



Ilaria Valenzi

(assegnista di ricerca in Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria")

**Ordine pubblico dello Stato e i diritti religiosi familiari.
Sostenibilità e limiti di una relazione giuridica in evoluzione ***

*Public order and religious family rights.
Sustainability and limits of an evolving legal relationship **

ABSTRACT: Lo sviluppo ermeneutico della clausola di ordine pubblico nel rapporto tra ordinamento civile e ordinamenti religiosi assume particolare rilevanza se osservato con riguardo agli statuti personali di diritto familiare, in particolar modo di tradizione islamica. Alla funzione storicamente a essa riconosciuta di strumento di tutela della sovranità statale e garanzia del rispetto dell'intangibilità dei principi fondamentali, si aggiunge la più recente valorizzazione della capacità dell'ordine pubblico di mediare tra differenti visioni delle relazioni intersoggettive entro le società policulturali. In tale dinamica, le soluzioni non sempre univoche espresse dalla recente giurisprudenza di legittimità denotano un utilizzo ancora mutevole della clausola di ordine pubblico sostanziale e processuale. Il richiamo alla valutazione degli effetti del caso concreto non sembra tuttavia far venire meno la necessità di declinare l'ordine pubblico in funzione della tutela delle soggettività più vulnerabili dagli effetti derivanti dall'ingresso, ovvero dallo sbarramento, di quegli istituti giuridici di diritto familiare che le vedono coinvolte.

ABSTRACT: The evolution of the public order clause in the nexus between civil and religious legal systems assumes particular significance when contemplated within the context of personal statutes of family law, particularly within Islamic tradition. In addition to its historically function as an instrument for the protection of state sovereignty and a guarantee of respect for the inviolability of fundamental principles, recent developments have enhanced the capacity of public order to mediate between different visions of personal relations within multicultural societies. In this dynamic, the not always univocal solutions expressed by recent jurisprudence of legitimacy denote an ever changing use of the substantial and procedural public order. The reference to the evaluation of the effects of the specific case does not, however, seem to diminish the need to define public order in relation to the protection of the most vulnerable subjects



from the effects deriving from the introduction, or blocking, of those legal institutions of family law that involve them.

SOMMARIO: 1. Introduzione. La clausola di ordine pubblico alla prova, tra diritto internazionale privato e diritti religiosi - 2. La questione della circolazione dei modelli confessionali e la limitazione posta dalla clausola dell'ordine pubblico. Il paradigma dei rapporti con l'ordinamento canonico - 3. La clausola di ordine pubblico di fronte agli istituti giuridici di diritto familiare islamico: tra interpretazione attenuata e pragmatismo - 4. Il ruolo della giurisprudenza in ordine all'istituto del ripudio islamico. Cenni introduttivi - 5. Ordine pubblico e ripudio islamico: un'analisi delle più recenti pronunce - 6. Kafala e poligamia ovvero l'ordine pubblico di fronte a possibili aperture ermeneutiche. Punti di forza e criticità - 7. Osservazioni conclusive.

1 - Introduzione. La clausola di ordine pubblico alla prova tra diritto internazionale privato e diritti religiosi

Il significato da attribuire alla definizione di ordine pubblico e la portata dei relativi effetti sul piano dell'ordinamento giuridico e dei diritti individuali assume una connotazione particolare se rapportato alle questioni nascenti dall'incontro con alcuni degli istituti tipici dei diritti religiosi che afferiscono alla sfera degli statuti personali. Il contesto sociale italiano ed europeo appare infatti attraversato da rilevanti trasformazioni connesse a un pluralismo religioso e culturale sempre più marcato, che suggerirebbe l'adozione del generale riferimento a una rinnovata società policulturale¹, nella continua mediazione tra identità,

* Contributo sottoposto a valutazione - Peer reviewed paper.

Il contributo è stato redatto nell'ambito del progetto PRIN 2022 PNRR "Boosting a Sustainable Religious Pluralism: Public Order and European Constitutional Identity (SURPLEI)", P2'22°3L9K, Finanziato dall'Unione europea - Next Generation EU, Missione 4, componente 2, investimento 1.1, CUP H53D23010830001".

¹ In questo senso, N. COLAIANNI, *Poligamia e società policulturale: quale diritto*, in *Federalismi.it*, 15 aprile 2020, p. 132 ss.; il contributo è stato inoltre pubblicato in, *Pluralismo religioso e localismo dei diritti*, a cura di L. MANCINI, D. MILANI, Giuffrè, Milano, 2022, p. 175 ss.; nello stesso senso, F. ALICINO, *Diritti, identità e ordine pubblico nella società policulturale. Le relazioni familiari e la rilevanza del diritto musulmano*, in *Diritto e giustizia nelle relazioni familiari. Problemi e prospettive*, a cura di F. ALICINO, M. ABBAMONTE, Giuffrè, Milano, 2024, p. 1 ss.



tradizione e diversità² e secondo la recente lettura espansiva e inclusiva del principio supremo di laicità voluta dalla Consulta³. In tale prospettiva, il rapporto tra religioni e diritto di famiglia trova nell'incontro tra ordinamento dello Stato e diritto islamico un suo referente essenziale, sebbene non esclusivo⁴. Sul piano storico, il portato delle migrazioni dai paesi di tradizione musulmana verso la sponda Nord del Mediterraneo ha infatti determinato la necessità del confronto tra diverse concezioni delle relazioni coniugali, la cui distanza è registrabile nei termini della codificazione, entro gli ordinamenti statali europei, di principi generalmente riconosciuti dalle leggi fondamentali derivanti dal processo di laicizzazione degli istituti che regolamentano quelle relazioni, a fronte della tendenziale sovrapposizione, negli ordinamenti della sponda Sud, di diritti statuali e religiosi⁵. Sebbene più recentemente lo stesso versante meridionale dell'area euro-mediterranea sia andato incontro a radicali cambiamenti nella concezione dei rapporti tra uomo e donna⁶, anche mediante un'attività legislativa statale tesa alla

² Così **D. MILANI**, *Pluralismo religioso e ordinamento giuridico italiano*, in *Pluralismo religioso*, cit., p. 3 ss.

³ Corte Cost., sent. n. 67 del 2017. Sulla ridefinizione del principio supremo di laicità come aggiornamento e risposta alla evoluzione da esso compiuta nel corso del trentennio dalla prima pronuncia del giudice delle legge in materia, **J. PASQUALI CERIOLI**, *Laicità*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di C. PIERGALLINI, Giuffrè, Milano, 2022, p. 1577 ss.; **N. COLAIANNI**, *Trent'anni di laicità (Rileggendo la sentenza n. 203 del 1989 e la successiva giurisprudenza costituzionale)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), n. 21 del 2020, p. 52 ss.; **F. ALICINO**, *Laicità e bilateralità a trent'anni dalla sentenza madre. I test dell'Islam italiano e dell'ateismo militante*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 1 del 2021, p. 21 ss.

⁴ Sulla storicità della relazione tra ordinamento dello Stato e ordinamento della Chiesa cattolica con riferimento al diritto matrimoniale e alla giurisdizione ecclesiastica, **O. GIACCHI**, **O. FUMAGALLI CARULLI**, *Giurisdizione ecclesiastica matrimoniale e garanzie costituzionali*, in *Giurisprudenza italiana*, 1976, Disp. 10, p. I, sez. I, p. 14 ss.; **P. MONETA**, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Giappichelli, Torino, 2002.

⁵ In questo senso, **N. COLAIANNI**, *Poligamia*, cit., p. 144; con riguardo alla evoluzione dell'istituto matrimoniale tra Oriente e Occidente, già **N. COLAIANNI**, *Poligamia e principi del "diritto europeo"*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 2002, p. 227 ss.; inoltre, **D. BILOTTI**, *Trame evolutive e proiezioni interculturali nel diritto islamico. Precontrattualità, intersoggettività, istanze di universalizzazione*, in *CALUMET*, 9, 2, 2019.

⁶ Tra i molti, in chiave interdisciplinare, **F. SADIQI**, *The central role of the family law in the Moroccan feminist movement*, in *Gender and Diversity in the Middle East and North Africa*, a cura di Z.S. SALHI, Routledge, London, 2013 p. 33 ss; **V. LOMAZZI**, *Women's Rights and Shari'a Law in the MENA Region*, in *Migrants and Religion: Paths, Issues and*



eliminazione di istituti non ritenuti più in linea con i cambiamenti sociali in atto in alcuni paesi dell'area MENA⁷, la confermata sussistenza di ulteriori istituti di diritto familiare⁸, in uno all'astratta possibilità che il diritto islamico o il persistere dell'applicazione del diritto tradizionale vivifichino ciò che le leggi degli Stati abbiano escluso, rendono il tema attuale e foriero di nuove questioni.

Con uno sguardo precipuamente rivolto all'ordinamento giuridico italiano, seppur con l'utilizzo di categorizzazioni provenienti, nella fase ideativa, dalla riflessione giuridica d'Oltralpe⁹, è possibile affermare che l'ordine pubblico abbia finora espresso una funzione difensiva dell'intangibilità di principi e valori essenziali, quali il principio di uguaglianza e non discriminazione, da parte dei tentativi di

Lenses, a cura di L. ZANFRINI, Brill, Leiden, 2020, p. 231 ss.; **L. TAUIL**, *Féminismes laïques, Secular Feminists and Islamic Feminisms in Muslim Countries: Experiences in the Maghreb*, in *Women, Agency and Religion: Social and Legal Issues in the Mediterranean Public Space*, a cura di I. VALENZI, Routledge-Giappichelli, London-Torino, 2024, p. 161 ss.

⁷ Si pensi all'evoluzione della legislazione tunisina. Sul punto, **C. DE ANGELO**, *L'alterità sessuale come fonte di discriminazione. La soluzione tunisina al problema della poliginia*, in *CAPYS. Rivista di storia e scienze religiose*, 2012, 2, p. 251 ss.; **D. DURISOTTO**, *Poligamia e ordinamenti europei*, in *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, Giappichelli, a cura di C. CARDIA, G. DALLA TORRE, Torino, 2015, p. 357 ss.; **J. LIMAM**, *Religious freedom in Tunisia: the scope of ambivalence*, in *Religions and Constitutional Transitions in the Muslim Mediterranean. The Pluralistic Moment*, a cura di A. FERRARI, J. TORONTO, Routledge, London, 2016, p. 89 ss.; per uno studio comparativo delle riforme di diritto di famiglia in Tunisia e Marocco, **M.M. CHARRAD**, *Family Law Reforms in the Arab World: Tunisia and Morocco*, Report UN, New York, 2014, p. 1 ss.; per una riflessione d'insieme, **D. HINCHCLIFFE**, *Poligamy in Traditional and Contemporary Islamic Law*, in *Issues in Islamic Law*, a cura di M.A. BADERIN, Routledge, London, 2017, p. 63 ss.

⁸ Con riguardo all'istituto della *kafala*, nella sterminata produzione scientifica in materia, per i profili di diritto internazionale sulla valenza dell'istituto per la protezione dei minori, **U.M. ASSIM**, **J. SLOTH-NIELSEN**, *Islamic kafalah as an alternative care option for children deprived of a family environment*, in *African Human Rights Law Journal*, 14, 2, 2014, p. 322 ss.; in relazione alle questioni applicative dell'istituto richiamato nel contesto dei sistemi giuridici occidentali, **K.M. EADIE**, *The application of kafala in the West*, in *Research Handbook on Islamic Law and Society*, a cura di N. HOSEN, Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, p. 48 ss.; in chiave comparativa, **A. BORRONI**, *La kafalah: uno studio di diritto comparato*, in *Diritto e religioni*, 2019, p. 221 ss.

⁹ **P. BERNARD**, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1962; **A. PLANTEY**, *Définition et principes de l'ordre public*, in *L'ordre public*, a cura di R. POLIN, M. ALLAIS, Presses universitaires de France, Paris, 1996, p. 27 ss.; **E. PICARD**, *Introduction Générale: La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique*, in *L'ordre public: ordre public o orders publics? Ordre public et droits fondamentaux*, a cura di M.-J. REDOR, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 17 ss.



ingresso nell'ordinamento dello Stato di istituti non ritenuti con essi compatibili.

Com'è noto, tale funzione è stata espressa in prima battuta per il tramite delle norme di diritto internazionale privato, su cui si tornerà più avanti. Basti qui riferirsi al dato normativo che preliminarmente ha svolto una funzione di ancoraggio delle questioni connesse al concetto di ordine pubblico alla sfera dei rapporti normativi tra ordinamenti giuridici, introdotto con le prime disposizioni applicative al codice civile del 1865¹⁰. Di non poco rilievo che il principio di inderogabilità, da parte

¹⁰ È d'uopo ricordare il pensiero di Stanislao Mancini, che della redazione delle disposizioni preliminari al primo codice civile dell'Italia unita fu protagonista con specifico riguardo alle questioni di diritto internazionale privato. Ideatore del così detto "principio di nazionalità", la cui funzione primaria fu inizialmente quella di consentire al neo Stato unitario di instaurare una relazione paritaria con gli altri ordinamenti statuali europei, ne fu il primo e principale interprete, così delineando il nucleo essenziale di quella che sarebbe diventata la scuola italiana di diritto internazionale privato. Essenziale l'ancoraggio del concetto di nazionalità a quello di cittadinanza ai fini della risoluzione delle più ampie questioni di diritto internazionale privato. Sul punto, **P.S. MANCINI**, *Prelezione al corso di diritto pubblico esterno ed internazionale privato pronunciata nella R. università di Torino il 22 gennaio 1851*, in *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini* a cura di E. JAYME, Giappichelli, Torino, 2000. Non priva di rilevanza l'osservazione per cui il principio di nazionalità si compone di «elementi "mistici" di connessione dell'individuo al suo paese d'origine sulla base di fattori culturali [...]: la religione, la razza, la lingua le costumanze, la storia, le leggi sono elementi costitutivi dell'identità nazionale chiaramente derivati dalle idee politiche dell'epoca», così **S. TONOLO**, *Pasquale Stanislao Mancini e il diritto processuale civile internazionale attuale*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2011, p. 886. Il principio di nazionalità che veniva così a enuclearsi nell'art. 6 nelle Disposizioni preliminari al codice civile del 1865 appare oggi utile per tematizzare questioni tutt'altro che secondarie anche in materia di rapporti con i diritti religiosi, quando essi transitino nell'ordinamento interno per il tramite di norme statuali. Rileva ai nostri fini, in particolare, il concetto di sovranità mediante il quale lo Stato può escludere l'applicabilità delle leggi straniere qualora in contrasto con l'ordine pubblico, costituendo in tal modo limite all'applicazione del principio di nazionalità. Come si vedrà in seguito, la tutela dell'inderogabilità del principio di sovranità ha costituito la chiave di volta introdotta con sentenza n. 18 del 1982 dalla Corte costituzionale per la sottoposizione al filtro dell'ordine pubblico delle questioni che attengono all'efficacia delle sentenze di nullità matrimoniale emesse dai tribunali ecclesiastici. In questo senso, l'applicazione non cedevole del principio di sovranità secondo il principio manciniano è utile all'individuazione delle materie oggetto di legislazione che compongono la sfera di tutela degli interessi primari dello Stato, soggetti all'applicabilità della clausola di ordine pubblico. Tra queste, le norme in materia di diritto matrimoniale e familiare, afferenti pertanto al diritto privato necessario, come tale non derogabile per volontà delle parti. Con riguardo al principio di nazionalità si veda **P.S. MANCINI**, *Prelezione*



al corso, cit., p. 45 ss. Di tutta rilevanza l'intuizione che Mancini ebbe con riguardo alla risoluzione delle controversie aventi a oggetto ordinamenti plurilegislativi su base personale, il cui referente primario è costituito dagli ordinamenti religiosi di diritto islamico. Sebbene la soluzione di Mancini agli eventuali conflitti con tali ordinamenti risiedeva nella deroga al principio di nazionalità in favore del principio del domicilio (secondo la diversa elaborazione proposta da Savigny e in vigore in alcuni stati europei), soluzione che, con ogni evidenza, trovava ispirazione nel principio della universale paritarietà degli ordinamenti di cui egli era sostenitore, il sistema italiano di diritto internazionale privato ha optato per una soluzione parzialmente differente. L'attuale art. 18 della legge n. 218 del 1995 in materia di diritto internazionale privato stabilisce infatti che, nel caso di coesistenza, entro l'ordinamento dello Stato richiamato dalla stessa legge, di più sistemi normativi a base territoriale o personale, la determinazione della legge applicabile avviene secondo quello stesso ordinamento, lasciando il criterio dell'individuazione della legge applicabile sulla base del collegamento più stretto con il caso di specie soltanto a ipotesi residuale. L'assunto si rivela essenziale nella sua natura di clausola che consente l'ipotetica apertura anche al richiamo degli ordinamenti di diritto religioso. In tal senso e per una più completa disamina delle questioni di attualità del pensiero manciniano, **S. TONOLO**, *L'Italia e il resto del mondo nel pensiero di Pasquale Stanislao Mancini*, in *Cuadernos de derecho trasnacional*, 2011, vol. 3, n. 2, p. 178 ss. L'Autrice, in particolare, ricostruisce ai fini della teorizzazione delle soluzioni alle questioni poste dagli ordinamenti plurilegislativi a base personale religiosa il noto caso *Samama*, riguardante la determinazione della legge di applicazione a un caso di successione ereditaria di cittadino tunisino di religione ebraica, defunto in Italia, dove aveva redatto testamento olografo e dove aveva beni, che si aggiungevano a quelli acquisiti e dislocati in Francia e Tunisia. La controversia vedeva contrapposta la tesi secondo cui, ai sensi dell'allora art. 8 delle disposizioni preliminari al codice civile, dovesse trovare applicazione la legge ebraica, in quanto legge nazionale degli ebrei di Tunisi, alla tesi manciniana secondo cui, rinunciato il *de cuius* alla cittadinanza tunisina, avrebbe dovuto trovare applicazione la legge italiana, in quanto legge dell'ultimo domicilio. La tesi manciniana, articolata già a partire dalle Note difensive successive alla ultima udienza di discussione del caso *de quo* avanti alla Corte d'Appello di Lucca, aderisce a un'interpretazione evolutiva dello stesso diritto talmudico, di cui si rimarca l'intrinseca attitudine alla adattabilità al cambiamento sociale, da cui deve discendere il mutare degli stessi istituti giuridici. Ciò sulla base della considerazione del diritto "come un organismo, non come un fatto materiale; come parte sostanziale della vita di un popolo, non come qualche cosa di accidentale ed estrinseco; e che le leggi non sono conseguenza dell'arbitrio del legislatore, ma come il linguaggio, sono il prodotto interno e coerente della vita della nazione". Sul punto, **P.S. MANCINI, A. MARI**, *Note dopo la discussione per la signora Aziza Samama e il signor cav. Nissim Samama contro il governo di Tunisi e altri sopra la validità del testamento del defunto conte Caid Nissim Samama a termini del diritto talmudico*, Zecchini, Livorno, 1880, p. 6. Sulla base di tale premessa, ben si enuclea la difesa della tesi manciniana anche secondo il diritto talmudico, per cui "per le regole di diritto talmudico la capacità dello straniero o dell'emigrato, la sostanza delle sue disposizioni di ultima volontà, si debbono regolare colle leggi del luogo, e non con quelle nazionali. Il che è anche conforme all'indole dei



