatto che, pur essendo il rapporto di concubinato lecito²⁶, il *nasab* non può stabilirsi per presunzione perché manca il matrimonio.

L'insistenza, tuttavia, con cui i giuristi sottolineano di non far cenno alla illiceità del concepimento nella dichiarazione di

La prima, considerata la più progressista tra le quattro, prende nome dal suo fondatore Abū Hanīfa e si caratterizza per l'ampio utilizzo compiuto del *ra'y*, cioè del ragionamento individuale e dell'analogia, rispetto alla tradizione e agli *hadith*: in tema di filiazione i dottori di questo rito sostengono che la durata massima della gestazione possa arrivare a due anni. La scuola malikita, fondata da Malik ibn Anas, considerato il padre della prima compilazione giuridica islamica, diversamente dalla prima risulta più legata alla tradizione, e in particolare alla Sunna del Profeta. Da questa arrivano le teorie più aberranti in tema di filiazione: la gravidanza, infatti, secondo il rito malikita può arrivare a durare fino a sette anni.

Ancora più tradizionalista, la scuola sciafiita, da nome del fondatore Muhammed al-Shāfi'i, creatore della prima scuola di diritto e forte sostenitore del primato assoluto delle tradizioni risalenti al Profeta Muhammad, rispetto a quelle successive.

In ultimo quella hanbalita, la più intransigente tra le quattro e legata al nome di Ibn Hanbal, difensore rigidissimo del primato della tradizione. Sul punto G. DUCATI, *op. cit.*, p. 152 ss.

²⁵ G. CAPUTO, *op. cit.*, p. 121.

²⁶ Nel diritto classico il rapporto di concubinato tra la schiava e il suo padrone era pacificamente ammesso, costituendo, anzi, un rapporto produttivo di particolari effetti giuridici: la schiava che avesse dato alla luce dei figli concepiti col patrono sarebbe stata oggetto di *manumissio post mortem*, mentre i figli, ad un certo punto della loro vita, avrebbero goduto anch'essi della libertà, donde la più o meno perfetta sottrazione alla disponibilità da parte del padrone o dei suoi eredi; Si veda F. CASTRO, *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, cit., p. 11.

riconoscimento lascia intendere che, al di là delle ipotesi classica, spesso questa formula era impiegata per legittimare figli “naturali”.

Occorre sottolineare come tra gli elementi costitutivi della fattispecie debba indicarsi anche la presenza, almeno virtuale, delle caratteristiche per essere padre legittimo del figlio naturale: la presenza di uno dei caratteristici elementi ostativi alla celebrazione del matrimonio, renderà impossibile il riconoscimento del padre²⁷.

Abbiamo visto, poi, come accanto al riconoscimento, il diritto musulmano classico veda una ulteriore possibilità: quella della prova legale, cioè la testimonianza di due soggetti *adūl*, cioè onorabili.

Affinché questa testimonianza possa essere ritenuta valida deve riunire cinque condizioni: il testimone deve essere dotato di discernimento, deve essere a conoscenza dei fatti, non deve essere parente con la persona a favore del quale depone, né devono sussistere cause di inimicizia contro quella la cui testimonianza va a sfavore, inoltre, come dicevamo, deve essere onorabile²⁸.

Al di fuori di queste ipotesi non v'è alternativa diversa: non esiste, infatti alcuna possibilità di essere riconosciuto quale figlio naturale (riconosciuto).

Questa regola, che vede quale unica possibilità riconosciuta quella della filiazione legittima, è, tra l'altro, così rigida da non consentire neppure di prefigurare l'ipotesi dell'adozione, nel

²⁷ Elementi ostativi alla celebrazione del matrimonio, nel diritto islamico sono la presenza di una parentela di latte/sangue, il preventivo scioglimento del matrimonio, tra le stesse persone intenzionate a sposarsi, per triplice ripudio o per giuramento imprecatorio e, infine, lo stato di malattia mortale.

²⁸ Anche l'onorabilità è strettamente collegata alla presenza di alcune condizioni espressamente codificate dai giuristi musulmani. Il testimone *adūl* deve assistere regolarmente alla preghiera pubblica, deve essere di fedeltà notoria sia negli affari commerciali che nell'esecuzione dei mandati conferitigli, deve essere giusto, non deve aver commesso grandi peccati o crimini, né si deve essere reso responsabile di infrazioni di minore rilevanza.

senso proprio del termine: l'adottante non prende il nome dell'adottato (Sura XXXIII, 4-5) e il rapporto d'adozione non costituisce impedimento al matrimonio (Sura XXXIII, 27)²⁹.

Tutto sommato, però, il peso della tradizione preislamica, in questo caso, ha finito per prevalere: nonostante le rigide prescrizioni coraniche, l'adozione ha continuato ad esplicare i suoi effetti anche nei Paesi arabi.

2. Le fictiones a tutela del nascituro

Abbiamo visto come, nel diritto islamico classico, un bambino possa considerarsi figlio di una unione legittima quando nasca trascorsi almeno sei mesi dalla consumazione del rapporto matrimoniale e comunque non oltre un certo altro periodo, variamente stabilito, dallo scioglimento dello stesso.

Sul punto i giuristi musulmani dimostrano di avere una concezione alquanto singolare, essendo diverso il termine di gestazione a seconda del rito seguito.

Il problema, a dir del vero, non si pone tanto per la durata minima della gestazione, fissata dallo stesso Corano nel combinato disposto di due versetti, il 223 della Sura II e il 15 della Sura XLVI, che appunto stabiliscono come tale termine minimo sia di 180 giorni dalla consumazione dell'atto, e non diversamente, come sostenuto da alcuni, dalla celebrazione del contratto di matrimonio³⁰.

La questione tocca, in realtà, il problema della durata massima della gestazione: la soluzione fornita dai dottori della legge risulta estremamente particolare.

²⁹ G. CAPUTO, *op. cit.*, p. 123.

³⁰ S. MERNISSI, *Quelques aspects du statut personnel marocain*, in A. BASTENIER (cur. [sous la direction de J.Y. CARLIER, M. VERWILGEN]), *Le statut personnel des musulmanes: droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 116 ss. e R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 2.

Fermo, infatti, l'obiettivo di scongiurare soluzioni socialmente poco desiderabili, l'attività interpretativa dei dottori dei quattro riti si muove verso una soluzione volta a contemperare le esigenze dei minori abbandonati, così come della gestione del sistema giudiziario e della tutela della famiglia.

Tra gli obiettivi celati dietro la creazione di questa teoria c'è, infatti, sicuramente quello di ridurre il numero dei bambini abbandonati e lasciati a se stessi, fine, tra l'altro confermato anche dalla lettura delle rivelazioni coraniche in tema di adozione, foriera dei medesimi effetti: pur se vero che l'adozione non esiste, si permette di riconoscere chiunque³¹.

Accanto a tale obiettivo, qualcuno ha sostenuto la volontà di ridurre la portata degli effetti dell'adulterio, considerato reato *hadd*, punito con una pena variabile da cento frustate alla lapidazione³².

Saranno queste le ragioni che porteranno alla creazione della teoria del feto dormiente³³.

Di fatto, secondo questa teoria, si prevede la possibilità che un bambino, concepito in un dato periodo, viva di vita latente nel feto materno anche per diversi anni, praticamente permettendo che la durata di una gravidanza intrauterina vada di molto al di là dei 9-10 mesi previsti dalla scienza, arrivando nei casi più estremi a sostenere la possibilità che una gravidanza gemellare possa risolversi in due parti distanziate nel tempo, anche di diversi anni³⁴.

La stessa posizione dei dottori della legge non è però

³¹ Il trovatello, *laqīt*, può venire dichiarato proprio figlio da chiunque lo voglia e, fino a prova contraria, egli è libero e musulmano, salvo non sia stato raccolto in un quartiere non musulmano. Se nessuno lo reclama, chi lo ha trovato può esercitare su lui una forma limitata di potestà.

³² V. ABAGNARA, *op. cit.*, p. 43 ss.

³³ F. CASTRO, *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, cit., p. 11.

³⁴ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il diritto di famiglia islamico tra modernità e tradizione*, in M. PAPA (cur.), *Questioni attuali di diritto musulmano e dei paesi islamici*, 2002, Bologna, Bonomo, p. 99 ss.

uniforme sul punto, passando il termine dai due anni previsti dal rito hanafita, ai sette, permessi dai dottori della scuola malikita³⁵.

E' chiaro come una soluzione di questo tipo permetta ad un figlio, pur concepito al di fuori di una unione coniugale, di entrare nella linea agnatzia dell'ex marito della moglie, anche quando il matrimonio sia stato sciolto diversi anni addietro, con un conseguente inserimento nella rete della parentela agnatzia di questo, deputata a fornire al singolo individuo sicurezza e protezione.

4. Gli obblighi dei genitori

Ogni figlio, nel diritto islamico, ha diritto ad essere mantenuto, ad essere educato e alla cura dei propri beni, almeno fino a che non sia in grado di badare a sé stesso³⁶.

E' lo stesso Profeta ad affermare come i genitori non possano trascurare i bisogni dei figli, né abusarne: «Ognuno di voi si prenda cura e sia responsabile per coloro che stanno sotto la vostra custodia», «Lo sperpero di quanto dovuto per il mantenimento dei discendenti è un reato sufficiente perchè un uomo non goda della bontà di Allah».

Rientra tra i diritti di ogni figli quello di essere destinatario di un "buon" nome, che non sia causa di imbarazzo successivo: è considerato, quindi, un atto *haram* dare un nome che richiami la schiavitù o l'adorazione di altri che non siano Allah, come, ad esempio, Abd al-Nabi o Abd al-Masih³⁷.

La concezione islamica del mondo legata alla ferma supremazia maschile, si riflette anche a livello di gerarchia familiare.

³⁵ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 7 ss.

³⁶ HASHMI HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT SOCIETY, *op. cit.*

³⁷ HASHMI HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT SOCIETY, *op. cit.*

Il padre ha, nei confronti dei figli, una potestà, la *wilayah*, coincidente alla *patria potestas* occidentale³⁸. Nonostante non si concretizzi in uno *ius vitae et necis*³⁹, tipico dei diritti delle società più arcaiche, è assai più intensa e penetrante di quanto non sia nei diritti occidentali...tant'è che un celebre *hadith* del profeta recita: «Il figlio e ciò che gli appartiene appartengono al padre».

La potestà paterna, però, non assume i caratteri di una *rububya*, cioè del potere di un protettore. Al figlio, infatti, è riconosciuta una autonoma soggettività giuridica nei confronti del padre: sebbene questo non abbia un potere di piena dominazione, ha un potere ancora molto ampio e penetrante⁴⁰.

Oggetto di questo potere sono, sicuramente, quello di dirigerne l'educazione e di ricorrere anche all'uso dei mezzi di correzione; in questo ultimo caso però non sussiste la possibilità di porre in essere vere e proprie sevizie, ma solo violenze leggere, funzionali all'obiettivo educativo perseguito. Significativo di questa situazione di subordinazione dei figli è il *djabr*, cioè il diritto ad esercitare nei confronti dei figli la coazione matrimoniale, almeno fin che questi sia impubere⁴¹, stipulando un

³⁸ D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, I, Roma, Anonima romana editori, 1926.p. 193.

³⁹ Il figlio, secondo il diritto islamico gode di un vero e proprio diritto alla vita. E' lo stesso Corano, Sura XVII, 31, a stabilire che né il padre, né la madre possono togliere la vita ai propri figli: farlo è considerato, infatti, uno dei più grandi crimini, concretandosi una sostituzione degli uomini ad Allah nella creazione dell'ordine dell'universo. Sul punto, ondin, HASHMI HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT SOCIETY, *op. cit.*

⁴⁰ G. CAPUTO, *op. cit.*, p. 123 ss.

⁴¹ In linea di principio applicabile nei confronti di tutti i figli impuberi, di fatto è soprattutto nei confronti delle figlie che questo potere viene esercitato. La donna resta sottoposta a tale potere fino al raggiungimento della pubertà, o, secondo i malikiti, fino alla perdita della verginità. Sono tuttavia soggette al potere di coazione matrimoniale, oltre alla donna impubere, la donna non sana di mente, quella maggiorenne che abbia perso la verginità accidentalmente e quella maritata, il cui matrimonio sia stato sciolto per mancata consumazione. In materia si veda G. CAPUTO, *op. cit.*, p. 123 ss., M. D'ARIENZO, *op. cit.*, p. 197 e I. FICO, *Il matrimonio islamico presso i sunniti e la sua modernizzazione nei paesi arabi*, in L. MUSSELLI (cur.), *La presenza islamica nell'ordinamento giuridico italiano*, in "Quaderni della Scuola di Specializzazione in Diritto Ecclesiastico e Canonico" Napoli, 1996, p. 169 ss.

matrimonio, per suo conto.

Circa i poteri, riconosciuti al padre, di gestione del patrimonio filiale, certo è che questo non ha un potere di dominio diretto, quanto, diversamente, un semplice compito di tutela.

In realtà, assimilare il potere paterno ad una tutela potrebbe essere fuorviante, ma, di fatto, non esiste un istituto *ad hoc* per definirlo diversamente: qui, ad esempio, il padre può vendere liberamente i beni immobili del figlio incapace, a prescindere dall'autorizzazione giudiziale e fermo l'obbligo di rendiconto, capacità che non si riconosce, diversamente, al tutore⁴².

In realtà, il diritto di agire per conto del figlio non è illimitato: essi non possono assumere obbligazioni unilateralmente svantaggiose, come il prestito della proprietà a titolo di *'āriyya*, né concludere transazioni se la controparte non produce le necessarie prove, né rinunciare al diritto di applicare il taglione. Va da sé, come il tutore legale abbia poteri ancora più circoscritti⁴³.

Corrispettivi a questa vasta serie di diritti, sono tutta una serie di doveri di cui il padre musulmano è obbligato: *in primis*, l'obbligo di mantenimento del figlio (*nafaqah*)⁴⁴.

Il padre è tenuto a riservare un eguale trattamento a tutti i figli, a prescindere dal sesso, tuttavia per un tempo diverso a seconda che si tratti di maschi, piuttosto che di femmine: se, infatti, per i maschi l'obbligo del mantenimento dura solo fino al raggiungimento della pubertà⁴⁵, per le figlie tale dovere dura fino alla consumazione del matrimonio. Questo obbligo viene meno nel solo caso in cui venga a verificarsi una condizione di indigenza del padre o se il figlio abbia beni sufficienti per

⁴² C. CAPUTO, *op. cit.*, p. 124.

⁴³ D. SANTILLANA, *op. cit.*, p. 193.

⁴⁴ G. DUCATI, *op. cit.*, p. 154.

⁴⁵ In linea di principio, si ritiene che il maschio abbia raggiunto la pubertà quando sia possibile l'emissione spermatica, mentre la donna la raggiunge con il menarca.

mantenersi⁴⁶. Salvo rare ipotesi, espressamente codificate⁴⁷, tale obbligo non grava mai sulla madre, ancorché benestante.

Conseguentemente, al padre, come alla madre, è proibito, salvo casi particolari, trattare con maggior favore alcuni figli, piuttosto che ad altri, volendo il diritto musulmano evitare, in tal modo, la nascita di gelosie o ostilità tra i fratelli. Anche qui sono diversi gli *hadith* del Profeta: «Fai giustizia tra i tuoi figli e ripetilo tre volte», «Non chiedermi di essere ingiusto. I tuoi figli hanno diritto di ricevere eguale trattamento, come tu hai diritto ad essere onorato da tutti allo stesso modo», o ancora «Abbi paura di Allah e tratta i tuoi figli con uguale giustizia»⁴⁸.

La *Shari'a* prevede un sola possibilità di deroga a questa regola, quando la differenza sia sostenuta da valide ragioni, cioè quando siano portatori di handicap, ciechi, dediti allo studio o ancora quando il figlio abbia dilapidato le ricchezze familiari o si sia macchiato di reati.

Occorre ricordare come, in assenza del padre, il suo posto è preso da un agnato o dal tutore nominato nel testamento (*waṣī*). Qualora manchino sia gli agnati che il tutore testamentario, sarà il giudice a provvedere con la nomina di un rappresentante del minore, il *muqaddam*⁴⁹.

Detto questo, sappiamo come il matrimonio islamico, lungi

⁴⁶ G. CAPUTO, *op. cit.*, p.124.

⁴⁷ Uno delle ipotesi tipiche è quella del figlio illegittimo o la cui paternità sia stata contestata per *li'ān*, caso in cui sarà responsabile la madre, G. DUCATI, *op. cit.*, p. 153 e J. SCHACHT, *op. cit.*, p. 176.

⁴⁸ Si racconta che dietro a questi *hadith* vi sia la storia di Bashir bin Sa'd al-Ansari e di sua moglie. La donna chiese al marito di donare a suo figlio, al-Nu'man bin Bashir, un giardino e uno schiavo. Poi chiese all'uomo di recarsi dal Profeta per avere un parere sulla questione. Arrivato da questo l'uomo disse: "Mia moglie mi ha chiesto di donare ad uno dei nostri figli un giardino e uno schiavo". Maometto rispose: "Ha fratelli?" La risposta dell'uomo fu affermativa. "Hai dato a tutti lo stesso?" chiese il Profeta. "No", fu la risposta dell'uomo. Il profeta, allora, disse: "Non è corretto. Non posso sostenere altro che il giusto." Si veda HASHMI HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT SOCIETY, *op. cit.*

⁴⁹ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 8.

dall'essere una associazione paritaria tra uomo e donna in vista nella gestione della famiglia, risulta essere solo uno strumento per la procreazione, che attribuisce al padre un diritto preminente sui figli, attribuendo alla moglie una posizione meramente sussidiaria, in genere collegata alla funzione fisiologica della donna nei confronti dei figli.

La posizione di inferiorità della donna assunta nella società islamica permane, quindi, anche nell'ambito della famiglia.

Due sono i diritti fondamentali attribuiti alla donna: *in primis* la *hadana*, cioè il diritto di custodia dei figli, e, in secondo luogo, il diritto di allattamento dei figli.

Il diritto di *hadana* consiste in quel diritto che esprime la naturale vocazione della madre a portare in grembo, tenere tra le braccia, proteggere i figli: è il diritto di custodia, di sorveglianza, e cura del figlio⁵⁰. Sul punto occorre sottolineare come, nonostante le caratteristiche dell'*hadana* materna, questa debba essere esercitata in modo da non ostacolare il padre nello svolgimento delle sue funzioni di *walī*, considerate prevalenti⁵¹.

In linea di principio, questo diritto esprime la sua operatività solo nel momento della dissoluzione del matrimonio: prima, infatti, la donna convive col marito e questo diritto si confonde con il diritto-dovere di coabitazione. Tuttavia, la costruzione dottrinale sottolinea l'autonomia di questo istituto; potenzialmente, infatti, al momento del matrimonio potrebbe stipularsi un accordo per cui la donna non debba abitare col marito, ma diversamente continui vivere nella casa paterna: in questo caso la moglie avrebbe il diritto di tenere con sé i figli, anche in caso di opposizione del marito⁵².

⁵⁰ G. H. BOUSQUET, *Le droit musulman*, Paris, Librairie Armand Collin, 1963, pp. 130-131.

⁵¹ G. DUCATI, *op. cit.*, p. 153.

⁵² C. CAPUTO, *op. cit.*, p. 125 e M. L. MERIWETHER, *The rights of children and the responsibilities of women*, in E. WARNOCK FERNEA (cur.), *Childhood in the muslim middle east*, Austin, University of Texas Press, 1995, p. 219 ss.

Caratteristica dell'istituto è la durata dell'esercizio dello stesso: al di là delle inevitabili differenze determinate dalle diverse scuole, questa si differenzia a seconda che sia compiuta nei confronti di figli maschi o femmine. Nel primo caso durerà fino al raggiungimento della pubertà, riconosciuta a sette-nove anni⁵³, in modo diverso, invece, nei confronti delle figlie femmine, sottoposte all'*hadana* materna fino alla consumazione del matrimonio⁵⁴.

Particolarità dell'istituto sta, sicuramente, nella possibile trasmissione del diritto in caso di decesso della madre, rinuncia o decadenza. Proprio in riferimento a tale ultima ipotesi, l'istituto viene qualificato come diritto⁵⁵. La madre perde, infatti, la sua preminenza nei confronti del marito, quando ad esempio, contragga successivamente matrimonio con una persona diversa da un *mahram*, cioè un parente entro i gradi proibiti, del bambino. Altra possibile causa di decadenza, poi, sia ha nella appartenenza della madre ad una religione diversa dall'Islam, sempre che sussista il pericolo di allontanamento dalla religione paterna⁵⁶.

In linea di massima nella devoluzione di questo diritto sono preferite le donne, e tra queste, quelle collegate alla madre da parentela in linea materna; tuttavia, pur necessario, non è sufficiente il titolo preferenziale nell'ordine di successione fissato nella legge, occorrendo, infatti, altri requisiti: la sanità mentale, l'assenza di malattie contagiose, una buona condotta morale, una casa confortevole⁵⁷.

Come dicevamo, il secondo dei due diritti, tradizionalmente riconosciuti come materni, è il diritto di allattamento, considerato però anche un dovere.

⁵³ J. SCHACHT, *op. cit.*, p. 174 ss. e M. L. MERIWETHER, *op. cit.*, p. 219 ss.

⁵⁴ G. DUCATI, *op. cit.*, p. 154.

⁵⁵ C. CAPUTO, *op. cit.*, p. 125.

⁵⁶ G. DUCATI, *op. cit.*, p. 154.

⁵⁷ C. CAPUTO, *op. cit.*, p. 126.

E' proprio il Corano (Sura II, 233) a fissare la durata dell'esercizio del diritto: «Le madri allatteranno i loro figli per due anni completi»⁵⁸.

Qualora la madre fosse impossibilitata ad allattare perché, ad esempio, malata, sarà, comunque, tenuta a garantire l'esercizio del diritto, con la chiamata di una nutrice⁵⁹; in caso diverso, non potrà esigere un corrispettivo dal marito, quota dovutagli in considerazione del risparmio recato al marito, per non aver utilizzato una nutrice⁶⁰.

Se l'*hadana* e l'allattamento sono i diritti fondamentali della madre, essa ha anche una obbligazione sussidiaria relativa al concorso nel mantenimento e nell'educazione dei figli.

Ma, in ogni caso, il principio fondamentale è che il dovere di mantenere ed educare i figli incombe sul padre: la madre non vi è tenuta se non quando il figlio non ha mezzi di fortuna e il padre non è nelle condizioni di poter ottemperarvi⁶¹.

Una volta vista la posizione dei genitori all'interno del rapporto genitore-figli, appare normale chiedersi se a carico dei figli esistano dei obblighi corrispettivi rispetto a quelli che

⁵⁸ A. TEREZONI, *Il Corano*, Firenze, Edizioni Polaris, 1993.

⁵⁹ Sul punto, la dottrina islamica si è rivelata estremamente puntuale: nessun'altra elaborazione dottrinale è arrivata ad una costruzione dogmatica così ricca di particolari. Per il diritto islamico solo il latte materno può stabilire un vincolo di parentela. Schiave, donne provenienti dal basso ceto e donne non musulmane, sono tutte potenziali nutrici. La giurisprudenza dei dottori della legge arriva, addirittura, ad affermare che a tale ruolo possono ambire anche la vergine, la donna appena deceduta o l'adultera. Per quanto riguarda quest'ultima, nonostante la sua colpa, è considerata una madre per il bambino che ha allattato, come per il bambino che ha partorito. Quanto alla vergine, invece, è considerato solo il suo essere donna: se è soggetto di un processo di lattazione, non vi è ragione di rifiutarle lo statuto di madre, se allatta un bambino; anche se il processo di lattazione in senso stretto non è che una conseguenza dell'aver partorito un figlio. Per quanto numerosi giuristi ritengano che il latte, analogamente a un bambino, è frutto di due genitori, essi ammettono che si possa qualificare di «madre» una donna vergine. Addirittura, insistono alcuni di loro, anche una donna in menopausa può essere madre di latte se nutre un bambino al seno. La maternità è dunque strettamente connessa alla femminilità. Non si tratta tanto, quindi, di riferire la maternità alla biologia, quanto di ancorarla alla capacità di partorire. Sul punto M. H. BENKHEIRA, *Parentele di latte*, in <http://www.slowfood.it>.

⁶⁰ C. CAPUTO, *op. cit.*, p. 126.

⁶¹ C. CAPUTO, *op. cit.*, p. 127.

vincolano i genitori, in particolare il padre.

I figli debbono obbedienza assoluta ai genitori, senza distinguere tra la figura paterna, in netta posizione di supremazia all'interno della famiglia islamica, e quella materna, in chiaro stato di sottomissione⁶².

In linea di principio, solo in un caso è permesso ai figli discostarsi tra precetti paterni, quando questi ordini l'esecuzione di un comportamento contrario alla morale. Al di fuori di tale ipotesi, la ribellione ai genitori, *uquq*, viene annoverato tra i sette peccati di maggior rilievo⁶³.

Alcuni comportamenti tipici, poi, pur nel loro carattere accessorio e del tutto secondario, esprimono in maniera significativa l'atteggiamento di riverenza a cui i figli sono tenuti: questi non possono entrare dopo una cetra ora nella camera del padre senza la sua autorizzazione o lasciare il locale pubblico, dove si trova, se entra il padre⁶⁴.

Questa generica obbligazione di rispetto si traduce, in ambito legale, in dovere giuridico vero e proprio, una obbligazione alimentare. Il figlio pubere, e quello impubere se *musir*, cioè benestante, ha il dovere di assicurare il mantenimento, *nafaqah*, ai genitori, quando questi possano provare, attraverso due testimoni, di essere indigenti e inabili al lavoro, la cui misura sarà decisa dal giudice, sulla base di una propria valutazione discrezionale⁶⁵.

L'unica possibilità riconosciuta di sottrarsi a tale dovere è, per il figlio, di provare a sua volta la propria indigenza.

Quid iuris quando i figli siano più di uno, e sia, almeno astrattamente, ipotizzabile un concorso negli alimenti? La soluzione può trarsi dallo statuto successorio dei figli. Vedremo

⁶² L. MILLIOT, – LLIOTRALANC, Introduction à l'étude du droit musulman, Paris, Dalloz, 2001, p. 409 ss.

⁶³ C. CAPUTO, *op. cit.*, p. 127.

⁶⁴ C. CAPUTO, *op. cit.*, p. 128.

⁶⁵ C. CAPUTO, *op. cit.*, p. 129.

come, da un punto di vista successorio, la posizione dei figli dinanzi all'eredità dei genitori non sia uguale: ai figli maschi spetta, infatti, una quota maggiore rispetto a quella riconosciuta alle figlie femmine: i dottori della legge si sono chiesti se la medesima proporzione non debba essere mantenuta anche nella ripartizione dell'obbligazione alimentare⁶⁶.

La soluzione non è univoca in tutte le scuole.

Se per il rito hanafita la soluzione è tutto sommato sfumata, prevedendo che all'obbligazione saranno chiamati tutti i figli in parti eguali, rilevando non tanto l'effettiva qualità di erede presunto, quanto quella di figlio, non così secondo il rito malikita, per il quale, a dir del vero, la questione appare molto discussa, ma in cui prevale la tesi secondo quale il debito debba essere ripartito in maniera diseguale tra i maschi e le femmine⁶⁷.

4. Diritti successori

Analogamente a quanto accade nel diritto occidentale, anche il diritto islamico conosce il diritto successorio *mortis causa*. Alla morte di una persona, dall'insieme dei beni e dei diritti da essa lasciati (*tarikha*) si pagano le spese per il funerale e quindi i debiti. Quel che resta è destinato agli eredi indicati dalla legge, salvo che il *de cuius* abbia compiuto atti di ultima volontà, per l'esecuzione dei quali è disponibile il terzo dell'eredità così determinata; una prima grande differenza tra la cultura musulmana e quella occidentale si può ritrovare nella assoluta ignoranza del concetto di testamento: l'unica causa di delazione ereditaria è la legge⁶⁸.

Per il *fiqh*, la qualità di erede è sempre e solo necessaria, non è ammessa la diseredazione, l'acquisto dell'eredità avviene *ipso*

⁶⁶ C. CAPUTO, *op. cit.*, p. 127.

⁶⁷ C. CAPUTO, *op. cit.*, p. 128.

⁶⁸ F. CASTRO, *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, cit., p. 14.

iure e non è ammessa la rinuncia: cause di successione sono il matrimonio, la parentela e il patronato⁶⁹. E', diversamente, di impedimento alla successione la differenza di fede, così come il fatto di aver provocato volontariamente la morte del *de cuius*.

L'oggetto dell'eredità ha carattere solo patrimoniale ed è solo il residuo attivo del patrimonio del defunto: l'erede non continua la persona del defunto, non risponde dei debiti ereditari, e i due patrimoni restano separati⁷⁰.

E' chiaro, quindi, come gli elementi essenziali (*arkān*) della successione sono tre: 1) una persona cui si succede, il *de cuius*; 2) l'asse ereditario; 3) una o più persone che succedono, gli eredi⁷¹.

Esistono varie categorie di eredi.

I primi, gli *ahl al-fard*, sono gli eredi obbligatori o coranici, ai quali spetta una quota fissa indicata dal Corano stesso. Sono eredi per quota fissa il marito, la moglie, il padre, la madre, il nonno paterno e ogni ascendente maschio collegato al *de cuius* per via esclusivamente maschile, l'ava materna o paterna, la figlia, la figlia del figlio, la sorella germana, la sorella consanguinea, il fratello e la sorella uterina. Si tratta di parenti che il diritto preislamico escludeva completamente o in parte dalla successione, destinata ai soli agnati, cioè ai parenti maschi per via maschile del *de cuius*. Prima dell'avvento dell'Islam, dunque, erano nulli i diritti successori del coniuge e delle parenti femmine o dei parenti maschi per via femminile. D'altra parte, i diritti del padre e degli ascendenti maschi per via maschile erano destinati a cedere di fronte a quelli dei discendenti. Le quote coraniche sono

⁶⁹ Emancipando lo schiavo, lo si chiama ad esistenza, proprio come fa il padre con il figlio.

⁷⁰ Tale costruzione è da collegare ad un *hadith* del Profeta, che dice «Io sono più prossimo ai credenti di loro stessi. Chi lascia i debiti, questi ricadranno su di me (cioè sulla comunità islamica), mentre chi lascia dei beni, questi spettano ai suoi eredi» in A. CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite e delle scuole giuridiche zaydita, zahirita e ibadita*, Roma-Napoli, IPO, 1994, p. 34 ss.

⁷¹ A. CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite e delle scuole giuridiche zaydita, zahirita e ribadita*, cit., p. 35.

la metà, il quarto, l'ottavo, i due terzi, il terzo e il sesto, tuttavia variano sensibilmente in dipendenza della combinazione di titolari di quota fissa che il *de cuius*, morendo, ha lasciato⁷².

Di fatto questi imitano la seconda categoria, detta degli *'asaba*; questi risultano suddivisi ulteriormente in altre tre categorie: la prima costituita quasi esclusivamente da parenti maschi uniti al *de cuius* in linea maschile, gli *'asaba bi-nafsihi*, la seconda costituita da donne elevate al rango di *'āṣib*, in genere da un parente maschio, gli *'asaba bi-gayrihi* e, in ultimo, gli *'asaba ma'a gayrihi*, in genere le sorelle germane o consanguinee che diventano *'asaba* in concorso con le figlie dirette o *ex filio*⁷³.

All'erede *'āṣib* della prima categoria, se solo e se mancano gli eredi coranici o/e altri *'asaba*, può spettare anche tutta l'eredità; diversamente nel caso in cui, in assenza di altri *'asaba*, concorre con gli altri eredi coranici: in questo caso gli spetterà il residuo, detratte le quote fisse coraniche.

La successione tra gli agnati è governata dal principio secondo il quale il maschio riceve due volte la parte della femmina, inoltre il parente più prossimo in grado al *de cuius* esclude il più remoto. Ne consegue, chiaramente, che il figlio esclude il figlio di un altro figlio: in sostanza, non opera il modello della rappresentazione⁷⁴.

Se mancano gli agnati, il diritto hanafita impone che ciò che resta venga diviso proporzionalmente tra gli eredi a quota fissa. Se mancano sia gli uni che gli altri, ovvero se l'unico erede è il coniuge, sono chiamati a succedere gli altri parenti, cioè i parenti

⁷² R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 9.

⁷³ A. CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite e delle scuole giuridiche zaydita, zahirita e ibadita*, cit., p. 42.

⁷⁴ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 9.

uterini⁷⁵. Qualora manchi qualsiasi altro avente diritto, l'eredità va al Tesoro, considerato agnato dal diritto malikita.

E i figli? Di fatto, i discendenti, maschi o femmine che siano, hanno una posizione successoria privilegiata: legittimari con loro sono solo il padre, l'avo paterno, la madre, l'ava e i coniugi⁷⁶.

Occorre ricordare, però, come, sulla base delle sintetiche norme presenti nel Corano⁷⁷, la posizione differisca a seconda dei casi.

Il figlio maschio, infatti, unico erede, ha diritto a tutto l'attivo. Parimenti, se ci sono più figli, essi dividono tra loro l'asse ereditario pro capite in parti uguali⁷⁸.

Diverso è, invece, il caso che vi sia solo una figlia, unica: come anticipavamo prima, in tale ipotesi, questa ha diritto solo alla metà dell'attivo⁷⁹...evidente, anche in questo caso, la posizione nettamente maschilista del diritto islamico.

Se le figlie sono due o più, esse hanno diritto a 2/3 dell'attivo diviso tra loro in parti uguali: maggioritario è il consenso sul fatto che il passo coranico «se le figlie sono più di due» debba essere interpretato come “due o più figlie”⁸⁰.

⁷⁵ Non così per tutte le scuole, però: il rito malikita, ad esempio, non riconosce alcun diritto a questa categoria di eredi. Si veda R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 9.

⁷⁶ A. CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite e delle scuole giuridiche zaydita, zahirita e ibadita*, cit., p. 43.

⁷⁷ In particolare in Corano, Sura, IV, 11.

⁷⁸ A. CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite e delle scuole giuridiche zaydita, zahirita e ibadita*, cit., p. 165.

⁷⁹ A. CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite e delle scuole giuridiche zaydita, zahirita e ibadita*, cit., p. 165. Occorre, tuttavia, sottolineare come la questione non sia però pacifica. Zayditi, hanbaliti, hanafiti e ibaditi attribuiscono la restante metà a titolo di accrescimento proporzionale; mālikiti, sciafiti e zāhiriti attribuiscono la restante quota al *bayt al-māl*.

⁸⁰ Pur maggioritario il consenso sulla portata del verso, vivace è ancora il dibattito su aspetti secondari della questione. Gli zāhiriti, ad esempio, pur ammettendo la norma accettata dalle restanti scuole, rigettano la loro argomentazione basata sulla analogia con Corano, IV, 176. Secondo la dottrina contraria, attribuita a Ibn ‘Abbās, a due figlie spetta 1/2, in quanto il Corano deve essere interpretato alla lettera.

Se, poi, sono in concorso discendenti maschi e femmine, non si attribuisce più alle figlie la loro quota fissa, ma l'attivo si divide attribuendo al maschio la parte di due femmine⁸¹.

Abbiamo visto come il figlio naturale sia sostanzialmente ignorato nell'ambito del diritto musulmano: tale posizione si riflette anche in tema di successione.

Un caso particolare è, ad esempio, quello del *walad al-mulā'ana*⁸², cioè del figlio apparentemente concepito durante il matrimonio della madre, ma in realtà oggetto di disconoscimento da parte del presunto padre, compiuta mediante giuramento imprecatorio. Abbiamo visto come la procedura di scioglimento del matrimonio mediante giuramento imprecatorio (*li'ān*), comporti notevoli conseguenze sul piano dei rapporti tra l'uomo, la donna e la prole disconosciuta.

Sappiamo, infatti, come con questo giuramento il marito respinge la paternità di quel figlio generato dalla moglie e impedisce così che egli ne venga considerato il padre sulla base della massima profetica «il figlio appartiene al letto e l'adultero sia sottoposto alla lapidazione».

Il figlio della donna ripudiata mediante *li'ān* non è quindi attribuito al padre: non c'è alcuna parentela tra i due e, quindi, neppure alcun rapporto di successione, né tra lui e il marito della madre, né tra la prole e i parenti del padre putativo.

Un'unica eccezione a questa regola si ha quando il marito, affetto da malattia mortale, calunniando la moglie, la ripudi con *li'ān*, e poi muoia. In questo caso, la moglie eredita dal marito fintanto che sta nel periodo di ritiro legale, perché lo scioglimento del matrimonio è a lui imputabile: il figlio, come da

⁸¹ A. CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite e delle scuole giuridiche zaydita, zahirita e ibadita*, cit., p. 166.

⁸² A. CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite e delle scuole giuridiche zaydita, zahirita e ibadita*, cit., p. 507.

prassi, erediterà, poi, dalla madre⁸³.

In ogni caso di *li'ān*⁸⁴, dunque, il figlio è attribuito alla madre: essendo l'unica parentela certa, gli unici rapporti giuridici che si possono instaurare sono quelli tra il figlio rinnegato, la madre e i parenti di questa, tuttavia tra le scuole esistono numerose divergenze, soprattutto in merito alla determinazione dei singoli diritti acquisibili per *successio mortis causa*⁸⁵.

Assimilabile alla posizione del *walad al-mulā'ana* è quella del *walad al-zinā*, cioè del figlio illegittimo, in quanto adulterino⁸⁶.

Il figlio adulterino non è attribuito al padre, così come non lo è il figlio nato dopo meno di sei mesi dalla consumazione del rapporto coniugale o dal contratto di matrimonio, anche se non c'è stata consumazione⁸⁷.

Negandosi il rapporto di filiazione tra l'adultero e il figlio nato dalla relazione extraconiugale, è esclusa qualsiasi successione tra di loro, sia libera o schiava la donna con cui l'uomo ha fornicato; gli unici rapporti che si prendono in

⁸³ A. CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite e delle scuole giuridiche zaydita, zahirita e ibadita*, cit., p. 508.

⁸⁴ Tre sono le conseguenze che derivano da un atto di *li'ān*: in primis, come visto che il figlio della donna ripudiata mediante *li'ān* non viene attribuito al padre, con tutte le conseguenze che ne derivano in ambito successorio, che i coniugi vengono considerati separati irrevocabilmente e non potranno più avere rapporti sessuali leciti e, in ultimo, che il marito che ha proferito il *li'ān* non potrà succedere alla moglie ripudiata, né lei potrà succedere al marito.

⁸⁵ A. CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite e delle scuole giuridiche zaydita, zahirita e ibadita*, cit., p. 508.

⁸⁶ Secondo l'ortodossia più classica, lo statuto dell'uno e dell'altro sono estremamente affini. La sola differenza sta nel fatto che la rottura del rapporto di filiazione, per il primo, può essere riparata quando il padre torni sul suo disconoscimento, diversamente da quanto accade nel secondo caso considerato definitivo. Secondo la gran parte degli autori, quando la fornicazione della madre sia provata, è assolutamente interdetta la possibilità di avere un padre legale, diverso da quello biologico. Sul punto R. BRUNSCHVIG, *De la filiation maternelle en droit musulman*, in "Studia Islamica", 1958, p. 49 ss.

⁸⁷ Un caso particolare di attribuzione di paternità si ha quando la donna, durante un solo periodo di purità, ha avuto diversi rapporti sessuali in seguito a matrimonio oppure è stata con due uomini ma senza appartenere a nessuno: suo figlio è attribuito a tutti e due i presunti padri, in quanto si ignora la data in cui sono intercorsi i rapporti.

considerazione, anche qui, sono quelli con i parenti della madre.

Non sorge vocazione ereditaria neppure tra il figlio adulterino e l'uomo che lo rivendica come figlio: essendo frutto di una relazione illecita, anche se nessuno contesti questa rivendicazione, varrà l'*hadith* «il figlio appartiene al letto, mentre l'adulterio è sottoposto alla pena della lapidazione».

Una divergenza specifica rispetto al *walad al-zinā* riguarda il fatto che, mentre il *walad al-mulā'ana* è attribuito al padre se lo riconosce, egli non può essere attribuito al fornicatore, il quale però può, ad esempio, sposare questa donna incinta e considerare il figlio come suo⁸⁸; ma questo è possibile solo se il concepito non sia figlio del letto di un altro uomo⁸⁹.

⁸⁸ Sul punto esistono anche posizioni divergenti, legate ad un *hadith* che direbbe che un uomo che ha un rapporto sessuale illecito con una donna può sposarla, a meno che non sia incinta in quanto, in questo caso, il figlio non gli verrebbe attribuito.

⁸⁹ A. CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite e delle scuole giuridiche zaydita, zahirita e ibadita*, cit., p. 529.

CAPITOLO SECONDO

MODERNIZZAZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA

1. Il diritto di famiglia nei paesi islamici

Inevitabile, una volta ricomposto il sistema del diritto di famiglia islamico, quasi un puzzle tra numerose rivelazioni coraniche, i tanti *hadith* del profeta e le più divergenti interpretazioni prudenziali, è chiedersi quanto di questo immenso disegno normativo sia ancora vigente. La risposta, altrettanto inevitabile, è che il fiume della modernità ha inondato anche un sistema come quello musulmano, almeno il linea teorica immutabile in quanto rivelato¹. In effetti, almeno inizialmente, l'ondata innovatrice sembrava aver risparmiato i rapporti giuridici fondati su vincoli familiari: nucleo centrale del diritto islamico, le norme in materia di diritto di famiglia godevano di particolari attenzioni e venivano gelosamente conservate di fronte alle sfide della modernizzazione, giocate per lo più sul piano dell'efficienza economica e delle garanzie politiche. Col passare del tempo, però, i legislatori hanno cominciato, anche in questo settore, una vasta opera di riordino e razionalizzazione delle fonti, così come del contenuto delle regole coraniche.

Limitando il discorso e affrontando solo le leggi dei paesi arabi, costituenti comunque una frazione vasta e importante del mondo musulmano, si può notare come quasi la totalità degli Stati si siano dotati di leggi che regolano il diritto di famiglia².

¹ K. ZWEIGERT- EIGEÖTZ, *An introduction to comparative law*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 329 ss.

² Concetto sconosciuto al mondo islamico, tradotto con il termine statuto personale, *al-ahwāl al-šahsiyya*, vocabolo anch'esso non giuridico, creato nel 1875, come calco, dal giurista

L'unicità dell'origine delle leggi dei diversi stati, tutte saldamente radicate nella *Shari'a*, non produce tuttavia uniformità dei risultati: le soluzioni adottate dai singoli legislatori nazionali sono spesso sensibilmente diverse, talvolta radicalmente opposte³. La ragione di tale diversità è peraltro facilmente individuabile: il diritto islamico, in apparenza un blocco monolitico, è in realtà il risultato della convergenza dell'attività di diverse scuole giuridiche, almeno due determinanti nello scenario giuridico del Nord Africa, area in cui la *Shari'a* ha influenzato in larga misura la codificazione: la scuola hanafita e quella malikita⁴. Accanto a questa soluzione, se ne può, poi, individuare almeno un'altra, intrinseca alla stessa attività normativa dei parlamenti nazionali, consistente nel diverso atteggiamento dei singoli legislatori statali nel codificare le norme sciaraitiche nel tentativo di fondare nell'eredità del passato valori nuovi⁵: mentre gli interventi del legislatore egiziano, ad esempio, non mettono in discussione la continuità della vigenza formale della *Shari'a*, quelli del legislatore tunisino risultano così radicali da essere considerati estranei alla tradizione giuridica islamica⁶.

Per quanto riguarda i diritti del fanciullo, ci troviamo di fronte alla parte più intima del diritto islamico., che oggi, potremmo dire, viene scalfita dal diritto internazionale.

Il problema di produttività delle norme sciaraitiche è dovuto

egiziano Muhamad Qadrī Bāšā. Il carattere personale dello statuto potrebbe dar luogo a equivoci: esso non si riferisce all'oggetto delle norme, e in particolare non va inteso nel senso che all'espressione dà il diritto internazionale. Diversamente, si lega alla applicabilità su base personale di questo gruppo di norme. La *Shari'a* è, infatti, applicata ai musulmani dal giudice musulmano, lasciando che i non musulmani vengano retti dai diritti loro propri, amministrati dai rispettivi giudici confessionali.

³ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 2.

⁴ S. MERNISSI, *op. cit.*, p. 116 ss. e R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 2.

⁵ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il diritto di famiglia tra modernità e tradizione*, cit., p. 99 ss.

⁶ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 2.

alla loro intangibilità, sacralità e specialità. Queste si trovano a scontrarsi con le norme sulla tutela dei diritti umani di Diritto internazionale., vero grimaldello di questo sistema che sta scardinando le norme sciaraitiche e che deve prevedere che la *shari'a* faccia un passo indietro nei confronti del *Kanun*.

2. Il Nord Africa

2.1 L'Algeria

Detto questo, sarà opportuno valutare approfonditamente la legislazione dei vari paesi di tradizione normativa islamica, partendo dall'Algeria.

La “legge della famiglia” algerina viene adottata il 9 giugno 1984⁷. Questa viene più recentemente modificata con l'ordonnance del 14 marzo 2005⁸, con particolare riguardo al capitolo del Matrimonio e del Fidanzamento, che viene diviso in 3 sezioni distinguendo nella Prima Sezione Il fidanzamento *El khitaba*, dall'art 4 al 6, nella Seconda Il matrimonio dall'art. 7 al 17 e nella Terza Gli atti e le prove del matrimonio dall'art 18 al 22. L'ordonnance in questione era stata presentata dal Presidente della Repubblica in virtù dei suoi poteri costituzionali, per porre termine alle interminabili diatribe tra la corrente islamista, favorevole al mantenimento della tutela del minore e della poligamia e la corrente modernista, schierata a favore

⁷ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 11.

⁸ Pubblicata in al-Garida al-Rasmiyya, del 18 Muharram 1426, corrispondente al 27 febbraio 2005, n. 15, XLII, p.18.

dell'introduzione di rapporti egualitari fra l'uomo e la donna nella famiglia. In questo modo, il Presidente della Repubblica si è posto al di sopra delle parti agendo di propria iniziativa finendo per favorire la corrente islamica conservatrice, dichiaratasi soddisfatta perché ha ritenuto il contenuto dell'ordonnance conforme “ ai fondamenti e valori dell'Algeria”.⁹

Va detto che le modifiche del 2005 non riformano completamente la materia, ma vogliono trovare una situazione di comodo e di compromesso a livello di consenso politico e sociale. Esistono alcuni punti positivi da sottolineare, quale il maggior equilibrio dei rapporti tra i coniugi, la tutela dei figli e l'alloggio assicurato alla madre esercente la custodia. Occorre tuttavia riscontrare che anche l'Algeria, come molti Paesi islamici, presenta contraddizioni forti e ambiguità che non consentono di ritenere le evoluzioni legislative come rispondenti all'esigenza civilistica moderna delle pari opportunità.

Due sono gli elementi preliminari che vanno affrontati nello studio di questi testi. Manterremo per comodità di analisi la struttura della Legge del 1984, rimasta sostanzialmente invariata, segnalando puntualmente le eventuali modifiche cui già abbiamo fatto cenno.

In primis, la dizione “legge della famiglia” non deve trarre in inganno: essa non disciplina solo matrimonio e filiazione, ma tutti gli aspetti propri del cd. Statuto personale. *Qanùn al usra* e non *ahwàl al-shaksiyya* di tradizione sciaraitica

In secondo luogo, poi, diversamente da quanto accaduto negli altri Stati, l'Algeria impiega oltre venti anni dal raggiungimento dell'indipendenza nella elaborazione di questo testo: è probabile che il ritardo vada ricercato nella difficile ricerca, se non addirittura costruzione, di una identità

⁹ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Persone famiglia diritti*, cit., p. 41.

completamente algerina, nel disperato tentativo di conciliare ideali di arabicità e islamicità con i principi egualitari dell'ideologia socialista, che caratterizza il giovane Stato indipendente.

In ogni caso, al di là delle forti polemiche che hanno accompagnato il lungo *iter* normativo, e della ampia delusione riscontrata al momento dell'entrata in vigore¹⁰, il testo si caratterizza per alcuni profili, *in primis*, la sua applicazione, per la prima volta estesa a tutti i residenti nello Stato, siano essi algerini, francesi o ebrei¹¹.

¹⁰ Il codice, considerato dalle donne algerine "il codice dell'infamia", da molti anni è oggetto di una lunga e cruenta campagna volta all'adozione e all'applicazione di 22 emendamenti, il cui obiettivo primario sarebbe quello di sottrarre le stesse dalla posizione cui il codice le relega a vita, quello di minorenni, prima sotto la tutela del padre, poi sotto quella del marito. Si veda T. MARAINI, *op. cit.*, al punto "la riforma del codice di famiglia".

¹¹ Come dicevamo, la legge del 1984 è il primo testo normativo ad unificare il diritto applicabile nel territorio dello Stato, essendone soggetti tutti i cittadini algerini e comunque tutti coloro che risiedono nel territorio dello Stato (art. 2): di fatto, con questa legge, per la prima volta, l'Algeria porta a compimento il processo di unificazione del diritto a livello nazionale, intrapreso con l'indipendenza.

Per comprendere l'innovatività del testo è forse necessario compiere un passo indietro: durante il periodo coloniale, il panorama delle norme applicabili in materia di statuto personale era estremamente frammentato.

Le regole del codice civile francese, cui erano sottoposti i cittadini francesi, gli ebrei algerini e gli altri algerini che avessero acquisito in vario modo la cittadinanza francese, si contrapponevano alle regole locali, suddivise a loro volta in tre ceppi: il diritto musulmano di scuola malikita, il diritto ibadita e il diritto consuetudinario cabilo.

Dopo il 1962, diversi fattori spingono alla semplificazione del quadro: la giurisprudenza, ad esempio, cominciò a disapplicare il diritto cabilo a favore di quello musulmano, mentre il legislatore, dal canto suo, estese le riforme, già introdotte in Francia limitatamente ad alcuni gruppi, all'insieme della popolazione, regolando così alcune specifiche questioni in modo uniforme per tutti i cittadini.

Nel 1973, però, viene abrogata la legge con cui l'Algeria indipendente aveva prorogato la legislazione in vigore alla data del 31 dicembre 1962, con la sola eccezione delle norme contrarie alla sovranità nazionale. Tutte le regole che, fino al 1973, avevano disciplinato la materia dello statuto personale vennero travolte, salvo la legge con cui nel 1963 venne fissata l'età minima matrimoniale. Inevitabile, per colmare il vuoto quasi totale che nel frattempo si era venuto a creare, fare ricorso al diritto musulmano, secondo la regola dettata dall'art. 1 del codice civile che pone al secondo posto tra le fonti del diritto, dopo la legge, i principi della *Shari'a* islamica.

Per una rassegna di tutti i testi di legge applicate in Algeria prima della legge del 1984 si veda M. BORRMANS, *Documents sur la famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, in "Oriente Moderno", 1979, LIX, 1-5, pp. 1249 ss.

Il testo, composto di 224 articoli, è estremamente succinto: in caso di lacuna, *ex art. 222*, il rinvio è alle norme sciaraitiche¹².

In tema di filiazione il matrimonio fa presumere che i figli della moglie abbiano per padre il marito (artt. 40-43), in linea con quanto stabilito dal brocardo «*al-walad lil-firash*».

Accanto a tale ipotesi, la legge ne riconosce delle altre: la filiazione può stabilirsi, infatti, oltre che per matrimonio valido, apparente (art. 34) o comunque annullato dopo la consumazione, anche attraverso gli istituti del riconoscimento e della prova (art. 44)¹³.

Con il riconoscimento della filiazione, il cui scopo primario, lo ricordiamo, è quello di creare un legame successorio nei confronti di un genitore, il figlio diventa legittimo, sempre che siano presenti tutta una serie di condizioni prestabilite: l'assenza di una qualsiasi prova del matrimonio dei coniugi, la filiazione ignota, la acquiescenza del genitore, una differenza d'età tale da rendere verosimile il rapporto di filiazione, riconosciuta in almeno quattordici anni, e, infine, il fatto che le circostanze della nascita non si oppongano alla filiazione¹⁴.

Accanto a questa forma di riconoscimento, c.d. di filiazione, il codice ne prevede, poi, un'altra: il riconoscimento di paternità. Ammissibile solo in caso di malattia mortale, esso produce tutti gli effetti propri della filiazione legittima, siano essi successori,

¹² R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 12.

¹³ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p.12.

In realtà, però, il disposto dell'art. 40 può essere inteso in senso estensivo, aggiungendo, quindi, alle cause di cui all'art. 40 altre numerose cause di legittimazione, quali il matrimonio apparente e qualsiasi altro matrimonio nullo, comunque consumato, sempre che, *ex art. 42*, il figlio sia nato entro dieci mesi dalla separazione o dalla morte del padre.

¹⁴ F. UCCELLA, *La filiazione nel diritto italiano e internazionale*, Padova, Cedam, 2001, p. 574.

alimentari o relativi agli impedimenti matrimoniali¹⁵.

L'ordonnance modifica l'art. 40 nel secondo comma, quando il legislatore prevede che il giudice possa ricorrere, come mezzo di prova della filiazione, ai metodi scientifici. Discusso è il momento nel quale debba essere eseguito tale esame, se possa essere anche eseguito in assenza di matrimonio formale. Il diritto musulmano infatti prevede che il riconoscimento del figlio possa farsi solo in costanza di matrimonio. Tale dubbio potrebbe lasciare aperto uno spiraglio alle ragazze madri, che nei confronti del preteso padre del bambino nato fuori dal matrimonio, avrebbero quest'azione a disposizione per far dichiarare la paternità. Il condizionale fin qui è d'obbligo per la mancanza di esplicitazione della legge algerina.

In riferimento alle novità apportate dall'ordonnance in campo scientifico, è interessante sottolineare che il legislatore ha introdotto la possibilità per i due coniugi all'inseminazione artificiale, attribuendo alla coppia il figlio che nasce. In tal modo si è giunti a regolare la pratica dell'inseminazione artificiale, ora ammessa ma a certe condizioni; questa deve essere fatta all'interno del matrimonio legale, nel rispetto di tre condizioni: con il consenso dei due coniugi e mentre sono in vita, con ricorso agli spermatozoi del marito e all'ovulo della moglie, ad esclusione di ogni altra persona, pena il riconoscimento di tale azione come adulterio, *zinà*. Per evitare ogni problema di attribuzione del bambino, questi è sempre considerato legittimo¹⁶.

Non bisogna, però, dimenticare come la normativa speciale preveda due ulteriori forme di riconoscimento: quello di maternità e quello di parentela.

Nel primo caso, il riconoscimento viene compiuto dalla sola

¹⁵ F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 575.

¹⁶ M. SQUITIERI, *Bioetica nell'Islam*, 2006

madre, quando il figlio sia stato disconosciuto dal coniuge, quando sia nato fuori dal matrimonio o, ancora, quando lo stesso matrimonio non sia stato accertato.

Effetto primario di questa forma di riconoscimento è quello di creare un legame di parentela, oltre che con la madre stessa, anche con la famiglia agnatizia, creando così una doppia vocazione successoria a favore e del figlio e della madre.

Diversamente, nel secondo caso, il riconoscimento è volto a stabilire un legame di parentela collaterale.

Esso non è però opponibile al parente riconosciuto a meno che questo non lo confermi: in tal caso ha effetto a favore del parente riconosciuto e reciproci¹⁷.

Secondo il diritto algerino, il padre può disconoscere il figlio, disconoscimento che deve, per essere valido, avvenire in modo conforme a quanto previsto dalla Legge (artt. 42 ss.): il chiaro riferimento è al *li'ān*¹⁸, citato espressamente all'art. 138 come causa di esclusione della successione¹⁹.

Il codice prevede che debbano, infatti, essere presenti tutta una serie di condizioni, tra le quali, *in primis*, oltre al giuramento d'anatema²⁰, la durata della gravidanza²¹ e l'accertata impossibilità di rapporti tra i coniugi, dovuta o a sterilità del marito o alla sua assenza dal domicilio coniugale per tutto il

¹⁷ F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 575.

¹⁸ L'utilizzo di questo istituto viene spiegato dalla volontà di evitare alla moglie adultera la pena della lapidazione, pena prescritta dal codice penale algerino per il reato di fornicazione.

¹⁹ Il riferimento è alla controversa questione della successione reciproca tra i coniugi dopo giuramento imprecatorio del marito: l'Algeria ha accolto, tra le varie possibilità, la interpretazione più restrittiva.

²⁰ Elemento, tuttavia, in via di abbandono, secondo quanto sostiene F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 576.

²¹ Secondo la legge algerina, il figlio può essere disconosciuto quando nasca prima di sei mesi dalla data di celebrazione del matrimonio o oltre 10 mesi dalla morte del padre o il divorzio dei presunti genitori. A tal rilievo, La Corte Suprema, seguendo queste norme ha dichiarato illegittimo sia il figlio nato meno di 64 giorni dopo il matrimonio (Arrêt, 17 dicembre 1984) sia quello nato nell'ambito di un matrimonio valido, ma concepito preliminarmente alla celebrazione, perché i rapporti sessuali anteriori al matrimonio non costituiscono una consumazione dello stesso (Arrêt, 19 novembre 1984).

periodo del presunto concepimento.

Non bisogna, poi, dimenticare, come la Corte Suprema, abbia, in più pronunce, sottolineato quale caratteristica essenziale del giuramento imprecatorio, nella sua versione algerina, il fatto di dover essere prestato in tempi davvero molto brevi, cioè non appena il marito abbia avuto conoscenza della gravidanza, della nascita o dell'adulterio.

L'eventuale inerzia del marito innanzi alla notizia della gravidanza, così come della nascita, o la ripresa della vita coniugale dopo aver appreso dello stato interessante della moglie, provocherà l'inammissibilità di una successiva azione.

Per quanto riguarda, poi, i rapporti tra genitori e figli, i genitori devono collaborare nell'educazione e nella protezione dei figli (art. 36), obbligo solennemente ribadito anche nella nuova carta costituzionale all'art. 65²².

Nel 2005, il principio di eguaglianza è stato preso in considerazione dal legislatore, che ha voluto parificare diritti e obblighi dei due coniugi. A tal fine, nell'ordonnance si è giunti alla scomparsa della nozione di capofamiglia e del dovere di obbedienza della moglie nei confronti del marito e della di lui famiglia. Nel matrimonio i due coniugi hanno gli stessi obblighi, che comprendono la protezione del legame matrimoniale, i doveri della vita comune, la concertazione nella gestione degli affari della famiglia e, cosa per noi di maggior rilevanza, la protezione dei figli, la loro sana educazione e il rispetto per i genitori di ciascun coniuge.

Nonostante l'ordonnance del 2005 abbia introdotto novità all'interno del diritto di famiglia e più specificatamente in merito all'uguaglianza nei rapporti tra i coniugi, il padre rimane come

²² R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 13.

unico detentore della potestà (*wilāya*) sui figli, e quest'ultimo rimane l'unico loro rappresentante: qualora muoia è la madre a subentrare nella rappresentanza (artt. 87-91), in violazione con il diritto musulmano, che attribuirebbe la tutela allo zio paterno.

Altra piccola novità in favore del sesso femminile è il considerare la madre sostituta del padre nel compimento di atti urgenti relativi ai figli in caso di assenza o impedimento di questo. La madre può oggi aprire un libretto di risparmio a nome del figlio prelevare il denaro, a svolgere attività sportiva, a ricevere cure, a farlo uscire dal territorio nazionale. Resta problematico lo stabilirsi di chi ed in che modo sia designato ad accertare l'assenza di impedimento del padre.

In merito alla potestà, in caso di divorzio, questa verrà attribuita al genitore che esercita la custodia. La redazione della nuova disposizione lascia supporre che il padre possa richiedere la custodia dei figli allo stesso titolo della madre, non facendo menzione di preferenza alcuna tra i coniugi. Al contrario, per quanto riguarda la custodia, essa spetta prima alla madre e poi al padre.²³ In questo senso capiamo perché la riforma delle leggi di famiglia, introdotte in quest'area del mondo arabo, siano state una delle priorità delle battaglie dei movimenti femministi, nonché degli intellettuali illuminati, dei giudici più aperti alle riforme, dei giuristi di tendenza modernista.²⁴

Altra novità introdotta dall'ordonnance del 2005 in termini di diritti e doveri dei genitori è stata l'abrogazione dell'art. 39 della legge del 1984: la donna, in conformità con i dettami sciaraitici, aveva l'obbligo di allattarli e allevarli.

²³ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 56

²⁴ M.PAPA, Introduzione al volume di R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Persone famiglia diritti*

Sempre in linea con le previsioni coraniche, il padre deve mantenerli²⁵, salva, comunque, la ipotesi in cui questo sia impossibilitato nel farlo, caso in cui l'obbligo passerà alla madre²⁶ (art. 76)²⁷.

Se i figli non sono in custodia, e dunque non vivono con il padre, il loro mantenimento e le spese della loro abitazione ricadono sul suo patrimonio (art. 72), garantendo un'abitazione adeguata alla custode e, ove questo non fosse possibile, dovrà pagare il canone di locazione. Il criterio adottato per lasciare la donna nell'abitazione coniugale è nell'interesse dei figli: è grazie a loro che la donna potrà avere un tetto. Mentre nel testo originario, l'alloggio coniugale unico era escluso dalla sentenza di divorzio e spettava di diritto al marito (lasciando madre e figli senza dimora) gli emendamenti hanno voluto attenuare questo principio obbligando il marito ad assicurare alla titolare del diritto di custodia un alloggio decente o, come detto, in mancanza il canone di locazione. Si tenga conto che la custodia termina a dieci anni compiuti per il figlio maschio, salvo prolungamento da parte del giudice fino a sedici anni, e all'età matrimoniale per la figlia femmina.

In caso di scioglimento del matrimonio, il bambino infradecenne e la ragazza non sposata sono affidati alla madre, perché eserciti la custodia, istruendoli, educandoli, proteggendoli e preservandone la morale, oltre che il corpo (art. 62); venisse a

²⁵ L'obbligo di mantenimento, in linea con il dettato sciaraitico, dura fino al compimento del diciottesimo anno per il figlio maschio e fino al matrimonio per le figlie femmine. Tuttavia, tale durata viene considerata elastica, potendo estendersi quando il figlio sia handicappato o prosegua negli studi, o abbreviarsi quando il figlio goda di redditi personali, *ex art. 75*.

²⁶ In realtà, pur prevedendo il codice un obbligo sussidiario della madre, in virtù del principio di solidarietà familiare, l'obbligo si estenderebbe ai parenti in linea retta, vincolando comunque solo quelli più vicini.

²⁷ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 13.

mancare per qualsiasi ragione sarebbe la stessa legge a stabilire l'ordine di subentro nella custodia.

Nel codice del 1984, la linea femminile era privilegiata; ora un ordine di beneficiari del diritto di custodia la rimpiazza, mettendo il padre in seconda posizione, dopoi la madre dei bambini. Ciò è rilevante perché il padre, che pretenderà la custodia oggi, dovrà assumere una responsabilità effettiva nei confronti dei figli. Sono chiamati ad esercitare la custodia, in seguito, la nonna materna, quella paterna, la zia materna e quella paterna. A seguire, saranno i parenti più prossimi ad avere la custodia secondo l'interesse del bambino.

Nel caso, poi, in cui la custode non educi il bambino alla religione del padre, questa perderà il suo diritto *ex artt.* 62 e 67.

Il diritto musulmano classico non prevede l'adozione, espressamente vietata dal dettato coranico: la legge algerina si attiene alla tradizione islamica, vietando l'adozione, ma ammettendo la *kafālah*, consistente nel potere, attribuito ai soli musulmani, di assunzione dell'impegno al mantenimento, educazione e cura di un minore alla stregua di quanto farebbe un padre²⁸.

Abbiamo visto come le modifiche introdotte nel 2005 siano un timido tentativo di riequilibrare i rapporti tra i coniugi. Molte contraddizioni contenute in numerosi articoli saranno affidate all'apprezzamento soggettivo del giudice o dell'ufficiale di stato civile. Parte del codice resta immuata, in particolare in materia di successioni, le quali restano sottomesse a dogma, senza possibilità di modifica: unica fonte il Corano. Per questo certi *fuqaha*

²⁸ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 13.

considerano la questione non affrontabile. Questione questa dibattuta in dottrina perché fondata sull'ineguaglianza e a tutt'oggi materia di studio dei ricercatori.

2.2 L'Egitto

Volendo analizzare i risultati della codificazione egiziana in materia di diritto di famiglia, un dato balza agli occhi come del tutto peculiare: l'assenza di una codificazione, più o meno estesa e dettagliata, che gli altri Stati del Nord Africa hanno operato dell'insieme delle regole sciaraitiche in materia.

Di fatto in Egitto, la *Shari'a*, a parte alcune circoscritte modifiche apportate da testi normativi che incidono su punti determinati o limitati, è ancora pienamente vigente²⁹. Nel 2000, con la Legge n.1 sullo stato personale è stata approntata la riforma del Diritto di Famiglia³⁰. La Corte Costituzionale suprema egiziana è stata chiamata a pronunciarsi dalla legge n.1/2000 per contrasto con l'articolon.2 comma 2 della Costituzione del 1971 "i principi della Legge islamica sono la fonte principale della legislazione". La Corte ha sempre rigettato le questioni di legittimità costituzionale della Legge 1/2000 volte ad annullare o comunque rdimensionare l'impatto riformatore; ed ha anzi dichiarato l'illegittimità costituzionaler per contrasto con i

²⁹ L'assenza di un codice fino al 1948 ha fatto, infatti, sì che venissero applicate le regole di diritto islamico di scuola hanafita, rito prevalente nella regione. La mancanza di testi normativi in materia di diritto di famiglia ha spinto, tra l'altro, verso l'utilizzo della grande opera dottrinale del giurista egiziano Muhamad Qadrī Bāšā, scritta nel 1875 e da allora designata come Codice dello Statuto personale egiziano, il CSPE. Ciò detto non deve, tuttavia, far trascurare la portata di alcuni decreti e leggi emanati nel corso egli anni, quali il decr. 25/2929, la legge 23/1923, il decr. 78/1931, e le leggi 44/1979 e 100/1985. Si veda Y. KASSEM – SSEM LGINDI, *Egypt- Egyptian Family Law Reform and the improvement of the Status of Women*, in BAINHAM A. (cur.), *The international Survey of Family Law*, The Hague-Boston-London, M. Nijoff Publishers, 1996, p. 147.

