



**Elena Falletti**

(ricercatore di Diritto privato comparato presso l'Università Carlo Cattaneo –  
LIUC di Castellanza, Scuola di Diritto)

## **L'impatto culturale dell'immigrazione islamica sull'ordinamento giudiziario italiano: alcune riflessioni \***

**SOMMARIO:** 1. Introduzione - 2. Libertà di religione ed espressione dell'identità culturale - 3. La costruzione delle moschee - 4. La vestizione del velo - 5. La pratica sommersa delle mutilazioni genitali femminili - 6. Il diritto di famiglia - 7. Il matrimonio - 8. I matrimoni poligamici - 9. I matrimoni forzati - 10. I diritti successori - 11. Ripudio e divorzio - 12. *Kafalah* e adozione - 13. Conclusioni. La necessaria unitarietà dell'ordinamento giuridico contro la discriminazione. Il caso delle giurisdizioni speciali shariaitiche: un'esperienza da non imitare.

### **1 - Introduzione**

Negli ultimi vent'anni<sup>1</sup>, l'Italia ha visto l'incremento dei flussi migratori raggiungere un numero stimato di circa cinque milioni e mezzo<sup>2</sup> di persone tra immigrati stranieri registrati e irregolari. Tra loro la presenza islamica è in crescita: si tratta di un fatto certo, seppure recente<sup>3</sup> e di difficile quantificazione<sup>4</sup>. Di fronte a tale presenza migratoria, si osserva che il modello italiano di integrazione, che ha eretto il fabbisogno della domanda di lavoro come uno dei criteri di riferimento per decidere del diritto

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

<sup>1</sup> V. **CESAREO**, *Vent'anni di immigrazione in Italia*, in V. **CESAREO**, *Ventesimo Rapporto sulle migrazioni: 1994-2014*, Fondazione ISMU, Milano, 2014, p. 7.

<sup>2</sup> **MIGRANTES**, *XXIV Rapporto Migrazioni 2014*, in [www.chiesacattolica.it](http://www.chiesacattolica.it); C. **WIHOTL DE WENDEN**, *Atlante Mondiale delle Migrazioni*, Vallardi, Milano, 2012, p. 40. Per una ricostruzione del fenomeno negli ultimi 15 anni si veda: M. **DE DONATO**, A. **STIFANO**, M.P. **BORSCHI**, *15 anni di sbarchi in Italia e nel Mediterraneo*, Dossier Statistico Immigrazione 2014, Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali, Roma, 2014, p. 50 ss.

<sup>3</sup> E. **CAMASSA**, *Caratteristiche e modelli organizzativi dell'Islam italiano a livello locale: tra frammentarietà e mimetismo giuridico*, in C. Cardia, G. Dalla Torre (a cura di), *Comunità islamiche in Italia: identità e forme giuridiche*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 125.

<sup>4</sup> R. **ALUFFI BECK-PECCOZ**, *Islam: unità e pluralità*, in S. Ferrari (a cura di) *Musulmani in Italia*, il Mulino, Bologna, 2000, p. 53.



all'ingresso e alla permanenza in Italia<sup>5</sup>, sembrerebbe essere in difficoltà a causa della crisi economica persistente e sistematica<sup>6</sup>. Tale circostanza rischierebbe di rallentare l'integrazione delle persone immigrate più recentemente. Anche se il fattore lavorativo riguarda uno solo degli aspetti della vita personale, si potrebbe investigare a questo proposito se e quanto la persistenza del legame religioso possa contribuire a rafforzare la loro identità<sup>7</sup>, intesa "come valore rifugio" (tanto individuale quanto collettivo) "di fronte al "nuovo" contesto e alle relative difficoltà di inserimento"<sup>8</sup>.

Il fenomeno parrebbe particolarmente evidente nella realtà italiana dove le istituzioni pubbliche<sup>9</sup> non sembrano essere neutre nei confronti dell'articolato panorama multireligioso, il quale non

*"trova ancora un adeguato riconoscimento in un contesto giuridico di cui da tempo si auspica un perfezionamento ma che non trova ancora un adeguato riconoscimento in un contesto giuridico di cui da tempo si auspica un perfezionamento"*<sup>10</sup>.

A questo proposito, va però ricordato che in Italia la neutralità delle istituzioni pubbliche nei confronti della religione nasce in relazione al particolare rapporto con la Chiesa cattolica e con i suoi valori<sup>11</sup>. Sul punto vi è chi, condivisibilmente, afferma che in merito alla situazione italiana "non soltanto i giudici, ma soprattutto la politica e la stessa società, si trovano ad applicare categorie controverse e non hanno sviluppato fino in fondo un modello che si adatti anche alle religioni diverse da quella cattolica"<sup>12</sup>.

---

<sup>5</sup> L. ZANFRINI, *Convivere con il "differente". Il modello italiano alla prova dell'immigrazione*, in *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, 2012, p. 118 ss.

<sup>6</sup> F. CANCELLATO, *Bonomi, "I profughi sono i nuovi rom, capri espiatori della nostra società"* (in <http://www.linkiesta.it/aldo-bonomi-profughi-europa>), 17 luglio 2015.

<sup>7</sup> F. PITTAU, F. ZANNINI, P. NASO, C. PARAVATI, *Per un nuovo approccio alla multireligiosità in Italia*, in IDOS, *Dossier Statistico Immigrazione 2014*, cit., p. 194; G. DEMAIO, L. DI SCIULLO, M.P. NANNI, F. PITTAU, *Il panorama multireligioso italiano: il contributo dell'immigrazione*, in P. Naso (a cura di), *Religioni, Dialogo, Integrazione*, Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, Direzione Centrale degli Affari dei Culti del Ministero dell'Interno, Roma, 2013, p. 56.

<sup>8</sup> G. DEMAIO, L. DI SCIULLO, M.P. NANNI, F. PITTAU, *Il panorama multireligioso italiano*, cit., p. 56.

<sup>9</sup> G. ZAGREBELSKY, *Scambiarsi la veste*, Laterza Editore, Roma-Bari 2010, p. 10 ss.

<sup>10</sup> IDOS, *Dossier Statistico Immigrazione 2015, Scheda di sintesi*, Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali Roma, 2015, p. 3.

<sup>11</sup> M.E. D'AMICO, *Laicità costituzionale e fondamentalismi religiosi tra Italia ed Europa considerazioni a partire da alcune decisioni giurisprudenziali*, in *Quaderni Laici, Laicità, fondamentalismi religiosi e diritti delle donne*, n. 15/16, 2016, p. 89.

<sup>12</sup> M.E. D'AMICO, *Laicità costituzionale*, cit.



Tuttavia, vi è chi afferma, non senza fondamento, che ormai “*la globalizzazione religiosa, accentuata dall’immigrazione, è un fattore strutturale anche in Italia*”<sup>13</sup>. Anche se la presenza di immigrati di fede islamica non è maggioritaria rispetto alla presenza numerica di immigrati di altre fedi<sup>14</sup> a parere di chi scrive sembrerebbe interessante verificare come reagisca l’ordinamento giudiziario italiano, soprattutto in considerazione della rigidità della Sharia, che racchiude in sé un complesso unificante di norme religiose, giuridiche e sociali, rispetto al quale il potere politico avrebbe un ruolo di mera applicazione in quanto lo Stato non può legiferare oltrepassandone i dettami<sup>15</sup>. Siffatta commistione tra religione, Stato e diritto è estranea ai principi illuministici di separazione tra i poteri dello Stato che caratterizzano le moderne democrazie occidentali<sup>16</sup>. Alcuni tentativi di convivenza improntati sul riconoscimento delle peculiarità culturali della tradizione shariatica hanno avuto realizzazione in Inghilterra<sup>17</sup>, tuttavia con risultati contrastanti e lesivi del principio di non discriminazione, soprattutto nei confronti delle donne.

Alla luce di ciò, in questo contributo ci si vuol chiedere quale sia l’impatto culturale della presenza islamica sull’ordinamento italiano, in altri termini come quest’ultimo riesca garantire la parità formale ovvero sostanziale dei consociati di fronte all’ordinamento giuridico italiano e ai suoi principi fondamentali.

## 2 - Libertà di religione ed espressione dell’identità culturale

L’eterogeneità della presenza islamica in Italia non ha facilitato la soluzione di un problema complesso e durevole, da tempo oggetto di una polemica marcatamente politica che non raramente travalica i limiti

---

<sup>13</sup> G. DEMAIO, L. DI SCIULLO, M. P. NANNI, *Il panorama multireligioso italiano*, cit., p. 55.

<sup>14</sup> G. DEMAIO, L. DI SCIULLO, M. P. NANNI, *Il panorama multireligioso italiano*, cit., p. 55. Secondo i dati riportati dal citato studio, l’incidenza degli immigrati di fede cristiana supera la metà del totale (53,9%), mentre i musulmani rappresentano un terzo della popolazione immigrata (32,9%) e i fedeli di tradizioni religiose orientali (induisti, buddhisti e altri) poco più di un ventesimo (5,9%). Viene mostrato quanto sia improprio in Italia parlare di una “invasione” di persone di diversa religione.

<sup>15</sup> P. PALERMO, *Islam e shari’a: tra libertà e diritto alla diversità religiosa. Una sintesi sulle possibili prospettive europee di convergenza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2010, p. 1.

<sup>16</sup> L. PAUDICE, *Laicità e tolleranza di fronte alla sfida dell’Islam*, in AA. VV., *Tolleranza per l’intollerante? L’Occidente e l’Islam*, Editrice Clinamen, Forlì, 2015, pp. 87-88.

<sup>17</sup> M. ZEE, *Choosing Sharia*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2016, p. 95 ss.



dell'intolleranza<sup>18</sup>. Ci si riferisce alla disponibilità di luoghi appropriati per la recita delle preghiere e la celebrazione dei riti religiosi, in particolare delle moschee<sup>19</sup>. Infatti, generalmente le persone di fede musulmana esercitano il loro culto in garage o magazzini abbandonati<sup>20</sup>. Di pari virulenza si registra la polemica su una questione legata alla libertà personale e al diritto di autodeterminazione, cioè la scelta delle donne credenti di velarsi il capo. In entrambi i casi le polemiche, spesso a fini elettorali, provengono prevalentemente solo da alcune parti politiche, in particolare localistiche ovvero di estrema destra<sup>21</sup>. Di seguito si analizzano i punti salienti di entrambe le questioni.

### 3 - La costruzione delle moschee

Come è noto, a causa delle loro eterogeneità<sup>22</sup> e frammentazione<sup>23</sup>, le comunità islamiche presenti in Italia non hanno ancora ratificato alcuna intesa con lo Stato italiano ai sensi dell'art. 8 della Costituzione italiana. A questo proposito, va ricordato che la Costituzione riconosce un diritto, ma non impone un obbligo di sottoscrivere l'intesa con lo Stato italiano. Infatti, quantunque sia significativa la presenza di fedeli musulmani in Italia, i negoziati per la conclusione di un'intesa non sono neppure iniziati<sup>24</sup>.

Seppure la registrazione dei credenti non sia ammissibile per gli evidenti motivi di tutela della riservatezza e dell'illiceità di una raccolta di dati personali di tal fatta, in Italia si suppone che i musulmani rappresentino il 33,1% degli immigrati<sup>25</sup>, aventi a loro disposizione almeno 200 luoghi di

---

<sup>18</sup> **A. ROCCELLA**, *L'edilizia di culto islamica. Contro la tirannia della maggioranza*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, pp. 347-349.

<sup>19</sup> **A.M. MANCUSO**, *La presenza islamica in Italia: forme di organizzazione, profili problematici e rapporti con le Istituzioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 32/2012, p. 6.

<sup>20</sup> **L. CARBONE, R. VICARIO**, *Cambio di destinazione d'uso per la creazione di luoghi di culto*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2012, I, p. 85.

<sup>21</sup> **R. BIN**, *Balilla al potere?* In *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2008, pp. 1-2.

<sup>22</sup> **A.M. MANCUSO**, *La presenza islamica in Italia*, cit.; **P. DI MOTOLI**, *I conflitti nell'Islam organizzato in Italia*, in *Quaderni Laici, L'Islam in Occidente*, 2013, p. 54.

<sup>23</sup> **G. DALLA TORRE**, *Considerazioni sulla condizione giuridica dell'Islam in Italia*, in **AA. VV.**, *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, cit., p. 37.

<sup>24</sup> **P. DI MOTOLI**, *I conflitti nell'Islam organizzato in Italia*, cit., p. 53; **F. ALICINO**, *Imams and other Religious Authorities in Italy*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 1/2015, p. 16 ss.; **M. CARNÌ**, *I ministri di culto delle confessioni religiose di minoranza: problematiche attuali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 19/2014, p. 26.

<sup>25</sup> Secondo l'indagine IDOS pubblicata nel 2014, gli immigrati in Italia sono 5.364.000, di



preghiera allocati in centri culturali o associazioni<sup>26</sup>, mentre il parere del “Comitato per l'Islam italiano” afferma che i luoghi di preghiera sono 764<sup>27</sup>. Tuttavia, di fronte a questa confusione di dati, è certo che le moschee stabilite in conformità alla legge italiana e alla Sharia cioè complete di minareto e cupola<sup>28</sup> sono sei e si trovano a Segrate, Roma, Palermo, Catania, Ravenna e Colle Val d'Elsa<sup>29</sup>.

Emergono quindi le controversie che vedono contrapposti i politici, le comunità islamiche e le autorità locali per quel che concerne l'emanazione di una concessione edilizia per la costruzione di una moschea. La soluzione di siffatte controversie è demandata ai tribunali amministrativi regionali<sup>30</sup>, i quali applicano regolamentazioni edilizie comunali ovvero regionali relative alla pianificazione urbanistica territoriale, con risultati controversi, anche in relazione a discipline deliberatamente restrittive in materia<sup>31</sup>. Sul

---

questi i fedeli musulmani sarebbero 1.628.000 (F. PITTAU, F. ZANNINI, P. NASO, C. PARAVATI, M.P. BORSCI, A. COLAIACONO, *Per un nuovo approccio alla multireligiosità in Italia*, in *Dossier Statistico Immigrazione*, 2014, p. 191). Tale tendenza è confermata dalle statistiche IDOS per l'anno 2015 (IDOS, *Dossier Statistico Immigrazione 2015*, cit., p. 3).