tempi in cui il diritto talmudico veniva formulato, perché è solo una recente conquista della scienza il riconoscimento del principio di nazionalità, ed una ardita innovazione del legislatore italiano l'art. 8 delle disposizioni preliminari al codice civile"; si veda **P.S. MANCINI, A. MARI**, *Note*, cit. p. 67. La pronuncia della Corte d'Appello di Lucca, articolata sulla base della più ampia questione relativa all'acquisto e alla perdita della cittadinanza sulla base della volontà personale, fornisce peraltro spunti importanti di riflessione sul rapporto tra individuo e Stato, a partire dall'affermazione secondo cui la nazionalità trova fondamento primario in detta volontà manifesta e non in un "supposto passato fra suddito e sovrano". Di rilievo, nel caso di specie, la questione attinente allo statuto personale sulla base dell'appartenenza religiosa, per cui il principio di nazionalità di cui all'art. 8 delle disposizioni preliminari al codice civile non risulterebbe applicabile alla nazionalità "storica", come quella ebraica, non essendo pertanto quest'ultima applicabile nemmeno del caso del cittadino senza patria. Sul punto, sostiene la Corte che "la nazionalità giudaica, se costituisce un'antica tradizione storica, è oggi priva affatto degli elementi atti ad elevarla, quale prerogativa di Stato sovrano e indipendente, alla sostanza di un istituto di diritto, e non trovasi quanti compresa nella citata disposizione dell'anzidetto art. 8, dove dicendosi legge nazionale della persona, s'intese chiaramente di esprimere la legge dello Stato al quale la persona stessa appartiene nel tempo in cui ha vita il diritto da dichiararsi, e dove perciò si contempla una nazionalità politica attuale e non una nazionalità di puro nome e di ordine storico. E secondariamente perché, se gli Ebrei di Tunisi godevano il beneficio della loro legge personale, ossia di seguire ad osservare le loro tradizioni e consuetudini religiose in alcuni atti della vita civile, come le adozioni, i matrimoni, i testamenti e le successioni, ciò avviene al seguito di una legge di quel Vicereame, che eleva in questa parte il *Talmud* a legge tunisina per gli israeliti [...], Ma, se, [...] la legge giudaica è nella Reggenza di Tunisi riconosciuta e consacrata da una legge positiva ed espressa di quel Governo, e perciò costituisce la legge nazionale tunisina dell'israelita, questa legge non è più invocabile nel caso del Caid Nissim Samana dopoché egli effettivamente abdicò alla sua originaria nazionalità, e quando il nostro codice, lungi dall'aver richiamato la teoria degli statuti personali e reali, l'ha invece ripudiata, consacrando all'opposto nei rapporti internazionali privati norme direttive aventi il loro fondamento sul principio di nazionalità [...]". Sul punto, Corte d'Appello di Lucca, udienza 8 giugno 1880, in *Foro it.*, vol. 5, I, Giurisprudenza civile e commerciale, 1880. Tesi tuttavia rigettata dalla Corte di Cassazione di Firenze la quale, sulla base del principio della necessità della prova dell'acquisto della cittadinanza italiana e sul presupposto dell'applicabilità del principio di diritto internazionale di derivazione romanistica secondo cui "nessuno di sola e propria volontà sua può spogliarsi della cittadinanza di cui è rivestito", torna ad affermare la centralità e inderogabilità del principio della nazionalità e, con essa, l'applicazione della legislazione religiosa su base personale. Sul punto, Corte di Cassazione di Firenze, Udienza 21 marzo 1881, in *Foro it.*, vol. 6, I, Giurisprudenza civile e commerciale, 1881. Ciò nonostante appare ancora di rilievo la tesi di Mancini che, sebbene in via subordinata, teorizzava la disapplicazione del diritto al caso *de quo* per possibile contrasto con l'ordine pubblico, in quanto limitativo della libertà del singolo di non sottostare all'applicazione di prescrizioni religiose. Sul punto, con possibili spunti applicativi in tema di ordine pubblico e



di atti legislativi e giurisdizionali propri di un ordinamento straniero, delle leggi “proibitive del regno”¹¹ abbia trovato specifica applicazione nelle leggi relative allo statuto delle persone e alle “leggi riguardanti in qualsiasi modo l’ordine pubblico e il buon costume”¹². Una norma di chiusura che, senza *deminutio* della specifica rilevanza delle disposizioni in tema di capacità e stato di persone e di famiglia, esercitava una funzione di attrazione di queste ultime nel più ampio concetto di ordine pubblico, a sottolineare la loro valenza essenziale per l’ordinamento giuridico dello Stato unitario. Tale concezione trovava sostanziale conferma nelle disposizioni preliminari al nuovo codice civile del 1942, dove i rapporti di famiglia e tra coniugi continuavano a essere regolamentati secondo il principio della prevalenza della legge nazionale delle persone¹³ per cui nulla poteva considerarsi innovato nella concezione dei rapporti tra coniugi¹⁴. In questo senso va letta la

ingresso delle norme di diritto religioso negli ordinamenti plurilegislativi, **S. TONOLO**, *L’Italia*, cit., p. 188; più recentemente, **F. DI PRIMA**, *Dinamiche di integrazione dell’ordinamento civile, diritto canonico e libertà del credente (ripartendo da F. Scaduto e P.S. Mancini)*, Pellegrini, Cosenza, 2022, p. 29 ss., in particolare per la posizione universalista nei rapporti interordinamentali e, tra questi, nei rapporti con l’ordinamento canonico. La pronuncia sul caso *Samana* pare inoltre essenziale anche nei termini di individuazione della cittadinanza e dei relativi diritti connessi allo status di cittadino sulla base dell’appartenenza a un gruppo religioso minoritario. Afferma, al riguardo, la Corte d’Appello di Lucca che “ammesso pure che gli ebrei in Tunisi non partecipassero a tutti i diritti civili e politici dei mussulmani, certo è che la distinzione surriferita non ha alcuna importanza agli effetti della nazionalità, in quanto se la qualità di nazionale l’ha il cittadino investito della pienezza dei diritti privati e pubblici, non meno la possiede il suddito ammesso a diritti minori, ricorrendo anche a di lui riguardo quel vincolo che unisce il cittadino allo Stato, e nel quale consiste la essenza della nazionalità, e che perciò è comprensivo di tutti i naturali del paese, qualunque ne sia la religione o la razza”.

¹¹ Così l’art. 12 del Codice civile del Regno d’Italia del 1865.

¹² La previsione dell’art. 12 del Codice civile del 1865 stabiliva che “in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi proibitive del regno che concernano le persone, i beni o gli atti, né alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l’ordine pubblico e il buon costume”.

¹³ Riproducendo l’abrogato art. 17 delle preleggi del 1942 la formulazione di cui all’art. 6 del Codice civile del 1965 secondo cui “Lo stato e la capacità delle persone ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui esse appartengono”.

¹⁴ Non così con riguardo ai matrimoni razzialmente misti, in considerazione del divieto introdotto con il regio decreto legge 17 novembre 1938, n. 1728 e recepito dalla successiva codificazione del 1942, secondo cui la “diversità di razza” dei nubendi era elemento ostativo alla celebrazione del matrimonio civile e alla trascrizione di quello canonico. Si trattava cioè di un diretto atto di recepimento entro le disposizioni



previsione di cui all'art. 18 delle preleggi del 1942 nella parte in cui, nel caso di assenza di comunanza di legge nazionale durante il matrimonio, i rapporti tra coniugi di diversa cittadinanza venivano regolati secondo la legge nazionale del marito al tempo della celebrazione matrimonio¹⁵. Proiezione del più generale principio della potestà maritale, tale previsione normativa svolgeva altresì la funzione di regolamentazione dei rapporti di ingresso di principi propri di ordinamenti giuridici diversi da quello dello Stato, con ciò affermando la sua chiara natura applicativa del principio di ordine pubblico. Soltanto con l'intervento della Consulta nel 1987¹⁶, ormai vigente da più di un decennio il nuovo

codicistiche della legislazione speciale di marca razziale. Sul punto, **G. NAVONE**, *Il divieto di matrimonio razzialmente misto nella legislazione fascista*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2019, p. 121 ss. Sullo stretto legame tra tale concezione matrimoniale e la preesistente legislazione coloniale, che fornì il sostrato culturale e giuridico ai successivi provvedimenti speciali di stampo razziale, **S. FALCONERI**, *La legge della razza. Strategia e luoghi del discorso giuridico fascista*, il Mulino, Bologna, 2011.

¹⁵ Così l'art. 18 delle originarie preleggi in vigore dal 1942 al 1987.

¹⁶ Corte cost., sentenza n. 71 del 1987. Da notare come la dichiarazione di illegittimità dell'art. 18 delle preleggi, nella parte in cui stabiliva l'applicazione della legge nazionale del marito in caso di mancata legge nazionale comune, prendeva le mosse da tre giudizi aventi a oggetto la fase patologica del rapporto coniugale, così consolidando l'orientamento con cui la Consulta affermava la non prevalenza del principio di garanzia dell'unità familiare di cui all'art. 29, secondo comma, Cost. sul principio di uguaglianza tra coniugi e, differentemente, la preminenza dei rapporti tra cittadino con lo Stato sulle norme di diritto internazionale privato. Nel caso di specie i tre giudizi ponevano questioni del tutto simili a partire da presupposti diversi, in ogni caso prospettando la questione di legittimità costituzionale con riferimento alla mancata previsione, nella legge nazionale maritale, dell'istituto del divorzio. Se nel primo caso l'ordinanza di rimessione individuava la presunzione di applicabilità della legge cilena, sul presupposto che l'istituto divorzile non costituisse diritto primario e istituzione fondamentale internazionalmente riconosciuta, come tale ricadente sotto la massima tutela prevista per i diritti inviolabili - e, pertanto, come materia di ordine pubblico -, gli altri casi riguardavano l'uno l'opposizione della coniuge alla richiesta dell'applicazione della legge italiana effettuata dal marito, non sussistendo all'epoca l'istituto del divorzio nel diritto tedesco, l'altro l'opposizione del coniuge tunisino all'applicazione della legge italiana, non rientrando la separazione coniugale tra i diritti riconosciuti nel di lui ordinamento giuridico. Un primo caso, pertanto, relativo alla funzione espansiva del diritto al divorzio come istituto rientrante tra le applicazioni del principio fondamentale di uguaglianza, come tale espressione dell'ordine pubblico dell'ordinamento giuridico italiano, a fronte di ulteriori due casi di natura prettamente difensiva della concezione di inscindibilità del vincolo coniugale. Se il primo sembra inserirsi nell'allora dibattito sulla portata e sugli effetti della nuova concezione dei rapporti tra coniugi, esprimendo una posizione vicina a un'interpretazione



diritto di famiglia, tale disposizione veniva abrogata, per l'evidente contrasto con i principi costituzionali di uguaglianza davanti alla legge senza distinzione di sesso di cui all'art. 3 Cost. e di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, di cui all'art. 29, secondo comma, Cost. Rimaneva tuttavia irrisolta la questione della norma applicabile, stante l'evidente incompatibilità tra il principio implicito nella norma di collisione impugnata e i nuovi principi e valori costituzionali, non optando la Consulta per una sentenza additiva e rimandando all'esercizio del potere legislativo dello Stato, nella sua funzione di mediazione di assetti politico sociali per il tramite della produzione di norme¹⁷.

Con la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato¹⁸ e l'abrogazione delle precedenti disposizioni, sostituite dalla nuova disciplina del diritto applicabile e dalla tecnica del rinvio¹⁹, l'ordinamento dello Stato ha continuato a rimanere impermeabile alla legge straniera, qualora gli effetti di quest'ultima si rivelino contrari all'ordine pubblico. Esempio in tale ambito e per la riflessione sul perimetro della sovranità statale la specifica norma di salvaguardia della legge nazionale in materia matrimoniale e di adozione, sulla base del riconoscimento della sua prevalenza sulla legge straniera in quanto norma di applicazione necessaria²⁰. Attraverso tale innovazione

conservativa in quanto ritenuta più attenta alla tutela del coniuge più debole, il secondo pone questioni direttamente connesse al rapporto tra ordinamenti giuridici e pertanto all'ingresso, nell'ordinamento italiano, di concezioni dei rapporti familiari divenute superate in quanto espressioni di un universo valoriale non più compatibile con i principi propri dell'ordine pubblico dello Stato. Si veda Corte cost., sentenza del 26 febbraio 1987, n. 71, in *Foro it.*, vol. 110, n. 9, 1987 con nota di **B. POLETTI DI TEODORO**, *Una svolta storica nel diritto privato internazionale italiano: il primo intervento «abrogativo» della Corte costituzionale*, 1987.

¹⁷ In quanto ciò, sostiene la Consulta nella pronuncia in commento, "importerebbe sostituirsi all'interprete o addirittura al legislatore nella scelta fra più soluzioni ipotizzabili".

¹⁸ Legge 31 maggio 1995, n. 218; sul punto. **P. PICONE**, *La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia*, in *Riv. dir. int.*, 2, 1996, p. 292 ss.

¹⁹ Tra i molti, **F. MOSCONI**, Art. 13, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 4, 1995, p. 957 ss.; **P. PICONE**, *Rinvio indietro implicito e coordinamento tra metodo classico e metodo giurisdizionale dei conflitti di leggi*, in *Riv. dir. int.*, 4, 1998, p. 925 ss.; recentemente sulla tecnica del rinvio, **C. CAMPIGLIO**, *Linguaggio e tecniche redazionali nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 3, 2024, p. 709 ss.

²⁰ **N. COLAIANNI**, *Poligamia*, cit.; p. 151; la differenza tra norme di applicazione necessaria e ordine pubblico risiede in tal senso nella natura preventiva delle prime, che



legislativa ha così trovato conferma l'attribuzione della materia dei rapporti coniugali e di famiglia al nucleo essenziale di applicazione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, incidendo gli stessi sul modello di rapporti sociali e tra Stato e cittadini, che costituiscono l'asse portante del rinnovato ordine costituzionale.

Alla natura positiva di tali disposizioni sembra tuttavia doversi associare una declinazione del concetto di ordine pubblico che faccia capo non tanto agli strumenti normativi predisposti dall'ordinamento a suo presidio, quanto al contenuto che, suo tramite, l'ordinamento stesso intende veicolare. In questo senso, non sembra potersi sfuggire dal riferimento, nella generale partizione della categoria propria della teoria generale del diritto, al significato attribuito all'ordine pubblico immateriale o ideale²¹, specularmente a quello proprio dell'ordine pubblico materiale²² o amministrativo. Se quest'ultimo svolge la funzione di determinare gli aspetti essenziali della convivenza pacifica e ordinata entro lo Stato, così individuando compiti e limiti dell'intervento pubblico in tema di sicurezza²³, al primo è attribuita la funzione di determinazione del complesso dei principi e dei valori fondanti l'ordinamento e la comunità, come tali irrinunciabili, alla cui preservazione è demandata l'attività dello Stato²⁴. Una definizione,

esclude *ex ante* l'applicazione del diritto straniero in conflitto e non necessita pertanto della valutazione di compatibilità effettuata sulla base della clausola di ordine pubblico. Recentemente, sul possibile confronto tra tecniche d'eccezione e clausole di applicazione necessaria, **C. CAMPIGLIO**, *Poliedricità della clausola d'eccezione*, in *Cuad. de Der. Trans.*, 2024, 2, p. 232 ss.

²¹ Definito anche ordine pubblico normativo da **L. PALADIN**, *Ordine pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XII, Utet, Torino, 1965.

²² Altrimenti definito ordine esteriore da **M. HARIOU**, *Précis de droit constitutionnel*, Dalloz, Parigi, 1929, che si riferisce a una tale declinazione dell'ordine pubblico come uno stato di fatto opposto al più ampio concetto di "disordine".

²³ Così **F. ANGELINI**, *Ordine pubblico*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006, p. 4000, che così si riferisce alla tipologia di ordine pubblico come insieme di compiti di sicurezza e gravanti sullo Stato - persona, con riferimento, pertanto, alla garanzia della pacifica convivenza nel suo ambito. Sull'ordine pubblico materiale come espressione delle componenti immediate della categoria, come la sicurezza e la sanità, **C. LAVAGNA**, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in **ID.**, *Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 127; **A. CERRI**, *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, XXV, 1991, p. 3 ss.

²⁴ **L. PALADIN**, *Ordine pubblico*, cit., 130, che ne rileva altresì la natura essenziale al regolare andamento del vivere civile, così evidenziando la natura essenzialmente



quella di ordine pubblico, la cui variabilità in termini di significato e di contenuti costituisce elemento con cui la dottrina da sempre ha dovuto misurarsi²⁵ e la cui natura di termine poliseno continua a porre interrogativi²⁶. Nel pur costante confronto su spazi e limiti di intervento e applicazione della categoria, non sembra potersi prescindere dalla connessione dell'ordine pubblico con il conseguimento delle finalità proprie dell'ordinamento giuridico dello Stato. In questo senso, l'ordine pubblico ideale ha nel tempo assunto ora un significato etico valoriale, identificandosi con quella sfera di principi che attengono al mantenimento della pace e della coesione sociale²⁷, ora un significato di natura politica²⁸, coincidendo con l'ordinamento nel suo complesso ovvero con quella parte di esso che più da vicino ne costituisce il nucleo essenziale, senza il quale la sua stessa sussistenza è posta in pericolo²⁹. Ciò considerato, appare evidente che la declinazione del concetto di ordine pubblico comporta l'indicazione dell'orientamento politico-istituzionale che lo Stato intende affermare per il tramite delle sue norme. Attraverso di esse lo stesso determina l'accettabilità o meno dell'ingresso nella sua sfera di atti e comportamenti autonomi, in quanto espressione dei privati, o eteronomi, in quanto provenienti da ordinamenti diversi da quello statale³⁰. Al riguardo è stato sottolineato come, nella sua declinazione politica, l'ordine pubblico ideale mostri, mediante la funzione di sbarramento poc'anzi descritta, la dimensione difensiva di

unitaria della categoria. Sul punto, anche **G. DE VERGOTTINI**, *Ordine pubblico*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO Utet, Torino, 1990. Sulla funzione dell'ordine pubblico ideale come riferito alla Stato-ordinamento, **F. ANGELINI**, *Ordine pubblico*, cit., p. 4000.

²⁵ Nuovamente **L. PALADIN**, *Ordine pubblico*, cit., p. 130, secondo cui "la nozione di ordine pubblico assume, in diritto positivo, una varietà di contenuti vicendevolmente irriducibili secondo le ipotesi il proprio ambito di applicazione, il proprio fondamento giuridico, la propria stessa natura".

²⁶ Sui quali si registra un'intensa attività della Corte costituzionale. Sul punto, **A. PACE**, *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 1179 ss.; **G. CORSO**, *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, vol. XXX, p. 1057 ss.

²⁷ Così, tra i primi, **P. VIRGA**, *La potestà di polizia*, Giuffrè, Milano, 1951.

²⁸ In tal senso **G. ZANOBINI**, *Ordine pubblico*, in *Enc. ital.*, Treccani, Roma, 1935, XXV, p. 463. Per una ricostruzione, **M.C. AMOROSI**, *L'ordine pubblico e le tutele costituzionali*, in *La rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2020, p. 10 ss.

²⁹ **G. ZANOBINI**, *Ordine pubblico*, cit., p. 465 ss.

³⁰ Sul punto **L. BRUNETTI**, *Libertà religiosa e ordine pubblico: gli artt. 8 e 19 Cost. come norma generale inclusiva ed esclusiva*, in *Forum Quad. cost.*, 2018, p. 7.



ordinamenti in crisi, ovvero l'affermazione del potere negli ordinamenti particolarmente orientati in senso ideologico³¹. Se ciò trova una qualche forma di corrispondenza con riferimento alla dimensione repressiva dell'ordine pubblico, con l'espressione pertanto del potere di garanzia del bene giuridico della sicurezza quale esclusiva competenza dello Stato³², sotto altro aspetto il nucleo essenziale dei principi protetti dallo stesso ordine pubblico ideale sembra mostrare impermeabilità all'idea di crisi, quanto diversamente una predisposizione alla ridefinizione ciclica del suo significato. In tal senso, nel rapporto tra la pluralità degli ordinamenti originari e derivati con l'ordinamento dello Stato costituzionale, l'ordine pubblico è posto a garanzia dell'intangibilità dei principi supremi e dei diritti fondamentali. Un tale rapporto si sostanzia all'interno della dinamica di integrazione europea, mediante l'evoluzione della categoria dell'ordine pubblico sulla base dei principi propri del diritto di matrice comunitaria³³. Ciò segna l'evoluzione della clausola di ordine pubblico nel senso del primato del diritto dell'Unione europea, con particolare riguardo al riconoscimento dei principi e dei diritti fondamentali, sul diritto interno³⁴. Tale relazione sembra in ogni caso rimanere soggetta all'interpretazione della giurisprudenza comunitaria, che non ha mancato di rilevare che la prevalenza del diritto dell'Unione europea non possa affermarsi a discapito dei diritti e dei valori fondamentali propri dei diritti interni³⁵. Così anche per la più ampia clausola di ordine pubblico internazionale presente, oltre che nella riformata legislazione interna di diritto internazionale privato, anche

³¹ Così **C. LAVAGNA**, *Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 138 ss.; recentemente, **M.C. AMOROSI**, *L'ordine pubblico*, cit., p. 10.