³⁰ Al-Garida al-rasmiyya del 23 sawwal 1420, corrispondente al 29 gennaio 2000, n.4 bis.

principi della Legge islamica di una disposizione – contenuta nell’art. 21 della Legge 1/2000 – che poneva la donna in grave difficoltà in casd di ripudio negato dal marito (talaq ‘inda ‘l-inkar), limitandone il ricorso ad alcun mezzo di prova.

Tra le novità apportate dalla legge 1/2000, è stato introdotto il matrimonio consuetudinario (‘ urfi), composto da una scrittura privata tra i coniugi, capace di legittimare la prole nata dall’unione e dalla convivenza more uxorio. Tale istituto non necessita di testimoni e può trascriversi; qualora non venisse trascritto, spetterebbe alla parte interessata di provarne l’esistenza, quindi la prova per il riconoscimento di paternità sarebbe richiesta ad probationem. Mentre qualora ci fosse un documento scritto e trascritto, la prova legale di paternità sarebbe ad substantiam. Questa modifica consentirà alla donna la capacità di sciogliere il matrimonio. E’ la prassi sociale che ha determinato il nascere di questo nuovo istituto, legittimando così le unioni di fatto.

Sempre in tema di filiazione, vanno menzionate le modalità classiche previste per l’accertamento della filiazione legittima: il “lit” coniugale o presunzione di legittimità, il riconoscimento della filiazione e quello giudiziario³¹.

Nel primo caso la filiazione si stabilisce per presunzione secondo le regole tradizionali.

Considerato, però, che «in un’epoca di corruzione e di immoralità diffuse»³² tali regole avevano consentito di attribuire all’uomo bambini concepiti illecitamente, l’art. 15 della l. 25/1929 stabilisce che «in caso di opposizione, non si accoglie l’azione per lo stabilimento della paternità, se è provato il mancato congiungimento, se il parto è avvenuto dopo un anno di assenza del marito, di vedovanza o dal ripudio».

³¹ F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 577.

³² R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 16.

Le prove richieste per lo stabilimento della non filiazione differiscono a seconda che il bambino sia nato in costanza di matrimonio o al di fuori di questo³³.

Nel caso di bambino nato all'interno dell'unione coniugale, alla stregua delle regole della tradizione islamica, il bambino è considerato figlio legittimo tanto di sua madre che di suo padre, regola da considerarsi valida anche in caso di matrimonio affetto da nullità assoluta³⁴.

Esiste, infatti, una presunzione di paternità che tocca il marito della madre, espressa nell'adagio, visto nel precedente capitolo, *al-walad lil-firash*³⁵.

Questa presunzione non è, però, assoluta, ben potendo il marito disconoscere il figlio, quando siano presenti alcune condizioni, cioè quando il bambino sia nato nei sei mesi successivi alla conclusione del contratto di matrimonio, quando la coabitazione sia stata impossibile, quando il marito pronunci contro la moglie una accusa d'adulterio, sempre che il figlio sia vivo³⁶, per almeno cinque volte e, ancora, quando il bambino nasca un anno dopo l'avvenuta assenza del marito o divorzio³⁷.

Unica ipotesi, invece, di nascita legittima al di fuori del matrimonio si avrà quando il bambino veda la luce entro un anno dalla separazione dei coniugi o dal decesso del marito³⁸.

³³ H.SADEK e H. EL HADDAD, *Les règles matérielles égyptiennes*, in A. BASTENIER (cur.), *op. cit.*, p. 54.

³⁴ In questo caso, cioè quando il matrimonio sia stato concluso senza testimoni o tra un musulmano e un cristiano/ebreo, la filiazione non viene impedita, sempre che siano presenti due condizioni ulteriori. Si richiede, infatti, la possibilità di concepimento, cioè che il marito sia pubere e goda dello *status* di potenza *generandi* e la possibilità di rapporti carnali, verificatisi da un minimo di sei mesi ad un massimo di un anno, a partire dal giorno dell'ultima fecondazione. Sul punto F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 577.

³⁵ Tradotto, come visto nel precedente capitolo, con la formula «Il bambino appartiene al letto coniugale».

³⁶ Il figlio deve essere vivente al momento del giuramento imprecatorio: se non è vivo, il rifiuto va ignorato, con diniego espresso o tacito.

³⁷ H.SADEK e H. EL HADDAD, *op. cit.*, p. 56.

³⁸ H.SADEK e H. EL HADDAD, *op. cit.*, p. 56.

Abbiamo visto, poi, come la compilazione egiziana preveda due ulteriori ipotesi di riconoscimento della filiazione legittima: il riconoscimento della filiazione e quello giudiziario.

Il primo consiste in un diritto, compiuto nell'esclusivo interesse del figlio, ad essere riconosciuto come figlio del padre: si concreta nel diritto della moglie a vedere il proprio figlio riconosciuto come figlio del marito, al rispetto del suo onore, della sua dignità e della sua eredità³⁹.

Da un punto di vista formale, deve essere compiuto in maniera diretta: il riconoscimento indiretto ha validità legale, infatti, solo se seguito da uno diretto. Tanto questo, che l'atto di nascita producono effetti sotto il profilo successorio: diversamente, le semplici dichiarazioni della madre, non importano l'attribuzione del figlio al padre⁴⁰.

Il secondo, c.d. riconoscimento giudiziario o *hayina*, consiste, invece, nella prova testimoniale compiuta da più soggetti⁴¹, venuti in giudizio ad affermare la legittimità del concepimento: la testimonianza ammessa sarà quella relativa a fatti di cui i testi abbiano avuto o una conoscenza diretta o, quanto meno, indiretta⁴².

Del tutto caratteristica la posizione della legislazione egiziana in materia, che permette addirittura la testimonianza su fatti la cui conoscenza si sia avuta grazie alle dichiarazioni di soggetti indeterminati⁴³.

Solo due sono i casi in cui il CSPE, espressamente, nega il riconoscimento giudiziario: se il preteso padre è vivo, quando vi sia una differenza d'età tale da negare ogni verosimiglianza di

³⁹ Y. KASSEM – SSEM LGINDI, *op. cit.*, p. 155.

⁴⁰ F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 578.

⁴¹ Secondo le regole del diritto processuale islamico, due uomini o un uomo e due donne.

⁴² F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 579.

⁴³ Questa modalità, detta della testimonianza della comune fama, è esplicitamente ammessa in materia di filiazione, morte e fecondazione. Tuttavia, occorre sottolineare come la legge attribuisca ai giudici un ampio potere discrezionale nella valutazione di tale testimonianza.

paternità; quando, invece, sia morto, l'azione potrà essere proposta solo quando riguardi qualche altro diritto (successorio o alimentare)⁴⁴.

Al di fuori di queste ipotesi, chi nasce da un rapporto sessuale illegittimo o viene disconosciuto con *li'ān*, ex art. 47 della l. 77/1943, è collegato alla sola madre: succede a lei e ai parenti di questa, i quali possono reciprocamente succedergli⁴⁵. Le condizioni della filiazione materna sono identiche a quelle della filiazione paterna. Una volta riconosciuto dalla madre, sarà questa ad essere tenuta ad adempiere agli obblighi educativi⁴⁶.

Passando ad una analisi dei rapporti patrimoniali, il mantenimento dei figli privi di sostanze è a carico del padre, ai sensi dell'art. 18 *ter* della l. 25/1929, anche in caso di scioglimento del matrimonio con conseguente affidamento della prole alla madre⁴⁷.

Caratteristica del tutto particolare è la brevità dei termini: entro due settimane dall'esercizio della azione di mantenimento, fondata e completa, il giudice deve attribuire con sentenza immotivata, immediatamente esecutiva e valida fino a quella

⁴⁴ F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 579.

⁴⁵ Art. 351 CSPE e R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 16.

⁴⁶ In realtà, il nodo della filiazione naturale risulta costituire un falso problema: l'assenza di figli naturali in Egitto fa sì che queste norme abbiano un valore unicamente teorico. Sappiamo, infatti, come nel diritto musulmano ogni legale paternità possa essere oggetto di riconoscimento, diretto o indiretto. Nel primo caso, secondo quanto sostenuto dalla giurisprudenza, basterà, come visto, insieme alla assenza di una dichiarazione che provi che il figlio è frutto di una relazione adulterina, la mancanza di una filiazione nota, la possibilità che la nascita del figlio riconosciuto sia attribuibile all'autore del riconoscimento, l'apparenza, la sufficiente differenza d'età e, in ultimo, l'accettazione del figlio, sempre che questi sia capace. Per quanto riguarda la forma dell'atto di riconoscimento, pur essendo il sistema egiziano informato dal principio di libertà delle forme, il regolamento dei Mehkemehs prevede la preferenza per quello compiuto con atto autentico o olografo. Nella seconda ipotesi, invece, il riconoscimento dovrà essere compiuto da un parente collaterale (fratello, nipote o nonno), cui dovrà seguire, perché sia produttivo di effetti, la ratifica del terzo interessato. Sul punto si veda F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 702 ss.

⁴⁷ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 16.

definitiva, una somma a titolo di mantenimento temporaneo, dovuto per le necessità fondamentali. In ogni caso, la somma dovuta potrà essere compensata con quanto il padre sarà condannato a pagare a titolo definitivo, somma che non dovrà essere inferiore a quanto necessario per soddisfare le necessità fondamentali⁴⁸.

L'obbligo del padre avrà durata differente a seconda che il figlio sia maschio o femmina: nel primo caso fino al compimento del quindicesimo anno⁴⁹, nel secondo fin che essa non si guadagni da vivere o si sposi⁵⁰.

In caso di scioglimento del matrimonio, la custodia dei figli è attribuita alla madre⁵¹: fino ai dieci anni per i bambini maschi, fino a dodici per le femmine, tuttavia tali termini possono essere prorogati dal giudice *ex art. 20 della l. 100/1985*⁵².

La Legge 1/2000 ha introdotto il *Khul'*. Si tratta di una forma di scioglimento *ex latere mulieris*, avverso la restituzione del *mahr* riconosciutogli.

E' stato previsto per la moglie un modo potestativo di scioglimento del matrimonio, qualora questa "tema di trashgredire i limiti di Dio"⁵³. Non crediamo che in questo caso si tratti di una riforma volta all'emancipazione della donna, ma leggiamo

⁴⁸ Art. 16 CSPE, in R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 72 ss.

⁴⁹ Caso particolare è che il figlio di sesso maschile non possa mantenersi perché affetto da handicap fisico o perché prosegua negli studi o ancora perché incapace di farlo: in questo caso, comunque il padre, in deroga alla regola classica, sarà obbligato nel mantenimento.

⁵⁰ H.SADEK e H. EL HADDAD, *op. cit.*, p. 58.

⁵¹ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 16.

⁵² La legge prevede anche, art. 20 comma 1, il termine massimo di sottoposizione alla custodia materna: fino a quindici anni per il maschio e fino al matrimonio per la femmina: «*Le droit de garde confié aux femmes prend fin pour le garçon lorsqu'il atteint l'âge de dix ans, et pour la fille à l'âge de douze ans. Le juge pourra, lorsque l'enfant atteint cet âge, le laisser jusqu'à quinze ans, et la fille jusqu'à mariage, aux mains de la gardienne si l'intérêt de la fille l'exige*».

⁵³ Sura della Vacca, II v.229

piuttosto fra le righe che questa dichiarazione debba essere compiuta dalla donna, non nei suoi interessi, ma per tutelare l'integrità dell'uomo. Questa dichiarazione infatti non sembrerebbe portare nessun giovamento al buon nome della donna. Questo assioma parte sempre dal postulato di subordinazione femminile.

Di grande interesse, poi, il comma successivo sempre dell'art. 20: viene espressamente stabilito il diritto di visita di entrambi i genitori e dei nonni. In caso di mancato accordo sulle modalità dell'incontro, sarà il giudice a stabilirle, con unico limite: che non avvengano in un luogo psicologicamente dannoso per il minore⁵⁴.

Anche qui, in maniera del tutto analoga a quanto accade nei paesi occidentali e alla stregua della Convenzione di New York, assume, quindi, un ruolo centrale l'interesse prevalente del minore.

Qualora lo scioglimento del matrimonio si sia celebrato per ripudio, ex art. 18 *quater*, il marito dovrà predisporre, per i figli minori avuti dalla donna ripudiata e per la loro custode, una abitazione indipendente adeguata⁵⁵: se non vi provvede, essi continueranno a vivere nella abitazione coniugale senza il ripudiante, per tutto il periodo della custodia, cessata la quale torneranno con il padre⁵⁶.

2.3 *La Libia*

Unica fonte regolatrice delle materie dello statuto personale

⁵⁴ Art. 20, comma 2, in R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 74.

⁵⁵ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 74.

⁵⁶ In realtà, questo è il caso classico, a cui tuttavia può essere compiuta deroga, prevedendo l'art. 18 *quater*, comma 3 la possibilità, riconosciuta alla donna ripudiata, di scegliere tra l'abitazione coniugale o la corresponsione di un canone per una diversa abitazione, comunque adeguata, per lei e per i figli.

libico per lunghissimo tempo, la *Shari'a*, ha dovuto, recentemente, cedere il passo a diverse leggi, promulgate dal legislatore libico, la prima nell'immediatezza della rivoluzione, la l. 176/1972, disciplinante la capacità matrimoniale, la *wilāya*, il divorzio per danno e il ripudio dietro corrispettivo, la seconda, la l. 10/1984, abrogante la prima e tutt'ora in vigore, cui hanno seguito la l. 22/1991 e la l. 9/1993, incidenti sulla l. 10/1984 però solo in minima parte⁵⁷.

Di spirito rivoluzionario, almeno nei principi, il testo proposto ai Congressi popolari di Base del 1981 trovò la netta opposizione dei circoli tradizionalisti, resistenza che neppure l'intervento diretto del colonnello Gheddafi riuscì a piegare: è difficile giudicare quanto di quel testo, ispirato nell'animo ai dettami rivoluzionari del Libro Verde⁵⁸, sia trapassato al testo approvato nel 1984. Indice, comunque, del parziale abbandono degli ideali che mossero la pubblicazione del Libro Verde è l'esplicito richiamo compiuto dall'art. 72 b) alla *Shari'a*, la Legge sacra dell'Islam, in tutti quei casi di *lacuna legis* non altrimenti risolvibili⁵⁹.

Per quanto riguarda l'aspetto che ci interessa, da un punto di vista sistematico, la legge annovera la filiazione tra gli effetti dello scioglimento del matrimonio: il bambino si presume figlio

⁵⁷ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 17.

⁵⁸ Tra i capisaldi rivoluzionari si possono sicuramente ricordare le norme in materia di parità tra i coniugi, di libero consenso della donna al matrimonio, di eliminazione della poligamia. Sul punto si veda M. PAPA, *La grande carta verde dei diritti dell'uomo nella giamahiriyya libica*, in M. PAPA (cur.), *Questioni attuali di diritto musulmano e dei paesi islamici*, Bologna, Bonomo, 2002, p. 306 ss.

⁵⁹ Caratteristica assolutamente eccezionale della legislazione libica il fatto di non rinviare ad alcuna specifica scuola giuridica nel richiamo alla *Shari'a*: è chiaro come da questa scelta emerga l'atteggiamento eclettico del legislatore libico, capace di portarlo a combinare soluzioni malikite ad altre di origine hanafita, aspetto che qualcuno ha interpretato nel senso di un *favor* ad una interpretazione evolutiva del diritto musulmano.

del marito della madre (artt. 53-55)⁶⁰, alla quale, invece, il figlio è collegato per il semplice fatto biologico del parto (art. 56)⁶¹.

Il bambino di origine sconosciuta può essere riconosciuto sia dall'uomo che sostiene di essere suo padre, sia, fatto eccezionale per un paese islamico, dalla donna che sostiene di essere sua madre: tuttavia, è necessario, che non si accenni alla eventuale illegittimità del concepimento (artt. 57-59)⁶².

Il bambino riconosciuto non potrà, poi, essere disconosciuto (art. 58): in ogni caso, se il figlio è considerato legittimo per presunzione, potrà modificare il suo *status* in senso peggiorativo solo mediante *li'ān ex art. 53, comma d)*⁶³.

Per quanto riguarda il mantenimento dei figli, vi concorrono in egual maniera sia la madre che il padre; qualora fossero i genitori a trovarsi in situazione di indigenza saranno i figli a mantenere i genitori bisognosi (art. 71).

I genitori hanno la custodia congiunta del bambino durante il matrimonio: dopo il suo scioglimento spetterà alla madre⁶⁴, fino

⁶⁰ *Ex art. 53 comma b) della l. 10/1984*, la presunzione opera se il matrimonio è valido e il figlio è nato dopo sei mesi, sempre che non sia provata l'impossibilità di incontro tra i coniugi. In assenza di questi requisiti, non è possibile stabilire un rapporto di filiazione senza riconoscimento o domanda giudiziale. In caso di matrimonio affetto da vizi, sarà comunque possibile stabilire, *ex art. 54*, un rapporto di filiazione quando il parto abbia luogo dopo sei mesi lunari dalla data di consumazione o intimità effettiva.

⁶¹ Il fatto che il bambino sia attribuito alla madre per il solo fatto della nascita deriva dalla costruzione dogmatica che i dottori della legge fanno del dettato coranico, a cui la legge libica si ispira dichiaratamente. Sul punto R. BRUNSCHWIG, *op. cit.*, p. 49 ss.

⁶² R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 117 ss.

⁶³ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 21.

⁶⁴ L'art. 62 comma b) prevede una lunga elencazione di soggetti "capaci" di esercitare l'*hadana* in caso di assenza della madre. Occorre, però, sottolineare come l'ordine previsto possa essere tranquillamente mutato dal giudice, almeno dopo i primi tre gradi di successibili nella custodia, dovendo perseguire come interesse primario quello del minore. In ogni caso dovrà essere pubere, sano di mente, onesto, capace di educare il bambino, di difenderlo e di mantenerlo immune da malattie contagiose, nonché se di sesso maschile, proibito alla custodia femmina *ex art. 65 della legge*.

alla pubertà per il maschio, e fino al matrimonio per la femmina⁶⁵.

La custodia va esercitata nel rispetto dei diritti del tutore, in genere il padre. La madre conserva la *hadana* anche se ha abbandonato la casa coniugale per contrasto col marito, salvo che il tribunale disponga diversamente, nell'esclusivo interesse del bambino, *ex art. 63 comma a)*.

Caratteristica del tutto peculiare della *hadana* materna in Libia è il fatto che essa viene riconosciuta anche ad una donna non musulmana, appartenente alla stirpe della Gente del Libro, purché non allontani i figli dall'Islam (art. 64) e, se risposata, solo se il marito risulti persona proibita al figlio (art. 65).

In ogni caso, dopo lo scioglimento del matrimonio, ha diritto alla corresponsione di una quota in denaro, una sorta di retribuzione, per la custodia dei figli, *ex art. 69*.

2.4 *Il Marocco*

Il modello giuridico della famiglia così come disegnato dal Codice marocchino dello statuto personale resta quello di una famiglia tradizionale conforme alla concezione malikita, essendo presa in considerazione solo la famiglia fondata su legami di sangue strettamente legittimi⁶⁶.

La storia della legislazione marocchina in materia è tutto sommato piuttosto breve.

Raggiunta l'indipendenza nel 1956, il Marocco si mette subito all'opera per codificare le regole sciaraitiche in materia di statuto personale: il codice vede la luce in cinque momenti successivi, attraverso l'emanazione di cinque decreti, adottati tra

⁶⁵ Art. 62, comma a) della l. 10/1984, in R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 119.

⁶⁶ S. MERNISSI, *op. cit.*, p. 116 ss. e R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 21 ss.

il 1957 e il 1958⁶⁷. Nonostante la grande ampiezza di respiro che la caratterizza, la *Moudawwana* ha recentemente dovuto cedere il passo ad un nuovo testo normativo, il nuovo codice di famiglia, approvato il 16 gennaio 2004⁶⁸.

Consacrato alla parità dei sessi⁶⁹ all'interno del matrimonio, il nuovo testo costituisce un ulteriore passo del Marocco verso quel progetto di riforma del paese avviato nel 1999 da re Mohammed IV.

Grande elemento di novità del nuovo codice, specie per un paese di matrice islamica, è la recezione a livello codicistico delle disposizioni degli accordi internazionali, sottoscritti dal Marocco, per la tutela dei diritti del fanciullo, il cui riflesso immediato è una maggiore tutela dei figli, soprattutto di quelli nati fuori dal matrimonio: un esempio può trarsi dalla possibilità, attribuita ad entrambi i genitori, di riconoscere il figlio, anche adulterino⁷⁰.

Tuttavia, il codice continua a mantenere la distinzione tra filiazione legittima e illegittima⁷¹.

⁶⁷ La *Moudawwana*, in arabo "raccolta", esprime chiaramente la volontà del legislatore: una dichiarazione di fede al rito malikita, in uso nel Paese. Indici di questa intenzione emergono dal ricorrente rinvio, in caso di lacuna di legge, alla opinione prevalente o dominante, ovvero alla pratica giudiziaria della scuola dell'imām Mālik, scelta normativa, probabilmente da collegarsi al forte peso raggiunto dai *fuqahā'* nella predisposizione del progetto.

⁶⁸ Traduzione in lingua inglese in GLOBAL RIGHTS, <http://www.globalrights.org>. Per quanto riguarda invece un primo commento sul testo, LA RETE DELLE PARI OPPORTUNITÀ, *Le code de la famille marocain. Les points les plus saillants du nouveau code de la famille*, in <http://www.pariopportunita.com>.

⁶⁹ Dal discorso tenuto da re Muhammad IV il 23 ottobre 2003 in occasione dell'apertura del nuovo anno legislativo davanti alla Camera dei rappresentanti della Nazione: "*We should adopt a modern form of wording instead of that which undermines the dignity of women as human beings. Make husband and wife jointly responsible for the family, in keeping with the words of my ancestor the Prophet Sidna Muhammad who said that men and women were equal before the law, and also with the saying «Only an honorable man will honor them; and only an ignoble man will humble them»*" in MEMRI, *King of Morocco calls for fundamental reform in family law*, online in <http://www.memri.de>

⁷⁰ In precedenza, al momento della scoperta della relazione extraconiugale della donna, questa veniva reclusa da 3 a 6 mesi e, qualora dalla relazione fosse nato un figlio, veniva incarcerato con la madre o affidato ad un orfanotrofio, secondo quanto riportato da BERTOLINO in *Approvato il nuovo codice di famiglia*, <http://www.seeline-project.net>.

⁷¹ Art. 142 della *Moudawwana* 2004, secondo il quale «*Filiation is established through the attribution of a child to his or her parents, and it may be legitimate or illegitimate*».

L'istituto della filiazione nel diritto marocchino riposa sui tre principi fondamentali del diritto classico in materia: la filiazione non si stabilisce che riguardo al padre, che nel quadro della legittimità, che per legami di sangue⁷².

Secondo una concezione patriarcale della famiglia tutta marocchina, la filiazione legittima è definita come quella per la quale il bambino è inserito nella parentela del padre e ne segue la religione⁷³. Su di essa si fonda la successione ereditaria e da essa derivano gli impedimenti al matrimonio e i diritti e doveri reciproci di padre e figlio⁷⁴.

Diversamente quella illegittima, che non ha rilevanza ai sensi della legge e non produce effetti, se non nei confronti della madre, verso la quale esplica le medesime conseguenze prodotte da una filiazione legittima: il semplice fatto biologico del parto è sufficiente per l'attribuzione dello *status* di madre⁷⁵.

Oggi, diversamente da quanto accadeva sotto la vigenza della *Moudawwana*, la questione del riconoscimento materno è trattato direttamente dal codice⁷⁶: prima la questione veniva risolta dal richiamo all'opinione dominante nell'ambito del rito malikita e alla giurisprudenza maggioritaria, prevedenti entrambe come possibile il riconoscimento della maternità naturale, ben potendo una donna non sposata riconoscere un bambino come suo⁷⁷.

Tuttavia questo riconoscimento ha effetti limitati alla sola

⁷² S. MERNISSI, *op. cit.*, p. 116.

⁷³ E' chiaro come questa definizione sia del tutto conforme a quella di *nasab*, filiazione secondo la approssimativa traduzione francese, ma che in realtà significa legame in linea paterna, *lignage patrilinéair*.

⁷⁴ F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 581.

⁷⁵ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 23.

⁷⁶ A. QUINONES ESCAMEZ, *La reception du nouveau code de la famille marocain (moudawwana, 2004) en Europe*, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", p. 893.

⁷⁷ S. MERNISSI, *op. cit.*, p. 112.

madre e al bambino: chiaro riflesso della concezione strettamente patriarcale della famiglia è il fatto che il bambino non accederà alla parentela della madre. Un esempio, in tal senso, si può trarre dalla questione del cognome del bambino: una circolare del ministero dell'Interno marocchino ha ordinato all'ufficiale di stato civile di attribuire il nome patronimico della madre, alla sola condizione che il padre di questa, o comunque il parente maschio più anziano, non si opponga⁷⁸.

La riforma del 2007, ha anche espunto dal Codice della cittadinanza le regole relative alla legge applicabile in materia di statuto personale, rimandando ora all'art. 2 del Codice della Famiglia: la maggiore età è portata da 21 a 18 anni solari, viene prevista l'acquisizione per beneficio di legge della cittadinanza, per il figlio di genitori sconosciuti, nato fuori dal Marocco e preso in custodia (*kafàla*) da un cittadino marocchino.

Dunque, il rapporto di filiazione tra padre e figlio non può avvenire che all'interno di una unione legittima: l'atto sessuale non è ammesso se non all'interno del matrimonio, tanto che anche il codice penale, che reprime i delitti di fornicazione e di adulterio⁷⁹, risulta essere messo chiaramente a servizio di questa etica sessuale⁸⁰.

Il diritto marocchino ignora la legittimazione così come l'azione di ricerca della paternità: il fatto che il solo quadro giuridico ammesso in tema di filiazione sia l'unione legittima, modella conseguentemente gli istituti ad essa connessi logicamente, quali ad esempio il disconoscimento.

La filiazione legittima può essere stabilita attraverso il matrimonio, per riconoscimento della paternità o, in casi

⁷⁸ Circolare del Ministero dell'Interno n. 352 del 11 dicembre 1978.

⁷⁹ Art. 490 e 491 del codice penale marocchino.

⁸⁰ Non bisogna dimenticare come, però, la nuova versione della *Moudawwana* preveda, tra le cause di legittimità del rapporto, in parziale deroga al dettato sciaraitico, il compimento di atti sessuali per errore, «sexual relations by error», non stabilendo tuttavia in che cosa debba considerarsi questo “errore”.

particolari, dalla testimonianza di due ‘*adūl*’⁸¹, e, assoluta novità introdotta dalla riforma, « by all other legal means, including judicial expertise »⁸².

Il codice, sul punto, rimane fedele alle teorie classiche in tema di gestazione: la durata è fissata in sei mesi⁸³, non decorrenti dall’atto di matrimonio, che non può costituire il punto di partenza di questa, almeno quando sia impossibile l’unione coniugale tra i coniugi: la semplice presenza dell’atto di matrimonio non giustifica la legittimità della filiazione⁸⁴.

Tuttavia, la presunzione di paternità che si crea nel concepimento in costanza di matrimonio è logicamente difficile da combattere: il bambino appartiene al letto coniugale e, anche se la presunzione è semplice, la prova contraria assume i connotati di una *probatio diabolica*.

Accanto alla nascita in costanza di matrimonio, il codice vede nel riconoscimento una seconda modalità di stabilimento della filiazione legittima⁸⁵. Questo costituisce la confessione di paternità fatta da una persona affetta da malattia mortale in favore di un bambino di origine sconosciuta, stabilente un rapporto di

⁸¹ S. MERNISSI, *op. cit.*, p. 118.

⁸² Art. 158.

⁸³ Art. 154, comma 1. La fissazione della durata minima della gravidanza in sei mesi, risulta, nel diritto musulmano, dal combinato disposto di due versetti coranici: il versetto 233 della Sura II e il versetto 15 della Sura XLVI.

⁸⁴ Sulla questione la commissione di preparazione della prima *Moudawwana* fu molto più rigida. Il progetto preliminare, infatti, prevedeva che il termine di sei mesi decorresse non tanto dal perfezionamento dell’atto di matrimonio, quanto dall’effettiva consumazione dello stesso, con la conseguenza che l’impossibilità della relazione sessuale tra i coniugi rende impossibile la filiazione, conformemente all’opinione maggioritaria del rito malikita. Sul punto “Revue jurisprudence et législation”, Février 1958, n. 6, p. 558 ss. Senza rompere con l’insegnamento malikita, il relatore della commissione preannunciò come i sei mesi dovessero partire dall’atto di matrimonio. Anche se la nozione di consumazione effettiva non figura più nella *Moudawwana*, il codificatore ha tenuto a precisare che in caso di impossibilità di relazione sessuale tra i coniugi «la legittimità del bambino non potrà essere reclamata fondandola sul semplice atto di matrimonio».

⁸⁵ Art. 160, riprodotto in pieno il disposto relativo del vecchio codice della famiglia. Si veda per una trattazione dell’istituto nella prima versione della *Moudawwana* si veda F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 583.

filiazione legittima tra le parti, beninteso, alla presenza di alcune condizioni codificate⁸⁶.

In primis, ad esempio, il riconoscimento così compiuto sarà valido solo se compiuto per atto autentico o per dichiarazione del padre, scritta e non equivoca⁸⁷.

Il fatto che, al di là del riconoscimento, l'unica fonte di legittimazione ammessa dal diritto marocchino sia la nascita in costanza di matrimonio crea alcuni problemi nel caso in cui il matrimonio sia in qualche modo viziato.

La risposta a questi problemi è prevista dallo stesso codice, che sul punto conserva la soluzione approntata dal diritto musulmano classico: il bambino nato, nei termini legali, all'interno di un matrimonio, anche viziato, è considerato legittimo, *ex art. 156*; se, diversamente, nasce all'interno dei termini legali di un rapporto sessuale intrattenuto in buona fede (*shoubha*) è comunque considerato figlio delle parti, *ex art. 143 della Mouddawana*⁸⁸.

E' chiaro come questi due articoli, conformi al rito malikita, temperino la severità del diritto marocchino sullo *status* di figlio naturale.

Passando a questioni di natura patrimoniale, il mantenimento dei figli che non hanno mezzi propri è a carico della famiglia e non più sul solo padre, secondo quanto prevedeva la *Moudawwana*⁸⁹.

⁸⁶ Tra le condizioni previste, occorre ricordare come il dichiarante debba essere di sesso maschile, la dichiarazione debba essere compiuta da un soggetto dotato di discernimento e a favore di un bambino di origine sconosciuta; in ultimo come la stessa dichiarazione non debba essere contraria alla ragione né inverosimile.

⁸⁷ Art. 162 della *Mouddawana*, in R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 151.

⁸⁸ Va, tuttavia, ricordato come, secondo Salima Mernissi, di fatto, la giurisprudenza marocchina non abbia mai applicato questa nozione di buona fede.

⁸⁹ Art. 54, comma 3. Per quel che, invece, dettava la precedente disciplina si veda R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 23.

I figli minori, cioè infradiciottenni⁹⁰, sono sottoposti alla potestà parentale di entrambi i genitori, esercitata sia sulla persona, sia sul patrimonio⁹¹ (art. 166).

In seguito allo scioglimento del matrimonio, il bambino viene affidato alla custodia della madre e, in mancanza di questa, del padre. In caso di impossibilità di entrambi, sarà la nonna materna a doversi prendere cura dei figli della coppia⁹².

Condizioni per l'affidamento sono una abitazione adeguata e la garanzia degli alimenti⁹³.

La durata della *hadana* varia, anche qui, a seconda che il figlio sia maschio o femmina⁹⁴.

La tutela dell'appartenenza religiosa perde invece di valore nella nuova *Mouddawana*: se nella prima versione della legge la madre di religione diversa da quella del padre perdeva il diritto alla custodia quando vi fosse il timore che potesse allontanare figlio dalla religione paterna⁹⁵, oggi il nuovo codice della famiglia

⁹⁰ Art. 19, che stabilisce come «*Men and women acquire the capacity to marry when they are of sound mind and have completed eighteen full Gregorian years of age*».

⁹¹ I figli minori sono infatti sottoposti alla potestà paterna, che esercita la *wilāya* sia sulla persona, essendone tutore matrimoniale, sia sulla sul loro patrimonio. Va tuttavia considerato come, in caso di morte del padre, questa passi alla madre, purché maggiorenne.

⁹² Art. 171. Da non dimenticare come il nuovo codice preveda una serie davvero cospicua di norme dedicate alla custodia. Tra le più importanti, l'art. 166, comma 2, secondo il quale il minore che abbia compiuto quindici anni può scegliere il genitore esercente la custodia, così come quello senza genitori può scegliere per custode uno dei soggetti di cui all'art. 171. Da sottolineare come prevalga, anche qui, alla stregua di quanto accade nei Paesi occidentali, in caso di mancato accordo tra le parti, la previsione giudiziale che tenga conto del superiore interesse del minore. Per una valutazione della precedente disciplina si veda R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 23.

⁹³ C. BERTOLINO, *op. cit.*, chiaramente accanto ad altri criteri previsti dall'art. 173 che stabilisce quali criteri essenziali il raggiungimento della maggiore età, la rettitudine morale, la capacità di allevare un minore, di proteggere la sua salute, di assicurargli una adeguata crescita morale e religiosa.

⁹⁴ In questo caso il minore sarà affidato alla custodia materna, e in mancanza a quella paterna, fino al compimento del dodicesimo anno se maschio o fino al quindicesimo se femmina: dopo dovrà decidere con chi vivere, *ex art.* 171 della *Mouddawana*.

⁹⁵ Art. 108 della *Mouddawana*, secondo cui «Se la custode, trattandosi di persona diversa dalla madre professa una religione diversa da quella del padre...ha diritto alla custodia solo nei primi cinque anni di vita. Nel caso si tratti della madre, la sua custodia sarà valida, a

sul punto tace, approfondendo, però, altri casi di perdita della custodia.

Il rinnovato art. 174 stabilisce, infatti, come «*The marriage of a woman custodian other than the mother shall result in her loss of custody, except in the two following instances...if her husband is in a degree of kinship relations that precludes marriage or is the child's legal representative...or if she is the child's legal representative*».

Tra l'altro, la custodia, ex art. 175, non può essere negata in alcuni casi espressamente previsti, quali ad esempio, il fatto che il bambino abbia meno di sette anni, o comunque quando la separazione infligga un danno al minore, quando questo sia malato o affetto da handicap, sempre che non possa essere curato efficacemente da altri, o, ancora qualora sussista una delle due previsioni di cui al visto art. 174.

2.6 La Tunisia

La legislazione tunisina in materia di statuto personale, la *Māgalla* si caratterizza per il radicale riformismo che la contraddistingue, per lungo tempo insuperato nel panorama delle legislazioni arabe⁹⁶.

Lo Stato tunisino infatti si è caratterizzato per la sua marcata azione nella regolamentazione dei rapporti familiari e di parentela. Il codice ha ridefinito le forme del matrimonio inoltre

condizione che non risulti che ella approfitta della sua posizione per allevare il figlio secondo una religione diversa da quella paterna».

⁹⁶ A titolo meramente didascalico, occorre ricordare altri testi che, insieme al Codice dello Statuto personale (CSP), regolano la materia dello statuto personale: la legge 59-77 del 19 giugno 1959, la 64-17 del 28 maggio 1964, la 14 giugno 1971, introducendo l'art. 212 *bis* sull'abbandono del minore, e la 93-74 del 12 luglio 1993, che modifica i diritti e i doveri dei coniugi, la procedura di divorzio, l'affidamento dei minori, la tutela e l'assegno alimentare. Sul punto A. MAHBOULI, *L'enfant en droit tunisien*, in "Revue juridique et politique", 1977, p. 443 ss. e R. MEZGHANI, *La codification en Tunisie*, in "Revue juridique et politique", 1986, p. 451 ss.

la tutela matrimoniale, la poligamia e il ripudio unilaterale sono stati aboliti. I rapporti di filiazione sono stati poi disciplinati da leggi specifiche che si sono aggiunte nel corso dei decenni, dal 1958 all'ultima legge del 1998 per quanto riguarda la filiazione fuori dal matrimonio. Per quanto riguarda la maternità adottiva e la maternità fuori dal matrimonio, va sottolineato che le scelte legislative tunisine si discostano da quelle degli altri Paesi arabo-musulmani. E' permesso infatti di attribuire il proprio nome patronimico, cioè il nome della famiglia, all'adottato. Tale acquisizione di nome, considerata contraria ai precetti coranici (XXXIII, 4-5 e XXXVII, 37). L'attribuzione del nome è anche al centro della recente legislazione che riguarda i bambini al di fuori dal matrimonio. Si riconosce infatti il diritto ai bambini ad avere un nome di famiglia, cioè il nome della famiglia del padre o, in mancanza di questo, della famiglia del nonno paterno. Questo comporta un'assunzione di responsabilità da parte del padre, e soprattutto definisce l'appartenenza genealogica del bambino⁹⁷.

Adottato il 13 agosto 1956, pubblicato il 28 dicembre ed entrato in vigore il 1° gennaio dell'anno successivo, il codice trova la fonte della sua audacia nell'influenza personale del presidente Bourghiba e nel forte clima di entusiasmo che viveva il paese nei primi anni dell'indipendenza: audacia che porterà alla abolizione del ripudio, alla non previsione quale causa di impedimento matrimoniale della diversità di religione⁹⁸ e al divieto assoluto di poligamia⁹⁹.

Tuttavia in tema di filiazione, il legislatore fa un passo

⁹⁷ R. ALUFFI BECK PECCOX, *Persone, famiglia, diritti* 2006

⁹⁸ E' probabile che, con questa omissione, il legislatore tunisino intendesse abrogare il principio sciaraitico. La giurisprudenza ha tuttavia continuato a considerare proibito il matrimonio di una musulmana con un non musulmano, mentre una circolare ministeriale del 1973 ha vietato agli ufficiali di stato civile di celebrare un simile matrimonio.

⁹⁹ R. ALUFFI BECK PECCOX, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 24.

indietro, e recepisce *in toto* i principi sciaraitici in materia, anche se, a ben pensare, i versetti coranici che concernono direttamente la filiazione sono pochi, essendo fissata solo la durata minima della gravidanza e la regolamentazione punitiva della *zinā*: la costruzione dogmatica conosciuta è frutto della elaborazione dei dottori della legge, partiti proprio da quel limitato numero di norme¹⁰⁰.

Ebbene, il libro quarto del codice di statuto personale tunisino consacra la filiazione alla costruzione compiutane dal rito hanafita e malikita¹⁰¹.

Il codice non regola che un certo tipo di filiazione, il *nasab*, corrispondente anche qui, come nei codice marocchino, a un legame diretto tra un uomo e un minore, capace di introdurre questo ultimo nella linea agnatzia del primo¹⁰². Non regola, diversamente, la filiazione naturale, se non per quel che concerne una eventuale attribuzione del bambino alla sola madre, in genere riconosciuto inserito da un punto di vista successorio nel ramo materno¹⁰³.

Ma come stabilire questa filiazione?

L'art. 68, chiaro omaggio alla tradizione musulmana, stabilisce che «la filiazione è stabilita per *firach*, per riconoscimento del padre o per testimonianza di due o più persone onorabili»¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Il legislatore tunisino in quest'ambito riprende espressamente alcune disposizioni del diritto musulmano di scuola hanafita e malikita, senza tenere conto dell'ambiente sociale attuale e del diverso contesto giuridico, e così il vocabolario utilizzato fa espresso richiamo al diritto musulmano classico, non corrispondendo a quello del diritto moderno. Va notato, tra l'altro, come in questo ambito la giurisprudenza non abbia giocato alcun ruolo creativo.

¹⁰¹ K. MEZIOU, *Perennite de l'Islam dans le droit tunisien de la famille*, in A. BASTENIER (cur.), *op. cit.*, p. 260.

¹⁰² K. MEZIOU, *op. cit.*, p. 260.

¹⁰³ Il figlio adulterino gode, infatti, in virtù dell'art. 152 CSP di una chiamata successoria reciproca con la madre e con i parenti di questa, ma nessun testo prevede espressamente l'obbligazione alimentare.

¹⁰⁴ Art. 68 del decreto del 13 agosto 1956, in R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 193.

Con *firach*¹⁰⁵ si intendono, conformemente al diritto musulmano classico, tutti i rapporti leciti intrattenuti tra il padre e la madre del bambino¹⁰⁶: è chiaro come il legislatore codicistico, abbia inteso rinviare ad una nozione di coabitazione molto più ampia rispetto a quella comunemente in uso¹⁰⁷, capace di estendere la presunzione di legittimità anche ai matrimoni nulli¹⁰⁸. L'omaggio del legislatore tunisino al diritto musulmano classico non si ferma, però, ad un semplice richiamo terminologico: l'art. 71 del codice, infatti, riprende la durata minima di concepimento propria del *fiqh*, risultante dalla combinazione dei due versetti coranici visti nel precedente capitolo¹⁰⁹. Il bambino sarà, quindi, coperto dalla presunzione di legittimità quando nasca sei mesi o più dopo la conclusione del matrimonio e meno di un anno dalla assenza del marito, dal suo decesso o dalla data di divorzio¹¹⁰.

Tuttavia, il termine dal quale far decorrere il punto di partenza della gravidanza, così come quello di conclusione della stessa, pone numerosi problemi.

Per quanto riguarda la prima questione, il diritto tunisino distingue tra conclusione del matrimonio e sua consumazione, potendo esservi un periodo abbastanza lungo tra i due: per l'art. 71 del CSP, il termine di sei mesi decorre dalla data di conclusione del matrimonio valido, poi rivelatosi nullo; per

¹⁰⁵ Tradotto in maniera approssimativa con matrimonio/coabitazione, il termine *firach* sconta la difficoltà di traduzione del termine dall'arabo al francese, seconda lingua di redazione normativa in Tunisia. In effetti, l'utilizzo di "coabitazione" non rende in giusta misura il significato di *firach*: esso non equivale alla semplice coabitazione, così come non è assimilabile a matrimonio nel senso occidentale del termine. A scopo didascalico, riportiamo, sul punto, anche la traduzione di R. Aluffi Beck Peccoz, che utilizza la dizione "presunzione".

¹⁰⁶ F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 585.

¹⁰⁷ L'utilizzo del termine *firach* permette, secondo le elaborazioni più ardite, di indicare con questa dizione anche "la donna con cui è lecito avere rapporti" o il "contratto che rende leciti i rapporti sessuali con una donna" o, addirittura, "qualunque rapporto sessualmente lecito".

¹⁰⁸ F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 585.

¹⁰⁹ K. MEZIOU, *op. cit.*, p. 260.

¹¹⁰ F. UCCELLA, *op. cit.*, 586.

contro, tuttavia, l'art. 22 del CSP, relativo al matrimonio nullo, afferma come la filiazione, se il matrimonio sia stato consumato, appartenga al marito¹¹¹. La carenza di coesione tra i due dettati normativi, tra l'altro, non risulta essere stata risolta neppure dalla giurisprudenza, non ancora pronunciata sul punto¹¹².

Diversamente, per quanto riguarda il problema del termine finale¹¹³, bisogna distinguere le tre ipotesi tipiche: quella della morte del marito, della sua assenza e, infine, dello scioglimento del matrimonio.

Nulla quaestio nei primi due casi: la morte del marito, così come la sua scomparsa, avendo data certa, dissolve l'unione e fa decorrere il termine di un anno dalla data precisa del decesso/scomparsa, trascorso il quale il figlio non risulterà più coperto dalla presunzione di legittimità¹¹⁴.

Sicuramente meno agevole l'ultima ipotesi, potendo trascorrere, in questo caso, tra la separazione e il giudizio definitivo, addirittura, degli anni.

Secondo la legge tunisina, durante il procedimento, la presunzione gioca, ancora, il suo ruolo: *ex art. 75*, il figlio nato entro un anno dalla pronuncia di divorzio è reputato figlio dell'ex marito della madre, il quale dovrà versare al figlio un assegno

¹¹¹ In realtà, secondo la più recente dottrina in merito, l'accertamento della filiazione è indipendente dalla validità o meno del contratto di matrimonio e poco importa la causa di nullità di questo: è legittimo sia il figlio che sia nato da una unione nulla, ma consumata e celebrata in violazione delle condizioni essenziali previste dal codice, sia quello nato da un matrimonio concluso secondo la consuetudine *orf* e in violazione della legge 1 agosto 1957 sullo stato civile.

Ebbene, la nozione di matrimonio nullo, risulta essere una nozione chiave per l'analisi della questione. Intesa in senso ampio, infatti, la nozione permette di attribuire lo *status* di figlio legittimo anche al figlio nato fuori del matrimonio, tesi sostenuta, tra l'altro, per un certo periodo dalla giurisprudenza, che sembra, però, oggi prediligere l'utilizzo di una nozione più ristretta, secondo la quale matrimonio sarebbe solo quello celebrato secondo i canoni dell'art. 21 CSP.

¹¹² F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 586.

¹¹³ Chiaramente stiamo parlando della data finale del concepimento, essenziale per la non attribuibilità della filiazione.

¹¹⁴ F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 586.

alimentare anche se il legame è contestato e fino a quando non intervenga una decisione giudiziaria capace di reciderlo¹¹⁵.

Abbiamo visto, però, come accanto alla legittimazione per *firach*, il codice tunisino preveda almeno altre due modalità, direttamente provenienti dal diritto islamico classico: il riconoscimento e la testimonianza.

Resi necessari dall'assenza di un efficiente sistema di stato civile, queste due tecniche hanno perso, però, nel contesto attuale, gran parte del loro valore: la sola ragione del recupero di questa modalità, da parte del legislatore tunisino, può essere rintracciata nella volontà di una nozione più morbida di legittimità, che permetta il riconoscimento della paternità e l'attribuzione dei diritti propri del bambino legittimo anche a un figlio naturale e adulterino¹¹⁶.

Il riconoscimento (in francese *aveu*) è un termine utilizzato per tradurre il vocabolo arabo *iqrar*, utilizzato nella versione tunisina del codice, consistente nella possibilità di riconoscere in modo spontaneo e alla presenza di certe condizioni un legame di parentela diretto o indiretto con un'altra persona¹¹⁷.

Anche qui si distingue tra riconoscimento di paternità, che si ha quando un uomo riconosce come suo un minore (art. 60), riconoscimento di filiazione (art. 70), quando un figlio riconosce un uomo o una donna come suo padre o madre, e riconoscimento di parentela, allorché si stabilisce un legame collaterale con una persona (fratello, zio o cugino).

Diversi sono i problemi sorti sugli effetti prodotti dal riconoscimento di paternità, considerato alternativamente modo indipendente di accertare la filiazione e atto consequenziale al

¹¹⁵ In senso conforme alla norma anche alcune pronunce della Corte Suprema tunisina, in particolare: Cassazione Civile, 3 febbraio 1991, n. 21030 e Tribunale di Tunisi, 2 giugno 1992, n. 93630, in F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 587.

¹¹⁶ K. MEZIOU, *op. cit.*, p. 261.

¹¹⁷ K. MEZIOU, *op. cit.*, p. 261.

firach, di cui costituirebbe una sorta di conferma.

Sul punto la giurisprudenza non risulta costante, avendo spesso tenuto conto di tutti e tre i modi di accertamento della filiazione: di fatto, però, se il legislatore avesse voluto legare il riconoscimento all'esistenza di un rapporto coniugale si sarebbe accontentato del *firach*, negando ogni altra modalità di accertamento, tesi sostenuta anche dai giudici della Corte Suprema (Cassazione civile, n. 15709 del 3 marzo 1987 e n. 23480 del 13 giugno 1989), secondo i quali il riconoscimento ad opera del padre, fatto alla nascita dopo il divorzio, accerta la filiazione, mentre l'*igrar* permette di estendere l'attribuzione della filiazione quando non vi è alcun contratto di matrimonio valido o nullo¹¹⁸.

Da un punto di vista sistematico, occorre sottolineare come la legge dedichi davvero poco spazio alla costruzione dell'istituto – un solo articolo – il quale si limita ad affermare la non operatività del riconoscimento in caso di perentoria prova contraria.

I vari profili che vedremo sono, quindi, il frutto di una vasta opera giurisprudenziale.

Innanzitutto il riconoscimento, che può essere giudiziario o stragiudiziale, deve essere espresso da un maggiorenne capace, sano di mente, nei confronti di un minore di filiazione ignota¹¹⁹.

Ipotesi tipica di riconoscimento stragiudiziale è la dichiarazione resa dal padre stesso all'ufficiale dello stato civile: se compiuta dalla madre, non farà fede, non costituendo, infatti, un riconoscimento di paternità.

Caso del tutto particolare di riconoscimento di paternità stragiudiziale, è, poi, la dichiarazione di un individuo, all'epoca della redazione dell'atto di matrimonio della figlia, ove afferma di

¹¹⁸ F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 588 ss.

¹¹⁹ F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 589.

essere suo padre e tutore.

Non costituisce, invece, riconoscimento giudiziario il fatto che un uomo accetti nel corso della procedura di sottoporsi ad analisi mediche.

Il riconoscimento della paternità da parte di un uomo è vincolante per il figlio riconosciuto; può essere revocato dal suo autore, ma gli eredi non possono ritornare su di esso o chiedere la rottura del legame di filiazione¹²⁰.

Ultima forma di legittimazione prevista dal CSP è la testimonianza: tuttavia, anche qui, il codice, pur prevedendo l'istituto, non ne contempla né la forma, né il contenuto.

La legge del 1998 ha cercato di correggere la prassi sempre più frequente di vedere ricollegati difficoltosamente i figli al *nasab* paterno. Questa Legge viene applicata in modo che il padre di sangue del bambino venga rintracciato immediatamente dopo la nascita, e per fare in modo che questo avvenga il Ministero della Sanità ha disposto il divieto per le donne non sposate di partorire in strutture private, diverse dagli ospedali pubblici, prevedendo che in ogni ospedale risieda una commissione incaricata di raccogliere i dati relativi all'identità della madre, del bambino e del padre del bambino. A questo punto l'uomo rintracciato può riconoscere di essere il padre del bambino e attribuire il proprio nome al figlio, oppure può negare la filiazione. In quest'ultima ipotesi, il Procuratore potrà ordinare il test del DNA; e, in caso di risultato positivo, attribuirà al bambino il nome patronimico dell'uomo. L'assenso del padre sarà comunque necessario affinché il bambino sia dichiarato adottabile; la dichiarazione di adottabilità infatti non potrà più essere di sola iniziativa della madre, ma dovrà scaturire dal consenso dei due genitori biologici.

Analogamente a quanto previsto dalle altre legislazioni

¹²⁰ F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 590.

nordafricane, anche il codice tunisino prevede la possibilità di uno scioglimento del rapporto genitore-figlio, il quale può avvenire secondo due modalità.

La prima, caratterizzata dalla più marcata ampiezza degli effetti, è esperibile anche da soggetti diversi dal padre, anche quando i figli non risultino coperti dalla presunzione di paternità.

A dir la verità, il codice non è esplicito sulla possibilità che ad esercitare l'azione siano soggetti diversi dal padre, tuttavia, il fatto che l'esercizio sia permesso anche dopo la morte del genitore depone per una lettura in tal senso¹²¹.

Legittimati all'azione sono la madre e il figlio, sostanzialmente interessati a stabilire la verità della filiazione: tuttavia, la loro azione non è permessa finché sia vivo il padre, visto che la presunzione di paternità è un diritto del marito, che non può essere contestato, se vivo, se non da lui solo; alla sua morte, oltre alla madre e il figlio, anche gli eredi potranno essere interessati a contestare la paternità, secondo quanto stabilisce un orientamento costante della giurisprudenza tunisina¹²².

Occorre distinguere, però, nell'analisi della fattispecie due ipotesi: quella che il figlio sia nato in costanza di matrimonio o, comunque, entro un anno dal suo scioglimento, e quella che il figlio sia nato dopo un anno dalla morte del padre, dalla sua scomparsa o ancora dallo scioglimento del vincolo coniugale¹²³.

Nel primo caso, essenziale ai fini della caduta della presunzione di legittimità occorrerà provare o la non coabitazione del marito durante il periodo legale di concepimento¹²⁴ o la impossibilità di incontri tra i coniugi.

Nella seconda ipotesi è sufficiente, invece, la semplice

¹²¹ F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 590.

¹²² F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 591.

¹²³ F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 591.

¹²⁴ A tal rilievo occorre ricordare come la Cassazione abbia stabilito che prova valida sia, in tal senso, anche la presentazione di un passaporto da cui si evinceva che il marito fosse all'estero durante il periodo del concepimento.

contestazione delle date, al momento della domanda del marito o dei suoi eredi: al di fuori di ogni contraddittorio, il Tribunale si limiterà a verificare la discordanza tra le date¹²⁵.

La seconda delle due azioni, quella prevista dell'art. 75 CSP, invece, consiste in una vera e propria azione per il disconoscimento della paternità: si tratta del rifiuto dello *status* figlio legittimo, e del correlativo *status* di padre, compiuto da quel uomo, che in virtù della coabitazione con la madre al momento della nascita, viene presunto padre.

Ebbene, in questo caso, la mancata dichiarazione da parte del padre allo stato civile non integrerà la presunzione di paternità e il marito potrà sempre validamente disconoscere il figlio¹²⁶.

Legittimato, in questo caso, è solo il marito: la norma non prevede legittimati passivi, così come prevede la possibilità di utilizzo di qualsiasi mezzo probatorio, purché ammesso dalla legge¹²⁷.

Entrambe le azioni sono imprescrittibili ed esercitabili, quindi, anche a distanza di molti anni dalla nascita, come insegna la Cassazione tunisina, la quale ha ammesso l'esperibilità dell'azione di disconoscimento anche a distanza di cinquanta anni dalla nascita del figlio¹²⁸.

Una volta che il figlio sia stato disconosciuto questo non viene più considerato figlio del marito della madre, restando collegato unicamente a questa ultima, in capo alla quale nascono una serie di obblighi, *in primis* quello educativo, *ex art. 72 CSP*¹²⁹.

Il vincolo successorio sopravvive solo quando il

¹²⁵ F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 591.

¹²⁶ F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 591.

¹²⁷ Tra i mezzi ammessi occorre, sicuramente ricordare per la loro particolarità la prova ematologica e quella genetica, oltre al giuramento.

¹²⁸ F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 592.

¹²⁹ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 194.

disconoscimento sia successivo ad un riconoscimento: il figlio riconosciuto e poi disconosciuto eredita dall'autore del riconoscimento, mentre questi non eredita se il figlio premuore¹³⁰.

Ma tornando allo *status* di figlio legittimo, e passando al profilo patrimoniale della questione, secondo l'art. 47 del CSP il padre deve mantenere figli; qualora ne fosse impossibilitato l'obbligo passerebbe alla madre.

Il mantenimento dei figli prosegue fino alla maggiore età o fino al completamento degli studi; solo la figlia senza reddito resterà a carico del padre fino al matrimonio (art. 46)¹³¹.

Durante il matrimonio la custodia dei figli è esercitata congiuntamente da entrambi i genitori, che cooperano nella educazione e provvedono insieme ai loro bisogni.

In caso di scioglimento del matrimonio la custodia è attribuita a quel genitore che il giudice ritiene migliore, nell'interesse del minore (art.67): chiunque sia custode, sia esso madre, padre o *walī*, ha potere di controllo sugli affari della persona in custodia, sulla sua educazione e istruzione¹³².

Nel caso in cui fosse la madre ad esercitare la custodia, ai sensi dell'art. 67, le saranno attribuiti tutti i poteri del *walī* in materia di viaggi, studio e rappresentanza negli atti

¹³⁰ F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 592.

¹³¹ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 26.

¹³² Sul punto bisogna ricordare il *revirement* del legislatore codicistico: al momento della sua promulgazione la *Magālla* prevedeva un preciso ordine di attribuzione della custodia filiale in caso di divorzio, in cui era netta la preferenza per la madre e, in ogni caso, per la linea parentale materna. Gli autori musulmani, in modo pressoché unanime consideravano che la migliore soluzione possibile per il minore, di qualsiasi età, fosse di rimanere con la madre. La legge 3 giugno 1966 è intervenuta sul punto sopprimendo l'attribuzione legale alla madre e stabilendo come unico criterio orientatore quello dell'interesse esclusivo del minore, a prescindere da presunzioni di qualsiasi tipo. Il grande passo compiuto dal legislatore tunisino va colto nel fatto di non ritenere più l'interesse del minore sussistente *in abstracto* e *a priori* dalla stessa legge, ma, diversamente, di attribuire la possibilità di tale apprezzamento al giudice, che deve così valutare l'interesse del minore in concreto, sulla base delle circostanze realmente esistenti: l'istituto, così, risulta radicalmente trasformato. Sul punto si veda K. MEZIOU, *op. cit.*, p. 262 ss.

patrimoniali¹³³.

Un caso particolare si ha nell'ipotesi in cui il custode sia di religione diversa rispetto a quella del padre: qui la custodia cesserà al compimento del quinto anno di età del minore, o, a prescindere dall'età del minore quando vi sia fondato motivo di temere il pericolo di un allontanamento dalla religione paterna¹³⁴.

Il mantenimento del custodito, in linea con quanto previsto dall'art. 47 è a carico del padre, che anche in questo caso deve garantire, se necessario, una abitazione tanto per il minore che per la custode¹³⁵.

Per effetto dell'adozione e dell'attribuzione del nome, vediamo che oggi le donne partecipano alla definizione della genealogia (*nasab*). Queste hanno infatti gli strumenti per fare ricollegare la paternità del figlio adottato o nato fuori dal matrimonio al *nasab* del marito o del padre. Le appartenenze genealogiche sono quindi sottratte alla esclusiva competenza del mondo maschile.

Vediamo come tutte queste evoluzioni legislative stravolgano nel vero senso della parola la tradizione coranica, che vedeva al centro della discendenza l'uomo.

2.5 *La Turchia*

Caratterizzata da una legislazione di chiara ispirazione

¹³³ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 26.

¹³⁴ Una deroga a tal proposito si manifesta quando il custode di religione diversa sia la madre. Tuttavia, il favore manifestato dal legislatore tunisino, in materia, non sempre si riflette nell'interpretazione giurisprudenziale che i giudici danno dell'articolo in questione: sono numerosi, infatti, i casi in cui la semplice diversità di religione fonda la perdita della custodia materna a favore degli ascendenti paterni.

¹³⁵ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 26.

occidentale¹³⁶, la Turchia, pur essendo uno stato a maggioranza islamica, spicca per una legge di famiglia lontanissima dal sistema classico sciaraitico, il cui influsso emerge solo nel caso della filiazione, istituto dominato, anche in questo caso, dalla netta preferenza per la legittimità del concepimento.

Divisa tra vari testi, tra cui spiccano la costituzione turca e il secondo libro del codice civile turco, la legge di famiglia presenta alcuni profili di assoluto interesse.

In primis, la legge turca non prevede una definizione di famiglia. Non lo fa la costituzione, che all'art. 41 si limita a stabilire che questa è la base della società turca e che si fonda sull'uguaglianza dei coniugi all'interno del matrimonio. Non lo fa il codice, che afferma semplicemente, nel primo articolo del capitolo, l'art. 185, che «l'unione familiare è stabilita tra gli sposi all'interno del matrimonio»¹³⁷.

Sarà, tuttavia, proprio il codice a stabilire che «gli sposi hanno l'obbligo di garantire la felicità dell'unione, così come quello di sorvegliare, educare e soprintendere alla crescita dei figli insieme e in cooperazione tra di loro». Di fatto, però, questa concezione di famiglia, estremamente lontana dai canoni islamici, ispirati ad un concetto di famiglia "allargata", vengono presto smentiti da un articolo di una legge speciale, l'*Inheritance Law*¹³⁸.

Passando alla materia della nostra analisi, anche il codice turco, in maniera analoga a quanto accaduto negli altri paesi, in tema di filiazione abbandona ogni volontà innovatrice e si limita a richiamare il dettato sciaraitico, stabilendo che il legame giuridico che lega il bambino ai genitori si stabilisce *in primis* con la madre: il legame che unisce il padre con il figlio si basa diversamente o su una presunzione, tale per cui padre è marito della madre, o su

¹³⁶ Il codice civile turco è, infatti, disegnato sul modello proposto dal codice civile svizzero.

¹³⁷ M.CÂNÂN ARIN, *Family law report: Turkey*, <http://www.seeline.uk>, al punto "Definition of family".

¹³⁸ M.CÂNÂN ARIN, *op. cit.*, al punto "Definition of family".

un riconoscimento o ancora su una decisione giudiziale¹³⁹.

Di fatto come dicevamo, la prima ipotesi risulta essere la più importante: fonte principale della filiazione legittima è il matrimonio.

In effetti, un bambino che sia nato da una donna sposata è legato alla madre e al marito di questa, secondo le regole della filiazione legittima. E lo stesso accadrà per un bambino che, pur non nato, sia stato concepito durante il matrimonio della madre¹⁴⁰.

Anche il bambino che sia stato concepito e sia nato fuori dal matrimonio può ugualmente godere dello *status* di figlio legittimo, ma in questo caso la fonte sarà diversa: potrà, infatti accadere o per matrimonio successivo alla nascita, o per una decisione giudiziale, o ancora, ma è una ipotesi legata alla vigenza del precedente codice, in forza di un atto amministrativo che sostituisca il matrimonio¹⁴¹.

Nel primo caso, quello classico, il bambino viene collegato alla madre in forza in un fatto biologico, la nascita (*mater semper certa est*), e a suo padre per effetto di una presunzione (*pater is est quem nuptiae demonstrant*): secondo l'art. 241 del codice turco «il bambino che sia nato in costanza di matrimonio o trecento giorni dopo la sua dissoluzione ha per padre il marito della madre»¹⁴².

Diversamente, però da quanto accade nel diritto classico, che prevede un termine minimo di 180 giorni dalla celebrazione dell'atto nuziale perché la nascita sia legittima, qui il bambino assume lo *status* di legittimo anche quando sia nato anche un solo giorno dopo il matrimonio.

Quid iuris nel caso in cui il matrimonio sia fittizio, o, ancora,

¹³⁹ H. FISEK, *La filiation legittime en droit turc*, in "Revue juridique et politique", 1977, p. 925.

¹⁴⁰ H. FISEK, *op. cit.*, p. 926.

¹⁴¹ H. FISEK, *op. cit.*, p. 926.

¹⁴² H. FISEK, *op. cit.*, p. 926.

putativo?

Nel primo caso il matrimonio viene considerato come un matrimonio valido e, alla stregua di questo produce, gli effetti suoi propri¹⁴³.

Quanto al matrimonio putativo, la situazione è la stessa: l'art. 124 del codice civile turco stabilisce come un matrimonio viziato da nullità, sia essa relativa o assoluta, produce tutti gli effetti di un matrimonio valido, finché la nullità sia pronunciata giudizialmente. Tuttavia, è lo stesso legislatore a sottolineare come la filiazione in questo caso sia legittima¹⁴⁴.

Ma abbiamo visto anche come, a prescindere dall'esistenza di un matrimonio, un bambino possa essere riconosciuto come legittimo anche in altre ipotesi.

La prima di queste si ha quando alla nascita segua la conclusione del matrimonio, ai sensi dell'art. 247 del codice: «il bambino che sia nato al di fuori di un matrimonio è legittimo in pieno diritto in caso di matrimonio di sua madre e suo padre. In questo caso, al momento della celebrazione gli sposi dovranno indicare all'ufficiale di stato civile¹⁴⁵ il fatto che sia loro»¹⁴⁶.

E' chiaro come se, in linea di principio, questa norma sembri poter garantire una minima tutela per i casi di figli adulterini o incestuosi, almeno nei casi di figli nati dall'unione di un uomo sposato e una donna che non lo sia, non valga la regola contraria: il fatto di nascere da una relazione adulterina di una donna sposata non consente l'accertamento della verità biologica, con conseguente validità del principio visto in tema di presunzione di paternità; perché il figlio possa essere collegato al vero padre sarà

¹⁴³ H. FISEK, *op. cit.*, p. 927.

¹⁴⁴ Ex art. 125, comma 1, del codice civile turco: «*les enfants issus d'un mariage déclaré nul sont légitimes, même si leurs père et mère n'étaient pas de bonne foi*».

¹⁴⁵ Ufficiale del loro domicilio o del luogo di celebrazione del matrimonio.

¹⁴⁶ Questa dichiarazione non costituisce, però, una condizione di validità della legittimità, ai sensi dell'art. 248 del codice, secondo il quale «*l'absence de cette déclaration n'empêche pas la légitimation... les enfants sont légitimés même sans déclaration*».

necessario l'esercizio dell'azione di disconoscimento del marito della donna¹⁴⁷.

Accanto al caso del matrimonio sanante, abbiamo visto come esista la possibilità di una legittimazione per decisione giudiziaria. Un bambino nato al di fuori del matrimonio potrà essere legittimo grazie ad una pronuncia giudiziale, sempre che sussistano alcune condizioni: una promessa di matrimonio tra il padre e la madre del nato e l'impossibilità del matrimonio, per morte o perdita di capacità di contrarre il matrimonio stesso da parte di uno dei due soggetti promettenti¹⁴⁸.

In questo caso, alla presenza dei presupposti visti, la legittimazione potrà essere richiesta al giudice dalla parte ancora vivente o che sia ancora capace di contrarre il matrimonio. In caso di decesso anche di questo, il diritto a domandare la legittimazione passerà ai discendenti¹⁴⁹.

Un'ultima notazione: qualora il figlio sia maggiorenne, la domanda di legittimazione sarà soggetta al consenso di questo ultimo¹⁵⁰.

Abbiamo visto come opera il principio per cui il padre del nato risulti essere il marito della madre. Di fatto, a questo, come ad altri soggetti, il codice riconosce un diritto molto particolare: la possibilità di esercitare l'azione di disconoscimento¹⁵¹.

Le condizioni di questa azione differiscono a seconda che il bambino sia stato concepito durante il matrimonio, o prima, o durante la separazione dei coniugi pronunciata dal giudice.

Nel primo caso, la prova che graverà sul padre, così come sugli altri interessati, concernerà la distruzione della presunzione di paternità, distruzione che si avrà con la prova che il marito non

¹⁴⁷ H. FISEK, *op. cit.*, p. 930.

¹⁴⁸ H. FISEK, *op. cit.*, p. 930.

¹⁴⁹ H. FISEK, *op. cit.*, p. 931.