<sup>26</sup> Dati desunti dalla consultazione del sito <http://www.arab.it/almarkaz.html>, collegato a un servizio di traduzione italo-arabo, e dalla voce “Islam in Italia” (consultato su [https://it.wikipedia.org/wiki/Islam\\_in\\_Italia](https://it.wikipedia.org/wiki/Islam_in_Italia)) secondo cui i luoghi di culto islamici in Italia sarebbero più di 700.

<sup>27</sup> **COMITATO PER L'ISLAM ITALIANO**, *Luoghi di culto islamici*, Parere consultivo del 27 gennaio 2011.

<sup>28</sup> **COMITATO PER L'ISLAM ITALIANO**, *Luoghi di culto islamici*, cit.

<sup>29</sup> F. OLIOSI, *La questione dei luoghi di culto islamici nell'ordinamento italiano: alla ricerca di un porto sicuro*, in *Comunità Islamiche in Italia*, cit., p. 191.

<sup>30</sup> TAR Lombardia, Brescia, 28 dicembre 2013, n. 1176; TAR Lombardia, Milano, 16 aprile 2015, n. 943.

<sup>31</sup> Legge Regione Lombardia 3 febbraio 2015, n. 2, *Modifiche alla legge regionale 11 marzo 2005, n. 12 (Legge per il governo del territorio) - Principi per la pianificazione delle attrezzature per servizi religiosi* (BURL n. 6, suppl. del 5 febbraio 2015). Con la sentenza 24 marzo 2016, n. 63, la Corte costituzionale italiana ha dichiarato parzialmente incostituzionale la summenzionata legge poiché “le disposizioni censurate, considerate nella loro *ratio* e nel loro contenuto essenziale (...), perseguono evidenti finalità di ordine pubblico e sicurezza”. Tali finalità erano perseguite con modalità censurabili: da un lato attraverso la predisposizione di pareri dei rappresentanti delle forze dell'ordine oltre agli uffici provinciali di questura e prefettura, in merito all'autorizzazione alla costruzione dell'edificio di culto afferente a una confessione religiosa che non abbia stabilito una Intesa con lo Stato italiano; dall'altro lato rispetto alla gestione a posteriori della frequentazione di siffatti luoghi di culto con la realizzazione di capillari sistemi di videosorveglianza collegati con le forze dell'ordine, al fine di valutare possibili profili di sicurezza pubblica. Sotto siffatti profili, le disposizioni regionali sono da ritenersi costituzionalmente illegittime, in quanto eccedono dai limiti delle competenze attribuite alla Regione Lombardia (Corte costituzionale, 24 marzo 2016, n. 63, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)). In



punto è intervenuta la Corte costituzionale, la quale ha affermato che una lettura unitaria dei principi costituzionali riconosce alla Regione il potere di comporre i diversi interessi emergenti dal territorio e pertanto "a dedicare specifiche disposizioni per la programmazione e realizzazione di luoghi di culto"<sup>32</sup>.

Tuttavia tale attività di governo conosce dei limiti molto ben definiti, specie nel caso in cui il legislatore regionale entrasse in un ambito ultroneo alle sue competenze ove

*"sussistono forti e qualificate esigenze di eguaglianza, se, ai fini dell'applicabilità di tali disposizioni, impone requisiti differenziati, e più stringenti, per le sole confessioni per le quali non sia stata stipulata e approvata con legge un'intesa ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost."*<sup>33</sup>,

come nel caso della religione islamica. A questo proposito, vi è in dottrina chi parla di "geometria variabile della libertà religiosa"<sup>34</sup>. La questione sensibile della disponibilità di un luogo appropriato alla preghiera, quale aspetto essenziale del diritto alla libertà religiosa deve essere garantito indipendentemente dall'orientamento della maggioranza che governa gli enti locali. La disciplina urbanistica può solo influenzare gli aspetti urbanistici e abitativi della costruzione dell'edificio adibito al culto, non limitare la libertà religiosa impedendo ovvero ostacolando la sua costruzione.

#### 4 - La vestizione del velo

Uno dei punti più delicati e controversi del rapporto tra integrazione e identità è rappresentato dalla vestizione del velo in luoghi pubblici dalle donne di fede musulmana. Seppure in Italia non ci siano norme specifiche che vietino l'ingresso nei luoghi pubblici con il capo coperto, bensì viga l'obbligo di mantenere il proprio volto libero da mascheramenti per motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza, il tema è spesso oggetto di feroce dibattito politico inerente il rapporto tra laicità delle istituzioni e presenza di simboli religiosi.

---

dottrina, **F. OLIOSI**, *La legge regionale lombarda e la libertà di religione: storia di un culto (non ammesso e di uno (non?) ammissibile*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 3/2016.

<sup>32</sup> Corte costituzionale 24 marzo 2016, n. 63, cit.

<sup>33</sup> Corte costituzionale, 24 marzo 2016, n. 63, cit.

<sup>34</sup> **F. OLIOSI**, *La questione dei luoghi di culto islamici*, cit.



Il pensiero volge immediatamente al dibattito sull'affissione del crocifisso nelle aule dei tribunali, nei seggi elettorali e nelle scuole. Quest'ultimo caso è stato oggetto anche di una controversia dibattuta sia dalle corti nazionali, sia da quelle sovranazionali, nel caso *Lautsi c. Italia*, nel quale la Corte di Strasburgo ha riconosciuto un ampio margine di apprezzamento nel bilanciamento tra la libertà di religione e la laicità dello Stato. Ma in questo caso non è in discussione la libertà di una maggioranza che pretende di esternare la propria religiosità comune, rispetto a una minoranza che rivendica neutralità, piuttosto la libertà di una minoranza religiosa di manifestare la propria appartenenza identitaria, nel rispetto del diritto di libera autodeterminazione delle donne musulmane. Studiando i percorsi storici che hanno accompagnato l'interpretazione dei testi sacri emerge la paradossale circostanza che

*“il velo femminile è iscritto nel DNA della religiosità cristiana, ma in Europa – eccezion fatta per i conventi – non ha conosciuto sviluppi culturali significativi. Nell'Islam, invece, velarsi non è un fatto di religione, bensì di cultura, anzi di circostanze; nel Corano, i hadith attribuiscono al velo grande importanza, eppure il suo sviluppo storico all'interno della giurisprudenza e delle società musulmane è tale da farne qualcosa di inerente alla religione stessa, un suo emblema”<sup>35</sup>.*

Un emblema così forte che nei paesi europei dove la laicità dello Stato è un elemento costitutivo<sup>36</sup>, come in Francia e in Belgio, il divieto di velarsi capo e viso nei luoghi pubblici è diventato legge<sup>37</sup>.

Tale imposizione ha provocato un contezioso giunto sin di fronte alla Grande Camera della Corte europea dei diritti umani di Strasburgo<sup>38</sup>, secondo la quale siffatti divieti non costituivano una violazione della libertà religiosa in quanto proporzionati rispetto allo scopo perseguito, specificamente la conservazione delle condizioni di convivenza (*“living together”*)<sup>39</sup> inerente al riconoscimento del *“minimo essenziale delle relazioni*

---

<sup>35</sup> **B. NASSIN ABOUODRAR**, *Come il velo è diventato musulmano*, traduzione italiana di P. Conte, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2015, p. 58.

<sup>36</sup> **G. BASSETTI**, *Interculturalità, libertà religiosa, abbigliamento. La questione del burqa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 25/2012, p. 14 ss.; **J. ISRAEL**, *La Rivoluzione francese. Una storia intellettuale dai diritti dell'uomo a Robespierre*, traduzione italiana di P. Di Nunno, M. Nani, Einaudi, Torino, 2015, p. 537 ss.

<sup>37</sup> Legge n. 2004-228 del 15 marzo 2004 e legge 2010-1192 dell'11 ottobre 2010. In dottrina, **P. CABANEL**, *La laicità francese, l'Islam e lo svelamento delle donne*, in *Quaderni laici. L'Islam in Occidente*, cit., pp. 115-130.

<sup>38</sup> Corte europea dei diritti umani, 1 luglio 2014, S.A.S. v. France, App. No. 43835/11.

<sup>39</sup> «With regard to “living together”, the Court notes that the individuality of any person in a democratic society is inconceivable unless it is possible to see that person's face, a basic element of



umane [che] richiede la possibilità di vedere il volto del proprio interlocutore"<sup>40</sup>, nonché elemento della protezione delle libertà altrui<sup>41</sup>. Da un lato verrebbe da chiedersi, "libertà altrui da cosa?" dal momento che l'unica persona la cui protezione della libertà di indossare o meno il velo deve importare è la donna, al di fuori di ogni pressione sociale o del gruppo di correligionari di appartenenza. Difficile però per la donna sentirsi libera da tali condizionamenti dal momento che, secondo certa dottrina, lo scopo del velo sarebbe quello di riprodurre all'esterno la protezione della donna garantita dalle mura domestiche, poiché il velo rende tangibile la separazione tra il mondo maschile, cioè lo spazio pubblico, e quello femminile, l'intimità della casa. Questa invisibilità esterna protegge la donna dalle attenzioni indebite degli altri sguardi maschili, nel suo essere oggetto sessuale, e pertanto inferiore<sup>42</sup>.

Dall'altro lato, vi è chi sottolinea con tale divieto consista in una discriminazione espressa attraverso un limite alla libertà di autodeterminazione delle donne sul proprio corpo. Tale contesto non riguarderebbe il principio di laicità, ma rappresenterebbe la manifestazione della residuale tradizione patriarcale. Sul punto si osserva che, per le visioni più rigorose dell'Islam, il velo rappresenterebbe, soprattutto nella sua forma di copertura totale, un obbligo religioso, orientato alla "costruzione di una società fondata sulla purezza"<sup>43</sup> assumendo un significato opposto a quello dell'oppressione femminile "veicolato dalla cultura occidentale"<sup>44</sup>. In merito a questa specifica opinione, si potrebbe obiettare che il velo "è diventato il simbolo per eccellenza per descrivere milioni di musulmani in diverse parti del mondo"<sup>45</sup>, attraverso il costante "sguardo orientalista che ha caratterizzato da sempre il rapporto dell'occidente con l'islam"<sup>46</sup>. Tale approccio

---

*his or her individuality. (...) if persons who conceal this basic element of individuality move in public spaces, which, by definition, concern the community as a whole, it becomes impossible to establish the human relationships that are essential to life in society»* (Corte europea dei diritti umani, 1 luglio 2014, *S.A.S. v. France*, App. No. 43835/11).

<sup>40</sup> S. ANGELETTI, *Il divieto francese al velo integrale, tra valori, diritti, laicità e fraternità in Federalismi*, 2016, n.1, p. 22.

<sup>41</sup> E. BREMS, *Face Veil Bans in the European Court of Human Rights: The Importance of Empirical Findings*, 22 J.L. & Pol'y 517, 535 (2014); G. BASSETTI, *Interculturalità, libertà religiosa, abbigliamento*, cit., p. 26.

<sup>42</sup> C. DJAVANN, *Giù i veli!*, Lindau, Torino, 2004.

<sup>43</sup> R. GUOLO, *L'ultima utopia. Gli jihadisti europei*, Guerini e Associati, Milano, 2015, p. 38.

<sup>44</sup> R. GUOLO, *L'ultima utopia*, cit., p. 38.

<sup>45</sup> R. PEPICELLI, *Donne senza velo e senza diritti*, in *Reset*, 18.10.2012, <http://www.reset.it/articolo/donne-senza-velo-e-senza-diritti>.

<sup>46</sup> R. PEPICELLI, *Donne senza velo e senza diritti*, cit.





tenderebbe a ignorare il grande numero di musulmane non velate, “che sembrano essere uscite dal nostro immaginario”<sup>47</sup> occidentale e pertanto ignorate, rafforzando un meccanismo pericoloso che tende a confondere l'autenticità della donna musulmana e della sua identità attraverso l'esibizione della sua identità religiosa, manifestata proprio attraverso il velo<sup>48</sup>.

Infatti, seguendo questa impostazione, altre opinioni asseriscono che il velo rappresenta un'immagine identitaria e di appartenenza culturale, in contrapposizione con la presunta superiorità dell'occidente colonialista, cui il mondo islamico ha cercato, inutilmente, di adeguarsi<sup>49</sup>. In questo senso vi è chi precisa siffatta posizione sostenendo che vestire il velo rappresenti un comportamento tradizionale, “una pratica, che viene considerata come intangibile, necessaria, di distinzione, ma che perciò stesso si presenta come razzista, poiché vuole distinguere e separare”<sup>50</sup>. Tale conflitto è nuovamente giunto di fronte alla Corte di Strasburgo dove è emerso che il velo non può essere considerato un simbolo neutrale e pertanto non contrasta con la libertà religiosa il divieto imposto all'impiegata di indossarlo in un luogo pubblico come un ospedale<sup>51</sup>.

Alla luce di quanto esposto è inevitabile che la vestizione del velo diventi una questione sempre più ideologicamente connotata. Prova ne sia la delibera della giunta regionale lombarda<sup>52</sup>, approvata a scopo meramente propagandistico, che si limita a ribadire il contenuto di leggi nazionali già in vigore. Infatti, l'art. n. 85 del R. D. n. 733 n. 1931 (*Approvazione del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza*) proibisce di presentarsi mascherati in luoghi pubblici, mentre l'art. 5 della legge n. 152 del 1975 punisce l'uso di elmetti protettivi ovvero ogni altro mezzo che ostacoli il riconoscimento di una persona in un luogo pubblico o aperto al pubblico senza giustificato motivo. Al contrario, la Circolare del Ministero dell'Interno n. 4 del 1994 consente l'uso di sciarpe e veli nelle fotografie utilizzate per i documenti,

---

<sup>47</sup> R. PEPICELLI, *Donne senza velo e senza diritti*, cit.