³² **S. RAIMONDI**, *La sicurezza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 1 ss.

³³ **F. ANGELINI**, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Cedam, Padova, 2007, che si riferisce all'ordine pubblico comunitario finalizzato all'emersione di un ordine pubblico europeo sempre più omogeneo; inoltre **O. FERACI**, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2012; **P. BARILE**, *Principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e principi di "ordine pubblico internazionale"*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, p. 5.

³⁴ Per tutti, **O. FERACI**, *L'ordine pubblico*, cit., p. 355 ss. Per una ricostruzione della giurisprudenza comunitaria, nel senso della armonizzazione dei principi che esprimono le tradizioni giuridiche degli Stati membri e della fase patologica di tale sforzo armonizzatore, **G. ZARRA**, *Il così detto ordine pubblico dell'Unione europea nell'interazione tra le fonti del sistema ordinamentale*, in *Dir. comm. internaz.*, 3, 2022, p. 635 ss.

³⁵ **G. ZARRA**, *Il così detto ordine pubblico*, cit., p. 671 ss.



negli strumenti di diritto convenzionale, a protezione dei principi fondamentali interni poc'anzi richiamati dall'ingresso di atti o di provvedimenti discordanti³⁶. Al riguardo, non privo di significato è il più recente orientamento della giurisprudenza costituzionale interna che, nella ricerca della definizione delle fonti proprie dello stesso ordine pubblico internazionale, evidenzia la tendenza alla concordanza con i principi espressi dal giudice comunitario³⁷. Ciò determina il graduale allontanamento dalla centralità degli istituti di diritto interno, in favore della affermazione della più ampia garanzia dei diritti fondamentali espressi delle fonti europee, a partire dai diritti fondamentali dell'uomo³⁸. Si vedrà come tale forza espansiva della clausola di ordine pubblico internazionale abbia ripercussioni sugli stessi diritti religiosi. Agli stessi occorre poi riferirsi nel caso in cui sia loro demandato o riconosciuto lo spazio della regolamentazione delle situazioni giuridiche soggettive³⁹.

Tale dinamica, se osservata con la lente propria dei rapporti con gli ordinamenti religiosi, aggiunge, alla già affermata preminenza del principio di uguaglianza, anche il rispetto dei principi supremi, a partire da quello di laicità, e ciò nel rapporto con le norme di derivazione concordataria, così come nel diritto negoziato, frutto del più ampio sistema di bilateralità pattizia⁴⁰. Non meno rilevante la garanzia dei

³⁶ Così **N. MARCHEI**, *Ordine pubblico "internazionale" e ordine pubblico così detto "concordatario": il contenuto del limite alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 14 del 2021, p. 1 ss.; **EAD.**, *Le relazioni familiari in crisi tra diritto civile e diritti religiosi*, in *Relazioni familiari e libertà di religione. «Beni di rilievo costituzionale» a confronto*, a cura di S. DOMIANELLO, F. FRENI, A. LICASTRO, A. MADERA, M. TIGANO Pisa University Press, Pisa, 2024, p. 111 ss.

³⁷ Sulle concrete applicazioni giurisprudenziali dell'ordine pubblico internazionale, **G. ARMONE**, *L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione*, in *Quest. giust.*, 2019, 1, p. 181 ss.

³⁸ Così in **N. MARCHEI**, *Ordine pubblico "internazionale"*, cit., p. 145 ss.

³⁹ Sul punto, **J. PASQUALI CERIOLI**, *La «maggiore disponibilità» nei confronti del diritto canonico matrimoniale: una formula «ellittica» al vaglio dell'evoluzione dell'ordine pubblico*, in *Dir. rel.*, 1, 2008, p. 344 ss. Il tema, rapportato all'interno della questione della crisi della sovranità dello Stato, apre al problema della preservazione e garanzia dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, una volta superata la concezione difensiva della sovranità statale di fronte all'emergere di atti provenienti da ordinamenti terzi.

⁴⁰ Con essa intendendo riferirsi in primo luogo agli strumenti pattizi di cui agli artt. 7 e 8 Cost., ma anche a quelle forme di bilateralità non convenzionale che, nella regolamentazione dei rapporti con le realtà confessionali, emerge dalla mancata



principi e dei diritti fondamentali e dei diritti di libertà costituzionalmente garantiti di fronte all'ingresso della efficacia, per il diritto civile, dei diritti religiosi, anche qualora gli stessi costituiscano espressione del diritto statuale di paesi terzi. In tale andamento dinamico ed evolutivo, è stato peraltro affermato come sia la stessa tutela dell'ordine pubblico ad assurgere *ex se* a principio supremo dell'ordinamento dello Stato, in quanto posta a salvaguardia della sua sovranità⁴¹. Da tale punto di vista, l'ordine pubblico segue l'evoluzione dei principi fondamentali dello Stato che è chiamato a presidiare, non costituendo esclusivamente un argine all'ingresso, bensì un criterio elastico di valutazione dell'impatto di atti esterni sulla tenuta della sua sovranità, fino a poter ritenere legittima la loro integrazione, qualora non contraria alla tutela dei principi fondamentali.

Tale approdo consente di riconoscere all'ordine pubblico una certa permeabilità di fronte a istituti giuridici propri di ordinamenti diversi da quello dello Stato, a partire dagli ordinamenti religiosi.

attivazione o dal parziale accesso al sistema di bilateralità costituzionalmente riconosciuto. Sulla bilateralità amministrativa si veda **F. ALICINO**, *Dalla bilateralità pattizia alla bilateralità amministrativa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 2023, p. 157 ss. Sarebbe improprio, sul punto, escludere tali forme di bilateralità non convenzionale, nella regolamentazione dei rapporti con le confessioni religiose, dalla sottoposizione al giudizio di rispondenza all'ordine pubblico dello Stato. Inoltre, **J. PASQUALI CERIOLI**, *La «maggiore disponibilità»*, cit., p. 346.

⁴¹ Il riferimento è a Corte cost. 2 febbraio 1982, n. 18. Il legame tra ordine pubblico in senso evolutivo e tutela della sovranità dello Stato emerge con particolare forza proprio con riguardo al tema della sovranità statale nei suoi referenti costituzionali, espressamente all'art. 1 e 7 Cost. In tal senso, il tema dell'ordine pubblico a presidio della inderogabilità della sovranità statale incontra la questione propria della distinzione degli ordini e, in questa, il dovere promozionale del diritto di libertà religiosa in quanto appartenente all'ordine statuale, nei suoi indefettibili principi di laicità, democrazia e pluralismo. Sul punto, **J. PASQUALI CERIOLI**, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2006; **J. PASQUALI CERIOLI**, *Legge generale sulla libertà religiosa e distinzione degli ordini*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., gennaio 2010, p. 1 ss.; si veda, inoltre, per un'interpretazione della clausola di ordine pubblico alla luce della richiamata pronuncia della Consulta, **G. BARILE**, *Principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e principi di ordine pubblico internazionale*, in *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli Accordi di Villa Madama*, a cura di E. VITALI, G. CASUSCELLI Giuffrè, Milano, p. 97 ss.



2 - La questione della circolazione dei modelli confessionali e la limitazione posta dalla clausola dell'ordine pubblico. Il paradigma dei rapporti con l'ordinamento canonico

L'attivazione della clausola dell'ordine pubblico a presidio dei principi fondamentali dello Stato sovrano riceve impulso del tutto peculiare con riferimento al rapporto con il diritto delle confessioni religiose.

Com'è noto, tale rapporto è stato connotato secondo modalità specifiche con riferimento all'ingresso nell'ordinamento italiano dei provvedimenti giurisdizionali propri della Chiesa cattolica, a partire dalle sentenze canoniche di nullità matrimoniale relative ai matrimoni canonici trascritti ai sensi dell'art. 34 del Concordato lateranense⁴². In tale ambito, il ricorso alla clausola dell'ordine pubblico internazionale, al riferimento cioè agli strumenti previsti dal diritto internazionale privato quali limiti all'ingresso di atti e provvedimenti propri di ordinamenti stranieri, in quanto non contrastino con i principi fondamentali dell'ordinamento statuale, non è apparso al Giudice delle leggi direttamente confacente alla regolamentazione dei rapporti con l'ordinamento canonico⁴³. L'assunto si fonda sul dato differenziale tra

⁴² Nell'ampia letteratura sul punto, recentemente **N. MARCHEI**, *Ordine pubblico «internazionale»*, cit. p.131 ss.; **D. MILANI**, *Diversità e diritto internazionale privato: il ripudio islamico e la sua rilevanza nell'ordinamento giuridico italiano alla luce di due recenti pronunce della Cassazione*, in *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, a cura di R. SACCHI, Giuffrè, Milano, 2021, p. 139 ss.; **N. MARCHEI**, *Il limite dell'ordine pubblico davanti alla chiesa cattolica e davanti allo stato secolare: due percorsi giurisprudenziali a confronto*, in *Riv. Aic*, 4, 2017, p. 1 ss.; **O. FUMAGALLI CARULLI**, *Libertà religiosa e riserva di giurisdizione della Chiesa sui matrimoni concordatari: sentenze canoniche e ordinamento civile*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., settembre 2011, p. 1 ss.; **A. SAMMASSIMO**, *Il nuovo ordine pubblico concordatario*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 31 del 2015, p. 1 ss.; **G. FATTORI**, *L'efficacia civile delle nullità matrimoniali canoniche. Il ruolo guida della Cassazione e le dinamiche di delibazione nella nuova giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. eccl.*, 2010, p. 297 ss.; **S. DOMIANELLO**, *Ordine pubblico, giurisprudenza per principi e delibazione matrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1989.

⁴³ Nuovamente il riferimento è a Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18. In tal senso il richiamo alla sovranità nazionale si concretizza nel riferimento al principio di distinzione degli ordini di cui all'art. 7, Cost. Sul punto, **J. PASQUALI CERIOLI**, *La «maggiore disponibilità»*, cit., 347; **A. LICASTRO**, *Problemi e prospettive del diritto ecclesiastico internazionale dopo la legge n. 218 del 1995*, Giuffrè, Milano, 1997; critiche sull'applicabilità della normativa in materia di diritto privato internazionale alle pronunce canoniche in **O. FUMAGALLI CARULLI**, *Libertà religiosa*, cit., p. 1 ss.; nel senso dell'evidenziazione di profili discriminatori di tale scelta applicativa nei confronti



l'ordinamento canonico e gli ordinamenti degli Stati stranieri, pur salvo il riconoscimento al primo della soggettività internazionale. Una differenza che risiede nella natura confessionale dell'ordinamento canonico, che non consente la totale assimilazione delle sue pronunce giudiziali ai provvedimenti dei tribunali stranieri.

L'applicabilità della clausola dell'ordine pubblico anche alla materia *de qua* costituisce approdo cui la Consulta è giunta dopo un lungo periodo storico iniziato con l'entrata in vigore del Concordato lateranense, caratterizzato dalla assenza, pressoché totale, di filtri di valutazione di compatibilità, nel procedimento di riconoscimento degli effetti civili delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale, con le norme proprie dell'ordinamento dello Stato⁴⁴. Il limite dell'ordine pubblico iniziò a operare grazie al mutare della sensibilità propria della giurisprudenza di legittimità, forte del nuovo orientamento espresso dalla Consulta con la sentenza n. 30 del 1971, con la quale anche le norme contenute nei Patti lateranensi venivano incluse nel sindacato di legittimità costituzionale⁴⁵. Una sensibilità che si articolava ora per via

dei cittadini di fede cristiano cattolica, **M.C. FOLLIERO**, *Cassazione e delibazione matrimoniale: il lungo addio*, in *Dir. eccl.*, 2000, 1, p. 772 ss.

⁴⁴ Per completezza e in riferimento tematico a quanto in precedenza analizzato in relazione all'evoluzione legislativa del concetto di ordine pubblico nel diritto positivo, appare rilevante ricordare quell'orientamento dottrinale che, a partire dal principio di assimilazione funzionale del procedimento di riconoscimento delle sentenze canoniche con quello di delibazione delle sentenze straniere, individuava nell'art. 31 delle disposizioni preliminari al codice civile, vigente il testo precedente all'entrata in vigore della legge n. 218 del 1995, la norma di applicazione anche alle sentenze canoniche di nullità matrimoniali del filtro di compatibilità con l'ordine pubblico dello Stato. La ricostruzione del percorso dottrinale in merito si deve, recentemente, a **N. MARCHEI**, *Ordine pubblico «internazionale»*, cit., p. 134 ss., con i riferimenti bibliografici in esso contenuti tra i quali, in particolare, **F. FINOCCHIARO**, *Matrimonio*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA Zanichelli, Bologna, 1971, p. 690 ss. Critiche al principio di automaticità nel riconoscimento delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale già in **A.C. JEMOLO**, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di F. VASSALLI, Utet, Torino, 1961, p. 352 ss.; **ID.**, *Chiesa e Stato negli ultimi cento anni*, Einaudi, Torino, 1975, p. 513 ss.

⁴⁵ Corte cost., 1° marzo 1971, n. 30. Sul significato attribuibile alla categoria dei principi supremi, e relativa applicazione, quali parametro volto a verificare la legittimità di norme di legge, anche con riferimento alle successive e coeve pronunce n. 31 e 32, **F. FINOCCHIARO**, *"Principi supremi", ordine pubblico e (auspicata) parità tra divorzio e nullità canonica del matrimonio*, in *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, a cura di F. CIPRIANI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, p. 67 ss.



interpretativa, ora nella più stringente attività di rinvio della questione alla Corte costituzionale⁴⁶.

A chiusura di un processo circolare, l'affermazione da parte della Consulta dell'ordine pubblico quale presidio all'inderogabilità della sovranità statale si è rivelata causativa del giudizio di illegittimità costituzionale dello stesso art. 34 del Concordato lateranense⁴⁷. In questo senso, il Giudice delle leggi non intese mettere in questione la riserva di giurisdizione ecclesiastica delle cause di nullità dei matrimoni canonici trascritti, i cui effetti civili si facevano discendere dallo stesso art. 34. Il pieno riconoscimento dell'ordinamento canonico continuava infatti a essere affermato anche mediante la piena giurisdizione sugli atti che nascessero al suo interno. Diversa la questione della efficacia di quei provvedimenti nell'ordinamento dello Stato italiano. Al riguardo, a risultare minata non era la sola funzione giurisdizionale che, ridotta a un esame meramente formale, non era in grado di esperire un effettivo controllo sul rispetto dei diritti di agire e resistere in giudizio nel procedimento di "delibazione"⁴⁸ del provvedimento canonico di nullità matrimoniale. La riduzione di quella attività a un esame meramente formale rischiava infatti di limitare anche il filtro di ingresso di

⁴⁶ Una ricostruzione del dibattito tra Corti è rinvenibile in **N. MARCHEI** *Ordine pubblico «internazionale»*, cit., p. 135 ss.; nonché in **P. FLORIS**, *Matrimonio concordatario: le aperture delle corti di legittimità alla rilevanza civile dei contenuti canonici del matrimonio*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 2002, p. 113 ss.

⁴⁷ È infatti la più volte richiamata Corte cost. 22 gennaio 1982 n. 18 a esprimersi sul punto; **R. BOTTA**, *Il primato dello stato nella disciplina degli effetti civili del matrimonio canonico trascritto*, in *Dir. eccl.*, 1-2, 2014, p. 85 ss.; **P. MONETA**, *L'evoluzione del concetto di ordine pubblico nel giudizio di delibazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 10 del 2020, p. 21 ss., con i riferimenti bibliografici in esso contenuti; **F. FINOCCHIARO**, *Il nuovo ordinamento dello stato civile, la trascrizione delle sentenze straniere e delle sentenze ecclesiastiche*, in *Dir. eccl.*, 1, 2001, p. 397 ss.

Ancor prima si veda **O. GIACCHI**, *Fine dell'art. 34 del Concordato?* in ID., *Chiesa e Stato nell'esperienza giuridica (1933-1980)*, Studi raccolti e presentati da O. FUMAGALLI CARULLI, Giuffrè, Milano, 1981, p. 302 ss.

⁴⁸ Sull'utilizzo della categoria della delibazione, in senso affermativo **P. CONSORTI**, *Delibazione di sentenze ecclesiastiche e limite dell'ordine pubblico dopo il Nuovo Accordo di Villa Madama*, in *Dir. eccl.*, 1986, 2, p. 410 ss.; **F. ALICINO**, *L'altra "faccia" della specificità del matrimonio canonico (A proposito di Cassazione, Sez. Un., 18 luglio 2008, n. 19809)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., marzo 2009, p. 5, in particolare nota 15; in senso critico, **J. PASQUALI CERIOLI**, *La «maggiore disponibilità»*, cit., p. 347 ss., che dà conto del dibattito in dottrina sul punto.



disposizioni contrarie all'ordine pubblico, pena la violazione del principio supremo di sovranità dello Stato italiano⁴⁹.

In questo senso prende corpo anche per i rapporti con l'ordinamento confessionale della Chiesa l'applicabilità della clausola propria dell'ordine pubblico. Il principio risulta accolto dallo stesso Accordo del 1984 che, nella la nuova formulazione di cui all'art. 8.2, sottopone la dichiarazione di efficacia delle sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici al ricorrere delle condizioni richieste dalla legge italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere⁵⁰. Il permanere, tuttavia, di differenze sostanziali tra le forme di riconoscimento, da parte dell'ordinamento italiano, del diritto confessionale e quelle previste per il diritto di altri Stati è stato rilevato in funzione della distinzione degli ordini di cui all'art. 7 Cost.⁵¹. In questo senso, l'attività dichiarativa dell'efficacia delle sentenze canoniche di nullità costituisce un filtro necessario a consentire l'ingresso di provvedimenti provenienti da un ordinamento non omogeneo con quello dello Stato. Una disomogeneità che deriva, è stato sostenuto, dalla sostanziale differenza di ambiti di competenza che la richiamata ultima disposizione costituzionale è preposta a garantire, a fronte di una tendenziale omogeneità registrabile con altri ordinamenti statuali, così come con i sistemi di cooperazione europea⁵². La valutazione di compatibilità con l'ordine pubblico italiano garantisce, così, che i valori confessionali non circolino liberamente entro l'ordinamento dello Stato,

⁴⁹ Argomenta la Consulta nella citata sentenza 22 gennaio 1982, n. 18 come "Così strutturato, nella sua concreta applicazione lo speciale procedimento di delibazione elude due fondamentali esigenze, che il giudice italiano nell'ordinario giudizio di delibazione è tenuto a soddisfare, prima di dischiudere ingresso nel nostro ordinamento a sentenze emanate da organi giurisdizionali ad esso estranei: l'effettivo controllo che nel procedimento dal quale è scaturita la sentenza, siano rispettati gli elementi essenziali del diritto di agire e resistere a difesa dei propri diritti, e la tutela dell'ordine pubblico italiano".