¹⁵⁰ H. FISEK, *op. cit.*, p. 931.

¹⁵¹ H. FISEK, *op. cit.*, p. 933.

può essere il padre del bambino, come nell'ipotesi di impossibilità a generare del padre¹⁵².

Nelle restanti ipotesi la presunzione di paternità non è forte come negli altri due casi: basterà provare l'impossibilità di unione carnale tra i coniugi al momento del concepimento, situazione che comunque la donna può contestare¹⁵³.

A questo punto, il marito, i coeredi del figlio e il procuratore della Repubblica potranno esercitare l'azione di disconoscimento. Il marito dovrà agire nei confronti della madre e del bambino, entro mese dalla data della nascita o comunque della avvenuta conoscenza della stessa. Qualora, per motivi giustificati, fosse impossibilitato nell'agire, può ricorrere anche successivamente a questo termine: sarà il giudice ad apprezzare la bontà delle giustificazioni addotte¹⁵⁴.

Abbiamo visto, poi, come il codice preveda altri soggetti cui è riconosciuto il diritto all'azione di disconoscimento: tra questi i coeredi del figlio e coloro che sono esclusi dalla successione proprio a causa della filiazione¹⁵⁵. Tuttavia, a questi non è permesso agire che alla morte del presunto padre o quando questi diventi incapace di intendere, sempre che avvenga prima dello scadere del termine previsto per l'azione di disconoscimento del marito.

Una ulteriore ipotesi, poi, si ha quando non sia più possibile avvisare il marito della nascita del presunto figlio.

L'azione deve essere compiuta nei confronti della madre e del bambino, sempre nel termine previsto di un mese.

¹⁵² H. FISEK, *op. cit.*, p. 933.

¹⁵³ Secondo il primo comma dell'art. 244 del codice civile turco, infatti, «*lorque l'enfant est né moins de cent quatrevingts jours après la célébration du mariage ou lorsqu'au moment de la conception les époux étaient séparés de corps, le mari n'a pas à prouver d'autre fait désavouer l'enfant*».

H. FISEK, *op. cit.*, p. 934.

¹⁵⁴ H. FISEK, *op. cit.*, p. 934.

¹⁵⁵ H. FISEK, *op. cit.*, pp. 934-935.

Ultimo soggetto cui è attribuito il potere di agire per il disconoscimento è il procuratore della Repubblica, il cui diritto è riconosciuto quando il figlio sia stato concepito prima del matrimonio: il suo compito sarà quello di provare che la paternità del marito è da escludere¹⁵⁶.

A differenza degli altri due casi, però, non è previsto un termine entro cui agire: la maggioranza degli autori ritiene che, anche in tale ipotesi, il termine massimo sia di un mese, secondo alcuni dalla scoperta, da parte del magistrato, della causa di disconoscimento, secondo altri, opinione minoritaria, dalla scoperta della nascita. Altra particolarità del caso sta nel fatto che, qui, l'azione sarà diretta, oltre che contro la madre e il figlio, anche nei confronti del padre.

Nel caso in cui l'azione vada a buon fine, la legittimità del rapporto verrà riconosciuta solo nei confronti della madre, e gli effetti del disconoscimento saranno retroattivi.

Quando, poi, il figlio nato illegittimo abbia acquistato solo successivamente lo *status* di legittimo, in ragione delle tre procedure viste, il codice turco prevede una particolare modalità di esercizio dell'azione di disconoscimento, sostanzialmente una azione di nullità della legittimazione¹⁵⁷.

Gli stessi soggetti cui è riconosciuto il diritto all'azione di disconoscimento, possono agire per far valere la nullità della legittimazione successiva, entro un termine di tre mesi dalla conoscenza dell'avvenuta legittimazione.

In entrambi i casi, una volta che sia stata esperita l'azione, l'ufficiale di stato civile, ne informeranno il padre e la madre, o se questi fossero deceduti, i loro eredi, cui è riconosciuto un diritto di opposizione.

Una volta che la filiazione sia stabilita, e il matrimonio si

¹⁵⁶ H. FISEK, *op. cit.*, p. 935.

¹⁵⁷ H. FISEK, *op. cit.*, p. 936.

sciogla, la custodia verrà esercitata da uno dei coniugi, in particolare quello prescelto dal giudice sulla base dell'esclusivo perseguimento dell'interesse del minore: il codice, diversamente da quanto accadeva nella vigenza del primo codice, stabilisce all'art. 182 come non sussista alcuna particolare predilezione al padre¹⁵⁸.

Occorre, però, ricordare come la scelta giudiziale possa subire modifiche in presenza di particolari circostanze: la custodia sarà negata quando il rapporto con uno dei genitori, o con entrambi, leda la serenità del bambino, quando la madre o il padre esercitino il proprio diritto senza tener conto delle responsabilità menzionate nel primo capitolo del codice, o ancora quando non badino correttamente alla crescita dei figli (art. 324, comma 2)¹⁵⁹.

Il codice, poi, con una clausola di elasticità ammette la possibilità di revocare la custodia ogni volta che sussistano gravi ragioni per farlo¹⁶⁰.

Occorre, poi, ricordare come, al di là del mantenimento dovuto tra i coniugi allo scadere del matrimonio, una quota di esso sarà dovuta al genitore che eserciti la custodia, quale contributo per il mantenimento: diversamente, nelle ipotesi di normalità del rapporto entrambi i coniugi sono tenuti al mantenimento dei figli¹⁶¹.

3. La giurisprudenza

Se la modernità ha inondato in maniera consistente vaste

¹⁵⁸ M.CÂNÂN ARIN, *op. cit.*, al punto "The consequences of Divorce with regard to Children".

¹⁵⁹ M.CÂNÂN ARIN, *op. cit.*, al punto "The consequences of Divorce with regard to Children".

¹⁶⁰ M.CÂNÂN ARIN, *op. cit.*, al punto "The consequences of Divorce with regard to Children".

¹⁶¹ M.CÂNÂN ARIN, *op. cit.*, al punto "Alimony".

aree del diritto di famiglia islamico, un settore è rimasto pressoché identico a come Maometto lo aveva disegnato: quello della filiazione.

Abbiamo visto, nella lunga analisi delle diverse legislazioni vigenti nei Paesi musulmani, come il principio sciaraitico che vuole la filiazione paterna legittima per produrre effetti non abbia subito sostanziali modificazioni.

A tutt'oggi, in linea di massima, è precluso alla madre di chiedere l'accertamento della paternità naturale, così come è riconosciuta all'uomo la più ampia libertà possibile sulla scelta di riconoscere o meno il figlio, purché non venga fatto alcun riferimento alla illegittimità del concepimento.

Se nel passato, la rigidità di questo principio era attenuata in modo sensibile dal ricorso ad una serie di regole operative che escludevano il prodursi degli effetti più pregiudizievoli per i bambini, *in primis* la teoria del feto dormiente, oggi si tende a raggiungere ai medesimi obiettivi seguendo strade diverse: una di queste è la via giurisprudenziale.

Hanno riscosso grande clamore, infatti, alcune pronunce¹⁶² della Corte Suprema del Marocco, a dir la verità piuttosto risalenti, che pur non dichiarando espressamente la paternità di un uomo nei confronti del figlio naturale, aggiravano il problema, collegando ad essa effetti patrimoniali in base alle regole sulla responsabilità civile.

In realtà le due sentenze non brillano, certo, per la chiarezza delle argomentazioni che fondano la decisione.

Nella prima i giudici si limitano, infatti, a stabilire come una Corte d'appello non violi le disposizioni della normativa marocchina dello statuto personale e delle successioni quando basi la propria statuizione, in tema di filiazione, sui soli artt. 77 e

¹⁶² Cour Suprême du Maroc, 8 marzo 1960 e Cour Suprême du Maroc, 13 novembre 1962, pubblicate rispettivamente in "Revue marocaine de droit", 1961, p. 31 ss. e 1963, p. 267 ss.

78 del *dahir* delle Obbligazioni e dei Contratti. E ciò anche quando parti in causa siano due soggetti stranieri, sottoposti alla legge marocchina in forza dell'art. 16 del *dahir* sulla condizione degli stranieri in Marocco.

La seconda, invece, presenta diversi profili di particolarità, degni di essere approfonditi.

Innanzitutto, va chiarito come la sentenza abbia ad oggetto una situazione mista: parti in causa sono un cittadino spagnolo, una donna marocchina e il figlio naturale della coppia.

In fatto, la controversia può essere così riassunta: l'uomo, sposato e padre di due figli legittimi, nel marzo del 1952 riconosce con un atto scritto di essere il padre naturale del figlio, nato a Tangeri, dalla sua relazione con una donna marocchina. Fino alla fine del 1957 questo presta alla donna dei versamenti in denaro per il mantenimento, versamenti che a un certo punto terminano. E proprio per il ripristino della situazione *quo ante* la madre agisce, invocando l'applicabilità della legge marocchina, primo elemento di doglianza del padre dei minori. La seconda, chiaramente sarà la legittimità della prestazione alimentare.

Ebbene, i giudici, interrogati sulla questione, *in primis* affermano la legittimità della scelta della legge applicabile, considerata corretta visto la nazionalità del minore, anch'esso, come la madre, di nazionalità marocchina¹⁶³.

In secondo luogo, pur non affermando l'illegittimità del concepimento, anzi, astenendosi dall'affermare l'esistenza di una filiazione adulterina¹⁶⁴, affermano l'obbligo del versamento di una prestazione alimentare.

Due sono i tratti peculiari di tale affermazione.

¹⁶³ «Attendu que le pourvoi fait grief à l'arrêt déféré d'avoir violé la loi de statut personnel qui régit les droit et devoirs de famille des Espagnols vivant à l'étranger, en préférant appliquer à l'action alimentaire engagée par la mère, les principes de la loi mosaïque marocaine, loi interne de l'enfant adultérin».

¹⁶⁴ «Mais attendu qu'en s'abstenant d'affirmer l'existence d'une filiation adultérine pour reténir...»

Il primo che, espressamente, i giudici affermano come questo a corrispettivo debba essere riconosciuta natura alimentare, alla stregua di quanto fece il padre dal momento della sottoscrizione dell'atto di riconoscimento alla fine del 1957.

Il secondo è che il fondamento dell'obbligazione va ricercato non nella relazione biologica tra le parti o il rapporto di discendenza tra padre e figlio, quanto diversamente, nel compimento di un fatto illecito da parte dell'uomo.

Non si può non sottolineare come i giudici marocchini, nell'affermare la correttezza della scelta, facciano riferimento ad un concetto del tutto simile a che quello che, come vedremo, fondante le pronunce dei giudici occidentali: «*l'arrêt enterpris a rattaché à bon droit l'obligation alimentaire (...) à la loi mosaïque, qui protège l'enfant créancier d'aliments*».

E' chiaro come, nel caso di specie, i giudici marocchini siano ricorsi all'utilizzo di una tecnica del tutto analoga a quella che sorregge le pronunce dei giudici europei che si trovino a dover pronunciare sul rapporto tra diritto islamico e diritto italiano, o francese, o tedesco: la scelta di un criterio orientatore che faccia riferimento all'interesse primario del minore.

Certo, se la questione potrebbe sembrare aver perso oggi parte della sua importanza, comunque non si può negare come questi due casi, pur riguardando il caso particolare di figli nati da una madre marocchina e da un padre straniero, potrebbero ben costituire un primo passo verso il riconoscimento di alcuni interessi in capo al figlio naturale¹⁶⁵.

¹⁶⁵ R. ALUFFI BECK PECCOZ,, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit., p. 30.

CAPITOLO TERZO

IL PRINCIPIO DELL'ORDINE PUBBLICO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. Note introduttive

La sempre più imponente presenza numerica di persone provenienti dalle più svariate parti della Terra nel mondo occidentale e, per quanto ci riguarda, in Italia, pone chiaramente alla società contemporanea e al mondo politico-culturale diversi problemi: problemi che, se da un lato, rendono spesso difficile e complessa la vita sociale, dall'altro, è certo, la arricchiscono¹.

Un fatto appare come inevitabile: se l'arrivo in Italia di tale moltitudine di persone ha sollevato le ovvie questioni legate all'insediamento e alla conseguente integrazione socio-culturale di queste minoranze etniche², questo non sarà l'unico problema col quale la nostra società si troverà a combattere. Numerose saranno, infatti, le questioni che andranno, fatalmente, a riguardare e ad investire anche la sfera delle istituzioni e del diritto, inteso quale momento di regolamentazione e disciplina della vita sociale³.

Non bisogna dimenticare come la cultura giuridica di questi soggetti, in particolare, poi, di quelli provenienti da aree geografiche dominate da una forte presenza della religione islamica, faccia parte del patrimonio di valori, del bagaglio culturale, che questi individui portano con sé, costringendo l'ordinamento italiano a confrontarsi con principi ed istituti

¹ L. MUSSELLI, *La diffusione dell'Islam in Europa e in Italia. La problematica giuridico-istituzionale*, in "Iustitia", 2002, p. 442.

² F. CORBETTA, *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale*, in "Diritto, immigrazione, cittadinanza", 2000, fasc. 3, p. 18 ss.

³ L. MUSSELLI, *La diffusione dell'Islam in Europa e in Italia. La problematica giuridico-istituzionale*, cit., p. 442.

profondamente diversi e difficilmente assimilabili, ma d'altra parte avvertiti dagli immigrati come fondamento normativo della propria vita e delle proprie vicende personali⁴.

Ebbene: in queste situazioni di conflitto tra mondi giuridici quale sarà la legge applicabile? Oltre la soluzione giudiziale, esistono altre soluzioni possibili? Il problema, da anni motivo di discussione nei restanti Paesi europei, fa sì che il problema italiano costituisca solo l'ultimo capitolo di una questione che interessa società, diritto e politica.

Prima di passare, quindi, alla soluzione italiana, affronteremo il dibattito che ha scosso, almeno, gli ultimi cento anni di storia europea.

2. Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano

Il fatto che oggi l'Italia sia oggetto dei medesimi fenomeni migratori che, nel secolo scorso, investirono le grandi Nazioni europee pone un interrogativo: il nostro ordinamento sarà pronto a quella grande sfida, che da anni Francia, Germania e Inghilterra combattono?

In effetti, la scarsità e l'instabilità della presenza straniera nella nostra penisola hanno fatto del diritto internazionale privato di famiglia un diritto raro, essendo stati assolutamente sporadici, almeno finora, i contatti intrattenuti dai nostri magistrati con istituti giuridici culturalmente estranei, sotto forma di norme potenzialmente applicabili alle controversie⁵.

Fino agli anni '70, infatti, l'unica occasione di confronto relativamente frequente con i diritti di famiglia stranieri fu

⁴ F. CORBETTA, *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale*, cit., p. 18.

⁵ F. PASTORE, *op. cit.*, p. 103.

prodotta dall'assenza dell'istituto del divorzio nel nostro ordinamento.

Su questa anacronistica anomalia del diritto italiano fiorì, infatti, fino all'avvento della legge Fortuna, una ricca giurisprudenza sulla delibazione di divorzi stranieri di coppie in cui almeno un coniuge fosse di cittadinanza italiana.

La questione non toccava, invece, il matrimonio di coppie interamente straniere: già prima della legge 898/70 il divorzio, in questi casi, non incontrava particolari ostacoli al suo riconoscimento, vista l'adesione italiana alla convenzione dell'Aja del 1902, secondo cui i firmatari rinunciavano ad una applicazione piena della eccezione di ordine pubblico di fronte a divorzi pronunciati, secondo la legge nazionale – *ex art. 3* – da una autorità giurisdizionale competente – anche *jurisdiction administrative* – se ciò è ammesso dalla *lex patriae* – ai sensi dell'art. 5 – nel rispetto del contraddittorio⁶.

Questa apertura del nostro ordinamento verso i divorzi tra stranieri diventa ancora maggiore dopo il 1970.

Dopo quell'anno, infatti, la legge Fortuna apre la via della domanda diretta di divorzio di fronte al giudice italiano; quanto all'*exequatur*, poi, due successivi interventi legislativi saranno interpretati dalla giurisprudenza dominante come fattori di modificazione del contenuto dell'ordine pubblico in questa materia: ci riferiamo, naturalmente, alla nuova Convenzione dell'Aja in tema di riconoscimento dei divorzi e delle separazioni personali del 1970 e alla novella del 1987 in materia di divorzio. Il primo testo riduce i casi in cui uno Stato contraente può rifiutare il riconoscimento ad una sentenza straniera di divorzio «alla manifesta incompatibilità» col proprio ordine pubblico; il secondo, invece, introduce, nell'ordinamento la possibilità di ottenere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del

⁶ F. PASTORE, *op. cit.*, p. 103.

matrimonio sulla base di una domanda congiunta. Chiaramente ne consegue, tesi sostenuta da un orientamento giurisprudenziale pressoché incontrastato, «...l'accettazione, da parte dello Stato italiano, di un criterio di ordine pubblico ridotto al suo nucleo più essenziale, alla stregua del quale la contrarietà sia evidente, e cioè correlata a principi veramente irrinunciabili e fondamentali»⁷ e che «...il nostro ordinamento, mentre pone come principio fondamentale e irrinunciabile per lo scioglimento del matrimonio l'irreversibile dissoluzione del vincolo coniugale, non esclude che tale dissoluzione possa essere provata anche sulla base della concorde volontà dei coniugi...»⁸.

La Cassazione, sulla base delle due menzionate premesse, arriverà a concludere che «una norma straniera che ammette il divorzio per mutuo consenso non è contraria all'ordine pubblico italiano proprio perché non si può ritenere tale consenso come non indicativo di una irreversibile dissoluzione del vincolo matrimoniale, mentre non incide sui principi fondamentali ed irrinunciabili dell'ordinamento italiano il lasciare liberi arbitri le sole parti di apprezzare l'avvenuto venir meno della comunione e l'impossibilità di ricostituirla»⁹.

L'evoluzione descritta amplia i margini di “tolleranza” dell'ordinamento italiano verso istituti familiari stranieri, arrivando a garantire un'apertura pluralistica che si iscrive in un'assai più ampia tendenza che si svolge sul piano del diritto interno, e che si manifesta nella dilatazione progressiva degli spazi di autonomia individuale nel governo delle situazioni

⁷ Cassazione Civile, Sez. I, 19 aprile 1991, n. 4235, in “Rivista di diritto internazionale privato e processuale”, 1992, p. 384.

⁸ Cassazione Civile, Sez. I, 19 aprile 1991, n. 4235, *ibidem*, p. 386.

⁹ Cassazione Civile, Sez. I, 10 novembre 1989, n. 4769, in “Rivista di diritto internazionale privato e processuale”, 1990, p. 997, criticata, appunto dalla stessa Cassazione Civile nella pronuncia n. 4235/1991, in “Rivista di diritto internazionale privato e processuale”, 1992, p. 384.

familiari¹⁰.

Ma da quei giorni, molta acqua è passata sotto i ponti e oggi, l'evoluzione in chiave multietnica del tessuto sociale italiano determina la sempre più frequente formazione di nuclei familiari in cui almeno uno dei soggetti interessati non ha cittadinanza italiana e lo stabilirsi, sempre più frequente, di cittadini stranieri che chiedono il proprio riconoscimento e la tutela dei propri rapporti di famiglia costituiti all'estero.

In presenza di una pluralità di leggi potenzialmente applicabili ad uno stesso rapporto (ad esempio, quella dello Stato nazionale dei soggetti interessati e quella dello Stato di residenza) sarà compito delle norme di diritto internazionale privato stabilire con quale ordinamento la fattispecie presenti la connessione più significativa e, di conseguenza, individuare le disposizioni che meglio si prestano a regolarla¹¹.

E' proprio questa la funzione tipica delle norme di conflitto: quella di individuare il diritto applicabile alla controversia, "scegliendolo" tra tutte le leggi dei diversi ordinamenti che potrebbero e vorrebbero disciplinarla perché più o meno intensamente collegati con essa¹².

L'individuazione del legame, ossia del criterio di collegamento, idoneo a localizzare la fattispecie controversa in un dato sistema giuridico verrà effettuata mediante indici di localizzazione, che di volta in volta designano la legge dello Stato in cui l'interessato è cittadino, la legge dello Stato in cui egli risiede oppure la legge del luogo in cui è sorto il rapporto da disciplinare o, ancora, di quello in cui lo stesso è prevalentemente localizzato.

Caratteristica della riforma del sistema di diritto

¹⁰ F. PASTORE, *op. cit.*, p. 105.

¹¹ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, Piacenza, La Tribuna, 2004, p. 31.

¹² F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 31.

internazionale privato, attuata con l'entrata in vigore della l. 1 maggio 1995, n. 218, è proprio quella di essere ispirata ad un generale principio di parità: la ricerca della legge applicabile al rapporto transnazionale va effettuata ponendo il diritto italiano e le disposizioni di altri ordinamenti oggetto di richiamo sullo stesso piano, senza cioè privilegiare *a priori* l'applicabilità della legge italiana, salvo, tuttavia, sussistano particolari interessi in gioco, caso in cui sarà concessa alle parti la scelta della legge da applicare ai loro rapporti, mettendo, così, fuori gioco il sistema dei criteri di collegamento, previsti dalle norme di conflitto¹³.

La disciplina dei conflitti di leggi in materia di rapporti familiari e, in particolare, matrimoniali, ha da sempre impegnato su vari fronti i cultori del diritto internazionale privato e del diritto di famiglia: la delicatezza degli interessi coinvolti, spesso attinenti alla sfera più intima dei soggetti interessati e il fatto che nella generalità degli ordinamenti i rapporti di famiglia sono, in larga misura, disciplinati da disposizioni imperative e inderogabili, hanno indotto il legislatore a predisporre un articolato sistema di norme di conflitto, nel tentativo di risolvere in maniera soddisfacente i complessi problemi che possono sorgere in questa materia¹⁴.

Prima di passare ad analizzare il sistema, occorre ricordare come il progetto di fondo della riforma sia mirato a regolare non solo le questioni attinenti al diritto applicabile, ma anche questioni di carattere processuale strettamente connesse con la materia internazionalprivatistica.

Nell'enunciare gli scopi della legge, infatti, l'art. 1 dichiara che, oltre a porre i criteri per l'individuazione del diritto applicabile, essa ha gli ulteriori scopi di delimitare l'ambito della giurisdizione italiana e di disciplinare l'efficacia delle sentenze e

¹³ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 32.

¹⁴ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 32.

degli atti stranieri.

Con riferimento alle questioni di diritto internazionale privato in senso stretto, cioè quelle concernenti l'individuazione della legge applicabile ad un dato rapporto, la legge di riforma presenta alcune novità di notevole interesse: come vedremo, il legislatore ha dato soluzione a diverse problematiche rispetto alle quali il precedente sistema si era mostrato inadeguato, pur non discostandosi radicalmente dalla impostazione tradizionale, risalente a Pasquale Stanislao Mancini, il più grande sostenitore, come abbiamo visto, dell'applicazione della legge nazionale dell'interessato: non v'è dubbio, infatti, che, tuttora, l'appartenenza ad una determinata comunità nazionale rappresenta generalmente il legame più significativo tra un individuo e un determinato ordinamento.

Tuttavia, già con la promulgazione del nuovo codice civile e il conseguente inserimento del sistema di diritto internazionale privato nel codice, i caratteri fondamentali della teoria manciniana cambiano: il principio di nazionalità muta profondamente all'interno dei rapporti familiari. Al posto di tante singole nazionalità quanti sono i componenti della famiglia si individua una sola legge regolatrice del rapporto, mentre nel caso di diversa nazionalità dei soggetti, la legge regolatrice del rapporto diventa quella del padre, del marito, dell'adottante, in quanto solo all'uomo viene riconosciuto una posizione preminente all'interno della famiglia. L'unità della famiglia comporta la necessaria unicità della cittadinanza del nucleo familiare, corrispondente a quella del capo famiglia¹⁵.

Tuttavia, in breve tempo, l'entrata in vigore della carta costituzionale e la le nuove concezioni politico-sociali rendono il nuovo sistema di diritto internazionale privato già vecchio e la

¹⁵ A. BEGHÈ LORETI, *I figli delle coppie plurinazionali*, in "Giustizia Civile", 1989, fasc. 6, pt. II, p. 303 ss.

modifica che, quasi da subito, si era resa necessaria ad un certo punto, con l'entrata in vigore della legge sul divorzio (l. 898/70) e della legge di riforma del diritto di famiglia (l. 151/75) diventa improrogabile.

Il principale sintomo di questa inidoneità è da ricercarsi nel doppio intervento abrogativo ad opera della Corte Costituzionale del 1987¹⁶: con due distinte pronunce nel giro di pochi mesi, infatti, la Corte aveva dichiarato illegittimi gli artt. 18 e 20, comma 1, disp. prel., nelle parti in cui designavano, quale diritto applicabile ai rapporti personali tra coniugi e ai rapporti tra genitori e figli, la legge nazionale dell'uomo, rispettivamente, quindi, del marito e del padre.

Tuttavia, queste due pronunce, oltre a creare un vuoto normativo colmato solo nel 1995, posero finalmente termine ad un prolungato dibattito avente ad oggetto la c.d. "neutralità" delle norme di conflitto rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento¹⁷.

Partendo, infatti, dall'ovvio presupposto che la funzione tipica della norma di diritto internazionale privato consista nell'individuare la legge applicabile ad un dato rapporto e non nel disciplinarlo materialmente, parte della dottrina giunse a sostenere che le norme di conflitto potessero utilizzare criteri di collegamento non conformi al nucleo di valori fondanti la

¹⁶ Sentenze di Corte Costituzionale, n. 71 e 477 del 1987. Occorre sottolineare come, già nel 1975, La Corte venne investita di una serie di questioni di illegittimità costituzionale, tuttavia, pur evidenziando l'opportunità di un intervento legislativo in materia, capace di adattare tali disposizioni al nuovo disposto costituzionale, si astenne dall'entrare nel merito della questione: nell'ordinanza di rinvio non era stata sufficientemente motivata la rilevanza del problema per il giudizio *a quo*. Chiaro come la Corte, così facendo, lasciò al legislatore il tempo di intervenire sulla questione, evitando vuoti giuridici. Tuttavia, dodici anni passarono invano. Nel 1987 la questione tornò ad essere oggetto di due procedimenti innanzi alla Corte, la quale, stavolta, escluse che le norme di diritto internazionale privato possano essere sottratte al controllo di costituzionalità in ragione di una loro presunta neutralità e dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 e 20.

¹⁷ P. MENGOZZI, *La riforma del diritto internazionale privato italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2002, p. 32.

comunità organizzata a Stato¹⁸.

L'opinione contraria, seguita dalla Consulta in entrambe le pronunce, prendeva le mosse da imprescindibili esigenze di coerenza interna dell'ordinamento: poiché le norme di conflitto sono comuni disposizioni di legge vigenti in Italia, esse sono normalmente inserite nel sistema gerarchico delle fonti e sottoposte al vincolo di conformità con i principi fondamentali del nostro ordinamento.

A ben vedere, poi, l'eliminazione di eventuali effetti inaccettabili, conseguenti all'applicazione della legge individuata, può essere agevolmente effettuata mediante il ricorso all'eccezione di ordine pubblico che, come si vedrà, inibisce il funzionamento delle norme di conflitto ogniqualvolta conduca ad esiti sostanzialmente incompatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento¹⁹.

Venendo all'attuale sistema normativo, i conflitti di leggi in materia familiare sono risolti attraverso un complesso di norme specifiche, ognuna delle quali indica i criteri di collegamento da utilizzare per individuare il diritto applicabile a peculiari aspetti del rapporto.

Ma, al di là di queste disposizioni specifiche, la regolamentazione del rapporto risente anche di alcune importanti scelte sistematiche che caratterizzano la riforma nel suo complesso. La legge 218, infatti, innovando sotto un ulteriore profilo rispetto al precedente sistema, predispone una serie di norme relative a diverse questioni generali di diritto internazionale privato (artt. 13-19), tra le quali rivestono la massima importanza, poiché decisamente innovative, le

¹⁸ A sostegno di tali opinioni erano solitamente addotte osservazioni di carattere pratico secondo cui, in diversi casi, l'utilizzo di criteri di collegamento di per sé sbilanciati a favore di uno dei soggetti interessati avrebbe determinato soluzioni più eque proprio nell'interesse del soggetto che si riteneva discriminato.

¹⁹ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., pp. 34-35.

disposizioni in materia di rinvio (art. 13) e di trattamento processuale della legge straniera (artt. 14 e 15).

3. La qualificazione della filiazione

“Qualificare” una fattispecie significa, dal punto di vista del diritto internazionale privato, individuare la norma di conflitto idonea a disciplinarla: l’interprete viene così chiamato a valutare le caratteristiche oggettive e soggettive del concreto rapporto portato alla sua attenzione, al fine di ricondurlo nell’ambito di applicazione di un determinato precetto astratto, espresso da questa o quella norma di diritto internazionale privato²⁰.

La legge di riforma del diritto internazionale privato non indica i criteri in base ai quali l’interprete debba qualificare il caso da decidere. Secondo l’opinione prevalente in dottrina, questa operazione, quando riguardi l’applicazione di norme di conflitto nazionali, va eseguita in base alla legge dell’ordinamento di appartenenza di tali disposizioni, tesi seguita e condivisa dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione e da quella di diversi giudici territoriali: in sostanza, se la norma di conflitto da applicare fosse italiana, la qualificazione del caso andrebbe effettuata in base al diritto italiano²¹.

A sostegno di questo orientamento si deve considerare che la delimitazione dell’ambito di applicazione di una norma di conflitto nazionale riguarda un precetto totalmente interno ad un dato ordinamento: è evidente, quindi, che la definizione della sua portata debba essere operata alla stregua delle concezioni giuridiche cui esso è ispirato, pur tenendo, comunque, conto delle esigenze di flessibilità che la disciplina delle relazioni transnazionali, necessariamente, richiede.

²⁰ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 36.

²¹ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 36.

La soluzione, così, preferibile non consente, però, di evitare, in alcuni casi, l'insorgere dei c.d. "conflitti di qualificazione": privilegiare il punto di vista dell'ordinamento, cui la norma di conflitto appartiene, implica che la soluzione dello stesso caso possa cambiare a seconda del richiamo di un determinato ordinamento piuttosto che di un altro²².

Il problema potrebbe, in verità, sorgere anche a riguardo di norme avente origine internazionale; in tal caso, però, non si potrà non tener conto della natura pattizia di tali norme, nonché dell'esigenza di una loro applicazione uniforme: come ricordato espressamente dall'art. 2, comma 2, della legge di riforma, sarà necessario ricorrere ai canoni interpretativi propri dell'ordinamento internazionale, tra cui si segnalano per assoluta importanza i criteri enunciati dagli artt. 31 e 33 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati (eseguita in Italia con l. 12 febbraio 1974, n. 112). In base a tali disposizioni occorre tener conto di ogni possibile elemento di valutazione che potrebbe emergere dalle differenti formulazioni linguistiche del trattato, dal suo oggetto e dal contesto nel quale esso si è perfezionato, nonché dagli scopi perseguiti dagli Stati contraenti e dai lavori preparatori²³.

A ben vedere, però, la scelta della norma di conflitto

²² Un caso limite in materia di qualificazione è quello che viene considerato un vero e proprio *leading case* in questo campo: il caso *Bartholo*, (Corte d'Appello di Algeri, 24 dicembre 1889) avente ad oggetto il problema della qualificazione di una fattispecie, considerata relativamente successione o questione attinente ai rapporti tra coniugi, a seconda dell'ordinamento considerato: si trattava della successione di un cittadino anglo-maltese, residente in Algeria, ove aveva acquistato a titolo personale delle proprietà immobiliari. Alla sua morte, la moglie, anch'essa cittadina anglo-maltese, invocando la legge nazionale propria e del marito, che prevedeva la comunione legale di quanto acquistato in costanza del matrimonio, ebbe a chiedere una quota di tali beni nella misura di un quarto. Diversamente, la legge francese al tempo vigente in Algeria che, invece, considerava la questione come successoria, negando peraltro al coniuge superstite alcun diritto in presenza di un testamento a favore di altri. Alla fine prevalse la lettura della fattispecie in base al diritto anglo-maltese e la questione fu ritenuta concernente il regime patrimoniale familiare.

²³ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 38.

applicabile non è l'unico frangente in cui un rapporto internazionale richiede di "essere qualificato".

Prima ancora che si ponga il problema della legge applicabile, infatti, occorre stabilire se sussista o meno la giurisdizione del giudice investito della causa, ossia verificare se questi abbia o meno i poteri necessari per conoscere e decidere della controversia portata alla sua attenzione²⁴.

Allo stesso modo, una volta individuata la norma di conflitto applicabile, il giudice deve "qualificare" il criterio di collegamento utilizzato per localizzare la fattispecie in un determinato ordinamento. Tale operazione consiste, in sostanza, nell'individuare il significato tecnico giuridico dell'espressione utilizzata dalla norma in quel dato ordinamento. In entrambi i casi, quando cioè si tratti di norme italiane in materia di giurisdizione o di criteri di collegamento utilizzati da disposizioni di conflitto interne, la qualificazione verrà effettuata alla stregua del diritto italiano²⁵. Così, ad esempio, il concetto di comune residenza, *ex art. 28*, corrisponderà alla nozione di residenza propria dell'ordinamento italiano. Tuttavia, è il caso di segnalare l'eccezione costituita dal criterio di collegamento della cittadinanza: quando non si tratti di stabilire la sussistenza della cittadinanza italiana, l'appartenenza di un soggetto ad un determinato Stato non potrà che essere valutata alla stregua delle disposizioni e dei principi vigenti in tale sistema giuridico.

4. Il trattamento processuale della legge straniera

Abbiamo visto come tra le grandi innovazioni introdotte dalla legge di riforma vi siano le norme relative al trattamento processuale della legge straniera, oggetto di richiamo (artt. 14 e

²⁴ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 39.

²⁵ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 40.

15).

Il legislatore del 1995 ha, infatti, imposto al giudice investito della controversia l'obbligo di ricercare il contenuto delle norme straniere applicabili disponendo «l'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice» (art. 14, comma 1).

L'indicazione espressa di tale dovere è stata prontamente recepita in giurisprudenza²⁶ ed ha permesso di superare l'impostazione di segno opposto, prevalente nel precedente regime²⁷. Pur non essendovi, infatti, mai dubitato del carattere imperativo delle norme di conflitto e del correlativo obbligo per il giudice di darvi applicazione, l'orientamento di gran lunga maggioritario, seguito anche in pronunce recentissime²⁸, relative a controversie, però, sorte prima dell'entrata in vigore della legge di riforma, tendeva ad attribuire alle parti l'onere di provare il contenuto del diritto straniero di cui s'invocava l'applicazione. Ciò sul presupposto che il dato normativo straniero non fosse altro che un elemento di fatto della controversia e, in quanto tale, rientrante nell'ambito di applicazione del disposto dell'art. 2697 c.c. («Chi vuol fare valere in giudizio un diritto deve provare i fatti che ne costituiscono in fondamento»).

In realtà, già nella vigenza del precedente regime, la dottrina dominante riteneva applicabile il principio *jura novit curia* (secondo cui è il giudice ad essere tenuto ad accertare il contenuto di tutte le norme applicabili alla fattispecie) anche alla legge straniera oggetto di richiamo, tuttavia le pronunce che recepirono tale impostazione furono poche ed isolate²⁹.

Per esigenze di completezza, ci sembra necessario citare,

²⁶ Tra le varie, Cassazione Civile, Sez. I, 12 novembre 1999, n. 12538, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 2001, p. 651 ss.

²⁷ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 46.

²⁸ Ad esempio, Cassazione Civile, Sez. I, 30 maggio 2001, n. 7365, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 2002, p. 745 ss.

²⁹ Cassazione Civile, sez. Un., 23 febbraio 1978, n. 903, in "Massimario della Giurisprudenza Italiana".

poi, un'ulteriore teoria, considerata intermedia rispetto le altre due, secondo la quale, pur non riconoscendosi un vero e proprio obbligo di indagine in capo al giudice, si riscontrava un dovere di collaborazione tra le parti e l'ufficio, tesi che certo dimostra la consapevolezza della nostra giurisprudenza sulle difficoltà tecniche di reperimento normativo³⁰.

Di tali problemi sembra aver tenuto conto anche il legislatore che, nel risolvere in senso positivo la questione dell'obbligatorietà della ricerca della legge straniera, ha provveduto a mettere a disposizione del giudice una serie di strumenti idonei a facilitarne i compiti. E lo fa sulla base di un approccio al problema che è al contempo realistico ed ispirato ad una visione del rapporto tra diritto statale e determinazione della legge applicabile a situazioni presentanti elementi di internazionalità molto diversa da quella del passato³¹. Esso stabilisce, innanzitutto, al n. 1 che «l'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice» precisando che questi «può, a tal fine, avvalersi a) degli strumenti previsti da convenzioni internazionali, b) di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di Grazia e Giustizia e c) dell'ausilio di esperti o di istituzioni specializzate»³².

Per l'ipotesi, poi, in cui il giudice, nonostante il ricorso a tutti questi strumenti, non sia stato in grado di «accertare la legge straniera indicata dalla norma applicabile, stabilisce che trovi applicazione la legge “richiamata” mediante altri criteri di collegamento, eventualmente previsti per la stessa ipotesi normativa». Solo ove non riesca a raggiungere neanche la conoscenza di questa altra legge, il giudice applicherà la legge italiana.

³⁰ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 46.

³¹ P. MENGOZZI, *op. cit.*, p. 67.

³² P. MENGOZZI, *op. cit.*, p. 67.

La norma non ha, invece, risolto un ulteriore dubbio sorto sotto il precedente regime, concernente l'obbligo di accertare d'ufficio il carattere transnazionale della fattispecie da regolare³³.

Gli eventuali elementi di estraneità che caratterizzano il rapporto, quale ad esempio la cittadinanza straniera di una delle parti, costituiscono il presupposto stesso dell'intervento delle norme di conflitto: è evidente che l'interprete dovrà verificarne la sussistenza per decidere se ricorrere o meno alle norme di diritto internazionale privato. Se, durante la vigenza delle preleggi, la giurisprudenza riteneva gli elementi di estraneità quali elementi di fatto, che le parti avevano l'obbligo di provare, la legge di riforma sembra prediligere la soluzione opposta: anche la verifica degli elementi di estraneità entra nel novero degli obblighi creato dall'art. 14³⁴.

Chiaro corollario dell'art. 14 è il principio enunciato nel successivo art. 15, secondo il quale «la legge straniera è applicata in base ai propri criteri di interpretazione e applicazione nel tempo»: essenziale sarà la ricerca e l'utilizzazione dei criteri ermeneutici del sistema giuridico prescelto³⁵.

In realtà, almeno finora, la giurisprudenza non appare orientata a riconoscere l'esistenza di un vero e proprio obbligo in capo al giudice; in ogni caso tale lettura dell'articolo in questione solleva diverse perplessità.

Tra l'altro, occorre sottolineare come l'art. 15, riferendosi genericamente alla interpretazione della legge straniera, riguarda sia le disposizioni materiali che le norme di conflitto che richiedono di essere applicate al caso dedotto in giudizio: è chiaro come questa scelta influenzerà in modo rilevante la soluzione dei problemi di qualificazione connessi al funzionamento del

³³ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 48.

³⁴ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 49.

³⁵ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 49.

meccanismo di rinvio³⁶.

5. Il meccanismo di rinvio: nozione e disciplina

Il legislatore del 1995 ha ammesso entro limiti ben precisi e con una articolata serie di eccezioni la rilevanza del meccanismo del “rinvio” nell’ambito del sistema delle norme di conflitto.

L’art. 13, comma 1 afferma, infatti, «quando negli articoli successivi è richiamata la legge straniera, si tiene conto del rinvio operato dal diritto internazionale privato straniero alla legge di un altro Stato a) se il diritto di tale Stato accetta il rinvio; b) se si tratta di rinvio alla legge italiana».

Il rinvio, costituente probabilmente la novità di maggiore rilievo introdotta dalla legge di riforma³⁷, è, pertanto, un meccanismo costituito dal gioco combinato di due richiami internazionalprivatistici tra loro distinti e successivi³⁸: il primo effettuato dalla norma di conflitto italiana nei confronti di un ordinamento straniero, il secondo dal diritto internazionale privato di questo verso un ordinamento, considerato terzo (rinvio oltre) o verso la legge italiana (rinvio indietro), il che è possibile solo qualora la norma di conflitto straniera disciplini la fattispecie mediante un criterio di collegamento diverso rispetto a quello utilizzato dalla norma italiana.

L’art. 13, comma 1, come visto, impone di tener conto del rinvio operato dal sistema di diritto internazionale privato straniero in due distinte ipotesi: quando il diritto internazionale privato dello Stato terzo accetti il richiamo e quando si tratti di

³⁶ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., pp. 49-50.

³⁷ Il sistema delle preleggi escludeva radicalmente l’incidenza del rinvio: secondo l’art. 30 disp. prel. c.c. il richiamo effettuato dalle norme di conflitto italiane era da riferirsi in ogni caso al diritto materiale dell’ordinamento designato. Chiaro come un’eventuale rifiuto da parte dell’ordinamento di disciplinare il rapporto non fosse tenuto in alcuna considerazione. Si veda F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 51.

³⁸ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 50.

rinvio verso la legge italiana ... nel primo caso, sarà necessario che le norme di conflitto dell'ordinamento richiamato per secondo e di quello che effettua il rinvio utilizzino lo stesso criterio di collegamento, nel secondo caso, invece, basta che il sistema di diritto internazionale privato richiami la legge italiana³⁹.

L'impostazione decisamente innovativa seguita dal nostro legislatore si spiega in base a due rilievi difficilmente contestabili: *in primis*, il richiamo all'ordinamento di uno Stato straniero è da considerarsi riferito a tutte le disposizioni di quello Stato utili a disciplinare il caso dedotto, comprese le norme riguardanti i conflitti di leggi. In secondo luogo, poi, tener conto delle sole norme materiali comporterebbe, in gran parte dei casi, l'applicazione di una disciplina sostanziale che potrebbe non essere chiamata a disciplinare quella stessa fattispecie⁴⁰.

Le disposizioni attualmente in vigore, invece, obbligano l'interprete a valutare tutti gli effetti che l'ulteriore richiamo è suscettibile di produrre.

A ben vedere, la soluzione adottata dal legislatore della riforma consente, in molte ipotesi, di perseguire efficacemente soluzioni il più possibile uniformi, permettendo, altresì di evitare quel processo del tutto simile ad un circolo vizioso che si ha quando le norme di diritto internazionale privato di due diversi ordinamenti si "palleggiano" all'infinito la disciplina della medesima questione, evitando, tra l'altro all'interprete di inseguire la fattispecie attraverso un numero indefinito di ulteriori rinvii che le varie norme di conflitto potrebbero operare⁴¹.

Non bisogna dimenticare come, eccezione al disposto del primo comma dell'art. 13, il secondo comma preveda una serie di ipotesi in relazione alle quali il rinvio non produca alcun effetto:

³⁹ P. MENGOZZI, *op. cit.*, pp. 64-66.

⁴⁰ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 52.

⁴¹ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 52.

in altri termini, la norma enuncia una serie di casi nei quali il richiamo deve intendersi direttamente riferito alle norme materiali dell'ordinamento designato⁴².

Si tratta di situazioni in cui l'individuazione della legge applicabile avviene previa scelta degli interessati o quando il richiamo dell'ordinamento straniero concerne la disciplina della forma degli atti o quella delle obbligazioni extracontrattuali.

6. Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia, Germania e Inghilterra

Abbiamo visto come l'Italia sia solo l'ultimo dei paesi industrializzati ad essere investito da ondate di gente proveniente dai più remoti Paesi della Terra: il problema che scuote l'opinione pubblica e l'operato della nostra classe politica è, in realtà, una questione che attanaglia ormai da diversi decenni la società francese, tedesca e inglese. Ebbene, proprio le tre grandi potenze rappresentano in maniera efficace le tre modalità codificate dalla dottrina antropologica di gestione della componente immigrata della popolazione: quella dell'assimilazione, della separazione e dell'integrazione multi-etnica⁴³.

L'assimilazione, favorita dall'esistenza di un'omogeneizzazione politico-culturale, derivante da un vivace rapporto culturale tra madrepatria e colonie, è tipica di quelle ipotesi in cui la tendenza predominante è quella per cui si cerca di integrare il soggetto nella *Weltanschauung* culturale del Paese ospite, facendogliene assorbire i tratti essenziali (lingua, costumi, visione di fondo del rapporto col sociale).

Atteggiamento tipico dei Paesi dotati di culture forti, quale

⁴² F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 56.

⁴³ L. MUSSELLI, *Islam e ordinamenti giuridici europei: momenti di contrasto e momenti di possibile integrazione*, in L. MUSSELLI (cur.), *La presenza islamica nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 15 ss.

quella francese del Sette ed Ottocento, questa via, che trovava il suo strumento ideale nella formazione data ai giovani dalle scuole e dalle università, troverà proprio in Francia l'apice massimo della sua fortuna, almeno sino alle tensioni recentemente sorte in seguito alla presa di coscienza nell'immigrazione nordafricana della propria identità islamica, favorita da un ritorno al fondamentalismo⁴⁴.

Diversa è, invece, la via tedesca, più fortemente ispirata ad una certa separazione delle diverse componenti sociali, dove l'immigrato, specie di nazionalità turca, viene visto come uno straniero temporaneamente residente per ragioni di lavoro⁴⁵ relegato ad una fittizia posizione di lavoro temporaneo, di cui ci si occupa solo marginalmente, come si trattasse di soggetti viventi in una posizione d'eterna provvisorietà, anziché di residenti che da anni si trovano sul territorio nazionale. E' ovvio che l'obiettivo recondito di questo *modus operandi* sia quello di preservare i modelli culturali del Paese e la sua *leadership* politica e, di conseguenza, normativa, dall'effetto dirompente che potrebbe avere il peso di centinaia di migliaia o milioni di soggetti, qualora acquisissero voce in capitolo sui diritti concessi ai residenti stabili o ai cittadini, ove fosse possibile la concessione della cittadinanza, assai difficile invece da conseguirsi in questo ambito⁴⁶.

L'ultima via è quella dell'integrazione multi-etnica e multi-religiosa, attuata attraverso una presa d'atto da parte dell'ordinamento delle diversità religiose e culturali, via peraltro percorsa in modo diverso da Inghilterra, Austria e Spagna, relativamente attraverso la concessione di ampi spazi di libertà e

⁴⁴ L. MUSSELLI, *Islam e ordinamenti giuridici europei: momenti di contrasto e momenti di possibile integrazione*, cit, pp. 16-17.

⁴⁵ In tedesco *Gastarbeiter*, cioè lavoratore ospite.

⁴⁶ L. MUSSELLI, *Islam e ordinamenti giuridici europei: momenti di contrasto e momenti di possibile integrazione*, cit, p. 17.

autonomia nel primo caso⁴⁷, con il riconoscimento della personalità giuridica della confessione islamica⁴⁸ o ancora, secondo quanto accaduto in Spagna, attraverso la stipula di convenzioni⁴⁹, del tutto simili ai patti concordatari firmati da Italia e S. Sede ex art. 8 della Costituzione, capaci di dar vita ad una normativa speciale per l'esercizio della libertà religiosa e per alcuni altri settori, dove esigenze di tipo religioso confluiscono ad altre di tipo politico-civile⁵⁰.

Al di là delle teorie antropologiche sulla gestione dei “conflitti di civiltà” il problema è e rimane di natura giuridica.

Esemplare nella gestione di tali conflitti è sicuramente la storia francese, da cui partiremo.

Occorrerà, tuttavia, premettere un piccolo preambolo di natura storica: non si può non sottolineare, infatti, come la dottrina “della soluzione dei conflitti di civilizzazione” trovi radice in un serie di avvenimenti, tutti venuti in essere nei primi anni del XIX secolo.

In primis, in quegli anni, nella maggior parte degli Stati dell'Europa continentale, si compie l'unificazione del diritto privato su base territoriale e sotto forma codicistica. Accanto a tale rivoluzione, però, almeno altre due innovazioni vedono la luce in quel periodo: in primo luogo, i parlamenti nazionali

⁴⁷ Da notare come possa riconoscersi come ulteriormente favorevole a questo tipo di costruzione il fatto che il sistema di *common law* sia portato a risolvere gli eventuali problemi più sul piano della prassi che su quello dei principi, attraverso una positiva considerazione delle diversità di cui gli immigrati sono portatori, soprattutto a livello religioso, anche nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

⁴⁸ Riconoscimento compiuto prima con la *Islamgesetz* del 1912, assicurante una posizione di “confessione religiosa riconosciuta” ai musulmani di rito hanafita, per venire incontro alle esigenze religiose dei soldati bosniaci in forze all'esercito asburgico, poi, confermato con una legge promulgata il 2 agosto 1988, estesa stavolta ai fedeli di ogni rito, su richiesta della comunità di Vienna e del *Moslemische Sozialdienst*.

⁴⁹ Tra gli accordi più importanti occorre sicuramente ricordare quello entrato in vigore con la legge del 10 novembre 1992 n. 26.

⁵⁰ L. MUSSELLI, *Islam e ordinamenti giuridici europei: momenti di contrasto e momenti di possibile integrazione*, cit., pp. 17-18.

emanano leggi che disciplinano per la prima volta in modo rigoroso l'acquisto e la perdita di cittadinanza, e, in secondo luogo, proprio la cittadinanza diventa il criterio maggiormente utilizzato nella individuazione dello statuto personale cui gli individui sono soggetti⁵¹.

Ebbene, come noto, l'epicentro del terremoto ideologico e politico che investe quegli anni si trova in Francia. Proprio l'art. 3 del *Code* napoleonico dispone come «*Les lois concernant l'état e la capacité des personnes régissent les français, même résidant en pays étrangers*»⁵². L'embrione contenuto in questo testo, che si limita a disciplinare la condizione dei francesi all'estero senza interessarsi a quella degli stranieri in patria, raggiunge il suo pieno sviluppo con l'appassionata opera di studio di Pasquale Stanislao Mancini, il quale individua in una sfera di regolazione cd. "di diritto privato necessario" una serie di norme di applicazione necessaria, che dovranno essere applicate ai cittadini di un determinato Stato inderogabilmente: in questo ambito, comprendente perlopiù i rapporti familiari, il regime dei beni mobili, le successioni, le donazioni e, in alcuni casi, la forma degli atti e delle obbligazioni, le regole giuridiche risultano essere il prodotto naturale dell'ambiente nazionale, di cui riflettono un "temperamento nazionale" ritenuto omogeneo⁵³. In buona sostanza, questo nucleo di regole deve, in quanto riflesso culturale del Paese di provenienza, seguire la persona in tutti i suoi spostamenti.

Nella primavera nazionalistica che in quegli anni investe l'Europa, queste idee si diffondono a macchia d'olio, andando in breve tempo a influenzare le disposizioni preliminari al codice

⁵¹ F. PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e Italia*, in "Rivista di diritto internazionale", 1993, fasc. 1, p. 73 ss.

⁵² Traducibile come «Le leggi concernenti lo stato e la capacità delle persone si applicano ai francesi, anche residenti in paesi stranieri».

⁵³ F. PASTORE, *op. cit.*, p. 75.

civile italiano (1865), la normativa spagnola (1889), quella tedesca (1896), quella polacca, finlandese e ceca⁵⁴.

Una volta fatta luce sulla situazione francese dei primi anni dell'Ottocento, sarà possibile partire nella nostra indagine, col chiaro obiettivo di scoprire le evoluzioni del modello francese *in primis*, e di quello tedesco e inglese, poi, nella costruzione di un sistema di risoluzione dei conflitti di leggi: si consideri che la costituzione di migliaia di *ménages* immigrati nelle città occidentali modifica, inevitabilmente quanto radicalmente, i presupposti dell'applicazione di numerose regole giuridiche consolidate, tra cui anche quella che accoglie proprio la cittadinanza come criterio di collegamento nelle controversie familiari internazionali. Le regole tradizionali del diritto internazionale privato sono sottoposte a sollecitazioni del tutto nuove, secondo alcuni, addirittura, in questo campo «*plus que dans toute autre branche du droit, le fossé qui sépare les règles juridiques et la réalité sociale paraît profond*»⁵⁵.

Ebbene, fin dal secolo scorso, il diritto internazionale privato francese si sviluppa per elaborazione giurisprudenziale. Sono, infatti, i giudici⁵⁶ che, a partire dal 1814, estendono, per analogia, agli stranieri domiciliati in Francia il contenuto dell'art. 3 del

⁵⁴ E' chiaro come la fortuna del criterio della cittadinanza, quale elemento di scelta del diritto applicabile alle controversie tra privati, sia da connettere al clima ideologico dell'epoca: in quegli anni il criterio della cittadinanza costituisce, in modo lampante, l'appiglio normativo che permetterà la costruzione di un sistema di pari, i quali riconoscono eguale dignità tanto al diritto del vicino quanto al proprio. Non bisogna dimenticare come la cittadinanza, poi, permetta, tra le varie potenze europee, il perpetuare di un rapporto dominatore-dominato tra i cittadini dei diversi Paesi. In ultimo, in un'epoca di grandi flussi migratori, l'utilizzo di questo criterio permetterà alle comunità emigrate oltre oceano di conservare un legame simbolico con la comunità d'origine, legame non sostenuto, però, da vasti effetti pratici. Si veda in I. CASTANGIA, *Il criterio della cittadinanza nel diritto internazionale privato*, Napoli, Jovene, 1983, p. 40 ss.

⁵⁵ F. PASTORE, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁶ La carenza di qualsivoglia indirizzo legislativo farà sì che sia la *Cour de Cassation* a rivestire *de facto* un ruolo creativo, esercitato mediante l'espressione di orientamenti rivolti alla giurisprudenza di merito. Tuttavia, tale attività sarà svolta in forma estremamente blanda, lasciando, così, notevoli spazi di discrezionalità ai giudici dei gradi inferiori.

*Code Civil*⁵⁷. Da un punto di vista più strettamente procedurale, invece, due sono i principi cardine seguiti dalla giurisprudenza nella scelta della legge sostanziale da applicare nel caso sussista un elemento di estraneità rispetto all'ordinamento giuridico nazionale, criteri creati, anche qui, in sede giudiziale e destinati a conservare la loro efficacia per decenni: le regole tratte dall'*arrêt Latour* e dall'*arrêt Bisbal*⁵⁸.

Secondo la prima giurisprudenza, la legge straniera deve essere trattata, almeno quanto alla prova del suo contenuto, come un elemento di fatto della controversia: il giudice non è, infatti, tenuto alla sua conoscenza, la cui prova incombe sull'attore, il quale, se non riuscirà a darne prova, sarà sottoposto alla legge francese⁵⁹. Proprio il rigoroso regime della prova della legge straniera risulta un'ulteriore prova della riluttanza del giudice francese a conoscere ed applicare la legge straniera.

Ancor più rigido, sul punto, l'*arrêt Bisbal*⁶⁰, secondo cui appartiene alle parti il diritto di richiedere l'applicazione della legge straniera, in netto contrasto con la norma di diritto internazionale privato che, invece, ne prescrive l'applicazione. Tuttavia, non si può dimenticare una pronuncia⁶¹ di pochi mesi

⁵⁷ F. PASTORE, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁸ F. PASTORE, *op. cit.*, pp. 77-78.

⁵⁹ «*C'est au demandeur en réparation qu'incombe la charge de la preuve des dispositions de la loi étrangère applicable à la responsabilité d'un accident survenu à l'étranger, et le juge ne saurait imposer cette preuve au défendeur...*» in Cour de Cassation, chambre civile, 25 mai 1948 in "Revue critique de droit international privé", 1949, p. 89.

⁶⁰ Cour de Cassation, chambre civile, 12 mai 1959, in "Revue critique de droit international privé", 1960, p. 62. con nota di H. Battifol.

⁶¹ Sentenza Compagnie Algérienne de Crédit et de Banque c. Chemouny: Cour de Cassation, chambre civile, 2 march 1960, in "Revue critique de droit international privé", 1960, p. 97, con nota H. Battifol. Tra l'altro non si può non sottolineare come, fondata su argomentazioni teoriche poco rigorose e aspramente contestata dalla dottrina, questa svolta giurisprudenziale vada esaminata alla luce delle sue conseguenze pratiche...«*la conséquence positive de la jurisprudence Bisbal est de permettre au juge de déterminer la loi applicable en fonction de la variété sociologique des situations et, par la même, d'introduire une souplesse dont il ne se doit pas négliger l'opportunité*». Risultato raggiunto a prezzo di squilibri pericolosi. Lo stesso Battifol, nella sentenza di commento all'*arrêt Bisbal* prevedeva situazioni poi puntualmente prodottesi: «*Il en résultera que si à Orléans les juges déclarent connaître la loi*

successiva, in cui la suprema giurisdizione, con un parziale passo indietro, precisa che il giudice, pur non avendone l'obbligo, ha sempre la facoltà di applicare la legge straniera designata come competente dalle regole di diritto internazionale privato⁶².

Abbiamo detto come questi due importanti principi abbiano avuto una vita relativamente lunga: data, infatti, anno 1988 il più importante stravolgimento di quello che è stato definito⁶³ «...*probablement le revirement de jurisprudence le plus important que la théorie des conflits de la lois ait connu depuis trente ans...*»⁶⁴, la giurisprudenza stabilita dagli *arrêts Bisbal* e *Compagnie Algérienne de Crédit*, rovesciata da due sentenze della *Cour de Cassation*, pronunciate per cassare per violazione di legge, altrettante decisioni d'Appello, che non avevano applicato alla fattispecie la legge straniera designata dalle regole di conflitto⁶⁵.

Se, da un punto di vista giurisprudenziale, le pronunce francesi spiccano per un certo nazionalismo, da un punto di vista più marcatamente sostanziale, il sistema francese di diritto internazionale privato è caratterizzato dalla teoria dell'ordine

italienne ou espagnole, ils refuseront le divorce aux époux soumis à l'une de ces lois qui le demanderaient selon la loi française, tandis qu'à Dijon ou à Bourges le divorce sera accordé pour la raison que le juge français n'est pas tenu d'appliquer d'office une loi étrangère non invoquée. ... ces différences d'attitude traduiront la faveur ou l'hostilité personnelle des juges au divorce, ou resulteront des circonstances de chaque cas concret. Si cette dernière considération peut plaire à certains, la précédente aura moins de faveur, et nul surtout n'approuvera sans doute l'introduction en France du fameux forum shopping qui sévit dans certain pays».

⁶² La questione appare tuttavia, anche a distanza di molti anni da questa pronuncia, meramente teorica. Numerosi studi, tra cui spicca quello di Annette Jobert, hanno, infatti, dimostrato come, in assenza di una specifica domanda delle parti, sia raro che i giudici applichino effettivamente la legge del Paese d'origine a controversie tra stranieri. Tra l'altro non si può non sottolineare come, fondata su argomentazioni teoriche poco rigorose e aspramente contestata dalla dottrina

⁶³ Y. LEQUETTE, *L'abandon de la jurisprudence Bisbal*, in "Revue critique de droit international privé", 1989, p. 277.

⁶⁴ Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 277.

⁶⁵ Cour de Cassation, chambre civil, 11 e 18 octobre 1988, in "Revue critique de droit international privé", 1989, p. 367.

pubblico attenuato, teoria elaborata dalla giurisprudenza nel corso degli anni cinquanta.

Nel 1953 la Cour de Cassation riconobbe, infatti, che il divorzio per mutuo consenso di una cittadina francese e di un cittadino russo, pronunciato dalle autorità ecuadoriane, era valido e produttivo di effetti in Francia, effetti che non avrebbe prodotto se, diversamente, fosse stato sottoposto alle autorità francesi⁶⁶. La decisione si fonda su un assunto formulato in termini estremamente ampi: «...la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français»⁶⁷. Il luogo della costituzione formale dei rapporti familiari viene, dunque, assunto, e rimane a tutt'oggi, un criterio essenziale per la soluzione dei conflitti tra sistemi normativi.

Solo nel corso degli anni '70 vedranno la luce i primi interventi normativi nel campo del diritto internazionale privato. Se la tendenza imperante a livello internazionale vede il criterio del luogo della residenza abituale affermarsi come criterio di collegamento per l'individuazione della legge applicabile, il legislatore francese, nelle due principali riforme del diritto di famiglia degli ultimi anni (la legge 75-617 del 11 luglio 1975 e la 72-3 del 3 gennaio 1972 in materia di filiazione) inserisce disposizioni di ordine internazionalprivatistico fortemente

⁶⁶ Arrêt Rivière: Cour de Cassation, chambre civile, 17 avril 1953, in "Revue critique de droit international privé", 1953, p. 412, con nota di Battifol.

⁶⁷ E' chiaro come, dato l'assunto condensato nella massima della Corte, in relazione agli effetti che produce per l'ordinamento francese una situazione giuridica validamente instaurata all'estero, l'ordine pubblico opera in forma attenuata, poiché il rispetto dovuto ai diritti acquisiti impone una tolleranza maggiore di quella usata nel caso in cui vengono a crearsi situazioni giuridiche nuove. Si veda L. DI GAETANO, *I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica*, in "Giustizia Civile", 1999, fasc. 10, pt. I, p. 2698 ss.

innovative e aspramente criticate⁶⁸.

Si prenda il caso della sezione III del capitolo I della legge del 1972 che smantella in gran parte l'edificio normativo relativamente stabile creato dalla giurisprudenza francese nel corso dei decenni precedenti, basato sulla applicazione della legge degli effetti del matrimonio alla filiazione legittima e della legge nazionale del bambino alla filiazione naturale: la nuova disciplina, strutturata in un pilastro centrale che enuncia il principio generale della sottomissione della materia alla legge personale della madre e, sussidiariamente, a quella del bambino, lascia a quattro articoli successivi le normative di specie, che scelgono quale criterio di collegamento quello del luogo di residenza.

Ma sarà soprattutto la riforma della legge di famiglia a creare i problemi maggiori, specie nei rapporti con la comunità musulmana. La riforma territorialistica ed unilateralistica della Francia in materia di divorzio verrà, infatti, accolta con critiche e rimostanze in alcuni Paesi di emigrazione e cultura musulmana, il cui diritto internazionale privato è rigorosamente ispirato al principio di personalità⁶⁹, e per il quale, quindi, né l'emigrazione

⁶⁸ Si tratta in entrambi i casi di emendamenti proposti da J. Foyer, professore all'Università di Parigi, ex-ministro della giustizia, presidente della Commission des lois dell'Assemblée Nationale del 1975; le innovazioni, nonostante avessero carattere radicale e ribaltassero orientamenti giurisprudenziali consolidati disattendendo i suggerimenti dottrinali correnti, vennero intraprese senza approfondite discussioni preliminari. Per una critica severa al metodo seguito dal legislatore francese si veda H. BATTIFOL – Y. LAGARDE, *L'improvisation des nouvelles règles de conflit des lois en matière de filiation*, in "Revue critique de droit international privé", 1972, p. 1.

⁶⁹ In ossequio al modello euro-continentale, le cui codificazioni hanno costituito il modello di riferimento privilegiato per i legislatori arabi, il giudice, nelle questioni di statuto personale, dovrebbe avere riguardo alla cittadinanza del soggetto coinvolto, ed applicargli, quindi, la legge dello Stato di appartenenza. Tuttavia, in questo caso, non è possibile parlare di semplice recezione di un modello, bensì di un *escamotage* tecnico volto ad assicurare la necessità di restare fedeli ad una delle caratteristiche più genuine della tradizione giuridica islamica: il personalismo, personalismo che si esplica nella vocazione propria di questo diritto, intimamente legato alla religione, ad essere applicato ai fedeli, a tutti i fedeli e solo ad essi. E' chiaro come i legislatori arabi abbiano fatto propria questa regola non perché abbagliati dal successo che aveva riscosso nell'Europa dei nazionalismi, bensì perché ne intravedevano tratti antichi e familiari, tra cui, è certo, quella idea che ogni persona porta con sé la propria legge. Necessario sottolineare come, tuttavia, anche questa regola sia

in Francia, né l'eventuale acquisizione della cittadinanza francese sottraggono il fedele musulmano a questa sottomissione, teoricamente irreversibile⁷⁰.

In questa situazione, esemplare fu il caso del Marocco, le cui autorità si rifiutarono di riconoscere come validi e produttivi di effetti, nel territorio marocchino, i matrimoni celebrati in Francia e i divorzi pronunciati secondo la legge francese⁷¹.

Dall'*impasse* si esce solo nel 1981 con la stipulazione a Rabat della Convenzione franco-marocchina "*relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire*", costituente un patto compromesso, fondato sul principio di personalità della legge in materia di «*état et capacité des personnes* (art. 1)».

Ma le novità che accompagnano l'arrivo del nuovo decennio non si limitano alla stipulazione dell'accordo di Rabat: sempre nei primi anni '80 prende piede un nuovo, e più aperto, orientamento giurisprudenziale in tema di applicazione di leggi straniere, orientamento che, da un punto di vista tecnico, compie un'evoluzione che si muove nel quadro concettuale delineato dagli *arrêts Rivière* e *Chemouni*. Abbiamo visto come queste due

suscettibile di produrre effetti diversi a seconda che venga applicata dal giudice europeo o arabo. Nel secondo caso, infatti, il giudice ben potrebbe dar della regola una lettura del tutto particolare, arrivando talora, addirittura ad ignorarla. A seconda del Paese, questo comportamento potrà caratterizzare l'intero sistema o, diversamente, costituire un episodio sporadico. In ogni caso, tale comportamento è di facile spiegazione: quel che differenzia i casi in cui la regola è applicata normalmente dagli altri è l'appartenenza religiosa delle persone coinvolte. E', infatti, evidente che per il giudice arabo, il vero straniero è il cittadino non musulmano di un altro Stato; se lo straniero è di fede musulmana, il dato della cittadinanza passa in secondo piano...quel che rileva è la sua appartenenza alla *Umma*, la comunità islamica: al fedele di religione islamica verrà infatti applicato il diritto sciaraitico, senza alcun riguardo per la legge dello Stato di appartenenza. Si veda R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Cittadinanza e appartenenza religiosa nel diritto internazionale privato. Il caso dei paesi arabi*, in "Teoria Politica", 1993, IX/3, p. 97 ss.

⁷⁰ F. PASTORE, *op. cit.*, p. 86.