<sup>48</sup> R. PEPICELLI, *Donne senza velo e senza diritti*, cit.

<sup>49</sup> B. NASSIN, *Come il velo è diventato mussulmano*, p. 19.

<sup>50</sup> J. GUARDI, *Politiche del corpo e diritti delle donne nel mondo arabo*, in *Deportate, esuli, profughe*, 2012, n. 18-19, p. 262.

<sup>51</sup> Corte europea dei diritti umani, 26 novembre 2015, *Ebrahimian c. Francia* (n. 64846/11).

<sup>52</sup> Si tratta della delibera della Giunta regionale lombarda n. 144 “Rafforzamento delle misure di accesso e permanenza nelle sedi della giunta regionale e degli enti e società facenti parte del sistema regionale” secondo cui “Si dispone l'adozione di misure idonee al rafforzamento del sistema di controllo, identificazione e sicurezza, in coerenza con la normativa nazionale, per l'accesso alle sedi istituzionali della Giunta e degli Enti e Società del Sistema Regionale” adottata il 10 dicembre 2015.



purché il volto della persona raffigurata rimanga scoperto per l'identificazione, mentre un'altra circolare del Ministero dell'Interno del 24 luglio 2000 afferma che veli, chador e turbanti sono parte essenziale dei vestiti che le persone abitualmente indossano e che essi concorrono, nel complesso, a identificare chi li indossa. Questa soluzione appare ragionevole, del resto non si è mai sentito parlare di suore costrette a togliersi il loro velo per motivi di sicurezza.

Ulteriormente, la dottrina afferma che tali disposizioni legislative e ministeriali, seppure di rara applicazione, devono essere bilanciate con gli articoli della Costituzione che proteggono la libertà di religione (art. 19) e la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21)<sup>53</sup>. Tuttavia, sono state registrate diverse ordinanze di sindaci che proibivano la vestizione del velo (e a maggior ragione) di burqa o altri indumenti atti a mascherare i volti femminili<sup>54</sup>. Tali ordinanze sono state promosse dalla Lega Nord<sup>55</sup>, quale strategia politica populista nel contrasto al c.d. multiculturalismo<sup>56</sup>.

La maggioranza di dette ordinanze sono state annullate dai prefetti<sup>57</sup>, mentre il Consiglio di Stato ha annullato la prima di esse<sup>58</sup>. Secondo i supremi giudici amministrativi l'art. 5 della legge n. 152 del 1975 (che proibisce per ragioni di sicurezza l'uso di elmetti protettivi ovvero altri mezzi che impediscano il riconoscimento delle persone in luoghi pubblici ovvero aperti al pubblico, senza giustificazione) non è applicabile a coloro che indossano il burqa. La *ratio* dell'art. 5, l. n. 152 del 1975 è soddisfatto quando in occasioni di situazioni sensibili la persona che lo veste si faccia identificare svelandosi.

La summenzionata strategia politica sottopone a fortissimo stress le donne<sup>59</sup>. Viene sottolineato dalla dottrina esperta del tema che il divieto di

---

<sup>53</sup> S. CARMIGNANI CARIDI, *Libertà di abbigliamento e velo islamico*, in S. Ferrari (ed.), *Musulmani in Italia*, cit., p. 227; A. FERRARI, *A Besieged Right: Religious Freedom and the Italian War on the Burqa and the Niqab*, in AA. VV., *The Burqa Affair Across Europe Between Public and Private Space*, A. Ferrari, S. Pastorelli (a cura di), Routledge, London, 2013, p. 38.

<sup>54</sup> Azzano Decimo (2004 e 2009), Drezzo (2004), Alassio (2008), Varallo Sesia (2009), Peschiera Borromeo (2009), Fermignano (2009), Montegrotto (2010) e Cossato (2010).

<sup>55</sup> M. AMBROSINI, *We are against a multi-ethnic society': policies of exclusion at the urban level in Italy*, in *Ethnic and Racial Studies*, Volume 36, Issue 1, (2013), pp. 136-155.

<sup>56</sup> M. MÖSCHEL, *Law, Lawyers and Race: Critical Race Theory from the US to Europe*, Routledge, London, 2014, p. 181 ss.

<sup>57</sup> M. MÖSCHEL, *Law, Lawyers and Race*, cit., n. 56, p. 177.

<sup>58</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3076.

<sup>59</sup> In Occidente, il dibattito sul corpo della donna come luogo di potere è riconducibile a B. DUDEN, *Il corpo della donna come luogo pubblico. Sull'abuso del concetto di vita*, traduzione italiana di G. Maneri, Bollati Boringhieri, Torino, 1994. Per quel che concerne la specificità del dibattito sul velo, si rinvia a M. ELTAHAWY, *Why do they hate us?*, in *Foreign Policy*,



indossare il velo integrale in pubblico viene percepito “come negazione dell’identità religiosa dei musulmani rigorosamente osservanti”<sup>60</sup>.

Seppure non ci siano decisioni di giudici ordinari sul tema, recentemente si è espresso il “Garante regionale dei diritti della persona umana”, una specifica autorità amministrativa predisposta dalla Regione Friuli Venezia Giulia<sup>61</sup>. La vicenda riguardava una circolare emanata da un dirigente scolastico che proibiva la vestizione del velo da parte delle studentesse durante le lezioni<sup>62</sup>. Secondo le cronache locali, siffatta interdizione configurava la punizione dopo una rissa che aveva coinvolto solo studenti maschi, nonostante le destinatarie del provvedimento interdittivo risultassero essere esclusivamente le studentesse. Infatti, in questo caso il velo rappresentava il simbolo stesso dell'Islam, con la confusione tra il simbolo identitario e la pratica religiosa<sup>63</sup>. Ciò si può dedurre dalla motivazione della circolare predisposta dallo stesso dirigente scolastico, che faceva esplicito riferimento alla violenza in Medio Oriente e le ipotizzate conseguenti ostilità degli studenti italiani contro i musulmani e gli arabi<sup>64</sup>. Il citato Garante regionale, competente a decidere dei casi di discriminazione, affermò che la menzionata circolare rappresentava essa stessa una discriminazione, nonché una restrizione alla libertà di religione. La proibizione della vestizione del velo appariva del tutto inconsistente con il suo dichiarato scopo di combattere il razzismo, il bullismo e la discriminazione religiosa, ma al contrario sembrava orientata nei fatti a rafforzare l'attitudine degli studenti (italiani) allo stigma, al pregiudizio e all'indifferenza verso musulmani e migranti provenienti dal Medio Oriente.

In Francia, dopo il sanguinoso attentato del 14 luglio 2016 avvenuto a Nizza<sup>65</sup>, si è rivisto uno schema concettuale analogo, rivolto a bandire la

---

2012. I contenuti dell'articolo sono stati successivamente ampliati in un libro dallo stesso titolo tradotto in italiano: **M. ELTAHAWY**, *Perché ci odiano?* traduzione italiana di A. Montrucchio, Einaudi, Torino, 2015.

<sup>60</sup> **R. GUOLO**, *L'ultima utopia. Gli jihadisti europei*, cit., p. 38.

<sup>61</sup> Il Friuli Venezia Giulia ha promosso una specifica legislazione per la protezione delle minoranze. Si tratta dell'art. 3 della legge regionale 8 novembre 2013, n. 16 (*Disposizioni urgenti in materia di personale, modifica alla legge regionale n. 2/2000 in materia di organizzazione regionale, nonché disposizioni concernenti gli organi di garanzia e il funzionamento dei gruppi consiliari*).

<sup>62</sup> **E. MICHELLUT**, *Pugno duro del preside: «Velo vietato in classe»*, 16 febbraio 2015 (in <http://messaggeroveneto.gelocal.it/udine/cronaca/2015/02/16/news/il-caso-nella-bassa-1.10876777>

<sup>63</sup> **F. FRANCIARIO**, *Pubblica amministrazione e multiculturalismo*, in *Corriere Merito*, 2012, p. 7.

<sup>64</sup> **E. MICHELLUT**, *Pugno duro del preside*, cit.

<sup>65</sup> Ministère de l'Intérieur, *Attentat du 14 juillet 2016 à Nice*, <http://www.interieur.gouv.fr/Actualites/L-actu-du-Ministere/Attentat-du-14-juillet-2016-a-Nice>.



vestizione di un indumento femminile in risposta a un atto di violenza. Infatti, i sindaci di alcune località balneari francesi hanno emanato ordinanze che per motivi di sicurezza interdicevano la vestizione del burqini<sup>66</sup> da parte delle bagnanti, sulle spiagge dei loro comuni<sup>67</sup>. Seppure entrambe le fattispecie riguardano atti autoritativi discriminatori e antiliberali, questo caso differisce dal precedente perché relativo all'abbigliamento utilizzato per un comportamento privato, lo svago su una spiaggia, e non al vestiario appropriato alla frequenza di un luogo pubblico, cioè l'aula scolastica. Le due fattispecie paiono accomunate da un lato dal tentativo di controllare l'uso del corpo femminile<sup>68</sup>, dall'altro dalla strumentalizzazione politica islamofoba, anche di comportamenti privati. Alla luce di ciò, il divieto di vestizione del burqini assume una specifica connotazione politica nazionalista in prospettiva delle prossime elezioni presidenziali francesi. Si è trattato di una dimostrazione di forza delle pubbliche autorità di fronte all'onda emotiva popolare associata all'intolleranza religiosa<sup>69</sup>, anche se tale atto è inutile per la sicurezza, discriminatorio verso le destinatarie, cioè le donne di fede musulmana e lesivo della libertà personale e pertanto esso è impugnato in sede giudiziaria da alcune associazioni a tutela dei diritti umani.

Oggetto del contenzioso di fronte ai giudici amministrativi francesi è stata in particolare l'ordinanza del comune di Villeneuve-Loubet del 5 agosto 2016, che offre un interessante riferimento alla strumentalizzazione

---

<sup>66</sup> Costume da bagno, simile a una muta da sub, disponibile in commercio per le fedeli musulmane il costume da bagno che lascia scoperti il viso, le mani e i piedi.

<sup>67</sup> Secondo *Le Monde* del 26 agosto 2016 sono una trentina i comuni che hanno emanato ordinanze interdittive la vestizione di questo tipo di costume da bagno, tra cui Cannes e Villeneuve-Leubet (Le Conseil d'Etat met un terme aux arrêtés «anti-burkini», [http://www.lemonde.fr/societe/article/2016/08/26/le-conseil-d-etat-suspend-l-arrete-anti-burkini-de-villeneuve-loubet\\_4988472\\_3224.html#womZzhUdhRBuIUV0.99](http://www.lemonde.fr/societe/article/2016/08/26/le-conseil-d-etat-suspend-l-arrete-anti-burkini-de-villeneuve-loubet_4988472_3224.html#womZzhUdhRBuIUV0.99), consultato il 15 settembre 2016).

<sup>68</sup> **J. DALLEY**, *Why women's bodies are a political battleground again*, *Financial Times*, 16 settembre 2016, <http://www.ft.com/cms/s/0/2aaba124-7b24-11e6-ae24-f193b105145e.html>; **V. BRINIS**, *Burkini, un divieto sul corpo delle donne*, in *Il Manifesto*, <http://ilmanifesto.info/burkini-un-divieto-sul-corpo-delle-donne/> (18 agosto 2016); **B. MARESCA**, *Le corps féminin, encore et toujours en oriflamme du corps social*, in *Mediapart*, <https://blogs.mediapart.fr/bruno-maresca/blog/310816/le-corps-feminin-encore-et-toujours-en-oriflamme-du-corps-social> (31 agosto 2016); **P. HEDGES**, *Women's Bodies as Ideological Battlefield: Fashion, Feminism and Freedom in France's Burkini Ban*, [www.academia.edu/s/dc5060d411/womens-bodies-as-ideological-battlefield-fashion-feminism-and-freedom-in-frances-burkini-ban-1](http://www.academia.edu/s/dc5060d411/womens-bodies-as-ideological-battlefield-fashion-feminism-and-freedom-in-frances-burkini-ban-1) (1 settembre 2016).

<sup>69</sup> **G. C** (asuscelli), *La farsa del burqini: ma c'è un giudice a Parigi!*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 27/2016, p. 3.



della laicità e di formule vaghe quali i “*buoni costumi*” e la “*tenuta corretta*”<sup>70</sup>. Nonostante la conferma dell’ordinanza sindacale in primo grado, il *Conseil d’Etat* francese ha annullato detta ordinanza affermando, da un lato, che non risultano rischi per la pubblica sicurezza sulle spiagge del comune di Villeneuve-Loubet; dall’altro lato, che l’ordinanza impugnata è stata emanata sull’onda dell’emozione dovuta agli attentati terroristici, in particolare quello summenzionato di Nizza. Ne consegue che il sindaco abbia ecceduto nell’esercizio dei suoi poteri nell’interdire l’accesso alle spiagge riferendosi all’ordine pubblico ovvero a norme di igiene o decenza. Inoltre, tale ordinanza sindacale comporta un attentato grave e manifestamente illegale alle libertà fondamentali quali la libertà di circolazione, di coscienza e la libertà personale. A questo si aggiunge l’“ipocrisia” di “una misura formulata in modo generico”, ma “applicata in modo discriminatorio”<sup>71</sup>, che costituisce una doppia discriminazione religiosa e sessuale, censurata anche dall’ONU<sup>72</sup>.