⁵⁰ Così l'art. 8.2, lett. c), dell'Accordo di modifica al Concordato lateranense. Con riferimento agli effetti modificativi introdotti a seguito della richiamata pronuncia della Corte cost. n. 18 del 1982, si consideri anche la lett. b) del citato articolo, ove si stabilisce quale condizione di efficacia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale anche l'assicurazione alle parti del diritto di agire e resistere in giudizio "in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano" principio *lato sensu* riconducibile al rispetto dell'ordine pubblico così detto ideale precedentemente analizzato.

⁵¹ J. PASQUALI CERIOI, *La «maggiore disponibilità»*, cit., p. 347 ss.

⁵² J. PASQUALI CERIOI, *La «maggiore disponibilità»*, cit., p. 346.



costituendo in tal modo l'ordine pubblico salvaguardia non solo del principio supremo di sovranità di quest'ultimo, ma dell'insieme dei principi supremi di cui l'ordinamento si compone, tra cui lo stesso principio di laicità⁵³. Ne consegue che il procedimento di dichiarazione di efficacia della sentenza canonica continua, a ragione, a distinguere gli effetti dell'ordinamento confessionale sulla sfera dei diritti civili da quelli derivanti dall'automatica efficacia, salvo il rispetto dell'ordine pubblico, delle sentenze straniere.

L'evoluzione della giurisprudenza di legittimità in materia di applicazione della clausola di ordine pubblico così detto internazionale alla materia del riconoscimento delle pronunce di nullità del matrimonio canonico non può essere qui esaminata⁵⁴. Basti qui ricordare che lo stesso significato attribuito all'ordine pubblico è stato nel tempo oggetto di declinazioni polarizzate, da un'interpretazione in chiave di "maggiore disponibilità"⁵⁵ nei confronti dell'ordinamento canonico, all'attuale rischio di totale sbarramento sul piano dei rapporti tra i due ordinamenti. Se, in una prima fase, il rischio di un effetto del tutto preclusivo dell'ingresso nell'ordinamento italiano dei provvedimenti canonici di nullità matrimoniale è stato scongiurato sulla base di un'attività interpretativa

⁵³ E. VITALI, *Giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale e principi supremi dell'ordinamento costituzionale*, in *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana. Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di R. BOTTA, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 381 ss.

⁵⁴ Per la cui puntuale analisi si rimanda a N. MARCHEI, *Ordine pubblico «internazionale»*, cit. p. 138 ss.

⁵⁵ Il riferimento è alla nota affermazione contenuta in Cass. civ., sez. un., sent. ottobre 1982, n. 5026, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2799 ss. Con evidente sollecitudine riguardo alla necessità di interpretazione dei principi espressi nella di poco precedente pronuncia della Corte costituzionale più volte richiamata in questo scritto e relativa, pertanto, alla questione della applicazione della clausola di ordine pubblico internazionale ai giudizi aventi a oggetto la dichiarazione di efficacia dei provvedimenti canonici di nullità matrimoniale, le Sezioni Unite richiamano alla necessità che una tale applicazione trovasse contemperamento nell'altrettanto rilevante affermazione della specialità del regime concordatario in materia matrimoniale quale espressione degli stessi principi fondamentali che l'ordine pubblico è chiamato a tutelare. In dottrina, R. COPPOLA, *Ordine pubblico italiano e specialità del diritto ecclesiastico: a proposito della Sentenza della Corte di Cassazione, Sez. un., 1° ottobre 1982, n. 5026*, in *Dir. fam.*, 1982, p. 1261 ss; successivamente, su orientamento che andava consolidandosi, E. VITALI, *Ordine pubblico e delibazione di sentenza ecclesiastica*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 159 ss.; F. ALICINO, *L'altra "faccia" della specificità*, cit., p. 1 ss.; nuovamente sul punto J. PASQUALI CERIOLI, *La «maggiore disponibilità»*, cit., p. 353 ss.



della giurisprudenza di legittimità diretta al temperamento dei criteri applicativi della clausola, mediante la salvaguardia dell'istituto come rapporto a fronte della sua connotazione quale atto⁵⁶, più recentemente si registrano maggiori resistenze, causate dalla tendenza alla soggettivizzazione del significato stesso di ordine pubblico, declinato secondo l'interesse della parte privata, più che dell'ordinamento nel suo complesso⁵⁷. Occorrerà pertanto analizzare quanto una tale tendenza interpretativa sia estendibile al di là dei soli rapporti tra gli ordini distinti di cui all'art. 7 Cost., per giungere al coinvolgimento dei rapporti con gli ordinamenti confessionali nel loro complesso.

3 - La clausola di ordine pubblico di fronte agli istituti giuridici di diritto familiare islamico: tra interpretazione attenuata e pragmatismo

L'applicabilità delle norme di diritto internazionale privato e conseguentemente della clausola di ordine pubblico si afferma con particolare rilevanza nel caso in cui l'ordinamento giuridico dello Stato attribuisca all'ordinamento confessionale il potere di regolamentazione in alcune materie⁵⁸. Al riguardo, è stato sostenuto come tale atto di delega

⁵⁶ Corte di Cassazione, SS. UU., 17 luglio 2014, n. 16379. In dottrina, **N. MARCHEI**, *Il limite dell'ordine pubblico*, cit., p. 9 ss.; **G. CASUSCELLI**, *Delibazione e ordine pubblico: le violazioni dell'Accordo "che apporta modificazioni al Concordato lateranense"*, in *Dir. eccl.*, 2014, p. 139 ss.; **J. PASQUALI CERIOLI**, *Ordine pubblico e sovranità della Repubblica nel proprio ordine (matrimoniale): le Sezioni unite e la convivenza coniugale triennale come limite alla "delibazione" delle sentenze ecclesiastiche di nullità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 27 del 2014, p. 1 ss.; **N. COLAIANNI**, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: la (limitata) ostatività della convivenza coniugale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 26 del 2014, p. 1 ss.; **M. CANONICO**, *Delibazione di sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: un diritto o una chimera?*, in *Dir. Eccl.*, 1-2, 2014, p. 175 ss.; **F. ALICINO**, *I "nodi" della delibazione di sentenze ecclesiastiche e il "pettine" delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Dir. eccl.*, 1-2, 2014, p. 195 ss.; **E. QUADRI**, *Il nuovo intervento delle sezioni unite in tema di convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Nuova giurispr. civ.*, 2015, 2, p. 47 ss.; per una ricostruzione del percorso giurisprudenziale fino alla pronuncia delle Sezioni Unite, **P. CAVANA**, *L'evoluzione del concetto di ordine pubblico nel giudizio di delibazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 10 del 2020, p. 21 ss.

⁵⁷ **N. MARCHEI**, *Ordine pubblico "internazionale"*, cit., n. 14 del 2021, p. 150 ss.

⁵⁸ **R. ALUFFI BECK-PECCOZ**, *Le strutture familiari del Maghreb tra diritto religioso e diritto civile*, in *I diritti cultural-religiosi dall'Africa all'Europa*, a cura di F. ALICINO, F. BOTTI,



impropria trasferisca in capo allo specifico diritto religioso, in uno alla competenza sulla materia, anche l'attributo della statualità, qualifica che rende, pertanto, l'atto sottoponibile alla valutazione propria della disciplina internazionalprivatistica⁵⁹. In questo senso, l'ingresso nell'ordinamento dello Stato dell'atto giuridico di matrice confessionale imprime su quest'ultimo uno statuto generale, per cui il filtro di compatibilità con la clausola di ordine pubblico si sostanzia nella valutazione della rispondenza ai principi propri ed essenziali dell'ordinamento giuridico, che assorbe lo stesso atto confessionale, con l'ordinamento giuridico statuale ricevente. La questione è resa particolarmente evidente dall'incontro con ordinamenti statuali terzi, in cui la cessione di competenze ai diritti religiosi costituisce l'ordinaria forma di regolamentazione di specifiche discipline. Nei contesti ordinamentali propri dei Paesi islamici, l'ambito del diritto familiare e matrimoniale costituisce uno dei terreni privilegiati in cui la regolamentazione religiosa assurge a disposizione dello Stato. In questo senso, l'operatività delle norme di diritto internazionale privato si verifica non (o non necessariamente) nei confronti della norma proveniente dall'autorità religiosa, quanto da quella che già costituisce norma statuale⁶⁰.

Al piano della tecnica giuridica necessaria all'attivazione e al funzionamento della disciplina propria del diritto internazionale privato, va integrata la più ampia riflessione che concerne l'incontro giuridico tra norme che veicolano concezioni valoriali di matrice religiosa anche molto differenti tra loro. In questo senso, la clausola di ordine pubblico nella sua interpretazione dinamica ed evolutiva va testata in ordine alla capacità di recepire, entro l'ordinamento giuridico italiano ed europeo, istituti che mostrano *prima facie* una incompatibilità ontologica con

Giappichelli, Torino, 2012, p. 67 ss.; **A. MADERA**, *Lo scioglimento del matrimonio negli ordinamenti confessionali*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 35 ss.

⁵⁹ **F. MOSCONI**, **C. CAMPIGLIO**, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, *Parte generale e obbligazioni*, Utet, Torino, 2013.

⁶⁰ **C. CAMPIGLIO**, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, 44, p. 43 ss.; **R. BENIGNI**, *La giurisdizione confessionale: ambiti tradizionali e nuove sfide per gli ordinamenti occidentali*, in *La Giurisdizione. Una riflessione storico-giuridica*, a cura di R. BENIGNI, B. CORTESE, Romatre-Press, 2019, p. 79 ss.; **M. D'ARIENZO**, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2004, p. 189 ss. **C. CORBETTA**, *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale italiano*, in *Dir. immigr. citt.*, 3, 2000, p. 1 ss.



l'insieme dei principi che è chiamata a tutelare⁶¹. Al riguardo, i casi che, con ogni evidenza, costituiscono banco di prova di quanto poc'anzi descritto attengono al diritto matrimoniale e di famiglia islamico nella sua fase fisiologica e in quella patologica⁶². Tra questi, poligamia, ripudio e *kafala* in particolare pongono infatti questioni per gli ordinamenti chiamati a valutarne il possibile ingresso nella propria sfera di competenza che investono aspetti etico-sociali e politiche di convivenza all'interno di realtà interculturali e pluriconfessionali⁶³. A ciò deve aggiungersi una più generale riflessione che investe la questione del diritto alla tutela delle diversità individuali e collettive, le quali trovano nel fattore religioso un banco di prova peculiare. Rileva al riguardo la reazione posta in essere dagli ordinamenti statuali che, secondo un modello sostanzialmente polarizzato tra egualitarismo e differenzialismo, tendono ad accentuare ora la tutela delle identità culturali nazionali, ora la valorizzazione delle plurime identità individuali e normative⁶⁴. In questo senso, il tema del rapporto tra istituti

⁶¹ R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. dir.*, 2019, p. 197 ss.

⁶² Ricorda Cristina Campiglio come gli istituti del diritto di famiglia islamico siano stati al centro di un percorso di valutazione giurisdizionale fortemente caratterizzato da scelte di politica legislativa generalmente diffuse nel contesto europeo, tese alla radicale adesione alla concezione manciniana del principio di nazionalità. Tale opzione mostra a oggi, tuttavia, possibili inadeguatezze, stante il contesto sociale pluriculturale e plurireligioso mutato. In questo senso, se la *ratio* di quel principio doveva rinvenirsi nella necessità di preservare il legame nazionale che rischiava di sfaldarsi a causa dei profondi processi di emigrazione di massa che hanno caratterizzato l'Europa a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, con l'attuale assetto dei processi migratori il principio di nazionalità favorirebbe l'ingresso di istituti giuridici culturalmente lontani dal diritto occidentale. La necessità di contrastare tale fenomeno avrebbe, pertanto, condotto a un abuso nell'applicazione del principio di ordine pubblico quale limite all'ingresso di norme a esso contrarie. Non senza rilievo il riferimento a una possibile alternativa a tale principio individuata nel criterio della residenza abituale, con ciò riportando in auge le riflessioni che, sul punto, la stessa Corte costituzionale ebbe modo di esprimere quantomeno a partire dalla già citata sentenza n. 18 del 1982. Sulla critica all'attuale adeguatezza della concezione manciniana, C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico*, cit., p. 43 ss.; già in C. CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'Occidente europeo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, p. 853 ss.

⁶³ Sul punto, da ultimo, con particolare riguardo all'istituto del ripudio, D. MILANI, *Diversità e diritto internazionale privato*, cit., p. 159.

⁶⁴ Più diffusamente, sul punto, F. ALICINO, *Diritti, identità*, cit., p. 2 ss., in particolare per l'impatto degli istituti di diritto matrimoniale islamico sull'ordinamento italiano, storicamente caratterizzato da un orientamento confessionale omogeneo che ha



propri del diritto musulmano e ordine pubblico nazionale e internazionale si eleva dal primario innesto entro la disciplina internazionalprivatistica, per assurgere a questioni che riguardano le tecniche di tutela ed effettività del principio di uguaglianza e della libertà religiosa⁶⁵. In un tale sforzo di razionalizzazione, il ruolo della giurisprudenza risulta essenziale per la funzione interpretativa che essa svolge, con riferimento ai principi propri dell'ordinamento dello Stato, come di quelli del diritto di matrice islamica⁶⁶. Se, con riguardo al primo, la questione si pone con particolare rilevanza in riferimento alla stessa nozione di ordine pubblico e alla sua possibile evoluzione dinamica in senso inclusivo ovvero difensivo⁶⁷, con riferimento ai principi propri del diritto islamico la funzione giurisprudenziale è a sua volta duplice. Si tratta, infatti, di decifrare il rapporto tra fattispecie giuridica e pluralità di condotte tipiche, in considerazione della specifica connotazione del diritto islamico, che necessita di una continua opera di interpretazione del caso concreto; si tratta, per altro verso, di comprendere se e come gli effetti giuridici di derivazione interna possano trovare o meno una corrispondenza con istituti propri del diritto statuale, che operi in forma analogica per la loro conservazione⁶⁸. Se tale ultima operazione consente in prima battuta di garantire certezza nei rapporti giuridici, preservando l'efficacia quantomeno *per relationem* degli istituti provenienti da concezioni giuridiche differenti da quelle di matrice occidentale, per altro verso il tema riguarda lo spazio di cittadinanza garantito a tale ultime concezioni. Non senza rilievo l'osservazione secondo cui l'applicazione della clausola dell'ordine pubblico svolge una funzione preclusiva nei confronti dei diritti di matrice confessionale, i quali incontrano maggiori

plasmato lo stesso concetto di famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, di cui all'art. 29 Cost.

⁶⁵ Sul punto, **A. FABBRI**, *Ordine pubblico e azione giurisdizionale. Il modello di ordine pubblico proposto in sede giurisdizionale anche a proposito delle modalità di esercizio della libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 30 del 2016, in particolare p. 20 ss.

⁶⁶ **F. ALICINO**, *Diritti, identità*, cit., p. 5 ss.

⁶⁷ Sulla funzione promozionale dell'ordine pubblico, che supera la sola visione di tutela dell'identità nazionale, **G. PERLINGERI**, **G. ZARRA**, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, ESI, Napoli, 2019.

⁶⁸ **M.C. LOCCHI**, *La complessità del "rendere giustizia" di fronte alla sfida del diritto interculturale*, in *DPCE Online*, 2019, p. 37; **E. GIUNCHI**, *Muslim Family Law and legal Practice in the West. An introduction*, in *Muslim Family Law in Western Courts*, a cura di E. GIUNCHI, Routledge, Londra-New York, 2014, p. 2 ss.



difficoltà nell'armonizzazione con i principi propri posti a tutela dei diritti fondamentali⁶⁹. Il tema trova particolare applicazione se declinato con riguardo alle posizioni giuridiche dei soggetti più vulnerabili che, regolamentate attraverso istituti di matrice confessionale islamica che originano da una concezione contrattuale delle relazioni familiari, non tollerano, all'ingresso nel contesto ordinamentale italiano e sovranazionale, restrizioni irragionevoli con riguardo ai principi di uguaglianza, dignità, parità tra sessi. Il che è a dire che gli stessi principi di diritto privato che regolamentano, nel contesto italiano e generalmente europeo, gli istituti di diritto di famiglia, non possono non rispondere ai principi fondamentali che l'ordine pubblico costituzionale è chiamato a presidiare da attacchi interni ed esterni.

Cionondimeno, lo stesso principio di tutela dei soggetti più vulnerabili costituisce il sostrato per l'affermazione della necessità di garantire che gli istituti giuridici propri del diritto confessionale di matrice islamica trovino cittadinanza quantomeno con riguardo agli effetti anche nel contesto occidentale⁷⁰. Di tutta evidenza il rischio che, in difesa di quei principi fondamentali poc'anzi richiamati, le stesse posizioni giuridiche soggettive che si intende tutelare paghino le conseguenze di un'applicazione generalizzata dei principi egualitari, con ciò finendo per rimanere al di fuori delle coperture giuridiche che quegli istituti intendono a loro modo garantire all'interno delle relative concezioni familiari. Ripudio e matrimonio poligamico⁷¹ sono nuovamente l'esempio principale in cui si concretizza tale rischio.

Entro una tale prospettiva, appare centrale rilevare come l'operatività della clausola di ordine pubblico sia utile non soltanto per la valutazione della compatibilità tra normativa italiana e straniera, quanto per la tutela dei più ampi principi costituzionali più volte richiamati. Ne consegue che tale tutela richiede di considerare, escluso

⁶⁹ N. MARCHEI, *Ordine pubblico "internazionale"*, cit., p. 151.

⁷⁰ Tra gli altri, G. CAROBENE, *Identità religiose e modelli di protezione del minore. La kafala islamica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017.

⁷¹ Per un più corretto utilizzo del termine poliginia, in considerazione del godimento di tale diritto esclusivamente in favore dell'uomo, A. CESERANI, *Immigrazione e unità familiare: la poliginia islamica*, in L. MANCINI, D. MILANI (a cura di), *Pluralismo religioso*, cit., p. 127 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Ordine pubblico matrimoniale e poligamia nella disciplina del ricongiungimento matrimoniale*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2, 2019, p. 417 ss.; con particolare riferimento alla questione tunisina e al superamento della pratica poliginica, C. DE ANGELO, *L'alterità sessuale*, cit., p. 251 ss.



l'ingresso dell'istituto incompatibile con l'ordinamento ricevente, la mera sussistenza della sua efficacia in quello di origine, secondo le norme di diritto internazionale privato, e l'efficacia dei suoi effetti ai fini di garanzia dei diritti a esso collegati, secondo quelle di diritto nazionale. Un tale orientamento, adottato nel tempo dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, ha così consentito di garantire l'effettività delle tutele nascenti o derivanti da istituti giuridici non riconosciuti come tali secondo la clausola di ordine pubblico, ma individuati come presupposti legali per la produzione di conseguenze giuridiche protette.

La riflessione, pertanto, riguarda nuovamente la stessa portata di significato e di applicazione della clausola di ordine pubblico. Riconosciuta la sua natura dinamica, l'incontro con i diritti confessionali di matrice islamica sembra portare a possibili evoluzioni nei rapporti tra diverse tradizioni giuridiche. Anche in questo caso, il ricorso alla elaborazione teorica propria delle discipline internazionalprivatistiche maturate in contesti storico temporali passati sembra offrire risorse valide anche per l'oggi. Il riferimento primario è alla nota teoria dell'"ordine pubblico attenuato", elaborato dalla giurisprudenza di legittimità francese nel 1953, secondo cui non violerebbe l'ordine pubblico la decisione di consentire che si producano nello Stato gli effetti di un diritto validamente acquisito all'estero secondo la legge applicabile sulla base delle norme di diritto internazionale privato in esso vigenti⁷². La teoria dell'ordine pubblico attenuato ha trovato applicazione in differenti contesti ordinamentali europei, con ciò mostrando la sua efficace funzione risolutiva del caso concreto. Al contempo, essa è stata oggetto di una risoluzione dell'*Institut de droit international* che nel 2005 si è espresso nel senso di un'applicazione ponderata della funzione di sbarramento svolta dalla clausola di ordine pubblico, limitandone la portata ai soli casi di violazione in concreto del principio di uguaglianza⁷³. Di tutta rilevanza la motivazione posta dalla risoluzione alla validità della tesi dell'attenuazione dell'ordine pubblico, che risiede nella necessità di scongiurare il rischio di discriminazione indiretta nei

⁷² Cour de Cassation, 17 aprile 1953, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1953, p. 412 ss.; in dottrina, F. ALICINO, *Diritti, identità*, cit., p. 16 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico*, cit., p. 12 ss.; N. COLAIANNI, *Poligamia e principi*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2002, p. 227 ss.