⁷¹ Dal canto suo, occorre ricordare come anche la Francia pose un muro al dialogo, negando l'*exequatur* agli scioglimenti di matrimonio pronunciati in Marocco, allorché gli sposi siano residenti in Francia, e non riconoscendo alcun effetto ai ripudi compiuti da cittadini marocchini di fronte al loro console in territorio francese.

decisioni concernessero gli effetti prodotti in Francia da una situazione giuridica validamente instaurata all'estero e, conseguentemente, l'atteggiarsi del concetto di ordine pubblico, operante in forma attenuata: il rispetto dovuto ai diritti acquisiti all'estero conduceva ad una tolleranza maggiore di quella usata in caso di creazione di situazioni giuridiche nuove.

Nella giurisprudenza citata la sostanza degli argomenti rimaneva pressoché la stessa, assumendo, tuttavia, una portata via via nuova: in materia di effetti del matrimonio poligamico contratto all'estero, ad esempio, si verifica una estensione della giurisprudenza *Chemouni* alla materia successoria⁷².

La situazione cambia ancora alla fine degli anni '80, quando, da un lato, sotto la spinta della strumentalizzazione operata dal nascente *Front National* si assiste ad una crescente politicizzazione del dibattito sull'immigrazione e dall'altro emerge progressivamente una vera e propria “questione islamica”: le due *issues* si fondono nella preoccupata domanda sulla “integrabilità” delle minoranze musulmane nella comunità nazionale.

Le prime discussioni si accendono a livello locale a proposito della costruzione di una moschea o dell'apertura di un «carré islamique» nel cimitero cittadino. Intanto gli avvenimenti medio-orientali – la guerra del Libano e la presa del potere degli ayatollah in Iran, con il loro contorno di ostaggi occidentali e di atti di terrorismo internazionale – contribuiscono a formare l'immagine di un Islam violento e illiberale. Al termine degli anni '80, due *affaires* clamorose rilanciano il dibattito: nel febbraio del 1989, Khomeini emana una *fatwa* di condanna a morte per Salman Rushdie, nell'ottobre dello stesso anno, l'opinione

⁷² Ad esempio Cour de Cassation, chambre civile, 3 gennaio 1980, in “Revue critique de droit international privé”, 1980, p. 331, con nota di Battifol e Cour d'Appel de Paris, 8 novembre 1983, in “Revue critique de droit international privé”, 1984, p. 476, con nota di Lequette.

pubblica francese è divisa dal divieto opposto da un preside di Creil a tre allieve musulmane che chiedevano di poter coprire il capo con un *foulard* durante le ore di lezione, in ossequio alla prescrizione coranica.

Al principio degli anni '90, la guerra civile latente in Algeria e gli appelli alla Guerra Santa lanciati da Saddam Hussein alimentano la schiera dei fantasmi in turbante che ormai popolano l'immaginario collettivo.

Questo clima produrrà i suoi effetti anche nelle sedi istituzionali: ormai il problema dello statuto personale degli stranieri diventa, da questione tecnico-giuridica, una problema di natura politica. Dai numerosi organi straordinari incaricati di studiare risposte adeguate al fenomeno migratorio vengono suggerimenti concordi in materia di statuto personale: occorre restringere la sfera di applicazione dei diritti stranieri con l'obiettivo di tutelare il valore dell'autonomia individuale, attraverso una garanzia rigorosa dell'uguaglianza tra uomo e donna e della prevalenza assoluta dell'interesse del bambino nelle controversie familiari.

Già nel 1988, la Commissione straordinaria incaricata dal Primo Ministro di studiare le prospettive di riforma del *Code de la nationalité* indica nella diversità degli statuti personali un possibile ostacolo all'integrazione. Due anni più tardi, il rapporto Marchand, pur sostenendo «*il convient de favoriser l'organisation de l'Islam en France et de permettre à ses adeptes de pratiquer leur religion dans des conditions normales*»⁷³, auspica che siano sottoposte a revisione le convenzioni bilaterali che prevedono l'applicazione in Francia delle disposizioni contrarie all'ordine pubblico o ai principi fondamentali del nostro ordinamento, quali

⁷³ *Rapport d'information à l'Assemblée Nationale*, seconda sessione ordinaria del 1989-90, annesso al verbale della seduta del giorno 11 maggio 1990.

il principio di uguaglianza e quello di laicità⁷⁴.

Il processo di ridefinizione della nozione di ordine pubblico, a fronte delle sollecitazioni particolari fornite dai diritti di famiglia di matrice musulmana, avanza ulteriormente con la pubblicazione del rapporto del 1992 dell'*Haut Conseil à l'intégration*⁷⁵. In questo testo, l'organo consultivo si eleva a difensore dei principi fondamentali del diritto occidentale delle persone, messi in pericolo dall'applicazione di alcuni diritti stranieri. Per realizzare il suo obiettivo, l'*Haut Conseil* chiede ai poteri pubblici un'azione a tutto campo che faccia uso di tutti gli strumenti giuridici a disposizione, dalla circolare ministeriale alla rinegoziazione dei trattati internazionali⁷⁶: chiaro fondamento teorico delle riforme proposte è l'idea di un "*contract d'intégration*" con cui l'immigrato che si stabilisce definitivamente in Francia si impegni al rispetto in avvenire di alcuni precetti assoluti regolanti i rapporti tra uomo e donna e tra genitori e figli. Secondo l'organo queste norme, che riflettono e garantiscono la nozione occidentale di individuo quale soggetto autonomo in seno ad ogni formazione sociale, compresa la famiglia, fondano e identificano la comunità di accoglienza: la difesa della identità essenziale di questa comunità legittima le restrizioni imposte ai nuovi membri⁷⁷.

⁷⁴ F. PASTORE, *op. cit.*, p. 100.

⁷⁵ F. PASTORE, *op. cit.*, p. 101.

⁷⁶ Tra gli strumenti concretamente proposti occorre ricordare a) il condizionamento della concessione del permesso di soggiorno a titolo di *résident permanent* all'assenza di uno stato di famiglia poligamico; b) consentire il soggiorno a titolo temporaneo di stranieri poligami, escludendo però la possibilità per costoro di un ricongiungimento familiare poligamico; c) negare per legge qualsiasi effetto civile in Francia al matrimonio poligamico che l'immigrato contraiga validamente all'estero dopo il suo ingresso in Francia; d) rinegoziare la convenzione franco-marocchina; e) svolgere una azione metodica e capillare di informazione a beneficio degli immigrati e dei doppi cittadini che abbia per oggetto l'esercizio dei loro diritti.

⁷⁷ Confrontata alla realtà sottostante l'indicazione dell'organo solleva una perplessità: la riflessione è, infatti, condotta facendo riferimento ad individui che migrando definitivamente, si stabiliscono e si riproducono nel Paese d'arrivo. Invece, appaiono sempre più sovente

L'emergenza di un filone autonomo di riflessione giuridica sullo statuto personale dei musulmani ha portato a numerose elaborazioni dottrinali anche in altri Paesi: spiccano per importanza Germania e Inghilterra.

Sappiamo, infatti, come il diritto di famiglia, nel mondo attuale, sembri muoversi verso una sempre crescente uniformità grazie al principio di uguaglianza dei coniugi e della parità di trattamento del figlio nato in costanza di matrimonio e di quello nato al di fuori del matrimonio stesso. E' chiaro come questi sviluppi contrastino in maniera evidente con certi precetti religiosi di altri Paesi, in particolare con quelli dei Paesi islamici, dove a tutt'oggi la famiglia patriarcale predomina ancora nel diritto di famiglia: vista la soluzione francese, sarà il caso di analizzare quella tedesca e quella inglese.

La giurisprudenza tedesca⁷⁸, certamente meno copiosa di quella francese, dimostra tuttavia un sostanziale allineamento a quest'ultima, almeno per quanto il matrimonio poligamico, certo uno di quei campi in cui in conflitto si mostra con maggior vigore: nei due *leading case* che riguardano la questione, in entrambi i casi i giudici tedeschi ammettono la legalità del matrimonio poligamico conclusosi all'estero, alla stregua di quanto affermato dalla Cour de Cassation francese, per l'operare di una sorta di ordine pubblico attenuato⁷⁹.

Se da un punto di vista giurisprudenziale i tribunali tedeschi

situazioni diverse, in cui intere vite sono condotte a cavallo tra i confini, culturali, politici o economici.

⁷⁸ Per una rassegna della giurisprudenza esistente si veda C. CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 1990, fasc. 4, p. 853 ss.

⁷⁹ Si tratta di due sentenze, una del 1974 (VerwG Gelsenkirchen, 18 luglio 1974, in "FamRZ", 1975, p. 338, con nota di Jayme) e una del 1985 (BVerwG, 30 aprile 1985, "JZ", 1985, p. 740, con nota di Kimminich), in cui relativamente il *Verwaltungsgericht* di Gelsenkirchen e il *Bundesverwaltungsgericht* ritengono non pregiudizievole per la comunità tedesca, e addirittura, nel secondo caso, tutelate ex art. 6, comma 1, della Costituzione, le unioni poligamiche soggiornanti in Germania costituite all'estero.

si allineano a quelli francesi, sotto un profilo più marcatamente dottrinale la posizione tedesca presenta notevoli profili innovativi⁸⁰.

Tra queste sicuramente bisogna ricordare la teoria c.d. dei due stadi o dei due gradini, in cui, in buona sostanza, il primo passo necessario risulta essere quello di risolvere un conflitto di leggi richiamando una delle leggi in conflitto. Il secondo, invece, conduce a tener conto come fatto della legge accantonata, nell'integrazione della legge sostanziale richiamata inizialmente⁸¹.

Un esempio, tratto dalla prassi, forse aiuterà a comprendere il sistema: la Corte Federale, in questa sentenza del 28 gennaio 1987⁸², affrontò il problema della validità di un accordo tra una donna araba di religione musulmana, cittadina dello Stato d'Israele, e il marito tedesco convertito all'Islam, avente ad oggetto il pagamento di un *mahr*. L'accordo, secondo il diritto islamico, farebbe parte del contratto di matrimonio e, in molti casi, questa somma viene promessa al momento del matrimonio per essere, poi, pagata in caso di divorzio e, in particolare, in caso di ripudio.

Nel nostro caso, in seguito alla pronuncia di divorzio resa da un giudice tedesco, la donna chiese il pagamento della somma pattuita, quantificata in centomila marchi tedeschi; il marito, tuttavia, obiettò l'invalidità dell'accordo secondo il diritto tedesco.

La Corte risolse inizialmente la questione del conflitto di leggi, individuando quella tedesca come applicabile, in virtù della

⁸⁰ E. JAYME, *Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 1993, fasc. 2, p. 301.

⁸¹ Si tratta di una teoria elaborata in Germania sulla base di alcune teorie americane. Si veda A. HEINRICH, *Internationales Familienrecht*, 1989, p. 195 ss.

⁸² BGH, 28 gennaio 1987, in "IPrax", 1988, p. 109, con nota di HEBLER, *Islamisch-rechtliche Morgengabe: vereinbarter Vermögensausgleich in deutschen Scheidungsfolgenrecht*, in "IPrax", 1988, p. 95 ss.

comune residenza dei coniugi nel Paese. In un secondo momento, però, prima di rinviare il caso alla Corte d'Appello, suggerì di qualificare questo accordo, sconosciuto al diritto tedesco, come un patto di mantenimento dopo il divorzio, *ex* §1585c del BGB tedesco. La Corte tenne conto del matrimonio islamico, avvenuto secondo le regole religiose, come condizione di validità per tale patto.

E' evidente l'efficacia di tale tecnica, abbondantemente utilizzata nelle aule di tribunale tedesche, nella soluzione dei conflitti internazional-privatistici di famiglia: il fatto di escludere, in un primo momento, la rilevanza delle regole religiose per quanto riguarda il richiamo della legge applicabile, per tenerne conto poi, in un secondo momento, nella interpretazione della legge sostanziale richiamata, si presta bene al diritto di famiglia multiculturale⁸³.

Occorre sottolineare come tale regola ben potrebbe operare anche all'inverso, affermando prima l'applicabilità della legge straniera, che verrebbe poi interpretata tenendo conto del diritto tedesco⁸⁴.

Sicuramente più variegata e meno facile da schematizzare, nell'intento di illustrarne le tappe essenziali, appare la giurisprudenza inglese⁸⁵: si passa, infatti, da un primo approccio,

⁸³ E. JAYME, *Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*, cit., p. 302.

⁸⁴ Tale utilizzazione inversa trova applicazione anche in sede giudiziaria. Ad esempio, citiamo la sentenza OLG Hamm 10 febbraio 1992, in "FamRZ", 1992, p. 1180 ss., ove due coniugi marocchini adivano alla Corte d'Appello di Hamm con sentenza del 10 febbraio 1992. Secondo il diritto marocchino, applicabile ai sensi del diritto internazionale privato tedesco, la donna può richiedere il divorzio solo quando provi che è stata maltrattata dal marito. Nel caso in esame, quest'ultimo obiettava che le circostanze, secondo le consuetudini del Marocco, non giustificavano il divorzio. Di diverso avviso la Corte, che, invece, interpretò la nozione di maltrattamento previsto dalla legge marocchina secondo il diritto tedesco, applicabile in ragione del fatto che la donna aveva sempre abitato in Germania.

⁸⁵ Prima di analizzare la questione, sarà necessario affrontare alcune questioni preliminari sulla natura di questo ordinamento. Il Regno Unito, infatti, comprende un certo numero di ordinamenti giuridici completamente separati: i principali sistemi giuridici sono quello inglese e gallese (insieme), cui faremo riferimento, quello scozzese e, a parte, quello

risalente addirittura alla metà del secolo scorso, in cui si nega la competenza del giudice inglese a conoscere della controversia⁸⁶ per assoluta incompatibilità dell'istituto poligamico con quello inglese, a sentenze più recenti quali la *Bandail vs. Bandail*, ove per la prima volta l'unione poligamica trova valido riconoscimento in Gran Bretagna⁸⁷.

Il problema è stato definitivamente risolto in maniera diretta con una legge speciale, il *Matrimonial Proceedings Act* del 1942, atto di normazione speciale che pone una serie di paletti definitivi alla questione dei matrimoni misti, e in particolare di quelli poligamici, scelta poi diventata una costante dell'esperienza anglosassone. In realtà occorre sottolineare come siano state prese diverse iniziative volte ad introdurre nell'ordinamento giuridico inglese uno statuto personale islamico⁸⁸. Secondo alcuni autori il primo tentativo di promuovere il riconoscimento della *Shari'a* nella legislazione inglese è stato compiuto alla conferenza dell'*Union of Muslim Organization* (UMO del Regno Unito e Eire) di Birmingham (1975) e da allora questa proposta è stata ribadita in numerose altre occasioni. Recentemente, una simile richiesta è stata presentata nel "*Muslim Manifesto*" pubblicato dal *Muslim Institute*. Non è chiaro, però, se tale rivendicazione stia realmente a cuore alla maggioranza della popolazione musulmana inglese. Contemporaneamente alla domanda dell'UMO di introdurre un sistema di statuto personale Zaki Badawi ha predisposto un modello di testamento diretto a consentire ai

dell'Irlanda del nord. Occorre sottolineare come, nella maggior parte dei casi le disposizioni giuridiche di questi diversi ordinamenti abbiano esattamente lo stesso contenuto, differendo solo per la fonte da cui promanano o per minime particolarità; in alcune altre occasioni, invece, le norme divergono in maniera consistente.

⁸⁶ *Caso Hyde vs. Hyde*, (1886) in L. DI GAETANO, *op. cit.*, p. 2700.

⁸⁷ Anche qui, per una rassegna giurisprudenziale in tema di matrimonio poligamico e ripudio si veda C. CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, cit., 891 ss.

⁸⁸ A. BRADNEY, *Lo statuto giuridico dell'Islam nel Regno Unito*, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 1996, fasc. 1, p. 183.

musulmani di disporre delle loro proprietà in modo conforme sia alla legge islamica che a quella inglese, ma in realtà anche questo progetto pare abbia suscitato scarso interesse⁸⁹.

In ogni caso, fino ad oggi, nessun governo britannico ha mostrato la minima propensione ad introdurre uno statuto giuridico personale per i musulmani⁹⁰.

7. La tutela dei principi fondamentali del nostro ordinamento: ordine pubblico internazionale e norme di applicazione necessaria

L'apertura alla applicazione di disposizioni straniere, apertura che deriva dal normale funzionamento delle norme di conflitto, non deve, tuttavia, determinare effetti incompatibili con i principi fondamentali posti alla base dell'ordinamento italiano.

E' al fine di scongiurare questo pericolo che la legge di riforma si è dotata di alcuni dispositivi di sicurezza, una sorta di valvole giuridiche, deputate a limitare l'operatività delle norme di diritto internazionale privato (art. 16) o il riconoscimento di sentenze o provvedimenti resi all'estero (artt. 64, 65, 66 e 67), quando ciò determini esiti contrastanti col c.d. ordine pubblico internazionale⁹¹. In altri casi (art. 17) la l. 218/95 impone, poi, di dare rilievo a disposizioni materiali interne che «in

⁸⁹ A. BRADNEY, *op. cit.*, p. 183.

⁹⁰ A. BRADNEY, *op. cit.*, p. 183.

⁹¹ Le preoccupazioni che hanno portato il legislatore ad evitare l'uso dell'aggettivo internazionale si riferiscono ad una giurisprudenza assai criticabile, almeno secondo P. Mengozzi, grande sostenitore della tesi accolta dal legislatore della 218, secondo cui l'ordine pubblico internazionale consisterebbe in un complesso di principi universali, comuni a molte nazioni di civiltà affine, la cui esistenza sarebbe finalizzata alla tutela di alcuni diritti fondamentali dell'uomo. Il fatto di non aver scelto tale costruzione. Chiaro come questa giurisprudenza, operando detta semplificazione, ha trasformato in centrale e decisivo quel riferimento che Mengozzi ha sempre operato nei confronti dei principi accolti dalla maggior parte degli Stati membri della comunità internazionale, qualificandolo come strumentale.

considerazione del loro oggetto e del loro scopo debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera» (le c.d. norme di applicazione necessaria⁹²).

Sotto il primo profilo, occorre premettere alcuni cenni circa la nozione di ordine pubblico rilevante nel campo del diritto internazionale privato. Questa va ricercata nei principi fondamentali cui si ispira il nostro ordinamento, desumibili dalle norme costituzionali ed espressi in precetti di legge o, ancora, in norme internazionali. In altri termini, quel che qui rileva è il nucleo di principi e valori essenziali la cui salvaguardia rappresenta per ogni ordinamento giuridico una esigenza imprescindibile ai fini della sua normale esistenza, principi e valori che un sistema giuridico non può trascurare nemmeno quando si apre alle leggi straniere oggetto di richiamo⁹³.

Tuttavia, non bisogna dimenticare come tra le caratteristiche tipiche della figura dogmatica vi siano la funzionalità e la positività. Funzionale nel senso che il suo contenuto non è e non può essere predeterminato, ma si precisa in relazione alla funzione cui il concetto stesso è preordinato: faranno parte dell'ordine pubblico internazionale tutti quei principi di varia origine che, in ragione del valore che assumono nella *lex fori* operano come limite all'inserimento di norme straniere o al riconoscimento di atti pubblici esteri. Positivo nel senso che tali principi debbano essere recepiti, espressamente o meno, dall'ordinamento⁹⁴: non è sufficiente, invece, che siano presenti nella coscienza sociale⁹⁵.

⁹² Anche questo inserimento risulta costituire una delle grandi novità della l. 218: di tale limite non v'è conoscenza, almeno a livello normativo, nel *corpus* in premessa al codice del 1942...tuttavia, non bisogna dimenticare come fosse, in realtà, spesso utilizzato in giurisprudenza. Si veda P. MENGOZZI, *op. cit.*, p. 73.

⁹³ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., pp. 58-59.

⁹⁴ G. BADIALI, *Ordine pubblico*, in "Enciclopedia giuridica", Roma, Istituto dell'enciclopedia italiana Treccani, XXII/1, 1989, p. 1.

⁹⁵ Affidarsi alla coscienza sociale vorrebbe dire introdurre nella rilevazione del principio di ordine pubblico internazionale elementi di incertezza e perfino di arbitrio, non essendo

Naturalmente, la natura imperativa ed inderogabile di molte disposizioni materiali italiane non consente di ritenerle in ogni caso applicabili anche a rapporti internazionali disciplinati da una legge straniera, a meno che tali disposizioni siano da ritenersi di importanza tale da rientrare nella particolare categoria delle norme di applicazione necessaria *ex art. 17*. Occorre ricordare come, tra l'altro, rientrino in tale categoria, anche tutti i valori e principi fondanti l'ordinamento internazionale, cui l'Italia è tenuta ad uniformarsi, soprattutto in tema di tutela dei diritti umani.

Va sottolineato come quello dell'ordine pubblico sia un concetto variabile, sia nello spazio che nel tempo, basti pensare, sotto il primo profilo, proprio molti degli istituti contemplati dal diritto di famiglia vigente nei diversi ordinamenti di ispirazione musulmana, nei confronti dei quali la nostra giurisprudenza ha da sempre dimostrato un atteggiamento assai cauto⁹⁶.

Sotto il secondo aspetto, invece, pensiamo alle società, e agli ordinamenti giuridici che da queste derivano, che si evolvono e si adattano ai mutamenti, che necessariamente intervengono al loro interno: tale evoluzione si ripercuote necessariamente su quel che ogni sistema normativo è disposto a tollerare e sulla misura in cui tale apertura è praticabile⁹⁷. Paradigmatico è il caso del divorzio,

sempre agevole accertare quali siano, in un dato momento storico, gli orientamenti di una data comunità e rimanendo aperto il dubbio se ci si debba basare sull'orientamento prevalente o su quello di una parte del corpo sociale ritenuta più avveduta e sensibile. Si veda G. BADIALI, *op. cit.*, p. 1.

⁹⁶ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 59.

⁹⁷ Questo aspetto richiede, però, qualche breve puntualizzazione. Ogni comunità umana subisce delle trasformazioni che possono interessare anche il patrimonio di civiltà che le è peculiare: può avvenire che certi principi che apparivano fondamentali in un determinato momento storico, col passare del tempo perdano tale carattere o che se ne affermino altri di nuovo contenuto. E' chiaro che questi cambiamenti pongono un problema di diritto intertemporale, la cui soluzione non può che essere ricollegata alla funzione cui è preposto il concetto di ordine pubblico internazionale. E' evidente che i principi cui bisogna fare riferimento sono quelli in vigore nel momento in cui si pone in concreto il problema della applicazione del diritto straniero, visto che si tratta di preservare il patrimonio giuridico attuale della *lex fori*. La questione assume aspetti particolari nel caso di riconoscimento di sentenze o altri atti pubblici stranieri. Una certa giurisprudenza, precedente alla legge di

istituto sconosciuto al nostro ordinamento fino al 1970, anno della legge Fortuna.

Passando ad analizzare il concreto operare del limite dell'ordine pubblico, esso viene in rilievo quando le norme di conflitto hanno già indicato la legge applicabile ad un certo rapporto: l'interprete, dopo aver individuato la legge applicabile e dopo averne accertato contenuto e prassi applicativa (artt. 14 e 15), deve valutare gli effetti che in concreto quella fattispecie potrebbe produrre, al fine di vagliarne la compatibilità con i principi generali del sistema giuridico nell'ambito del quale esso opera, i c.d. principi generali del foro⁹⁸.

E' bene sottolineare come il giudizio di compatibilità debba consistere in un giudizio in concreto: deve riferirsi esclusivamente agli effetti concreti che l'applicazione della legge straniera può produrre, e non in una valutazione in astratto del dato normativo straniero⁹⁹.

Con ciò non si vuol negare che esistano principi di così alto valore da consentire di classificare aprioristicamente come inapplicabili eventuali leggi straniere contrarie, ma semplicemente sottolineare come nella maggior parte dei casi solo la valutazione del rapporto concreto, e delle conseguenze che se ne trarrebbero, consente di percepire se il turbamento provocato nella *lex fori* da tale disciplina sia o meno intollerabile.

Sotto questo aspetto, assume particolare rilievo la distinzione tra casi di riconoscimento di sentenze e quelli di applicazione diretta nella *lex fori* di norme straniere.

riforma, facendo leva sul fatto che il riconoscimento ha effetti retroattivi, sostenne che in questi casi si dovesse tenere conto non già dell'ordine pubblico in vigore al momento della deliberazione, quanto di quello esistente al momento della emanazione della sentenza o dell'atto pubblico straniero, tesi non condivisa dalla dottrina maggioritaria.

⁹⁸ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 60.

⁹⁹ In realtà la norma non contiene espressamente questo invito, presente, invece, nell'art. 31 delle preleggi: in ogni caso resta fermo il fatto che l'operatore debba disattendere il disposto non sulla base di una valutazione astratta di essa, ma in ragione degli effetti prodotti al momento della applicazione. Si veda P. MENGOZZI, *op. cit.*, p. 77.

Nella prima ipotesi, infatti, la minore intensità di vibrazione dell'ordine pubblico trova facile spiegazione nella presenza di due elementi, assenti nell'altro caso: da un lato, la constatazione dell'esistenza di una situazione giuridica già costituita, produttiva di effetti in altri ordinamenti giuridici, dall'altro, la partecipazione "passiva" del giudice italiano, che non svolge un ruolo primario, costitutivo, ma che, invece, si limita a riconoscere situazioni *in itinere*.

Abbiamo detto come l'effetto primario dell'intervento dell'ordine pubblico sia essenzialmente negativo, consistendo nel rigetto della legge straniera richiamata. Ebbene: cosa accade in concreto?

Nel caso di prognosi negativa circa l'applicabilità della legge straniera, il giudice sarebbe tenuto a ricercare la disciplina della fattispecie attraverso gli ulteriori criteri di collegamento eventualmente previsti dalla norma di conflitto (art. 16, comma 2). Nel caso limite ove tutte le leggi potenzialmente applicabili conducessero ad esiti inaccettabili, il diritto applicabile tornerebbe ad essere quello italiano¹⁰⁰.

Diverso, invece, il tenore dell'art. 17, che impone come necessaria l'applicazione della legge italiana, anche nei confronti di rapporti disciplinati dalla legge straniera: un esempio può essere considerato il disposto dell'art. 116, comma 2 del codice civile, secondo cui «anche lo straniero è ... soggetto alle disposizioni contenute negli articoli 85, 86, 87, numeri 1, 2, e 4, 88 e 89». E' facile comprendere come il nostro legislatore abbia inteso estendere gli effetti di alcune norme imperative anche al di fuori della disciplina di rapporti totalmente interni al nostro ordinamento regolati dalla legge italiana.

Qualora non esauriscano la disciplina della fattispecie

¹⁰⁰ Anche questa costituisce una novità di grande rilievo rispetto a quanto previsto sotto il precedente regime: nulla del genere era, infatti previsto, nell'art. 31 delle preleggi.

rispetto alla quale assumono rilievo, le norme di applicazione necessaria concorrono con le disposizioni materiali straniere applicabili.

E' chiaro come la particolare categoria normativa in discorso rappresenti una evidente eccezione all'atteggiamento di apertura verso altri ordinamenti, caratteristica di fondo della legge di riforma. Tali norme limitano *a priori* il normale funzionamento delle norme di conflitto: la legge straniera richiamata continuerà, infatti, a trovare applicazione nei confronti di tutti i residuali profili non direttamente affrontati dalle norme di applicazione necessaria.

Giova sottolineare come, in taluni casi, sia la stessa legge italiana a definire l'estensione del proprio ambito applicativo; più spesso, è la giurisprudenza ad essere investita del dovere di valutare quale disposizioni presentino i caratteri di cui all'art. 17, scelta normativa che comporta un rischio d'abuso del concetto di norma d'applicazione necessaria, la cui eccessiva dilatazione potrebbe addirittura rendere controproducente l'esistenza di questo articolo.

8. Il richiamo agli ordinamenti plurilegislativi

Può accadere che la norma di conflitto richiami la legge di uno Stato che preveda distinti regimi di disciplina per la medesima fattispecie a seconda della localizzazione nello spazio del rapporto o dell'appartenenza dell'interessato a determinati gruppi etnici o religiosi, il che è, sostanzialmente, possibile quando il sistema sia ulteriormente suddiviso in sub-ordinamenti, ciascuno vigente in distinte aree territoriali o quando all'interno di uno Stato siano vigenti disposizioni di legge applicabili esclusivamente nei riguardi di particolari comunità¹⁰¹.

¹⁰¹ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 66.

In relazione a queste ipotesi, l'art. 18 dispone come «se nell'ordinamento dello Stato richiamato dalle disposizioni della presente legge coesistono più sistemi normativi a base territoriale o personale, la legge applicabile si determina secondo i criteri utilizzati da quell'ordinamento. Se tali criteri non possono essere individuati, si applica il sistema normativo con il quale il caso di specie presenta il collegamento più stretto».

Sarà, quindi, compito dell'interprete che si trovi ad affrontare il problema del rinvio ad un ordinamento plurilegislativo indagare i principi e le modalità in base ai quali avviene la ripartizione interna delle competenze normative dei singoli Stati federati, e ciò anche quando il richiamo non avvenga per mezzo del criterio di collegamento della cittadinanza, certo indice prevalente nella disciplina dei rapporti di famiglia, ma sulla base di principi di localizzazione di per sé idonei ad esprimere un legame diretto tra fattispecie e singolo sistema normativo o previa scelta degli interessati.

Potrebbe, tuttavia, accadere che l'ordinamento centrale, oggetto di richiamo, non enunci i principi da seguire per la ripartizione interna, oppure, ancora, che l'interprete non riesca a reperirli. Subentra a questo punto il collegamento più stretto: il giudice, infatti, sarà chiamato a stabilire con quale particolare sotto-sistema il caso in oggetto presenti la connessione più significativa.

Naturalmente, qualora si tratti di un ordinamento territoriale, verranno in rilievo fattori che oggettivamente permettano di stabilire la sussistenza di un effettivo e rilevante legame.

Il discorso, invece, diventa più complesso, quando concerna una pluralità di sotto-ordinamenti a base personale: in tal caso, addirittura si è dubitato che domicilio e residenza siano elementi decisivi nel stabilire quale sia il collegamento più stretto¹⁰².

¹⁰² F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 67.

A ben vedere, però, per cogliere il problema nella sua reale portata, non bisogna estendere ai sotto-sistemi a base personale le stesse considerazioni appena svolte a proposito dei subordinamenti territoriali. Qui, infatti, non si tratta di stabilire quale tra i diversi sistemi giuridici, tutti potenzialmente applicabili vada richiamato in relazione al caso in esame, bensì di accertare se, nell'ambito di un unico ordinamento statale, siano in vigore delle norme materiali specificatamente dedicate ad un determinato gruppo etnico o religioso. In tal caso, queste norme presentano assai spesso il carattere della specialità rispetto alla legislazione comune dello Stato di cittadinanza ed il loro unico presupposto applicativo è l'appartenenza dell'interessato al gruppo etnico o religioso cui esse, esclusivamente, si rivolgono¹⁰³.

E', a questo punto, chiaro che il ricorso al collegamento più stretto *ex art. 18*, comma 2, si renderà necessario nei soli casi in cui ad un medesimo individuo possano "rivolgersi" due distinti sotto-ordinamenti a base personale entrambi vigenti in un dato Stato: in tal caso, potrebbe avere rilevanza decisiva il sentimento di appartenenza ad uno di essi espressamente manifestato dall'interessato. Se, invece, secondo quanto accade più frequentemente, l'interessato appartenga ad uno solo di quei particolari gruppi cui si rivolge quella particolare disciplina, questa sembra destinata a prevalere, in qualità di legge speciale, sulla legislazione di carattere generale.

La soluzione adottata dal legislatore del 1995 con l'art. 8 ricalca quella adottata dall'art. 16 della Convenzione dell'Aja del 1973, resa esecutiva in Italia con la legge 24 ottobre 1980, n. 745, in ogni caso applicabile alle obbligazioni alimentari familiari in forza dell'art. 45: nel caso in cui nello Stato oggetto di richiamo siano in vigore due o più sistemi legislativi a base personale/territoriale e non sia possibile conoscere i criteri di

¹⁰³ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 69.

ripartizione interna predisposti da tale ordinamento è, anche qui, necessario far riferimento al sistema con il quale gli interessati hanno i legami più stretti¹⁰⁴.

9. Matrimonio e filiazione

Abbiamo visto come la legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato introduca una serie di norme in grado di fornire all'interprete precise indicazioni al fine di determinare la legge applicabile nella disciplina dei rapporti familiari¹⁰⁵: ebbene, *quid iuris* per quanto riguarda la filiazione?

Chiaramente, la validità del vincolo coniugale influenza inevitabilmente la regolamentazione dei rapporti di filiazione da esso derivanti o comunque con esso correlati. I coniugi possono, infatti, avere figli dopo la celebrazione delle nozze oppure sposarsi dopo la nascita della prole. Nel primo caso, si parlerà di rapporto di filiazione legittima, nel secondo di filiazione legittimata¹⁰⁶.

Ma prima di cominciare con l'analisi del testo legislativo, si rendono necessarie una breve premessa sull'architettura normativa del testo: la disciplina internazionalprivatistica della filiazione, analogamente a quanto accade per i vari criteri di collegamento, è contenuta nella seconda parte della legge, e in particolare, negli artt. da 33 a 36.

In quest'ambito, la tradizionale prevalenza del criterio di collegamento della cittadinanza si manifesta nella sua forma più compiuta: tutte le disposizioni richiamate fanno uso di questo criterio.

Come accennato, nell'ambito delle norme di conflitto in

¹⁰⁴ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 68.

¹⁰⁵ F. CORBETTA, *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale italiano*, in "Diritto, immigrazione e cittadinanza", 2000, fasc.3, p. 18 ss.

¹⁰⁶ F. UCCELLA, *op. cit.*, p. 770.

materia di filiazione, assume importanza assolutamente centrale la figura del soggetto maggiormente interessato all'accertamento ed allo stabilimento del rapporto, cioè il figlio.

La legge di riforma, con una formula decisamente particolare, mantiene la duplicità di figure: menziona, infatti, distinguendo sia il rapporto biologico che lo stato di figlio legittimo, ferma restando la sostanziale identità di diritti e di tutela assicurate ad entrambi i tipi di rapporto¹⁰⁷.

E' l'art. 33, relativo all'accertamento del mero rapporto biologico tra figlio e genitori, ad aprire la serie delle norme dedicate ai rapporti di filiazione: stabilisce che esso deve essere determinato alla stregua «della legge nazionale del figlio al momento della nascita», secondo quanto già anticipato.

A prima vista, la norma in esame, potrebbe sembrar determinare un circolo vizioso inestricabile nel caso in cui il figlio nasca in uno Stato che gli attribuisca la propria cittadinanza per filiazione. Se, infatti, come spesso avviene, il genitore trasmette la cittadinanza al figlio, ecco che la legge nazionale di quest'ultimo deve essere individuata proprio in base al rapporto oggetto di accertamento¹⁰⁸.

L'unica soluzione possibile al corto circuito logico, appena prospettato, sta nel sottrarre la questione relativa all'attribuzione della cittadinanza al normale gioco delle norme in conflitto, sottoponendola, invece, alle norme materiali in vigore, con la conseguenza che il figlio di un genitore italiano sarà italiano perché così prevede l'ordinamento italiano.

Allo stesso modo, ove i genitori fossero stranieri, dovrebbe essere lecito prendere "atto della volontà" dello Stato straniero di ritenere il neonato proprio cittadino, e su tale presupposto far funzionare le norme di conflitto. Se, ancora, i genitori avessero

¹⁰⁷ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 141.

¹⁰⁸ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 141.

cittadinanze diverse ed entrambe le leggi nazionali permettessero la trasmissione della cittadinanza per effetto della nascita, il figlio acquisterebbe entrambe le cittadinanze dei genitori. In questo caso, però, al fine di individuare la legge nazionale del figlio, resa applicabile dall'art. 33, si dovrebbe ricorrere ai principi di cui all'art. 19, comma 2, relativo ai casi di cittadinanza plurima: prevarrebbe la legge dello Stato con cui il figlio presenta il legame più significativo, ferma restando la preminenza di una eventuale cittadinanza italiana.

Quanto all'accertamento dello *status* più vantaggioso per il figlio (ossia quello di figlio legittimo o legittimato), la validità del matrimonio dei genitori assume una evidente valenza di questioni preliminare¹⁰⁹. Sebbene il legislatore del 1995 abbia attribuito al figlio una posizione di assoluta centralità nella regolamentazione delle relazioni che lo riguardano, la soluzione delle questioni preliminari, rispetto all'accertamento del rapporto di filiazione ed alla sua disciplina, va necessariamente ricercata attraverso le diverse norme di conflitto dedicate a questi rapporti (c.d. soluzione disgiunta).

Secondo l'art. 33, comma 2, «E' legittimo il figlio considerato tale dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita del figlio», mentre il successivo comma terzo ne consente la contestazione solo in base alla legge mediante la quale il rapporto è stato stabilito. E' chiaro come la particolare formulazione del secondo comma dell'articolo sia tesa a garantire nel più ampio numero di casi possibile lo *status* di figlio legittimo¹¹⁰: richiamando alternativamente le due leggi nazionali dei genitori permette che il figlio sia legittimo quando lo ritenga tale anche solo una delle due

¹⁰⁹ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 142.

¹¹⁰ P. PICONE, *Sentenze straniere e norme di conflitto*, in "Rivista di diritto internazionale", 1997, fasc. 4, p. 947.

leggi richiamate.

Tale impostazione, che rispecchia il *favor filiationis* cui si ispira il diritto di famiglia italiano, è tuttavia destinata a dare luogo a delicati problemi ogni volta che in caso di filiazione naturale, tra le leggi in concorso figura quella di un Paese islamico, dal momento che la legge islamica conosce solo la filiazione legittima¹¹¹.

In pratica, quando la legge islamica concorre con quella di uno Stato che ammette lo stabilimento della filiazione anche al di fuori del matrimonio, non è suscettibile di trovare applicazione proprio perché non permette l'accertamento della filiazione¹¹². Ad ogni modo, il risultato raggiunto – ossia l'accertamento della filiazione sulla base della legge nazionale del figlio o di quella di uno solo dei genitori – è peraltro destinato a rivelarsi privo di effettività nei casi in cui la legge islamica sia quella nazionale del genitore che si trovi o ritorni nello Stato di cui è cittadino: nessuno Stato musulmano riconoscerà un accertamento di filiazione naturale nei confronti di un musulmano¹¹³.

Diversa è, invece, l'ipotesi in cui tutte le leggi in concorso appartengano a Stati islamici¹¹⁴. Tali leggi, non ammettendo lo stabilimento della filiazione naturale, non potrebbero essere applicate per contrarietà, non solo ai principi ispiratori del nostro diritto di famiglia, ma anche all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte europea, conferisce anche ai figli naturali il diritto di vedere

¹¹¹ C. CAMPIGLIO, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", fasc. 1, 1999, p. 38.

¹¹² G. CARELLA, *Riforma del sistema di diritto internazionale privato (legge 31 maggio 1995, n. 218), Art. 33* a cura di BARATTI, in "Le Nuove leggi Civili commentate", 1996, fasc. 5-6, p. 1184 ss.

¹¹³ C. CAMPIGLIO, *Famiglia e diritto islamico. Profili internazional-privatistici*, in S. FERRARI, *Musulmani in Italia*, cit., p. 185.

¹¹⁴ C. CAMPIGLIO, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 39.

accertato il proprio *status* familiare¹¹⁵. Il limite dell'ordine pubblico condurrebbe, alla fine, ad accertare la filiazione naturale secondo la legge italiana, con la conseguenza che, anche in questo caso, il risultato raggiunto si rivelerebbe privo di effettività¹¹⁶.

Il successivo art. 34, comma 1, disciplina la legittimazione per susseguente matrimonio: in base ad esso, l'acquisto dello *status legitimitatis* per effetto del matrimonio dei genitori è disciplinato dalla legge nazionale del figlio nel momento in cui tale acquisto avviene o, in alternativa, dalla legge nazionale di uno dei due genitori, sempre in questo momento¹¹⁷. E' nuovamente il caso di sottolineare il favore con cui il legislatore del 1995 ha guardato alla possibilità di attribuire lo *status* di figlio legittimo: in questo caso, le leggi potenzialmente utilizzabili per raggiungere lo scopo sono tre...quella del figlio e le due leggi nazionali dei genitori, già richiamate dall'art. 33, comma 2.

Occorre, tuttavia, sottolineare come la norma nulla dica in relazione alla natura dell'istituto della legittimazione, ossia in merito alla creazione di una situazione totalmente nuova piuttosto che alla modifica di una situazione preesistente: il diverso momento in cui è presa in considerazione la cittadinanza nell'art. 33 e nell'art. 34 non è, infatti, significativo al riguardo, come dimostra il fatto che, nel successivo art. 35 in tema di riconoscimento del figlio naturale, i criteri alternativamente impiegati sono riferiti l'uno al momento della nascita e l'altro al momento del riconoscimento¹¹⁸.

Per esigenze di completezza, occorre menzionare anche l'art.

¹¹⁵ Si veda per tutte la sentenza 13 giugno 1979, *Marchx* in "Publications de la Cour européenne des droits de l'homme", série A, n. 31.

¹¹⁶ C. CAMPIGLIO, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 39.

¹¹⁷ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 142.

¹¹⁸ C. CAMPIGLIO, *La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: la legge 31 maggio 1995, n. 218. Commentario. Titolo III: Diritto applicabile. Capo IV: Rapporti di famiglia. Art. 34*, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 1995, fasc. 4, p. 1092.

35, relativo al riconoscimento della filiazione naturale, che al primo comma, richiama, in maniera analoga a quanto previsto nelle altre norme, la legge nazionale del figlio al momento della nascita o, se più favorevole, quella del soggetto che fa il riconoscimento al momento in cui questo avviene¹¹⁹.

La capacità del genitore¹²⁰ di compiere il riconoscimento è «regolata dalla sua legge nazionale» (art. 35, comma 2), mentre la forma del riconoscimento è disciplinata «dalla legge dello Stato in cui esso avviene» o da quella che ne regola la sostanza (art. 35, comma 3).

Giova, infine, ricordare la particolare modalità operativa con cui il meccanismo del rinvio può incidere nella disciplina dello stabilimento del rapporto di filiazione: l'art. 13, comma 3, limita, infatti, la possibilità di tenere conto del secondo richiamo (quello ad opera dell'ordinamento straniero) ai casi in cui ciò conduca alla applicazione di una legge più favorevole all'accertamento del rapporto¹²¹.

L'art. 35 si limita a regolamentare il riconoscimento, nulla dicendo circa la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità. Alcuni autori sottolineano come la disciplina non possa che

¹¹⁹ Abbiamo visto come in materia di filiazione, la riforma faccia ampio ricorso a criteri di collegamento alternativi, allo scopo di favorire l'attribuzione di uno *status familiae*. Occorre osservare, senza riprendere quanto già detto precedentemente, come l'intento del legislatore sia reso palese da un inciso, introdotto nel disegno di legge n. 1192 dalla II Commissione Giustizia del Senato – 16 dicembre 1993 – dell'art. 35, comma 1, ove a proposito delle condizioni per il riconoscimento del figlio naturale si specifica che la disciplina va desunta dalla *lex patriae* del figlio o «se più favorevole» dalla legge nazionale del soggetto che procede al riconoscimento. I lavori parlamentari tacciono sul punto, ma è chiaro che destinatario del “favore” è il figlio, o meglio, l'accertamento del suo stato di figlio (anche se tale favore non è stato valutato degno di promozione al punto da dichiarare competente la c.d. *better law*). Si veda C. CAMPIGLIO, *La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: la legge 31 maggio 1995, n. 218. Commentario. Titolo III: Diritto applicabile. Capo IV: Rapporti di famiglia. Art. 35*, in “Rivista di diritto internazionale privato e processuale”, 1995, fasc. 4, p. 1093.

¹²⁰ Capacità, lo si ricorda, che deve essere considerata ordinaria, da valutarsi con riferimento al momento in cui il riconoscimento avviene, e non come una capacità – giuridica o d'agire – speciale.

¹²¹ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 143.

modellarsi su quella prevista in ordine al riconoscimento: la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità ricadrà, perciò, sotto la legge nazionale del genitore nei cui confronti la paternità/maternità è dichiarata¹²².

Vale la pena di sottolineare come, al riguardo, mentre fissa la cittadinanza del figlio al momento della nascita, l'art. 35, comma 1 – a differenza di quanto fa l'art. 33, comma 2, in relazione alla filiazione legittima – cristallizza il criterio di collegamento, rappresentato dalla cittadinanza del genitore, al momento in cui avviene il riconoscimento: è quindi decisamente difficile stabilire se il legislatore abbia voluto intendere il riconoscimento come retroattivo o come produttivo di effetti *ex nunc*, così da lasciare sussistere per il periodo intercorrente tra la nascita e il riconoscimento il semplice stato di figlio naturale¹²³.

Un'ultima osservazione va compiuta, con riguardo all'incidenza del limite dell'ordine pubblico, che come sappiamo trova proprio nell'ambito dei rapporti di famiglia, e quello della filiazione in particolare, il proprio terreno di elezione. Numerose sono state, infatti, negli ultimi anni le pronunce che hanno ritenuto contrarie all'ordine pubblico, e disapplicato, quindi, la legge straniera che ammette il genitore a dichiarare unilateralmente la paternità o la maternità di un altro soggetto, la legge secondo cui l'accertamento della filiazione naturale costituisce diritto personale del figlio e non può essere richiesto in sua vece da altri; la legge, infine, secondo cui è la madre che può chiedere l'accertamento giudiziale di paternità entro pochi anni dalla nascita del figlio, mentre l'azione non può venire promossa dal figlio divenuto maggiorenne.

La distinzione tra filiazione naturale e legittima viene, invece, meno nella disciplina dei rapporti tra genitori e figli: l'art.

¹²² C. CAMPIGLIO, *Art. 35*, cit., p. 1093.

¹²³ C. CAMPIGLIO, *Art. 35*, cit., p. 1093.

36 richiama, infatti, in entrambi i casi, la legge nazionale del figlio¹²⁴. Tuttavia, la norma oggi in vigore può in alcuni casi determinare trattamenti differenziati tra i vari figli nati da un medesimo matrimonio e in altri modificare profondamente il regime dei rapporti tra un solo figlio ed i genitori¹²⁵. Potrebbe, infatti, accadere che i figli non abbiano la stessa cittadinanza, o che, in presenza di molteplici nazionalità comuni, i criteri dettati dall'art. 19, comma 2, determinino la prevalenza di leggi diverse da figlio a figlio. Poiché, inoltre, la norma non vincola l'accertamento della legge applicabile ad un determinato momento storico, anche il figlio unico potrebbe veder cambiare la legge applicabile ai rapporti con i propri genitori per effetto di un eventuale mutamento di cittadinanza.

E', poi, evidente, nella formulazione della norma oggi in vigore, l'influenza dell'intervento della Corte Costituzionale del 1987, anno in cui la Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 20 disp. prel. che richiama, in primo luogo, la legge nazionale del padre.

La tripartizione vista, in ordine alla disciplina della costituzione del rapporto di filiazione, viene ricondotta ad unità nella regolamentazione degli effetti del rapporto di filiazione: l'equiparazione sancita dalla riforma del diritto di famiglia del 1975 concerne effettivamente il solo contenuto del rapporto, traducendosi a livello internazionalprivatistico nel superamento di forme di trattamento differenziato in ordine alla disciplina dei rapporti personali e patrimoniali tra genitori e figli, come conseguenza della sussistenza o meno tra i primi del vincolo matrimoniale¹²⁶.

¹²⁴ Il figlio possiederà la cittadinanza dello Stato in cui è nato, se questo Stato attribuisce la nazionalità sulla base dello solo *ius soli* e/o la cittadinanza dello Stato cui appartiene/appartengono il/i genitore/i, se questo Stato accoglie il criterio dello *ius sanguinis*.

¹²⁵ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 143.

¹²⁶ C. CAMPIGLIO, *La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: la legge 31 maggio 1995, n. 218. Commentario. Titolo III: diritto applicabile. Capo IV: rapporti di*

L'art. 36, espressamente, include nella propria sfera d'efficacia i rapporti personali, tra cui vanno ricordati la trasmissione al figlio del cognome dei genitori, l'obbligo di vivere con gli stessi, il diritto di usufrutto dei genitori sui beni del figlio e la potestà dei genitori, unico profilo espressamente menzionato dalla norma di conflitto italiana, potestà che cesserà con la maggiore età del figlio o con la sua emancipazione, fattori da valutarsi alla stregua della legge nazionale del figlio, in quanto attinenti alla sua capacità d'agire¹²⁷.

Per quanto riguarda, invece, le obbligazioni alimentari, queste esulano dal disposto dell'art. 36, per ricadere «in ogni caso» nell'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973, sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, *ex art. 45*¹²⁸.

Di fatto, anche la dizione di questo articolo pone inevitabili problemi nel caso in cui la legge individuata sia la legge di un Paese islamico, legge che nella maggior parte dei casi attribuirà l'autorità parentale solo al padre, e lascerà alla madre solo un nucleo di diritti minori, quali la custodia, diritto tra l'altro non riconosciuto quando la madre non sia di religione islamica¹²⁹. E' chiaro come, anche in questo ambito è facilmente ipotizzabile, ove insorgano questioni davanti all'autorità italiana, il ricorso al limite dell'ordine pubblico¹³⁰. Problemi di ordine pubblico possono nuovamente delinarsi in presenza di norme che attribuiscono al genitore, verosimilmente al padre, poteri eccezionalmente ampi nell'educazione e nelle scelte riguardanti la vita dei figli, si pensi al *djabr*: ben difficilmente, infatti,

famiglia. Art. 36, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 1995, fasc. 4, p. 1095.

¹²⁷ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 144.

¹²⁸ C. CAMPIGLIO, *Art. 36*, cit., p. 1096.

¹²⁹ Non bisogna, poi, dimenticare come in tal caso alla morte del marito, nella maggior parte delle legislazioni vigenti, i figli sarebbero sottratti alla madre ed affidati ai nonni paterni.

¹³⁰ C. CAMPIGLIO, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 39.

sembrerebbe possibile far rientrare il c.d. diritto di costrizione matrimoniale in quella serie di poteri e doveri attribuiti ai genitori al fine di guidare, proteggere e correggere i figli, onde assicurarne l'educazione così come intesi e disciplinati dal nostro ordinamento¹³¹.

Proprio con riguardo alla potestà genitoriale, è evidente il coordinamento tra l'art. 36 della legge e l'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, recepita in Italia con la legge 24 ottobre 1980, n. 742. Anche questo accordo, che l'art. 42 della legge 218/95 rende applicabile in ogni caso nel delicato settore della protezione dei minori, assoggetta i rapporti di autorità nei confronti del minore incapace alla legge nazionale dello stesso. Laddove la potestà dei genitori cessa perché il minore viene sottoposto a tutela, le modalità e le condizioni di costituzione della tutela rientrano nella sfera di competenza della Convenzione dell'Aja, mentre gli effetti del provvedimento sul rapporto tra genitori e figli saranno disciplinati dall'art. 36 della legge 218/95¹³².

E', infine, il caso di osservare che, relativamente ai rapporti genitori-figli, il rinvio produce i propri effetti nei modi stabiliti dall'art. 13, comma 1, della legge 218/95, non operando in questo caso la particolare disposizione di cui al terzo comma dello stesso articolo, che si riferisce esclusivamente all'accertamento del rapporto di filiazione e non, invece, alla disciplina dei rapporti tra figlio e genitori¹³³.

Ultimo capitolo di questa nostra analisi, il disposto dell'art. 37, sulla giurisdizione in materia di filiazione, stabilisce che la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti dagli art.

¹³¹ F. CORBETTA, *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale italiano*, cit., p. 28.

¹³² F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 144.

¹³³ F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 145.

3 e 9 della legge, anche quando uno dei genitori o il figlio sia cittadino italiano o residente in Italia¹³⁴.

Sappiamo come la disciplina internazionalprivatistica della filiazione sia dominata dal principio di nazionalità: non stupisce ritrovare la cittadinanza del figlio o del genitore impiegata come titolo di giurisdizione dall'art. 37.

Particolarità della norma è, invece, la presenza del criterio di residenza, che evidentemente, configurandosi come titolo di giurisdizione, rileva solo ove indirizzi allo Stato italiano.

Come abbiamo visto, la questione non porrà particolari problemi in sede di contestazione, così come di definizione, del rapporto di filiazione – dove spesso genitore e figlio godranno della medesima cittadinanza – viceversa in tema di accertamento del rapporto, dove la coincidenza di cittadinanza tra il figlio e il genitore parte in causa è più rara, il titolo costituito dalla cittadinanza italiana potrà rivelare tutta la sua carica estensiva, al punto da dare luogo ad ipotesi di giurisdizione esorbitante¹³⁵.

Da sottolineare ancora come il legislatore abbia posto, straordinariamente, particolare attenzione nella costruzione della norma, soprattutto nella equiparazione che stabilisce tra l'interesse del figlio e quello dei genitori prevedendo, anche a favore di questi, l'operatività del criterio di cittadinanza indipendentemente dal fatto che essi trovino ad avere nel processo al qualità di convenuti o di attori¹³⁶.

¹³⁴ C. CAMPIGLIO, *La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: la legge 31 maggio 1995, n. 218. Commentario. Titolo III: diritto applicabile. Capo IV: rapporti di famiglia. Art. 37*, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 1995, fasc. 4, p. 1098.

¹³⁵ C. CAMPIGLIO, *Art. 37*, cit, p. 1097.

¹³⁶ P. MENGOZZI, *op. cit.*, p. 172.

CAPITOLO QUARTO

LA GIURISPRUDENZA

1. Approccio di studio

Ogni osservazione possibile sul tema dell'integrabilità delle minoranze musulmane, deve partire da un dato di fondo: l'immigrazione islamica in Europa sarà un fenomeno di lungo periodo o, in parole più chiare, i musulmani sono qui per restarvi.

E benché sia generalmente dato per scontato, questo presupposto non ha ancora manifestato tutte le sue implicazioni sul terreno del diritto: ne è una prova la *magna pars* che ha svolto e continua a svolgere il diritto internazionale privato, la disciplina cui afferiscono quei rapporti che, pur svolgendosi all'interno di un ordinamento giuridico nazionale presentano elementi di peculiarità tali da configurare la fattispecie come estranea rispetto al diritto di quello Stato¹.

E' inevitabile che l'atteggiamento di apertura del nostro ordinamento giuridico nei confronti del diritto degli altri Stati e la sempre più consistente presenza in Italia di cittadini stranieri provenienti da ogni continente determinino una sempre più frequente richiesta di applicazione di norme ispirate a principi radicalmente diversi da quelli su cui si fonda il nostro sistema giuridico²: benché il ricorso al sistema di diritto internazionale privato non rappresenti, almeno secondo alcuni autori, la migliore soluzione possibile, è, ad oggi, l'unica soluzione esperibile nel campo del diritto, per la soluzione di questi conflitti di culture³.

¹ S. FERRARI, *Occidente e Islam europeo: prospettive di inquadramento giuridico*, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 1996, fasc. 1, p. 10.

² F. CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, cit., p. 62.

³ Il consolidato ricorso alle categorie del diritto internazionale privato ha celato sicuramente la possibilità di una diversa prospettiva di studio, che chiami a riflettere sui problemi posti dalle comunità musulmane in Europa specialisti del diritto costituzionale, amministrativo,

Esperibile, chiaro, anche quando ciò comporti il richiamo di disposizioni suscettibili di produrre effetti inaccettabili perché contrastanti con l'ordine pubblico internazionale.

Proprio il concetto di ordine pubblico internazionale pare debba assumere un ruolo essenziale nella nostra ricerca: la necessità di utilizzare questo limite con assoluta cautela si pone, infatti, accanto all'esigenza di salvaguardare i principi fondamentali interni al nostro ordinamento, il tutto nel difficile

ecclesiastico...in altre parole del diritto pubblico. Come ogni scelta, anche questa muove da una ipotesi ad essa sottintesa: che si avvicini il tempo in cui la figura del musulmano-straniero ceda il passo a quella di musulmano-cittadino europeo, anche se di religione e cultura diversa da quella della maggioranza degli europei.

Il forte utilizzo del sistema di diritto internazionale, in ogni caso, non nasconde alcun disegno nascosto: l'immigrato musulmano che sbarca in Europa il più delle volte è un cittadino di un Paese extraeuropeo, cui vengono applicate le norme di diritto internazionale privato vigenti nello Stato di accoglienza. Ma è altrettanto vero che, col passare del tempo, questa scelta è venuta caricandosi di inevitabili profili ideologici, consistenti nel perpetuare, nel subconscio di molti giuristi, l'equiparazione del musulmano allo straniero anche quando si sia perfettamente integrato nella comunità nazionale: l'elemento di estraneità, quando sia venuto meno la diversa nazionalità, passerà inevitabilmente alla diversità di cultura o di religione, giustificando il permanere di una prospettiva di studi e ricerche incentrata sulla categoria dello straniero, anche quando esistano comunità musulmane largamente composte da cittadini europei.

L'interesse di alcuni Stati musulmani a mantenere il controllo dei propri immigrati in Europa e l'interesse di alcuni Stati europei a mantenere gli immigrati nella condizione di manodopera sottotutelata è stato essenziale nel rafforzare il ricorso alle nozioni di diritto internazionale privato e a conferire ad esse una popolarità che talvolta ha travalicato gli stessi confini del diritto: si pensi alla categoria della reciprocità o a quella dell'ordine pubblico.

E' chiaro come questo approccio abbia avuto una duplice conseguenza, sia in campo occidentale che in campo islamico. Nel primo caso, infatti, ha contribuito ad esorcizzare la sfida costituita dalla diversità dell'Islam attraverso la sottolineatura della sua estraneità al mondo europeo, non permettendo tra l'altro alcuna possibilità di accesso alla discussione sull'organizzazione dello Stato di accoglienza, se non su quei punti ben circoscritti che riguardano il trattamento del residente non nazionale. Nel secondo, invece, perpetuando l'immagine del musulmano straniero, ha alimentato l'idea che i musulmani possano costituire un'enclave separata nella società europea, sul modello dell'Islamistan, proposto nelle inglesissime campagne dello Yorkshire.

Il consolidato ricorso alle categorie del diritto internazionale privato ha celato sicuramente la possibilità di una diversa prospettiva di studio, che chiami a riflettere sui problemi posti dalle comunità musulmane in Europa specialisti del diritto costituzionale, amministrativo, ecclesiastico...in altre parole del diritto pubblico.

Come ogni scelta, anche questa muove da una ipotesi ad essa sottintesa: che si avvicini il tempo in cui la figura del musulmano-straniero ceda il passo a quella di musulmano-cittadino europeo, anche se di religione e cultura diversa da quella della maggioranza degli europei.

tentativo di mantenere un fermo equilibrio, già minato dal sempre maggior numero di istanze concernenti la tutela dell'identità nazionale, culturale e religiosa di consistenti strati della popolazione.

E' chiaro come tale incontro/scontro di ordinamenti, ispirati a concezioni giuridiche così diverse, trovi il suo campo di battaglia necessario nel terreno del diritto di famiglia, e in tema di filiazione in particolare, le cui norme sono considerate una tipizzazione del principio di ordine pubblico⁴.

Chiaro come il problema costituisca una questione aperta: l'instabilità della prima presenza straniera in Italia, così come lo scarso numero di pronunce che l'hanno accompagnata, hanno fatto di quest'ambito del diritto, come abbiamo visto, un diritto raro. Le sole pronunce, lungi dal dare un quadro completo della prassi esistente sul tema, riescono solo a costituire un primo *incipit*, la prima pennellata su un quadro tutto da disegnare.

E se i giudici fino ad oggi hanno avuto la possibilità di affrontare le questioni viste nel quieto isolamento proprio del diritto internazionale privato, dove dotati di un'ampia discrezionalità, hanno proceduto, caso per caso, a mettere in relazione i fatti della controversia in corso con i principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico, bisogna tener conto che le risposte giuridiche prodotte in queste circostanze sono suscettibili di cambiamenti rapidi e profondi nel momento in cui gli interrogativi in questione entreranno nel dibattito pubblico⁵.

⁴ G. CARELLA, *op. cit.*, p. 1188.

⁵ F. PASTORE, *op. cit.*, p. 114.

2. La cittadinanza

Prima questione che deve attirare la nostra attenzione: il problema della cittadinanza.

In genere, per le questioni di statuto personale, riguardanti cioè lo stato e la capacità delle persone, il giudice dovrebbe avere a riguardo alla cittadinanza del soggetto coinvolto⁶, e applicargli, quindi, la legge dello Stato di appartenenza, regola applicata tanto nei paesi appartenenti al sistema euro-continentale, che in gran parte degli attuali paesi arabi⁷.

Tuttavia, la sola scelta della legge nazionale talvolta può provocare qualche problema.

Si pensi al caso di un soggetto, nato cittadino di uno Stato X, che diventi, in forza di una legge successiva alla nascita, poi dichiarata illegittima, cittadino dello Stato Y: innumerevoli possono essere gli effetti di una situazione del genere, specie nel caso in cui questo soggetto, nel periodo di tempo che va dalla legge alla pronuncia di incostituzionalità, contraiga matrimonio o abbia dei figli.

E' chiaro come la vicenda investa il problema della trasmissione della cittadinanza, della prevalenza dello *jus sanguinis* sullo *jus soli*, ma, in realtà, molti altri sono i profili interessanti della questione.

Partiamo dal sistema di trasmissione della cittadinanza.

Molti sono gli Stati europei che possiedono legislazioni prevalentemente orientate nel senso della prevalenza dello *jus sanguinis* sullo *jus soli*, riservando a quest'ultimo un ruolo meramente sussidiario, volto a regolare, perlopiù, la posizione dei figli di ignoti che vengano rinvenuti nel territorio dello Stato o

⁶ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Cittadinanza e appartenenza religiosa nel diritto internazionale privato. Il caso dei paesi arabi*, cit., p. 97.

⁷ Come già visto, l'identità della regola non deve stupire, costituendo il diritto europeo, e quello francese in particolare, un modello di riferimento privilegiato per i codificatori arabi.

degli apolidi nati sul territorio statale⁸.

Volendo approfondire la questione, non si può non rilevare come la prevalenza del criterio dello *jus sanguinis* sia riscontrabile in tutti quegli Stati che tendono a voler perpetuare la propria impronta nazionale tradizionale, trasmessa così di generazione in generazione.

In realtà, il sistema, così disegnato, non risulta immune da critiche, specie di chi fa notare come la «*nationalité d'origine*», trasmessa dagli ascendenti per nascita «*ne doit pas se transmettre à l'infini de génération en génération, nées à l'étranger*», prescindendo da effettivi legami con la comunità territoriale di cittadinanza e indipendentemente dal vincolo personale che collega l'individuo al potere dello Stato in relazione alla partecipazione alla vita politica e sociale di esso.

Al di là d'ogni possibile critica, un dato è certo: l'attribuzione automatica della cittadinanza *jure sanguinis*, in quanto esprime un legame di razza e di nazionalità con lo Stato che il vincolo comporta, è una questione politica che ogni Stato risolve alla luce delle proprie tradizioni storiche, della propria collocazione geografica, della propria portata demografica, ma soprattutto dell'opportunità politica che ne trae⁹.

Tuttavia, non bisogna dimenticare l'importanza del criterio dello *jus soli*, ove prevalgono considerazioni date dal vincolo con l'ambiente territoriale delle persone nate sul territorio dello Stato. E' chiaro come l'applicazione di questo principio sia condizionata

⁸ Pur vero, non si può dimenticare una certa tendenza ad accentuare la rilevanza dello *jus soli*, richiedendosi anche la nascita da cittadino nel territorio dello Stato. Si veda sul punto A. DEL VECCHIO, *Problematiche derivanti dal vincolo di cittadinanza a livello internazionale (con particolare riferimento alla cittadinanza originaria "iure soli" e "iure sanguinis")*, in "Rivista internazionale dei diritti dell'uomo", 1998, p. 678.

⁹ Ciò, tra l'altro, non esclude come gli altri Stati ne possano disconoscere la scelta, negandole rilievo, quando sia contraria a principi fondamentali di diritto e giustizia. A tal proposito vale l'affermazione contenuta nel rapporto presentato nel 1953 dal giudice Cordova, per cui «*a certain national legislation is not legal because it comes into conflict with broader interests of the international community*», in A. DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 679.

dall'esigenza di un effettivo inserimento del soggetto nella comunità territoriale statale.

In Italia la questione della prevalenza di un criterio sull'altro viene, per la prima volta, affrontato nell'ambito del codice civile del 1865, testo normativo chiaramente ispirato al modello napoleonico.

La forte migrazione d'italiani all'estero porta però il codice a misurarsi con la costante perdita della cittadinanza dei "suoi figli" trasferitisi all'estero: in tal senso si spiegano le modifiche intervenute nei primi anni del '900, volte a garantire un più facile, quanto veloce, riacquisto della cittadinanza italiana da parte di queste persone o dei loro diretti discendenti al momento del loro ritorno¹⁰.

Tra tutte, spicca per importanza, la legge organica del 13 giugno 1912, n. 555: con questa legge, il regime della cittadinanza trova finalmente una più completa e compiuta definizione, costituendo la fonte principale delle norme in tema di cittadinanza in Italia fino al 1975.

Praticamente fondata sul principio di prevalenza dello *jus sanguinis* sullo *jus soli*, che ispirava la norma fondamentale relativa all'acquisto della cittadinanza per nascita, contenuta nell'art. 1, la legge stabilisce come la regola fondamentale dell'acquisto per nascita sia l'acquisto della cittadinanza da padre cittadino, mentre alla madre resta il potere di trasmettere il proprio *status civitatis* solo nel caso in cui padre sia ignoto o apolide o ancora appartenente ad uno Stato che non faceva assumere al figlio la propria cittadinanza.

E' evidente come tale scelta non costituisse che una conseguenza della posizione di preminenza in genere riconosciuta all'epoca all'uomo rispetto alla donna; principio, poi, duramente

¹⁰ Si parla, in concreto, della legge sull'emigrazione del 31 gennaio 1901, la legge 17 maggio 1906, n. 217 e, in ultimo, la legge organica del 13 giugno 1912, n. 555.

attaccato per la sua contrarietà alla sostanziale posizione di parità all'interno della famiglia, riconosciuta ai coniugi da diverse legislazioni degli Stati occidentali.

Ma il principio dello *jus sanguinis a patre* non era affermato dal solo art. 1 della legge 555 del 1912: si pensi all'art. 2 della stessa legge che, in materia di filiazione naturale, sanciva espressamente come fosse «prevalente la cittadinanza del padre, anche se la paternità sia riconosciuta o dichiarata dopo la maternità».