Che cosa si può apprendere da queste due esperienze, in particolare da quella francese? È possibile astrarre la vestizione del velo dalla dicotomia laicità-religione? Osservare detto capo di abbigliamento alla luce di tale dicotomia è rischioso: da un lato è in gioco la libera autodeterminazione femminile, dall’altro il rispetto della neutralità degli spazi pubblici. Chi scrive condivide l’opinione<sup>73</sup> secondo la quale la vestizione del velo, nel rispetto delle leggi sull’identificazione personale per ragioni di sicurezza, dovrebbe essere riconosciuta a titolo di libertà di espressione, al pari della decisione di non indossarlo o di vestirlo in una forma più o meno rigorosa. A maggiore sostegno di questa tesi, si potrebbe osservare che, come già visto, il velo manifesta una forma di comunicazione non verbale, neppure sempre legata alla religione. Siffatta soluzione consentirebbe l’adozione di

---

<sup>70</sup> «*Sur l’ensemble des secteurs de plage de la commune, l’accès à la baignade est interdit, du 15 juin au 15 septembre inclus, à toute personne ne disposant pas d’une tenue correcte, respectueuse des bonnes moeurs et du principe de laïcité, et respectant les règles d’hygiène et de sécurité des baignades adaptées au domaine public maritime. Le port de vêtements, pendant la baignade, ayant une connotation contraire aux principes mentionnés ci-avant est strictement interdit sur les plages de la commune*»: art. 4.3 dell’ordinanza del sindaco di Villeneuve-Loubet, riportata a pagina 6 della decisione del *Conseil d’Etat*, nonché da C. C(asuscelli), *La farsa del burkini*, cit., p. 2, n. 6.

<sup>71</sup> G.P. ACCARDO, *Il divieto del burkini è un segno di laicità o di islamofobia?*, in *Internazionale*, <http://www.internazionale.it/opinione/gian-paolo-accardo/2016/08/19/francia-burkini-laicita> (16 settembre 2016).

<sup>72</sup> UN human rights office welcomes France’s court ruling to suspend seaside ban on burkini, 30.8.16, <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=54784#.V96dGZOLTdQ>.

<sup>73</sup> R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Hijab, il burqa e l’Islam*, in *Reset*, <http://www.reset.it/articolo/hijab-il-burqa-e-l-islam> (13 settembre 2012).



un modello di confronto meno ideologico ed eviterebbe le battaglie nei confronti delle donne, delle loro libertà e dei loro corpi.

## 5 - La pratica sommersa delle mutilazioni genitali femminili

Seppure scomparsa in Occidente a causa della contrarietà della religione cristiana alle circoncisioni, tale pratica ha origini molto antiche<sup>74</sup>. Preliminarmente all'analisi giuridica, va sottolineato che per affrontare i problemi relativi alla pratica delle mutazioni genitali femminili occorrerebbe confrontarsi con un approccio multidisciplinare relativo ai suoi aspetti antropologici, culturali e sanitari<sup>75</sup>. Si tratta di una pratica di "aggressione degli organi genitali femminili"<sup>76</sup> al fine di controllare la sessualità e il corpo della donna. Essa configura una tradizione di stampo patriarcale condivisa da comunità etniche e religiose molto diverse tra loro, che si differenziano per "tipologia, modalità di intervento, motivazione, numero ed età delle donne che vi vengono sottoposte"<sup>77</sup>. Siffatta pratica è sopravvissuta in Medio Oriente e in Africa attraverso l'Islam<sup>78</sup>, e trova nuova linfa nel mondo occidentale grazie alle ondate migratorie<sup>79</sup>. Secondo l'Organizzazione mondiale della sanità, la pratica consiste in un intervento chirurgico che senza necessità medica altera gli organi genitali femminili. Non solo non assicura benefici sanitari per ragazze e donne, ma può provocare emorragie, problemi urinari, cistiti, infezioni e infertilità, come complicazioni durante il parto, con conseguente rischi di mortalità tanto infantile quanto della partorientente.

Affrontare il tema delle mutilazioni genitali femminili nel dibattito giuridico comporta confrontarsi con gli elementi culturali connessi a detta pratica che possono trovarsi in conflitto di difficile composizione con i principi giuridici stabiliti dall'ordinamento interno. A questo proposito è

---

<sup>74</sup> A. VITALONE, *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, in *Giur. merito*, (2001) IV, pp. 854-870.

<sup>75</sup> F. BASILE, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in *Dir. Pen. e Processo*, (2006), VI, p. 678; M.R. RICCI, *Le mutilazioni genitali femminili*, in *Arch. Giur.* (2003), p. 575.

<sup>76</sup> F. BASILE, *La nuova incriminazione*, cit.

<sup>77</sup> F. BASILE, *La nuova incriminazione*, cit.

<sup>78</sup> M. MUNIR, *Dissecting the claims of legitimization for the ritual of female circumcision or female genital mutilation (FGM)*, in <http://ssrn.com/abstract=2284730>, (2013).

<sup>79</sup> UNPFA, *Demographic Perspectives on Female Genital Mutilation*, *United Nation Population Fund*, (2015) p. 7 (in <http://www.unfpa.org/publications/demographic-perspectives-female-genital-mutilation>).



stato elaborato, soprattutto nella dottrina statunitense, il concetto di “reato culturalmente motivato”, che a sua volta fa riferimento alla “*cultural defense*”<sup>80</sup>.

Da un lato la nozione di reato culturalmente motivato assegna alla cultura “*il ruolo di movente della condotta criminosa*”<sup>81</sup>, mentre dall’altro lato la difesa culturale “aspira a valorizzare l’appartenenza culturale del singolo individuo sino a farne dipendere l’eventuale disapplicazione della legge penale”<sup>82</sup>.

Tuttavia, nel bilanciamento tra elementi culturali e identitari e tutela dell’integrità fisica della persona sottoposta a tale trattamento, l’ordinamento deve garantire la prevalenza della protezione dei diritti costituzionalmente garantiti, trovando applicazione in questo ambito l’art. 31 della Costituzione, che protegge la maternità, l’infanzia e la gioventù, e l’art. 32 che garantisce la tutela della salute e dell’integrità psico-fisica<sup>83</sup>, entrambi letti alla luce degli artt. 2 e 3 della Costituzione stessa, che garantiscono la protezione dei diritti inviolabili della persona all’uguaglianza e alla pari dignità sociale<sup>84</sup>. In questo senso si è espressa la giurisprudenza di merito che ha riconosciuto negli atti di mutilazione genitale femminile il presupposto per il riconoscimento dello *status* di rifugiato<sup>85</sup>.

Le mutilazioni genitali femminili sono punite dalla legge italiana come reato dall’art. 583-bis c.p. (*Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*). Tali mutilazioni, classificate dall’Organizzazione mondiale della sanità in quattro gradi differenti di invasività, non hanno alcun scopo terapeutico, ma provocano serie conseguenze sulla salute e sul benessere di chi le subisce. Tuttavia è molto difficile per le autorità preposte, anche in Occidente, contrastarne la diffusione poiché esse sono rimangono sommerse. Nel nostro Paese la lotta a siffatte pratiche è stata disciplinata con una apposita legge, la l. 9 gennaio 2006, n. 7 (*Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*). Questa normativa si articola su tre fronti: 1) informazione e sensibilizzazione

---

<sup>80</sup> M.E. D’AMICO, *Laicità costituzionale*, cit., p. 55; N. MENDELSON, *The Case For and Against a Cultural Defense to Female Genital Mutilation*, 56 Rutgers L. Rev. 1011, 1016 (2004).

<sup>81</sup> M.E. D’AMICO, *Laicità costituzionale*, cit. p. 55.

<sup>82</sup> M.E. D’AMICO, *Laicità costituzionale*, cit.

<sup>83</sup> G. CASSANO, F. PATRUNO, *Mutilazioni genitali femminili*, in *Famiglia e Diritto*, 2007, 2, p. 179.

<sup>84</sup> Tribunale di Cagliari, 3 aprile 2013.

<sup>85</sup> B. CATTELAN, *Mutazioni genitali femminili rilevanti per lo status di rifugiato*, in *Questione Giustizia*, [http://www.questionegiustizia.it/articolo/mutilazioni-genitali-femminili-rilevanti-per-status-di-rifugiato\\_28-05-2013.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/mutilazioni-genitali-femminili-rilevanti-per-status-di-rifugiato_28-05-2013.php) (28 maggio 2013).



rivolta agli immigrati, in particolare alle donne in gravidanza; 2) formazione rivolta agli insegnanti e alle strutture sanitarie; 3) repressione giudiziaria mediante l'introduzione di norme penali specifiche<sup>86</sup>.

In giurisprudenza si contano due isolate decisioni pubblicate sia in precedenza all'introduzione dell'art. 583 bis, sia successive<sup>87</sup>. Nel primo caso edito la condanna per lesioni personali *ex art.* 583, primo comma, n. 2 è stata comminata a carico di un immigrato egiziano che, durante le vacanze in Egitto, aveva fatto amputare il clitoride alla figlia<sup>88</sup>. Il secondo caso<sup>89</sup> concerne l'applicazione del nuovo 583 bis c.p., da parte delle corti di merito in relazione a un'analogo fattispecie. La sentenza di condanna di primo grado emanata dal Tribunale di Verona<sup>90</sup> concerneva l'operato di una ostetrica nigeriana (ma il cui titolo non è riconosciuto in Italia) sull'apparato genitale di due neonate: su una bambina l'operazione venne portata a termine, sulla seconda bambina venne ascritto all'"ostetrica" il solo

---

<sup>86</sup> A. GENTILOMO, A. PIGA, A. KUSTERMAN, *Mutilazioni genitali femminili: la riposta giudiziaria*, in *Riv. it. medicina legale*, 2008, p. 13; M. LOMBARDO, voce *Infibulazione*, *Digesto delle discipline penalistiche*, Utet, Torino, 2008.

<sup>87</sup> F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 24/2013.

<sup>88</sup> Tribunale Milano, 25 novembre 1999, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2000, p. 148, secondo cui è corretta la qualificazione giuridica come lesioni volontarie gravi *ex artt.* 582, 583, 585, in relazione all'art. 577, n. 1 e 3, 61 n. 5 c.p. del fatto di un uomo che sottopone la propria figlia a intervento di circoncisione, consistito nell'asportazione del clitoride e del 3° superiore prossimale delle piccole labbra, nonché nella saturazione del 3° superiore della vulva con riduzione dell'introito vulvare, da cui deriva una malattia della durata di 10 giorni e l'indebolimento permanente dell'apparato genitale. In dottrina, F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili"*, cit.

<sup>89</sup> Tribunale Verona, 14 aprile 2010, Corte Appello Venezia, 23 dicembre 2012. S. JOHNSDOTTER, R. M. MESTRE I MESTRE, *Female Genital Mutilation: An analysis of court cases*, European Commission - Directorate-General for Justice, Luxembourg, 2015, p. 20 ss.

<sup>90</sup> Integra il reato di cui al 2° comma dell'art. 583-bis c.p. l'incisione della faccia antero superiore del clitoride, che non abbia determinato un indebolimento permanente della sensibilità clitoridea, essendo sufficiente che l'agente abbia, con coscienza e volontà, cagionato lesioni agli organi genitali femminili con l'intenzione di menomare le funzioni sessuali della parte offesa (Fattispecie relativa a intervento sugli organi genitali di due bambine nigeriane di pochi mesi, in cui è stata affermata la responsabilità dei genitori delle neonate e della donna che ha materialmente operato per il delitto di cui all'art. 583-bis c.p., 2° co., in forma consumata nei confronti di una minore e tentata nei confronti della seconda). Il dolo specifico del delitto non è escluso dal fatto che nelle comunità di origine degli autori del reato l'incisione dei genitali femminili assuma primariamente una valenza di iniziazione e di riconoscimento dell'identità del soggetto nel gruppo, poiché non può, comunque, disconoscersi in detta pratica, se non altro per quanto riguarda delle bambine, anche una funzione di controllo della loro sessualità (Tribunale Verona, 14 aprile 2010, cit.).





tentativo, poiché l'intervento dei carabinieri impedì il compimento dell'operazione. Anche i genitori (nel caso di una, la madre, nel caso dell'altra il padre) sono stati condannati con la concessione della sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna.

Per il loro interesse, le ragioni "culturali" a sostegno della sentenza di primo grado meritano attenzione, poiché gli imputati avrebbero agito nel rispetto delle loro radicate tradizioni etniche<sup>91</sup>. Tale elemento ha contribuito alla comminazione di una condanna mite, insieme alla concessione delle attenuanti generiche, tenuto conto dell'incensuratezza e del buon comportamento processuale<sup>92</sup>. La Corte d'Appello ha valutato tali tradizioni culturali ed etniche non in sede di computo della pena, ma nella ricostruzione del fatto previsto dalla legge come reato, dove viene fatta emergere l'insussistenza del dolo specifico, poiché gli imputati non avevano agito con l'intenzione di "menomare le funzioni sessuali delle figlie"<sup>93</sup>. Infatti, le motivazioni degli imputati erano dirette alla realizzazione di una pratica simbolica diretta a soddisfare una funzione identitaria al fine di sancire il vincolo di appartenenza alla comunità di origine, nonché realizzativa di una funzione di purificazione attraverso la fuoriuscita di qualche goccia di sangue. Tale operazione non avrebbe leso in profondità l'apparato genitale<sup>94</sup>, pertanto gli imputati sono stati assolti dalla Corte d'Appello di Venezia poiché il fatto non costituisce reato.

Tale decisione evidenzia come sia complesso garantire la protezione dell'integrità fisica della bambina che viene sottoposta a tali pratiche, anche quando non siano irreparabilmente invasive. Ci si può chiedere se davvero il suo diritto all'integrità fisica debba soccombere a quello dell'appartenenza identitaria dei suoi genitori, poiché quest'ultima è una esigenza sentita principalmente da persone già inserite in un contesto relazionale e sociale, situazione ancora lontanamente in divenire nel caso dei neonati<sup>95</sup>.

---

<sup>91</sup> F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili"*, p. 4 ss.

<sup>92</sup> F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili"*, p. 5.

<sup>93</sup> F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili"*, p. 12.

<sup>94</sup> F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili"*, p. 12.