⁷³ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Risoluzione sulle differenze culturali e l'ordine pubblico nel diritto internazionale privato della famiglia*, in *Riv. dir. int. proc.*, 2005, p. 1226 ss.; sul punto, N. COLAIANNI, *Poligamia*, cit.; F. ALICINO, *Diritti, identità*, cit., p. 15.; C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico*, cit., p. 55.



confronti di “soggettività meritevoli di tutela”, derivante dalla assoluta opposizione al riconoscimento degli effetti civili degli atti originati in altri contesti ordinamentali⁷⁴. I principi del diritto antidiscriminatorio si elevano pertanto a protezione dei soggetti coinvolti da quegli atti, spiegando effetti in più di una dimensione. Se appare, infatti, *prima facie* evidente come la tutela antidiscriminatoria si diriga nei confronti dei rapporti tra ordinamenti statali, scongiurando il rischio che il divieto di ingresso di atti riverberi negativamente sui soggetti coinvolti, la stessa spiega effetti anche nei rapporti tra privati, garantendo che le conseguenze del mancato ingresso dell'atto non causi trattamenti ingiustamente differenziati. Le fattispecie concrete in merito vanno dalla tutela delle donne che hanno contratto matrimonio successivo al primo nei contesti in cui vige il matrimonio poligamico, ai diritti successori, a quelli in materia di filiazione. Ma a un altro livello pare poi doversi registrare una funzione antidiscriminatoria svolta anche con riferimento all'appartenenza religiosa delle soggettività coinvolte. In tal caso la protezione dello specifico *ground* trova ragione nella necessità di non realizzare comportamenti apparentemente neutrali che, tuttavia, producono effetti pregiudizievoli esclusivamente nei confronti di individui di fede islamica⁷⁵. Nella specie, ponendo l'ordine pubblico

⁷⁴ Sul punto, **S. TONOLO**, *Il principio di uguaglianza nel diritto internazionale privato attuale*, in *Uguaglianza e giustizia. Itinerario di una ricerca dottorale*, a cura di P. IVALDI, L. SCHIANO DI PEPE, Genova University Press, p. 183 ss.

⁷⁵ Sulla discriminazione indiretta per motivi religiosi, con particolare riguardo alla appartenenza islamica, ma con principi generalmente estendibili anche ad altre sfere della convivenza multiculturale, **N. MARCHEI**, *La libertà religiosa nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 33 del 2019, p. 54, in particolare sulla tendenza delle Corti europee allo svuotamento dei profili religiosi verso una neutralizzazione delle questioni loro sottoposte; **A. LICASTRO**, *Ancora in tema di porto del velo islamico e discriminazione della lavoratrice nelle aziende private*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 22 del 2022, p. 53 ss; per i profili del lavoro pubblico, **ID.**, *Principio europeo di non discriminazione religiosa e approcci nazionali alla “neutralità” del pubblico dipendente*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 12 del 2023, p. 27 ss.; sulla questione di compatibilità dei comportamenti discriminatori con l'ordine pubblico, **M. CIRAVEGNA**, *Abbigliamento religioso, tutela dell'identità ed ordine pubblico*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2010, p. 285 ss.; **P. PAPANTI PELLETIER**, *Note sul principio di ordine pubblico nell'attuale ordinamento italiano*, in *Arch. giur.*, 1, 2015, p. 5 ss.; sul principio di non discriminazione nel quadro dell'applicazione delle norme di diritto internazionale privato, **C.E. TUO**, *Art. 7 e 8 della Risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: le norme di conflitto alla prova del principio di non-discriminazione*, in *Dir. um. dir. int.*, 2022, 3, p. 477 ss.



attenuato vincoli a tutela delle soggettività più vulnerabili, la sua difesa si dirige in via principale nei confronti delle donne e della prole, con ciò integrando un'ipotesi di reazione dell'ordinamento contro possibili discriminazioni di tipo multiplo o intersezionale⁷⁶. Pare infatti evidente come, nelle situazioni di mancato riconoscimento di statuti personali, si espliciti una condizione di maggior patimento per specifiche soggettività che sommano, all'identità religiosa, quantomeno quella di genere e quella connessa alle condizioni personali. In questo senso, sembra potersi affermare che la clausola di ordine pubblico nella sua versione così detta attenuata, nel dirigere i suoi effetti protettivi verso tali soggettività, includa nella categoria dei principi e valori inderogabili la tutela delle identità religiose, specie nei contesti di presenza minoritaria e, al loro interno, le categorie soggettive che più patiscono gli effetti discriminatori derivanti dalla relazione con diritti confessionali.

Resta, tuttavia, il fatto che l'ordine pubblico attenuato, se trova applicazione con riguardo agli effetti derivanti dagli istituti giuridici di matrice religiosa, diversamente non consente l'ingresso in via diretta di questi ultimi⁷⁷. In questo senso il significato dell'attenuazione di tale clausola non pare mettere in discussione la sovranità dello Stato, né sottrarre spazio all'applicazione del principio di laicità a tutela del pluralismo, salvaguardando la natura non confessionale dell'intero ordinamento giuridico. Il bilanciamento tra rispetto dei principi di sovranità e laicità e la salvaguardia dei diritti dei soggetti vulnerabili è, pertanto, demandata agli organi giurisdizionali, i quali hanno nel tempo prodotto una giurisprudenza variabile, sebbene con alcuni tratti di continuità.

Appare pertanto evidente come il ruolo della giurisprudenza in merito alla definizione degli spazi applicativi nel diritto italiano dei

⁷⁶ Sulla discriminazione intersezionale, per tutti, **B.G. BELLO**, *Intersezionalità: teorie e pratiche tra diritto e società*, FrancoAngeli, Roma, 2020; per un focus sulla discriminazione intersezionale di tipo religioso, sia rinvia a **V. FABRETTI, I. VALENZI**, *Se l'interpretazione del religioso si fa intersezionale: diversità e minoranze religiose nella topologia delle categorie sociali e giuridiche*, in *Il senso impervio. Vette e abissi dell'interpretazione estrema*, a cura di M. LEONE, Aracne, Roma, 2023, p. 315 ss.

⁷⁷ Così, **J. PASQUALI CERIOLI**, *La "maggiore disponibilità"*, cit., p. 348; in senso convergente, **N. COLAIANNI**, *Poligamia*, cit.; sulla natura difensiva attenuata dell'ordine pubblico (con particolare riguardo al più ampio tema della così detta maternità surrogata), **F. FERRARI**, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Alcuni "passi indietro" della Corte di Cassazione in tema di PMA*, in *BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, p. 169 ss.



diritti confessionali di matrice islamica in materia di persone e famiglia sia essenziale per la salvaguardia dei diritti dei soggetti coinvolti, in special modo di quelle soggettività che, per prime, rischiano di essere danneggiate da interpretazioni esclusivamente difensive della clausola dell'ordine pubblico. Istituti quali poligamia, ripudio e *kafala* costituiscono, sebbene non unici⁷⁸, i principali banchi di prova per le Corti italiane. Mentre, tuttavia, l'istituto della poligamia sembra recentemente mostrare un minore livello di conflittualità, quantomeno diretta⁷⁹, del caso concreto, lo stesso non può dirsi per ciò che concerne l'efficacia delle forme di divorzio unilaterale riconosciute dai diversi sistemi giuridici di tradizione islamica e quelle relative alla tutela dell'interesse superiore del minore. Ciò non significa che il matrimonio poligamico sia stato espulso dalla riflessione in tema di compatibilità con l'ordine pubblico. Si vedrà come lo stesso continui a sollecitare il dibattito sulla comunicabilità tra diverse tradizioni giuridiche svolgendo, invero, una funzione paradigmatica in tal senso. Se la relativa residualità della sua stessa applicazione nei contesti di origine sembra, infatti, avvicinare quelle tradizioni al punto di contatto con la tradizione europea, rappresentato dalla tutela dei diritti fondamentali a partire dai principi di uguaglianza e dignità della persona umana, sotto altro aspetto la permanenza dell'istituto in contesti soggetti a importante migrazione verso la sponda europea continua a porre problematiche di prossimità. Da ciò scaturiscono proposte di riflessione che sembrano avvicinare il tema della poligamia alle questioni poste da nuove forme di relazioni

⁷⁸ Ulteriori istituti della tradizione giuridica musulmana, quali il *khul*, il *mahr* e il *tatliq* non verranno espressamente trattati in considerazione della indiretta derivazione degli stessi dal legame matrimoniale in sé ovvero per la mancata presenza di pronunce giudiziali recenti che abbiano introdotto rilevanti novità interpretative in materia. In dottrina, C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico*, cit., p. 45; in senso più ampio, M. SHEIBANI, *Marriage, Divorce, and Inheritance in Classic Islamic law and Premodern Practice*, in *The Oxford Handbook of Islam and Women*, a cura di A. AFSARUDDIN, Oxford University Press, Oxford, 2023, p. 115 ss.

⁷⁹ È, infatti, pacificamente riconosciuto come l'istituto del matrimonio poligamico abbia scarse possibilità di costituire l'oggetto principale dei giudizi avanti ai tribunali nazionali, diversamente rappresentando la questione preliminare entro giudizi, da esso pertanto derivanti, in materia successoria, previdenziale, risarcitoria. Sul punto, C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico*, cit., p. 50 ss.; EAD., *La famiglia 'islamica' in Italia*, in *La famiglia senza frontiere*, a cura di S. BARIATTI, A. GALIZIA DANOVÌ, Cedam, Torino, 2008, p. 11 ss.; R. BENIGNI, *Identità culturale e regolazione dei rapporti di famiglia tra applicazioni giurisprudenziali e dettami normativi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., novembre 2008, p. 1 ss.



familiari, di cui andrà analizzato l'effetto in termini di ampliamento o restringimento del significato dell'ordine pubblico e la relazione di vicinanza o estraneità con i temi propri della riflessione sul pluralismo, in particolare religioso⁸⁰.

4 - Il ruolo della giurisprudenza in ordine all'istituto del ripudio islamico. Cenni introduttivi

La fase patologica dello scioglimento del vincolo matrimoniale interessa di per sé con importante ricorrenza il diritto giurisprudenziale. In tale ambito, l'istituto del ripudio islamico rappresenta un caso peculiare, stante la sua natura di negozio giuridico unilaterale non recettizio di natura formale, sebbene non solenne⁸¹, che lo distanzia nettamente dalle forme di scioglimento del vincolo matrimoniale ammesse dal diritto italiano. Una tale natura giuridica dell'istituto proietta l'analisi direttamente nel campo della compatibilità con l'ordine pubblico nazionale e internazionale, stante l'evidente distanza dagli approdi che dottrina e giurisprudenza hanno raggiunto in merito, con particolare riguardo ai principi di uguaglianza e parità in materia matrimoniale. L'evoluzione che il diritto di famiglia italiano ha compiuto a partire dai rinnovati principi costituzionali sopra analizzati e l'influenza delle fonti di diritto internazionale ed europeo in merito godono infatti di una solidità che non pare poter essere messa in discussione. Ciò che, piuttosto, emerge dall'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di ripudio è il diverso modo con cui le Corti hanno considerato il rapporto con la tradizione giuridica di matrice islamica. In questo senso, la prassi applicativa di tale istituto descrive il mutamento della sensibilità della giurisprudenza italiana rispetto alla possibile

⁸⁰ N. COLAIANNI, *Poligamia*, cit.; V. PETRALLA, *Ricongiungimento familiare e matrimonio poligamico. Il riconoscimento di valori giuridici stranieri e la tutela delle posizioni deboli*, in *Quad. eur.*, 2013, p. 49 ss.; M.R. MARELLA, G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Laterza, Roma, 2014.

⁸¹ D. SCOLART, *La Cassazione e il ripudio (talaq) palestinese. Considerazioni a partire dal diritto islamico*, in *Quest. giust.*, novembre 2020; D. MILANI, *Diversità e diritto internazionale privato*, cit. p. 159; E. CAMASSA, *Uguali e diverse: donne islamiche e diritto di famiglia*, in *Arch. giur.*, 3, 2013, p. 283; in prospettiva particolarmente rilevante per l'oggi, in relazione ai divorzi informatici, M. EQUIZI, *Le nuove tecnologie e il diritto islamico: matrimonio e ripudio nell'islam all'alba del XXI secolo*, in *Iura Or.*, 2012, p. 150 ss.



comunicabilità tra ordinamenti giuridici di diversa ispirazione. Ancora una volta, l'ordine pubblico funge da lettore di fenomeni che si elevano dal caso concreto, per restituire un'immagine più chiara di ciò che, nella contingenza storica, è ritenuto socialmente e giuridicamente accettabile⁸². Del pari, le forme della sua applicazione consentono di valutare la disponibilità dell'ordinamento ricevente ad accogliere differenze culturali e religiose. Una valutazione che, tuttavia deve essere compiuta, come insegna la teoria dell'ordine pubblico attenuato, proprio dal caso concreto. La giurisprudenza formatasi in tema di ripudio, da una iniziale posizione di marca tipicamente essenzialista⁸³, ha infatti finito per determinarsi intorno ad alcune specificità dell'istituto, la cui rilevata presenza o assenza ha svolto la funzione di accoglimento o meno delle domande di riconoscimento degli effetti a esso collegati. Si tratta, in particolare, di questioni sostanziali, riferite al rispetto del principio di uguaglianza tra uomo e donna, da valutare in relazione alla natura unilaterale e non recettizia dell'atto di scioglimento del vincolo matrimoniale e alle conseguenze in punto di discriminazione del soggetto più svantaggiato. A esse si aggiungono questioni di natura processuale, connesse alla garanzia del contraddittorio in regime di giusto processo e di corretta formazione dell'atto⁸⁴. Tutti principi che costituiscono, come noto, pilastri dello stesso ordine pubblico invocato ai fini della prova della non contrarietà dell'istituto alle norme ordinamentali italiane⁸⁵.

⁸² C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico*, cit., p. 43.

⁸³ Il riferimento è alla sentenza della Corte d'Appello di Roma, 29 ottobre, 1948, che espressamente si riferisce al ripudio come atto che "ripugna" alla cultura giuridica e valoriale occidentale intorno ai valori etici connessi all'istituto del matrimonio, considerata più matura rispetto alla cultura giuridica orientale; sul punto C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico*, cit., p. 43; sullo sguardo essenzialista nel rapporto tra occidente e islam, W. KYMLICKA, *Il multiculturalismo e le accuse di essenzialismo: teorie, politiche, ethos*, in *Globalizzazione e governance delle società multiculturali*, a cura di A. PALUMBO, V. SEGRETO, Mimesis, Milano, 2011, p. 11 ss.

⁸⁴ Per la prima volta la Corte di Cassazione si esprime su un caso di ripudio con la sentenza del 5 dicembre 1969, n. 3881, su impugnazione di Corte d'appello di Milano, 14 dicembre 1965; successivamente, si veda, tra le altre, Corte d'appello di Torino, 9 marzo 2006; sul punto, C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico*, cit. p. 64 ss.

⁸⁵ In continuità con quanto già analizzato in riferimento al periodo transitorio che ha riguardato il mutamento delle norme di diritto internazionale privato applicabili e, tra queste, con riferimento alle norme relative all'applicabilità della legge nazionale del marito si veda, tra i diversi casi di diniego di ripudio intervenuto all'estero in quanto contrario all'ordine pubblico, Corte d'Appello di Roma, 9 luglio 1973, riguardante una



5 - Ordine pubblico e ripudio islamico: un'analisi delle più recenti pronunce

La scarsità di pronunce, in particolar modo di legittimità, in tema di ripudio ha subito un'inversione di tendenza in tempi più recenti. Ancor prima, è la Corte di Giustizia dell'Unione europea a essere intervenuta in materia, senza tuttavia del tutto sciogliere alcune delle questioni centrali relative alla riconoscibilità del ripudio islamico secondo il diritto europeo. La sentenza resa nel caso *Sahyouni c. Mamisch*⁸⁶, su rinvio pregiudiziale del tribunale regionale superiore di Monaco di Baviera, si pronuncia, infatti, in ordine alla applicabilità del Regolamento Roma III⁸⁷, alla estensione pertanto delle norme regolamentari in tema di cooperazione rafforzata per la determinazione della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, anche alle ipotesi di divorzi privati perfezionati mediante dichiarazione resa davanti a un tribunale religioso sharaitico⁸⁸. In tal senso, la Corte ha stabilito la non riconducibilità del

domanda proveniente da parte della moglie italiana di applicazione della legge del marito di nazionalità marocchina. La richiesta applicazione dell'istituto del ripudio fu negata per contrarietà all'ordine pubblico "italiano" che prevede la necessità dell'instaurazione del contraddittorio intorno a norme previste dall'ordinamento e per discriminatorietà dell'istituto nei confronti della moglie. Sul punto, **C. SCHWARZENBERG**, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello scioglimento di matrimonio islamico per ripudio*, in *Dir. fam.*, 1974, 3, p. 653 ss.

⁸⁶ Corte di giustizia UE, Sez. I, 20 dicembre 2017, C- 372/16, *Sahyouni c. Mamisch* (consultabile al link [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A62016CJ 0372](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A62016CJ%20372)); inoltre, **R. DI MEO**, *Il diritto europeo e il divorzio privato islamico*, in *Foro it.*, 2018, IV, c. 282 ss.

⁸⁷ Regolamento Ue n. 1259 del 2010.

⁸⁸ La fattispecie concerne un caso di divorzio unilaterale pronunciato innanzi a una corte sharaitica siriana successivamente riconosciuto, su richiesta del marito, dal Tribunale regionale superiore di Monaco di Baviera. Tale riconoscimento veniva impugnato dalla moglie che ne richiedeva l'annullamento, richiesta tuttavia respinta dalla corte territoriale tedesca sulla base della ritenuta applicabilità al caso di specie del Regolamento Ue n. 1259 del 2010. Il procedimento veniva successivamente sospeso dal Tribunale regionale superiore che adiva la Corte di giustizia UE relativamente all'interpretazione dell'art. 10 del citato Regolamento. Sulla questione della corretta interpretazione della norma comunitaria, con particolare riferimento al diritto giurisprudenziale tedesco e alla relativa determinazione di applicabilità, anche a un caso di divorzio tra privati, del richiamato Regolamento, **A. LICASTRO**, *La questione della riconoscibilità civile del divorzio islamico al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione*



ripudio pronunciato davanti a un tribunale religioso all'ambito di competenza per materia dell'art. 10 del citato Regolamento, della disposizione cioè che prevede la sostituzione della *lex fori* alla normativa applicabile⁸⁹ nei casi di annullamento del vincolo matrimoniale, qualora quest'ultima non contempli l'istituto del divorzio ovvero non conceda, sulla base del sesso di uno dei coniugi, parità di condizioni di accesso a esso o alla separazione personale⁹⁰. La cooperazione rafforzata come strumento di dialogo tra ordinamenti giuridici pone, pertanto, quale condizione per la sua applicabilità, il rispetto di principi irrinunciabili, come il principio di uguaglianza e non discriminazione tra coniugi, riconoscendo nei comportamenti discriminatori un *vulnus* di tutela che comporta l'operatività della clausola di ordine pubblico⁹¹. Una clausola

europea (a margine della pronunzia del 20 dicembre 2017, C-372/16), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 13 del 2018, p. 5 ss.