E' chiaro come il concetto di unicità della cittadinanza, logicamente connesso al principio di unicità della famiglia – prevalente nelle legislazioni passate, in ossequio al primato del marito-padre, considerato il capo della famiglia – sia ricollegabile, in ultima analisi, al concetto di Stato vigente nel secolo scorso, la cui piena sovranità non ammetteva duplicazioni, date da fenomeni di doppia cittadinanza a motivo della nascita.

Il consolidarsi in Italia di nuove esigenze, soprattutto nel campo del diritto di famiglia, tra quali emergono la parità tra i sessi e l'equiparazione dei coniugi, porta, come sappiamo, alla concreta realizzazione della legge 15 maggio 1975, n. 151, e, logica conseguenza, alla riforma del regime della cittadinanza, prima con la legge 21 aprile 1983, n. 123 e poi con la legge 5 febbraio 1992, n. 91.

La prima rivoluzione avviene proprio con l'art. 1 della legge 5 febbraio 1992 che stabilisce come sia «cittadino per nascita il figlio di padre o di madre cittadini»: a trasmettere la cittadinanza *jure sanguinis* non sarà più solo il padre, ma anche, finalmente, la madre, pare, tra l'altro, in posizione di perfetta intercambiabilità.

Con la riforma del '92, il ruolo dello *jus soli* resta limitato al solo caso di soggetti nati nel territorio dello Stato italiano i cui genitori «siano entrambi ignoti o apoliti, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza dei genitori secondo la legge dello Stato al

quale questi appartengono (art. 1, n. 1, lett. b)».

Si trae con facilità come la dizione di questa norma possa dare problemi d'applicazione concreta, legati alla possibilità di casi d'apolidia procurata: per questo il regolamento d'attuazione interviene stabilendo che «il figlio nato in Italia da genitori stranieri non acquista la cittadinanza *jure soli* quando non ha acquistato la cittadinanza dei genitori, ma avrebbe potuto acquistarla mediante qualche dichiarazione o adempimento amministrativo che, nel caso concreto, non è stato posto in essere».

Da questa breve esposizione sembra facile trarre come il criterio dello *jus soli* venga utilizzato in funzione residuale o sussidiaria, costituendo, nella maggior parte dei casi, un beneficio accordato al trovatello o al figlio di apolidi.

La prevalenza attribuita in genere al criterio dello *jus sanguinis* pone peraltro alcuni problemi, dall'applicazione del principio di parità dei sessi a quello dell'equiparazione dei coniugi: proprio a questo riguardo statuiscono le pronunce che vedremo, rese, per noi, ancor più particolari dal fatto che riguardano cittadini che, in qualche modo, siano venuti a vestirsi della cittadinanza di Stati musulmani.

Prima di partire con la nostra analisi, una premessa pare indispensabile: tutte le sentenze, seppur recentissime, giudicano su fatti che trovano radice nei primi anni '40: un po' per la proverbiale lentezza della nostra giustizia, un po' per negligenza delle parti attoree, ci troviamo solo ora a parlarne.

Si prenda il primo caso in esame, una pronuncia della Corte di Cassazione del 27 novembre 1998¹¹, sulla pretesa di un cittadino libanese al riconoscimento del suo *status civitatis* italiano, a suo parere, *iure sanguinis*.

¹¹ Cassazione Civile, Sez. Un., 27 novembre 1998, n. 12061, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 1999, p. 998 ss.

Occorre, in realtà, per comprendere le motivazioni della Corte, premettere il fatto storico e giuridico posto a fondamento della domanda.

Nel 1939 una cittadina italiana contrae matrimonio con un cittadino libanese: logica conseguenza del fatto, ex art. 10, comma 3, della legge 13 giugno 1912, n. 555, l'acquisto della cittadinanza libanese da parte della donna, con conseguente perdita di quella italiana.

Nel 1942 nasce un figlio – il nostro ricorrente – anch'esso di cittadinanza libanese.

Nel 1982 la Arrigoni, a seguito di dichiarazione resa ai sensi e per gli effetti dell'art. 219, comma 1 della legge 151/1975, riacquista cittadinanza italiana.

Il 13 ottobre del 1986 il ricorrente, sostenendo di essere cittadino italiano, chiede, all'Ufficiale dello Stato civile di Milano, l'annotazione di tale *status* nei relativi registri, richiamando, quale fondamento normativo della richiesta, la sentenza della Corte Costituzionale del 9 febbraio 1983, n. 30, dichiarante l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, n. 1, della legge 13 giugno 1912, n. 555, nella parte in cui non prevede che sia cittadino per nascita anche il figlio di madre cittadina e, in concreto, lo *status* di cittadina italiana della madre. Richiesta disattesa sulla base dell'assunto che il precetto introdotto dalla Corte Costituzionale può trovare applicazione solo nei confronti dei soggetti nati dopo il 1° gennaio 1948, data di entrata in vigore della nostra carta costituzionale.

La controversia va avanti tra domande ed eccezioni, fino ad arrivare alla Suprema Corte, che con questa pronuncia fissa alcuni punti fermi nel regime di acquisto della cittadinanza.

Innanzitutto, i giudici della Cassazione, interrogati sulla questione principale, stabilire se il ricorrente sia cittadino italiano *iure sanguinis* o *iure communicationis*, risolvono il problema

richiamando un fermo orientamento della stessa: la norma dichiarata costituzionalmente illegittima deve essere disapplicata, anche d'ufficio, dal primo giorno successivo alla pubblicazione, sulla Gazzetta Ufficiale, del dispositivo della decisione della Corte Costituzionale.

Il che dovrebbe voler dire che «ad essere investiti dalla pronuncia saranno tutti quei rapporti per i quali penda controversia giudiziale, compresi quelli precostituiti salvo che, rispetto ad essi, si siano determinate situazioni giuridiche ormai esaurite, consolidate e intangibili, suscettibili di essere diversamente regolate prescindendo dalla norma dichiarata incostituzionale».

In realtà la Corte fa un ulteriore distinguo: «quando la pronuncia di illegittimità costituzionale abbia ad oggetto una norma contenuta in una legge o in un atto anteriore all'entrata in vigore della Costituzione» e l'illegittimità derivi proprio dal contrasto di questa con norme e principi propri della vigente carta costituzionale, «i suoi effetti, anche rispetto ai rapporti ancora pendenti, non potranno, comunque, retroagire oltre il momento in cui detto contrasto è venuto a verificarsi, quindi oltre il 1 gennaio 1948»¹².

E' chiaro come il caso concreto rientri nella fattispecie vista

¹² E' chiaro come il caso *de quo* rientri a pieno titolo nella categoria c.d. della incostituzionalità sopravvenuta, ovvero di quella incostituzionalità che sopravviene non già per una illegittimità *ab origine* della norma, quanto, diversamente, per un mutamento del quadro giuridico-costituzionale di riferimento. In merito, costituisce ormai orientamento consolidato di diritto vivente quello secondo cui l'efficacia retroattiva della sentenza declaratoria dell'illegittimità costituzionale di una norma sin dal momento in cui è entrata in vigore trova piena applicazione solo con riferimento alla categoria delle norme costituzionali *ab initio*: quando, diversamente, la norma sia venuta a collidere con i parametri costituzionali solo successivamente alla data della sua entrata in vigore, allora il termine di decorrenza degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità dovrà coincidere con il momento in cui il vizio di incostituzionalità si è concretizzato. Nel caso di specie, il caso sarà regolato dalla regola secondo cui i rapporti e le situazioni sorte anteriormente al 1° gennaio 1948 rimangono assoggettati alla disciplina previgente all'emanazione della carta costituzionale, anche se sono non consolidati, non esauriti e non irretrattabili prescindendo dalla norma dichiarata incostituzionale.

di illegittimità sopravvenuta: illegittimità che, nel caso di specie, si trae dal contrasto tra il terzo comma dell'art. 10 della legge 555/1912 e gli articoli 3 e 29 della nostra carta fondamentale. Logica conseguenza della situazione giuridica così venutasi a creare, la non retroattività degli effetti della pronuncia oltre il 1° gennaio 1948.

A questo punto è possibile rispondere, almeno parzialmente, al quesito posto all'attenzione della Corte: la sentenza di incostituzionalità di un precetto normativo entrato in vigore prima della nostra carta costituzionale non fa venire meno la validità della norma stessa, ove preveda che la donna che si sposi con un cittadino straniero perda la sua cittadinanza, sempre che il matrimonio sia avvenuto prima della data di entrata in vigore della Costituzione stessa.

La pronuncia di incostituzionalità comunque, mentre non ha reso *tanquam non esset* la perdita della cittadinanza, ha prodotto il limitato risultato di attribuire alla donna il diritto di riacquistare, ove lo voglia, la cittadinanza italiana, *ergo* la non possibilità di acquisto di cittadinanza *iure sanguinis* da parte del nostro ricorrente: al momento della sua nascita, infatti, la madre era cittadina libanese.

Certi che il ricorrente non possa essere cittadino italiano *iure sanguinis*, la Corte passa ad affrontare la seconda possibilità: quella che il ricorrente sia cittadino italiano *iure communicationis*.

Il realtà la questione costituisce un falso problema: anche ammettendo che la madre avesse riacquisito la sua cittadinanza al 1° gennaio 1948, in forza dell'efficacia retroattiva della sentenza della Corte Costituzionale n. 87/1975¹³, comunque il ricorrente sarebbe cittadino libanese, visto il disposto dell'art. 12 della legge 555/1912: se, infatti, l'articolo 2 ammette in via generale, l'acquisto di cittadinanza *iure sanguinis a matre*, in

¹³ Corte Costituzionale, 16 aprile 1975, n. 87, in *Juris Data*.

realtà, subito dopo l'art. 12 arriva a precisare come questa disposizione non trovi applicazione ove, nella data in cui il genitore acquista o riacquista la cittadinanza, il figlio minore «risiedendo all'estero conservi, secondo la legge dello Stato cui appartiene, al cittadinanza straniera»; essendo cittadino libanese e lì risiedendo, come dicevamo, la questione non si pone.

I ricorrenti, però, sollevano un altro problema: quello della legittimità dello stesso art. 12, nella parte citata.

Secondo il ricorrente, infatti, l'articolo contrasterebbe con l'art. 3 della nostra carta costituzionale, provocando una palese quanto ingiustificata disparità di trattamento tra i regimi di cui agli artt. 2, comma 1, e 12, comma 1, della legge 555 del 1912.

Anche qui la pronuncia della Corte è in senso negativo: tra le due norme, infatti, sussisterebbe una netta diversità in ordine al presupposto – lo *status civitatis* del genitore – e alle situazioni rispettivamente considerate, che a parere della Suprema Corte, ben può supportare il diverso regime giuridico.

Se, l'art. 2, infatti riguarda l'ipotesi che il genitore fosse cittadino italiano al momento in cui è sorto il rapporto di filiazione naturale, rimanendo sempre tale, l'art. 12 riguarda l'ipotesi che il genitore sia diventato italiano successivamente al sorgere della situazione di filiazione.

In tal senso si spiega la diversità delle soluzioni approntate dalla norma, che nel primo caso stabilisce l'attribuzione della cittadinanza italiana *iure sanguinis*, con effetto decorrente dalla data di nascita, anche se il rapporto di filiazione si sia costituito successivamente, mentre nel secondo, disponendo come lo *status* del figlio non sia di cittadino italiano *iure sanguinis*, fissa l'acquisto della cittadinanza italiana *iure communicationis* a partire dal giorno in cui il genitore abbia acquistato o riacquisito la cittadinanza italiana.

L'applicazione dei principi visti, porta, invece, a tutt'altre

conclusioni nella seconda¹⁴ delle sentenze poste alla nostra attenzione.

In questo caso, infatti, la Corte si trova a dover giudicare del preteso diritto di alcuni cittadini di nascita libica, di essere cittadini italiani *optimo jure* da parte materna.

In sostanza, la questione può essere riassunta in questi termini: tre cittadini di nascita libica espongono di essere figli di un cittadino tunisino e di una cittadina libica, uniti in matrimonio nel 1944.

La questione così posta non sembrerebbe porre alcun tipo di problema, se non fosse che i tre attori fanno notare che sia essi, sia la madre, in quanto nati e residenti in Libia sin dalla nascita, dovrebbero essere considerati cittadini italiani ai sensi del r.d.l. 3 dicembre 1934, n. 2012.

La questione non si ferma qui: i tre affermano, infatti, che non essendo loro mai stata riconosciuta la cittadinanza libica, in quanto di stirpe e confessione israelitica, il loro imperfetto *status civitatis* (cittadinanza italiana libica) si sarebbe tramutato, *ex art. 3 Cost.*, in cittadinanza italiana *optimo iure*, proprio con l'entrata in vigore della nostra carta costituzionale.

Ad abundantiam, sostengono che comunque la cittadinanza italiana dovrebbe essere loro riconosciuta per un duplice ordine di motivi: il fatto di essere figli di cittadini italiani, secondo il disposto della sentenza costituzionale n. 30 del 1983¹⁵ e, in secondo luogo, per l'applicazione dell'art. 9, n. 3, della legge 555 del 1912, cui sarebbe seguito una residenza ininterrotta in Italia dal luglio del 1973 al momento della domanda.

Diversi, anche qui, i profili meritevoli di approfondimento.

Con un unico motivo, i ricorrenti, infatti, sostengono come

¹⁴ Cassazione Civile, Sez. I, 22 novembre 2000, n. 15062, in "Giustizia Civile", 2001, fasc. 1, p. 2469 ss.

¹⁵ Corte Costituzionale, 9 febbraio 1983, n. 30, in "Diritto di famiglia e delle persone", 1983, p. 825.

non può essere invocata l'applicabilità della legge 555 del 1912, considerata generale rispetto alla norma del r.d.l. n. 2012 del 1934, come non sussisterebbe alcun ostacolo all'esplicazione degli effetti retroattivi della sentenza di incostituzionalità n. 30 del 1998, tenuto conto della natura imprescrittibile dello *status civitatis*, e, ancora, come l'omessa dichiarazione di cui all'art. 219 della legge 151 del 1975 sarebbe priva di effetti preclusivi sul predetto *status*, in quanto la norma avrebbe “solo carattere amministrativo-esecutivo per l'esercizio concreto del proprio *status civitatis* (...) e non carattere costitutivo”.

Arriviamo al punto.

La madre dei ricorrenti, nata a Bendasi, doveva certamente considerarsi titolare dello *status* di cittadina italiana libica¹⁶.

Tuttavia, è la qualificazione normativa della situazione, compiuta dai ricorrenti, a non convincere la Corte: pur vero che la disciplina della cittadinanza libica italiana trova fonte in più norme, alcune di carattere generale, altre di carattere speciale, essi sbagliano nel combinare le varie discipline.

Posto, infatti, che l'art. 43, comma 1 del r.d.l. n. 3012 del 1934 dispone come «i codici civile, commerciale e penale, quelli di procedura civile e di procedura penale, quello penale per l'esercito e penale militare marittimo e le relative disposizioni complementari in vigore nel Regno sono estese di diritto alla Libia» e debbano, quindi, essere osservate, fa salva l'applicabilità delle modificazioni ad esse apportate con speciali disposizioni normative.

E' innegabile che la legge del 1912 sulla cittadinanza, dettando disposizioni complementari al codice civile del 1865,

¹⁶ Figura disegnata dall'art. 33, terzo periodo del r.d.l. 3 dicembre 1934, n. 3012, cd. Ordinamento organico per l'amministrazione della Libia, convertito poi nella legge 11 aprile 1935, n. 675, a tenore del quale “sono cittadini italiani libici (...) i nati in Libia, dovunque residenti, che non siano cittadini italiani metropolitani o cittadini o sudditi stranieri in conformità alle leggi italiani”.

rientri in questa categoria: la madre dei ricorrenti, pur cittadina italiana libica al momento della nascita, divenne cittadina tunisina per essersi sposata con un cittadino straniero, tunisino nella specie.

E lo è in forza del disposto del già visto art. 10 della legge 555 del 1912, secondo il quale «la donna maritata non può assumere una cittadinanza diversa da quella del marito anche se esista separazione personale dei coniugi», principio applicabile anche ai cittadini italiani libici in ragione del fatto che il r.d.l. n. 3012 del 1934 nulla disponeva in tema di perdita di cittadinanza italiana libica, da parte della donna che avesse contratto matrimonio con cittadino straniero.

Ciò detto, è inevitabile la perdita di rilievo delle questioni afferenti lo *status civitatis* da riconoscere ai cittadini italiano libici dopo «la rinuncia ad ogni titolo e diritto»¹⁷ dell'Italia sulla Libia, a seconda che risiedessero, all'atto della costituzione del Regno di Libia (7 ottobre 1951) in Italia o in Libia¹⁸.

Quanto detto ci porta diritti alla seconda questione: quella dell'efficacia delle sentenze della Corte Costituzionale nn. 87 del 1975 e 30 del 1983.

Sappiamo come, con la prima, la Corte – a fronte della disposizione contenuta nell'art. 10, comma 3, primo periodo della legge 555 del 1912 – abbia dichiarato costituzionalmente illegittima, per violazione degli artt. 3 e 29 Cost., la norma, «nella parte in cui prevede la perdita della cittadinanza italiana indipendentemente dalla volontà della donna», mentre con la

¹⁷ Avvenuta in forza dell'art. 23 d. lgs. C.P.S. 28 novembre 1947, n. 1430, recante l'esecuzione del Trattato di Pace fra l'Italia e le Potenze alleate ed associate, firmato a Parigi il 10 febbraio 1947.

¹⁸ Risolto, tra l'altro, nel senso di riconoscere ai cittadini italiano libici una cittadinanza *optimo jure*, sia pure con particolari limitazioni del godimento di alcuni diritti, specialmente politici, e non già con uno *status* di “sudditanza”. Si veda Cassazione Civile, Sez. Un., n. 191 del 1962 e Cassazione Civile, Sez. Un., n. 2035 del 1967, entrambe in “*Massimario della giurisprudenza italiana*”, rispettivamente 1962 e 1967.

seconda - a fronte, tra l'altro, dell'art. 1, comma 1, n. 1, della stessa legge, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della parte in cui non viene sancito che sia cittadino, per nascita, anche il figlio di madre cittadina.

Sebbene tale pronunce differiscano – mentre, infatti, la prima elimina dall'ordinamento una delle ragioni di perdita della cittadinanza italiana, la seconda vi aggiunge un titolo del suo acquisto – ambedue, fondate su *rationes decidendi* che si integrano reciprocamente, incidono sulla previgente disciplina legislativa dello *status civitatis* operandone una *reductio ad constitutionem*, mediante la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme che, rispettivamente, ma in contrasto con la Costituzione, prevedevano quella ragione di perdita e non prevedevano anche quel titolo di acquisto della cittadinanza.

Prescindendo dal tema, piuttosto controverso tra l'altro, del limite temporale all'efficacia c.d. retroattiva delle sentenze dichiarative dell'illegittimità costituzionale di leggi anteriori alla Costituzione, risolta, come visto, dalla precedente sentenza, nel senso della irretroattività degli effetti oltre la data di entrata in vigore della Costituzione stessa, la Corte parte nelle sue argomentazioni da un punto certo, quello che la retroattività delle decisioni costituzionali di accoglimento incontri comunque il limite del «rapporto o della situazione irretrattabilmente chiusi», ovvero “esauriti”.

Non è inutile, a parere della Suprema Corte, sottolineare come la qualificazione di un rapporto o di una situazione “chiusi” non debba mai fondarsi sulla norma di legge dichiarata costituzionalmente illegittima, per la chiara ragione che, altrimenti, continuerebbe ad applicarsi la norma

incostituzionale¹⁹.

Non è inutile perché proprio questa sarebbe una delle violazioni in cui sarebbero incorsi i giudici d'Appello, nel giudicare la questione.

La Corte milanese – al fine di escludere che, nella specie potesse esplicitare effetti la sentenza della Corte costituzionale n. 30 del 1983 – avrebbe affermato, infatti, che «nel caso di specie, al prodursi degli effetti retroattivi della pronuncia di incostituzionalità, si oppone il rilievo dell'esistenza di una situazione ormai esaurita, quale la perdita della cittadinanza italo libica da parte della moglie, per effetto del matrimonio con un cittadino tunisino e del conseguente acquisto della cittadinanza tunisina, il perpetuarsi di questa situazione al momento della nascita dei figli, che nacquero, quindi da genitori entrambi tunisini, acquistando essi stessi, così, la cittadinanza tunisina», e che «si dovrebbe pertanto concludere (...) che il rapporto di cittadinanza sia suscettibile di produrre effetti c.d. consolidati, in particolare, laddove la norma, in seguito riconosciuta illegittima abbia procurato, come nella specie, ablazione dello *status*».

E' evidente come i giudici *a quibus*, per qualificare la situazione esaurita, abbia erroneamente, e in immediata violazione della Costituzione, applicato, nel 1996, una norma dichiarata costituzionalmente illegittima nel 1975.

Proprio la palese illegittimità dell'applicazione di questo criterio di qualificazione, induce ad una riflessione più approfondita sul problema della naturale efficacia retroattiva di questo tipo di sentenze.

Partiamo da principio: la dottrina prevalente sostiene come col termine *status* debba intendersi una specifica “condizione” o

¹⁹ Un ragionamento di questo tipo andrebbe infatti a violare il divieto posto dal combinato disposto degli artt. 136, comma 1 Cost, 1 della legge cost. n. 1 del 1948, e 30, comma 3, della legge 87 del 1953.

“posizione” della “persona” in quanto tale e come tale riconosciuta e garantita dall’ordinamento, sia che si ponga l’accento sulla sua appartenenza, come singolo, alla comunità statale (*status civitatis*) o ad una diversa “formazione sociale” (*status familiae*), sia che, ancora, lo si ponga sulla sua qualità di individuo appartenente ad una comunità organizzata insieme ad altri, aventi la stessa condizione o posizione.

Carattere essenziale di questa specifica situazione giuridica soggettiva la titolarità di una serie particolare di diritti, doveri, obblighi, oneri o quant’altro, nei confronti di un altro soggetto o dell’ordinamento stesso.

Ebbene, secondo la Corte, in questo contesto si inserirebbero appieno le concezioni dello *status civitatis* espresse nelle due sentenze della Corte costituzionale.

Di più: sempre secondo i giudici della Suprema Corte, se lo *status civitatis*, in particolare, corrisponde alla “posizione” che ogni individuo ha, e non può non avere, originariamente, rispetto ad una determinata comunità statale – altrimenti impensabile come ordinamento giuridico – e la cui titolarità gli sia riconosciuta e garantita, come tale, dall’ordinamento stesso, esso, in quanto elemento costitutivo della persona è di per sé “inesauribile” e, perciò, anche “fonte inesauribile” della distinta titolarità di situazioni giuridiche soggettive che lo presuppongono.

Conseguentemente, esso potrà essere fatto valere, anche in sede giurisdizionale, in ogni tempo in cui rilevi il suo accertamento o la sua tutela.

A tal proposito, approfondendo lo specifico tema dell’acquisto e della perdita di cittadinanza, i giudici sottolineano come quel che rileva non siano già i meri eventi, naturali e non (nascita, morte, matrimonio ad esempio) che segnano la vita delle persone, ma le situazioni, modalità o condizioni – prefigurate dalla legge – che li accompagnano: nel caso della nascita, a

rilevare, quindi, non sarà l'evento nascita in sé, quanto la situazione di filiazione da padre o da madre cittadini.

E' logico, quindi, che se per l'acquisto o la perdita della cittadinanza sono determinanti solo la ragione o il titolo dell'acquisto o della perdita, e non già i meri eventi, che ne costituiscono solo un presupposto, allora sarà irrilevante anche il tempo in cui questi siano avvenuti, il tempo dell'acquisto o della perdita dello *status civitatis*.

In base alle considerazioni fatte, può affermarsi che la "naturale" efficacia retroattiva delle sentenze di incostituzionalità nn. 87 del 1975 e 30 del 1983 non incontra il generale limite della "situazione esaurita", per la decisiva ragione che esse incidono sulla disciplina legislativa dello *status civitatis*, di uno *status*, che per sua natura è essenzialmente sempre giustiziabile e quindi inesauribile.

A ben vedere, i ricorrenti hanno invocato, quale titolo di acquisto della cittadinanza italiana anche la situazione di filiazione da madre cittadina.

Secondo la Corte, una volta che siano state dichiarate illegittime sia la norma che prevedeva la perdita della cittadinanza italiana da parte della donna cittadina «per il solo fatto del matrimonio con cittadino straniero», sia quella che non prevedeva «che sia cittadino per nascita anche il figlio di madre cittadina», l'efficacia congiunta, *erga omnes*, delle due sentenze di accoglimento, inciderebbe sulla disciplina legislativa dello *status civitatis* di tutte le donne cittadine coniugate con un cittadino straniero e di tutti i figli di madre cittadina.

In poche parole, di tutti coloro che, già cittadini o potenzialmente tali, avevano perduto, o non avevano acquistato, quello *status* esclusivamente per effetto di una legge poi dichiarata incostituzionale.

I quali, già dal giorno successivo alla pubblicazione delle

sentenze, in quanto persone legittimate al riconoscimento del loro *status civitatis* originario illegittimamente conculcato, hanno potuto incondizionatamente farlo valere in conseguenza della rimozione dell'illegitto impedimento legislativo²⁰.

Inevitabile trarre dalle premesse della Corte l'accoglimento della domanda dei ricorrenti, nonostante il matrimonio della madre con un cittadino tunisino nel 1944 e la nascita di uno dei figli nello stesso anno.

E la sentenza 12061 del 1998?

E' la stessa Corte a richiamarla, per cercare di risolvere il contrasto tra le due pronunce.

Il fondamento della pronuncia in questione starebbe, secondo i giudici della Cassazione, nella riaffermazione di due distinti, ma connessi, principi: quello del rispetto del limite temporale di efficacia retroattiva delle pronunce di illegittimità costituzionale, integranti ipotesi di c.d. incostituzionalità sopravvenuta, e quello dell'efficacia delle leggi antecedenti alla nostra carta costituzionale che si pongano con essa in contrasto, efficacia piena e incondizionata, prima della loro dichiarazione di incostituzionalità.

Ebbene, secondo i giudici della Corte, questa *ratio decidendi* non vincolerebbe il Collegio, per il rilievo decisivo che il fondamento logico-giuridico della sentenza in oggetto sta nel diverso principio della inesauribilità dello *status civitatis*, almeno finché non intervenga un accertamento giurisdizionale definitivo,

²⁰ Da notare come la stessa Corte Costituzionale, nella sentenza n. 30/1983, esplicitando le ragioni della decisione, sottolinei come «la odierna pronuncia costituisce la logica proiezione, in tema di acquisto della cittadinanza per nascita, della *ratio decidendi* accolta nella sentenza n. 87 del 1975. Tale *ratio*, più che porre in rilievo la volontà del soggetto, consiste proprio nel riconoscimento delle conseguenze che derivano dai principi affermati nell' art. 3, comma 1, e 29, comma 2, Cost. Invero, anche nella fattispecie ora esaminata, ciò che si valorizza è l'esigenza di una assimilazione giuridica nella comunità statale di coloro che vengono considerati, effettivamente o potenzialmente, integrati nella realtà socio-politica che l'ordinamento deve regolare» (punto 3 del considerato in diritto), in Corte Costituzionale, 9 febbraio 1983, n. 30, in "Diritto di famiglia e delle persone", 1983, p. 825 ss.

opponibile all'efficacia retroattiva della dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Anche perciò a tener conto di quell'orientamento secondo il quale le sentenze nn. 87 del 1975 e 30 del 1983 si inserirebbero nella categoria delle pronunce di accoglimento per "incostituzionalità sopravvenuta", sarebbe l'oggetto specifico di queste sentenze, incidenti sulla disciplina legislativa di uno *status* personale costituzionalmente protetto ed avente natura e caratteri visti, a imporre di qualificare il limite temporale alla loro efficacia retroattiva solo come *dies a quo*, dal quale opera la riespansione dello *status civitatis*.

In realtà le motivazioni della Corte non appaiono così convincenti come vorrebbero sembrare.

E' sarà la Stessa Corte di Cassazione a tornarvi in occasione di una sentenza di poco successiva: la pronuncia n. 3331 del 19 febbraio 2004²¹.

Con questa sentenza torniamo a dove ci eravamo lasciati con la sentenza n. 12061 del 1998: i giudici sono, infatti, chiamati a pronunciarsi su una fattispecie pressoché identica.

Il caso posto all'attenzione della Corte si può riassumere nella volontà di un cittadino di nascita turca di essere dichiarato cittadino italiano *iure sanguinis a matre* in forza della pronuncia di incostituzionalità n. 87 del 1975, abrogante l'art. 10, comma 3, della legge 555 del 1912, e della successiva sentenza n. 30 del 1983.

Sappiamo come la fattispecie non trovi esplicita disciplina nella legislazione intervenuta successivamente: non si spiegherebbe la mole di sentenze sul problema.

Non lo fa la legge di riforma del diritto di famiglia, ispirata al principio di parità tra i coniugi, che si limita ad introdurre, con

²¹ Cassazione Civile, Sez. Un., 19 febbraio 2004, n. 3331, in "Giustizia Civile", 2004, fasc. 1, p. 1228 ss.

l'art. 143 *ter* c.c.²², il principio secondo il quale la perdita della cittadinanza da parte della donna che acquisti una cittadinanza straniera per effetto di matrimonio o di mutamento della cittadinanza da parte del marito è condizionata alla sua espressa rinuncia, correlativamente prevedendo all'art. 219, comma 1, che questa donna, quand'abbia perso la sua cittadinanza per uno dei fatti estintivi visti, può comunque riacquistarla con apposita dichiarazione resa all'autorità giudiziaria.

Non lo fa la successiva legge 21 aprile 1983, n. 123, che, in adesione alla pronuncia costituzionale n. 30 del 1983, stabilisce all'art. 5, comma 1, che «è cittadino italiano il figlio minore, anche adottivo, di padre cittadino o madre cittadina», limitando, però, il disposto della norma ai figli minori e con decorrenza dalla sua entrata in vigore.

E non lo fa neppure la legge organica in materia di cittadinanza del 5 febbraio 1992, n. 91, che pur stabilendo come sia cittadino per nascita il figlio di padre o madre cittadini, non detta alcuna disposizione attributiva in via transitoria ai figli maggiorenni di madre italiana che avesse perso la cittadinanza sulla base della previgente normativa²³.

La questione è quindi tutta nelle mani della giurisprudenza che, come sappiamo, già nel 1978²⁴ fu investita della questione della relativa ai limiti temporali di efficacia della sentenza n. 87 del 1975, questione riproposta poi all'attenzione della Corte con la pronuncia n. 12061 del 1998.

Il principio è stato quindi ribadito: l'efficacia retroattiva di una sentenza dichiarativa della illegittimità costituzionale di una norma sin dal momento in cui essa sia entrata in vigore trova

²² Abrogata, poi, dall'art. 26 della legge 5 febbraio 1992, n. 91.

²³ L'art. 20 stabilisce tuttavia come questa nuova disciplina non possa esplicare effetti retroattivi.

²⁴ Cassazione Civile, Sez. I, 23 febbraio 1978, n. 903, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 1978.

piena applicazione solo con riferimento alla categoria delle norme che si rivelino incostituzionali *ab initio*, mentre, ove la pronuncia di illegittimità abbia ad oggetto una norma contenuta in una legge anteriore alla Costituzione e trovi ragione nel sopravvenuto contrasto con norme o principi della carta costituzionale, definendo così una ipotesi di incostituzionalità sopravvenuta, gli effetti della sentenza, anche rispetto ai rapporti ancora pendenti, non possono retroagire oltre il momento in cui questo contrasto si è verificato.

E' chiaro, quindi come, non potendo gli effetti della sentenza n. 87 del 1975, retroagire oltre il 1° gennaio 1948, non sia venuto meno il fatto estintivo della cittadinanza, costituito da matrimonio della cittadina prima di tale data, ma diversamente si sia prodotto il diverso e limitato risultato di attribuire alla donna il diritto di riacquistare, ove lo voglia, la cittadinanza cessata²⁵.

Come dicevamo, i giudici colgono l'occasione, proprio con questa pronuncia, di tornare sulle argomentazioni svolte in occasione della sentenza n. 15062 del 2000.

Abbiamo visto come il nodo focale affrontato dalla pronuncia non sia tanto quello dei limiti temporali all'efficacia retroattiva delle sentenze dichiarative della incostituzionalità di leggi anteriori alla Costituzione, quanto, piuttosto, quello di valutare se, in relazione allo *status civitatis*, la naturale efficacia retroattiva delle sentenze di incostituzionalità incontri il generale

²⁵ Da notare come, con questa pronuncia, i giudici abbiano sostanzialmente disatteso l'orientamento espresso dalle sentenze della prima sezione nn. 6297 e 10086 del 1996 (la prima in "Famiglia e diritto", 1996, p. 587 ss., la seconda "Giustizia Civile Massimario", 1996), in cui i giudici della Suprema Corte affermarono come, per emettere delle pronunce costituzionali nn. 87 del 1975 e 30 del 1983, fossero state definitivamente rimosse le ragioni, rispettivamente, della perdita da parte della madre e del mancato acquisto dei figli della cittadinanza italiana, verificatesi in forza delle disposizioni dichiarate incostituzionali, ritenendo che la cessazione di efficacia *erga omnes* con effetto retroattivo delle leggi dichiarate incostituzionali, pur se precedenti l'entrata in vigore della Costituzione, implicasse il divieto di applicazione relativamente a situazioni o rapporti cui esse sarebbero state ancora applicabili ove non fosse intervenuta la pronuncia di incostituzionalità.

limite temporale del rapporto irretrattabilmente chiuso o esaurito.

La Corte, partendo dalla premessa che la qualificazione di una situazione o di un rapporto come esaurito non possa mai fondarsi sulla norma dichiarata costituzionalmente illegittima, atteso che attraverso detta qualificazione continuerebbe ad applicarsi la norma dichiarata incostituzionale, osserva che lo *status civitatis* è per sua natura assoluto, indisponibile ed inesauribile, *ergo* fonte inestinguibile della distinta titolarità delle situazioni giuridiche che lo presuppongono, come tale giustiziabile in ogni momento in cui rilevi il suo accertamento o la sua tutela, almeno fino a che non intervenga una statuizione giurisdizionale definitiva, opponibile all'efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità.

Proprio partendo da tale assunto, arriva ad affermare come ogni modificazione dell'ordinamento giuridico che incida sulla disciplina dello *status* non possa non esplicare effetti nei confronti di tutti coloro cui detta disposizione compete, a prescindere da ogni riferimento temporale, così che questo *status* resta conformato dalla disciplina risultante da ogni intervento demolitorio della Corte Costituzionale.

E' proprio sull'impostazione seguita dalla Corte nella sentenza n. 15062 che la Corte mostra i maggiori dubbi.

Abbiamo visto come sia orientamento costante, tanto in dottrina che in giurisprudenza, quello che vuole che le leggi anteriori alla Costituzione perdano efficacia, per effetto di pronunce di incostituzionalità, dalla data di entrata in vigore della Costituzione: il giudizio di difformità rispetto al parametro costituzionale non può svolgersi oltre il momento in cui l'antinomia si è verificata.

Non v'è ragione di affrontare il dibattito relativo alla cedevolezza o meno del limite temporale di efficacia visto di fronte alla lesione, ad opera di leggi anteriori alla Costituzione, di

diritti fondamentali ed inviolabili dell'uomo, per loro natura preesistenti a qualsiasi riconoscimento formale: basti sapere che il nostro ordinamento non riconosce alcuna ipervalenza del diritto ad essere cittadino tale da imporsi in termini assoluti, al di là del quadro costituzionale di riferimento.

Ebbene, se il quadro normativo attuale in tema di cittadinanza ci consente di escludere che la condizione di cittadino italiano si configuri come indisponibile ed indefettibile, si rende agevole la confutazione delle argomentazioni, poste dalla Corte, a fondamento della sentenza n. 15062: lo *status civitatis* non può considerarsi assoluto o non esauribile o, ancora, giustiziabile in ogni momento in cui il suo accertamento e la sua tutela vengano in rilievo, e per questo necessariamente influenzato dagli effetti della pronuncia n. 87 del 1975.

Ma il profilo ricordato non risulta essere l'unico ad essere censurato dalla Corte che, ancora una volta, prende spunto dalla sentenza n. 3331 del 2004, per fissare dei punti fermi in materia, stavolta criticando il richiamo compiuto al limite dell'esaurimento di una situazione giuridica.

La Corte, infatti, giustifica la sua decisione affermando come non sia possibile qualificare un rapporto o una situazione come esauriti facendo riferimento ad una norma dichiarata incostituzionale: fin qui, *nulla quaestio*.

Ma il problema è che evoca "impropriamente" tale principio in relazione ad una ipotesi in cui il vizio di legge non è originario, quanto derivato: derivato dal mutamento del quadro costituzionale di riferimento, con la conseguenza che l'evento produttivo dell'estinzione del rapporto o della situazione giuridica risulterà avvenuto in forza di una legge non incisa dalla dichiarazione di incostituzionalità.

Da notare come, proprio da questo assunto, i giudici della n. 3331 traggono effetti ulteriori: «fondare, infatti, il giudizio di

pendenza del rapporto sulla ritenuta ininfluenza della norma dichiarata illegittima per incostituzionalità sopravvenuta, vuol dire sostanzialmente assumere che la disposizione era illegittima sin dal momento della sua entrata in vigore, così attribuendo efficacia alla pronuncia di incostituzionalità, oltre quel limite temporale che pure si era ritenuto di non rimettere in discussione».

Chiariti i punti messi in discussione dalla sentenza n. 15062, i giudici della Suprema Corte tornano a porsi nel solco disegnato dalla sentenza n. 12061 del 1998, negando al possibilità anche qui ai ricorrenti di essere dichiarati cittadini italiani *iure sanguinis a matre*, compiendo tra l'altro una valutazione ulteriore sul valore da attribuire alla dichiarazione di cui all'art. 219, comma 1, della legge di riforma del diritto di famiglia.

Secondo i giudici della Corte Suprema, infatti, questa dichiarazione, finirebbe col rivestire una duplice ed alternativa funzione: meramente ricognitiva, nell'ipotesi in cui il matrimonio si fosse celebrato dopo il 1 gennaio 1948, e pertanto il fatto estintivo sarebbe da considerarsi come mai avvenuto, costitutiva ai fini del riacquisto della cittadinanza perduta, ove il vincolo coniugale fosse stato contratto in epoca precedente l'entrata in vigore della Costituzione.

E' chiaro che, così come disegnata dalla Corte, la valenza di questa norma risulta certamente ridimensionata, anche se non svuotata.

Norma che, ricordiamo, pur pubblicata ed entrata in vigore dopo la pubblicazione della sentenza di incostituzionalità n. 87 del 1975, ma approvata in precedenza, era certamente diretta, almeno nelle intenzioni del legislatore a raccordarsi con la nuova disposizione dell'art. 143 *ter* c.c. – la quale, come rilevato, contestualmente prevedeva che la donna perdesse la cittadinanza con il matrimonio con lo straniero solo per sua espressa rinuncia –

fornendo uno strumento che ponesse rimedio a quelle situazioni in cui applicazione della legge precedente si era verificata la perdita della cittadinanza per matrimonio e consentisse il recupero dell'originario *status*.

A seguito dell'intervento del giudice della legittimità delle leggi con la pronuncia n. 87 del 1975, la disposizione in esame, spiegando effetti in un tessuto normativo mutato, ha conservato la funzione di consentire il riacquisto della cittadinanza solo per le donne coniugatesi con cittadino straniero prima del 1° gennaio 1948, con esclusione di ogni automatismo: la sua natura ricognitiva sarà, quindi, da riconoscersi solo con riferimento alle ipotesi di matrimonio contratto dopo questa data.

E così la Corte torna dove ci eravamo lasciati: negare il riconoscimento dello *status* di cittadino italiano ad un cittadino turco, sebbene figlio di una cittadina nata italiana, ma diventata turca dopo il suo matrimonio con un cittadino turco.

3. Filiazione e poligenia

La breve storia della filiazione islamica in Italia comincia il 10 ottobre 1974²⁶, data in cui il tribunale di Milano rigetta la domanda di disconoscimento di paternità di un cittadino iraniano nei confronti del figlio legittimo, nato dall'unione coniugale con una donna, anch'essa iraniana, colpevole d'adulterio.

La pronuncia, affrontando per prima il rapporto tra diritto islamico e ordinamento italiano, merita particolare attenzione sotto diversi profili.

In primis questa sentenza, inserendosi in un filone consolidato di pronunce giurisprudenziali, sostenuto dall'allora

²⁶ Tribunale di Milano, sentenza 10 ottobre 1974, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 1975, p. 123 ss.

più recente dottrina internazionalprivatistica, afferma l'applicabilità della *lex causae* all'azione di disconoscimento della paternità²⁷. Chiaro come ne derivi l'applicazione della legge iraniana, legge comune di tutte le parti, logica conseguenza che ci permette di arrivare al secondo punto focale della sentenza in questione: il rapporto tra il diritto iraniano e il concetto di ordine pubblico internazionale.

In sostanza, con un atto notificato al tribunale di Milano, M.M. cita moglie e figlio, chiedendo alla Corte che il minore fosse disconosciuto, vista la pretesa relazione adulterina della moglie prima della gravidanza, rivelatole dalla stessa.

Convenuti in giudizio moglie e figlio, questi eccepiscono l'assoluta insussistenza nell'atto introduttivo della causa della esposizione dei fatti e degli elementi di diritto *ex art. 163 c.p.c.*, onde il giudice istruttore, fissa termine per provvedere alle conseguenti specificazioni richieste. Non bisogna dimenticare come, tuttavia, successivamente, un altro elemento centrale entra nel processo: la richiesta del curatore del figlio di applicare la legge iraniana, *ex art. 17* delle preleggi al codice, fissante un termine più breve per la proponibilità dell'azione di disconoscimento.

Il tribunale, pronunciandosi sulla domanda, rigetta la domanda dell'attore, e non lo fa per un vizio procedurale quale l'assenza di alcuno degli elementi essenziali della domanda, sanato nella prima udienza fissata dal giudice istruttore, bensì per un preteso contrasto della legge iraniana con l'ordine pubblico internazionale.

Il fatto che tutte le parti posseggano la cittadinanza iraniana,

²⁷ In senso contrario, tuttavia, l'autorevole voce di V. Morelli, che sulla questione *de quo*, in *La legge regolatrice dell'azione di disconoscimento della paternità*, in "Rivista di diritto internazionale", 1960, p. 326 ss., sostiene come l'art. 27 disp. prel. c.c. comprenda l'intera materia processuale e che, avendo la norma dell'art. 244 c.c. carattere processuale, carattere processuale abbia anche il termine di decadenza per l'esercizio dell'azione di disconoscimento.

comporta la necessaria applicazione della legge dello Stato cui le parti appartengono, la quale prescrive (art. 1162 c.c.) che «per la possibilità di istruire una causa – in materia di rifiuto del nascituro – è necessario procedere prima della scadenza di due mesi dalla nascita del bambino». La stessa norma, a scanso di equivoci aggiunge «dopo tale termine non sarà più accolta alcuna procedura».

Ebbene, il termine assegnato dalla *lex causae* per il disconoscimento della paternità viene giudicato dal Tribunale milanese «troppo breve» in rapporto alle fondamentali esigenze dell'ordinamento italiano, da qui l'applicazione dell'art. 31 disp. prel. c.c.

E' chiaro come la sentenza abbia fatto ricorso al limite dell'ordine pubblico, non già perché il termine disposto dalla *lex causae* sia diverso da quello disposto dalla legge italiana, quanto perché tale diversità raggiunge una soglia oltre la quale essa risulta incompatibile con le esigenze fondamentali del nostro ordinamento²⁸.

In linea di principio questa impostazione è da accogliere senza esitazioni; la questione, però, sarebbe stata diversa qualora il termine di decadenza, posto dalla legge italiana, fosse venuto in considerazione per valutare la sua proporzione con la tutela di certi interessi fondamentali, protetti dal limite dell'ordine pubblico: in questa diversa ipotesi, infatti, il termine previsto dalla nostra legge avrebbe avuto un ruolo di modello di riferimento indicativo, e come tale, non strettamente vincolante²⁹.

In realtà, a prescindere da valutazioni di mero carattere giuridico, notevole è stata la dottrina che nel caso di specie si

²⁸ G. M. UBERTAZZI, *Lex causae, lex fori e ordine pubblico internazionale nel disconoscimento di paternità*, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 1975, p. 54 ss.

²⁹ Se, ad esempio, il termine disposto dalla *lex causae* fosse di 90 giorni, il giudice non potrebbe considerarlo troppo breve, neppure quando fosse più breve di quello di tre mesi previsto dall'art. 244 c.c.

mosse verso una non eccessiva brevità del termine iraniano per la promozione dell'azione di disconoscimento, e in effetti, a ben guardare, la sentenza presenta un caso da manuale per riflettere sul funzionamento del limite dell'ordine pubblico³⁰.

Ammettiamo che il termine fosse stato davvero troppo breve rispetto al disposto dell'art. 244 c.c.: quante volte nel nostro ordinamento alcuni termini, disposti come minimi, vengono ridotti fino alla loro metà e anche oltre.

Ma arrivando al punto centrale della questione: dalla sentenza risulta che, a suo dire, l'attore, già durante la gravidanza della moglie, aveva buone ragioni di ritenere di non essere il padre del nascituro. Sempre a suo dire, le sue condizioni di salute lo avrebbero posto in uno stato di impotenza psichica tale da renderlo incapace a generare durante il periodo legale di concepimento. Non bisogna dimenticare, poi, come egli avrebbe avuto sospetti dell'infedeltà della moglie, peraltro rivelata dalla stessa durante la gravidanza.

Sarebbe ragionevole pensare che, a queste condizioni, il marito non attenda neppure un giorno per disconoscere il presunto figlio: in queste condizioni, il termine di due mesi non sembra dunque per nulla sacrificare le esigenze del nostro ordinamento, quanto meno non a punto tale da richiedere l'applicazione dell'art. 31 disp. prel. c.c.³¹.

In un caso simile, ad esempio, il Tribunale di Genova³²,

³⁰ G. M. UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 56.

³¹ Nella situazione considerata, cioè, l'applicazione della *lex causae* con il minor termine da essa previsto per l'esercizio dell'azione di disconoscimento non è tale da svuotare di contenuto la tutela giuridica del marito della madre. Non è forse fuori luogo rilevare che del medesimo parere sembrava essere il p.m., il quale aveva concluso per la improponibilità della domanda di disconoscimento.

³² Tribunale di Genova, 4 agosto 1970, in "Foro padano", 1971, p. 302 ss. In questa causa ai giudici genovesi risultava anzitutto che la fisica impossibilità di coabitare fra i coniugi non aveva avuto una durata tale da rendere senz'altro accoglibile la domanda di disconoscimento. Risultava inoltre che il marito si trovava fuori dall'Italia al momento della nascita del figlio, che da più tempo si disinteressava completamente alla moglie e che questa aveva accuratamente evitato che egli potesse venire a conoscenza della gravidanza.

sostenne che la domanda di disconoscimento, proposta dopo tre mesi dalla nascita del figlio, era senz'altro accoglibile: in questo caso il tribunale aveva applicato l'ultimo comma dell'art. 244 c.c., che consente di calcolare il termine di tre mesi, non dalla nascita del figlio, ma dalla conoscenza della nascita da parte del marito. Ai giudici doveva essere apparso troppo breve per assicurare una ragionevole salvaguardia del marito-attore.

La singolarità del caso ripropone il problema della rilevanza che la fattispecie assume per l'applicazione dell'art. 31 delle preleggi: indica, infatti, che per far funzionare il limite dell'ordine pubblico, il giudice deve guardare alla situazione di causa e decidere, rispetto a tale situazione, se l'applicazione della *lex causae* sia, o non, compatibile con il rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento³³.

Per applicare l'art. 31 il giudice non ha solo da rilevare se e quale principio di ordine pubblico internazionale possa, in linea astratta, costituire un ostacolo alla applicazione della *lex causae*: il giudice dovrà compiere un'ulteriore valutazione altrettanto delicata, cioè quella di stabilire se, tenuto conto dei fatti della causa, il limite dell'ordine pubblico trovi, o non, ragionevole applicazione³⁴.

La situazione cambia, però, come visto nel precedente capitolo, con l'entrata in vigore della legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato: la prima sentenza che ci permette di osservare l'operatività del sistema, almeno in linea teorica, viene pronunciata dalla Cassazione Civile l'8 marzo 1999, ma prima un'altra sentenza scuote il mondo dei rapporti tra diritto italiano e diritto musulmano: la 12077 del 1999³⁵.

In quel caso la Corte si trovò a pronunciare su un caso

³³ G. M. UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 58.

³⁴ P. MENGOZZI, *op. cit.*, p. 77.

³⁵ Cassazione Civile, Sez. I, 27 ottobre 1999, n. 12077, in "Vita Notarile", 1999, p. 1412 ss.

estremamente particolare, privo di precedenti analoghi: l'opposizione della madre, ex art. 250 c.c., al riconoscimento tardivo del padre di origine musulmana e il conseguente interesse del minore allo stesso.

La sentenza meriterebbe di essere studiata solo per la lettura che dà dell'art. 250, comma 4 del codice, costituente una delle più significative innovazioni introdotte dalla riforma del 1975 a tutela della personalità del figlio minore rispetto alle scelte degli adulti. Il previgente testo dell'art. 250 si limitava, infatti, a prevedere le età minime (diciotto per gli uomini e quattordici per le donne) per compiere il riconoscimento del figlio naturale, nulla dicendo, però, sul riconoscimento tardivo, ritenendo evidentemente che il riconoscimento fosse per il figlio sempre, e comunque, un fatto positivo³⁶.

Il legislatore della riforma, invece, si pose il problema degli effetti provocati da un riconoscimento tardivo su un equilibrio familiare – e psicologico – già consolidato: per questo stabilì che «il riconoscimento del figlio maggiore di sedici anni non produce effetti senza l'assenso» dell'avente diritto, nonché la necessità del consenso del genitore primo riconoscente nei casi di riconoscimento tardivo.

Chiaramente il consenso può essere rifiutato per valide ragioni, ma anche per ragioni di scarso o addirittura nullo rilievo.

Proprio per dirimere il conflitto tra gli adulti il legislatore della riforma pose quale criterio dirimente «l'interesse del minore»: un principio generale che compete al giudice concretizzare nella singola fattispecie³⁷.

Interesse che, secondo una interpretazione ormai consolidata dei sociologi della famiglia e della giurisprudenza nei vari gradi,

³⁶ A. GALOPPINI, *Interesse del minore e riconoscimento cd. tardivo da parte del genitore musulmano*, in "Diritto di famiglia e delle persone", 2001, fasc. 2, p. 538.

³⁷ V. POCAR - CAR ONFANI, *La famiglia e il diritto*, Bari, Laterza, 1985, p. 155 ss.

deve intendersi in senso relazionale, cioè come un elemento attivo di una relazione affettiva ed educativa del figlio con i genitori, orientata alle esigenze di crescita del minore. Esclusa, quindi, «la sussistenza di un *favor* astratto, aprioristico e presuntivo per la doppia genitura, in sé considerata», l'interesse del minore «va valutato ed accertato con riferimento preminente alle globali esigenze, presenti e future, di formazione ed arricchimento della sua personalità *in fieri* nel contesto familiare e socioeconomico di appartenenza, vale a dire con riguardo alla situazione e alle esigenze, *de praesenti* e *de futuro*, di un determinato minore, e con riguardo anche ad entrambe le figure genitoriali»³⁸. E, se è vero che il secondo riconoscimento può, teoricamente, produrre «l'ampliamento della sfera dei rapporti affettivi e patrimoniali», tuttavia ciò deve essere esaminato caso per caso, «non richiedendo l'interesse del minore necessariamente la costituzione del rapporto formale di genitura, soprattutto là ove al vincolo formale non sia sotteso un rapporto positivo e strutturato tra genitore e figlio, che attribuisca pubblica rilevanza e pubblica certezza ad un rapporto di filiazione già vissuto come tale» dovendosi per ciò valutare «se il vincolo formale del successivo riconoscimento corrisponda ad un concreto ampliamento della sfera affettiva della minore o si ponga piuttosto come elemento di disturbo in una condizione ormai stabilizzata e gratificante»³⁹.

E' chiaro che, sulla base di queste premesse, il caso in oggetto pose il problema della rilevanza delle opinioni religiose del genitore rispetto all'interesse del figlio al riconoscimento tardivo.

Un lontano precedente, assimilabile sotto il profilo degli elementi costitutivi della fattispecie, tuttavia dissimile per il

³⁸ Cassazione Civile, Sez. I, 28 giugno 1994, n. 6217, in "Diritto di famiglia e delle persone", 1994, p. 1428 ss.

³⁹ Tribunale min. Trieste, 17 dicembre 1987, in "Diritto di famiglia e delle persone", 1988, p. 1025 ss.

coinvolgimento di un ateo perfetto, negò l'affidamento al padre, che non offriva garanzie di essere un perfetto educatore, laddove tale garanzia era data dalla madre, «religiosissima»⁴⁰.

La motivazione della sentenza di primo grado, poi opportunamente riformata in appello, esprimeva la stessa pregiudiziale ostilità verso l'ateismo del padre, leggibile nella sentenza in discorso, nei motivi di ricorso della madre verso la fede islamica del padre della bambina. Ma già allora la sentenza di appello decideva sulla base della «irrilevanza della subiettività religiosità o irreligiosità quale coefficiente di qualificazione o di preferenza dell'educatore, dando invece rilevanza al fanatismo religioso o antireligioso».

Il problema si ripropose, poi, nel caso dell'affidamento del figlio alla madre aderente al credo dei Testimoni di Geova⁴¹ (definito dallo stesso giudice «notoriamente integralista, intransigente fino al fanatismo e scarsamente permeato nel tessuto sociale del nostro Paese»). Qui, lungi dal proclamare esclusioni pregiudiziali, il giudice mantenne l'affidamento alla madre, «costituente per il figlio una figura affettivamente stabile e preponderante», demandando però ad un «Consultorio familiare il controllo dell'attività pedagogica del genitore affidatario, affinché questi abbia a prodigare al minore una scala di valori, esenti da eccessi fideistici e per ciò compatibili con una sua crescita equilibrata»⁴².

⁴⁰ Tribunale di Ferrara, 31 agosto 1948, in "Giurisprudenza italiana", 1948, fasc. 1, pt. II, p. 592, riformata *in parte qua* da Corte d'Appello di Bologna, 13 aprile 1950, in "Foro italiano", 1950, fasc. 1, p. 894.

⁴¹ Tribunale min. Venezia, 10 maggio 1990, in "Diritto di famiglia e delle persone", 1991, p. 618 ss.

⁴² Sulla stessa linea un'altra sentenza, che in una causa di separazione ha stabilito l'addebito al marito che privilegiando esclusivamente i doveri a lui derivanti dall'appartenenza alla religione professata, venga meno ai doveri elementari di assistenza e collaborazione e in particolare pretenda di trasmettere al figlio un atteggiamento aprioristico di intransigenza, intolleranza e di acritico rifiuto verso l'altrui condotta, soprattutto religiosa, impedendo in tal modo al figlio di vivere e di assimilare un regolare processo di socializzazione e temperanza. Si veda Tribunale di Bologna, 5 febbraio 1997, in "Diritto di famiglia e delle persone", 1999,

Appare quindi costante il rifiuto dei giudici del fanatismo, che, da qualsiasi fede provenga, si traduce nei confronti del figlio in una palese violazione del dovere di educarlo «tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli» (art. 147 c.c.).

Nell'unico precedente speculare del caso deciso qui dalla Corte di Cassazione (madre italiana e cattolica e padre tunisino e musulmano) il giudice decise «da un lato per l'affidamento del minore ad una struttura del Servizio Sociale e dall'altro per un suo collocamento provvisorio e sperimentale presso il padre, sotto la vigilanza assidua della struttura d'assistenza»⁴³.

Dovendo scegliere tra una madre inidonea e un padre valido, ma intollerante, il giudice mise al centro la necessità del minore al rispetto della propria personalità e, quindi, ad un'educazione nel segno della tolleranza.

Ma riprendendo le fila del discorso, il caso deciso dalla Suprema Corte con la sentenza in oggetto ha chiaramente tutti i caratteri di un caso pilota destinato trovare ampio seguito in una società ormai avviata al multiculturalismo.

Abbiamo visto come il compito della Corte fosse quello di valutare l'interesse del minore in un ambito di accentuata diversità religiosa dei genitori, con il rischio non peregrino di una decisione ideologica, intesa a privilegiare uno specifico modello familiare o educativo come l'unico confacente alla realizzazione di tale interesse⁴⁴.

Sarebbe bastato, in questo senso, riferirsi a definizioni di tipo olistico, indifferenti alle esigenze peculiari del singolo minore, ma

p. 157 ss., con nota di S. MALTESE, *Libertà religiosa, separazione personale e interesse della prole*, sulla militanza nel movimento Lubavitch e gli effetti prodotti da questa in ambito familiare.

⁴³ Tribunale min. Catania, 28 gennaio 1991, in "Diritto di famiglia e delle persone", 1992, p. 1071 ss.

⁴⁴ A. GALOPPINI, *Interesse del minore e riconoscimento cd. tardivo da parte del genitore musulmano*, cit., p. 541.

attente, viceversa, alla necessità di «assicurargli una formazione etica che gli consenta di inserirsi attivamente nella società», mirando ad «un progetto di costruzione dell'ordine pubblico a partire da quello privato»⁴⁵.

Sostanzialmente andavano in questa direzione le argomentazioni addotte dalla madre per rifiutare in consenso al riconoscimento da parte del padre: quelle su un Islam come cultura che identifica la condizione del credente e quella del cittadino, caratterizzata da un certo «integralismo religioso e politico dei musulmani», sulla condizione deteriore, sotto ogni riguardo, della donna rispetto all'uomo – argomento che avrebbe potuto avere un certa presa emotiva essendo il figlio da riconoscere una bambina – e, ancora, sul danno che avrebbe subito la minore dall'attrazione nell'ordinamento paterno dopo il riconoscimento.

Ma, in effetti, la sensazione che se ne trae è solo quella di una serie di argomenti ad effetto, tratti dai più diffusi luoghi comuni dell'immaginario collettivo e tesi a dare dignità culturale ad un diniego ispirato anche, se non esclusivamente, dal risentimento verso l'ex compagno per il fallimento dell'unione.

Come una volta l'ateismo del padre, così, oggi, la fede islamica del padre viene agitata a mo' di spauracchio, motivo di atavico terrore soprattutto per i più indifesi⁴⁶.

Ma oggi, più che in quel lontano precedente, i giudici non si sono lasciati impressionare dagli stereotipi ed hanno esaminato l'interesse del minore ponendo una significativa premessa di carattere costituzionale: in base agli artt. 8, comma 1, e 19 Cost., tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge e tutti hanno diritto di professare liberamente la propria

⁴⁵ V. POCAR - CAR ONFANI, *op. cit.*, p. 160.

⁴⁶ A. GALOPPINI, *Interesse del minore e riconoscimento cd. tardivo da parte del genitore musulmani*, cit., p. 542.

fede, sicché un diniego al riconoscimento fondato esclusivamente sulla diversa appartenenza religiosa dei genitori sarebbe incostituzionale⁴⁷.

Su questa base, l'interesse – al riconoscimento o meno – è stato valutato, ancora una volta in senso relazionale, dalle conformi sentenze di merito, ove emergeva che la bambina aveva già un rapporto positivo col padre, che era stata in Tunisia per lunghi periodi e che nella osservazione superdiagnostica si auspicava un ravvicinamento al padre, padre, sempre secondo le precedenti pronunce, ben integrato nel tessuto sociale e culturale italiano e rispettoso delle altre individualità, tanto da concordare con la madre che la bambina «venisse cresciuta come cristiana», in modo da permettere ad essa, una volta diventata grande, la possibilità di scelta tra la religione cattolica e quella islamica. Esclusi, quindi, pericoli sotto il profilo del rispetto della personalità della figlia, non se ne ravvisavano altri, tanto meno quello del rischio della paventata «attrazione» della bambina nell'ordinamento paterno, una volta compiuto il riconoscimento, visto la nazionalità italiana della bambina, ferma anche dopo il riconoscimento⁴⁸.

Sia chiaro: con queste argomentazioni i giudici non

⁴⁷ *Ad abundantiam*, si può aggiungere quel che sostennero i giudici bolognesi di mezzo secolo fa, i quali affermarono come l'art. 7 Cost. richiami i patti lateranensi per il regolamento dei rapporti tra Stato e Chiesa e non tra Chiesa e singoli cittadini, e che l'art. 3 proclama la pari dignità sociale e la piena uguaglianza davanti alla legge di tutti i cittadini, senza distinzione, tra l'altro di religione.

⁴⁸ Nel caso di specie è infatti pacifico che la bambina è cittadina italiana ed è da escludere che il riconoscimento da parte del padre possa comportare la perdita della cittadinanza. Il problema non si poneva neppure sotto la vigenza dell'art. 20 delle preleggi, visto la pronuncia di incostituzionalità che colpì la parte dell'articolo che stabiliva come se fossero note entrambe le leggi nazionali dei genitori- -e mancasse la legge comune - si dovesse comunque applicare la legge nazionale del padre (Corte Costituzionale, 10 dicembre 1987, n. 477, in "Diritto di famiglia e delle persone, 1988, p. 58 ss.), pronuncia legata al contrasto della norma con l'art. 3, comma 1 e 29, comma 2 Cost. Peraltro, già dopo la sentenza la dottrina maggioritaria pose il rilievo come criterio di collegamento la legge nazionale del figlio, scelta accolta dal disposto della legge 5 febbraio 1992, n. 91 e dalla legge 31 maggio 1995, n. 218.

intendono certo chiudere la questione nella luce di un indifferenziato “buonismo”: «qualora dopo il riconoscimento il padre mettesse in atto concrete iniziative prevaricatorie o pregiudiziali dell’interesse della minore, sarebbero comunque azionabili i procedimenti e i provvedimenti previsti dalla legge» a tutela della minore stessa.

Questa sentenza, in definitiva, pone alcuni punti fermi su una questione destinata a riproporsi sempre più spesso: contrarietà tanto al fanatismo quanto agli stereotipi in favore di una valutazione serena e casistica, ma con un realistico invito alla cautela; i rapporti interculturali non si possono gestire, infatti, né con il solidarismo universalista, né con gli allarmi di stampo medievale⁴⁹.

Il limite di compatibilità per la consistenza di identità diverse nello spazio giuridico europeo viene, quindi a collocarsi sul discrimine del rispetto della persona umana «in quanto valore autoreferente e, solo successivamente, dei valori di cui è portatore il gruppo in cui la stessa si riconosce»⁵⁰.

Parzialmente sulla stessa linea la citata sentenza di Cassazione Civile 1951 del 1999⁵¹.

In questo caso una cittadina marocchina, violando le leggi, anche penali, del proprio Paese, ebbe, fuori dal matrimonio, rapporti sessuali con un cittadino italiano. Partorita una bambina, *iure sanguinis* anch’essa di cittadinanza marocchina, la donna propose in Italia nei confronti del padre – prima del 1° settembre 1995, data di entrata in vigore della nuova legge di riforma del nostro sistema di diritto internazionale privato – domanda perché

⁴⁹ A. GALOPPINI, *Interesse del minore e riconoscimento cd. tardivo da parte del genitore musulmano*, cit., p. 543.

⁵⁰ P. STANZIONE, *Minorità e tutela della persona umana*, in “Diritto di famiglia e delle persone”, 1999, fasc. 2, pt. II, p. 769, che riprende A. GALOPPINI, *Democrazia, uguaglianza, differenza: il caso dell’immigrazione islamica*, in “Diritto di famiglia e delle persone”, 1995, fasc. 1, pt. II, p. 260 ss.

⁵¹ Cassazione Civile, sez. I, 8 marzo 1999, n. 1951, in “Studium Iuris”, 1999, p. 875 ss.

fosse dichiarata ammissibile la domanda che la stessa, nell'interesse della propria figlia, aveva intenzione di proporre contro l'uomo per l'accertamento che quest'ultimo fosse il genitore naturale della minore (art. 269 c.c.).

Alla domanda, il presunto padre della bambina oppone una carenza di giurisdizione del giudice italiano, nonché l'incapacità ad agire della madre, atteso che l'ordinamento cui la stessa appartiene non prevede un'azione in qualche modo analoga a quella di cui all'art. 269 del codice.

La soluzione a cui arrivano i giudici di merito è nel senso dell'applicabilità dell'art. 16 delle preleggi, atteso che, da un lato, la legge marocchina prevede parità di diritti tra i genitori e che, dall'altro, comunque lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino.

E' chiaro come l'*iter* argomentativo seguito dai giudici di merito sia palesemente errato, nonché malamente richiamato il disposto dell'art. 16 delle preleggi, visto il difetto di reciprocità nel caso di specie, l'assenza di un principio di parità uniformante le relazioni tra genitori e figli nella famiglia marocchina e il travisamento del disposto dell'art. 17 delle preleggi, giustamente invocato ma non coordinato con la fattispecie al vaglio dei giudici⁵².

Volendo essere corretti con le premesse, il giudice del merito, al fine di valutare la capacità dell'attrice a promuovere l'azione *de qua* non poteva che fare riferimento alla sola legge straniera e, alla luce di questa, dichiarare l'inammissibilità della domanda⁵³.

⁵² E', infatti, esatto il rilievo che uno straniero, se compie nella Repubblica un atto per il quale sia incapace secondo la sua legge nazionale è considerato capace se per tale atto secondo la legge italiana sia capace il cittadino, occorre, tuttavia, coordinarlo con le eccezioni puntualmente previste dalla stessa norma, che fa salva l'eventualità che si tratti di rapporti di famiglia. Si veda M. FINOCCHIARO, *La tutela che la Costituzione accorda al minore supera le divergenze con le altre legislazioni*, in "Guida al diritto", 1999, fasc. 15, p. 36.

⁵³ M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 36.

In realtà, da quanto detto non deriva una riforma del provvedimento impugnato nel senso auspicato dal presunto padre.

In primis, la Suprema corte, infatti, nella motivazione della sentenza evidenzia come al caso di specie non sia applicabile l'art. 20 delle preleggi, sui rapporti tra genitori e figli, invocabile solo dopo che sia accertato il rapporto di filiazione⁵⁴.