<sup>95</sup> In diritto comparato il dibattito è molto acceso e concerne tutte le cerimonie di iniziazione a una cultura ovvero a una religione. Molto nota e discussa, per esempio, è la decisione del *Landesgericht Köln*, 151 Ns 169/11, 7 maggio 2012, secondo il quale prevale il diritto all'integrità fisica e alla libertà religiosa del minore rispetto alla volontà dei genitori esercenti la potestà di imporre sul figlio pratiche rituali. Tale decisione ha successivamente scaturito un dibattito politico dal quale è stata promossa la modifica del BGB con l'introduzione del §1613 d che autorizza i genitori a far sottoporre i propri figli maschi a circoncisione. In dottrina, V.E. DEMICHIELIS, *La recente legge tedesca in tema di circoncisione maschile*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, consultato su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).



A questo proposito, è doverosa l'apertura di una breve riflessione giuridica sulla circoncisione rituale maschile, seppure meno invasiva delle mutilazioni genitali femminili, in ossequio alla valenza del principio di non discriminazione nella tutela dell'integrità fisica. Sul punto, la giurisprudenza di merito italiana ha affermato che la permanente mutilazione conseguente a un intervento di circoncisione rituale maschile costituisce alterazione anatomica e funzionale del pene, che integra in sé una "malattia" ai sensi dei delitti di lesioni personali. Tale pratica, anche se fondata su precetti di matrice culturale e come tale svincolata da esigenze di natura terapeutica, trova quale unico e imprescindibile presupposto di liceità il consenso dell'avente diritto, e pertanto non può mai essere eseguita contro il volere di colui che vi si sottoponga, ovvero di chi eserciti la potestà genitoriale nei suoi confronti<sup>96</sup>.

Si segnalano anche interventi istituzionali che hanno provocato un acceso dibattito, come la proposta della Commissione di bioetica della Regione Toscana, che ha emanato un parere in materia di *"Prevenzione delle mutilazioni genitali femminili: liceità, etica, deontologica e giuridica della partecipazione dei medici alla pratica di un rito alternativo"* del 9 marzo 2004. In quella sede proponeva che una "sunna lievissima" (cioè una piccola incisione meramente simbolica sul clitoride della neonata atta a far uscire ritualmente alcune gocce di sangue) "potesse trovare accoglienza

*"in quanto atto compatibile con la legislazione italiana e con la deontologia degli operatori sanitari", purché "intesa come parte integrante di un percorso volto al completo superamento di ogni forma di mutilazione e manipolazione dei genitali femminili"*<sup>97</sup>.

La proposta di medicalizzare la sunna lievissima è stata rigettata *in primis* proprio dalle associazioni di donne immigrate, le quali si appellavano al Protocollo di Maputo, adottato dall'Unione Africana l'11 luglio 2003, che ha quale scopo la proibizione di ogni tipo di "trattamento medico o paramedico delle mutilazioni genitali femminili e di ogni altra pratica, al fine di sradicarle"<sup>98</sup>. Anche il Comitato Nazionale di Bioetica si

---

<sup>96</sup> Pertanto, integra il delitto di lesioni volontarie la condotta del genitore non affidatario e quella del medico che, in concorso tra loro, sottopongono un bimbo a un intervento di circoncisione rituale, essendo ben consapevoli del dissenso espressamente manifestato dal genitore esercente la potestà in via esclusiva (Tribunale Como, 13 dicembre 2012). In dottrina, F. V. *La circoncisione rituale maschile eseguita nonostante il dissenso di uno dei genitori integra il delitto di lesioni personali dolose*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, consultato su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>97</sup> A. GENTILOMO, A. PIGA, A. KUSTERMAN, *Mutilazioni genitali femminili*, cit.

<sup>98</sup> Per un ampio dibattito sul punto si veda <http://www.juragentium.unifi.it/forum/mg/sun>



era espresso in siffatto senso, chiedendo il rigetto da parte del servizio sanitario di richieste “di procedere a mutilazioni o lesioni del corpo umano, con finalità non terapeutiche, ma rituali e/o religiose”<sup>99</sup>.

## 6 - Il diritto di famiglia

La Sharia è un diritto di origine divina, pertanto essa assumerebbe un carattere sacro, interpretabile, ma immutabile nella sua essenza, almeno nelle intenzioni dei fedeli, mentre nella realtà si presenta la necessità di completare e adeguare la legge divina alle circostanze concrete a opera dell'autorità dottrinale umana<sup>100</sup>. Secondo la dottrina, vi sarebbe da un lato l'esigenza dell'adeguamento al comandamento di nulla togliere né aggiungere al comando divino; dall'altro lato vi è la necessità di fornire soluzioni appropriate ai problemi non esplicitamente affrontati dalla legge divina. Pertanto, “*il diritto divino non è sufficiente se non è interpretato dal diritto umano*”<sup>101</sup>. L'applicazione della Sharia influenza principalmente il diritto di famiglia, nella specie il matrimonio, il divorzio, il ripudio, la successione e la *kafalah*. In questo senso si intende investigare come l'ordinamento italiano reagisce di fronte alle questioni applicative e interpretative poste dal confronto con una tradizione giuridica di stampo religioso. Si tratta di una questione molto delicata poiché alcune disposizioni della Sharia sono illegittime alla luce della Costituzione stessa per quel che concerne il diverso trattamento di uomini e donne in materia di capacità processuale, matrimonio, famiglia e successioni<sup>102</sup>.

## 7 - Il matrimonio

A differenza che nella tradizione canonistica occidentale, che considera il matrimonio come un sacramento, secondo il diritto islamico il matrimonio è un contratto<sup>103</sup>, anche se celebrato seguendo un rito religioso. In questo

---

na/.

<sup>99</sup> **COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA**, *Problemi bioetici in una società multi-etnica*, Roma, 1998, p. 6.

<sup>100</sup> **S. FERRARI**, *Lo spirito dei diritti religiosi*, il Mulino, Bologna, 2002, p. 153.

<sup>101</sup> **S. FERRARI**, *Lo spirito dei diritti religiosi*, cit.

<sup>102</sup> **P. PALERMO**, *Parità coniugale e famiglia multiculturale in Italia*, in *Famiglia e diritto*, 2011, p. 628.

<sup>103</sup> **E.C. SHARPE**, *Islamic Marriage Contracts as Simple Contracts Governed by Islamic Law: A Roadmap for U.S. Courts*, 14 *Geo. J. Gender & L.* 189 (2013), p. 197; **R. ALUFFI BECK**



senso, il matrimonio è un dovere religioso per il credente musulmano, a meno che egli non abbia sufficienti mezzi economici per sposarsi<sup>104</sup>. La Sura IV, 3 del Corano consente a ogni uomo di avere fino a quattro mogli legittime, tuttavia il matrimonio religioso islamico non va confuso con la poligamia<sup>105</sup>. La giurisprudenza italiana evita tale equivoco e distingue le due entità consentendo la trascrizione nei registri di stato civile dei soli matrimoni celebrati all'estero secondo il rito islamico esclusivamente se tali matrimoni non violano l'ordine pubblico interno ovvero norme imperative quali il divieto di bigamia. A questo proposito, la giurisprudenza di legittimità ha stabilito che

*«(Il matrimonio contratto all'estero secondo il rito musulmano, nel rispetto delle forme previste dalla "lex loci" e purché sussistano i requisiti di stato e capacità delle persone stabiliti dal nostro ordinamento, è valido ed efficace. Lo status di coniuge acquista rilievo, dal punto di vista interpretativo, quale valutazione della situazione da accertare senza che, per questo, debbano intendersi superati i limiti derivanti dall'ordine pubblico e dal buon costume di cui all'art. 31 disp. prel. abrogate»<sup>106</sup>.*

Per completezza del quadro fattuale, si ricorda che, ai sensi dell'art. 116 c.c., per sposarsi in Italia lo straniero deve presentare all'ufficiale di stato civile una dichiarazione dell'autorità competente del proprio Paese, dalla quale risulti che, secondo le leggi cui è sottoposto, nulla osta al matrimonio. L'esperienza giurisprudenziale raccoglie diversi casi in cui le autorità nazionali competenti per il rilascio di tale nulla osta subordinano il rilascio del medesimo all'adesione alla fede musulmana del nubendo cittadino italiano. Costantemente la giurisprudenza italiana afferma che tale richiesta risulta contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento italiano, il quale non consente di condizionare il matrimonio in dipendenza della fede religiosa. In tal caso, l'ufficiale di stato civile deve, pertanto, procedere alle pubblicazioni in assenza di nulla osta del Paese d'origine<sup>107</sup>.

---

PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in AA. VV., *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, a cura di S. Ferrari, Giappichelli, Torino, 2006, p. 184.

<sup>104</sup> N. COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 261.

<sup>105</sup> P. SHAH, *Distorting Minority Laws? Religious Diversity and European Legal Systems*, in AA. VV., *Family, Religion and Law. Cultural Encounters in Europe*, a cura di P. Shah, M.C. Foblets, M. Rohe, Ashgate, Farnham–Burlington, 2014, p. 10 ss.

<sup>106</sup> Corte di cassazione, 2 marzo 1999, n. 1739.

<sup>107</sup> Tribunale di Castrovillari, 16 febbraio 2016; Tribunale di Venezia, 4 luglio 2012, in *Famiglia e Diritto*, 2012, 12, p. 1143; Tribunale di Piacenza, 5 maggio 2011; Tribunale di Taranto, 13 luglio 1996; Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto, 9 marzo 1995. In dottrina, R. DI CRISTO, *Assenza del «nulla osta» ex art. 116 c.c. e diritto a contrarre matrimonio*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, 11; R. GELLI, *Don Rodrigo, Fra Cristoforo e i Promessi Sposi ovvero note in*



## 8 - I matrimoni poligamici

La poligamia è pratica conosciuta dalle religioni monoteiste<sup>108</sup>, anche se scomparsa in Occidente<sup>109</sup>. A questo proposito, la Corte di Strasburgo ha stabilito che ciascuno Stato aderente alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali può legittimamente prevenire l'applicazione nella sua giurisdizione di regole privatistiche di ispirazione religiosa pregiudizievoli all'ordine pubblico e ai valori della democrazia, ai fini della Convenzione, per esempio delle norme che autorizzino discriminazioni basate sul genere delle parti coinvolte, come la poligamia e i privilegi per il sesso maschile in materia di divorzio e successioni<sup>110</sup>.

In Italia i matrimoni poligamici sono banditi perché contrari all'ordine pubblico in quanto violativi del principio di uguaglianza stabilito dagli artt. 3 e 29 della Costituzione i quali affermano che entrambi i coniugi devono essere trattati equamente secondo dignità umana<sup>111</sup>. Ulteriormente, il codice penale italiano prevede uno specifico delitto di bigamia, *ex art.* 556

---

*tema di nulla osta al matrimonio del cittadino marocchino in Italia*, in *Famiglia e Diritto*, 2012, 12, p. 1143.

<sup>108</sup> La poligamia è stata recentemente oggetto di alcuni casi giurisprudenziali in Canada e negli Stati Uniti. Ad esempio, la Corte Suprema del British Columbia ha rigettato l'istanza di incostituzionalità della specifica previsione del codice penale canadese avanzata da un gruppo di aderenti a una setta fondamentalista di ispirazione cristiana i quali affermavano che tale proibizione violasse il diritto di professare la loro fede religiosa. I giudici canadesi hanno rigettato tale argomentazione affermando non solo che la monogamia è uno dei valori fondanti la civiltà giuridica occidentale, ma che la poligamia è altresì lesiva dei diritti umani delle donne, nei confronti delle quali la essa è da considerarsi una forma di violenza, e dei figli, poiché può provocare loro disturbi emotivi (British Columbia Supreme Court, 2011 BCSC 1588, 23 novembre 2011). Negli Stati Uniti, la Corte suprema dello Utah ha confermato il divieto di poligamia (State of Utah v. Green, 2004 UT 76, 3 settembre 2004). Tale divieto è stato nuovamente impugnato, senza successo nel caso *Brown v. Buhman*, 11-cv-0652-CW (2013), mentre è ancora pendente di fronte al Montana District Court il caso *Collier et al v. Fox et al*, dove una coppia di coniugi e la seconda moglie, sposata in una cerimonia religiosa, del ricorrente hanno impugnato il divieto di bigamia dello Stato del Montana chiedendo l'estensione del diritto fondamentale al matrimonio nei termini stabiliti dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Obergefell v. Hodges*.

<sup>109</sup> **P. SHAH**, *Distorting Minority Laws*, cit., p. 11 ss.; **F. RIGOTTI**, *Poligamia e diritti*, in *Jura Gentium*, I (2005) 1, <http://www.juragentium.org/topics/women/it/rigotti.htm>.

<sup>110</sup> Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, 13 febbraio 2003, *Refah Partisi contro Turchia*, app. n. 41340/98.

<sup>111</sup> **I. FUSIELLO**, *Poligamia e ricongiungimento familiare*, in *Gli Stranieri*, 1995, p. 58; **D. DURISOTTO**, *Poligamia e ordinamenti*, in *Comunità islamiche in Italia*, cit., p. 360. TAR Emilia Romagna, 14 dicembre 1994, n. 926.



c.p. che protegge l'interesse dello Stato che la famiglia sia fondata su un matrimonio monogamico<sup>112</sup>. Sotto questo profilo, la circostanza che il secondo matrimonio sia celebrato in Italia ovvero all'estero è irrilevante per la configurazione del reato di bigamia, infatti tale fattispecie punisce il soggetto che, già coniugato, sposi un'altra persona, "indipendentemente dalla cittadinanza del nubendo o dell'ignoranza del diritto civile"<sup>113</sup>. Tuttavia, nel 2003 una decisione della giurisprudenza di merito<sup>114</sup> ha stabilito che il matrimonio poligamico celebrato all'estero tra cittadini stranieri non costituisce il reato di bigamia poiché siffatte nozze non hanno effetti civili nell'ordinamento italiano.