⁸⁹ La questione della normativa applicabile nell'ambito della cooperazione rafforzata di cui al Regolamento Roma III trova nella valorizzazione della volontà dei coniugi la sua principale chiave di risoluzione, con alcuni limiti. La determinazione convenzionale della legge applicabile è infatti consentita, ai sensi dell'art. 6, punto 3, del Regolamento citato, esclusivamente con riferimento alla condivisione di uno stretto legame con la legge opzionata, che trova tipizzazione nelle ipotesi della residenza abituale o dell'ultima residenza comune, qualora uno dei due coniugi ancora vi risieda, della residenza di uno dei due coniugi ovvero della legge del foro. Questa e altre previsioni afferenti alla vincolatività della forma dell'atto di individuazione costituiscono la manifesta esemplificazione della evoluzione che i principi di diritto internazionale privato in materia matrimoniale hanno subito nel tempo, con particolare riguardo al riconoscimento della parità tra coniugi e del principio di non discriminazione. In tal senso, la determinazione della legge applicabile costituisce declinazione della dinamicità della clausola di ordine pubblico e dei principi alla cui protezione è preposto. Nello stesso senso va l'evoluzione della legislazione italiana in merito, la quale prevede all'art. 31, secondo comma, della legge n. 218 del 1995 l'applicabilità della legge italiana qualora separazione personale e scioglimento del matrimonio non siano previsti dalla legge straniera. Sul punto, E. D'ALESSANDRO, *Ordinamenti statali europei e decisioni di scioglimento del matrimonio emesse da tribunali religiosi: il caso Sahyouni*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, fasc. speciale, 2020, p. 181 ss.

⁹⁰ Non unica norma di ordine pubblico, in considerazione del disposto dell'art. 12 del citato Regolamento, che consente di ritenere l'ipotesi di cui all'art. 10 come eccezione/specificazione dell'art. 12.

⁹¹ F. SALERNO, *La politica europea di cooperazione giudiziaria in materia civile e il suo impatto negli ordinamenti nazionali*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 3, 2021, p. 3 ss. Si riferisce alla sentenza in commento come esempio della tendenziale apertura dell'Unione europea verso soluzioni di mediazione, sebbene i sistemi nazionali rimangano fortemente differenziati A. PIN, *Islam e Costituzione italiana: il ruolo della cittadinanza*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 2019, p. 52.



che non si limita a operare nel senso della protezione dell'ordinamento dall'ingresso di istituti giuridici portatori di concezioni dell'umano e delle relazioni personali estranei dal comune sentire degli ordinamenti coinvolti nell'area della cooperazione rafforzata, ma che comporta l'evidente elevazione del divorzio a diritto da essa stessa protetto⁹². Conseguenza dell'operare congiunto del diritto al divorzio e del principio di uguaglianza e non discriminazione è, pertanto, l'esclusione di forme unilaterali di rescissione del vincolo operate in discapito dei soggetti potenzialmente più deboli, evento che, nel caso del ripudio islamico, coincide con il diritto di azionabilità dell'istituto esclusivamente in danno delle donne. Con la rilevata inapplicabilità del Regolamento europeo al caso di specie, la pronuncia tuttavia non si esprime in ordine ad alcuni aspetti rilevanti posti dal tribunale rimettente. Si tratta della questione relativa alla valutazione in astratto o in concreto della discriminatorietà della legge straniera di cui si dichiara l'inapplicabilità in relazione al diverso trattamento riconosciuto ai coniugi in ragione del sesso; si tratta, inoltre, della valutazione della eventuale volontà della coniuge nel senso della concorde produzione degli effetti derivanti dall'atto di ripudio. Con riferimento ai quesiti rimasti inevasi, la questione che si pone attiene alla incompatibilità *ex se* della previsione normativa propria della legge straniera, la quale preveda condizioni sostanziali e procedurali differenti per l'accesso allo scioglimento del vincolo matrimoniale, ovvero se non sia in ogni caso necessario compiere una valutazione del caso concreto, da cui emerga un reale danno nei confronti del soggetto più debole, tale da determinare l'inapplicabilità di quella previsione di legge. La prima ipotesi implica, pertanto, l'adesione alla tesi dell'applicazione formale e avalutativa del principio di uguaglianza tra coniugi, di fatto escludendo qualsiasi previsione di validità dell'atto anche in presenza della volontà di adesione della moglie. Ne consegue una presa di distanza più o meno marcata da quella linea interpretativa che tende a privilegiare, nell'ambito delle controversie di diritto di famiglia, un orientamento diretto alla valorizzazione dell'accordo tra le parti, sul presupposto che quest'ultimo svolga una generale funzione deflattiva del contenzioso,

⁹² Sul punto, **A. NEGRI**, *La sentenza Sahyouni c. Mamish della Corte di giustizia UE: un'occasione per tornare a riflettere sulla portata del principio di non discriminazione nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 3, del 2019, p. 224 ss.



anche di tipo processuale⁹³. Tale tesi non sembra tuttavia prevalere. In tale direzione vanno le conclusioni dell'Avvocato generale, secondo cui assume rilevanza primaria nell'accesso agli strumenti rimediali di cessazione del vincolo matrimoniale l'elemento della parità coniugale e della non discriminazione, che non sopportano alcun tipo di compressione, nemmeno se convenzionalmente accettata. Quel che qui interessa evidenziare è la ripercussione di una tale impostazione sui livelli di comunicabilità tra istituti propri di ordinamenti giuridici di differente ispirazione. Il caso di specie sembra infatti rafforzare la tesi della impenetrabilità del ripudio nell'ordinamento ricevente, con la conseguente irrilevanza di qualsivoglia atto di adesione a tale istituto, in considerazione della non derogabilità, secondo le norme del diritto dell'Unione europea, del principio di non discriminazione. Resta irrisolta la questione della compatibilità di una lettura fondata sulla superiorità assiologica⁹⁴ di tale principio con la tutela in concreto delle soggettività più deboli, per le quali un'applicazione anelastica della clausola di ordine pubblico rischia di determinare il risultato discriminatorio che quest'ultima intende scongiurare, a partire dal diniego di valore della comune scelta dei coniugi, qualora la stessa sia avvenuta in modo libero e secondo il rispetto delle norme procedurali⁹⁵. Del pari, ciò che emerge solo in controluce dalla pronuncia dell'organo giurisdizionale europeo, ma che rappresenta una questione aperta, è il livello di coinvolgimento e di conseguente richiesta di tutela della libertà religiosa di singoli e collettività, che passa anche attraverso l'esigibilità di strumenti giuridici nascenti in tradizioni religiose non sempre compatibili con l'ordine pubblico internazionale. Se, dal punto di vista sistematico, la regolamentazione di diritto internazionale privato di matrice europea non è applicabile ad atti e procedimenti aventi natura eminentemente religiosa ovvero a quegli atti religiosi cui è attribuita, nello specifico

⁹³ Per uno sguardo comparato, già **G. ANELLO**, «Fratture culturali» e «terapie giuridiche». Un percorso giurisprudenziale tra multiculturalità e soluzioni interculturali, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., novembre 2009, p. 1 ss.; **A. FUCCILLO**, *Relazioni familiari e migrazioni tra diritto, religioni e culture*, in S. DOMIANELLO, F. FRENI, A. LICASTRO, A. MADERA, M. TIGANO (a cura di), *Relazioni familiari*, cit., p. 109 ss.

⁹⁴ Così **A. LICASTRO**, *La questione della riconoscibilità*, cit., p. 4; successivamente **A. NEGRI**, *La sentenza Sahyouni c. Mamish*, cit., p. 228.

⁹⁵ Sottolinea Campiglio come una tale interpretazione implichi una *deminutio* nella valutazione dell'autodeterminazione femminile, in considerazione, ad esempio, della libera e consapevole adesione all'istituto del ripudio finalizzato alla volontà di contrarre nuovo matrimonio. Sul punto **C. CAMPIGLIO**, *Il diritto di famiglia islamico*, cit. p. 66.



regime giuridico degli Stati membri, efficacia civile⁹⁶, del pari la possibile individuazione della risoluzione dei casi concreti sulla base delle norme di conflitto nazionali può consentire la ricezione nei singoli Stati membri di atti di derivazione religiosa, come il divorzio privato nella forma del ripudio islamico. La necessaria valutazione di compatibilità con l'ordine pubblico, pertanto, pare traslare dal piano prettamente internazionale a quello nazionale, come nazionale è la più generale competenza in materia religiosa. Cionondimeno, il Regolamento Roma III è esemplificativo di quei rischi di sovrapposizione o della esistenza di zone grigie in cui alla materia di specifica competenza dell'Unione europea si aggiungono, con diverse intensità, questioni propriamente afferenti alla materia ecclesiastica e religiosa⁹⁷. Il tema che si pone, pertanto, attiene alle difficoltà che la politica di netta demarcazione tra competenze demandate all'Unione e competenze degli Stati membri incontra quando sono in gioco aspetti per loro natura trasversali. Una rigidità che appare necessaria in relazione alla certezza del diritto, ma che non esaurisce le questioni. Anche al riguardo, recenti approcci di natura intersezionale al diritto sembrano indicare quanto la complessità delle questioni non possa trovare risposte in politiche del diritto strettamente tese alla tipizzazione delle fattispecie o, come nella specie, delle materie⁹⁸. Ciò che, tuttavia, sembra mancare è la prospettazione di soluzioni che raggiungano lo stesso dato di chiarezza delle politiche che si vorrebbero, a livello europeo, sostituire. Risultato è l'inevitabile ritorno della questione agli Stati, con declinazioni dell'ordine pubblico che possono portare a effetti anche molto diversi tra loro, pena la perdita di una visione unitaria della categoria e, in ultimo, dei principi che intende proteggere⁹⁹.

⁹⁶ Il riferimento è ai Regolamento Ue n. 2201 del 2003 e al già citato Regolamento Ue n. 1259 del 2010.

⁹⁷ A. LICASTRO, *La questione della riconoscibilità*, cit., p. 18.

⁹⁸ G. BELLO, *Intersezionalità*, cit., p. 180 ss.; G. MARINI, *Intersezionalità: genealogia di un metodo giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 2021, p. 473 ss.; più di recente, sulla prima, seppur limitata, introduzione dell'esplicito riferimento alla discriminazione intersezionale di cui alla Direttiva n. 970 del 2023, D. IZZI, *Il primo divieto di discriminazioni intersezionali nel diritto dell'Unione europea: implicazioni e prospettive*, in *Beyond genders. Intersezionalità tra teorie e pratiche. Sguardi interdisciplinari*, a cura di N. DE PICCOLI, C. ROLLERO, Cirsde - Università di Torino, collana Studi di genere, 2024, p. 321 ss.

⁹⁹ Di non poco conto le osservazioni sulla traslazione dal principio di sovranità dei diritti umani come regole primarie del nuovo diritto internazionale privato, in R.



Il caso italiano, con le pronunce della I sezione Civile della Corte di Cassazione intercorse nel periodo tra il 2020 e il 2023, si inserisce in questa dinamica, mediante la prospettazione di soluzioni differenti sulla base di diverse valutazioni di funzionalità della clausola di ordine pubblico sostanziale e processuale. Con la prima pronuncia del 2020¹⁰⁰, la Suprema Corte si esprime nel senso della non trascrivibilità di un provvedimento pronunciato da un tribunale religioso palestinese in applicazione della legge giordana in materia di ripudio unilaterale, sul presupposto della violazione dei principi di uguaglianza tra coniugi, di discriminazione di genere e per violazione del principio della parità delle armi e del contraddittorio nel processo. Una tale incompatibilità, vagliata sulla base dei principi fondamentali della legislazione nazionale e sovranazionale, impedisce il riconoscimento nell'ordinamento giuridico italiano della decisione dell'autorità religiosa, ancorché equiparabile, secondo il sistema legislativo straniero, a una sentenza del giudice statale. La clausola di ordine pubblico sostanziale e processuale svolge, pertanto, funzione inderogabilmente ostativa all'ingresso nell'ordinamento italiano di un provvedimento unilaterale non recettizio, fondato sulla sola decisione potestativa del marito. Non consente deroga la valutazione granitica che la Suprema Corte compie sulla discriminatorietà in sé della disciplina prevista dalla legge giordana, senza che per ciò sia necessario o utile compiere una valutazione nel merito dei fatti oggetto di causa, valutazione che in ogni caso esula dalla funzione propria del giudizio di legittimità. Uno

BARATTA, *Art. 1 e 2 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: i diritti umani quali regole ordinanti del diritto internazionale privato*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2, 2022, p. 261 ss.

¹⁰⁰ Corte di Cassazione civile, sez. I, 7 agosto 2020, n. 16804, in *Foro it.* versione online, con nota di **G. DE MARZO**, *Matrimonio, talaq islamico e ordine pubblico* (ultima consultazione 10 febbraio 2025); **D. MILANI**, *Diversità e diritto internazionale privato*, cit., p. 163 ss.; **A. LICASTRO**, *Scioglimento del matrimonio pronunciato all'estero e «ordine pubblico»: la Cassazione si pronuncia contro la riconoscibilità in Italia del ripudio islamico*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3, 2020, p. 923 ss.; **F. PESCE**, *La Corte di cassazione ritorna sul tema del riconoscimento del ripudio islamico*, in *Cuadernos de Derecho transnacional*, 1, 2021, p. 552 ss.; **A.M. FELICETTI**, *Presupposti e limiti al riconoscimento del ripudio islamico secondo la Cassazione (con alcuni spunti sul così detto arbitrato religioso)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2021, p. 1369 ss. Inoltre, **D. SCOLART**, *La Cassazione e il ripudio (talaq) palestinese. Considerazioni a partire dal diritto islamico*, in *Quest. giust.*, 4 dicembre 2020; **S. TONOLO**, *Ripudi islamici, divorzi privati e ordine pubblico: quale efficacia?* in *Quest. giust.*, 4 dicembre 2020.



sbarramento che si attiva, pertanto, sulla base della assenza degli elementi che rendono nell'ordinamento italiano rispettata la clausola di ordine pubblico matrimoniale. Tale mancato rispetto si evince, sostiene la sentenza, dall'analisi approfondita delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle giurisdizioni nazionali in cui il tema si è posto. Non ultimo, essenziale l'esame della stessa legislazione straniera che ha trovato applicazione nel caso di specie, della quale la Suprema Corte richiede di poter valutare elementi peculiari per il giudizio della sua compatibilità con l'ordine pubblico. In tale analisi emergono pertanto i pilastri su cui poggia la decisione, non risultando rispettata dalla stessa previsione legislativa la facoltà di accesso all'istituto del ripudio per la donna, né essendo i presupposti di tale istituto compatibili con l'ordine pubblico sostanziale. Del pari, sul piano processuale anche la garanzia del contraddittorio e del diritto di difesa risulta non contemplata. Di tutta l'importanza l'accertamento, effettuato dalla Corte, sulla natura giurisdizionale o meno del Tribunale Sciaraitico e sull'efficacia delle sue pronunce nell'ordinamento giuridico palestinese, così come sull'oggetto dell'accertamento e sulla garanzia che nel suo corso sia stato lasciato congruo spazio alla verifica di una possibilità di riconciliazione tra coniugi. Tali ultimi aspetti proiettano la valutazione della Suprema Corte su più piani. Da un lato essa si dirige al rapporto tra ordinamenti e rispettive giurisdizioni, mentre dall'altro essa sembra più propriamente collegarsi al rispetto, sul piano dell'ordine pubblico processuale interno, del venir meno della comunione di vita familiare, quale requisito soggetto a necessaria verifica. Una valutazione che, come è stato autorevolmente osservato, acquisisce nell'ordinamento italiano un valore sempre più formale, fortemente sostenuto dalla tendenza alla introduzione di procedure semplificate dirette a favorire lo scioglimento del matrimonio in sede stragiudiziale¹⁰¹. Tale riflessione sembra, pertanto, far emergere un nodo irrisolto in tema di rapporto tra forme di scioglimento del vincolo matrimoniale e clausola di ordine pubblico. La via negoziale sembrerebbe, al riguardo, facilitare una concezione aperta alla possibilità di legittima ammissione di forme di "divorzio tra privati", come tali pertanto ricevibili se provenienti da ordinamenti stranieri, anche di tipo religiosamente orientato¹⁰². Diversamente, la pronuncia

¹⁰¹ D. MILANI, *Diversità e diritto internazionale privato*, cit., p. 165; A. LICASTRO, *Scioglimento del matrimonio*, cit. p. 20.

¹⁰² Sul punto, S. TONOLO, *Ripudi islamici, divorzi privati*, cit., p. 5 ss.



della Suprema Corte pare mettere in luce l'aspetto più propriamente rimediabile del divorzio, come tale innestato nella dinamica dell'accertamento giudiziale, quest'ultimo diretto alla verifica del venir meno della comunione di vita familiare come requisito essenziale per la validità dello scioglimento del vincolo.

Tutt'altra traiettoria è invece percorsa dall'ordinanza della Suprema Corte n. 17170 del 14 agosto 2020, di poco successiva, con la quale il giudice di legittimità affronta un caso di annullamento della trascrizione in Italia di un divorzio unilaterale pronunciato dalla Corte Suprema di Teheran per contrasto con la clausola di ordine pubblico¹⁰³. Nella specie, la Corte di Appello di Bari chiedeva la cancellazione dai registri dello stato civile del provvedimento, stante la patente violazione del principio di parità tra coniugi e tra sessi, quale dato di per sé evinto testualmente dalla sola lettura della legislazione civilistica iraniana in materia¹⁰⁴. La pronuncia del giudice di merito offre un'analisi dei contenuti dell'atto, rilevando preliminarmente la totale assimilazione dell'istituto del divorzio secondo la legge iraniana al ripudio, *"come tale generalmente riprovato"* e inconciliabile con le *"regole inderogabili e fondamentali immanenti ai più importanti istituti giuridici nazionali"*¹⁰⁵. Diversamente, non si trova nell'argomentazione giudiziale una valutazione degli effetti dell'atto. È proprio tale lacuna a costituire la motivazione del rinvio, in sede di legittimità, al giudizio di merito. L'orientamento della Suprema Corte si appunta infatti sulla funzione propria del giudice della delibazione che, nella dinamica di riconoscimento delle sentenze straniere previsto dalla legge n. 218 del 1995 e, nello specifico, nella verifica, ai sensi dell'art. 64 della legge citata, di elementi di contrarietà con l'ordine pubblico, non è chiamato a valutare presupposti e contenuti di merito dell'atto, con ciò riferendosi alla *"correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o della legge italiana"*¹⁰⁶, bensì esclusivamente i suoi effetti nell'ordinamento italiano. Non consente un allontanamento da tale perimetro di valutazione nemmeno una lettura estensiva dello stesso ordine pubblico, diretta alla inclusione nella categoria del più ampio accertamento di

¹⁰³ D. MILANI, *Diversità e diritto internazionale privato*, cit., p. 167 ss.; F. ALICINO, *Diritti, identità*, cit., p. 22.

¹⁰⁴ Il riferimento è al contenuto dell'art. 1133 del codice civile iraniano, che stabilisce per l'uomo un diritto illimitato e unilaterale di divorzio.

¹⁰⁵ Corte di Cassazione, sezione I civile, 14 agosto 2020 n. 17170 (corsivo aggiunto).

¹⁰⁶ Corte di Cassazione, cit. (corsivo aggiunto).



compatibilità con i principi cardine dell'ordinamento giuridico italiano. Al fine del compimento di una tale valutazione da svolgere in concreto, il giudizio è pertanto rinviato alla fase di merito. Le risultanze del nuovo giudizio della Corte d'Appello di Bari raggiungono due risultati essenziali nell'economia dell'analisi fin qui condotta, escludendo da un lato la contrarietà della pronuncia straniera all'ordine pubblico e, al contempo, equiparando l'atto di matrice religiosa a quello proprio dell'ordinamento civile iraniano, così confermando la legittimità della trascrizione. Nella specie, la motivazione della Corte di merito dà conto dell'intervenuto pieno esercizio del diritto di difesa da parte della moglie nei gradi di giudizio previsti dalla legislazione iraniana, così come della piena possibilità di avvalersi della difesa tecnica di un difensore di fiducia. Al contempo, i gradi di giudizio esperiti in Iran hanno pienamente dato conto della avvenuta valutazione del venir meno del vincolo e dell'inconciliabilità dei coniugi, così come mai la moglie ha posto in dubbio la competenza giurisdizionale delle corti iraniane adite.