Sarà, invece, applicabile l'art. 17, che prevede la contemporanea applicazione di entrambe le legislazioni, sempre che le leggi così selezionate non risultino contrarie all'ordine pubblico o al buon costume, ai sensi dell'art. 31 delle preleggi, eccezione calzante al caso di specie, caso in cui legislazione marocchina, escludente ogni rilievo alla filiazione naturale, sembra rientrare nella clausola dell'art. 31, da cui la completa applicazione della legge italiana, con conseguente rigetto del ricorso⁵⁵.

Il tenore di questa sentenza ci permette di svolgere diverse riflessioni, tanto sul problema dell'ordine pubblico internazionale che sulla disciplina internazionalprivatistica in tema di filiazione naturale.

Innanzitutto bisogna considerare ineccepibile la scelta del Supremo Collegio di applicare, alla costituzione dello *status* suddetto, in via cumulativa entrambe le leggi nazionali dei genitori alla stregua dell'art. 17 delle disposizioni preliminari al

⁵⁴ Tesi sostenuta da autorevole dottrina, tra cui si ricorda V. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*, Napoli, Jovene, 1962, p. 122.

⁵⁵ Il principale problema esistente in materia sotto l'impero delle norme del '42 era quello di stabilire il criterio di collegamento da tener presente al fine di poter procedere al riconoscimento del rapporto di filiazione. Come si è accennato si riteneva che si dovesse tener conto della nazionalità del genitore riconoscente e di quello del preteso figlio. In altre parole si dava luogo a quella che veniva chiamata applicazione cumulativa delle leggi nazionali di entrambi. Ne conseguiva che il rapporto di filiazione di un dato tipo potesse considerarsi esistente solo se esso potesse stabilirsi in base all'una ed all'altra delle leggi in gioco. Si veda F. PATRUNO, *Filiazione naturale ed ordine pubblico internazionale*, in "Giustizia civile", 1999, fasc. 7-8, pt. I, p. 2005 ss. Tuttavia non mancano voci in senso contrario come, ad esempio, G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 220.

codice.

Altrettanto ineccepibile appare l'esclusione dell'incidenza dell'art. 16, sia pure in base a motivi parzialmente differenti rispetto a quelli enucleati dai giudici.

Lascia, infatti, perplessi l'argomentazione piuttosto sbrigativa con cui viene corretta la motivazione della Corte d'Appello di Roma, secondo la quale l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità era da considerarsi ammissibile in virtù della parità, riconosciuta dalla legislazione marocchina, di diritti tra madre e padre nei confronti del figlio, analoga a quella italiana, visto che comunque, ai sensi dell'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice, lo straniero è ammesso al godimento dei diritti civili spettanti al cittadino⁵⁶. Il contenuto della legge straniera non sembrerebbe, dunque, così indiscutibile, con ciò confermando l'opportunità – mancata – di intrattenersi sul punto: ma è soprattutto l'applicazione dell'art. 16 che avrebbe richiesto ben altre argomentazioni.

La condizione di reciprocità, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, non è richiesta a fini processuali, essendo il diritto d'agire per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi garantito a chiunque dall'art. 24 della Costituzione. Secondo questo stesso orientamento sarebbe il contenuto sostanziale del diritto fatto valere ad essere subordinato alla condizione di reciprocità, e l'onere della prova addossato a chi fa valere il diritto⁵⁷.

In ogni caso, comunque, questa norma subordina il godimento dei diritti civili, da parte dello straniero, alla condizione di reciprocità, ovvero al godimento di analoghi diritti da parte del cittadino italiano nello Stato di cittadinanza o di

⁵⁶ B. NASCIBENE, *Matrimonio all'estero, dichiarazione giudiziale di paternità naturale e ordine pubblico*, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 1999, fasc. 3, p. 773 ss.

⁵⁷ B. NASCIBENE, *Matrimonio all'estero, dichiarazione giudiziale di paternità naturale e ordine pubblico*, cit., p.779.

nazionalità dell'individuo o dell'ente straniero⁵⁸.

L'ambito di applicazione dell'art. 16, norma a tutt'oggi vigente, ha suscitato nel tempo una serie di rilevanti erosioni ad opera sia di altre norme italiane sia di regole comunitarie e internazionali pattizie⁵⁹.

Riguardo al caso in esame, tale norma non è più suscettibile di incidere nei rapporti di famiglia relativi a uno o più individui stranieri, qualora essi siano ricompresi nell'ambito dei diritti umani – ed è evidente che il diritto all'accertamento della paternità o della maternità sia annoverabile in questo catalogo di diritti fondamentali della personalità – quale si ricava non solo dai nostri principi costituzionali, ma anche da alcune norme internazionali pattizie.

Pertanto, l'irrilevanza della condizione di reciprocità di cui all'art. 16 non deriverebbe affatto dall'esistenza di norme specifiche di conflitto, quale ad esempio l'art. 17, come mostra di ritenere da Corte di Cassazione: le due norme si collocano, infatti, su due piani ben distinti sia per natura che per contenuto⁶⁰.

Passando all'altro elemento centrale della controversia, abbiamo visto come la Suprema Corte abbia scartato l'applicazione dell'ordinamento marocchino⁶¹ in quanto incompatibile con l'ordine pubblico internazionale, rendendo così applicabili solo le norme italiane relative all'accertamento della

⁵⁸ R. CLERICI, *Dichiarazione giudiziale di paternità e diritto marocchino*, in "Famiglia e diritto", 1999, fasc. 5, p. 451.

⁵⁹ E. CALÒ, *Il principio di reciprocità*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 59 ss. e 261 ss.

⁶⁰ Sulla differenza tra l'art. 16, relativamente al trattamento dello straniero, e le norme di conflitto si veda E. CALÒ, *op. cit.*, p. 59 ss.

⁶¹ Tra l'altro non provando minimamente la legge ritenuta in contrasto con l'ordine pubblico, vera lacuna della sentenza in oggetto che conclude, comunque, correttamente per l'applicazione della legge italiana, legge del preteso genitore. La delicatezza della questione, assumendo peraltro come presupposta l'equivalenza fra diritto marocchino e diritto musulmano avrebbe richiesto qualche spiegazione sull'attendibilità della tesi sostenuta in causa, consentendo la legge islamica solo la filiazione legittima.

filiazione naturale⁶².

Nelle parole della Corte, infatti, l'ordinamento italiano «riconnette al fatto della procreazione la posizione di figlio e il relativo *status* a tutela di una fondamentale esigenza della persona, dalla quale deriva il diritto alla affermazione pubblica di tale *status* ... contrastano con i principi fondamentali che riguardano la persona nel nostro ordinamento le regole che negano giuridicità a qualunque specie di filiazione», nel caso in esame la filiazione naturale⁶³.

L'ordinamento marocchino non è effettivamente informato a tale principio, almeno per quanto riguarda la filiazione paterna. Diverso è invece il caso della filiazione materna⁶⁴: il rapporto tra madre e figlio sorge infatti in virtù della semplice procreazione: «La filiazione illegittima ... produce rispetto alla madre gli stessi effetti della filiazione legittima, perché il bambino è nato da lei (art. 83, n. 2)».

Ciò non significa peraltro che, rispetto alla madre, il figlio legittimo e quello illegittimo si trovino nella stessa posizione.

La filiazione illegittima produce nei confronti della madre gli effetti che la filiazione legittima produce nei confronti del solo padre (art. 83, n. 1). Il figlio illegittimo è inserito nella parentela materna⁶⁵ anziché quella del padre.

Ma torniamo alle norme sulla filiazione paterna, all'attenzione della Cassazione: per il diritto marocchino, fedele erede della tradizione giuridica islamica, la procreazione è condizione necessaria ma non sufficiente dello stabilirsi della

⁶² Viceversa, il sistema c.d. del cumulo avrebbe portato all'applicazione della legge più restrittiva, ovvero quella marocchina.

⁶³ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Alcune osservazioni in tema di filiazione in diritto marocchino*, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 1993, fasc. 3, p. 767.

⁶⁴ La filiazione naturale, infatti, si stabilisce con riguardo alla madre «*en raison du lien naturel qui les unit*».

⁶⁵ Si noti tuttavia che, in base ad una serie di Circolari del Ministero degli Interni, la madre nubile non può attribuire il proprio nome al figlio senza autorizzazione scritta del padre o dei fratelli.

filiazione paterna. E' necessaria in quanto, com'è noto, l'adozione non ha rilevanza, né produce alcuno degli effetti della filiazione (art. 83, n. 3); ma essa non è sufficiente se manca il carattere lecito del concepimento. Il bambino concepito fuori dal matrimonio non può essere collegato all'uomo che lo ha generato: nessun rapporto giuridico può instaurarsi tra i due. L'uno non è padre e l'altro non è figlio, visto che essere figlio di un uomo significa essere figlio legittimo⁶⁶.

E' chiaro come, essendo questi i principi del diritto marocchino, sia evidente la loro irriducibile incompatibilità con ciò che la Corte di Cassazione considera irrinunciabile: non la parificazione del figlio illegittimo con quello legittimo, ma il riconoscimento di rilievo giuridico al fatto biologico della procreazione⁶⁷.

E' interessante a questo punto soffermarsi sul percorso argomentativo seguito dalla Corte di Cassazione nella sua decisione. Riprendendo quanto affermato dal ricorrente, la Corte

⁶⁶ Si veda *infra*, cap. 2, par. 4.

⁶⁷ Passando dalli principi giuridici alle regole di dettaglio e al concreto operare del sistema, si scopre che la procreazione legittima, presentata a livello declamatorio come presupposto necessario della filiazione legittima, tale in effetti non è. I principi che hanno indotto la Cassazione a dichiarare le norme marocchine in tema di filiazione contrarie all'ordine pubblico sono disattesi. Ciononostante, il sistema nel suo complesso resta in contrasto con alcune tendenze irresistibili del diritto internazionale in materia di tutela dell'infanzia. Si consideri l'art. 89 della *Moudawwana*: esso dispone che la filiazione è stabilita, tra l'altro, in virtù di riconoscimento da parte del padre. Il bambino è attribuito all'uomo che lo ha generato solo se concepito lecitamente, cioè all'interno del matrimonio. Tale circostanza è provata mediante presunzione. Può però accadere che la presunzione copra nascite illegittime, frutto di rapporti prematrimoniali o di adulterio della moglie, ma essa, visti i termini sufficientemente ampi in cui è formulata, non esclude certo alcun concepimento lecito. Quale figlio legittimo non viene attribuito al padre per presunzione e ha la necessità di venire riconosciuto? Per il passato la risposta a questa domanda era evidente: il bambino nato nel rapporto, perfettamente lecito, tra il padrone e la sua schiava acquisiva lo *status* di figlio solo grazie al riconoscimento dell'uomo.

Oggi, nonostante la scomparsa della schiavitù e del concubinato legale, l'istituto del riconoscimento è conservato dall'ordinamento del Marocco e di altri Paesi appartenenti alla tradizione giuridica islamica. Per quale motivo ciò sia potuto accadere è facilmente spiegabile, se si considera che accanto all'uso proprio del riconoscimento ne ricorrevano altri di impropri, quale ad esempio il compimento di una adozione o di una legittimazione.

osserva che «il diritto marocchino e musulmano non conoscono l'istituto del riconoscimento del rapporto di filiazione naturale. Per di più ... la donna marocchina che chiedesse siffatta dichiarazione ... obbligherebbe il giudice a procedere penalmente nei suoi confronti» (punto 2d).

E' singolare che, chiamata a pronunciarsi in tema di dichiarazione giudiziale di paternità, la Corte si occupi di riconoscimento di paternità, instaurando per di più tra i due istituti una sorta di corrispondenza («...l'istituto del riconoscimento ... siffatta dichiarazione»)⁶⁸.

Evidentemente, alla base del ragionamento, sta un postulato inespresso: un sistema giuridico può riconoscere o meno la filiazione naturale; nel primo caso tale filiazione potrà essere sia riconosciuta, sia accertata in giudizio; nel secondo caso riconoscimento e dichiarazione giudiziale saranno entrambi sconosciuti: *tertium non datur*.

Come si è visto, il sistema marocchino sfugge a tale classificazione bipartita: esso è dominato, a livello declamatorio, dal principio della legittimità della filiazione paterna, non conosce l'azione di accertamento della paternità ma prevede l'istituto del riconoscimento. Una descrizione della reale operatività del sistema di filiazione paterna indica che esso si fonda principalmente sulla volontà dell'uomo. Il bambino concepito fuori dal matrimonio è collegato al padre solo se questi vuole riconoscerlo: non vi è modo di condannare l'uomo alla paternità con un'azione di accertamento della paternità che presuppone il suo rifiuto di riconoscerlo⁶⁹. D'altra parte l'uomo, sol che lo

⁶⁸ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Alcune osservazioni in tema di filiazione in diritto marocchino*, cit., p. 769.

⁶⁹ La logica sottesa al funzionamento del sistema di filiazione musulmano viene esplicitata dal memorandum di accompagnamento al codice del Kuwait. Questa legge ha in comune col codice marocchino l'origine islamica, ma regola il riconoscimento in modo più analitico. Gli artt. 169 e 171 individuano casi specifici di ricorso al riconoscimento: il memorandum spiega, infatti, che pur trattandosi invariabilmente di ipotesi di concepimento illecito, se

voglia, può disconoscere il figlio attribuitogli sulla base della presunzione, senza necessità di dare la prova dell'impossibilità biologica della procreazione.

In definitiva, l'irriducibile contrarietà del diritto marocchino rispetto all'ordine pubblico sembra discendere essenzialmente dalla completa assenza di una azione volta alla dichiarazione giudiziaria della paternità.

Concetto, quello di ordine pubblico, estremamente variegato, in cui il richiamo ai principi fondamentali che riguardano la persona, compreso quello che riporta lo stato di figlio ad un concetto unitario, riflette evidentemente un'interpretazione dell'art. 30 Cost. ormai così radicata da non richiedere ulteriori approfondimenti⁷⁰.

Occorre piuttosto sottolineare come alla ricostruzione dei principi fondamentali concorrano sicuramente le regole contenute in alcune convenzioni internazionali, specie quelle relative ai diritti umani. Sotto questo profilo, il parametro di riferimento immediato è costituito dall'art. 8 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nella parte in cui esige il «rispetto della vita privata e familiare», soprattutto alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella celebre sentenza del caso *Kroon*, relativa appunto al diritto di riconoscere il proprio figlio naturale⁷¹.

l'uomo riconosce il bambino e non fa riferimento alla fornicazione, la filiazione si stabilisce in considerazione dell'interesse del bambino: esso è invocato solo quando corrisponda alla volontà del padre, scelta in palese contrasto con l'art. 3, n. 1 della Convenzione di New York del 1989, ratificato dal Marocco, secondo cui «*in all actions concerning children, ... undertaken ... by legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*». Sempre la stessa convenzione, poi, stabilisce all'art. 7 che il bambino ha «*as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents*».

⁷⁰ R. CLERICI, *op. cit.*, p. 451.

⁷¹ Sentenza 27 ottobre 1994 nella causa n. 424, *Kroon e altri vs. Paesi Bassi*, in A. P. PILLITU, *La tutela della famiglia naturale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in "Rivista di diritto internazionale", 1989, p. 893 ss.

Ad un analogo *favor* possono del resto ascriversi anche altre convenzioni internazionali, elaborate al fine di agevolare tale accertamento o di disciplinarne uniformemente gli effetti⁷².

Tuttavia, le regole pattizie sin qui ricordate risultano comunque tutte predisposte in seno ad organizzazioni internazionali europee, cioè in un ambito regionale connotato da tradizioni giuridiche affini, anche se non ancora sfociate in una compiuta uniformazione del livello di protezione accordato ai figli naturali.

Occorre, allora, esaminare la portata degli accordi internazionali aventi vocazione universale, destinati, cioè, a diventare vincolanti per tutti gli Stati.

Assume evidente rilievo, in questa prospettiva, la Convenzione sui diritti del fanciullo adottata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite a New York il 20 novembre 1989 e ratificata da quasi duecento stati, tra i quali ovviamente l'Italia, ma soprattutto numerosi Paesi islamici, compreso il Marocco.

Ebbene, sia il carattere programmatico di numerose norme ivi contenute, sia la possibilità di apporvi riserve di consistente portata, sia, soprattutto, l'assenza di una specifiche disposizioni sull'accertamento della filiazione naturale, inducono a dubitare che questa Convenzione sia in grado di imporre precisi obblighi agli Stati contraenti nel settore qui considerato⁷³.

Certamente, da una lettura congiunta di alcune regole sarebbe possibile ricavare in via interpretativa un diritto all'accertamento dello *status* detto, facendo leva sul conclamato

⁷² Così, nell'ambito della Commissione internazionale dello stato civile sono state redatte la Convenzione di Roma del 14 settembre 1961 sull'estensione della competenza delle autorità qualificate a ricevere il riconoscimento dei figli naturali; la Convenzione di Bruxelles del 12 settembre 1962 sulla determinazione della filiazione materna dei figli naturali; la Convenzione di Roma del 10 settembre 1970 sulla legittimazione per matrimonio; la Convenzione di Monaco del 5 settembre 1980 sul riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio, solo la prima e la terza ratificate dall'Italia.

⁷³ R. CLERICI, *op. cit.*, p. 452.

principio relativo all'interesse preminente del minore⁷⁴, nonché su ulteriori regole contenute in altri atti internazionali⁷⁵.

Tuttavia, una simile ricostruzione esegetica potrebbe essere rifiutata dagli interpreti appartenenti all'area giuridica musulmana, che potrebbero ben far leva sia sui lavori preparatori della Convenzione sia sull'ambigua formulazione dell'art. 7 par. 1, che riconosce solo «nella misura possibile» il diritto del fanciullo «a conoscere e ad essere allevato dai suoi genitori», nonché dell'art. 8 par. 1 che sancisce il diritto di ogni fanciullo «a preservare ... le sue relazioni familiari così come sono riconosciute dalla legge»⁷⁶.

In definitiva, la Convenzione delle Nazioni Unite non è riuscita a risolvere quel “*conflict de civilisations*”⁷⁷ che induce la Corte di Cassazione italiana a scartare l'applicazione di norme musulmane incompatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento.

Se tale conflitto e la relativa soluzione appaiono in Italia tuttora ineludibili, essi fanno comunque emergere il problema di fondo con il quale si confrontano da tempo i legislatori e gli operatori del diritto occidentale: quello, appunto, relativo al grado di apertura possibile o auspicabile verso gli istituti familiari degli ordinamenti musulmani, quali la dote (*mahr*), il matrimonio poligamico o le varie forme di ripudio.

Si tratta di una non agevole ricerca di un punto di equilibrio tra i principi di eguaglianza nell'ambito familiare ormai da tempo

⁷⁴ Tale principio è sancito dall'art. 3. Inoltre l'art. 2, par. 2, impegna gli Stati contraenti ad adottare tutti i provvedimenti appropriati contro ogni forma di discriminazione del fanciullo motivata dalla condizione sociale.

⁷⁵ Quali, ad esempio, l'art. 26 par. 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, secondo il quale tutti i fanciulli, nati nel matrimonio o fuori di esso devono godere della stessa protezione sociale, o il principio I della Dichiarazione dei diritti del fanciullo, che vieta le discriminazioni fondate sull'origine nazionale e sociale della nascita.

⁷⁶ R. CLERICI, *op. cit.*, p. 452.

⁷⁷ M. CHARFI, *L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulman*, in “Recueil des Cours”, 1987, III, p. 321 ss.

radicati nei sistemi giuridici occidentali e la salvaguardia dell'identità religiosa e culturale inerente ai numerosi cittadini di Stati islamici residenti, più o meno stabilmente, negli Stati europei di forte immigrazione⁷⁸.

Né mancano prese di posizione a favore di un atteggiamento più elastico da parte di questi ultimi, in considerazione di un “nuovo ordine” fondato sulle differenze accettabili, ovvero, non così inevitabilmente connotato dalla chiusura verso norme straniere estranee ai valori dei rispettivi sistemi giuridici⁷⁹.

Con specifico riguardo ai minori, ad esempio, in Spagna, dapprima i giudici e successivamente il legislatore hanno riconosciuto la validità della *Kafalah*, ovvero di un istituto solo per certi aspetti analogo all'adozione, ma comunque sprovvisto di effetti legittimanti⁸⁰.

Dal canto suo, la giurisprudenza francese, chiamata più volte a decidere proprio in tema di filiazione naturale, è giunta talvolta ad attuire gli effetti dell'inevitabile ricorso al limite dell'ordine pubblico.

Potrebbe addirittura sorprendere la tesi della Cour de Cassation, secondo la quale le leggi musulmane al riguardo non sono di per sé contrarie alla concezione francese dell'ordine pubblico la cui unica esigenza è quella di garantire al minore “*les subsidés*” che gli sono necessari⁸¹.

Tale orientamento appare comunque ridimensionato,

⁷⁸ R. CLERICI, *op. cit.*, p. 453.

⁷⁹ Tra le voci più autorevoli E. JAYME, *Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*, cit., p. 298 ss. e *Osservazioni per una teoria potmoderna della comparazione giuridica*, in “Rivista di diritto civile”, 1997, fasc. 1, p. 813 ss.

⁸⁰ E. JAYME, *Osservazioni per una teoria potmoderna della comparazione giuridica*, cit., p. 824.

⁸¹ Cour de Cassation, 3 novembre 1988, in “Revue critique de droit international privé”, 1989, p. 495 ss., con nota di J. Foyer. Secondo la Corte, più precisamente «*les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international dont la seule exigence est d'assurer à l'enfant les subsidés qui lui sont nécessaires*».

mediante la disapplicazione della legge straniera, nel caso del figlio naturale di cittadini musulmani dotato di cittadinanza francese o comunque residente in Francia⁸².

Ed appare significativo anche l'inquadramento dato ad una analoga fattispecie, diretto a dichiarare comunque esistente un matrimonio algerino a prescindere dalla sua validità, al fine di evitare appunto al figlio gli effetti sfavorevoli altrimenti derivanti dal suo *status*⁸³. Ad un simile atteggiamento si contrappone tuttavia sull'opposto versante, quello degli Stati del Maghreb, poco inclini ad inserire nei rispettivi trattati bilaterali con la Francia, che pur denotano una volontà di cooperazione, apposite norme sul riconoscimento dei figli naturali⁸⁴.

Le aperture viste, riscontrabili in alcuni Stati europei, non trovano sinora eco nella prassi italiana.

In effetti, da un lato non si è giunti neppure ancora alla stipulazione di un'intesa con la comunità islamica. Dall'altro, la Corte di Cassazione, a parte una recente pronuncia in tema di matrimonio islamico⁸⁵, ha negato categoricamente rilievo all'istituto della *Kafalah*⁸⁶.

In ogni caso, il risultato cui la Corte è giunta nella presente

⁸² Cour de Cassation, 10 février 1993, in "Revue critique de droit international privé", 1993, p. 620 ss., con nota di J. Foyer.

⁸³ Cour de Cassation, 3 giugno 1998, in "Revue critique de droit international privé", 1998, p. 652 ss., con nota di J. P. Ancel.

⁸⁴ J. DEPRez, *Droit international privé et conflicts de civilisations*, in "Recueil des cours", 1988, p. 113 ss.

⁸⁵ Cassazione Civile, Sez. I, 2 marzo 1999, n. 1739, in "Foro italiano", 1999, pt. I, p. 1458 ss. In questa sentenza i giudici hanno riconosciuto la validità, sia pure solo ai fini dei diritti di successione, di un matrimonio poligamico celebrato all'estero da un cittadino italiano.

⁸⁶ Scelta in netto contrasto con la giurisprudenza dei più importanti Paesi europei. Pur volendo evitare il confronto con la Francia, paese all'avanguardia nella gestione dei conflitti sociali di questo tipo, il confronto risulta perdente anche nei confronti della Germania, ove numerose sentenze hanno riconosciuto questa come una valida alternativa all'adozione...i giudici ne affermano la compatibilità con l'ordine pubblico e menzionano sul punto, a suffragio, della loro tesi, la Convenzione delle Nazioni Unite. Si veda l'esemplare sentenza della Corte d'Appello di Karlsruhe, 25 novembre 1996, 11 Wx 79/96. Per una rassegna di maggiore respiro, invece, B. MENHOFER, *Zur Kafalah des marokkanischen Rechts vor deutschen Gerichten*, in "IPRax", 1997, p. 168 ss.

sentenza risulta altresì giustificata dallo stretto legame della fattispecie sottostante con la realtà sociale italiana, evidenziato non solo dalla cittadinanza italiana del padre naturale, ma altresì dalla comune, pur se non identica, residenza in Italia di entrambi i genitori e del figlio.

Tali elementi di contatto valgono ad assicurare una concreta protezione del minore e fanno perdere rilievo alla sicura inefficacia nell'ordinamento marocchino della sentenza italiana di dichiarazione giudiziale di paternità⁸⁷.

D'altro canto, l'entrata in vigore della legge 31 maggio 1995, n. 218 sarebbe suscettibile di modificare solo in parte il quadro delineato dalla sentenza in oggetto.

L'art. 35, relativo al diritto applicabile al riconoscimento del figlio naturale e – per via interpretativa – alla dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, sottopone le condizioni per il riconoscimento suddetto alla legge nazionale del figlio al momento della nascita «o se più favorevole, alla legge nazionale del soggetto che fa il riconoscimento nel momento in cui questo avviene»⁸⁸.

Ebbene, nel caso di un minore riconosciuto solo dalla madre, cittadina marocchina, esso acquista la cittadinanza di quest'ultima in base alle norme del Marocco in tema di cittadinanza, peraltro ispirate al criterio dello *ius sanguinis a patre*⁸⁹.

L'applicazione della legge nazionale del figlio sarà tuttavia sostituita, qualora il padre sia cittadino italiano, dalla legge nazionale di quest'ultimo, in quanto più favorevole al figlio stesso.

Qualora sia invece la madre ad essere italiana e il padre

⁸⁷ C. CAMPIGLIO, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 31.

⁸⁸ Diversa la tesi sostenuta da M. Finocchiaro, che sostiene, diversamente l'applicabilità dell'art. 33 e la conseguente applicabilità dell'art. 17, per contrarietà della normativa marocchina con l'ordine pubblico internazionale.

⁸⁹ R. CLERICI, *op. cit.*, p. 454.

marocchino, diventerà immediatamente applicabile al figlio la propria legge nazionale, in virtù della cittadinanza italiana a lui “trasmessa” dalla madre ai sensi dell’art. 2 comma 1 della legge 5 febbraio 1992, n. 91.

Viceversa il ricorso all’eccezione dell’ordine pubblico, contemplata tuttora dall’art. 16 della legge di riforma, risulterà l’unico mezzo per evitare l’applicazione della legge marocchina qualora entrambi i genitori siano cittadini marocchini, dato che la legge nazionale del figlio viene a coincidere con quella del padre⁹⁰. E i problemi sin qui evocati hanno modo così di riproporsi.

La situazione, come visto, cambia sostanzialmente con l’entrata in vigore, l’1 settembre 1995, della legge 218/95: da quel momento, almeno quattro sono le sentenze che rilevano in questo settore del diritto.

Con la prima, pronunciata dalla Suprema Corte il 26 febbraio 2002⁹¹, la Corte si trova ad affrontare per la prima volta dalla promulgazione della nuova legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato su due questioni molto specifiche, ma certo di grande interesse teorico sia per i cultori del diritto internazionale privato che per quelli del diritto processuale civile e, al contempo, di indubbio valore pratico.

La fattispecie portata all’attenzione della Corte può essere così riassunta: una donna con cittadinanza camerunese, madre di una bambina nata da una precedente relazione con un cittadino italiano, agisce in giudizio dinanzi al Tribunale per i minorenni di Roma per ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità della figlia. Secondo la prospettazione della donna, l’uomo, pur avendo nei primi tempi frequentato con regolarità la bambina,

⁹⁰ R. CLERICI, *op. cit.*, p. 454.

⁹¹ Cassazione Civile, Sez. I, 26 febbraio 2002, n. 2791, in “Foro italiano”, 2002, pt. I, p. 1712 ss.

provvedendo anche parzialmente al suo mantenimento, si era rifiutato di riconoscerla. Il tribunale, dopo aver acquisito la legislazione camerunese in materia, ammette la madre all'azione, riconoscendo che, anche se il termine di decadenza entro cui proporre la domanda secondo la normativa del Paese di provenienza della donna – due anni dalla nascita della bambina – era ormai maturato, tuttavia il perdurare della relazione tra i due, faceva sì che la donna non si potesse considerare incorsa in alcun tipo di decadenza.

La soluzione del Tribunale viene successivamente avallata dalla Corte di appello di Roma, sezione per i minorenni. In particolare la Corte rigetta la richiesta dell'uomo finalizzata ad ottenere il testo originale della legislazione camerunese, accompagnato dalla relativa traduzione giurata, considerando, in primo luogo, che il testo acquisito in lingua italiana, del quale non era stata contestata da nessuno l'autenticità, provenendo dall'Ambasciata del Camerun, rivestiva il crisma dell'ufficialità, vista l'attestazione di conformità all'originale e la legalizzazione della traduzione. Il riferimento al disposto dell'art. 15 della legge 218/1995, relativo ai criteri di interpretazione e di applicazione della legge straniera non comporta assolutamente che il giudice italiano abbia l'obbligo di acquisire la documentazione relativa all'interpretazione concretamente adottata nel Paese straniero per le singole norme da applicare, bensì, più semplicemente che egli debba fare riferimento, in quanto necessario alle disposizioni sulla legge in generale vigenti in quell'ordinamento (la successione della legge nel tempo, la gerarchia delle fonti, l'interpretazione delle norme penali ed eccezionali)⁹². Occorre precisare che, nel caso di specie, non vi era stata contestazione di alcun tipo né sulla circostanza che le disposizioni esistenti fossero le uniche

⁹² M. ZAMBONI, *Sugli strumenti di conoscenza della legge straniera da parte del giudice italiano*, in "La Nuova giurisprudenza civile commentata", 2003, fasc. 1, pt. I, p. 26 ss.

regolatrici della materia, né sull'interpretazione adottata.

La Cassazione, con la sentenza in esame, conferma la decisione d'appello.

In particolare, nel richiamare quanto previsto dall'art. 14 della legge 218/95, riconosce che il giudice italiano, allo scopo di conoscere la legge straniera, possa avvalersi sia degli strumenti contemplati nelle convenzioni internazionali e delle informazioni acquisite per il tramite del Ministero di Grazia e Giustizia, sia delle informazioni ottenute tramite esperti o istituzioni specializzate. Ed in motivazione aggiunge come l'ampia previsione della norma in esame renda «evidente la volontà del legislatore di rendere applicabile qualsiasi mezzo e canale di informazione, anche informale, per garantire effettività al diritto straniero applicabile nella specie, valorizzando al tempo stesso il ruolo attivo delle parti come strumento utile per la sua acquisizione».

Conformemente, la Corte ha ritenuto utilizzabile la traduzione della legge fatta dall'ambasciata ed attestante la conformità all'originale, senza che sia necessario ricorrere alla traduzione giurata di un interprete italiano abilitato, non ritenendosi applicabile nella fattispecie in esame la disciplina sulla legalizzazione degli atti all'estero, ex art. 33 del d.p.r. 28.12.2000, n. 445, recante il t.u. sulla documentazione amministrativa⁹³.

Evidentemente, il caso offre l'occasione per affrontare la tematica della pluralità dei mezzi a disposizione dell'autorità giudiziaria ai fini della conoscibilità del diritto straniero da applicare alla controversia.

Va ricordato come, relativamente al problema dell'interpretazione del diritto straniero, un autorevole quanto remoto insegnamento sostenesse che le norme straniere, una volta

⁹³ M. ZAMBONI, *op. cit.*, p. 27.

richiamate dal nostro ordinamento, perderebbero la loro originaria estraneità e si nazionalizzerebbero, diventando enunciati di complemento della disposizione in bianco costituita dalla stessa norma interna di rinvio⁹⁴.

E' chiaro come questa teoria, c.d. del rinvio recettizio, conducesse agevolmente alla conclusione per cui le norme richiamate dal diritto internazionale privato, malgrado la loro provenienza straniera, avrebbero dovuto comunque applicarsi e interpretarsi secondo i criteri ermeneutici del diritto italiano⁹⁵.

La dottrina in questione deve, però, oggi considerarsi definitivamente superata, proprio alla luce delle modifiche introdotte dalla l.218/95 che, ponendo termine al silenzio serbato sul punto dalle vecchie preleggi, all'art. 15 finalmente chiarisce come la legge straniera vada interpretata ed applicata «secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo».

Il principio, dunque, è ormai posto: le sue concrete implicazioni, come si potrà osservare, sono tuttavia molto meno chiare di quanto a prima vista sembrerebbe, e la pronuncia in commento ha in ogni caso l'innegabile merito di iniziare a sondarle.

Passiamo solo per qualche secondo, all'altro problema, quello della conoscenza in giudizio della legge straniera, o meglio, del trattamento processuale del diritto straniero.

In relazione a questo problema è noto come, fino alle soglie della riforma, si fronteggiassero teorie opposte, tra le quali la giurisprudenza ha costantemente oscillato.

Secondo una prima tesi, il diritto straniero, in quanto estraneo all'ordinamento giuridico nazionale ed alla sfera del sapere ufficiale del giudice, doveva ritenersi, in linea di principio,

⁹⁴ A. BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, Giuffrè, 1966.

⁹⁵ A. DI MURO, *La ricerca e l'interpretazione del diritto straniero. La Cassazione di fronte agli artt. 14 e 15 della legge n. 218/95*, in "Giurisprudenza italiana", 2003, fasc. 1, p. 480 ss.

assoggettato, nell'ambito del processo, al trattamento proprio delle questioni di fatto⁹⁶. Questa tesi consentiva chiaramente di escludere il diritto straniero nell'ambito di operatività del principio *jura novit curia*, assoggettandolo, invece, con evidentemente semplificazione dei compiti del giudice, agli ordinari principi in tema di onere di allegazione e prova a carico delle parti. In caso di mancato assolvimento di questo onere, il giudice avrebbe dovuto applicare la legge italiana, oppure, secondo un indirizzo ancor più rigido, rigettare la domanda che, dal diritto straniero rimasto ignoto, traeva fondamento⁹⁷.

Decisamente più apprezzata e sostanzialmente opposta alla dottrina fattualista, un'altra teoria, secondo la quale le oggettive difficoltà che l'operatore giuridico nazionale incontra, nel confrontarsi con sistemi giuridici a lui non familiari, non potevano ritenersi sufficienti né a privare la ricerca della legge straniera della sua dimensione di "questione di diritto", né ad escludere l'operatività del generale principio *jura novit curia*.

Chiaro come ne conseguisse l'obbligo per il giudice di attivarsi anche d'ufficio per procurarsi una conoscenza adeguata delle disposizioni straniere applicabili alla fattispecie a lui sottoposta.

La disputa brevemente riferita sembrerebbe oramai definitivamente composta dalla legge 218 che, all'art. 14, afferma esplicitamente che l'accertamento della legge straniera è compiuta dal giudice *ex officio*.

Tale disposizione però non dimentica che da nessun giudice può pretendersi una padronanza del diritto straniero pari a quella del diritto nazionale, e così ne agevola l'attività di ricerca

⁹⁶ Da notare come questa tesi costituisca una soluzione in inconciliabile conflitto con la dottrina del rinvio recettizio, la quale, come detto, considera la legge straniera richiamata dalle norme di diritto internazionale privato pienamente recepita nell'ambito dell'ordinamento nazionale.

⁹⁷ Per gli ulteriori effetti e la giurisprudenza conseguente si veda A. DI MURO, *op. cit.*, p. 480.

offrendo l'ausilio di taluni specifici strumenti processuali.

Solo in caso di assoluta impossibilità del giudice italiano di individuare la legge straniera applicabile, il giudice è autorizzato a ricorrere a quella richiamata da eventuali criteri di collegamento concorrenti o quale *extrema ratio*, alla legge italiana.

Proprio all'art. 14 della legge di riforma, e al disconoscimento della natura fattuale del diritto straniero che questa disposizione sottende, fa riferimento la Corte per respingere i primi due motivi di ricorso.

Entrambi i motivi censuravano, sotto diversi profili, la scelta dei giudici di merito di considerare mezzo idoneo di prova della legge camerunese la acquisizione in estratto delle sue disposizioni, rilevanti nella sola traduzione italiana, fornita dall'Ambasciata italiana in quel Paese.

In primo luogo il ricorrente affermava la violazione degli artt. 33 del d.p.r. 445/2000 e 17 della legge 15/1968, norme che secondo la sua prospettazione si opponevano all'attribuzione di rilievo probatorio ad una traduzione in italiano non accompagnata dal testo in lingua originale ed eseguita da un funzionario straniero la cui firma non era stata legalizzata dagli organi italiani abilitati.

In secondo luogo, egli sosteneva che i predetti giudici avessero anche violato gli artt. 122 e 123 c.p.c., disposizioni da cui il ricorrente desumeva il principio secondo il quale una autorità giudiziaria, ove non intenda tradurre da sé i testi italiani, avrebbe l'obbligo di nominare un traduttore giurato la cui attività possa essere verificata in contraddittorio dalle parti del processo.

Le censure del ricorrente lasciano alquanto perplessi: nessuna di queste norme sembra essere stata invocata in modo pienamente pertinente.

La Corte, ad ogni modo, non ritiene neppure necessario procedere alla disamina di queste norme: il rigetto delle doglianze

del ricorrente viene motivato esclusivamente sulla base del nuovo sistema di diritto internazionale privato.

Secondo la Suprema Corte, l'art. 14 della legge di riforma, laddove prevede che la legge straniera debba essere accertata d'ufficio dal giudice, detta anche il principio di parità di trattamento rispetto alla legge italiana. L'ampia previsione dell'art. 14 rende infatti evidente come il giudice nella sua attività di ricerca del diritto straniero applicabile, oltre ai mezzi posti a disposizione dalla stessa norma, abbia il potere di ricorrere senza alcuna formalità a qualsiasi altro canale di informazione, compreso il proprio sapere privato.

Per la Cassazione, quindi, sembra non avere alcun importanza quale strumento venga utilizzato per accertare il diritto straniero: quel che conta è che al momento della decisione, il giudice possa ragionevolmente sentirsi sicuro della corrispondenza tra le regole giuridiche rinvenute e il diritto effettivamente vigente nell'ordinamento da applicare⁹⁸.

La decisione della Corte, sotto questo profilo, appare condivisibile.

Meno convincente appare, invece, la decisione nella parte in cui, passando dal piano delle enunciazioni di diritto a quelle di fatto, afferma che la provenienza particolarmente affidabile della traduzione degli atti, nonché il tenore assolutamente generico delle contestazioni del presunto padre, autorizzavano i giudici di merito a prescindere dall'acquisizione, oltre che di nuove traduzioni, anche dello stesso testo originale della legge camerunese⁹⁹.

E', infatti, noto come l'attività di traduzione normativa sia un'attività estremamente delicata: l'acquisizione della traduzione autentica, anche se non di nuove traduzioni, sarebbe stata senza

⁹⁸ A. DI MURO, *op. cit.*, p. 482.

⁹⁹ A. DI MURO, *op. cit.*, p. 482.

dubbio opportuna, anche perché la decisione della causa dipendeva in buona parte dall'esatto significato da attribuire a singole parole del testo richiamato.

Al di là delle possibili contestazioni procedurali, la principale doglianza del ricorrente – cittadino italiano nei cui confronti i giudici nazionali, in applicazione del diritto camerunese, avevano dichiarato ammissibile l'azione di riconoscimento di paternità naturale – consisteva nell'asserita falsa applicazione della legge straniera, in ordine ai termini dettati a pena di decadenza per l'esercizio della predetta azione: due anni decorrenti dalla nascita del figlio o dal successivo termine finale di prestazione di alimenti in favore del figlio.

Orbene, pur essendo trascorsi due anni dalla nascita della bambina, i giudici di merito avevano ugualmente concluso per la tempestività dell'azione, in quanto, a loro avviso, le modeste elargizioni di denaro e generi alimentari effettuate per qualche tempo dal preteso padre per il mantenimento della piccola, rientravano nel concetto di alimenti.

A ciò avevano, tra l'altro aggiunto che la norma richiamata doveva intendersi non già nel senso che, nell'ipotesi di interruzione della prestazione alimentare, il termine di decadenza slittasse semplicemente in avanti con decorrenza dal momento di tale interruzione, bensì nel senso che in tale ipotesi esso divenisse totalmente inapplicabile.

Ad ogni modo, sempre secondo i giudici di merito, anche laddove si fosse preferita l'interpretazione contraria, l'azione sarebbe stata comunque tempestiva perché esercitata nei due anni dall'interruzione delle elargizioni alimentari.

La vera mancanza del presunto padre, almeno da quanto si evince dalla pronuncia in commento, ferma la contestazione di aver effettuato prestazioni di alimenti nei due anni antecedenti l'azione, fu di aver omesso di censurare espressamente, in questa

sede, l'interpretazione della legge camerunense accolta dai giudici di merito, nella parte inerente l'inapplicabilità di ogni termine di decadenza in caso di interruzione degli alimenti¹⁰⁰.

In questo senso si spiega la pronuncia di inammissibilità, per carenza di interesse, della doglianza circa l'erronea valutazione della durata delle prestazioni del preteso padre in favore della bambina da parte della Cassazione, a cui resta così solo stabilire se queste prestazioni possano essere considerate alimentari.

In realtà nelle fasi di merito il presunto padre aveva sempre contestato che questi suoi aiuti, in quanto modesti ed episodici, potessero essere qualificati come "alimenti", nell'accezione presa in considerazione dalla norma straniera richiamata.

Egli non aveva saputo indicare alcuna fonte dottrinale o giurisprudenziale del Paese africano che confermasse la propria interpretazione. Aveva però invitato i giudici a procurarsi da sé, facendo uso dei propri poteri istruttori, una conoscenza adeguata della dottrina e della giurisprudenza camerunense, dato che solo in tal modo la norma straniera avrebbe potuto essere correttamente interpretata.

Sta di fatto che l'invito venne disatteso: la Corte d'appello, infatti, affermò espressamente che la previsione dell'art. 15 della legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato, laddove stabilisce che le norme straniere vanno interpretate ed applicate «secondo i propri criteri di interpretazione ed applicazione nel tempo»¹⁰¹, intende riferirsi unicamente ai criteri generali di ermeneutica giuridica, non richiedendo affatto al giudice di informarsi sugli indirizzi interpretativi formati su

¹⁰⁰ A. DI MURO, *op. cit.*, p. 483.

¹⁰¹ Questa affermazione conferma il definitivo tramonto della tesi del rinvio recettizio, precisando espressamente che le disposizioni richiamate dalle regole internazionalprivatistiche conservano la loro qualità di norme straniere. Sottolinea, inoltre, che il meccanismo del rinvio non richiama in realtà singoli frammenti di diritto straniero isolatamente considerati, ma ordinamenti giuridici nella loro interezza e nella loro dimensione di diritto vivente.

singole disposizioni.

Conclusivamente, così facendo, la Corte afferma che il giudice italiano dovrebbe interpretare la norma straniera come un giudice dello Stato estero da cui la norma proviene¹⁰².

Le premesse generali dell'*iter* argomentativo seguito dalla Cassazione, in particolare l'esplicito riferimento alla necessità di applicare il diritto straniero nella sua dimensione di diritto vivente, sembrerebbero dover necessariamente condurre a conclusioni totalmente incompatibili con la tesi esposta dalla Sezione per i minorenni della Corte di Appello di Roma, secondo la quale l'art. 15 della legge di riforma, dove afferma che il diritto straniero deve interpretarsi secondo i criteri suoi propri, si riferirebbe esclusivamente ai criteri generali di ermeneutica giuridica e non anche agli indirizzi interpretativi sviluppatasi sulle singole disposizioni straniere.

Eppure, questa tesi ha superato sostanzialmente indenne il vaglio di dei giudici di legittimità.

Malgrado, infatti, il richiamo al diritto vivente, la Corte di Cassazione afferma che l'art. 15 non comporta alcun obbligo, per il giudice italiano, di informarsi sugli orientamenti, giurisprudenziali o dottrinari, che corroborino l'una o l'altra possibilità interpretativa del testo normativo applicabile alla fattispecie sottoposta al suo esame¹⁰³.

Questa affermazione viene fondata dalla Corte sulla considerazione che, su una propria specifica norma, un sistema giuridico potrebbe anche non aver sviluppato alcun indirizzo normativo o comunque conoscere una pluralità di tesi esegetiche nessuna delle quali sufficientemente consolidata; nulla vieta, poi,

¹⁰² A. DI MURO, *op. cit.*, p. 483.

¹⁰³ Data l'apparente incompatibilità tra le affermazioni di principio e la tesi conclusiva riportate, può supporre che la Corte abbia in realtà inteso attribuire alla espressione "diritto vivente" un significato diverso da quello, usuale, di diritto effettivamente applicato nella prassi giurisprudenziale.

che le informazioni acquisite possano, al momento della decisione della controversia, essere non sufficientemente aggiornate e quindi, fuorvianti¹⁰⁴.

Pur affascinante, questa tesi appare debole: dire, *a priori*, che la ricerca di orientamenti ermeneutici potrebbe, *a posteriori*, risultare deludente non ha molto senso.

Certo, qualche ulteriore considerazione pare sicuramente opportuna.

L'accertamento del diritto straniero è senz'altro, come vuole la nuova normativa, una questione di diritto.

Ciò non toglie che si tratti di una questione di diritto particolare, che impone al giudice di confrontarsi con sistemi giuridici e principi normativi quasi sempre estranei alla sua formazione scientifica ed alla sua esperienza professionale.

Essendo l'esatta interpretazione del diritto straniero una questione di diritto, in linea di principio equiparabile all'esegesi del diritto italiano, la maggiore o minore completezza delle ricerche su di esso condotte dal giudice non appare in quanto tale censurabile in Cassazione. Certo va osservato come non potesse certo esigersi che la Cassazione provvedesse all'assunzione delle informazioni *ex art 14*, rinnegando il proprio consolidato orientamento di chiusura ad ogni attività istruttoria differente dalla mera disamina degli atti e dei documenti della causa¹⁰⁵.

Tutto sommato, può anche ammettersi che l'interpretazione estensiva del termine alimenti, nella penuria delle informazioni acquisite, risultasse più plausibile di quella restrittiva.

¹⁰⁴ A. DI MURO, *op. cit.*, p. 483.

¹⁰⁵ L'unica attività che, qualora si renda necessaria, sembrerebbe ragionevole attendersi anche dalla Cassazione sarebbe la mera acquisizione del testo autentico della legge straniera. L'atteggiamento di chiusura di fronte ad ogni attività istruttoria diversa dalla mera acquisizione di documenti è tenuta ferma dalla Cassazione perfino in caso di regolamento di giurisdizione, benché in tale sede la Suprema Corte da un lato sia chiamato a trattare, con la questione di diritto sottopostale, anche i profili di fatto ad essa connessi, e dall'altro abbia la possibilità di negare il diritto fatto valere dall'attore e chiudere anticipatamente il processo.

Tuttavia, però, il principio di parità di trattamento fra diritto italiano e diritto straniero, desumibile dall'art. 15 l. 218/95, non dovrebbe essere spinto sino al punto di far dimenticare che la conoscenza che il giudice ha del diritto è inevitabilmente sommaria, e non può essere superata senza un'attività istruttoria sì discrezionale e libera da formalità, ma non trascurata, irragionevole o arbitraria.

In conclusione è del tutto comprensibile che la Cassazione non abbia voluto procedere da sé, non avendo le informazioni e gli strumenti necessari, ad una approfondita verifica della interpretazione del diritto camerunese offerto dai giudici di merito: avrebbe, però, potuto cassare la decisione impugnata per vizio di procedura, chiedendo ai giudici di rinvio di espletare quantomeno un tentativo di procurarsi informazioni più esaurienti.

Dello stesso tenore, anche la seconda delle sentenze in oggetto, risolta con l'applicazione delle regole introdotte con la riforma del sistema di diritto internazionale privato e statuento, alla stregua della prima, su questioni più marcatamente processuali, in particolare sulla validità dei provvedimenti accertativi e delle statuizioni giurisdizionali estere, rispetto ad un processo avente luogo in Italia¹⁰⁶.

Sappiamo come, ai sensi del nuovo disposto dell'art. 33, lo stato di figlio sia determinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita, legge demandata all'accertamento dei presupposti e degli effetti del relativo accertamento.

Inevitabile conseguire che tale *status* dipenderà, necessariamente, dai vari provvedimenti accertamenti e dalle eventuali statuizioni giurisdizionali poste in essere dallo Stato estero di nascita.

¹⁰⁶ Cassazione Civile, Sez. I, 14 gennaio 2003, n. 367, in "Giustizia Civile Massimario", 2003, fasc. 4, mentre la versione completa della sentenza si può trovare in Juris Data..

Ebbene, lo *status* che queste certificazioni acclarano sarà intangibile? Quando la validità di questi atti venga ad inserirsi incidentalmente in una questione aperta innanzi ad un giudice italiano, quali saranno i limiti del potere conoscitivo di questi? E ancora, la fede riconosciuta a questi atti sarà quello di semplice prova, al vaglio di libero apprezzamento del giudice o diversamente saranno assistiti da una fede privilegiata *ex art. 2700* del codice civile?

Sarà la Corte a rispondere a questi quesiti, cui sarà, però, opportuno premettere una breve descrizione della fattispecie in oggetto: un padre, di nazionalità nigeriana propone ricorso al tribunale di Ancona, ricorso poi accolto, contro il diniego frapposto dall'Ambasciata italiana in Nigeria al visto di ingresso in Italia di Obajuwana Patience e Christy, minori che il richiedente asserisce essere sue figlie e per le quali aveva chiesto ed ottenuto il nulla osta al ricongiungimento familiare *ex art. 29* del d. lgs. 286/1998.

In breve tempo, il Ministero dell'Interno e quella degli Affari Esteri propongono reclamo, dolendosi del provvedimento, viste le insuperabili attestazioni di falsità che accompagnano le certificazioni di nascita.

Costituitosi il reclamato, l'adita Corte di Ancona *in primis* estromette il Ministero dell'Interno per un difetto di legittimazione (trattandosi di impugnativa non già contro il diniego di nulla osta, bensì contro la negazione del visto di ingresso da parte dell'Autorità diplomatica italiana in Nigeria), poi annulla l'ordinanza impugnata e, in ultimo, rigetta il ricorso proposto dal padre delle bambine contro il diniego del visto di ingresso alle figlie, per una presunta falsità, fondamento dei ricorsi presentati, dei documenti prodotti ed invocati dal ricorrente.

Investita della causa dall'Obajuwana, che lamenta la

violazione dell'art. 33 della legge 218/95, degli artt. 116 e 221 c.p.c. e dell'art. 24 Cost., nonché un'omessa pronuncia della Corte di Appello di Ancona su una domanda di accertamento incidentale del rapporto di paternità, la Corte di Cassazione decide per un rigetto dell'istanza così come presentata.

Al di là delle questioni sulla legittimità o meno dell'estromissione del Ministero dell'Interno, la pronuncia in oggetto presenta, in tema di validità di atti esteri, numerosi profili di interesse.

Partiamo dal richiamo all'art. 33 della legge 218/95.

Abbiamo visto come Obajuwana sostenesse la violazione dell'articolo in questione per avere la Corte d'Appello indebitamente negato che il certificato di nascita nigeriano, prodotto *in limine*, facesse prova fino a querela di falso e per avere, di contro, deciso sulla falsità in via diretta, basandosi su di una mera attestazione di un funzionario comunale.

Ebbene, il richiamo all'art. 33 appare del tutto fuori luogo: se è infatti vero che la norma stabilisce come «lo stato di figlio sia determinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita», e conseguentemente stabilisca come a questa stessa legge sia demandato di «regolare presupposti ed effetti del relativo accertamento», il richiamo non appare del tutto pertinente in causa, posto che la Corte di Ancona non negava alle autorità nigeriane il potere di attestare il rapporto di paternità tra ricorrente e presunte figlie.

La corte, diversamente, ha solo valutato la certificazione acquisita, non negando la presunzione di legalità e validità che la deve assistere (Cass. 8383/97¹⁰⁷) ma solo revocandone in dubbio la autenticità, tra l'altro sulla base di ulteriori attestazioni provenienti dalla stessa autorità municipale nigeriana,

¹⁰⁷ Cassazione Civile, Sez. I, 2 settembre 1997, n. 8383, in "Famiglia e diritto", 1998, fasc. 77, p. 358 ss.

attributaria dei poteri di tenuta dei registri di stato civile: in buona sostanza la corte negava credibilità alle prove documentali addotte a sostenere la filiazione in contesa.

A questo punto, il ricorrente deduce la insuperabilità della fede privilegiata che si sarebbe dovuta riconoscere alla originaria certificazione, contro le quali, a suo dire, non prove contrarie (anche se di omologa provenienza pubblica), ma solo la querela di falso sarebbe stata proponibile.

La censura, anche qui, appare priva di alcun fondamento: «il rinvio che l'art. 33 della legge 218/95 opera all'ordinamento straniero, per la regolamentazione dei modi e delle condizioni di accertamento del rapporto di filiazione importa, puramente e semplicemente, che il relativo *status* dipende dai provvedimenti accertativi e dalle statuizioni giurisdizionali dello Stato estero di nascita, con conseguente divieto al giudice italiano di sovrapporre a quegli accertamenti fonti di informazione estranee o nazionali».

Correttamente, quindi la Corte di Ancona, ha valutato la falsità della prodotta certificazione di nascita sulla sola base delle annotazioni all'uopo effettuate dall'autorità municipale nigeriana.

Quel che «pare invece impensabile è che, come assume il ricorrente, la prima certificazione stessa sia assistita dalla fede privilegiata di cui all'art. 2700 c.c., così attribuendo a degli ignoti funzionari delle municipalità nigeriane ben più che il potere di attestazione efficace in Italia ai sensi dell'art. 33 della legge 218/95, ma addirittura la veste...di pubblico ufficiale, con riguardo alle dichiarazioni rese in scritte di loro formazione ed agli effetti del procedimento di cui agli artt. 221 ss. del codice di procedura civile».

Anche il secondo motivo appare non privo di contraddizioni: il ricorrente, infatti, afferma che la Corte, nel non compiere un

accertamento incidentale che provi la legittimità della filiazione, abbia agito in violazione dell'art. 33 della l. 218/95.

Tuttavia, è di totale evidenza che la Corte di Ancona ha correttamente interpretato il reclamo e l'originario ricorso come proposti nell'ambito dell'art. 30, comma 6, del T.U. e cioè di un procedimento diretto a contestare i dinieghi ai nulla osta o ai visti di ingresso per ragioni di ricongiungimento familiare, procedimento nel quale l'unico accertamento da compiere è quello della esistenza di uno *status* di paternità acclarato ai sensi dell'art. 33 della predetta legge del 1995 e non già, come con non poca contraddizione pretende il ricorrente, attribuito in via autonoma dal Giudice italiano.

La soluzione alle nostre domande, quindi, arriva direttamente dalle parole della Corte: «lo *status* di figlio dipende, come sapevamo, dai provvedimenti accertativi e dalle statuizioni giurisdizionali dello Stato individuato *ex art.* 33. Quando la causa arrivi davanti ad un giudice italiano, sussiste una sorta di divieto, per il giudice stesso, di sovrapporre a quegli accertamenti fonti di informazioni estranee o nazionali, tuttavia tale divieto non implica che la certificazione straniera sia assistita dalla fede privilegiata di cui all'art. 2700: in caso contrario, si attribuirebbe, infatti, ai funzionari dell'autorità straniera ben più che il potere di attestazione efficace in Italia *ex art.* 33 della l. 218/95 e cioè la veste di pubblico ufficiale, con riguardo alle dichiarazioni rese in scritture di loro formazione ed agli effetti del procedimento *ex artt.* 221 ss. c.p.c.».

Sostanzialmente in linea con la pronuncia vista, la sentenza n. 14545/2003¹⁰⁸, secondo cui l'art. 33 attribuisce ai provvedimenti accertativi e alle statuizioni giurisprudenziali dello Stato estero (in questo caso il Ghana) ogni determinazione in

¹⁰⁸ Cassazione civile, Sez. I, 1 ottobre 2003, n. 14545, in "Giurisprudenza italiana", 2003, p. 1020 ss.

ordine al rapporto di filiazione, ferma restando la possibilità, riconosciuta al giudice italiano, di verificare l'autenticità del documento.

Tuttavia, la tesi argomentativa scelta dai giudici della Suprema Corte prende un percorso parzialmente diverso rispetto a quello seguito nella precedente controversia.

I giudici, infatti, non fondano la legittimità del ricorso su una pretesa violazione dell'art. 33, quanto, diversamente sul fatto che una violazione di questo disposto, comporterebbe una violazione dell'art. 10, comma 1, della nostra carta costituzionale, secondo cui gli Stati esteri non sono soggetti alla legislazione italiana.

Abbiamo visto, infatti, come l'art. 33, comma 3 della legge di riforma stabilisca che «la legge nazionale del figlio al momento della nascita regola i presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio e lo stato di figlio legittimo, acquisito in base alla legge nazionale di uno dei due genitori non può essere contestato che alla stregua di tale legge».

Sappiamo come la precedente sentenza abbia posto il principio secondo cui da questa norma discenda, con ogni evidenza, che la norma di diritto internazionale privato in esame «attribuisce ai provvedimenti accertativi ed alle statuizioni giurisdizionali dello stato estero ogni determinazione in ordine al rapporto di filiazione, con conseguente inibizione al giudice italiano di sovrapporre a quegli accertamenti fonti di informazione estranee e nazionali».

Nel caso di specie questo divieto risulta violato.

Il giudice italiano, infatti, nell'effettuare una valutazione, per così dire, di affidabilità dell'ordinamento dello stato civile straniero ghanese, ha ritenuto che questo sistema, basato esclusivamente, per quanto concerne la filiazione, sulle dichiarazioni degli asseriti genitori, effettuabili anche a distanza

di anni dalla avvenuta nascita del figlio, non offriva idonee garanzie in ordine alla effettività di quanto da questo sistema accertato e certificato, escludendo, quindi, la presunzione di legalità e di validità che invece li assiste.

Tale valutazione da parte di una autorità italiana in ordine alla attendibilità e validità di una certificazione dell'ufficiale di stato civile di uno stato estero è preclusa dal più volte citato articolo 33 della legge 218/95 che ha rinviato *in toto* per quanto concerne tale accertamento alla legislazione dello stato estero, fermo restando il potere del giudice italiano di verificare l'autenticità del documento.

Erroneamente, pertanto, «la corte territoriale ha escluso ogni valenza probatoria al certificato in esame che invece sussiste anche se, come già chiarito da questa Corte, non possa assurgere al livello di fede privilegiata di cui all'art. 2700 c.c.».

Se così non fosse del resto, in base alla categorica e generalizzata affermazione della corte territoriale, tutti i certificati di nascita rilasciati ai cittadini ghanesi e a quelli degli altri stati, i cui uffici dello stato civile siano retti da analoghi principi, dovrebbero essere considerati privi di ogni valore probatorio, venendosi così a creare proprio quella situazione di totale incertezza giuridica che l'art. 33 della legge 218/95 ha inteso evitare, riconoscendo valore probatorio alle certificazioni rilasciate in ordine alla filiazione dai diversi stati.

A queste considerazioni deve aggiungersi che la valenza probatoria in esame potrebbe escludersi solo se si riscontrasse nella normazione che disciplina l'accertamento del rapporto di filiazione nello stato del Ghana una incompatibilità con le nostre norme di ordine pubblico (art. 16 legge 218/95).

La sentenza, a proposito, di tale ultimo profilo, presenta, però, ulteriori motivi di interesse: secondo la Corte, infatti, «le norme del Ghana, norme che ammettono la costituzione del

rapporto di filiazione in base alle sole dichiarazioni dei genitori, effettuabili anche a distanza di diversi anni dalla nascita del figlio, non contrasterebbero col concetto di ordine pubblico ex art. 16 della legge 218/95, prevedendo la stessa legislazione italiana un procedimento del tutto simile a quello della legge ghanese».

Il nostro sistema prevede, infatti, che l'accertamento della filiazione avvenga in primo luogo sulla base delle dichiarazioni rese dai genitori o da persone abilitate (art. 30 d.p.r. 396/2000), ancorché queste debbano essere rese in un ristretto lasso di tempo e debbano essere corredate di regola dall'attestazione di avvenuta nascita rilasciata dal medico che ha assistito al parto. Non può peraltro non rilevarsi che il nostro ordinamento prevede che in mancanza di assistenza al parto da parte di personale sanitario con conseguente impossibilità del rilascio della attestazione in esame è il dichiarante che deve produrre una attestazione sostitutiva ai sensi della legge n. 15 del 1968. Anche in tal caso quindi è solo sulla base delle affermazioni del dichiarante che avviene l'iscrizione nei registri delle nascite.

Certo queste sono le sentenze più significative relativamente al vasto problema dello stabilimento dello stato di figlio.

Abbiamo visto come il problema dei figli delle coppie miste presenti inevitabili profili di interesse, anche a livello giuridico; tuttavia, una insolita questione sta emergendo nel nostro ordinamento, forse più interessante perché del tutto nuova: quella dei figli di coppie di cui almeno un soggetto intrattenga rapporti poligamici¹⁰⁹: *Quid iuris* in questo caso?

¹⁰⁹ In realtà qualche autore fa notare come il problema, una volta sorto, sia destinato a scontrarsi con una inevitabile tendenza recessiva, vista la perdita di rilevanza come fenomeno sociale, da legare al processo di modernizzazione che sta in parte investendo anche il mondo islamico. In regresso nelle sue zone d'origine, quanto più all'economia agropastorale, subentrano il lavoro salariato e l'urbanizzazione, mantiene un certo rilievo nei Paesi del Mahgreb, nel Medio Oriente e nelle etnie centroafricane. Si veda P. LILLO, *Famiglie musulmane e diritti fondamentali dell'uomo*, in "Archivio giuridico", 1995, p. 91 ss.

Il problema, sia chiaro, non investe solo il tema della validità di queste unioni nel nostro Paese, siano o meno celebrate in Italia, quanto, diversamente ulteriori profili, quello successorio piuttosto che quello dello *status* dei figli, investiti solo incidentalmente dalla fattispecie.

Forse, però, prima di passare ad una precisa analisi della forme recettive dell'istituto in Italia, sarebbe opportuno valutarne i tratti essenziali.

Di che cosa si parla, quando si parla di poligamia?

Sappiamo come il diritto musulmano classico concepisca l'istituto del matrimonio come una sorta di contratto a prestazioni corrispettive, assimilato dalla dottrina ad un vero e proprio contratto di scambio, il cui sinallagma consiste nel fatto che l'uomo paga una somma (*mahr*), avente in origine natura di corrispettivo¹¹⁰ per il godimento fisico della donna, costituente la controprestazione.

Ebbene, il tratto particolare di questo matrimonio viene individuato nel fatto di essere monadrico poliginico: l'uomo, in base al Corano, Sura IV, 3, può avere più mogli con un massimo di quattro simultaneamente, anche se i giuristi raccomandano di limitarsi ad una sola, per la difficoltà di ottemperare alla prescrizione coranica di trattarle tutte in modo uguale¹¹¹.

Lo stesso Corano, almeno secondo le letture più moderniste, se da un lato sembra consentire la poligamia (Cor. IV, 3: «... sposate allora di fra le donne che vi piacciono, due o tre o quattro, e se temete di non essere giusti con loro, una sola ...»), dall'altro ricorda ai fedeli che «anche se lo desiderate, non potrete agire con equità con le vostre mogli» (Cor. IV, 129), dall'altro, secondo la lettura combinata dei due versetti, sembra ricavarne la virtuale

¹¹⁰ Si notino le strette analogie con l'istituto europeo del *pretium virginittatis*.

¹¹¹ D. SCOLART, *La Cassazione e il matrimonio somalo*, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 1999, fasc. 3, p. 786.

proibizione¹¹².

Detto questo, sappiamo come, in linea generale, il nostro ordinamento rifiuti la possibilità di un'unione poligamica.

E', infatti, opinione pressoché prevalente quella che considera l'impedimento, rappresentato dalla mancanza di stato libero *ex art. 86 c.c.*, come bilaterale, nel senso, cioè, che sebbene previsto dalla legge nazionale di uno solo dei due nubendi, esso vada valutato in relazione ad entrambi, con la chiara conseguenza che sarà da considerare non valido il matrimonio celebrato tra un soggetto di stato libero la cui legge nazionale non ammette la poligamia e un soggetto sposato la cui legge nazionale invece la ammetta¹¹³.

Allo stesso modo, si dovrà escludere la possibilità che possano contrarre matrimonio in Italia due soggetti la cui legge nazionale ammetta la poligamia, qualora uno dei due sia già sposato.

Certo, è vero, che in questo caso, entrambi gli sposi potrebbero presentare all'ufficiale dello stato civile «una dichiarazione dell'autorità competente del proprio Paese, dalla quale risulti che giusta le leggi a cui (ciascuno di loro) è

¹¹² In merito alla obbligatorietà della previsione, non modificabile secondo alcuni legislatori che continuano a recepire il disposto nei codici moderni, Jacques Berque, come molti commentatori, ha rilevato come questa condizione di poligamia sia da riferirsi al contesto concreto in cui la rivelazione ha avuto luogo: la libertà di avere quattro mogli non è stata sancita in modo assoluto; c'è poi il timore degli eredi e l'imperativo dell'imparzialità. Anche supponendo che sia fatta salva la condizione di equità prescritta, che costituisce perlopiù una necessità morale, bisognerebbe assicurarsi del carattere assoluto di questa raccomandazione. E' chiaro come questa riserva sulle condizioni della poligamia rimette in discussione tutta l'ermeneutica classica del Corano. Per questo va citata l'esegesi moderna che tratta i versetti coranici o l'*hadith* del Profeta come una produzione di senso che risente delle circostanze della rivelazione e non come un dogma fisso. In altre parole, se il Corano ha permesso la poligamia, l'ha fatto *sub condicione* e per rispondere ad una situazione concreta alla quale il versetto in questione doveva dare una risposta. Eccezione, o codificazione dei costumi del tempo, si tratta in ogni modo di una disposizione che non riguarda il dogma della fede e che, di conseguenza, è pacificamente ammissibile di modifica o abrogazione. Si veda S. EDDINE BEN ABID, *La Shari'a tra particolarismi e universalità*, "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 1996, fasc. 1, p. 29 ss.