Secondo la dottrina, la poligamia contiene in sé il "germe della disuguaglianza" e colpisce profondamente i valori acquisiti nelle società occidentali democratiche<sup>115</sup>, che seguono il principio dell'assoluta monogamia<sup>116</sup>. Tuttavia, l'effettiva applicabilità dei principi costituzionali dell'uguaglianza matrimoniale può essere complesso dato il suo contrasto con la supremazia patriarcale presente nel diritto islamico e di riferimento per molti immigrati<sup>117</sup>. Sotto tale profilo, le parti deboli del rapporto poligamico, ovvero le altre mogli con i loro figli, devono essere protette dalla legge<sup>118</sup>, poiché la loro presenza può essere nascosta agli occhi sia della società, sia delle autorità dove il gruppo familiare vive. Ulteriormente, considerare "tamquam non esset", inesistente, il matrimonio poligamico, mogli e figli verrebbero privati di ogni diritto o azione contro il marito in caso di violazione dei diritti individuali e coniugali.

Si aprirebbe quindi un doppio fronte problematico: da un lato la disuguaglianza di trattamento da parte delle autorità pubbliche tra la prima moglie e le successive, in quanto i matrimoni poligamici sono celebrati secondo il rito religioso ma non possono essere trascritti, poiché contrari all'ordine pubblico interno. Dall'altro lato questa stessa circostanza

---

<sup>112</sup> Corte di cassazione, Sez. VI pen., 4 dicembre 2008, n. 331.

<sup>113</sup> Corte di cassazione, Sez. VI pen., 13 dicembre 2006, n. 9743 (rv. 235912).

<sup>114</sup> Tribunale Bologna, 12 marzo 2003, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.* 2004, p. 775; E. CALÒ, *I riflessi dell'immigrazione islamica sul diritto di famiglia*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, p. 85.

<sup>115</sup> N. COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni*, cit., p. 262.

<sup>116</sup> D. DURISOTTO, *Poligamia e ordinamenti*, in *Comunità islamiche in Italia*, cit., p. 360; N. COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni*, cit., p. 262.

<sup>117</sup> A. GALOPPINI, *Il ripudio e la sua rilevanza nell'ordinamento italiano*, in *Dir. Famiglia* 2005, p. 969; C. CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'Occidente europeo*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1990, pp. 906-907; F. PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, in *Riv. dir. Int.*, 1993, p. 105.

<sup>118</sup> D. DURISOTTO, *Poligamia e ordinamenti*, in *Comunità islamiche in Italia*, cit.



comporterebbe l'esistenza di una "poligamia di fatto". Tale situazione non disincentiverebbe l'estendersi di tale pratica, ma al contrario ne consentirebbe la diffusione garantendo impunità a chi viola la legge italiana, avvalendosi delle specificità del matrimonio religioso e dell'assenza di intese *ex art. 8 Cost.* tra lo Stato italiano e la comunità musulmana.

A questo proposito, la dottrina si è interrogata sul problema della convivenza tra l'ordinamento costituzionale italiano e la Sharia<sup>119</sup>, specie in ambito familiare ai fini della tutela dei diritti fondamentali, tanto di prima quanto di seconda generazione, delle "altre mogli" e dei loro figli in tema di ricongiungimento familiare, alimenti, mantenimento, diritti successori e previdenziali<sup>120</sup>. La protezione delle parti deboli è preminente rispetto alle ragioni culturali che consentono la discriminazione di genere, poiché da un lato non sussiste il riconoscimento della reciprocità della condizione poliandrica rispetto a quella poligamica<sup>121</sup>, nonostante il Corano stabilisca che il marito può avere fino a quattro mogli e che debba garantire a tutte lo stesso trattamento. Dall'altro lato si concretizzerebbe una discriminazione tra la prima moglie, la cui posizione è riconosciuta dalla legge italiana e le altre, e tra i nati dalle mogli successive alla prima, infatti questi si trovano esclusi dai benefici familiari. Sul punto la giurisprudenza ha avuto modo di esprimersi. È stato osservato che la tutela dei diritti individuali, specialmente il diritto all'uguaglianza, comporti una interpretazione del concetto di ordine pubblico più flessibile al fine di riconoscere alcuni effetti ai matrimoni poligamici a favore delle parti deboli nel bilanciamento delle posizioni giuridiche delle parti<sup>122</sup>.

L'esperienza empirica riporta pochi casi pubblicati. Ad esempio, in materia di sicurezza sociale<sup>123</sup> e benefici familiari<sup>124</sup> l'INPS ha riconosciuto tali benefici solo al coniuge che possa dimostrare il suo status ai sensi della legge italiana, senza specificazione del suo sesso. In giurisprudenza, invece, si sottolinea come il divieto di poligamia abbia quale effetto l'impedimento

---

<sup>119</sup> R. GUOLO, *La Sharia in Italia. Il diritto parallelo nelle comunità islamiche*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2009, p. 15; P. PALERMO, *Parità coniugale e famiglia multiculturale in Italia*, in *Dir. Famiglia*, 2012, p. 1879.

<sup>120</sup> P. PALERMO, *Parità coniugale e famiglia multiculturale*, cit.

<sup>121</sup> P. PALERMO, *Parità coniugale e famiglia multiculturale*, cit.

<sup>122</sup> P. PALERMO, *Parità coniugale e famiglia multiculturale in Italia*, cit.; D. DURISOTTO, *Poligamia e ordinamenti*, in *Comunità islamiche in Italia*, cit.

<sup>123</sup> Circolare INPS 22 luglio 1999 n. 190, in <http://www.inps-it/circolari/Circolare%20numero%20190%20del%2022-7-1992.htm>.

<sup>124</sup> Tribunale di Arezzo, 14 agosto 2009, riportato da D. DURISOTTO, *Poligamia e ordinamenti*, in *Comunità islamiche in Italia*, cit.



dell'accoglimento dell'istanza di ricongiungimento familiare della seconda moglie, anche se la domanda provenga da un soggetto differente dal coniuge. In un caso la domanda era stata presentata dal figlio a favore della madre, il cui marito aveva già presentato analoga istanza per un'altra moglie. In applicazione del divieto, la Corte di Cassazione aveva confermato il diniego stabilito dai giudici di appello, escludendo la necessità di provare che il figlio avesse agito in nome del padre<sup>125</sup>. Al contrario, in tempi meno recenti, quando ancora l'immigrazione era così visibile nella società italiana, una decisione isolata di una corte di merito aveva ritenuto preminente l'interesse del figlio minore appartenente a un gruppo familiare poligamo rispetto alla tutela dell'ordine pubblico. Si tratta di una decisione della Corte d'appello di Torino del 2001<sup>126</sup> che autorizzò il ricongiungimento familiare ai sensi dell'art. 1 del D. Lgs. n. 286 del 1998 affermando che la *ratio* non fosse l'approvazione dell'unione poligamica ma la tutela dell'interesse del figlio a non venire separato dai suoi genitori. La dottrina criticò siffatta decisione, definendola una "*inesauribile fonte di problemi per tutte le persone coinvolte*"<sup>127</sup>, una sorta di "*famiglia monogamica con appendici poligamiche*"<sup>128</sup>. Tuttavia, a parere di chi scrive, questa apertura giurisprudenziale sembrerebbe essere condivisibile nei limiti della protezione del miglior interesse del figlio minore.

## 9 - I matrimoni forzati

I matrimoni forzati, specialmente quando coinvolgono spose bambine, rappresentano un grave problema in molti Paesi e costituiscono una emergenza crescente tra le comunità immigrate<sup>129</sup>.

Secondo il diritto islamico il matrimonio è un contratto<sup>130</sup> e al fine di poterlo concludere, le parti devono possedere la capacità legale, legata al raggiungimento della pubertà. Tuttavia la Sharia non chiarisce quando la

---

<sup>125</sup> Corte di Cassazione 28 febbraio 2013, n. 4984; **A. BATÀ, A. SPIRITO**, *Il rilascio del visto d'ingresso*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 504.

<sup>126</sup> Corte Appello Torino, 18 aprile 2001, *Dir. Famiglia*, 2001, p. 1492; **D. DURISOTTO**, *Poligamia e ordinamenti*, p. 377.

<sup>127</sup> **M. RICCA**, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Edizioni Dedalo, Bari, 2008, p. 335.

<sup>128</sup> **M. RICCA**, *Oltre Babele*, cit.

<sup>129</sup> Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite 69/CC, *Child, Early and Force Marriage*, 14 novembre 2014.

<sup>130</sup> **R. ALUFFI BECK PECCOZ**, *Il matrimonio nel diritto islamico*, cit., p. 184.





pubertà viene raggiunta e pertanto tale incertezza ha conseguenze sia sulla determinazione del momento del raggiungimento di tale capacità, sia sulla manifestazione del consenso matrimoniale<sup>131</sup>. Seppure viga una presunzione del raggiungimento della pubertà al compimento dei quindici anni e non esista un impedimento relativo all'età che infici gli effetti del matrimonio, l'età minima per contrarre matrimonio è di nove anni per le femmine e di dodici anni per i maschi<sup>132</sup>. La dottrina riporta come la pubertà sia però richiesta solo per la consumazione, mentre nei matrimoni precoci la volontà matrimoniale è del tutore, normalmente l'agnato più prossimo, cioè il padre, che tradizionalmente poteva esercitare il potere di costrizione matrimoniale<sup>133</sup>, attualmente scomparso<sup>134</sup>. In relazione alla formazione della volontà matrimoniale e della sua manifestazione, si osserva che la donna, anche se non sottoposta al potere di costrizione, ha comunque necessità del tutore matrimoniale (*walī*) per manifestare il consenso perché ella non può concludere direttamente il matrimonio<sup>135</sup>. Ciò nonostante, solo i giuristi di scuola hanafita sostengono che la donna possa concludere personalmente il contratto di matrimonio<sup>136</sup>. Le altre scuole islamiche rifiutano tale possibilità perché il matrimonio viene inteso come l'alleanza tra due famiglie<sup>137</sup>. Come reagisce l'ordinamento italiano in siffatte ipotesi?

Seppure fatti di questa natura emergano nelle cronache italiane<sup>138</sup>, sul tema non si riscontrano decisioni giudiziarie pubblicate, né la legge italiana dispone di apposite fattispecie normative incriminatrici. A garanzia della libera scelta matrimoniale del minore emancipato, l'art. 84, co. 2 del codice civile afferma che "Il tribunale, su istanza dell'interessato, accertata la sua maturità psico-fisica e la fondatezza delle ragioni addotte, sentito il pubblico ministero, i genitori o il tutore, può con decreto emesso in camera di consiglio

---

<sup>131</sup> M.C. RUSCAZIO, «Matrimoni forzati» tra religione e diritto, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2007, p. 225 ss.

<sup>132</sup> M.C. RUSCAZIO, «Matrimoni forzati» tra religione e diritto, cit.

<sup>133</sup> R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, cit. p. 185. Secondo la citata dottrina, il padre non può dare in matrimonio «i figli puberi e le figlie deflorate senza il loro consenso», né la figlia vergine senza il suo permesso se già pubere. Se vuole, chiede il suo parere».

<sup>134</sup> Osserva la dottrina che "da ultimo è stato abolito in Marocco, nel 1993" (R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, cit., p. 190).

<sup>135</sup> R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, cit., p. 186.

<sup>136</sup> R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, cit. p. 186.

<sup>137</sup> R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, cit. p. 186.

<sup>138</sup> G. SERUGHETTI, M.R. RUGGERINI, M.R. LOTTI, M. MISITI, M. VIRGILIO, *Il matrimonio forzato in Italia: conoscere, riflettere, proporre come costruire una stima del numero delle donne e bambine vittime in Italia di matrimoni forzati e quali interventi avviare*, 2014, p. 65 (disponibile su [www.pariopportunita.gov.it](http://www.pariopportunita.gov.it)).



ammettere per gravi motivi al matrimonio chi abbia compiuto i sedici anni". Pertanto la fattispecie del matrimonio del minore emancipato rimane assai distante dal matrimonio forzato di una sposa bambina: infatti in primo luogo il matrimonio del minore emancipato è autorizzato dall'autorità giudiziaria,<sup>139</sup> in secondo luogo, il minore emancipato rimane libero di sposarsi o meno, in terzo luogo la bambina costretta a sposarsi appena superata l'età puberale è coinvolta in una situazione di sottomissione. Detta situazione potrebbe configurare reati quali violenza sessuale, percosse, maltrattamenti, lesioni e, qualora la vittima fosse minore, atti sessuali con minorenne, nonché una violazione dell'autodeterminazione personale e della dignità. La dottrina sottolinea l'insieme dei principi di protezione della libertà, autodeterminazione e dignità confluisce nella nozione di ordine pubblico necessaria a contrastare "le istanze caotiche o disgregatrici provenienti dall'interno o dall'esterno"<sup>140</sup>.

Lo Stato italiano ha ratificato la Convenzione di Istanbul<sup>141</sup>, la quale all'articolo 37 afferma che "gli Stati Parti devono prendere le necessarie misure legislative ovvero altre misure atte a prevenire e a combattere la violenza contro le donne e la violenza domestica". Tuttavia si è osservato che tale disposizione è piuttosto blanda e, quindi, inefficace dal momento che la Convenzione lascia agli Stati contraenti ampia discrezionalità sulle misure legislative incriminatrici della forzatura dolosa di un adulto o di un minore al matrimonio. Infatti, per ciò che riguarda il ricongiungimento di un familiare di un paese terzo, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato che è conforme al diritto dell'Unione la normativa nazionale la quale stabilisca che il richiedente e il suo coniuge debbano avere compiuto i 21 anni di età al momento del deposito della domanda<sup>142</sup>. Afferma la Corte di giustizia che

*"l'età minima fissata dagli Stati membri ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 5, della direttiva 2003/86 corrisponde, in definitiva, all'età in cui, secondo lo Stato membro interessato, si ritiene che una persona abbia acquisito una maturità sufficiente non soltanto per opporsi a un matrimonio imposto, ma, altresì, per scegliere di trasferirsi volontariamente in un altro paese con il*

---

<sup>139</sup> M. DOSSETTI, *Il diritto del minore a costruire una sua famiglia*, in AA. VV. *Manuale di diritto minorile*, a cura di A.C. Moro, 5<sup>a</sup> ed., Zanichelli, Bologna, 2014, p. 317.