Nuovamente impugnata, nel 2023¹⁰⁷ la questione torna alla Corte di Cassazione, con un giudizio che si pone in controtendenza rispetto al recente arresto del 2020. Al riguardo, la Suprema Corte si limita a ritenere effettivamente compiuta e sufficiente la valutazione del giudizio di merito inerente agli effetti sull'ordine pubblico derivanti dalla deliberazione della sentenza di accertamento del divorzio iraniano. L'accertamento è tale da sopravvivere all'impugnazione da parte della ricorrente, motivata dalla assoluta contrarietà del ripudio islamico all'ordine pubblico. Tale impugnazione trovava fondamento nella tesi della incompatibilità di tale motivo di scioglimento del vincolo matrimoniale con le previsioni di cui alla legge n. 898 del 1970 e per contrasto con il più ampio principio di uguaglianza e non discriminazione tra uomo e donna, oltre che per l'assenza di previsioni normative poste a tutela dei figli minori e della regolamentazione dei rapporti economici tra coniugi. Un giudizio di valutazione del caso concreto sugli effetti, non cedevole di fronte a tali censure e che apre alla possibilità che lo stesso istituto del ripudio islamico, nella forma propria oggetto della causa¹⁰⁸, sia considerato ammissibile, ove sia accertata la

¹⁰⁷ Corte di Cassazione, sezione I civile, ordinanza 8 marzo 2023, n. 6920; in dottrina, F. ALICINO, *Diritti, identità*, cit., p. 25 ss.

¹⁰⁸ Non manca la sentenza di richiamare alle diverse forme che l'istituto del ripudio assume nei diversi ordinamenti giuridici in cui esso è previsto.



mancata produzione di effetti negativi sull'ordine pubblico nazionale e internazionale.

Così conformato, l'arresto della Suprema Corte si rivela essenziale per la declinazione del concetto di ordine pubblico alla prova del giudizio di legittimità, suggerendo in particolare alcune linee di riflessione che appaiono, allo stato, ancora in via di definizione. La prima questione attiene allo spazio applicativo riconosciuto alla teoria dell'ordine pubblico attenuato. Nella specie, la valutazione del caso concreto ha reso compatibile l'ingresso dell'istituto del ripudio, estraneo all'ordinamento giuridico italiano, sulla base della non contrarietà all'ordine pubblico nella sua versione elastica e dotata di un certo grado di mobilità. Da tale punto di vista, una maggiore adesione alla teoria dell'ordine pubblico attenuato mostrerebbe un potenziale espansivo in termini di risoluzione di conflitti tra ordinamenti, qualora la valutazione del caso concreto consenta di agire in via conservativa con riguardo a istituti di ordinamenti terzi, astrattamente inidonei a produrre effetti nell'ordinamento ricevente. Ricorre, sul punto, la Suprema Corte a un'argomentazione che si fonda anche sugli aspetti più propriamente evolutivi dell'istituto del ripudio, a partire dal dato della crescente giurisdizionalizzazione della procedura di scioglimento del matrimonio¹⁰⁹, atta alla verifica della concreta tutela delle soggettività più deboli mediante le garanzie processuali del contraddittorio e del diritto di difesa. Un tale aspetto, che tende alla omologazione degli atti sulla base di una concreta valutazione delle tutele assicurate, necessita che il tema della essenziale verifica della volontaria adesione ai loro effetti non sia perso di vista. Da tale prospettiva, se la ricezione dell'atto di ripudio nell'ordinamento italiano valorizza l'elemento dell'autodeterminazione della donna che liberamente vi acconsenta, ciò non consente di retrocedere nel vigilare che tale volontà non sia privata della sua genuinità a causa delle condizioni di vulnerabilità in cui le donne possano trovarsi. Ne consegue che anche l'elemento della compatibilità

¹⁰⁹ A fronte di una già segnalata de-giurisdizionalizzazione della legislazione italiana in materia di scioglimento del matrimonio, sul punto, **A. LICASTRO**, *La questione della riconoscibilità*, cit., p. 28, con i riferimenti in dottrina in esso contenuti; inoltre, in materia di compatibilità tra sistema processuale italiano e processo canonico, **M. FERRANTE**, *Riforma del processo matrimoniale canonico e deliberazione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2, 2016, p. 313 ss.; in senso più ampio sul processo di de-giurisdizionalizzazione, **A. COSSIRI**, *La de-giurisdizionalizzazione di separazione e divorzio nella legge n. 162 del 2014*, in *Quad. cost.*, 1, 2015, p. 178 ss.



in concreto dell'atto di ripudio con le norme di ordine pubblico sostanziale, come il principio di uguaglianza e non discriminazione tra sessi, deve essere oggetto di valutazione in concreto, una valutazione che, nel caso di specie, risulta assente¹¹⁰. La seconda questione attiene ai risvolti di una tale concezione sulla categoria dell'ordine pubblico processuale. Ci si chiede, sul punto, se la valutazione giurisdizionale in concreto possa ritenersi strumento sufficiente a consentire la ricezione dell'atto straniero, in considerazione dello stretto legame che essa ha con la tecnica processuale e delle possibili conseguenze derivanti dalla piena applicazione del principio della domanda. Se, cioè, la resistenza alla clausola dell'ordine pubblico con riguardo ai principi fondamentali dell'ordinamento sia soggetta alle specificità delle singole scelte (o lacune) difensive, ovvero se non sia necessario, al riguardo, adottare un approccio misto, che si fondi su alcune soglie di invalicabilità. Si tratta, in altre parole, di analizzare quanto una declinazione dell'ordine pubblico di tipo attenuato o elastico possa o meno combinarsi con la sua versione più verticale, consistente in una tutela *a priori* del nucleo essenziale dei diritti che è chiamato a proteggere. Del pari, qualora si aderisse, anche con riferimento a questi ultimi, a una versione del tutto attenuata dell'ordine pubblico, occorrerebbe assicurare che la tecnica processuale propria della disciplina antidiscriminatoria sia pienamente applicata, con ciò garantendo, entro lo stesso processo, quelle soglie di invalicabilità che non troverebbero più fondamento sul mero dato formale. Ne deriverebbe l'applicazione di tutti gli strumenti processuali che costituiscono il *favor* dell'ordinamento nei confronti dei soggetti catalogabili come astrattamente vulnerabili sulla base di situazioni di tipicità, come, nel caso di specie, l'appartenenza di genere, le condizioni personali, la religione professata. In questo senso, l'ordine pubblico processuale dovrebbe necessariamente articolarsi nel principio dell'inversione dell'onere della prova; nell'applicazione dell'istituto della presunzione relativa; nell'alleggerimento del carico probatorio sulla base della prova statistica¹¹¹.

¹¹⁰ La sentenza non si pronuncia sugli aspetti di compatibilità con il principio di uguaglianza e non discriminazione tra sessi in considerazione della genericità dei motivi posti nel ricorso.

¹¹¹ Tra i molti, **M. BABERA**, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007; **E.M. MASTINU**, *Diritto e processo nella lotta contro le discriminazioni di genere*, Cedam, Padova, 2010.



La terza questione attiene, infine, alla possibile applicazione, per la risoluzione di questioni di conflitto tra ordinamenti, della teoria dell'ordine pubblico di prossimità¹¹². Nella sostanza, si tratta di comprendere se e come la clausola di ordine pubblico operi in base al grado di vicinanza o lontananza della fattispecie oggetto di conflitto con la *lex fori* e, pertanto, se sia in grado di proteggere i principi propri di quest'ultima sulla base di uno dei criteri di collegamento territoriale individuati dalla teoria in analisi¹¹³. Nel caso si specie, la pronuncia della Suprema Corte sembra non riconoscere alcuna validità alla questione del possesso (anche) della cittadinanza italiana da parte del marito che ha richiesto e ottenuto la trascrizione dell'atto di divorzio sulla base della legge iraniana, ciò in quanto la stessa provenienza della richiesta da parte maritale certifica l'assenza di una specifica necessità di tutela nei suoi confronti, attivabile sulla base della legge italiana a lui applicabile¹¹⁴. Senonché, la pronuncia della Suprema Corte presenta aspetti di non piena coerenza con l'applicazione che della teoria dell'ordine pubblico di prossimità è stata sinora compiuta, in particolare dalla giurisprudenza di legittimità francese nei casi di divorzio aventi a oggetto relazioni coniugali tra soggetti con doppia cittadinanza, una delle quali afferente a paesi di tradizione islamica¹¹⁵. Si tratta, cioè, del principio per cui l'ordine pubblico di prossimità consentirebbe l'ingresso di una legge straniera sfavorevole alla coniuge solo qualora sia ella stessa a invocarne l'applicazione, altrimenti prevalendo il collegamento con la legge nazionale più favorevole al soggetto che presenta maggiore vulnerabilità. Di per sé, l'interpretazione che dell'ordine pubblico di prossimità dà la Suprema Corte italiana sembra pertanto comprimerne l'efficacia in termini di tutela, qualora la richiesta di trascrizione di un divorzio unilaterale provenga dal marito. Si aggiunga, peraltro, che una tale interpretazione renderebbe di fatto cedevole il principio di sovranità

¹¹² F. ALICINO, *Diritti, identità*, cit., p. 23 e ss., con i riferimenti bibliografici in esso contenuti alla teoria dell'ordine pubblico di prossimità di matrice francese e belga; più specificamente, inoltre, F. SALERNO, *Il vincolo al rispetto dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti del diritto internazionale privato*, in *Dir. um. dir. int.*, 3, 2014, p. 562.

¹¹³ Si tratta dei criteri spaziali in ordine di cittadinanza, residenza, domicilio.

¹¹⁴ F. ALICINO, *Diritti, identità*, cit., p. 25-26.

¹¹⁵ P. BOURDIEU, *Sullo stato: Corso al Collège de France. Volume I*, Feltrinelli, Milano, 2013; D. STRAZZARI, *Ripudio islamico, ordine pubblico e diritti fondamentali*, in *Il diritto in migrazione - Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, a cura di F. CORTESE, G. PELACANI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 673 ss.; F. PESCE, *La Corte di cassazione*, cit., p. 563.



di fronte all'esercizio dell'opzione da parte del coniuge su diritti facenti parte del diritto privato necessario, come tali non derogabili e massimamente protetti dalla clausola di ordine pubblico. Infine, l'utilizzo del criterio di collegamento territoriale proprio dell'ordine pubblico di prossimità sembra rimettere in discussione il tema della possibile applicazione del principio del domicilio o della residenza abituale, quale proposta di superamento del diverso criterio della nazionalità¹¹⁶. In questa prospettiva, tale principio risulterebbe coerente con le prescrizioni proprie in materia di diritto internazionale privato. L'applicabilità della legge più prossima risulterebbe infatti coerente con altri principi sistematici dell'ordinamento, che richiedono che nell'individuazione della legge applicabile non venga meno il principio della tutela dei diritti fondamentali, categoria ai quali certamente appartengono i principi connessi al diritto di difesa come quelli sostanziali legati al principio di uguaglianza e non discriminazione.

6 - Kafala e poligamia ovvero l'ordine pubblico di fronte a possibili aperture ermeneutiche. Punto di forza e criticità

Non meno rilevanti per l'osservazione della evoluzione della stessa categoria dell'ordine pubblico sono ulteriori istituti di diritto familiare islamico, nella specie *kafala* e poligamia. Le riflessioni che a essi si connettono sono infatti collegate all'elevato grado di vulnerabilità dei soggetti coinvolti e alla più complessa riconducibilità dei due istituti propri della tradizione giuridica di ispirazione islamica nel contesto del diritto familiare italiano ed europeo¹¹⁷. Come è stato osservato, la determinazione degli istituti di diritto positivo non consente di ritenere pienamente compiuta l'identificazione di tutte le possibilità giuridiche offerte dalla matrice culturale e identitaria del diritto¹¹⁸. In questo senso, si tratta di comprendere come la clausola di ordine pubblico consenta la produzione di effetti a tutela dei soggetti più deboli anche laddove

¹¹⁶ Così già suggerito da S. TONOLO, *L'Italia e il resto del mondo*, cit., p. 185.

¹¹⁷ R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *La giurisprudenza italiana sulla kafala, tra influssi della dottrina e reazioni del legislatore*, in *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, a cura di S. BAGNI, M. NICOLINI, E. PALICI DI SUNI, L. PEGORARO, Giappichelli, Torino, 2016, p. 127 ss.; EAD., *La kafala, nel cielo del diritto*, in *Islamocr.*, 44, 2019, p. 215 ss.

¹¹⁸ F. ALICINO, *Diritti, identità*, cit., p. 27.



l'ordinamento positivo sembri non contemplare tale possibilità e, *a contrario*, come essa operi quale forma di sbarramento all'ingresso, ove tali istituti pongano questioni invalicabili in punto di rispetto e tutela della dignità delle soggettività coinvolte.

Nella sua forma convenzionale, la *kafala* opera nell'ordinamento italiano mediante la comparazione che la giurisprudenza compie con l'istituto dell'adozione¹¹⁹. Si tratta, in questo caso, di dar corpo al principio del superiore interesse del minore il quale, nella dimensione sovraordinata ed estesa agli ordinamenti giuridici interni, può essere ricondotto sotto la tutela della clausola di ordine pubblico¹²⁰. Non osterebbe a una tale riconducibilità la questione della possibile elusione che della normativa in materia di adozione internazionale si realizzi mediante l'applicazione della *kafala* alle ipotesi di ricongiungimento familiare¹²¹. In questo senso, la recente pronuncia della Suprema Corte n. 6909 del 2022 in materia di contrarietà della *kafala* all'ordine pubblico internazionale sembra rafforzare questa interpretazione¹²². Un argine a un tale comportamento elusivo proviene infatti dalla esclusione della diretta ricezione degli effetti dell'atto straniero nell'ordinamento ricevente, in favore della attribuzione a tale atto della natura di presupposto per l'adozione di un provvedimento amministrativo, specificamente un atto di ricongiungimento familiare interno¹²³. Nella specie, la pronuncia richiamata ha accolto la domanda degli adottanti diretta a ottenere il nulla osta al ricongiungimento familiare di una bambina ghanese, sul presupposto che l'atto di adozione si sia verificato nel rispetto della tradizione giuridica di tipo consuetudinario del paese di origine, avvenuta la ratifica del tribunale del luogo dopo verifica

¹¹⁹ G. CAROBENE, *Pratiche legali, diversità culturali e religiose nel rapporto dialettico tra kafala e adozione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 2019, p. 135 ss.; J. LONG, *Adozione e islam. Gli ordinamenti giuridici occidentali e il divieto islamico di adozione*, in *Studi Urbinati*, 2004, p. 185 ss.; M. ORLANDI, *La kafala islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Dir. fam. pers.*, 2, 2005, p. 635 ss.

¹²⁰ Sul punto, G. CAROBENE, *Kafala islamica e protezione di minori in Italia dopo la ratifica della Convenzione dell'Aja*, in *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità*, a cura di A. FUCCILLO, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 208.

¹²¹ In argomento, J. LONG, *Kafala e ricongiungimento familiare*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2008, p. 73 ss.; G. PASCALE, *Ricongiungimento familiare, diritti fondamentali e kafala islamica nella sentenza M.S. della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 795 ss.

¹²² Corte di Cassazione, Sezione I civile, ordinanza del 2 marzo 2022, n. 6909.

¹²³ F. ALICINO, *Diritti, identità*, cit., p. 33.



dell'idoneità della coppia a rispondere ai bisogni di cura propri della minore. In questo senso, trova conferma il rispetto del significato intrinseco della *kafala*, quale atto diretto alla garanzia della cura materiale e spirituale del minore, privo di ogni effetto in termini di determinazione del vincolo di parentela¹²⁴. Al contempo, la stessa natura dell'atto impedisce l'analogia con la diversa fattispecie adottiva, così scongiurando il rischio della violazione della clausola di ordine pubblico. Una tale compatibilità era stata peraltro già ampiamente affermata nel 2013 dalle Sezioni Unite¹²⁵. In tale occasione la Suprema Corte espresse principi che mostrano la loro piena utilità nella prospettiva di analisi propria qui adottata. In questo senso, la prevalenza dell'interesse del minore su ulteriori interessi confliggenti pare possa rafforzare l'idea della riconducibilità di tale principio sotto la protezione della stessa clausola di ordine pubblico¹²⁶. Ciò anche quando si tratti di tutela nell'ambito della più ampia disciplina interna dell'immigrazione, cui l'atto di ricongiungimento familiare, nella sua valenza di provvedimento amministrativo, va ricondotto¹²⁷. Al contempo, un'interpretazione diretta al totale sbarramento all'ingresso dell'istituto della *kafala* comporterebbe un rischio di illegittimità costituzionale per violazione dei principi di uguaglianza e non discriminazione nei confronti dei minori di religione islamica in situazione di vulnerabilità. Anche in tal caso, la protezione offerta dalla clausola di ordine pubblico, seppur bilanciata mediante lo strumento dell'atto presupposto, sembra non poter subire compressioni ingiustificate. Infine, salva ogni interpretazione analogica che impedirebbe una diretta attribuzione del vincolo di discendenza derivante dall'istituto dell'adozione, l'applicazione della *kafala* nella sua natura convenzionale non risulterebbe violare regole ermeneutiche con riferimento allo stesso concetto di famiglia. Quest'ultimo risulterebbe, in una tale interpretazione, godere di un grado di mobilità tale da poter ricomprendere, diversamente dal concetto di discendenza, quei vincoli fondati sulla convivenza nel paese di provenienza del cittadino

¹²⁴ V. CESARI, *La kafala di diritto islamico nella giurisprudenza italiana: evoluzione e nuove prospettive di riconoscimento*, in *Ilfamiliarista.it*, 26 marzo 2019.

¹²⁵ Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza n. 21108 del 2013.

¹²⁶ P. VIRGADAMO, *La Kafala tra ordine pubblico, miglior interesse del minore e tutela integrale della persona*, in *Dir. succ. fam.*, 1, 2019, p. 247.

¹²⁷ A. LANG, *Le Sezioni Unite chiariscono quando la kafalah è presupposto per il ricongiungimento familiare del cittadino italiano*, in *Dir. imm. citt.*, 3, 2013, p. 91 ss.



extracomunitario del quale si chiede il ricongiungimento o più ampie esigenze di cura materiale e morale¹²⁸.

Una tale capacità di ampiezza ermeneutica intorno al concetto di vincolo familiare pare possa essere posta alla base anche delle più recenti interpretazioni in ordine alla compatibilità dei matrimoni poligamici con l'ordine pubblico nazionale e internazionale¹²⁹. Prima ancora, come per la *kafala*, anche per l'istituto del matrimonio poligamico lo sbarramento totale derivante dalla rigida applicazione della clausola di ordine pubblico sembrerebbe superata sulla base della sua possibile riconducibilità alla categoria dell'atto presupposto. In tal senso, escluso ogni riconoscimento diretto di qualsivoglia vincolo matrimoniale successivo alla stipulazione del primo, l'unione poligamica costituisce fatto produttivo di effetti derivati, questi ultimi oggetto di specifica tutela¹³⁰. Il riferimento è alle questioni successorie, alla filiazione, alle posizioni di tipo previdenziale e alla più ampia categoria delle cause di natura risarcitoria, che trovano ragione nella natura del vincolo. Ne deriva un complesso sistema per cui l'indiretto riconoscimento della pari dignità di ordinamenti culturalmente distanti comporta il pieno rispetto delle prerogative della legge ricevente sulla base della clausola di ordine pubblico, salvi tuttavia gli effetti derivanti da istituti pienamente legittimi negli ordinamenti di origine. In tal senso, è sostenibile l'affermazione secondo cui l'ordine pubblico del caso concreto svolge la sua funzione protettiva del principio di uguaglianza e non discriminazione in capo ai soggetti che rischierebbero, nelle diversità ordinamentali, una derivata situazione di vulnerabilità. L'ordine pubblico si estenderebbe, pertanto, alla protezione di tali soggetti svolgendo il suo intrinseco compito di tutela degli stessi principi posti a fondamento dell'ordinamento ricevente.