¹¹³ C. CAMPIGLIO, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 25.

sottoposto nulla osta al matrimonio» (art. 116, comma 1 c.c.), ma è altrettanto vero che, in forza del richiamo operato dall'art. 116, comma 2 del codice, gli stranieri, come gli italiani, sono soggetti – tra gli altri – all'art. 86 c.c., secondo cui «non può contrarre matrimonio chi è vincolato da un matrimonio precedente»¹¹⁴.

Non v'è dubbio che, al lato pratico, possa risultare difficile per l'ufficiale di stato civile italiano, accertare se l'interessato risulti già sposato nello Stato d'origine; accertamento che non creerebbe, invece, nessun problema qualora il precedente matrimonio venisse celebrato in Italia e risultasse, quindi, dai nostri registri di stato civile.

Ma prendiamo, invece, l'ipotesi in cui il secondo matrimonio venga celebrato in patria tra soggetti la cui legge nazionale ammette la poligamia: quali effetti potrebbe produrre questa fattispecie nel nostro ordinamento?

L'esperienza giurisprudenziale maturata da tempo in altri Stati europei può rivelarsi utile per comprendere le scelte dei nostri giudici¹¹⁵.

Interrogati sul punto, ad esempio, i giudici d'oltralpe hanno risolto la questione facendo ricorso al già visto¹¹⁶ concetto di ordine pubblico attenuato, secondo cui è possibile riconoscere l'esistenza e la produzione di effetti di alcune situazioni giuridiche, altrimenti non suscettibili di venirsi a costituire nello Stato del foro. Il tenue legame esistente, infatti, tra la fattispecie e

¹¹⁴ Nel caso di eventuale matrimonio misto tra una cittadina italiana e uno straniero musulmano già sposato, tale matrimonio non potrebbe essere contratto in Italia, poiché vietato dagli artt. 116, comma 2 e 86 c.c., e comunque se eventualmente contratto sarebbe nullo. In caso di buona fede della moglie, questo produrrebbe i soli effetti del matrimonio putativo. Qualora, inoltre, il marito coniugato con una cittadina italiana sposasse un'altra donna nel suo Paese e ne richiedesse il riconoscimento degli effetti, il secondo matrimonio non produrrebbe nessun effetto nell'ordinamento italiano. La moglie può però richiedere il divorzio immediato ex art. 3, comma 2, lett. e) della legge 898 del 1970. Per un approfondimento della questione si veda M. D'ARIENZO, *op. cit.*, p. 209.

¹¹⁵ Si veda, per una precisa analisi della situazione giurisprudenziale, A. BASTENIER, *op. cit.*

¹¹⁶ *Infra*, cap. 4.

l'ordinamento del foro giustificerebbe, ad avviso di questi giudici, la minore intensità della tutela accordata ai principi dell'ordine pubblico internazionale.

Diversamente, nei casi in cui fosse interessato un cittadino francese, il c.d. *conflit de civilisation* si presenterebbe all'interno dello stesso nucleo familiare, determinando l'intervento dell'eccezione di ordine pubblico nella sua accezione più rigida.

E' così che la giurisprudenza francese arriva a riconoscere alla seconda moglie – e ai figli di questa – la titolarità di diritti successori ed alimentari, di contributi previdenziali, come pure all'azione di risarcimento per i danni conseguenti alla morte del marito in un incidente stradale, nonché il diritto di soggiorno ad entrambe le mogli di un cittadino straniero residente in Francia¹¹⁷.

In realtà, la linea evolutiva seguita dalla giurisprudenza d'oltralpe, emerge da subito, praticamente da quando per la prima volta, nel 1910, con una sentenza rivoluzionaria i giudici della Cour d'Appel di Algeri affermano che una delle mogli di uno straniero, regolarmente sposata in patria, e i figli nati da questo matrimonio, possono vantare diritti successori e intentare legittimamente azioni successorie, nonostante la contrarietà all'ordine pubblico della poligamia.

Nel 1958 - caso Chemouni¹¹⁸ – la Cour de Cassation, fermo restando in Francia il divieto delle unioni poligamiche, accoglie la domanda di alimenti avanzata per sé e i figli dalla seconda moglie tunisina di un cittadino tunisino, riconoscendo così gli effetti in Francia di un matrimonio poligamico validamente contratto all'estero.

Proprio con queste due sentenze, certo costituenti una pietra

¹¹⁷ Sulla vicenda C. CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'Occidente europeo*, cit., p. 853 ss. e L. DI GAETANO, *I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica*, cit., p. 2698 ss.

¹¹⁸ Cour de Cassation, chambre civil, 28 janvier 1958, in "Revue critique de droit international privé", 1953, p. 412 ss., con nota di H. Battifol.

miliare nel sistema francese di diritto internazionale privato, i giudici formuleranno un principio che fungerà da punto di partenza per tutte le successive elaborazioni della teoria dell'ordine pubblico attenuato: *«la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la meme suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français»*.

Il che significa in buona sostanza, che, in relazione agli effetti che produce per l'ordinamento francese una situazione giuridica validamente instaurata all'estero, l'ordine pubblico opererà in forma attenuata, visto che il rispetto dovuto ai diritti acquisiti impone una tolleranza maggiore di quella usata nel caso in cui vengono a crearsi situazioni giuridiche nuove: logica conseguenza sarà che, mentre un matrimonio poligamico non potrà essere celebrato in uno Stato occidentale, tuttavia, dovrà essere riconosciuto lo *status* coniugale di chi abbia validamente contratto tale matrimonio in un Paese che, invece, ammette la poligamia.

Scelta confermata, questa, nel 1983 dalla Cour d'Appel de Paris, che con una sentenza destinata a destare scalpore, vista la partecipazione attiva di una cittadina francese, riconosce gli effetti del matrimonio poligamico contratto in patria da un algerino con una connazionale, in costanza di un matrimonio precedentemente celebrato in Francia con una cittadina francese, stabilendo che la moglie algerina ha diritto di concorrere insieme alla moglie francese alla successione.

Da notare come l'istituto del matrimonio poligamico trovi pieno riconoscimento dall'ordinamento francese, anche quando lo straniero residente in Francia richieda il ricongiungimento

familiare: nel 1980 il Conseil d'Etat, accordando il permesso di soggiorno, negato dal Prefetto per contrarietà all'ordine pubblico, alla seconda moglie di un cittadino del Benin, riconobbe implicitamente il diritto di raggiungere il marito in Francia, non solo della prima moglie, ma anche della successive, con le quali lo straniero, proveniente da un Paese che ammette la poligamia, ha contratto regolare matrimonio, nel rispetto della legge nazionale, e dei figli nati da queste, considerati figli legittimi.

Tuttavia, non si può non notare il parziale *revirement* dell'ordinamento francese in materia.

Secondo un nuovo testo legislativo approvato nell'agosto del 1993, l'esistenza di una famiglia poligamica non dà più diritto al marito, residente in Francia, di portare con sé moglie e figli.

Per quanto riguarda i figli, poi, si dirà di più: i minori che siano figli di questo genere di unioni quando siano residenti all'estero, non potranno più ricongiungersi al padre che viva in Francia, se non nel caso in cui la madre muoia¹¹⁹.

Logica conseguenza di questa norma il forte contrasto che ne ha accompagnato la promulgazione, boicottata da numerose organizzazioni a difesa delle minoranze e dei diritti degli immigrati, per il suo trattamento ingiusto delle donne musulmane, obbligate a ricorrere a mezzi poco leciti, tra cui la clandestinità, per vivere con i propri mariti¹²⁰.

Stante, tuttavia, il moltiplicarsi dei casi in cui i giudici sono chiamati a decidere di questioni attinenti alla validità di

¹¹⁹ Loi 93-1027 du 24 août 1993, *relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, art. 30: «Lorsqu'un étranger polygame réside sur le territoire français avec un premier conjoint, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordé à un autre conjoint. Sauf si cet autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants ne bénéficient pas non plus du regroupement familial».

¹²⁰ P. FOURNIER, *The reception of Muslim Family Law in Western Liberal States*, <http://www.ccmw.com/Position%20Papers/Pascale%20paper.doc>.

matrimoni poligamici, non può non destare interesse la proposta di alcuni Paesi europei, Francia e Belgio in testa, di introdurre norme di diritto internazionale privato *ad hoc* – ad esempio esigendo che gli stranieri che richiedono il permesso di soggiorno rinuncino al loro statuto poligamico: detta rinuncia non minerebbe – si dice il principio del rispetto della legge nazionale del marito su un punto essenziale, poiché il diritto islamico consente, non già impone, la poligamia.

Una scelta di questo tipo da parte degli immigrati, pur se condizionata dalla necessità di ottenere il permesso di soggiorno, ne favorirebbe in ogni caso l'integrazione nel paese ospitante: eliminando alla radice il perpetuarsi di quel *conflit de civilisation* che, relativamente al matrimonio poligamico, ha storicamente impegnato gli interpreti in un delicato lavoro di bilanciamento tra le opposte esigenze di tutela dei principi cardine dell'ordinamento e il rispetto dell'identità culturale e della libertà religiosa delle minoranze etniche residenti nei paesi occidentali, dall'altro, ben potendo l'eccezione di ordine pubblico continuare, nella sua accezione attenuata, a consentire l'apertura a norme e a principi incompatibili, nei casi in cui la fattispecie in oggetto presenti un legame particolarmente tenue con l'ordinamento del foro¹²¹.

La giurisprudenza tedesca, certamente meno copiosa, dimostra un sostanziale allineamento a quella francese in tema di matrimonio poligamico.

Anche qui, infatti, i giudici tedeschi applicano il principio secondo cui il matrimonio poligamico contratto all'estero legittimamente è senz'altro valido, riconoscendone alcuni effetti: *in primis* il riconoscimento dello *status* di figlio legittimo al minore di padre poligamo¹²².

¹²¹ F. CORBETTA, *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale italiano*, cit., p. 36.

¹²² LG Frankfurt, 12 gennaio 1976, in "FamRZ", 1976, p. 217 ss e BverwG, 30 aprile 1985 in "JZ", 1985, p. 740, con nota di O. Kimminich.

In ultimo la soluzione inglese: abbiamo visto nel precedente capitolo come i giudici inglesi siano sostanzialmente poco inclini a riconoscere la validità dei matrimoni poligamici.

I matrimoni che si contraggono nel Regno Unito sono monogamici, per cui i matrimoni poligamici che vengono contratti all'estero da coloro che risiedono in Inghilterra o Galles sono nulli. Viene, tuttavia, riconosciuta la validità, sotto alcuni profili, delle unioni matrimoniali poligamiche di chi non risiede in questi due paesi: la legittimità dei figli è uno di questi casi.

In realtà si è discusso molto poco sulle ragioni per cui la legge inglese non riconosce i matrimoni poligamici. Se, anche, qualche autore ha fatto notare come, in ogni caso, la questione assuma un'importanza tutto sommato modesta, poiché attualmente pochi gruppi praticano la poligamia anche quando la loro religione lo permetterebbe, il rifiuto dello Stato di riconoscere un'istituzione che molti musulmani ritengono di origine divina, acquista un significato simbolico che meriterebbe di essere preso in considerazione.

Ma questa non è la sede per farlo.

Tornando a noi, la questione, arrivata al vaglio della nostra Suprema Corte¹²³, non ha dato esiti diversi da quelli cui sono arrivati giudici di altri Paesi europei occidentali: la decisione della nostra Cassazione è andata, così, ad inserirsi in un orientamento apparentemente immune da eccessivi rigorismi ideologici, volto a riconoscere una limitata validità del matrimonio poligamico.

Al di là del tenore effettivo della questione posta all'attenzione della nostra giurisprudenza, vale la pena di far notare come il problema della validità del matrimonio celebrato all'estero sia venuto perlopiù in rilievo, come detto, come questione pregiudiziale o preliminare rispetto a domande che

¹²³ Cassazione Civile, Sez. I, 2 marzo 1999, n. 1739, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 1999, fasc. 3, p. 789 ss., con nota di D. SCOLART.

hanno oggetto diverso, come, ad esempio, la legittimità dei figli, cioè come rapporto giuridico straniero, costituente un presupposto di fatto di situazione giuridiche produttive di effetti in Italia.

Compito del giudice, quindi, sarà quello di accertare la sussistenza di uno *status* che discende da un rapporto giuridico validamente costituito all'estero.

Ogni volta, quindi, che nella risoluzione di una questione di diritto internazionale privato si presenti una questione pregiudiziale o preliminare, sorgerà per il giudice la necessità, innanzitutto, di distinguere la questione principale da quella pregiudiziale e, in secondo luogo, una volta stabilito, in base alla norma di conflitto che deve essere applicata, l'ordinamento la cui legge è competente a disciplinare la questione principale, d'individuare la legge da applicare alla questione pregiudiziale.

Il limite dell'ordine pubblico, in questo caso, interverrà solo allorché la *lex fori* designi una norma straniera come competente a disciplinare il rapporto *de quo*: compito del giudice sarà quello di far sì che questa norma, trovando applicazione nel nostro ordinamento, non possa comunque offendere i principi fondamentali su cui si basa lo Stato italiano.

Il problema relativo alla questione pregiudiziale nel diritto internazionale privato, oggetto tra gli studiosi di un vivace dibattito, fonte di numerose teorie, è stato risolto con chiarezza e semplicità dalla dottrina italiana.

La disciplina della questione preliminare viene, infatti, rimessa allo stesso ordinamento che viene individuato dalla norma di conflitto della *lex fori* concernente il rapporto principale oggetto del giudizio.

Il punto fondamentale che occorre sottolineare è che le norme sostanziali che decidono la questione preliminare non vengono in alcun modo inserite nell'ordinamento al quale appartiene la regola di conflitto che valuta il rapporto principale:

l'accertamento delle circostanze preliminari controverse è un problema la cui soluzione non richiede l'intervento delle norme di conflitto della *lex fori*, con la diretta conseguenza che rimane escluso, in tal caso, anche l'intervento di quel limite dell'ordine pubblico che condiziona il funzionamento delle norme suddette.

Il carattere preliminare della questione che insorga incidentalmente nell'ambito della *lex causae*, dunque, è, in ultima analisi, il criterio sufficiente per escludere l'intervento dell'ordine pubblico.

Si pensi, per comprendere il sistema, l'ipotesi della successione del figlio di un musulmano poligamo, caso effettivamente posto all'attenzione della nostra giurisprudenza sotto la vigenza delle disposizioni preliminari al codice¹²⁴. In questo caso, secondo l'art. 23 disp. prel. c.c., il rapporto successorio venuto in considerazione in Italia andrebbe regolato secondo la legge nazionale del *de cuius*, espressamente richiamata da una norma di diritto internazionale privato, legge che attribuirà determinati diritti successori ai figli legittimi.

Prima, però, di decidere in ordine alla questione principale, il giudice dovrà stabilire, in via preliminare, che cosa intenda l'ordinamento straniero per figli legittimi e, per poter risolvere il quesito, dovrà rifarsi alle norme di quello stesso ordinamento che riguardano la filiazione legittima e la validità del matrimonio poligamico.

Questa operazione, però, sia chiaro, non implica l'inserzione nella *lex fori* delle norme straniere che ammettono la poligamia: il giudice, nell'accertare preliminarmente la validità del matrimonio poligamico e, dunque, al sussistenza della filiazione legittima, non fa proprio l'istituto della poligamia, ma semplicemente ne tiene conto per farne derivare determinati effetti che sono da considerare pienamente ammissibili.

¹²⁴ V. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1934, p. 322.

L'atteggiamento del giudice è, perciò, nel caso specifico, quello di salvaguardare le aspettative di soggetti che all'estero hanno lo *status* di figli legittimi e, conseguentemente, sono titolari di diritti acquisiti che apparirebbe oltremodo iniquo non tutelare.

A questo punto della nostra analisi, appare chiaro come, nelle condizioni viste, il problema dell'ordine pubblico sia assolutamente marginale: il limite che se ne trae, infatti, entrerà in funzione solo quando la *lex fori* richiami una norma straniera per la disciplina di un determinato rapporto, ma, se ciò non si verifica, detto limite rimane del tutto inoperante.

E' chiaro come, in questa prospettiva, appaiono giustificate le perplessità esternate da qualche autore sul tanto reclamizzato principio dell'ordine pubblico attenuato: il limite dell'ordine pubblico, per sua stessa conformazione, può funzionare solo quando funzioni la norma di collegamento. La conseguenza più immediata è che quando questo non avvenga, non si potrà parlare di un effetto attenuato dell'ordine pubblico, dal momento che l'applicazione di questo limite non può avvenire in nessun modo.

Nella sentenza di cui si diceva, la Suprema Corte conferma, con la propria autorevolezza, l'indirizzo seguito dalla dottrina più attenta e sensibile, pur rimanendo incontrovertibile che la poligamia rappresenta di certo un istituto che contrasta profondamente con i nostri principi etici e che mai potrebbe trovare ingresso nella nostra civiltà giuridica.

Sull'altro piatto della bilancia, però, vanno collocati alcuni effetti dell'unione poligamica che non possono essere posti nel nulla e, in particolare, i diritti acquisiti da alcuni soggetti che sono, in definitiva, la parte debole del rapporto controverso.

Si pensi proprio al caso dello *status* dei figli nati da un matrimonio poligamico.

La giurisprudenza straniera, sul punto, è praticamente concorde nel riconoscere la legittimità.

E in via i principio anche in Italia, l'orientamento si pone sulla stessa linea: un esempio può trarsi dalla nota della Direzione generale degli affari civili e libere professioni del Ministero di Grazia e Giustizia indirizzata al Procuratore generale presso la Corte d'Appello di Bologna nel marzo del 1992, relativamente a "denunce di nascita presentate da cittadini stranieri poligami"¹²⁵.

Il caso di specie riguardava la denuncia di nascita della figlia di due nigeriani, entrambi uniti da precedenti matrimoni celebrati in Nigeria (Stato che ammette anche la poliandria).

Secondo la legge nazionale degli interessati, alla bambina avrebbe dovuto essere riconosciuta la condizione di figlia legittima, e «tale riconoscimento, in quanto specificamente riferito ad un ordinamento straniero, non confligge con le norme del diritto italiano. Né ... urta con i principi di ordine pubblico, perché esso si limita a prendere atto, recependola nell'ambito del sistema regolato dal diritto internazionale privato, dell'attribuzione di legittimità che l'ordinamento nigeriano fa nei riguardi di un proprio cittadino».

Il discorso, in effetti, sarebbe stato diverso qualora si fosse fatto riferimento agli ulteriori e conseguenti effetti che, dalla condizione di figlio legittimo, deriverebbero in capo al nato, cittadino nigeriano, per l'esercizio in Italia di diritti e l'adempimento di doveri e obblighi, ai sensi delle altre norme di diritto internazionale privato (rapporti personali e patrimoniali con i genitori, diritto successorio, etc.).

Un'applicazione rigida del limite dell'ordine pubblico, del resto condurrebbe a sottoporre i cittadini stranieri alla normativa del riconoscimento della filiazione naturale, propria dell'ordinamento italiano, con l'ulteriore conseguenza che, in difetto di un riconoscimento, il minore dovrebbe essere iscritto nei registri di nascita come figlio di genitori non conosciuti, e

¹²⁵ C. CAMPIGLIO, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 26.

dichiarato poi in stato di adottabilità.

Appare opportuno sottolineare come, pur in presenza di un secondo matrimonio celebrato in patria tra stranieri, la cui legge nazionale ammette la poligamia, il limite dell'ordine pubblico è stato, invece, fatto operare nella sua forma piena, cioè senza attenuazioni, quando la prima moglie possedeva la cittadinanza del foro, nella specie francese: per spiegare la diversità di soluzioni si è osservato che in questa ipotesi il “conflitto di civilizzazione” si poneva non solo tra un certo istituto straniero e i principi vigenti nella collettività locale, ma in seno alla stessa famiglia.

Prima, ancora, però che attraverso l'impiego del limite di ordine pubblico nella sua forma “piena”, la protezione della prima moglie, sia italiana o comunque appartenente ad uno Stato non islamico, potrebbe essere assicurata – come è stato autorevolmente sostenuto – esigendo, per poter considerare valido un matrimonio poligamico, il rispetto della legge nazionale di tutti gli interessati, ossia marito, prima e seconda moglie, al momento del secondo matrimonio: l'impedimento della mancanza di stato libero diventerebbe insomma trilaterale, sicché basterebbe che uno solo degli interessati appartenesse ad uno Stato monogamico (ad un qualsiasi Stato monogamico, non solo a quello del foro) perché il matrimonio, anche se in origine potenzialmente poligamico, restasse di fatto monogamico.

Ma torniamo alla giurisprudenza italiana in tema di filiazione “poligamica”, che poi è il tema centrale di questa analisi.

Come dicevamo, la poligamia, per sua essenza, presuppone inequivocabilmente un modello di rapporto coniugale e di famiglia che sancisce la superiorità dell'uomo sulla donna, e come tale risulta incompatibile con il valore di riferimento dell'eguaglianza tra i sessi, positivizzato nel nostro ordinamento a

livello tanto costituzionale che legislativo¹²⁶.

Il problema cambia, però, quando si tratta di tollerare a determinati fini, come quello della tutela dei figli, un rapporto poligamico legittimamente sorto nel Paese d'origine.

Cambia, però, fino ad un certo punto: se, infatti, in via teorica la dottrina ci insegna come questi problemi di convivenza civile tra ordinamenti talvolta opposti cedano alla necessità di tutelare i soggetti deboli del rapporto, in realtà la giurisprudenza ci insegna che non è sempre così.

Si prenda il caso di una seconda moglie, di un immigrato musulmano poligamo, che partorisca un figlio nel nostro Paese e cominci a vivere con il figlio, il marito – padre del bambino – e la prima moglie di questo.

Potrà ottenere il permesso di soggiorno al fine di restare accanto al figlio, nonostante il ricongiungimento familiare sia inammissibile per la natura poligamica del rapporto coniugale?

La questione ha portato a due opposte soluzioni: se, infatti, il Tribunale di Bologna¹²⁷ ha ammesso la possibilità del ricongiungimento familiare, per una pronuncia in senso inverso ha optato il Tribunale per i minorenni di Torino¹²⁸.

Nel primo caso, il giudice emiliano si trovò a definire della situazione in Italia di un nucleo familiare poligamico costituitosi legittimamente all'estero secondo le norme dell'ordinamento marocchino, nucleo presente nel territorio italiano.

In buona sostanza, il fatto si può riassumere in questi termini: l'ambasciata italiana di Riad nega il visto per il ricongiungimento familiare a favore del genitore del ricorrente, avendo essa stessa rilasciato, in precedenza, regolare visto,

¹²⁶ A. GUAZZAROTTI, *Giudici e Islam. La soluzione giurisprudenziale dei "conflitti culturali"*, in "Studium Iuris", 2002, p. 873.

¹²⁷ Tribunale di Bologna, ordinanza 12 marzo 2003, in "Diritto, immigrazione, cittadinanza", 2003, p. 172 ss.

¹²⁸ Tribunale per i minorenni di Torino, decreto 21 dicembre 2000, in "Diritto, immigrazione, cittadinanza", 2003, p. 172 ss.

sempre per ricongiungimento familiare, a favore della prima moglie dello stesso soggetto, ricongiuntasi, però, con un altro figlio.

Le ragioni venivano correlate alla circostanza che l'Ambasciata stessa era al corrente del fatto che in Italia soggiornava anche la prima moglie del genitore del ricorrente: col visto richiesto a favore del padre, si sarebbe ricostituito il nucleo poligamico.

La materia del contendere era dunque definita, da un lato, dal diritto al ricongiungimento dei figli verso i rispettivi genitori, regolarmente azionato dagli stessi e reso operativo dal nulla osta rilasciato in questura, dall'altro dalla situazione di mero fatto costituita dalla presenza nel territorio italiano di un nucleo familiare poligamico, ancorché realizzatosi in via del tutto indiretta. Il ricongiungimento familiare con i rispettivi genitori era infatti stato riconosciuto ai figli, i quali, a loro volta, avevano formato nel territorio nuclei familiari diversi, soggiornando presso abitazioni distinte e separate.

Ebbene, il tribunale di Bologna, chiamato a decidere sulla controversia, dopo aver rilevato la sussistenza dei requisiti formali del diritto al ricongiungimento familiare, ritenne che, in punto di diritto, non sussistesse né il reato di bigamia *ex art. 556 c.p.*, né la lesione del principio dell'ordine pubblico.

Sotto il primo profilo, infatti, il giudice affermava come questo reato possa essere compiuto solo da un cittadino italiano sul territorio nazionale (art. 6 c.p.), risultando, quindi, irrilevante il comportamento tenuto all'estero da uno straniero, la cui legge nazionale riconosce la possibilità di contrarre più matrimoni.

Sotto il profilo dell'ordine pubblico, invece, il giudice arrivò ad affermare che, poiché l'art. 29, comma 1 lett. a) è riferibile unicamente allo straniero che richiede il ricongiungimento, il limite non può essere evocato: la chiamata in causa di questo

concetto sarebbe, infatti, potuto avvenire solo qualora fosse stato il genitore a chiedere il ricongiungimento delle due mogli, invocando, in tal modo, gli effetti civili di entrambi i matrimoni nel nostro ordinamento¹²⁹.

Proprio alla stregua di tale lettura dell'art. 29 della legge 40/98 si spiega il rigetto dell'istanza proposta al Tribunale dei minori di Torino: in questo caso l'attore era il padre dei minori, marito di due donne, una già residente in Italia, la seconda della quale, invece, si chiedeva il ricongiungimento.

La lettura della sentenza ci permette, però, di aggiungere ulteriori profili di studio alla nostra analisi: il giudice torinese, infatti, affermando come l'istituto del ricongiungimento sia un mezzo eccezionale, consacra due principi di grandissimo rilievo.

Il primo, che la separazione tra figlio minore, anche in tenerissima età, e uno dei genitori è una condizione comune fra i migranti e perciò non costituisce di per sé grave motivo connesso allo sviluppo psicofisico del bambino, tale da consentire il rilascio dell'autorizzazione alla permanenza del familiare.

Il secondo, che alla separazione si può ovviare solo col ricongiungimento familiare e che l'autorizzazione *ex art.* 31 non può essere data nei casi in cui questo non sia possibile: il fatto di

¹²⁹ A tal proposito, è da rilevarsi che, anche qualora ciò fosse per ipotesi espressamente richiesto dagli interessati, con istanza rivolta all'Ufficiale di Stato Civile, quest'ultima potrebbe essere legittimamente respinta anche solo facendo ricorso all'art. 10 della nostra carta costituzionale. Si veda, sul punto, L. MELICA, scheda a Tribunale di Bologna, ordinanza 12 marzo 2003, in "Diritto, immigrazione, cittadinanza", 2003, p. 172 ss. Tra l'altro, da notare come, con questa pronuncia, nell'affermare l'autonomo diritto al ricongiungimento familiare con i genitori, conferma, in via indiretta l'inaammissibilità dello stesso ricongiungimento alle ulteriori mogli del poligamo per contrasto dell'istituto della poligamia con i principi di ordine pubblico, come precedentemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa. In senso contrario si è, invece, espresso il Pretore di Bologna con ordinanza del 15 giugno 1998, che ha riconosciuto il diritto di ingresso in Italia alla seconda moglie di un musulmano. D'altro canto, come visto, la tutela dell'interesse preminente del minore ben potrebbe giustificare l'ingresso e il soggiorno alla madre, anche se ulteriore moglie di un cittadino straniero poligamo, per gravi motivi connessi allo sviluppo psicofisico dei figli minori che già si trovano in Italia, come deciso dal Tribunale dei minorenni di Bologna il 3 luglio 2000.

poter utilizzare questo mezzo utilizzare solo quando non sia altrimenti possibile la tutela della salute o il benessere psicofisico del minore, di fatto pone alla possibilità di utilizzo di questa tecnica limiti decisamente ampi¹³⁰.

Da notare come la successiva pronuncia della Corte d'Appello¹³¹, accogliendo il reclamo, superi il diniego del tribunale, con argomentazioni del tutto condivisibili.

Innanzitutto la Corte rileva, in diritto, che l'art. 31 non richiede che i motivi connessi allo sviluppo psicofisico del bambino abbiano carattere di eccezionalità, ma solo che essi siano gravi, indipendentemente dalla frequenza con cui il caso si presenta.

Nel merito, in linea con la giurisprudenza nettamente prevalente, afferma che la separazione improvvisa da uno dei genitori rappresenta senz'altro una situazione gravemente dannosa per lo sviluppo psicofisico di un bambino di tenera età, e quindi, legittima l'autorizzazione alla permanenza del genitore.

In secondo luogo, la Corte precisa che, nell'ambito del rilascio dell'autorizzazione *ex art.* 31 alla "seconda moglie", la non ottenibilità del ricongiungimento familiare, essendo vietata in Italia la poligamia, non è rilevante. Ciò in quanto la norma non ha come fine di permettere, né giuridicamente permette, il ricongiungimento dei coniugi ma ha il fine di tutelare il bene primario che è lo sviluppo psicofisico del minore con un provvedimento "eccezionale" (nel senso che può essere concesso anche in deroga alle altre disposizioni del testo unico) che autorizza solamente una permanenza provvisoria del genitore

¹³⁰ Esempio lampante della eccezionalità della misura, l'affermazione secondo la quale nulla vieta al minore e alla madre di stare insieme in Marocco, dove il padre potrebbe liberamente tornare, nonché quella secondo la quale la condizione di separazione del minore dal padre sia da considerarsi una condizione comune a tutti coloro che emigrano.

¹³¹ Corte d'Appello di Torino, Sez. spec. Minorenni, decreto 11 aprile 2001, in "Diritto, immigrazione, cittadinanza", 2003, p. 173 ss.

come tale¹³².

Sulla stessa linea un'altra sentenza della Corte d'Appello di Torino¹³³, che stabilisce come ai sensi e agli effetti dell'art. 29 della legge n. 40 del 1998 e dell'art. 31 del d.lgs. 286 del 1998, va consentita al coniuge extracomunitario di un cittadino anch'esso extracomunitario – di sesso maschile – munito di regolare permesso di soggiorno, svolgente in Italia un'attività lavorativa ed in condizioni familiari, abitative, economiche, sociali positive, di permanere in Italia allo scopo di consentire alla madre la prosecuzione delle cure parentali prodigate al figlio minore comune e rivelatesi d'esito felice.

Non rileva, infatti, in contrario, il fatto che il marito, che avrebbe contratto un legittimo matrimonio poligamico (bigamico) nella propria terra d'origine, viva in Italia anche con l'altra moglie: la permanenza in Italia della madre andrebbe, infatti, consentita, non allo scopo di omologare un'unione matrimoniale poligamica, ma, diversamente allo scopo di tutelare il primario diritto del minore a non essere separato, senza adeguato motivo, da uno dei genitori.

Sembra chiaro quindi, che tra il bene costituito dell'interesse del figlio a godere del legame con entrambi i genitori e quello della difesa dell'ordine pubblico – dietro cui si cela l'uguaglianza dei sessi – dovrebbe prevalere senz'altro il primo.

Che valore potrebbe rivestire, infatti, per i soggetti

¹³² L. MIAZZI, scheda a Corte d'Appello di Torino, Sez. spec. Minorenni, decreto 11 aprile 2001, in "Diritto, immigrazione, cittadinanza", 2003, p. 177 ss.

¹³³ Corte d'Appello di Torino, 18 aprile 2001, in "Diritto di famiglia e delle persone", 2001, p. 1492 ss. Nel caso di specie un marocchino, regolarmente soggiornante in Italia, a Mondovì, con moglie marocchina e figlia, in Marocco contrae nuovo matrimonio – poligamico – con una connazionale che poi, in qualche modo, riesce ad entrare in Italia, ottenendo un permesso temporaneo di soggiorno per motivi di salute, in quanto incinta. La Corte d'Appello, riformando il provvedimento negativo del Tribunale, nell'interesse del bambino che «altrimenti verrebbe privato della bigenitorialità», autorizza la madre naturale, e moglie poligama, a restare praticamente in Italia per sempre, in quanto genitore naturale di un minore regolarmente soggiornante in Italia.

concretamente coinvolti nella vicenda la tutela della concezione paritaria dei coniugi e della struttura monogamica della famiglia?

Per “quella” famiglia ormai la situazione non è reversibile, se non al prezzo irragionevole di imporre la rottura del legame tra uno dei genitori e il figlio.

Nel conflitto di valori che si cela dietro quello delle norme, non v'è tanto il prevalere di un valore sull'altro, bensì la presa d'atto che il concretarsi di un interesse (la tutela del figlio) ha determinato l'astrazione e, per così dire, la rarefazione dell'altro (l'ordine pubblico leggibile come tutela della parità tra i coniugi).

Far prevalere il secondo interesse equivarrebbe a rendere delle persone concrete vittime di un conflitto culturale che deve svolgersi a ben altri livelli e tra ben diversi interlocutori.

4. Matrimoni misti ed educazione della prole

Cosa accade quando un figlio si trova diviso tra due anime della stessa famiglia, una occidentale e l'altra islamica?

Spesso la nostra giurisprudenza si è trovata a rispondere a questa domanda e, in particolare, a risolvere questioni attinenti l'educazione religiosa dei minori, decidendo fattispecie in cui il bene dell'educazione religiosa veniva condizionato dalle più diverse vicende della comunità familiare¹³⁴.

Il problema, è chiaro, oggi risulta più grave che in passato: il sempre maggior numero di coppie multiculturali pone la nostra giurisprudenza, infatti, davanti a problemi sempre nuovi, concernenti, certo, l'affidamento in caso di separazione della coppia, ma non solo.

In linea di principio, il problema dovrebbe essere agevolmente risolto dalla legislazione italiana in materia: tutto ruota, infatti, attorno al fondamentale criterio della tutela

¹³⁴ R. SANTORO, *Diritti ed educazione religiosa del minore*, Napoli, Jovene, 2004, p. 89.

dell'interesse della prole¹³⁵. In realtà la situazione risulta molto più complessa di quanto potrebbe apparire.

Si prenda il caso dell'affidamento.

Il nostro ordinamento, a tal proposito, stabilisce norme di facile applicazione. Come detto, criterio centrale risulta essere quello del prevalente interesse dei minori.

L'art. 155 c.c., infatti, regolando la questione in modo assai più analitico di quanto non facesse la disciplina previgente¹³⁶, stabilisce che tutti i provvedimenti relativi ai figli devono essere adottati dal giudice «con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale del minore»¹³⁷.

Ma cosa accade quando il minore in contesa è un cittadino di fede islamica? Sappiamo come la legge coranica, recepita da gran parte dei paesi di tradizione musulmana, e quindi applicabile alla stregua di qualsiasi legislazione nazionale *ex art. 36* della legge 218/95, stabilisca in questo campo come il padre sia attributario di una serie enorme di diritti sui figli: la *Shari'a* troverà applicazione nel nostro Paese?

Il problema, giunto più volte al vaglio della nostra giurisprudenza, è sempre stato risolto in senso contrario, tanto sotto la vigenza del sistema delle norme preliminari al codice, che sotto l'imperio del nuovo sistema di diritto internazionale privato.

Un esempio se ne può trarre dalla massima della prima pronuncia in materia, quella del Tribunale per i minorenni

¹³⁵ T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Torino, Giappichelli Editore, 2000, p. 247.

¹³⁶ La norma si limitava, infatti, a precisare come fosse compito del tribunale dichiarare quale dei coniugi fosse tenuto a vivere con i figli e provvedere al loro mantenimento, educazione ed istruzione.

¹³⁷ L'introduzione di questo inciso, non presente nella disciplina precedente, si spiega nell'omaggio del legislatore della riforma del '75 ad un orientamento consolidato tanto in dottrina che in giurisprudenza: il giudice nel provvedere deve aver presente solo ed esclusivamente la posizione del fanciullo e il suo interesse, con chiaro riferimento al suo sviluppo psicofisico e alle necessarie garanzie per il suo eventuale patrimonio.

dell'Emilia Romagna, decreto 22 gennaio 1977¹³⁸.

Nel caso di specie, la Corte regionale si trovò a dover decidere su una questione estremamente complessa: un cittadino saudita sposa a Londra con rito islamico, non riconosciuto in Italia, una donna italiana. Dall'unione nasce un bambino, anch'esso cittadino saudita, che al momento della separazione dei genitori viene affidato dal Tribunale per i minorenni di Bologna alla madre, residente in Italia, decisione confermata dalla Sezione per i minorenni della Corte d'appello del capoluogo emiliano. La Corte d'Appello, però, pur confermando il disposto della decisione di primo grado, limita l'affidamento, stabilendo come questo avrà termine al compimento del quattordicesimo anno del minore.

A questo punto il cittadino saudita ricorre nuovamente al tribunale per i minorenni di Bologna perché questo riesamini la fattispecie, essendo sopravvenuti una serie di fatti nuovi: l'esistenza di una sentenza del Tribunale sciaraitico di Gedda, che stabilisce l'affidamento del minore al padre; il nuovo matrimonio della madre affidataria e il compimento dell'ottavo anno di vita del minore, considerato dal ricorrente un'età tutto sommato matura per rivedere la statuizione del tribunale bolognese, fondata soprattutto sul naturale rapporto che normalmente lega i figli alla genitrice nei primissimi anni di vita.

Ebbene, il problema: la scelta della legge nazionale del padre quale criterio risolutore delle controversie di diritto internazionale privato è incostituzionale? In altri termini, sarà applicabile, al caso *de quo*, l'art. 20 delle preleggi?

La risposta del tribunale al quesito appare decisamente particolare: stabilendo, infatti, che la norma debba necessariamente operare una scelta tra due ordinamenti

¹³⁸ Tribunale per i minorenni dell'Emilia Romagna, decreto 22 gennaio 1977, in "Diritto di Famiglia e delle persone", 1977, p. 645 ss.

egualmente validi, arriva ad affermare come, qualunque risulti il contenuto di tale scelta, non si potrà mai affermare che l'uno sia più equo o razionale dell'altro, proprio per l'ipotizzata assoluta parità tra uomo e donna.

Il legislatore ordinario rimane così arbitro di preferire l'una o l'altra soluzione del tutto liberamente, mentre appare assurdo che gli si possa imporre di non operare la scelta o di affermare un principio – il riferimento alla nazionalità di entrambi i genitori – che in pratica renderebbe non regolabili giuridicamente tutti i casi come questo.

La questione, secondo il tribunale, andrebbe posta non tanto relativamente alla costituzionalità della scelta tra le leggi dei genitori, quanto in modo diverso, dal non aver fatto riferimento alla nazionalità del minore. Se anche così fosse, però, un'eccezione così formulata risulterebbe inammissibile, vista la nazionalità saudita del minore.

In ogni caso, tuttavia, il Collegio ritenne di non poter ugualmente pronunciare la decisione seguendo le disposizioni della legge saudita, e ciò per due motivi: *in primis*, per la mancanza di una prova sufficientemente organica e sicura delle norme effettivamente vigenti al riguardo in Arabia, in secondo luogo, perché, sulla base delle informazioni date, la normativa saudita risulterebbe contrastante con il nostro ordine pubblico internazionale, e conseguentemente, inapplicabile da un giudice italiano, ai sensi dell'art. 31 delle preleggi.

Risultano, infatti, agli atti una lettera dell'Ambasciata dell'Arabia Saudita e la sentenza del 17 gennaio 1975 del tribunale sciaratico di Gedda: secondo entrambi «in Arabia saudita tutti i regolamenti e le leggi regolanti i rapporti sociali e familiari derivano dalla religione, così come espressa nel Corano. Da esso è comunque chiaro che il figlio appartiene e dipende dal padre in ogni circostanza e per ogni situazione, sia per quanto

riguarda il nome, l'eredità e le relazioni familiari, che per qualsiasi altro rapporto con la società».

E' evidente che – anche volendo considerare tali atti come fonti sufficienti, sia pure indirette, di conoscenza del diritto saudita – questo diritto si ponga in netto contrasto con gli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.

In particolare, l'art. 2, nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo, non ignora certo quello che può essere considerato il fondamento di fatto di tutti gli altri diritti della persona: quello di essere allevato, educato e istruito nella prima fase della vita nella migliore maniera possibile, e quindi, meglio rispondente alle proprie esigenze e situazioni personali.

Chiara applicazione di questo principio è la disposizione dell'art. 30, secondo cui è dovere di entrambi i genitori educare i figli, e quella dell'art. 31, per la quale «la Repubblica protegge (...) l'infanzia e la gioventù».

E' palese che delle norme che impediscono di giudicare presso quale dei due genitori il figlio trovi migliore soddisfazione delle sue esigenze educative, contrastino violentemente con le citate disposizioni costituzionali.

Ma la contrarietà all'art. 30 non si ferma qui: le norme saudite andrebbero, infatti, a minare quel principio secondo cui è diritto di entrambi i genitori – evidentemente alla pari – provvedere all'educazione dei propri figli.

Inevitabile trarne l'unica logica conseguenza possibile: la contrarietà all'ordinamento della legislazione saudita porterà la fattispecie ad essere regolata dal diritto italiano.

Non si può non plaudire la scelta del Tribunale di Bologna nel risolvere, in questo modo, il caso posto alla sua attenzione.

Certo, forse non è ineccepibile come sembra la scelta della manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 20 delle preleggi, circa la presunta contrarietà della norma con

l'art. 3 Cost.

Il caso costituì una buona occasione per riflettere sull'incidenza dei diritti costituzionali sul sistema di diritto internazionale privato, e, in ogni caso la soluzione fornita non manca di una certa coerenza: potendosi la questione presentare solo nel caso in cui i genitori abbiano cittadinanza diversa, si può anche accettare la tesi secondo cui il legislatore dovette necessariamente operare una scelta, non essendo possibile, per salvaguardare il principio di parità tra uomo e donna, fare riferimento alla legge nazionale di entrambi.

Ineccepibile, invece, l'altra scelta del tribunale emiliano, quella di agire *ex officio* contro la presunta incostituzionalità della norma, laddove non fa riferimento alla legge del minore, portatore dell'interesse principale del quale si deve giudicare... questione poi, comunque, non approfondita, vista l'inammissibilità di un'eccezione del genere in relazione al caso di specie, avendo il minore la stessa cittadinanza del padre.

Al di là di tutte le possibili questioni che potrebbero investire il caso, da quelle sulla bontà delle scelte del legislatore a quelle sulla validità del matrimonio, i cui eventuali riflessi si specchierebbero sullo *status* di figlio¹³⁹, certamente la questione principale risulta essere, almeno ai nostri occhi, quella della presunta contrarietà dell'ordinamento saudita con quello italiano.

In primis, la Corte bolognese sostiene l'inapplicabilità della legge straniera richiamata per l'assenza di una prova organica e sicura della stessa. E' chiaro come, con questa scelta, il tribunale

¹³⁹ Il fatto che il figlio possa considerarsi o meno figlio legittimo, muta sensibilmente il quadro d'insieme. Nel primo caso, infatti, potrebbe ritenersi indispensabile, nell'interesse dell'unità familiare, costituzionalmente garantita, fare riferimento alla cittadinanza di uno solo dei genitori nello stabilire quello del figlio... la scelta del legislatore, qualunque sia, non potrebbe essere sindacata. Diverso, invece, il caso in cui si tratti di filiazione naturale: in questo caso non sarebbe possibile trovare una giustificazione logica alla scelta di attribuire al figlio la cittadinanza del padre straniero, attribuzione che prescinde da ogni valutazione della situazione di fatto e dell'interesse dei genitori e del figlio.

si accodi a quella giurisprudenza, vista nel precedente paragrafo, secondo la quale l'onere della prova del diritto straniero è a carico della parte che adduce, a fondamento della propria domanda o eccezione, la norma straniera, orientamento definitivamente caduto con l'entrata in vigore del nuovo sistema di diritto internazionale privato.

Ma ammesso e non concesso, che il ricorrente fosse riuscito a fornire una precisa prova della legge straniera: quale sarebbe stato il risultato finale a cui sarebbe potuta pervenire la Corte?

La risposta viene data dalla stessa Corte: ritenendo provata la legge saudita da alcuni documenti acquisiti agli atti, il giudice arriva a sostenere come questo diritto contrasti, relativamente alla materia in esame, con il nostro ordine pubblico internazionale.

Non si può non convenire, su questo punto, con la decisione in oggetto: sappiamo come l'ordine pubblico internazionale, cioè l'ordine pubblico inteso come limite all'efficacia del diritto straniero, sia costituito dai principi fondamentali del nostro ordinamento. Non v'è dubbio che norme straniere che stabiliscono come «il figlio appartenga al padre in ogni circostanza e in ogni decisione» si pongano in netto contrasto con i principi fondamentali e costituzionalmente garantiti del nostro ordinamento, non tenendo in alcun conto del diritto inviolabile del minore ad essere allevato, educato e istruito nella maniera ritenuta migliore, come visto, in relazione alle sue esigenze ed alla sua particolare situazione, nonché del dovere – e del corrispondente diritto – di entrambi i genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio¹⁴⁰.

Questa sentenza, seppur esemplare, non è che la prima di una lunga serie: si prenda, ad esempio, la pronuncia della

¹⁴⁰ G. PUCCI, *Normativa straniera applicabile ex art. 20 dispos. legge in gener. e tutela costituzionale dell'interesse dei minori*, in "Diritto di Famiglia e delle Persone", 1977, p. 653.

Suprema Corte del 27 febbraio 1985, n. 1714¹⁴¹.

Nel caso di specie, due coniugi di diversa nazionalità, marito iraniano e moglie italiana, si separano.

Il primo lamenta, con ricorso in Cassazione, che nei primi due gradi di giudizio il figlio sia stato affidato alla madre, in contrasto con la propria legge nazionale, che prescrive per i maschi l'affidamento al capo della famiglia: a suo parere, diverse sarebbero state le violazioni in cui sarebbero incorsi i giudici di merito. Innanzitutto sarebbero state violate alcune convenzioni¹⁴², privandolo, le sentenze di merito, dei diritti attribuitogli dal codice del suo Paese.

Vi sarebbe stata un'erronea scelta nella legge da applicare, visto il richiamo alla sola legge italiana.

Anche volendo applicare la sola legge italiana poi, secondo il ricorrente, nel nostro diritto non esisterebbero preclusioni di ordine pubblico nella scelta del genitore affidatario della prole, scelta che dovrebbe essere comunque compiuta «nel perseguimento della trasmissione dei valori culturali», soprattutto linguistici e religiosi, del padre.

In ultimo, il ricorrente lamenta come la Corte d'Appello abbia mancato nel non disporre libero interrogatorio delle parti e sentire il minore stesso «per accertare le inclinazioni naturali e le aspirazioni del medesimo» prima di deciderne l'affidamento.

Com'è noto, il previgente disposto dell'art. 20 delle preleggi, applicabile al caso in esame, stabilisce come i rapporti tra genitori e figli siano regolati dalla legge nazionale del padre (così come i rapporti tra coniugi sono improntati alla legge del marito), scelta normativa chiaramente ispirata al sistema familiare vigente al

¹⁴¹ Cassazione Civile, Sez. I, 27 febbraio 1985, n. 1714, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 1986, p. 368 ss.

¹⁴² Il ricorrente denunciava la violazione dell'art. 10, primo e secondo comma, della nostra carta costituzionale, in relazione agli artt. 8, 12 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Convenzione dell'Aja.

momento della promulgazione del codice del 1942, caratterizzato dalla netta preminenza del marito e del padre¹⁴³, che forse avrebbe dovuto essere in qualche modo adeguata alle nuove posizioni di uguaglianza introdotte dalla riforma del 1975.

In realtà, forse, proprio il caso in esame avrebbe costituito una nuova, ottima occasione per sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma, tuttavia, così non è stato: la Corte, investita della causa, interpreta l'art. 20 alla luce del disposto dell'art. 31 delle preleggi, secondo il quale le leggi di uno Stato estero non possono avere effetto sul nostro ordinamento, se contrarie all'ordine pubblico.

Sappiamo come la Corte distingua tra ordine pubblico nazionale e internazionale: da un lato le norme ed i principi inderogabili dalle convenzioni private, ma aperte all'influsso del diritto straniero, dall'altro norme e principi ugualmente inderogabili dai privati, ma che rifiutano tale influsso, se incompatibile con essi.

Correttamente la Corte annovera tra questi principi «l'allevamento e l'educazione dei minori», nonché il divieto di discriminazione dei sessi e l'uguaglianza dei coniugi nel governo della famiglia.

Interrogata sul concetto di interesse *ex art. 155* del codice, in modo estremamente equilibrato la Cassazione riconosce che questo principio, così come disciplinato, attiene più all'ordine pubblico che a quello internazionale, dichiarando che ben potrebbe avere effetto nel nostro ordinamento, non ripugnando affatto alla coscienza sociale e alle più intime esigenze di solidarietà familiare, una legge straniera che, accanto alla tutela dell'interesse dei figli, apprezzasse in qualche modo positivamente «anche l'interesse dei genitori».

¹⁴³ M. DOGLIOTTI, *L'affidamento della prole nella separazione e la giurisprudenza della Suprema Corte*, in "Giustizia, civile", 1986, p. 1979.

Diversamente, si arriverebbe ad affermare che ogni principio del nuovo diritto di famiglia che non vi si conformasse *in toto*, dovrebbe soggiacere al limite di cui all'art. 31, una evidente manifestazione di intolleranza e di nazionalismo giuridico, sicuramente deprecabile.

Come, però, esattamente rileva la Corte, vi sono dei limiti comunque insuperabili: non è assolutamente accettabile il criterio seguito dal codice iraniano¹⁴⁴ che privilegia «solo e aprioristicamente il sesso dell'affidatario¹⁴⁵, astraendo dalla sua concreta attitudine a prendersi cura della prole»: viene, dunque, correttamente disapplicata la legge iraniana, contrastante con l'ordine pubblico italiano.

Ma le argomentazioni sono da plaudire anche per un altro profilo: ove stabilisce che «l'interesse del minore ad essere plasmato secondo le tradizioni paterne, in specie linguistiche e religiose» va considerato sul piano psicologico ancor prima che giuridico, una scelta coercitiva inaccettabile, scelta oggi confermata dal disposto dell'art. 147 del codice¹⁴⁶. Tanto più, per un minore con genitori di diversa nazionalità, dovrebbe essere rilevante la sua autonoma ed incondizionata opzione, ove, beninteso, abbia un grado di maturità tale da poter esprimere la propria convinzione.

Tuttavia, l'argomento qualificante questa decisione è un altro: quali sono le tendenze della Corte in ordine alla scelta del credo religioso del minore?

Sappiamo come l'Italia sia uno Stato non confessionale, rispettoso, quindi, delle scelte individuali in materia, secondo una prospettiva di chiara neutralità: il credo religioso del genitore non

¹⁴⁴ Art. 1169 c.c. iraniano.

¹⁴⁵ In palese violazione, tra l'altro, degli artt. 3 e 29 della Costituzione repubblicana.

¹⁴⁶ La Corte sottolinea come, tra l'altro, come l'esigenza di arricchire la formazione del minore con l'apprendimento della lingua paterna non sarebbe affatto compromessa dall'affidamento del medesimo alla madre, nel caso di specie, ben disposta a favorire la frequentazione tra padre e figlio.

può rientrare «tra le componenti del giudizio circa le sue attitudini a curare convenientemente l'interesse della prole», come abbiamo visto nel precedente paragrafo.

La scelta dell'affidatario non può essere influenzata – positivamente quanto negativamente – dalla sua professione religiosa¹⁴⁷.

Secondo la Corte, le decisioni relative all'educazione religiosa, dovrebbero essere adottate dai genitori di comune accordo ex art. 147, nel rispetto delle aspirazioni dei figli: si tratta, chiaro, di scelte che concorrono, indubbiamente, in maniera non trascurabile, alla conformazione della persona, e rientrano, quindi a buon diritto in quelle di maggior interesse che la legge riserva appunto ad entrambi i genitori.

Qualora, poi, il contrasto non venisse sanato, beh, allora il ricorso sarebbe sicuramente al disposto dell'art. 316 del codice civile.

Il ricorrente lamenta, infine, che la Corte d'Appello avrebbe dovuto sentire, in libero interrogatorio, le parti e il minore, per accertare le sue aspirazioni circa l'affidamento: prontamente la Corte precisa che in sede di legittimità non si può sindacare il mancato uso, da parte della corte di merito, del suo potere discrezionale di interrogare parti e sentire il minore, dal momento che la decisione sull'affidamento è congruamente motivata anche in fatto. Anche qui la pronuncia è ineccepibile. Tuttavia, un dato è certo: i giudici usano troppo poco questo mezzo.

Il libero interrogatorio delle parti, per le sue caratteristiche informali, dovrebbe essere utilizzato assai di più, perfino nelle

¹⁴⁷ In senso analogo, Cassazione Civile, Sez. II, 16 marzo 1996, n. 2236, in “Diritto di famiglia e delle persone”, 1996, p. 1363 ss. Oggetto della pronuncia della Suprema Corte, in questo caso, è la situazione di una minore, figlia di madre italiana e di padre tunisino, collocata in istituto e affidata ai Servizi Sociali; in particolare, la decisione concerne il ricorso dei genitori e della zia materna della minore: il giudice, tra le altre, sostiene come la condotta morale, e non la religione professata dal padre, costituisce elemento centrale ai fini dell'eventuale re-affidamento ai genitori.

cause ad oggetto patrimoniale secondo alcuni, in primo grado così come in appello, ove il rinnovamento dell'attività istruttoria è a torto praticamente inesistente.

Tale necessità emerge, poi, in un campo come quello del diritto familiare, dove la decisione non fa riferimento, come in altri casi, al momento della domanda, ma c'è, diversamente, una situazione in continua evoluzione – specie quando vi siano minori – in ogni grado del giudizio, e che spesso proprio il giudice contribuisce a modificare¹⁴⁸.

La corte, quindi, non avrebbe di certo sbagliato a sentire coniugi e figlio: rimane, comunque, l'ineccepibilità della motivazione della Corte di Cassazione, che qui non aveva alcun potere di sindacato.

Un'altra recentissima sentenza della Suprema Corte si pone nel solco disegnato dalle precedenti sentenze: la pronuncia del 9 giugno 2005, n. 12169¹⁴⁹, costituente un'occasione per verificare l'operatività in materia del nuovo sistema di diritto internazionale privato.

In realtà il caso qui appare lievemente diverso: all'esame della Corte, infatti, non sta una questione di affidamento di minore, figlio di coppia mista, quanto, quello, diverso, del ricongiungimento alla madre straniera di una figlia minore, nata dal precedente matrimonio e affidata al padre secondo la *Moudawwana*, ispirata al diritto musulmano, nonché al Corano e al forte convincimento che lo sostiene.

Nella fattispecie all'esame della Corte, una cittadina marocchina, lavoratrice in Italia con regolare permesso di soggiorno, chiede alla Questura di Perugia il ricongiungimento del suo secondo marito e dei figli minori di primo letto Manal e

¹⁴⁸ M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, p. 1980.

¹⁴⁹ Cassazione Civile, Sez. I, 9 giugno 2005, n. 12169, in "Famiglia e diritto", 2005, fasc. 4, p. 354 ss.

Moahmed.

L'ambasciata italiana a Rabat, però, nega il rilascio del visto, limitatamente alla minore Manal. Dalla documentazione esibita *ex art. 29*, comma 1, lettera a) e b) del T.U. sull'immigrazione e art. 6 del d.p.r. 31 agosto 1999, n. 394, il primo matrimonio risultava venuto a cessare con atto di ripudio del 1992: il primo marito dell'istante aveva escluso la donna dalla tutela dei minori, riservandola solo a se stesso.

In realtà la scelta dell'autorità consolare è quasi imposta: pur disponendo di atti certificativi il mantenimento dei due minori da parte della sola madre, il padre risulta essere l'unico soggetto attributario della patria potestà sulla minore, e questo, non solo in forza dell'atto di ripudio, ma alla stregua della stessa legislazione marocchina¹⁵⁰.

Chiaramente, la normativa marocchina in materia, richiamata *ex art. 36* della legge 218/95 – secondo cui «i rapporti personali e patrimoniali tra genitori e figli, compresa la potestà dei genitori, sono regolati dalla legge nazionale del figlio» - comporta il rifiuto del nulla-osta, non trattandosi di minore a carico.

La madre, non soddisfatta dalla soluzione fornita, eccepisce l'inapplicabilità della *Moudawwana*, i cui effetti risulterebbero contrari all'ordine pubblico internazionale, al principio di parità dei coniugi e dell'obbligo comune di mantenere i figli (art. 29 Cost.), con conseguente applicazione della legge italiana sui rapporti di filiazione, *ex art. 16* della l. 218/95.

Consapevole della svolta arabo-islamica in tema di diritti dell'uomo¹⁵¹, la madre si rivolge al Tribunale di Perugia,

¹⁵⁰ Il codice dello Stato, delle persone e delle successioni vigente nello Stato del Marocco, anche se recentemente modificato, come visto nel cap. 2, attribuisce tuttora la rappresentanza legale del minore al padre, sempre che questi non perisca, caso in cui passerà alla madre.

¹⁵¹ Si veda P. L. CARBONE, *Applicabilità del diritto italiano al cittadino musulmano: il minore "a carico" può ricongiungersi alla madre, cittadina del Marocco, in Italia con permesso di soggiorno*, in "Famiglia e diritto", 2005, fasc. 4, p. 357 ss., S. ANGIOI, *Le*

competente per territorio, impugnando il diniego del visto d'ingresso: il giudizio *ex art. 30*, comma 6, del d. lgs. 286 del 1998, investendo la denunciata lesione di veri e propri diritti soggettivi, ha natura contenziosa e si svolge nelle forme del procedimento camerale *ex art. 737 ss. c.p.c.*, in contraddittorio con l'amministrazione.

Il tribunale di Perugia accoglie il ricorso: secondo i giudici di merito, la minore doveva considerarsi a carico della madre, responsabile in fatto del mantenimento dei due minori, con conseguente rilascio del visto d'ingresso.

A nulla vale il reclamo dei due ministeri, Esteri e Interni, condannati dalla corte d'appello perugina alle spese.

A questo punto i due ministeri fanno ricorso alla Suprema Corte, con una doglianza che fa perno sulla *Moudawwana*, il codice dello stato delle persone vigente in Marocco, applicabile alla piccola Manal *ex art. 36* della l. 218 del 1995: secondo i ricorrenti sarebbe da criticare la tesi secondo cui la disparità di posizione dei genitori rispetto ai figli sia contraria all'ordine pubblico internazionale e al principio costituzionale della parità dei coniugi, oltre che al loro obbligo comune di mantenere i figli; sarebbe, infatti, da giustificare la disuguaglianza nella legislazione marocchina della madre rispetto al padre, non compresa dai giudici di merito, che confondono il concetto di "carico" familiare con quello di obbligo di mantenimento dei figli, nell'applicare il limite dell'ordine pubblico.

La normativa marocchina non contrasterebbe, quindi, con l'art. 29 Cost., esattamente come non contrastava con la carta costituzionale la disciplina normativa italiana previgente alla

dichiarazioni sui diritti dell'uomo nell'islam, in "I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie", 1998, fasc. 1, p. 15 ss. e M. PAPA, *La Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli: un approccio ai diritti umani tra tradizione e modernità*, in "I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie", 1998, fasc. 1, p. 5 ss.

riforma del 1975¹⁵².

Premettiamo che i giudici di legittimità, con questa pronuncia, per la prima volta forse, esplicitamente trattano del problema del rapporto tra diritto italiano e diritto islamico; tuttavia, non bisogna dimenticare come questa sentenza presenti diversi altri spunti degni di studio, dall'analisi della tutela attuale degli immigrati stranieri dopo la Bossi-Fini al ruolo della Convenzione di New York sulla tutela del fanciullo: solo per comodità ci fermeremo all'analisi dei primi due motivi trattati dai giudici della Suprema Corte.

Ai nostri occhi, una questione che assume rilievo centrale è sicuramente quella del contrasto tra diritto musulmano e diritto islamico: in base al principio di ordine pubblico, *ex art. 16 della l. 218/95*, la Suprema Corte ha ritenuto di disapplicare il diritto islamico, invocato dai ministeri ricorrenti ai sensi dell'art. 36 della stessa legge.

Prima, però di analizzare il contenuto delle due norme, non si può non rilevare la profonda distanza che intercorre tra la posizione della nostra giurisprudenza di legittimità e quella della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Se la nostra Cassazione ogni volta che è venuta a scontrarsi con norme di diritto musulmano ha tirato in ballo in concetto di ordine pubblico, diversamente la Corte di Giustizia risulta più restia ad una disapplicazione così ferrea delle sentenze straniere (art. 64, lett. g) l. n. 218/95), facendo ricorso ai seguenti criteri: a) la clausola dell'ordine pubblico è di applicazione eccezionale¹⁵³, b) il ricorso alla clausola dell'ordine pubblico non è ammesso se la situazione è espressamente disciplinata da altra disposizione, c)

¹⁵² La stessa legislazione italiana, infatti, pur ponendo alla base del matrimonio l'uguaglianza giuridica e morale dei coniugi, chiarisce che quest'ultima sia disciplinata nei limiti della legge ordinaria, la quale, fino al 1975, ha attribuito la potestà genitoriale al solo padre, senza violare la carta costituzionale.

¹⁵³ Corte di Giustizia delle Comunità europee, 4 febbraio 1988, n. 145/86, in "Foro italiano", 1988, fasc. 21, pt. IV, p. 321 ss.

il potere dei singoli Stati di ricorrere a siffatto principio può essere controllato dalla Corte di Giustizia.

Tutto ciò per dire che tutto sommato, a distanza di tanti anni dall'entrata in vigore della nuova legge di riforma di diritto internazionale privato, dubbi e incertezze non risultano ancora sopite, permanendo nei concetti di ordine pubblico interno e internazionale una forte crisi di identità, quanto meno sotto il profilo temporale¹⁵⁴.

Esempio lampante ne è proprio questa pronuncia, in cui si afferma che la comparazione tra una legge straniera e l'ordine pubblico va fatta con riferimento all'ordine pubblico vigente al momento in cui il giudice è chiamato ad applicare la legge stessa e non a riguardo al momento in cui l'atto, conforme alla legge straniera, fu compiuto: la corte, in ogni caso, non si sofferma sul punto.

Arrivando al nodo centrale della questione, sappiamo come i rapporti tra genitori e figli, compresa la potestà dei primi, siano regolati dalla legge nazionale del figlio.

Tuttavia, la legge individuata col criterio di cui all'art. 36 l. 218/95, esaminata, unitariamente, sotto un triplice profilo – con riguardo alla fonte, ai soggetti interessati e all'oggetto del rapporto – non risulta appagante sotto il profilo dei diritti del minore: i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico, e in particolare contrastanti col principio costituzionale della parità morale e giuridica del coniugi, ex art. 29 Cost., oltre che al loro obbligo comune di mantenere i figli (art. 30 Cost.).

Quid iuris in questo caso? Non resta che l'applicazione della legge italiana ex art. 16, comma 2, della legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato.

L'argomentazione della Corte non si ferma, però, a stabilire la necessaria applicazione della legge italiana: i giudici della

¹⁵⁴ P. L. CARBONE, *op. cit.*, p. 359.

Suprema Corte si fanno carico dell'esigenza che i minori ricongiunti abbiano una rappresentanza legale in Italia, valorizzando l'altro requisito indispensabile per il ricongiungimento, richiesto dall'art. 29, comma 1, lett. b) del T.U. introdotto dalla l. 23 agosto 2002 n. 189, e cioè il consenso dell'espatrio manifestato dall'altro genitore.

Secondo la Corte, infatti, quando i minori siano assoggettati alla potestà esclusiva del solo genitore rimasto in patria, secondo la loro legge nazionale e in applicazione dell'art. 36 della l. 218/95, attraverso l'assenso all'espatrio del genitore titolare della potestà si realizza una delega all'esercizio in concreto al genitore con cui i minori debbono ricongiungersi, in questo caso delega di grande pregnanza visto che l'assenso all'espatrio, incompatibile con la pregressa revoca della tutela della madre, conseguente all'atto di ripudio, comporta la caducazione di tale revoca.

Con questa tecnica la Corte, attraverso una scissione tra la titolarità e l'esercizio della potestà, realizza una fattispecie analoga a quella conosciuta dal nostro ordinamento, vuoi nel caso di lontananza, incapacità o altro impedimento di un genitore (art. 317), sia nel caso di separazione (art. 155).

E' chiaro come in questo modo, tanto per il diritto italiano che per quello musulmano, il genitore con cui i minori si ricongiungono e convivono, possa liberamente provvedere al sostentamento e all'educazione dei figli, potendo compiere tutte quelle scelte che si concretizzano nell'esercizio della potestà genitoriale, anche in assenza dell'altro genitore, che in base alla legge straniera ne resta, comunque, titolare¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Da notare come questa flessibilità interpretativa abbia trovato un appagante riscontro anche in altri settori del diritto, in cui rilievo del concetto di ordine pubblico rimane centrale: esempio ne è l'utilizzo ai fini della trascrizione di matrimoni tra cittadini italiani che all'estero hanno contratto matrimonio secondo la legge islamica. Secondo la Corte, la circostanza che la legge islamica consenta la poligamia e preveda l'istituto del ripudio non impedisce, sotto il profilo dei limiti dell'ordine pubblico e del buon costume di cui al previgente art. 31 disp. sulla legge in generale, che la cittadina somala, la quale abbia

In definitiva, non si può non notare come sia la Corte Costituzionale che quella di Cassazione attribuiscono al lavoratore immigrato un vero e proprio diritto al ricongiungimento della sua famiglia, diritto che implica l'ammissione e il soggiorno del coniuge e dei figli minori nel territorio italiano.

Alla base, la riconosciuta garanzia di un'esigenza – la convivenza del nucleo familiare – che si radica nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia e, in particolare, nell'ambito di questa, ai figli minori: il diritto e il dovere di mantenere, istruire, ed educare i figli, e quindi tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia sono, infatti, diritti fondamentali della persona che perciò spettano, in via di principio, anche agli stranieri¹⁵⁶. E tali principi, non trovano radice solo nella nostra carta costituzionale e nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, ma vengono affermati anche da altri disposizioni di trattati internazionali ratificati dall'Italia, tra le quali quelle di cui gli artt. 8 e 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'art. 10 del patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali e l'art. 23 del patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966.