<sup>140</sup> M.C. RUSCAZIO, «Matrimoni forzati» tra religione e diritto, cit. p. 233.

<sup>141</sup> Legge 27 giugno 2013, n. 77, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011*.

<sup>142</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-338/13, 17 luglio 2014, *Marjan Noorzia v. Bundesministerin für Inneres*.



*proprio coniuge, al fine di condurre con quest'ultimo una vita familiare e di integrarsi in detto paese*"<sup>143</sup>.

Sullo stesso punto, la Corte europea dei diritti umani si è recentemente occupata di una causa promossa contro la Svizzera da due richiedenti asilo cittadini afgani musulmani che contrassero matrimonio religioso in Iran nel 2010, quando la sposa aveva 14 anni e lo sposo 18<sup>144</sup>. La coppia chiede l'asilo politico in qualità di famiglia, ma il loro matrimonio, che non risulta essere stato registrato, è illecito ai sensi del codice civile afgano in considerazione della giovanissima età della sposa al momento della celebrazione, pertanto non ricade nelle fattispecie protette dall'art. 8 CEDU, né dal Regolamento Dublino II, pertanto viene negato loro lo status di rifugiati politici. Al compimento dei 17 anni della ragazza, un tribunale svizzero riconosce il matrimonio e concede lo status. I coniugi, quindi, ricorrono alla Corte di Strasburgo per la violazione degli artt. 3, 8 e 13 CEDU per gli anni trascorsi senza che lo status di rifugiato fosse loro riconosciuto. Tuttavia, la Corte di Strasburgo ha dichiarato ammissibile la sola doglianza relativa alla violazione dell'art. 8 CEDU, rigettandola però nel merito. Infatti, da un lato l'articolo 8 CEDU non impone un obbligo di riconoscere un matrimonio contratto da nubendi di 14 anni. A questo proposito, l'articolo 12 della CEDU lascia al diritto nazionale la competenza sulla disciplina matrimoniale. Dall'altro lato lo Stato aderente alla CEDU possiede un ampio margine di apprezzamento nel bilanciamento degli interessi personali dei singoli richiedenti asilo e gli interessi di ordine pubblico dello Stato medesimo nel controllo dell'immigrazione.

## 10 - Diritti successori

La Sharia stabilisce che la vedova, o le vedove, del defunto marito ereditino in presenza di figli 1/8 del suo patrimonio, indipendentemente da quante esse siano<sup>145</sup>. Al contrario, il diritto italiano, indipendentemente dalla presenza di un testamento ovvero se il coniuge sopravvissuto sia il marito o la moglie, il diritto successorio italiano riserva ai successori legittimari, vedovi, figli e ascendenti, delle quote del patrimonio del *de cuius*<sup>146</sup>. Ulteriormente, la giurisprudenza costantemente afferma che l'applicazione,

---

<sup>143</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-338/13, 17 luglio 2014, *Marjan Noorzia v. Bundesministerin für Inneres*.

<sup>144</sup> Corte europea dei diritti umani, 8 dicembre 2015, *Z.H. e R.H. contro Svizzera*.

<sup>145</sup> E. CALÒ, *I riflessi dell'immigrazione islamica sul diritto di famiglia*, cit.

<sup>146</sup> Si vedano gli articoli 536, 540, 549, 551, 557 del codice civile italiano.



per mezzo delle norme di diritto internazionale privato, del diritto successorio straniero non possono privare gli eredi dalle protezioni loro garantite dal diritto ereditario italiano in ossequio ai principi di uguaglianza e non discriminazione. I figli ricevono la loro quota ereditaria in parti uguali indipendentemente che siano maschi o femmine, nati dentro o fuori dal matrimonio, poiché tali differenziazioni sono contrarie all'ordine pubblico interno italiano<sup>147</sup>

## 11 - Ripudio e divorzio

Il ripudio (*talaq*) è regolato dal diritto islamico quale forma unilaterale di dissoluzione del matrimonio da parte del marito nei confronti della moglie. Pronunciando il termine “*talaq*” inequivocabilmente il marito esprime la sua intenzione di porre fine alla sua autorità maritale sulla moglie<sup>148</sup>. Il ripudio può essere irrevocabile (*bid'a*) o revocabile (*raj'a*). La moglie deve lasciar trascorrere tre mesi di tempo prima di potersi risposare. Durante questo periodo il marito può revocare il ripudio e riprendere la coabitazione con lei. Al contrario, trascorsi i tre mesi senza la revoca del ripudio, il matrimonio è sciolto. Il *talaq* può essere ripetuto non più di tre volte, altrimenti diventa definitivo<sup>149</sup> e il marito non può neppure più risposare la moglie ripudiata che gli diventa proibita<sup>150</sup>

La distinzione sugli effetti giuridici tra ripudio revocabile e irrevocabile può essere addotta quale chiaro esempio del crescente disagio dell'interprete italiano di fronte al diritto musulmano. In una decisione di merito<sup>151</sup>, relativa alla domanda di una coppia di coniugi marocchini ai fini del riconoscimento degli effetti del ripudio pronunciato in Marocco secondo il diritto colà vigente, il giudice rigettava l'istanza per contrarietà all'ordine pubblico interno italiano. Nella stesura della motivazione del provvedimento, il giudicante faceva più volte riferimento al “divorzio temporaneo” intendendo invece il *talaq*, confondendo così istituti ed

---

<sup>147</sup> E. CALÒ, *I riflessi dell'immigrazione islamica sul diritto di famiglia*, cit.; G. CONETTI, *La successione del musulmano poligamo*, in *Studium Iuris*, 1997, p. 247.

<sup>148</sup> E. CALÒ, *I riflessi dell'immigrazione islamica sul diritto di famiglia*, cit.; A. GALOPPINI, *Il ripudio e la sua rilevanza nell'ordinamento italiano*, in *Dir. Famiglia*, 2005, p. 282; M. D'ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. Famiglia*, 2004, p. 189 ss.; C. CAMPIGLIO, *Famiglia e diritto islamico. Profili internazional-privatistici*, in *Musulmani in Italia*, cit., p. 183.

<sup>149</sup> E. CALÒ, *I riflessi dell'immigrazione islamica sul diritto di famiglia*, cit.

<sup>150</sup> R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, cit., p. 221.

<sup>151</sup> Tribunale di Aosta, 25 giugno 2010, in *Riv. Dir. Internaz. Priv. e Proc.*, 2011, 2, p. 437.



effetti<sup>152</sup>. Come sopra evidenziato, si tratta di due istituti con *ratio* ed effetti diversi: da un lato l'unilateralità della volontà di rompere il vincolo coniugale, anche se non ritualmente ripetuta per le tre volte, dall'altro lato la volontà consensuale e reciproca. Successivamente, sulla base di tale convincimento errato, il medesimo giudicante pronunciava la separazione personale dei coniugi applicando il diritto italiano, sostituendosi alle parti anzi, decidendo al loro posto, invece di dichiarare inammissibile la domanda. Tale *modus operandi* potrebbe addirittura configurarsi come una sorta di "paternalismo giuridico" nei confronti delle parti, fondato proprio sulla base dell'errata qualificazione dell'istituto da parte del giudice stesso.

Infatti, com'è facilmente immaginabile, il ripudio è contrario all'ordine pubblico interno italiano poiché configura una discriminazione tra i coniugi in quanto solo al marito è permesso di ripudiare la moglie. Ulteriormente, il ripudio viola i principi di uguaglianza e solidarietà coniugale, quasi vanificando i diritti di difesa della moglie. Infatti, esso ignora completamente il controllo dell'*affectio coniugalis* e la possibilità di riconciliazione, né consente la quantificazione di alimenti e mantenimento a favore del coniuge debole e dei figli<sup>153</sup>. Pertanto, il ripudio verificatosi all'estero non può essere trascritto nei registri di stato civile italiani, e qualora dovesse essere trascritto, esso deve essere annullato dall'Ufficiale di stato civile<sup>154</sup>.

Se al marito è così facilmente concesso il potere di ripudiare la moglie, alla moglie viene consentita la facoltà di divorziare. Infatti, è stato osservato che statisticamente sono le mogli che chiedono di divorziare in maggior numero rispetto ai mariti<sup>155</sup>. La dottrina osserva che in diritto italiano lo scioglimento del matrimonio non è collegato con la cessazione della vita coniugale, ma con la volontà comune dei coniugi di porre fine al loro matrimonio.

---

<sup>152</sup> "Nella fattispecie in esame è stato pronunciato in Marocco su richiesta del marito per motivi di discordia (...) un primo divorzio revocabile. Ai sensi degli artt. 122 e 123 (del codice della famiglia marocchino), il divorzio è normalmente irrevocabile (Bain) a eccezione del divorzio per giuramento di astinenza e del divorzio per mancanza di mantenimento, mentre il divorzio da parte dello sposo è normalmente revocabile (Rijii) ad eccezione del divorzio a seguito di due precedenti divorzi successivi, del divorzio intervenuto prima della consumazione del matrimonio, del divorzio consensuale, del divorzio khol' e del divorzio risultante da un diritto di opzione consentito dallo sposo alla sua sposa" (Tribunale di Aosta, 25 giugno 2010, cit.).

<sup>153</sup> Corte d'Appello di Torino, 9 marzo 2006.

<sup>154</sup> Corte d'Appello di Torino, 9 marzo 2006.

<sup>155</sup> M. D'ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, cit.



A questo proposito si osserva che la giurisprudenza italiana costantemente rifiuta il riconoscimento dei ripudi effettuati all'estero perché discriminatori per le moglie e per l'assenza di controllo giudiziale<sup>156</sup>, mentre sono più aperte al riconoscimento dei divorzi ottenuti nei paesi islamici<sup>157</sup>.

## 12 - *Kafalah* e adozione

Secondo la Sura 33 l'adozione non è consentita dalla Sharia in quanto essa è uno strumento giuridico per creare nuovi legami di filiazione rimuovendo quelli di sangue<sup>158</sup>. La *kafalah* è un istituto di diritto musulmano predisposto per la cura del minore orfano ovvero abbandonato, stante il divieto coranico dell'adozione (recepito in tutti gli ordinamenti di diritto musulmano con l'eccezione della Tunisia, della Somalia e dell'Indonesia). Esso adempie il precetto che fa obbligo a ogni buon musulmano di aiutare i bisognosi e consente a una coppia di coniugi, o anche a una persona singola, di custodire e assistere minori orfani o comunque abbandonati con l'impegno di mantenerli, educarli e istruirli, come se fossero figli propri fino alla maggiore età; senza però che l'affidato entri a far parte giuridicamente della famiglia che lo accoglie e senza che all'affidatario siano conferiti poteri di rappresentanza o di tutela, che rimangono attribuiti alle pubbliche autorità competenti.<sup>159</sup>

Il rapporto tra *kafalah* e ordinamento giuridico italiano si è posto in essere in relazione ai ricongiungimenti familiari di minori e, nell'ultimo periodo, in relazione ai grandi numeri di minori migranti, statisticamente difficili da accertare, approdati sulle spiagge italiane. Da un lato, secondo un rapporto istituzionale<sup>160</sup>, il numero di migranti minori non

---

<sup>156</sup> C. CAMPIGLIO, *Famiglia e diritto islamico*, cit.

<sup>157</sup> C. CAMPIGLIO, *Famiglia e diritto islamico*, cit., p. 184.

<sup>158</sup> A. DIVER, *A Law of Blood-ties - The 'Right' to Access Genetic Ancestry*, Springer International, Basel, 2014, p. 85; M. MARTINELLI, *I rapporti di filiazione nell'ambito della famiglia islamica e in quella occidentale. L'istituto dell'adozione nell'ordinamento islamico e in quello italiano*, in *Comunità islamiche in Italia*, cit., p. 389.

<sup>159</sup> Corte europea dei diritti umani, 4 ottobre 2012, *Harroudj contro Francia*, App. N. 43631/09; P. KINSCH, *Harroudj v. France: Indications from the European Court of Human Rights on the Nature of Choice of Law Rules and "Their Potentially Discriminatory Effect"*, in *Yearbook of Private International Law*, vol. 15, 2013/2014, pp. 39-44; F. KUTTY, *Islamic Law and Adoptions*, 2014, in <http://ssrn.com/abstract=2457066>.

<sup>160</sup> Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Rapporto sui minori non accompagnati in Italia il 31 agosto 2015* ([http://www.lavoro.gov.it/AreaSociale/Immigrazione/minori\\_stranieri/Pages/20140315\\_Dati-dei-minori-stranieri-non-accompagnati.aspx120](http://www.lavoro.gov.it/AreaSociale/Immigrazione/minori_stranieri/Pages/20140315_Dati-dei-minori-stranieri-non-accompagnati.aspx120)).



accompagnati nell'agosto 2015 era di 8.944, dei quali 22.1% provenienti dall'Egitto, 12.7% dall'Albania, 10.7% dall'Eritrea, 9.7% dal Gambia, 7.7% dalla Somalia, 4.8% dalla Nigeria. Riguardo alla loro età, 53.9% sono diciassettenni, 27.1%, sono sedicenni; 10.9/ quindicenni; 7.7% sono ricompresi nell'età tra quattordici e sette anni e 0.4% sono minori di sei anni. Dall'altro lato, la ONG "Save the Children" ha affermato che 7.357 minori non accompagnati sono giunti in Italia dal 1 gennaio 2015 al 15 agosto 2015<sup>161</sup>. Secondo l'art. 1, secondo comma, del D.P.C.M. n. 535 del 1999, è minore migrante non accompagnato quando non sia cittadino italiano né di un altro Paese membro dell'Unione Europea, che non abbia presentato domanda d'asilo e che si trovi sul territorio italiano per qualsiasi ragione, senza assistenza o rappresentanza dei suoi genitori o altri adulti che esercitino la responsabilità legale su di lui ai sensi della legge italiana<sup>162</sup>. Ai sensi del combinato disposto dell'art. 403 del codice civile e dell'art. 33 del D. Lgs. n. 286 del 1998, quando un minore straniero non accompagnato viene fermato sul territorio nazionale, questi deve essere immediatamente preso in cura dalle autorità pubbliche, nello specifico i tribunali per i minorenni e i servizi sociali. La dottrina è critica con questa soluzione poiché soltanto la magistratura ha il potere di effettuare adeguate indagini sul minore migrante e quindi prendersi adeguatamente cura di lui, ad esempio, affidandolo a una famiglia<sup>163</sup>. In questo contesto la giurisprudenza ha tentato di risolvere con la *kafalah* le situazioni che riguardassero minorenni non accompagnati di fede musulmana.