¹²⁸ E. CECCHERINI, *La tutela del minore straniero e la nozione di legami familiari: il riconoscimento della kafala*, in *DPCE Online*, 2019, 1743 ss.; G. CAROBENE, *Pratiche legali*, cit., p. 139 ss.

¹²⁹ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Ordine pubblico matrimoniale e poligamia nella disciplina del ricongiungimento familiare*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2, 2019, p. 417 ss.; R. MONTINARO, *Identità culturale e diritti della persona nelle relazioni familiari: la clausola generale dell'ordine pubblico internazionale ed il ruolo del giudice*, in *Jus*, 1, 2020, p. 5 ss.

¹³⁰ N. COLAIANNI, *Poligamia e principi*, cit. p. 142 ss; E. GIARNIERI, *Matrimonio islamico: caratteri e limiti di compatibilità con l'ordinamento italiano*, in C. CARDIA, G. DALLA TORRE (a cura di), *Comunità islamiche in Italia*, cit., p. 342



Più recentemente, le questioni poste dall'incompatibilità sistematica dell'istituto del matrimonio poligamico con gli ordinamenti di matrice occidentale sembrano assumere nuove prospettive di analisi.

Il primo nodo riguarda il possibile superamento del consolidato orientamento secondo cui l'istituto del matrimonio poligamico non possa essere fatto valere per l'ottenimento del ricongiungimento familiare, ove esso sia stato contratto a fini elusivi della legislazione in materia di immigrazione¹³¹. A tale orientamento si aggiunge il più netto dato normativo di cui alla Direttiva n. 86 del 2003, che stabilisce il divieto di ricongiungimento familiare qualora derivante da matrimonio poligamico¹³². La normativa interna¹³³ ha conseguentemente recepito il divieto espresso di ricongiungimento familiare, nel caso in cui il cittadino regolarmente soggiornante sia coniugato con altro coniuge nel territorio nazionale. Le teorie che fanno capo all'ordine pubblico attenuato hanno trovato in tale ambito diverso sostegno¹³⁴. L'ordine pubblico attenuato consentirebbe cioè di effettuare un giudizio di comparazione degli effetti lesivi che l'ingresso dell'istituto vietato causerebbe nell'ordinamento ricevente. La salvezza degli effetti derivanti dal matrimonio poligamico deriverebbe quindi da una valutazione di accettabilità del sacrificio di interessi contrapposti.

Nella sostanza, il riconoscimento della natura poligamica del rapporto matrimoniale comporterebbe il conseguente riconoscimento di spazi di tutela a esso connessi, salva l'applicabilità della clausola di ordine pubblico nei confronti dei soggetti più deboli che potrebbero, in ipotesi, subire un maggior danno a causa di un tale riconoscimento. In questo senso, la teoria dell'ordine pubblico attenuato variamente interpretata¹³⁵ sulla base della tutela della dignità delle soggettività coinvolte, necessiterebbe della costante valutazione del caso concreto,

¹³¹ **P. MOROZZO DELLA ROCCA**, *Ordine pubblico*, cit., **F. DI PIETRO**, *La poligamia e i ricongiungimenti di famiglie poligamiche in Spagna e Italia*, in *Cuadernos de Derecho transnacional*, 1, 2015, p. 56 ss.

¹³² Tra i molti, **V. PETRALIA**, *Ricongiungimento familiare e matrimonio poligamico. Il riconoscimento di valori giuridici stranieri e la tutela delle posizioni deboli*, in *Quad. eur.*, 49, 2013, p. 3 ss.

¹³³ Si tratta della disciplina dell'art. 29 del Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

¹³⁴ **P. MOROZZO DELLA ROCCA**, *Ordine pubblico*, cit., p. 428.

¹³⁵ Sull'interpretazione in senso filantropico, **P. MOROZZO DELLA ROCCA**, *Ordine pubblico*, cit., p. 431.



così avvicinandosi agli orientamenti già analizzati, attraverso i quali la giurisprudenza di legittimità è recentemente giunta ad approdi di tipo espansivo in materia di ripudio.

Allo stesso risultato condurrebbero quelle teoriche che fondano il diritto al riconoscimento del vincolo poligamico sulla base del diritto all'identità culturale della moglie¹³⁶, ferma la necessità di prevenire il rischio di causazione o aggravamento di condizioni di vulnerabilità. Tale tesi, tuttavia, come è stato autorevolmente sostenuto, implicherebbe il rischio di condurre a un passo indietro con riguardo alla determinazione delle regole applicabili nel campo del diritto internazionale privato. La stessa infatti fonderebbe un ritorno della teoria del principio di nazionalità che, come già analizzato, l'ordinamento italiano ha dimostrato di non voler pienamente accogliere¹³⁷. Per altro verso, il sostegno alle teorie dei diritti culturali rischierebbe di portare a un eccesso di frammentazione di sistemi giuridici, applicabili sulla base della persona e della fede professata, in un'ottica di disgregazione normativa e sociale non necessariamente auspicabile¹³⁸.

Il secondo nodo attiene all'analisi delle problematiche connesse al riconoscimento delle unioni poligamiche sulla base dei soli presupposti civilistici e, in particolare, alle recenti evoluzioni della disciplina in materia. Il riferimento è prioritariamente all'applicazione del concetto di famiglia in chiave dinamica che, a partire dalla giurisprudenza della Corte EDU che ha inciso sulla classificazione delle relazioni familiari come anche riferite alle unioni diverse dal matrimonio¹³⁹, è giunta a

¹³⁶ Così **N. COLAIANNI**, *Poligamia*, cit., p. 145; **R. BENIGNI**, *Identità culturale e regolazione dei rapporti di famiglia tra applicazioni giurisprudenziali e dettami normativi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., novembre 2008, p. 18 ss.; **L. MANCINI**, *Società multiculturale e diritto italiano. Alcune riflessioni*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 2000, p. 71 ss.; **G. CAVAGGION**, *Nuove e vecchie sfide per i valori europei: tra "promozione dello stile di vita europeo" e difesa delle identità culturali*, in *Centro studi sul federalismo, research papers*, 2023, p. 1 ss.

¹³⁷ **N. COLAIANNI**, *Poligamia*, cit., p. 146.

¹³⁸ **C. CARDIA**, *Carta dei valori e multiculturalità alla prova della Costituzione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., dicembre 2008, p. 1 ss.; inoltre in senso più ampio sul fenomeno della frammentazione giuridica anche in materia matrimoniale e rapporto con i diritti religiosi, **P. PAROLARI**, *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2020.

¹³⁹ Il riferimento è alla sentenza CEDU *Schalk e Kopf c. Austria*, 26 giugno 2010, che afferma il diritto delle coppie omosessuali alla vita familiare; sul punto, **D. FERRARI**, *Quando tutte le strade portano al legislatore: ancora un nulla di fatto per il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Italia, anche se vi è un diritto alla vita familiare*, in *Consulta Online*,



ricomprensivi anche forme latamente poligamiche ma prive di un referente religioso¹⁴⁰. Tali sarebbero le relazioni di tipo poliamoroso, con le quali ci si riferisce ai casi di situazioni di convivenza familiare plurima, senza caratterizzazione in termini di genere ed essenzialmente tese, nella loro manifestazione esterna, all'ottenimento dei diritti che l'ordinamento riconosce ad altri tipi di unione, come nel caso delle famiglie di fatto. Le relazioni poliamorose sarebbero esemplificative di un concetto culturalmente esteso di famiglia che, a prescindere dal carattere sessuato, si innesta su relazioni di cura e finanche di tutela di alcune possibili posizioni di vulnerabilità, come quelle riferite alla minore età¹⁴¹. Tali relazioni si inserirebbero nel più ampio processo di emersione di nuovi modelli familiari, a fronte di una flessione o erosione del principio monogamico¹⁴². In questo senso, gli studi sulla natura e struttura civilistica delle relazioni poliamorose si riferiscono a esse come forme di poligamia post-moderna, stante il superamento del modello gerarchico monoandrico e poliginico proprio della poligamia di matrice islamica, in favore di relazioni essenzialmente egualitarie¹⁴³. Se pertanto il rilievo critico di tali teorie è posto sull'etnocentrismo occidentale dell'unione monogamica, della poligamia islamica è fatta salva la natura plurale dell'unione ma non l'unidirezionalità del potere di scelta.

Nell'economia della presente riflessione, le relazioni poliamorose nel loro rapporto con l'ordine pubblico pongono alcune questioni. La prima attiene al rapporto con il concetto di matrimonio e famiglia. La richiesta di riconoscimento dell'unione poliamorosa pone infatti il problema dell'adesione ai principi propri dell'ordine pubblico matrimoniale costituiti sulla base del modello dell'unione monogamica. Se un tale aspetto accomuna il riconoscimento delle relazioni poliamorose con quello della poligamia islamica, la totale assenza di riferimenti all'ambito religioso ne segna la totale distanza. Differentemente dal poliamore, la poligamia è istituto nascente

2012, p. 1 ss.; **G. FERRANDO**, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso: dalla discriminazione alla pari dignità*, in *Pol. dir.*, 2014, p. 359 ss.

¹⁴⁰ **M.R. MARELLA, G. MARINI**, *Di cosa parliamo*, cit. p. 119 ss.

¹⁴¹ **M. DI MASI**, *Sull'istituzionalizzazione del poliamore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 37, 2019, p. 145 ss.

¹⁴² **M.R. MARELLA, G. MARINI**, *Di cosa parliamo*, cit., p. 67.

¹⁴³ **C. TROISI**, *Disciplina civilistica delle unioni poliamorose. Le nuove frontiere dei paradigmi familiari*, in *Comp. dir. civ.*, 2024, p. 35 ss; **A. VERCELLONE**, *Più di due. Verso uno statuto giuridico della famiglia poliamore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 2017, p. 607 ss.



nell'ambito del diritto confessionale, da cui deriva la sua natura mista religiosa e civile. Un generale assorbimento della poligamia nel discorso teso al riconoscimento civilistico delle nuove forme di famiglia rischierebbe pertanto di lasciare irrisolte questioni essenziali, afferenti al rapporto tra ordinamenti confessionali e secolari¹⁴⁴.

Del pari, il principio di uguaglianza tra sessi protetto dalla clausola di ordine pubblico incontra nell'unione poligamica l'insuperabile questione della disparità, salva la possibile valorizzazione dell'eventuale consenso della donna. L'elemento consensuale accomunerebbe, nei risultati, la poligamia alle riflessioni già effettuate in relazione al ripudio islamico, ma nella fase costitutiva dell'unione la violazione dei principi di uguaglianza e parità coniugale impedisce l'assimilazione del matrimonio poligamico con quello monogamico, con ciò impedendone l'ingresso nell'ordinamento dello Stato ricevente.

Differentemente, la relazione poliamorosa non sembra prefiggersi lo scopo del raggiungimento di un'assimilazione all'unione matrimoniale, quanto quello dell'allargamento delle tutele nei confronti delle soggettività coinvolte dalla relazione stessa. In questo senso, l'elasticità a contenuto variabile della relazione poliamorosa non richiede verifiche quanto all'atto, bensì riconoscimento dei diritti nascenti dal rapporto.

Assunta la mancata eguaglianza tra poligamia religiosa e poliamore, l'eventuale riconoscimento della diversità di modelli familiari sembra tuttavia poter produrre effetti favorevoli in entrambi i casi. Salvo ogni comportamento elusivo della normativa a protezione della genuinità dei vincoli familiari, l'equiparazione in punto di effetti derivanti dai rapporti si pone in una relazione positiva con la clausola di ordine pubblico, ove essa sia diretta alla protezione proprio di quelle situazioni di vulnerabilità più volte segnalate. In questo senso, l'interesse superiore del minore costituisce, per primo, valido argomento in favore del riconoscimento delle relazioni diverse dalla monogamica. Bilanciato con il principio di dignità della persona umana, l'ordine pubblico salvaguarderebbe principi essenziali, garantendo tutela alle situazioni di fatto nascenti dai vincoli non riconosciuti in via diretta dall'ordinamento giuridico che è chiamato a tutelare.

¹⁴⁴ N. COLAIANNI, *Poligamia*, cit., p. 149.



7 - Osservazioni conclusive

L'analisi del funzionamento e applicazione della clausola di ordine pubblico nel rapporto tra ordinamento civile e ordinamenti religiosi con riguardo agli statuti personali evidenzia punti fermi e questioni irrisolte.

In tale relazione, la clausola di ordine pubblico mostra una natura elastica di tipo evolutivo, consentendo la difesa dei principi dell'ordinamento giuridico e della sua sovranità unitamente alla garanzia del rispetto di principi intangibili, come l'uguaglianza e non discriminazione e il principio di laicità. Il rispetto di tali principi sembra essere sollecitato all'atto dell'incontro con ordinamenti giuridici di tradizione religiosa, in particolar modo islamica, la cui comprensione di alcuni dei principali istituti di diritto familiare e matrimoniale risponde a criteri assiologici anche molto distanti da quelli protetti dall'ordine pubblico nazionale e internazionale. In tale ambito, l'ordine pubblico è chiamato a dirimere possibili conflitti che interessano il più ampio rapporto tra diverse visioni delle relazioni intersoggettive, così rivelando una natura non strettamente securitaria, quanto di mediazione all'interno di società sempre più policulturali¹⁴⁵. Ciò avviene essenzialmente attraverso il bilanciamento tra soglie di sbarramento e traduzione degli effetti giuridici degli atti entro l'ordinamento. In questa dinamica, l'ordine pubblico assume carattere valutativo, la cui ampiezza applicativa è strettamente legata al valore della stessa clausola. Le teorie dell'ordine pubblico attenuato e di prossimità sembrano modulare lo spazio di applicazione della clausola ora in senso estensivo, ora preclusivo, quando tale applicazione sia diretta alla valutazione del caso concreto. Così, la recente giurisprudenza di legittimità ha espresso, a poca distanza, posizioni anche molto diverse sulla validità di istituti giuridici di diritto familiare di tradizione islamica nel contesto dell'ordinamento italiano. Una tale differenza denota un utilizzo mutevole della clausola di ordine pubblico sostanziale e processuale. Se, in un caso, questa svolge una funzione assolutamente ostativa all'ingresso dell'atto di divorzio islamico sulla base di valutazioni di diritto, nell'altro, l'apertura verso l'ordinamento giuridico ricevente è

¹⁴⁵ Sulla questione delle istanze identitarie provenienti da gruppi religiosamente minoritari, **M. PARISI**, *Diversità dei valori culturali e tutela dei diritti umani fondamentali: riflessioni sulle tecniche di gestione delle istanze identitarie delle minoranze*, in *Dir. eccl.*, 2012, 1-2, p. 79 ss.



consentita secondo la valutazione degli effetti nel caso concreto, nella specie nella verifica di non contrarietà di questi ultimi con l'ordine pubblico. Nell'un caso come nell'altro, le applicazioni giurisprudenziali dell'ordine pubblico sono chiamate, con più rigore, a svolgere una funzione di tutela delle soggettività più vulnerabili dagli effetti derivanti dall'ingresso (o dallo sbarramento) degli istituti giuridici che le vedono coinvolte¹⁴⁶.

Nello stesso senso si dirigono gli approcci ermeneutici che attribuiscono agli istituti di diritto religioso la natura di atti presupposti per il compimento di provvedimenti interni, così attribuendo loro efficacia indiretta, escluso ogni riconoscimento in via principale. Ciò che rende particolarmente efficace tale lettura è la stessa applicazione della clausola di ordine pubblico che, se da un lato impedisce assimilazioni elusive della legislazione interna, dall'altro si pone come presupposto per lo stesso riconoscimento degli effetti degli istituti di ordinamenti terzi.

In tal senso, la difesa del superiore interesse del minore nel caso della *kafala* convenzionale trova la sua giustificazione proprio nei principi fondamentali che l'ordine pubblico è chiamato a proteggere¹⁴⁷. Salvo ogni tentativo di interpretazione analogica con i differenti istituti adottivi nazionali, l'ordine pubblico consentirebbe pertanto l'esplicazione degli effetti dell'atto a tutela di possibili condizioni di vulnerabilità. Un simile approccio ermeneutico delle norme di diritto interno, sembra, peraltro, consentire una lettura estensiva dello stesso concetto di rapporto familiare e condurre a simili risultati anche per altri istituti come, ad esempio, nel caso del matrimonio poligamico. In questo ambito, l'ordine pubblico attenuato sembra significare riconoscimento bidirezionale di tutela per i soggetti vulnerabili, sulla base del caso concreto.

Se questi risultati sembrano poter provenire anche dall'affermarsi di nuovi modelli secolari di famiglia, la totale assimilazione di questi ultimi con i diversi istituti di diritto confessionale rischierebbe di trascurare i profili che la natura religiosa di questi ultimi comporta. In questo senso, solo nella dinamica dei rapporti tra ordine pubblico e

¹⁴⁶ V. PETRALIA, *Ricongiungimento familiare*, cit., p. 15.

¹⁴⁷ A. DI PASCALE, *La kafalah al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: tra tutela dell'interesse del minore e preoccupazioni di ordine pubblico*, in *Dir., imm. citt.*, 4, 2012, p. 113 ss.



istituti confessionali si pone anche una questione di rapporto con principi di natura religiosa. Rispetto a questi ultimi, si pone un maggior problema di armonizzazione con i principi interni ed europei a difesa dei diritti fondamentali della persona umana. Apparentemente, se l'affermazione di nuovi modelli di famiglia pare poter trovare, nello spirito della tutela dei diritti fondamentali dichiarati nelle Carte europee e nelle convenzioni internazionali, un più facile riconoscimento, il percorso per l'affermazione degli istituti di diritto confessionale pare essere più facilmente precluso proprio per la loro contrarietà alla clausola di ordine pubblico. Se, come è stato autorevolmente sostenuto, l'ordine pubblico costituzionalmente orientato consente una maggiore armonizzazione tra diversi ordinamenti interni, gli ordinamenti confessionali rischiano invece l'espulsione in quanto portatori di visioni valoriali differenti da quelle affermate nelle Carte europee¹⁴⁸.

Stante la centralità della questione per il crescere delle appartenenze plurali nel contesto italiano ed europeo, il tema deve essere affrontato anche alla luce di percorsi di cooperazione tra Corti e tra Stati nell'interpretazione dei principi delle Carte citate. Al contempo, la strada che sembra affermarsi nella giurisdizione interna è quella della valutazione di compatibilità sulla base degli effetti concreti degli atti e degli istituti. In questo senso, le prime aperture da parte del giudice di legittimità, seppure criticabili in relazione alla non piena valutazione degli effetti del riconoscimento degli atti sui soggetti più deboli, sembrano tuttavia accogliere una visione meno rigidamente conflittuale. La sindacabilità sugli effetti prodotti dal riconoscimento, quantomeno indiretto, degli istituti di diritto confessionale, contribuirebbe così a una maggiore apertura dialogica tra ordinamenti e a scongiurare il rischio di una chiusura aprioristica in danno delle stesse soggettività vulnerabili.

Del pari, essa sembra contribuire al superamento della visione di assoluta incompatibilità tra ordinamento nazionale e istituti confessionali, recuperando quell'ispirazione manciniana che individuava nella paritarietà universale tra ordinamenti il primo elemento alla base della loro relazione.

¹⁴⁸ N. MARCHEI, *Ordine pubblico "internazionale"*, cit., p. 151.