E chiaro come dal complesso di queste norme, pur nella varietà delle loro formulazioni, emerge il principio, pienamente rinvenibile negli artt. 29 e 30 Cost., secondo cui alla famiglia deve essere riconosciuta la più ampia protezione ed assistenza possibile, in particolare nel momento della sua formazione ed in vista della responsabilità che entrambi i genitori hanno per il

contratto con un cittadino italiano un matrimonio celebrato in Somalia secondo le forme previste dalla lex loci, faccia valere dinanzi al giudice italiano i diritti successori derivanti dal matrimonio medesimo. Si veda Cassazione Civile, Sez. I, 2 marzo 1999, n. 1739, in "Foro italiano", 1999, I, p. 1458 ss.

¹⁵⁶ P.L. CARBONE, *op. cit.*, p. 363.

mantenimento e l'educazione dei figli minori.

Tale assistenza e protezione non può prescindere dalla condizione, di cittadini o di stranieri, dei genitori, trattandosi di diritti umani fondamentali, cui può derogarsi solo in presenza di specifica e motivate esigenze volte alla tutela delle stesse regole della convivenza democratica.

Questo diritto non può non spettare anche alla madre, in base al principio di «paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura e all'educazione della prole, senza distinzione o separazione di ruoli tra uomo e donna, ma con reciproca integrazione di essi», tant'è vero che il legislatore italiano, nella l. 8 marzo 2000, n. 53 ha, sul principio della pari dignità morale e giuridica dei coniugi, previsto speciali disposizioni a sostegno, oltre che della maternità, della paternità.

Insomma, almeno tre sembrano essere i punti fermi alla quale è giunta la nostra giurisprudenza: la pregnanza del concetto di ordine pubblico nelle questioni che abbiano ad oggetto conflitti familiari multiculturali, il fermo perseguimento dell'interesse assoluto del minore e, in ultimo, il rigetto di ogni scelta predefinita nella scelta del genitore affidatario, specie se legata all'appartenenza ad un determinato credo religioso.

Sembra sia pacifica, infatti, la tendenza della nostra giurisprudenza a sostenere che l'adesione ad un determinato credo non può di per sé produrre effetti ostativi e discriminanti nell'instaurazione e nello svolgimento delle relazioni familiari, sempre che le condotte assunte dai genitori non diventino prevaricatorie o pregiudizievoli per la tutela dei minori, secondo il canone normativo che presiede alla regolamentazione dei rapporti genitori-figli nell'ordinamento italiano¹⁵⁷.

Si prenda il caso affrontato dal Tribunale per i minorenni di

¹⁵⁷ P. FLORIS, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori*, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 2000, p. 203.

Catania¹⁵⁸: in questa ipotesi, il giudice di merito si trovò a dover decidere dell'affidamento di un minore con alle spalle una situazione familiare alquanto precaria.

I giudici siciliani riportano, infatti, non solo di una madre inaffidabile (passata dalla saltuaria insofferenza nei confronti del figlio a lunghe fasi di vero e proprio abbandono, con conseguente emersione di note devianti del suo carattere...disturbi della sfera sessuale con eccessi omosessuali, frequentazioni malavitose, lunghe assenze protrattesi per giorni, reali tentativi di suicidio, lunghi trattamenti sanitari coattivi e, da ultimo, prostituzione) ma anche di un padre naturale, cittadino tunisino di religione musulmana, certo legato al piccolo, ben integrato nel paese di residenza, lavoratore ma, tuttavia, fortemente legato alle sue convinzioni culturali e religiose.

Il problema fin qui non si porrebbe, se non fosse che il legame del padre col Paese d'origine sia tanto forte da imporre queste sue convinzioni «con assoluta intransigenza, al di là del minimo comune sentire del nostro Paese» e, comunque, «con una certa irragionevolezza che scarsamente tiene conto degli interessi dell'infante, il quale, stante la diversità culturale, etnica e religiosa dei suoi genitori, ha il diritto di essere allevato secondo canoni di tolleranza, cosicché possa giungere ad età di autonome scelte libero da infatuazioni».

Inevitabile la scelta del tribunale siciliano: visto il diritto di ogni minore ad essere allevato e cresciuto dai propri genitori biologici, o comunque da quello di essi che appaia a ciò più idoneo, in presenza di una assoluta, certa, cronica inidoneità della madre naturale alle funzioni parentali, e di un padre naturale assolutamente intransigente nell'imporre le proprie convinzioni culturali e religiose, senza tener conto degli interessi del minore

¹⁵⁸ Tribunale per i minorenni di Catania, Decreto 28 gennaio 1991, in "Diritto di famiglia e delle persone", 1992, p. 1071 ss.

stesso...non potrà altro che propendere, da un lato, per l'affidamento del minore ad una struttura del Servizio Sociale e, dall'altro, per un suo collocamento provvisorio e sperimentale presso il padre, sotto la vigilanza assidua della struttura d'assistenza.

Dovendo scegliere tra una madre inidonea e un padre valido, ma intollerante, il giudice mise al centro la necessità del minore al rispetto della propria personalità e, quindi, ad un'educazione nel segno della tolleranza.

Ma cosa accade nel momento in cui l'interesse ad educare travalica i diritti essenziali della persona?

La questione non è così remota come potrebbe sembrare: si pensi a due casi limite, come quelli decisi dal Tribunale di Aversa¹⁵⁹ e dalla VI sezione penale della Corte di Cassazione¹⁶⁰, in cui minimo comune denominatore viene rinvenuto nella fede¹⁶¹ musulmana dei soggetti attivi del reato.

Nel primo caso, un padre, di fede ed origine musulmana, obbliga la figlia a bere un bicchiere d'urina "per punizione", allo scopo di educare la minore a non orinare più a letto.

Al di là delle vaste questioni relative alla sussistenza di un *animus corrigendi* e sulla valutazione del fatto come permanente o meno, ai fini della qualificazione del fatto come "maltrattamenti in famiglia" o "abuso di mezzi di correzione", ciò che qui rileva è che la religione musulmana dell'imputato non agisce quale scusante: «la lezione impartita dall'imputato ha trasmodato, per le concrete modalità di realizzazione, dai confini di un invito fermo o diffida, culminando nella costrizione fisica a svolgere, "per punizione", una condotta assolutamente degradante, umiliante,

¹⁵⁹ Tribunale di S. Maria Capua Vetere, Sez. Aversa, 15 ottobre 2002, in "Giurisprudenza di merito", 2003, fasc. 1, p. 293 ss.

¹⁶⁰ Cassazione Penale, Sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 55, in "Diritto e formazione", 2003, fasc. 1, p. 547 ss.

¹⁶¹ A.A.V.V., *Introduzione al sistema penale*, vol. 2, Torino, Giappichelli Editore, 2001, p. 257.

contraria ad ogni principio di umanità comune a qualsiasi e religione».

Allo stesso modo, la Cassazione, in tema di reato di maltrattamenti in famiglia, ha stabilito come questo sia integrato dalla condotta dell'agente che sottopone i propri familiari a reiterati atti di vessazione, tali da cagionare sofferenza, prevaricazione e umiliazione, costituenti fonti di uno stato di disagio continuo e incompatibile con le normali condizioni di esistenza.

L'elemento soggettivo, secondo la Suprema Corte, non può essere escluso dalla circostanza che il reo sia di religione musulmana e rivendichi, perciò, particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare, in quanto si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano, considerato che la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali, cui è certamente da ascrivere la famiglia, nonché il «principio di uguaglianza e di pari dignità sociale costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto o di fatto nella società civile di consuetudini, prassi o costumi con esso assolutamente incompatibili»¹⁶².

Nel caso di specie, è chiaro come i giudici di legittimità abbiano dovuto mettere sotto esame il profilo soggettivo del multiculturalismo, dovendo stabilire se alle convinzioni culturali e

¹⁶² Approfondendo la questione, in concreto il ricorrente lamentava la scarsa attenzione assegnata, in relazione alla valutazione della sussistenza del dolo, alla formazione culturale e religiosa, molto incisiva per i musulmani, in grado di stemperare la valenza dell'elemento soggettivo proprio sotto il profilo della consapevolezza di vessare e prevaricare i familiari. Il fatto descritto nell'art. 572 c.p. costituirebbe, nella società islamica, un comportamento lecito, arrivando a definire una normale condotta nel rapporto di coppia. Pertanto, nei confronti di uno straniero provenienti da Paesi di cultura diversa dalla nostra, l'indagine sulla rappresentazione e volizione del dolo dovrebbe verificare che questi, nel rappresentarsi la condotta, abbia superato la soglia della liceità e conformità al diritto vigente in una società di tipo islamico ed abbia, di conseguenza, posto in essere dei comportamenti da lui stesso ritenuto illeciti e vessatori; nel caso contrario, si deve ritenere insussistente l'elemento psicologico del reato

religiose si possa dare una certa rilevanza, vista la loro capacità di elidere la rappresentazione del disvalore del comportamento¹⁶³.

La problematica attinente il fattore religioso, in verità, era già stata analizzata sotto il profilo dell'elemento psicologico, in relazione ad una fattispecie analoga dalla giurisprudenza di merito¹⁶⁴: con una decisione analoga a questa, il tribunale toscano sostenne l'irrilevanza delle considerazioni connesse ad un eventuale esercizio della pratica religiosa in contrasto con interessi costituzionalmente protetti.

All'esito dell'esame, i giudici di legittimità hanno considerato non accoglibile, per contrasto con norme poste a base dell'ordinamento giuridico italiano, l'assunto difensivo che sosteneva l'insussistenza del dolo del delitto di maltrattamenti, in capo all'imputato, il quale, proprio in forza della propria fede musulmana, avrebbe ritenuto lecito poter esercitare, all'interno del proprio nucleo familiare, i poteri gerarchici a lui spettanti nei confronti del partner.

Come detto, il rilievo costituzionale dei diritti inviolabili dell'uomo e dell'uguaglianza tra le persone, a prescindere dalle differenze, anche di genere, fa sì che i principi suddetti costituiscano «uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto e di fatto nella società civile di consuetudine, prassi, costumi, che suonano come barbari a fronte dei risultati ottenuti nel corso dei secoli per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona»¹⁶⁵.

Da notare, come relativamente al vasto problema dei maltrattamenti commessi all'interno delle famiglie immigrate, la

¹⁶³ E. ROSI, *Sull'elemento soggettivo nel reato di maltrattamento in famiglia*, in "Diritto e formazione", 2003, fasc.1, p. 547.

¹⁶⁴ Tribunale di Arezzo, 27 novembre 1987, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 1999, p. 850 ss.

¹⁶⁵ Logica conseguenza dell'assunto, l'obbligo dell'imputato di conoscere, ex art. 5 c.p. il divieto imposto dalla legge ai comportamenti lesivi posti in essere, anche se da lui valutati come innocui, o addirittura socialmente utili.

giurisprudenza di legittimità ha precisato che «il reato di maltrattamento in famiglia non può essere scriminato dal consenso dell'avente diritto, sia pure affermato sulla base di opzioni sub-culturali relative ad ordinamenti diversi da quello italiano. Dette sub-culture, infatti, ove vigenti, si porrebbero in assoluto contrasto con i principi che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano, in particolare con la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo sanciti dall'art. 2 Cost., i quali trovano specifica considerazione in materia di diritto di famiglia negli artt. 29-31 Cost.».

Se questa è la soluzione italiana: cosa accade negli altri Paesi europei?

Prima di passare ad una breve rassegna delle soluzioni approntate dagli altri Paesi, sembra necessario compiere una precisazione essenziale: il fatto che il problema interessi perlopiù immigrati di seconda generazione, spiega il bassissimo numero di pronunce che si interessano alla questione, basso se confrontato al numero di quelle che hanno interessato altri settori del diritto di famiglia.

Si prenda la Francia: la questione, ignorata per molti anni, di punto in bianco arriva ai clamori delle cronache nazionali, in seguito al vastissimo fenomeno dei rapimenti dei figli di coppie miste da parte del padre straniero (soprattutto marocchino o algerino).

E' chiaro che anche qui il problema, in modo analogo a quanto accade in Italia, sorge tipicamente in caso di divorzio o di separazione legale, specie quando il giudice francese affidi i figli alla madre francese piuttosto che al padre straniero¹⁶⁶.

Accade, infatti, in tale circostanza che il padre, sentendosi

¹⁶⁶ In Francia l'affidamento alla madre è la regola, nella pratica, sebbene la lettera dell'art. 287 del Code Civil si riferisca esclusivamente all'interesse del bambino. E' opportuno precisare che i tribunali francesi applicano alla fattispecie il diritto francese, in quanto legge personale del bambino, considerato francese, in quanto figlio di madre francese.

defraudato, ribalti, con la forza, lo stato instaurato giudizialmente.

Ciò che rende quasi inestricabile la situazione è che questa realizzazione violenta delle proprie pretese da parte del padre appare come il legittimo esercizio di un diritto in seno all'ordinamento marocchino.

E' ben vero che l'art. 99, comma 2, della *mouddawana* recita: «*Au cas de dissolution du mariane, la garde de l'enfant est confine en priorité à la mère...*», ma gli articoli 107 e 108 prevedono ipotesi di decadenza dal diritto di custodia, che paiono ritagliate su misura per il tipo di caso in esame.

L'art. 107 dispone «*Lorsque la gardienne fixe sa résidence dans une autre ville et qu'il devient difficile, de ce fait, au père ou au tuteur de surveiller les conditions de vie de l'enfant et d'assumer ses obligations envers lui, la gardienne perd so droit de garde*».

E l'art. 108: «*Lorsque la gardienne a une religion différente de celle du père de l'enfant qui lui a été confié et qu'elle n'est pas la mère, elle ne peut exercer son droit de garde que durant les cinq premières années de la vie de l'enfant. Lorsque la gardienne est en même temps la mère de l'enfant, elle exerce pleinement son droit de garde, à condition qu'elle ne profite pas de l'exercice de ce droit pour élever l'enfant dans une religion autre que celle de son père*».

Si comprende, così, come il giudice marocchino, basandosi su queste disposizioni, possa sempre affidare la custodia al padre, in contrasto con quanto disposto dal suo omologo francese.

Jean Deprez riassume così il nodo che si crea «*...claque parent est en situation régulière au regard de l'ordre juridique de son propre pays, s'appuie sur une décision de justice pour prétendre à la garde et peut ignorer les jugements rendus dans le pays de l'adversaire. ... En la matière, claque ordre juridique*

concerné campe sur ses position set donne une couverture juridique à ce qui n'est trop souvent que la loi du plus fort».

La soluzione vede comunque la luce, se non in una serie di pronunce, con un altro mezzo giuridico, la Convezione franco-marocchina “*relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire*” del 10 agosto 1981¹⁶⁷, che dedica alla questione dei minori figli di coppie miste diverse disposizioni.

Tuttavia, non va dimenticata la scarsa giurisprudenza esistente in materia, la quale presenta diversi profili di peculiarità.

Un pronuncia non proprio recentissima¹⁶⁸, ad esempio, non pone in discussione la vigenza della legge islamica in Francia¹⁶⁹, anche quando questa, a prescindere da una valutazione di fatto, attribuisca la custodia del minore al padre, in ossequio alla sola legge coranica. Anzi, di più, la giurisprudenza di merito interpellata dalla madre, si limita a stabilire, con ordinanza, una sorta di diritto di visita, da compiersi nella prima e nella terza domenica di ogni mese, ad eccezione di quelli estivi, in cui la visita materna avrà luogo la sola domenica.

In maniera sostanzialmente opposta una ben più recente pronuncia del 1997¹⁷⁰, in cui la Cour afferma la contrarietà all'ordine pubblico francese della norma algerina che stabilisce la perdita del diritto di *hadana*, considerato «*motif empêchant temporairement la garde*», della madre algerina che scelga di stabilire la propria residenza comune con i figli al di fuori della

¹⁶⁷ si veda *infra*, cap. 4.

¹⁶⁸ Cour de Cassation, chambre civile 2, Audience Publique du 4 mars 1964, n. 203, in <http://www.legifrance.gouv.fr>.

¹⁶⁹ Certo è, però, particolare l'assunto dal quale parte la Cour francese: all'eccezione proposta dal padre che lamenta la violazione del suo diritto alla *patria potestas*, pronunciata, secondo il ricorrente, da un giudice privo di titolarità alla giurisdizione, i giudici parigini oppongono la ferma titolarità del diritto a pronunciare sulla questione, sul presupposto che le questioni di presenza/assenza di giurisdizione per contrarietà all'ordine pubblico non possono essere decise da un giudice di merito...ma visto che il motivo non è stato riproposto in Cassazione, la Corte non può decidere, da cui la legittimità della decisione di secondo grado.

¹⁷⁰ Cour de Cassation, Chambre civile 1, Audience publique du 21 octobre 1997, N° de pourvoi : 95-19429, in <http://www.legifrance.gouv.fr>.

nata Algeria, e in particolare in Francia, considerato paese straniero non musulmano.

Ben più particolare la via inglese: da molto tempo, infatti, le decisioni concernenti l'affidamento sono prese tenendo conto di quello che, secondo il tribunale, viene considerato l'interesse del minore.

Fino al 1989, nella vigenza del *Guardianship of Minors Act* del 1973, il giudice chiamato a decidere di una situazione controversa avente ad oggetto l'affidamento di un minore, doveva «valutare come interesse primario e supremo il benessere del minore e non le eventuali rivendicazioni del padre o i diritti riconosciutigli dalla legge in materia di affidamento, educazione, amministrazione, che siano per qualche motivo superiori a quelli della madre, oppure se le rivendicazioni della madre siano superiori a quelle del padre»¹⁷¹.

Chiaramente però, queste norme risultano in conflitto con quelle scuole di diritto musulmano secondo cui la tutela del bambino dipende dall'età e dal sesso e va attribuita in conformità con i diritti prestabiliti dal padre e della madre.

Anche per risolvere gli inevitabili problemi che questa norma avrebbe potuto creare nei confronti della forte comunità islamica inglese, la norma nel 1989 viene cambiata: «l'interesse¹⁷² del bambino costituisce la considerazione suprema per il tribunale»...è comunque improbabile che questa innovazione modifichi l'orientamento giurisprudenziale esistente.

Nello stabilire quale sia l'interesse primario del bambino, infatti, i tribunali inglesi tendono a considerare indesiderabile tutto ciò che possa provocare l'isolamento sociale o dargli minore opportunità, con la chiara conseguenza davvero numerose

¹⁷¹ *Guardianship of Minors Act*, 1973, art. 1, in A. BRADNEY, *op. cit.*, p. 180.

¹⁷² In particolare, che «*the welfare of the individual child is the first and paramount consideration*».

sono le sentenze precludenti l'affidamento dei figli a genitori appartenenti ad alcuni gruppi religiosi, salvo ammetterlo a patto che i figli non siano educati nella fede religiosa dei genitori.

Se la questione riguarda perlopiù appartenenti a gruppi cristiani, quali i Testimoni di Geova e i Fratelli esclusivi, accusati dai giudici di costituire gruppi settari non favorevoli ad una socializzazione che non sia interna e di dare poco valore all'istruzione e al progresso materiale, educando i minori ad essere solo buoni fedeli piuttosto che cittadini produttivi, capaci di perseguire nel modo migliore i propri scopi individuali, non si vede come questo orientamento non possa non trovare applicazione anche ai genitori musulmani.

Di conseguenza, quando una coppia mista sarà prossima al divorzio e uno dei due genitori voglia di educare il bambino nel segno della tradizione, beh, spesso questo vedrà le proprie intenzioni soccombere alle volontà dell'altro genitore, magari più orientato verso un modello culturale più occidentale¹⁷³.

Fondamento di questa linea giurisprudenziale, la convinzione che i minori siano titolari di diritti individuali: è la stessa Camera dei Lords a sostenere che «i diritti dei genitori devono essere subordinati a quelli dei bambini quando questi possiedono comprensione e intelligenza sufficiente per decidere nelle questioni che richiedono una scelta»¹⁷⁴.

E' chiaro come questa impostazione presenti almeno due problemi.

In primis, è totalmente estranea alla filosofia dell'Islam: se, per i tribunali, il bambino è un soggetto dotato di propri diritti individuali e questa è la cosa più importante, agli occhi dei

¹⁷³ *Haleem vs. Haleem* e *Malik vs. Malik*, in Lexis Nexis. Da notare, comunque, come siano davvero numerose le pronunce che, in questo caso, preferiscono la possibilità di una crescita all'insegna della doppia cultura, piuttosto che a quella del solo padre o della sola madre (ad esempio, *Jussa vs. Jussa*).

¹⁷⁴ Lord Scarman in *Gillick vs. West Norfolk Area Health Authority*, in Lexis Nexis.

musulmani, il bambino viene considerato per il fatto di essere un membro della comunità, e questa appartenenza è considerata la cosa più importante.

La seconda considerazione, stretta conseguenza della prima, è che questo orientamento giurisprudenziale, esprimendo una posizione liberale, fondata sulla priorità dell'individuo rispetto alla comunità, si pone in netto contrasto con la visione del mondo islamica, certo non liberale.

E' inevitabile che si crei, quindi una tensione inconciliabile tra l'approccio della magistratura e le richieste della comunità musulmana.

Il problema, studiato a fondo da un ricercatore d'oltre manica, così come posto non può essere risolto.

Secondo Parekh, la convinzione, molto diffusa, che la società inglese sia costituita da individui in grado di autodeterminarsi ed apprezzare solo questo tipo di individui e non possa invece tollerare l'esistenza di comunità con un forte senso della propria identità, è sostanzialmente equivoca.

Le comunità, così come gli individui, possono prosperare solo in condizioni favorevoli: hanno bisogno di percepire la sensazione del proprio valore.

Nella prospettiva indicata dall'autore, le decisioni giurisprudenziali che ignorano i valori comunitari sono profondamente errate. Inoltre, quando si occupano di un minore musulmano, i tribunali si trovano ad operare all'interno di un sistema che è ancora in larga misura ostile all'Islam.

Le informazioni relative alla comunità religiosa da cui proviene il ragazzo vengono fornite al giudice dalle parti in causa: spesso queste informazioni sono parziali o imprecise.

Il concetto di orientalismo, l'immagine di un Oriente in qualche modo barbaro o incivile, sono frequentemente applicati

all'Islam¹⁷⁵.

Abbiamo visto come la soluzione ad un conflitto di leggi dipenda dalla scelta compiuta dal giudice, in merito alla legge da applicare alla fattispecie concreta, scelta che inevitabilmente varierà a seconda della qualificazione compiuta del caso in esame.

In questo contesto l'atteggiamento della magistratura verso l'Islam può risultare parziale.

CONCLUSIONI

Il problema che ci siamo posti era valutare in che modo la nostra giurisprudenza si pone di fronte alle istanze della nuova immigrazione, osservando, in maniera particolare, le questioni in materia di filiazione.

La scelta non è casuale: la famiglia è il fondamento di ogni società, un microcosmo che ne riproduce fattezze e difetti: in sostanza, un valido campo di sperimentazione.

Specie, quando il problema è quello dell'immigrazione islamica: un'immigrazione dai tratti del tutto peculiari, caratterizzata per essere per lo più condotta dal sesso maschile, almeno nella sua prima fase, strettamente legata ai Paesi di origine, tanto da continuare a riprodurre i modelli culturali anche a distanza di molti anni dalla partenza.

Modelli culturali, questi, di non sempre facile convivenza con gli ideali e la prassi del mondo occidentale.

Si pensi alla costruzione islamica classica dell'istituto della filiazione.

Il modello disegnato da Maometto vuole una famiglia fondata sulla predominanza dell'uomo su moglie e figli. Capace addirittura, di negare valore alla paternità, con una semplice

¹⁷⁵ E. SAID, *Orientalismo*, Torino, Bollati Boringhieri, 1992.

dichiarazione, essendo la filiazione, allora come oggi, strettamente connessa alla legittimità del concepimento.

Ma le difficoltà non si fermano alla negazione di ogni valore giuridico alla filiazione naturale: pensiamo, infatti, al problema dell'educazione.

I ruoli svolti da padre e madre, nella crescita dei figli, secondo il diritto classico, sono distinti con precisione. Se, infatti, al padre spetta, in via esclusiva, il potere di prendere le decisioni relative all'educazione del figlio, alla sua istruzione, all'avviamento al lavoro, al matrimonio e all'amministrazione dei suoi beni, alla madre non resta che un mero ruolo di custode addetta alla cura dei figli.

O ancora, alla questione dell'affidamento successivo alla separazione dei genitori: alla madre rimarrà il potere di custodia, da esercitarsi, sia chiaro, senza intralciare il ruolo del padre nella educazione dei figli.

Se è vero che stiamo parlando di un modello giuridico disegnato oltre dodici secoli fa, non si creda che lad oggi e cose siano così cambiate.

Gran parte dei Paesi dell'area musulmana, infatti, riproducono, nelle legislazioni moderne, seppur con formule diverse, in vario modo, i dettami della legge coranica, con la chiara conseguenza che, nel momento in cui un cittadino di fede islamica compaia innanzi ad un giudice occidentale per rivendicare il proprio diritto all'applicazione del "suo" diritto, spesso vedrà negata la sua istanza.

Abbiamo visto come quasi tutte le leggi che regolano il sistema di diritto internazionale privato dei Paesi occidentali attribuiscono grande rilievo al criterio della cittadinanza della parte in causa.

Il problema sta proprio qui: anche se si ammette in via di principio la sottoposizione di ogni cittadino alla sua legge

nazionale, in realtà, spesso la si nega in forza del richiamo al concetto di ordine pubblico internazionale, ordine pubblico che costituisce un fermo ostacolo, una sorta di barriera posta a difesa dell'ordinamento nazionale, azionabile ogni qual volta una legge straniera, entrando nel nostro Paese, sia capace di ledere i principi fondamentali del nostro ordinamento.

E la questione, nel caso della immigrazione islamica, opera davvero soventemente, specie nell'ambito del diritto di famiglia.

Quale giudice potrebbe accettare la netta prevalenza dell'uomo sulla donna o lo stretto dominio di un padre sulla vita dei figli?

La risposta è implicita, nessuno.

Così la soluzione giurisprudenziale che regola questo genere di casi va ad articolarsi in un sistema dal meccanismo a doppio livello.

Se, ad un primo livello, i giudici affermano l'applicabilità in astratto della Legge islamica, legge nazionale dei cittadini provenienti da Paesi musulmani, in realtà, ad un secondo livello, spesso, con un parziale passo indietro, la negano per conflitto col concetto di ordine pubblico internazionale.

Inoltre, il fatto che la cittadinanza, nel caso dei Paesi musulmani, sia strettamente connessa ad un concetto di appartenenza religiosa, aggrava la situazione. Non si tratta di applicare solo la legge di uno qualsiasi dei Paesi islamici, quanto, diversamente, di dare rilevanza al fatto di essere "cittadino musulmano".

La questione si fa particolarmente importante nel caso della filiazione, perché al concetto di ordine pubblico internazionale, va ad unirsi un'ulteriore clausola di elasticità del nostro ordinamento: quella del superiore e prevalente interesse del minore.

Prendiamo, ad esempio, il caso delle questioni in materia di accertamento dello *status* di figlio: il diritto islamico, tanto quello

classico che quello moderno, che sul punto non ha subito rilevanti modifiche, nega ogni valore alla filiazione naturale, tra l'altro stabilendo come solo l'uomo sia legittimato all'azione.

Questo sarebbe il caso di una madre musulmana agente nei confronti del padre naturale del proprio figlio per il riconoscimento della filiazione naturale, arrivata all'attenzione della nostra giurisprudenza e risolta nel senso della non applicabilità della legge marocchina, legge nazionale del figlio, perché contrastante con l'ordine pubblico internazionale.

Esistono tuttavia dei casi in cui la nostra giurisprudenza ha ritenuto applicabile, seppur contrastante col nostro ordinamento, la legislazione dei Paesi dell'area musulmana: nell'ipotesi di figlio di coppie di cui almeno uno dei genitori sia poligamo.

In questo caso i nostri giudici, ritengono l'interesse del minore addirittura prevalente su quello dell'ordinamento italiano, potenzialmente leso dall'entrata di situazioni sconvenienti, contrarie ai suoi principi fondamentali.

A ben vedere, non è la poligamia ad essere accettata, quanto i suoi effetti, effetti di un rapporto validamente costituito all'estero, che negati pregiudicherebbero ingiustamente lo *status* di figlio, non contestabile nel rispetto della nozione di prevalente e superiore interesse del minore.

Dovendo dare un giudizio sulla posizione dei giudici italiani, non si può non notare come la soluzione italiana vada ad inserirsi in un filone interpretativo comune alle diverse esperienze europee, da cui forse si distanzia solo il Regno Unito, volto a risolvere queste genere di questioni con atti normativi avente carattere generale.

E' principalmente sulla scia dell'esperienza francese, e del concetto di ordine pubblico attenuato, che i giudici italiani sono arrivati a certe posizioni. Meno influenti, le pronunce tedesche in materia, meno copiose e rilevanti.

E' innegabile, in ogni caso, come l'attuale legislazione in materia familiare, da una parte, e la Costituzione, dall'altra, abbiano orientato la nostra giurisprudenza verso soluzioni, tutto sommato, equilibrate dei dilemmi pratici che, in una società culturalmente eterogenea come la nostra, il diritto deve affrontare.

Occorre però sottolineare che, fino ad oggi, i giudici hanno affrontato i problemi esaminati nel quieto isolamento, proprio del diritto internazionale privato. Dotati in questo campo di una ampia discrezionalità, i nostri interpreti hanno avuto la possibilità di procedere, caso per caso, a mettere in relazione i fatti della controversia in corso con i principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico.

Ma cosa accadrà quando gli interrogativi in questione entreranno nel dibattito pubblico?

In realtà, la dottrina europea, nell'ottica del pluralismo giuridico proprio dell'esperienza giuridica occidentale, ha cercato di individuare all'interno del diritto positivo tecniche internazional-privatistiche capaci di conciliare al meglio i valori e i principi dei diversi sistemi giuridici.

Tra le soluzioni prospettate, ha dato via ad un vivace dibattito dottrinale la teoria dell'autonomia della volontà delle parti di scegliere la legge applicabile, se quella nazionale o quella del Paese di residenza.

E in effetti, l'estensione di tale principio – già operante nel diritto internazionale dei contratti, e introdotto quale criterio di scelta della legge applicabile nei rapporti patrimoniali tra i coniugi dall'art. 30 della legge n. 218 del 31 maggio 1995 – al diritto di famiglia, fermo restando il principio di ordine pubblico, appare la soluzione più idonea alla protezione dell'identità culturale della persona all'interno delle tecniche classiche del diritto internazionale privato.

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIE

A.A.V.V., *Introduzione al sistema penale*, vol. 2, Giappichelli Editore, Torino, 2001.

ABAGNARA, V., *Diritto e procedura penale nell'islam*, Edisud, Salerno, 1997.

AGO, V., *Teoria del diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1934.

A AN-NA'IM, A., *Islamic family law in a changing world*, Zed, New York, 2002.

ALUFFI BECK PECCOZ, R., *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del nord-Africa*, Edizioni Fondazione G. Agnelli, Torino, 1997.

AULETTA, T., *Il diritto di famiglia*, Giappichelli Editore, Torino, 2000.

BALLADORE PALLIERI, G., *Diritto internazionale privato italiano*, Giuffrè, Milano, 1974.

BARLASSINA, E. M., *Parentela e trasmissione ereditaria in Senegal. Fra tradizione e modernità*, l'Harmattan Italia, Torino, 2000.

BERNARDINI, A., *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Giuffrè, Milano, 1966.

BEZZA, B., *Gli italiani fuori di Italia: gli emigrati italiani nei movimenti operai dei paesi d'adozione 1880-1940*, Franco Angeli editore, Milano, 1983.

BONTE P., CONTE E., DRESCH P. (a cura di), *Emirs et Presidents. Figures de la parenté et du politique dans le monde arabe*, Parios, CNRS Editions, 2001.

BOUSQUET, G. H., *Le droit musulman*, Librairie Armand Collin, Paris, 1963.

CAFARI PANICO, R., *Lo stato civile e il diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1992.

CALÒ, E., *Il principio di reciprocità*, Giuffrè, Milano, 1994.

- CAPUTO, G., *Introduzione al diritto islamico*, Giappichelli Editore, Torino, 1990.
- CARBONNIER, J., *La famille, l'enfant, le couple*, 21a ed., paris, Puf, 2002
- CARITAS, *Allargamento a Est e immigrazione*, IDOS, Roma, 2004.
- CARITAS - MIGRANTES, *Dossier statistico Immigrazione 2004*, Anterem, Roma, 2004.
- BASTENIER, A. (sous la direction de CARLIER, J.Y. – VERWILGEN, M.), *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992.
- CASTANGIA, I., *Il criterio della cittadinanza nel diritto internazionale privato*, Jovene, Napoli, 1983.
- CILARDO, A., *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite e delle scuole giuridiche zaydita, zahirita e ibadita*, IPO, Roma-Napoli, 1994.
- CORBETTA, F., *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, La Tribuna, Piacenza, 2004.
- DANIELS EKOW, W. C., *The Common Law in West Africa*, Butterworths, London, 1964.
- DECROUX P., *Essai sur la nationalité marocaine*, Casablanca, 1935
- DOGLIOTTI, M. - FIGONE, A., *Famiglia e procedimento*, Ipsoa, Milano, 2001.
- DUCATI, B., *Sintesi del diritto musulmano*, Giuffrè, Bologna, 1926.
- ENDE, W. –STEINBECH, U., (cur.), *L'Islam oggi*, Edb, Bologna, 1993.
- FACCHI, A., *Immigrati, diritti e conflitti: saggi sul pluralismo normativo*, CLUEB, Bologna, 1999.
- FACCHI, A., *I diritti nell'Europa multiculturale: pluralismo normativo e immigrazione*, GLF Editori Laterza, Roma, 2001.
- FERRARI, S., *Diritto e religione in Europa occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1997.
- FERRARI, S., *Musulmani in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2000.

- GUAZZAROTTI, A., *Giudici e minoranze religiose*, Giuffrè, Milano, 2001.
- LAMINE, S., *La filiation en droit sénégalais*, Economica, Paris, 1999.
- MANCINI, L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998.
- MENGOZZI, P., *La riforma del diritto internazionale privato italiano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2002.
- MILLIOT, L. – BLANC, F. P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, Paris, 2001.
- MORELLI, G., *Elementi di diritto internazionale privato*, Jovene, Napoli, 1962.
- NOJA, S., *Breve storia dei popoli arabi*, Mondadori, Milano, 1997.
- OIM, *Gli albanesi in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2004.
- PACE, E., *Islam e Europa: modelli di integrazione*, Carocci, Roma, 2004.
- PAPA, M., *Questioni attuali di diritto musulmano e dei paesi islamici*, Bonomo, Bologna, 2002.
- POCAR, V. – RONFANI, P., *La famiglia e il diritto*, Laterza, Bari, 1985.
- REGIONE EMILIA-ROMAGNA, *L'immigrazione straniera in Emilia-Romagna. Dati al 1-1-2003*, Franco Angeli, Milano, 2004.
- SAID, E., *Orientalismo*, Bollati Boringhieri, Torino, 1992.
- SANTILLANA, D., *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, I, Anonima romana editori, Roma, 1926.
- SANTORO, R., *Diritti ed educazione religiosa del minore*, Jovene, Napoli, 2004.
- SCHACHT, J., *Introduzione al diritto musulmano*, Edizioni Fondazione G. Agnelli, Torino, 1995.
- SCHNEIDER D.M., *American Kinship: a cultural Account*, Chicago, Chicago University Press, 1980.
- SCIORTINO, G. – COLOMBO, A., *Stranieri in Italia. Un'immigrazione normale*, Il Mulino, Bologna, 2003.

- TOGNETTI BORDOGNA, M., *Legami familiari e immigrazione: i matrimoni misti*, L'harmattan Italia, Torino, 1996.
- TERENZONI, A., *Il Corano*, Edizioni Polaris, Firenze, 1993.
- UCCELLA, F., *La filiazione nel diritto italiano e internazionale*, Cedam, Padova, 2001.
- VERCELLIN, G., *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 1996.
- WAARDENBURG, J., *I musulmani nella società europea*, Edizioni Fondazione G. Agnelli, Torino, 1994.
- WARNOCK FERNEA, E., *Children in the muslim middle east*, University of Texas Press, Austin, 1995.
- ZUKAGI A., *Wata'iq al-ginsiyya al-magribiyya*, rabat, 1994, p.10 ss
- ZWEIGERT, K. – KÖTZ, H., *An introduction to comparative law*, Clarendon Press, Oxford, 1992.

ARTICOLI

- ALUFFI BECK PECCOZ, R., *Cittadinanza e appartenenza religiosa nel diritto internazionale privato. Il caso dei paesi arabi*, in "Teoria Politica", 1993, IX/3, p. 97 ss..
- ALUFFI BECK PECCOZ, R., *Opinioni a confronto: diritto islamico di famiglia e la sua rilevanza civile in Italia. Alcune osservazioni in tema di filiazione in diritto marocchino*, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 1999, fasc. 3, p. 767 ss.
- ANCEL, B., *Nota a Cour de Cassation 2 juin 1998*, in "Revue critique de droit international privé", 1998, fasc. 4, p. 652 ss.
- ANGIOI, S., *Le dichiarazioni sui diritti dell'uomo nell'islam*, in "I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie", 1998, fasc. 1, p. 15 ss.
- ARENA, S., *Il riconoscimento della prole effettuato dagli italiani all'estero in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in "Stato Civile Italiano", 1989, p. 3 ss.
- BADIALI, G., *Ordine pubblico (III. In diritto privato e*

processuale), in Enciclopedia giuridica Treccani, XXII/1, Roma, 1989.

BASDEVANT-GAUDEMET, B., *Lo statuto giuridico dell'Islam in Francia*, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 1996, fasc. 1, p. 108 ss.

H. BATTIFOL – Y. LAGARDE, *L'improvisation des nouvelles règles de conflit des lois en matière de filiation*, in "Revue critique de droit international privé", 1972, p. 1.

BATTIFOL, H., nota a Cour de Cassation, chambre civil, 28 janvier 1958, in "Revue critique de droit international privé", 1953, p. 412 ss.

BEGHÈ LORETI, A., *I figli delle coppie plurinazionali*, in "Giustizia Civile", 1989, fasc. 6, pt. II, p. 303 ss.

BEN ABID, S. E., *La Shari'a fra particolarismi e universalità*, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 1996, fasc. 1, p. 29 ss.

BORRMANS, M., *Documents sur la famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, in "Oriente Moderno", 1979, LIX, 1-5, pp. 1249 ss.

BRADNEY, A., *Lo statuto giuridico dell'Islam nel Regno Unito*, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 1996, fasc. 1, p. 180 ss.

BRUNDSCHWIG, R., *De la filiation maternelle en droit musulman*, in "Studia islamica", 1958, p. 49 ss.

CAMASSA AUREA, E., *L'immigrazione proveniente dai paesi islamici. Conflitti ipotizzabili e soluzioni possibili*, in "Archivio Giuridico", 1996, p. 31 ss.

CAMPEIS, G. - DE PAULI, A., *Sulla rilevanza degli atti pubblici stranieri nel nostro ordinamento*, in "La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 1988, p. 570 ss.

C. CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 1990, fasc. 4, p. 853 ss.

- CAMPIGLIO, C., *La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: la legge 31 maggio 1995, n. 218. Commentario. Titolo III: Diritto applicabile. Capo IV: Rapporti di famiglia. Art. 35*, in “Rivista di diritto internazionale privato e processuale”, 1995, fasc. 4, p. 1092 ss.
- CAMPIGLIO, C., *La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: la legge 31 maggio 1995, n. 218. Commentario. Titolo III: diritto applicabile. Capo IV: rapporti di famiglia. Art. 36*, in “Rivista di diritto internazionale privato e processuale”, 1995, fasc. 4, p. 1094 ss.
- CAMPIGLIO, C., *La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: la legge 31 maggio 1995, n. 218. Commentario. Titolo III: diritto applicabile. Capo IV: rapporti di famiglia. Art. 37*, in “Rivista di diritto internazionale privato e processuale”, 1995, fasc. 4, p. 1098 ss.
- CAMPIGLIO, C., *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, in “Rivista di diritto internazionale privato e processuale”, 1999, fasc. 1, p. 21 ss.
- CARBONE, P. L., *Applicabilità del diritto italiano al cittadino musulmano: il minore “a carico” può ricongiungersi alla madre, cittadina del Marocco, in Italia con permesso di soggiorno*, in “Famiglia e diritto”, 2005, fasc. 4, p. 357 ss.
- CARELLA, G., *Riforma del sistema di diritto internazionale privato (legge 31 maggio 1995, n. 218), Art. 33* a cura di BARATTI, in “Le Nuove leggi Civili commentate”, 1996, fasc. 5-6, p. 1184 ss.
- CASTELLANI, C., *Il Caso di Erica*, in “Minori e Giustizia”, 2001, fasc. 1, p. 173 ss.
- CASTRO, F., *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Vol. XI, Roma, 1989.
- CASTRO, F., *L'Islam in Italia: profili giuridici*, in “Quaderni di diritto e politica ecclesiastica”, 1996, fasc. 1, p. 269 ss.

- CASTRO, F., *L'Islam in Italia: profili giuridici*, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 1996, fasc. 1, p. 269 ss.
- CHARFI, M., *L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulman*, in "Recueil des Cours", 1987, III, p. 321 ss.
- CLERICI, R., *Dichiarazione giudiziale di paternità e diritto marocchino. Nota a Cassazione Civile 8 marzo 1999 n. 1951*, in "Famiglia e diritto", 1999, fasc. 5, p. 449 ss.
- CORBETTA, F., *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale italiano*, in "Diritto Immigrazione Cittadinanza", 2000, fasc. 3, p. 18 ss.
- D'ARIENZO, M., *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in "Diritto di famiglia e delle persone", 2004, fasc. 1., pt. II, p. 189 ss.
- DELL'AQUILA, E., *Note introduttive al diritto islamico*, in "Temi. Rivista di giurisprudenza italiana", 1978, p. 535 ss.
- DEL VECCHIO, A., *Problematiche derivanti dal vincolo di cittadinanza a livello internazionale (con particolare riferimento alla cittadinanza originaria "iure soli" e "iure sanguinis")*, in "Rivista internazionale dei diritti dell'uomo", 1998, fasc. 3, p. 669 ss.
- DENNERLIN, B., *Legalizing the family: dispute about the nmarriage, paternity and divorce in Algerian courts (1963-1990)* 2001, Cambridge University Press printed in the UK
- DEPREZ, J., *Droit international privé et conflicts de civilisations*, in "Recueil des cours", 1988, p. 113 ss.
- DI GAETANO, L., *I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica*. in "Giustizia Civile", 1999, fasc. 10, pt. I, p. 2698 ss.
- DI MURO, A., *La ricerca e l'interpretazione del diritto straniero. La Cassazione di fronte agli artt. 14 e 15 della legge n. 218/95*, in

- “Giurisprudenza italiana”, 2003, p. 480 ss.
- DOGLIOTTI, M., *L'affidamento della prole nella separazione e la giurisprudenza della Suprema corte. Nota a Cassazione Civile, Sez. I, 27 febbraio 1985, n. 1714*, in “Giustizia Civile”, 1986, fasc. 7-8, pt. I, p. 1977 ss.
- FERRARI, A., *L'islam e il separatismo francese*, in “Quaderni di diritto e politica ecclesiastica”, 1996, fasc. 1, p. 135 ss.
- FERRARI, S., *Introduzione allo statuto giuridico dell'Islam in Europa*, in “Quaderni di diritto e politica ecclesiastica”, 1996, fasc. 1, p. 1 ss.
- FERRARI, S., *Occidente e Islam europeo: prospettive di inquadramento giuridico*, in “Quaderni di diritto e politica ecclesiastica”, 1996, p. 10 ss.
- FICO, I., *Il matrimonio islamico presso i sunniti e la sua modernizzazione nei paesi arabi*, in MUSSELLI, L. (cur.), *La presenza islamica nell'ordinamento giuridico italiano*, in “Quaderni della Scuola di Specializzazione in Diritto Ecclesiastico e Canonico” Napoli, 1996, p. 169 ss.
- FINOCCHIARO, M., *La tutela che la costituzione accorda al minore supera le divergenze con le altre legislazioni*, in “Guida al Diritto”, 1999, fasc. 15, p. 36 ss.
- FISEK, H., *La filiation legitime en droit turc*, in “Revue juridique et politique”, 1977, p. 925 ss.
- FLORIS, P., *Appartenenza confessionale e diritti dei minori*, in “Quaderni di diritto e politica ecclesiastica”, 2000, fasc. 1, p. 200 ss.
- FOYER, J., *Nota a Cour de Cassation 3 novembre 1988*, in “Revue critique de droit international privé”, 1989, fasc. 3, p. 495 ss.
- FOYER, J., *Nota a Cour de Cassation 10 février 1993*, in “Revue critique de droit international privé”, 1993, fasc. 4, p. 620 ss.
- FURKEL, F., *De la dernière discrimination des sexes en Allemagne: la responsabilité parentale dans la filiation naturelle*

et en case de désunion du couple marié, in “Revue internationale de droit comparé”, 1992, fasc. 3, p. 609 ss.

GALOPPINI, A., *Democrazia, uguaglianza e differenza: il caso della immigrazione islamica*, in “Diritto di famiglia e delle persone”, 1995, fasc. 1, pt. II, p. 257 ss.

GALOPPINI, A., *Ricongiungimento familiare e poligamia*, in “Diritto di famiglia e delle persone”, 2000, fasc. 2, pt. II, p. 739 ss.

GALOPPINI, A., *Interesse del minore al riconoscimento cd. tardivo da parte del genitore musulmano. Nota a Cassazione Civile, Sez. I Civile 27 ottobre 1999 n. 12077*, in “Diritto di famiglia e delle persone”, 2001, fasc. 2, p. 537 ss.

GALOPPINI, A., *Problemi familiare tra diritto italiano e diritto musulmano*, “Rivista critica di diritto privato”, 2003, fasc. 1, p. 167 ss.

GHANIA GRABA, V., “*Quelques remarques à propos de la réforme du Code de la Nationalité*”, in *Revue des droits de l'enfant e de la femme*, VII (4/2005), p.29

GUADAGNI, M., *Diritto dei Paesi Africani*, Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XI, Roma, 1989.

GUAZZAROTTI, A., *Giudici e Islam. La soluzione giurisprudenziale dei “conflitti culturali”*, in “*Studium Iuris*”, 2002, fasc. 7-8, p. 871 ss.

GUINCHARD, S., *Reflexions critiques sur les grandes orientations du code sénégalais de la famille*, in “*Pénant*”, 1978, p. 325 ss.

KASSEM, Y., - ALGINDI, M. E., *Egypt- Egyptian Family Law Reform and the improvement of the Status of Women*, in BAINHAM A. (cur.), *The international Survey of Family Law*, M. Nijoff Publishers, The Hague-Boston-London, 1996.

HEBLER, *Islamisch-rechtliche Morgengabe: vereinbarter Vermögensausgleich in deutschen Scheidungsfolgenrecht*, in “*IPrax*”, 1988, p. 95 ss.

- KIMMINICH, O., *nota a BverwG, 30 aprile 1985* in “JZ”, 1985, p. 740 ss.
- JAYME, E., *Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*, in “Rivista di diritto internazionale privato e processuale”, 1993, fasc. 2, p. 295 ss.
- JAYME, E., *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica*, in “Rivista di diritto civile”, 1997, fasc. 6, pt. I, p. 813 ss.
- JIHANE GATTIOUI V. , “*Le code de la nationalité bientôt soumis au parlement*”, in *Le Matin*, 10 ottobre 2006
- LEQUETTE, Y., *L’abandon de la jurisprudence Bisbal*, in “Revue critique de droit international privé”, 1989, p. 277 ss.
- LILLO, P., *Famiglie immigrate e diritti fondamentali dell’uomo*, in “Archivio Giuridico”, 1995, p. 91 ss.
- MAHBOULI, A., *L’enfant en droit tunisine*, in “Revue juridique et politique”, 1977, p. 443 ss.
- MALTESE, S., *Libertà religiosa, separazione personale e interesse della prole. Nota a Tribunale di Bologna, 5 febbraio 1997*, in “Diritto di famiglia e delle persone”, 1999, fasc. 1, pt. I, p. 158 ss.
- MBAYE, K., *De la filiation en droit sénégalais*, in “Revue juridique politique”, 1977, p. 407 ss.
- MELICA, L., *Nota a Tribunale di Bologna, ordinanza 12 marzo 2003*, in “Diritto Immigrazione Cittadinanza”, 2003, p. 140 ss.
- MENHOFER, B., *Zur Kafalah des marokkanischen Rechts vor deutschen Gerichten*, in “IPRax”, 1997, p. 168 ss.
- MEZGHANI, R., *La codification en Tunisie*, in “Revue juridique et politique”, 1986, p. 451 ss.
- MIAZZI, L., *Nota a Corte di Appello di Torino, Sez. spec. Minorenni, decreto 11 aprile 2001*, in “Diritto Immigrazione Cittadinanza”, 2001, p. 173 ss.
- MORELLI, V., *La legge regolatrice dell’azione di disconoscimento*

- della paternità, in “Rivista di diritto internazionale, 1960, p. 326 ss.
- MUSSELLI, L., *Libertà religiosa e Islam nell’ordinamento italiano*, in “Il Politico”, 1995, p. 227 ss.
- MUSSELLI, L., *La diffusione dell’Islam in Europa e in Italia. La problematica giuridico-istituzionale*, in “Iustitia”, 2000, p. 442 ss.
- NASCIMBENE, B., *Brevi spunti in tema di trattamento dello straniero e principio di reciprocità*, in “Rivista di diritto internazionale privato e processuale”, 1997, fasc. 1, p. 93 ss.
- NASCIMBENE, B., *Matrimonio all’estero, dichiarazione giudiziale di paternità e ordine pubblico*, in “Quaderni di diritto e politica ecclesiastica”, 1999, fasc. 3, p. 773 ss.
- OKTEM, E., *Evoluzione del rapporto fra laicità e Islam in Turchia*, in “Rivista della cooperazione giuridica internazionale”, 2004, fasc. 16, p. 100 ss.
- PAPA, M., *La Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli: un approccio ai diritti umani tra tradizione e modernità*, in “I diritti dell’uomo. Cronache e battaglie”, 1998/1, p. 5 ss.
- PAPI S., “*la proposition de réforme du code de la nationalité marocaine: les raisons d’un consensus*”, in *Revue du droit public*, (4/2005), p.1000 ss
- PASTORE, F., *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e Italia*, in “Rivista di diritto internazionale”, 1993, fasc. 1, p. 73 ss.
- PATRUNO, F., *Filiazione internazionale ed ordine pubblico internazionale: un’interessante applicazione*, in “Giustizia Civile”, 1999, fasc. 7-8, pt. I, p. 2005 ss.
- PICONE, P., *Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione*, in “Rivista di diritto internazionale”, 1997, fasc. 4, p. 913 ss.
- PILLITU, A. P., *La tutela della famiglia naturale nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in “Rivista di diritto internazionale”, 1989, fasc. 4, p. 793 ss.

PUCCI, G., *Normativa straniera applicabile ex art. 20 disposizioni sulla legge in generale e tutela costituzionale dell'interesse dei minori. Nota a Tribunale dei minori di Bologna, 22 gennaio 1977*, in "Diritto di Famiglia e delle Persone", 1977, fasc. 2, pt. I, p. 645 ss.

QUINONES ESCAMEZ, A., *La reception du nouveau code de la famille marocain (moudawwana, 2004) en Europe*, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", p. 877 ss.

RACHIDIOU, V. M., "La terre et le sang", *al-Watan*, 23 febbraio 2005

ROSI, E., *Sull'elemento soggettivo nel reato di maltrattamento in famiglia*, in "Diritto e Formazione", 2003, fasc. 1, p. 547 ss.

ROBBERS, G., *Lo statuto giuridico dell'Islam in Germania*, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 1996, fasc. 1, p. 165 ss.

SCOLART, D., *La Cassazione e il matrimonio somalo*, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 1999, fasc. 3, p. 783 ss.

SOURDEL, D., *Droit musulman et codification*, in "Droit", 1997, fasc. 26, p. 33 ss.

STANZIONE, P., "Minorità" e tutela della persona umana, in "Diritto di famiglia e delle persone", 1999, fasc. 2, pt. II, p. 758 ss.

UBERTAZZI, G. M., *Lex causae, lex fori e ordine pubblico internazionale nel disconoscimento di paternità, nota a Tribunale di Milano, 10 ottobre 1974*, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 1975, p. 54 ss.

ZAMBONI, M., *Gli strumenti di conoscenza della legge straniera da parte del giudice italiano*, in "La Nuova giurisprudenza civile commentata", 2003, fasc. 1, pt. I, p. 26 ss.

SENTENZE

- Cour de Cassation, chambre civile, 25 mai 1948, in “Revue critique de droit international privé”, 1949, pag. 89 ss.
- Tribunale di Ferrara, 31 agosto 1948, in “Giurisprudenza italiana”, 1948, fasc. 1, pt. II, p. 592 ss.
- Corte d’Appello di Bologna, 13 aprile 1950, in “Foro italiano”, 1950, fasc. 1, p. 894.
- Cour de Cassation, chambre civile, 17 avril 1953, in “Revue critique de droit international privé”, 1953, p. 412.
- Cour de Cassation, chambre civil, 28 janvier 1958, in “Revue critique de droit international privé”, 1953, p. 412 ss.
- Cour de Cassation, chambre civile, 12 mai 1959, in “Revue critique de droit international privé”, 1960, p. 62.
- Cour de Cassation, chambre civile, 2 march 1960, in “Revue critique de droit international privé”, 1960, p. 97 ss.
- Cour Suprême du Maroc, 8 march 1960, in “Revue marocaine de droit”, 1961, p. 31 ss.
- Cassazione Civile, Sez. I, 1 febbraio 1962, n. 191, in “Massimario della Giurisprudenza italiana”, 1962.
- Cour Suprême du Maroc, 13 novembre 1962, in “Revue marocaine de droit”, 1963, p. 267 ss.
- Cour de Cassation, chambre civile 2, 4 march 1964, n. 203, in <http://www.legifrance.gouv.fr>
- Cassazione Civile, Sez. Un., 31 luglio 1967, n. 2035, in “Massimario di Giurisprudenza italiana”, 1967.
- Tribunale di Genova, 4 agosto 1970, in “Foro padano”, 1971, p. 302 ss.
- VerwG Gelsenkirchen, 18 Juli 1974, in “FamRZ”, 1975, p. 338.
- Tribunale di Milano, 10 ottobre 1974, in “Rivista di diritto internazionale privato e processuale”, 1975, p. 123 ss.
- Corte Costituzionale, 16 aprile 1975, n. 87, in Juris Data.

- LG Frankfurt, 12 Januar 1976, in “FamRZ”, 1976, p. 217 ss.
- Tribunale per i minorenni dell’Emilia Romagna, decreto 22 gennaio 1977, in “Diritto di Famiglia e delle persone”, 1977, p. 645 ss.
- Cassazione Civile, Sez. Un., 23 febbraio 1978, n. 903, in “Massimario di Giurisprudenza italiana”, 1978.
- Cedu, sentenza 13 giugno 1979, in “Publications de la Cour européenne des droits de l’homme”, série A, n. 31.
- Cour de Cassation, chambre civile, 3 janvier 1980, in “Revue critique de droit international privé”, 1980, p. 331.
- Corte Costituzionale, 9 febbraio 1983, n. 30, in “Diritto di famiglia e delle persone”, 1983, p. 825 ss.
- Cour d’Appel de Paris, 8 novembre 1983, in “Revue critique de droit international privé”, 1984, p. 476.
- Cassazione Civile, Sez. I, 27 febbraio 1985, n. 1714, in “Rivista di diritto internazionale privato e processuale”, 1986, p. 368 ss.
- BverwG, 30 April 1985, in “JZ”, 1985, p. 740 ss.
- BGH, 28 Januar 1987 in “IPRax”, 1988, p. 109 ss.
- Cour de Cassation, chambre civil, 11 octobre 1988, in “Revue critique de droit international privé”, 1989, p. 367.
- Cour de Cassation, chambre civil, 18 octobre 1988, in “Revue critique de droit international privé”, 1989, p. 367.
- Tribunale di Arezzo, 27 novembre 1987, in “Quaderni di diritto e politica ecclesiastica”, 1999, p. 850 ss.
- Tribunale min. Trieste, 17 dicembre 1987, in “Diritto di famiglia e delle persone”, 1988, p. 1025 ss.
- Corte Costituzionale, 10 dicembre 1987, n. 477, in “Diritto di famiglia e delle persone, 1988, p. 58 ss.
- Cour de Cassation, 3 novembre 1988, in “Revue critique de droit international privé”, 1989, p. 495 ss.
- Corte di Giustizia delle Comunità europee, 4 febbraio 1988, n. 145/86, in “Foro italiano”, 1988, fasc. 21, IV, p. 321 ss.

- Cassazione Civile, Sez. I, 6 febbraio 1990 n. 799, in “Giustizia - Civile Massimario”, 1990, versione completa in Juris Data.
- Tribunale min. Venezia, 10 maggio 1990, in “Diritto di famiglia e delle persone”, 1991, p. 618 ss.
- Tribunale min. di Catania, decreto 28 gennaio 1991, in “Diritto di famiglia e delle persone”, 1992, p. 1070 ss.
- Cassazione Civile, Sez. I, 19 aprile 1991, n. 4235, in “Rivista di diritto internazionale privato e processuale”, 1992, p. 384 ss.
- Cour de Cassation, 10 février 1993, in “Revue critique de droit international privé”, 1993, p. 620 ss.
- OLG Hamm 10 Februar 1992, in “FamRZ”, 1992, p. 1180 ss.
- Cassazione Civile, Sez. I, 28 giugno 1994, n. 6217, in “Diritto di famiglia e delle persone”, 1994, p. 1428 ss.
- Cassazione Civile, Sez. II, 16 marzo 1996, n. 2236, in “Diritto di famiglia e delle persone”, 1996, p. 1363 ss.
- Cassazione Civile, Sez. I, 10 luglio 1996, n. 6297, in “Famiglia e diritto”, 1996, p. 587 ss.
- Cassazione Civile, Sez. I, 18 novembre 1996, n. 10086, in “Giustizia Civile Massimario”, 1996, versione completa in Juris Data.
- Tribunale di Bologna, 5 febbraio 1997, in “Diritto di famiglia e delle persone”, 1999, p. 157 ss.
- Cassazione Civile, Sez. I, 2 settembre 1997, n. 8383, in “Famiglia e diritto”, 1998, fasc. 77, p. 358 ss.
- Cour de Cassation, 3 juin 1998, in “Revue critique de droit international privé”, 1998, fasc. 4, p. 652 ss.
- Cassazione Civile, Sez. Un., 27 novembre 1998, n. 12061, in “Rivista di diritto internazionale privato e processuale”, 1999, p. 998 ss.
- Tribunale ecclesiastico campano di appello, nullitatis matrimonii, 1 marzo 1999, in “Il diritto ecclesiastico”, 1999, fasc. 2, p. 296 ss.

- Cassazione Civile, Sez. I, 2 marzo 1999, n. 1739, in “Foro italiano, 1999”, I, p. 1458 ss.
- Cassazione Civile, Sez. I, 8 marzo 1999 n. 1951, in “Giustizia Civile”, 1999, p. 2005 ss.
- Cassazione Civile, Sez. I Civile, 27 ottobre 1999 n. 12077, in “Vita Notarile”, 1999, p. 1412 ss.
- Cassazione Civile, Sez. I, 12 novembre 1999, n. 12538, in “Rivista di diritto internazionale privato e processuale”, 2001, p. 651 ss.
- Cassazione Civile, Sez. I, 22 novembre 2000, n. 15062, in “Rivista di diritto internazionale privato e processuale”, 2001, p. 703 ss.
- Tribunale per i minorenni di Torino, decreto 21 gennaio 2000, in “Diritto, immigrazione, cittadinanza”, 2003, p. 172 ss.
- Corte costituzionale suprema, 15 dicembre 2002, n.20/XXIII – al-Buhayri, Presidente -, Hasan, Segretario permanente, - ‘Ala’ abu ‘l-Mu’ati abu ‘l-Futuh c. ‘Aliyya Sa ‘id Muhammad.
- Corte d’Appello di Torino, Sez. spec. Minorenni, decreto 11 aprile 2001, in “Diritto, immigrazione, cittadinanza”, 2003, p. 173 ss.
- Corte di Appello di Torino, 18 aprile 2001, in “Diritto di famiglia e delle persone”, 2001, p. 1492 ss.
- Cassazione Civile, Sez. I, 30 maggio 2001, n. 7365, in “Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2002, p. 745 ss.
- Cassazione Civile, Sez. I, 26 febbraio 2002, n. 2791, in “Foro italiano”, 2002, fasc. 1, p. 1712 ss.
- Tribunale S. Maria Capua Vetere, Sez. Aversa, 15 ottobre 2002, in “Giurisprudenza di merito”, 2003, fasc. 1, p. 293 ss.
- Cassazione Penale, Sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 55, in “Diritto e formazione”, 2003, fasc. 1, p. 547 ss.
- Cassazione Civile, Sez. I, 14 gennaio 2003, n. 367, in “Giustizia Civile Massimario”, 2003, fasc. 4, versione completa in Juris

Data.

- Tribunale di Bologna, ordinanza 12 marzo 2003, in “Diritto, immigrazione, cittadinanza”, 2003, p. 172 ss.

- Cassazione civile, Sez. I, 1 ottobre 2003, n. 14545, in “Giurisprudenza italiana”, 2003, p. 1020 ss.

- Cassazione Civile, Sez. Un., 19 febbraio 2004, n. 3331, in “Giustizia Civile”, 2004, p. 1229 ss.

- Cassazione Civile, Sez. I, 12 maggio 2004, n. 8961, in “Giustizia Civile Massimario”, 2004, versione completa in Juris

Data.

- Ordonnance 05-01, modifiant et completant l’Ordonnance n. 70-86 du 15 decembre 1970 portant code de la nationalité algérienne, in al-Garida al.-rasmiyya del 18 Muharram 1426, corrispondente al 27 febbraio 2005, n.15.

- Cassazione Civile, Sez. I, 9 giugno 2005, n. 12169, in “Famiglia e diritto”, 2005, fasc. 4, p. 354 ss.

- Corte costituzionale suprema, 15 gennaio 2006, n.113/XXVI – mar ‘à, Presidente – Hasan, Segretario Permanente, Afaf ‘Abd al-Gaffar Qasim c.Muhammad Sabir Sulayman Sawar

ONLINE

ALIGHETCHI, D., *In Iraq l’Ayatollah di manica larga*, l’Avvenire, 19 marzo 2005, versione online, in <http://www.impegnoreferendum.it>.

ALUFFI BECK PECCOZ, R., *The situation of muslims in Italy*, atti del convegno “Il trattamento giuridico delle minoranze islamiche in Europa e negli Stati Uniti”, Torino 19-21 giugno 2003, in http://www.eumap.org/reports/2002/eu/international/sections/italy/2002_m_italy.pdf.

AMIRAUX, V., *L’Islam en France*, in <http://www.eumap.org>.

BENKHEIRA, M. H., *Parentele di latte*, in <http://www.slowfood.it>.

BERTOLINO, C., *Approvato il nuovo codice di famiglia*, in <http://www.seeline-project.net>.

BORRMANS, M., *Le famiglie musulmane in Italia*, in *Africa*, 1995/2, in <http://www.cadr.it>.

CALLONI, F., *Quando le coppie miste divorziano*, in <http://www.lettere.unipd.it>.

CÂNÂN ARIN, M., *Family law report: Turkey*, in <http://www.seeline.uk>.

COMMISSIONE PER LE POLITICHE DI INTEGRAZIONE DEGLI IMMIGRATI, *Secondo Rapporto sull'integrazione degli immigrati in italia*, in http://www.cestim.it/integra2/integra2_index.htm.

ISTAT, in <http://censimenti.istat.it>.

MINISTERO DELL'INTERNO, in <http://www.interno.it>.

EL GHISSASSI, H., *Droits, libertés et obligations du culte musulman en France à l'aube du XXIe siècle*, in <http://calenda.revues.org/nouvelle4826.html>.

FOURNIER, P., *The reception of Muslim Family Law in Western Liberal States*, in <http://www.ccmw.com/Position%20Papers/Pascale%20paper.doc>.

FRAGNIÈRE, C., *Cent mesures et dispositions por une codification maghrebine egalitarie du statut personnel et du droit de la famille*, in <http://www.iued.unige.ch>.

HASHMI HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT SOCIETY, *The Rights of Parents and Children in Islam*, in http://www.hashmitrust.com/htm/familtright_in_islam.htm.

LA RETE DELLE PARI OPPORTUNITÀ, *Le code de la famille marocain. Les points les plus saillants du nouveau code de la famille*, in <http://www.pariopportunita.com>

LETTERE AFRICANE, in <http://www.inafrica.it>.

JURISCOPE, *La jouissance et l'exercice de l'autorité des pere et mere sur leur enfant en Egypte*, in <http://www.juriscope.org>.

T. MARAINI, *Aspetti storici ed attuali del mondo islamico*, in

<http://www.donnemondo.com/agendalibro1999.htm>.
MEMRI, *King of Morocco calls for fundamental reform in family law*, in <http://www.memri.de>.
NANNI, A., *Diversi da chi? Bambini e culture in Italia*, in http://www.psicolinea.it/c_e/stranieri_a_scuola.htm.
NAIR, S., *Francia, la crisi dell'integrazione*, in <http://www.ecn.org/zip/spsaminair.htm>.
OPEN SOCIETY INSTITUTE 2002, *Monitoraggio della protezione delle minoranze nell'Unione Europea: la situazione dei Musulmani in Italia*, in http://www.osservatorioimmigrazionesud.it/osservatorio/biblioteca_NA/documenti_library.
PERLOTTO, A. – MARASCHIN, C., *Matrimonio e diritto di famiglia nell'islam*, in <http://www.chiesacattolica.it>.
PIRELLO-AMATO, *I Figli: tra legge e sentimenti*, in <http://www.heliosmag.it/2002/2/figli.html>.
Punishment for non marital sex in Islam: Sharia law as applied in some Muslim countries, <http://www.religioustolerance.org>.
TEDESCHI, M., *Aspetti giuridici del rapporto tra ordinamento italiano e islam*, in *Diritto e Storia*, 2003/2, <http://www.dirittoestoria.it/lavori2/Contributi/Tedeschi.htm>.