Dapprima le corti italiane hanno rifiutato di ammettere la configurabilità del ricongiungimento familiare attraverso la *kafalah* poiché si reputava violasse la legge sulle adozioni<sup>164</sup>, norma imperativa nel sistema italiano. Secondo questo orientamento, ormai risalente e abbandonato, coloro che ottenevano la custodia del minore non erano né i suoi genitori, né i parenti, né i custodi, dato che la *kafalah* attribuisce agli affidatari il potere-dovere di custodia, ma non attribuisce la rappresentanza legale del minore<sup>165</sup>. In conseguenza di ciò, in alcuni casi, il minore affidato in *kafalah* venne dichiarato adottabile<sup>166</sup>. Più recentemente, le Corti hanno mutato il

---

<sup>161</sup> [http://www.savethechildren.it/IT/Tool/Press/All/IT/Tool/Press/Single?id\\_press=936&year=2015](http://www.savethechildren.it/IT/Tool/Press/All/IT/Tool/Press/Single?id_press=936&year=2015)

<sup>162</sup> L. CARRERA, *La condizione giuridica del minore straniero non accompagnato*, in *Famiglia e Diritto*, 2001, p. 447.

<sup>163</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Affidamenti ex art. 2, L. 4 maggio 1983, n. 184 e minori stranieri non accompagnati*, in *Famiglia e Diritto*, 2007, p. 389.

<sup>164</sup> Trib. Minorenni Trento, 11 marzo 2002, in *Riv. Dir. Internaz. Priv e Proc.*, 2002, p. 1056.

<sup>165</sup> Corte di cassazione, 4 novembre 2005, n. 21395.

<sup>166</sup> Corte di cassazione, 4 novembre 2005, n. 21395.



loro orientamento, specie da quando si è preso atto che il ruolo della *kafalah* nell'affidamento dei minori orfani ovvero abbandonati è stato riconosciuto quale misura di protezione dall'art. 20 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo. Tale articolo statuisce che il minore temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare, oppure che nel suo interesse non possa più essere lasciato in siffatto ambiente, ha diritto a una protezione e ad aiuti speciali dello Stato. Il terzo comma del citato art. 20 esplicitamente riconosce che la *kafalah* di diritto islamico sia adeguato a tale scopo, in particolare nella considerazione della "necessità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica"<sup>167</sup>. In questo senso si inserisce l'utilizzazione del criterio guida del "principio di superiore interesse del minore" che permea l'intero complesso del diritto minorile nei Paesi europei, formalizzato per la prima volta nell'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del minore del 1989. Tale articolo deve essere interpretato in stretta connessione con l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che riconosce l'innovativo diritto del minore alla qualità della sue relazioni affettive<sup>168</sup>.

Alla luce di quanto esposto si è verificato un deciso cambiamento di orientamento da parte dei giudici di legittimità con la sentenza 20 marzo 2008, n. 7472, che ha riconosciuto effetti giuridici a questo istituto nel nostro ordinamento. Stabiliscono i giudici di legittimità che

*"Negli ordinamenti musulmani, infatti - stante la sancita illiceità di qualsiasi rapporto sessuale fuori dal matrimonio, l'esclusa giuridicità, ad ogni effetto, nei confronti del padre, dei figli naturali, e la considerazione di quelli adottati come "non veri figli" [Sura, XXXIII, versetto 4] - il dovere di fratellanza e di solidarietà, cui pure esorta il Corano [ivi, versetto 5], è assolto, nei confronti dei minori illegittimi, orfani o comunque abbandonati, attraverso l'unico strumento, appunto, di tutela e protezione dell'infanzia, definito "kafalah". Mediante il quale il minore, per il quale non sia possibile attribuire la custodia, ed assistenza (hadana) nell'ambito della propria famiglia (legittima), può essere accolto da due coniugi od anche da un singolo affidatario (kafil), che si impegnano a mantenerlo, educarlo ed istruirlo, come se fosse un figlio proprio, fino alla maggiore età, senza però che l'affidato (makful) entri a far parte, giuridicamente, della famiglia che così lo accoglie. Ogni singolo Paese di area islamica ha disciplinato, in maniera più o meno dettagliata, la kafalah. La*

---

<sup>167</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante kafalah al cittadino italiano o europeo*, in *Corriere Giur.*, 2013, p. 1492.

<sup>168</sup> P. MARTINELLI, F. MAZZA GALANTI, *Art. 24, Diritto del bambino*, in *La Carta dei Diritti dell'Unione Europea. Casi e materiali*, a cura di G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone, ed. Chimenti, Taranto, 2009, p. 303.





*quale - espressamente riconosciuta come istituto di protezione del fanciullo anche nella Convenzione di New York del 20 novembre 1989 (sub. art. 20) - è nella maggior parte delle legislazioni disposta con procedura giudiziaria, o previo accordo (tra affidanti e affidatari) comunque autorizzato da un Giudice, e con previsione di autorizzazioni, da richiedersi dal kefil all'Autorità competente, per atti di particolare rilievo, come, tra l'altro, l'espatrio".*

Nell'importante sentenza di legittimità citata, i giudici ricorrono a una interpretazione costituzionalmente adeguata dell'art. 29 del T. U. n. 286 del 1998. Nella

*"tendenziale prevalenza del valore di protezione del minore, anche in relazione al minore straniero rispetto a quelli di difesa del territorio e di contenimento dell'immigrazione" (Cass. 17 luglio 2008, n. 19734), "tra la kafalah islamica e il modello dell'affidamento nazionale prevalgono, sulle differenze, i punti in comune, non avendo entrambi tali istituti, a differenza dell'adozione, effetti legittimanti, e non incidendo, sia l'uno che l'altro, sullo stato civile del minore; ed essendo anzi la kafalah, più dell'affidamento, vicina all'adozione, in quanto, mentre l'affidamento ha natura essenzialmente provvisoria, la kafalah (ancorché ne sia ammessa la revoca) si prolunga tendenzialmente a fino alla maggiore età dell'affidato"<sup>169</sup>.*

Sulla base di tali presupposti elaborati dalla Cassazione nel provvedimento in epigrafe il giudice applica il principio di diritto secondo cui *"la kafalah di diritto islamico, (...) può fungere da presupposto per il ricongiungimento familiare, e dare titolo allo stesso, ai sensi, dell'art. 29, co. 2, d. lgs. n. 286/1998"*<sup>170</sup>.

Questa decisione assume significativa importanza perché offre una interpretazione costituzionale dell'art. 29 D. Lgs n. 286 del 1998 secondo cui la protezione del minore straniero prevale sulla tutela del territorio e del contenimento dell'immigrazione<sup>171</sup>. A questo proposito si rileva che nel raffronto tra la *kafalah* e il modello italiano di custodia del minore debbano prevalere le similitudini rispetto alle differenze, in considerazione che entrambi gli istituti, a differenza dell'adozione, non hanno effetto legittimante e non interferiscono sullo status della filiazione del minore. Mentre l'affidamento minorile italiano ha natura temporanea, la *kafalah* si avvicina maggiormente all'adozione, nonostante ne sia ammessa la revoca, poiché esso estende i suoi effetti fino al raggiungimento dell'età adulta del minore<sup>172</sup>. Sulla base di queste ragioni giuridiche, la Corte di Cassazione ha applicato il principio giuridico secondo cui la *kafalah* islamica può essere

---

<sup>169</sup> Corte di cassazione, 20 marzo 2008, n. 7472, cit.

<sup>170</sup> Corte di cassazione, 20 marzo 2008, n. 7472

<sup>171</sup> Corte di cassazione, 17 luglio 2008, n. 19734.

<sup>172</sup> Corte di cassazione, 20 marzo 2008, n. 7472.



utilizzata quale preconditione del ricongiungimento familiare secondo alla luce delle norme italiane in materia di immigrazione<sup>173</sup>.

Più recentemente, la Corte di Cassazione ha mutato la sua visione eurocentrica nell'interpretazione della *kafalah*, considerando il suo apporto multiculturale al diritto di famiglia. L'interpretazione abbandonata è stata definita dalla dottrina nel senso della "occidentalizzazione della *kafalah* all'orientalizzazione del miglior interesse del minore"<sup>174</sup>.

Questa prospettiva enfatizza che il trapianto legale<sup>175</sup> della *kafalah* islamica nei sistemi giuridici occidentali, se compatibile con la "retorica occidentale dei diritti umani"<sup>176</sup> si realizza attraverso le norme di diritto internazionale privato maggiormente flessibili rispetto a quelle del diritto civile nazionale la cui rigidità rende il processo di armonizzazione giuridica più difficile.

La Corte di Cassazione ha sottolineato gli elementi funzionali della *kafalah* sotto il profilo della protezione del minore, assicurandone l'efficacia e distinguendola ontologicamente dall'adozione<sup>177</sup>. Infatti, la Cassazione ha stabilito che la *kafalah* convenzionale, stipulata in certi stati e ispirata dal Corano, è un istituto di protezione familiare. Essa consente di offrire al minore opportunità di crescita e di migliorare le sue condizioni vitali; allo stesso tempo essa salvaguarda la relazione tra il minore e i suoi genitori. La *kafalah* negoziale ha elementi comuni con l'affidamento disciplinato dal diritto italiano<sup>178</sup>. Siccome la *kafalah* intende proteggere il miglior interesse del minore, essa non può entrare in conflitto con l'ordine pubblico tanto interno quanto internazionale, garantito da convenzioni internazionali ratificate dal parlamento italiano come il summenzionato articolo 20 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo<sup>179</sup>. La protezione effettiva del miglior interesse del minore è la chiave del ragionamento del giuridico

---

<sup>173</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Diritti del minore e circolazione all'estero del suo status familiare: nuove frontiere*, in *La famiglia si trasforma*, a cura di G.O. Cesaro, P. Lovati, G. Mastrangelo, Franco Angeli ed., Milano, 2014, p. 38 ss.

<sup>174</sup> M. DI MASI, *La Cassazione apre alla kafalah negoziale per garantire in concreto il best interest of the child*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, p. 10707. Per quel che concerne la giurisprudenza amministrativa si veda, TAR Piemonte, 3 marzo 2016, n. 281.

<sup>175</sup> A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, St. Athens, 1974, M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, (2014), p. 191.

<sup>176</sup> M.R. MARELLA, *Critical family law*, in *American University Journal of Gender Social Policy and Law*, 19, no. 2, 2011, p. 740.

<sup>177</sup> M. DI MASI, *La Cassazione apre alla kafalah negoziale*, cit., p. 10707.

<sup>178</sup> Art. 2 legge n. 184 del 1983.

<sup>179</sup> Corte di cassazione, 2 febbraio 2015, n. 1843, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, p. 10707.



per superare la limitazione di questioni interculturali in caso di minori non accompagnati di fede islamica<sup>180</sup>.

### **13 - Conclusioni. La necessaria unitarietà dell'ordinamento giuridico contro la discriminazione.**

L'analisi empirica casistica e giurisprudenziale dimostra che l'impatto dell'immigrazione islamica di massa sul sistema giuridico italiano rimane sommersa, tendente a non turbare l'apparente unità del sistema legale nel suo complesso. Da un lato, il sistema giuridico italiano, tranne in rare situazioni come quella concernente la *kafalah*, sembra soffocare la protezione di coloro che sono coinvolti relazioni interculturali, dall'altro i fedeli musulmano apparentemente preferiscono rimanere nascosti, senza significative rivendicazioni di rappresentanza o riconoscimento.

Tuttavia, esistono situazioni critiche che l'ordinamento giuridico italiano deve affrontare. Molti di questi riguardano la protezione dei diritti fondamentali delle donne, all'interno delle loro famiglia, della società e per quel che concerne le loro scelte di vita. In realtà nelle società occidentali, e l'Italia è tra queste, vi è una contraddizione apparente molto forte: da un lato le donne sono libere di vivere nel modo che ritengono più giusto e opportuno, dall'altro ci sono situazioni dove gli immigrati rafforzano i legami con le loro tradizioni culturali e con le loro radici al fine di affermare la loro identità. In siffatti contesti, ragazze e giovani donne rappresentano l'anello fragile<sup>181</sup>.

Ulteriormente, è opportuna la netta identificazione degli aspetti antidiscriminatori in questi ambiti poiché il trattamento delle situazioni di immigrazione, e quindi la loro definizione, è etnocentrica, focalizzata sull'origine della persona, quindi sul suo passato, e non sui suoi bisogni o sul suo futuro nel paese che la ospita, mentre è questa la prospettiva da valorizzare per una società rispettosa di tutte le sue componenti, indipendentemente dalla loro provenienza.

---

<sup>180</sup> Corte di cassazione, 2 febbraio 2015, n. 1843, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, p. 10707.

<sup>181</sup> M. LANFRANCO, M. NAMAZIE, N. EL FANI, M.H. LUCAS, I. SHEVCHENKO, G. ERCOLESSI, *Secular conference di Londra 2014. Il mondo laico mondiale lancia il Manifesto per la laicità: resoconto e cronaca dei lavori*, in *Quaderni Laici, Laicità, fondamentalismi religiosi e diritti delle donne*, n. 15/16, 2016, p. 119 ss.