



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO  
DIPARTIMENTO DI STUDI EUROPEI E  
DELL'INTEGRAZIONE INTERNAZIONALE  
D.E.M.S.

Scuola di Dottorato in  
Fondamenti del Diritto Europeo e Metodologia Comparatistica  
XXII ciclo  
IUS/02

**Multiculturalismo:  
un'indagine comparatistica**  
*Profili di Diritto di famiglia*

Candidato:  
Rita Duca

Tutor:  
Ch. mo Prof. Antonello Miranda

Coordinatore:  
Ch. mo Prof. Giuseppe Di Chiara

## INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Abstract</i>	I
<i>Premessa</i>	II

### CAPITOLO I

#### **Multiculturalismo e immigrazione in Europa**

1.	Precisazioni terminologiche e delimitazione del campo d'indagine	1
2.	Immigrazione e <i>Legal transplants</i>	8
3.	Il multiculturalismo polietnico in Europa: due modelli d'integrazione a confronto	15
4.	Flussi migratori e Islam	27
5.	Multiculturalismo e diritto di famiglia	33

### CAPITOLO II

#### **La *kafala* negli ordinamenti giuridici europei**

1.	La <i>kafala</i> islamica: un'alternativa all'adozione?	43
2.	La <i>kafala</i> nell'ordinamento giuridico italiano	56
3.	La <i>kafala</i> nell'ordinamento giuridico francese	70
4.	La <i>kafala</i> nell'ordinamento giuridico inglese	78

### **CAPITOLO III**

#### **La poligamia negli ordinamenti giuridici europei**

1.	<i>Poligamia v. Monogamia</i>	86
2.	La poligamia nell'ordinamento giuridico italiano	98
3.	La poligamia nell'ordinamento giuridico francese	111
4.	La poligamia nell'ordinamento giuridico inglese	124

### **CAPITOLO IV**

#### **Il ripudio negli ordinamenti giuridici europei**

1.	<i>Talaq, talaq, talaq</i>	137
2.	Il ripudio nell'ordinamento giuridico italiano	145
3.	Il ripudio nell'ordinamento giuridico francese	155
4.	Il ripudio nell'ordinamento giuridico inglese	165

<b>Conclusioni</b>	177
--------------------	-----

Bibliografia	184
--------------	-----

Sitografia	201
------------	-----

## **Abstract**

*The increase of migratory fluxes coming from Asia and Africa has resulted in the consolidation of new ethnic minorities in Europe in the last four decades.*

*European countries have become polyethnic states where their own norms and values coexist with the ones of minor communities.*

*Nevertheless, the accommodation of cultural differences may be incompatible with the traditional values of Western societies, especially in the area of family law.*

*Particularly, this thesis focuses on the three foundations of the Islamic Family Law which have encountered severe difficulties of application in Europe, especially in the Italian, French and British Legal Systems.*

*This essay examines how the kafala, or Islamic adoption, the polygamy and the talaq, or Islamic divorce, are regarded by the legal systems of the European States, through a comparative approach and through an analysis of case-law.*

*The aim of this thesis is twofold: first to illustrate the scope of application of Islamic family law in these European States and the problems arising therefrom; and second, to seek ways of reconciling respect for cultural diversity and the protection of human rights.*

**Keywords:** *Multiculturalism, Ethnic Minorities, Family law, Immigration law, Islamic Law, Western Legal Tradition.*

## *Premessa*

“L’ultima parte del XX secolo è stata descritta come l’età delle migrazioni. Grandi quantità di persone attraversano i confini internazionali e di fatto rendono polietnico quasi ogni paese”<sup>1</sup>.

In particolare, il vecchio continente ha dovuto confrontarsi, a partire dalla metà del secolo scorso, con nuovi e massicci flussi migratori provenienti dall’Asia e dall’Africa, che hanno dato voce e visibilità a minoranze etniche portatrici di differenze e specificità, fino ad ora ad esso ignote, tali da rendere gli Stati europei multiculturali.

L’analisi del processo di trasformazione delle società nazionali in società multiculturali è divenuto un campo in rapida espansione, contrassegnato com’è da un vivo dinamismo intellettuale non solo per quel che concerne i tradizionali settori da sempre interessati ai *cultural studies*, quali l’antropologia e la sociologia, ma anche per quelle discipline nell’ambito delle quali, in precedenza, regnavano incontrastati austeri positivismi, come nell’economia e nelle scienze giuridiche.

Le nuove minoranze etniche, portatrici di nuovi modelli identitari, hanno spesso dato il via a movimenti rivendicanti la loro autonomia socioculturale in opposizione alla cultura globale, specchio della cultura occidentale.

Tuttavia, sia che questi movimenti vengano definiti come “lotte per il riconoscimento” (Charles Taylor)<sup>2</sup> o come “movimenti per

---

<sup>1</sup> W. KIMPLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 335. (ed. or. *Multicultural Citizenship*, Oxford University Press, Oxford 1995).

l'identità/differenza" (Iris Young)<sup>3</sup> o ancora come "movimenti per i diritti culturali e cittadinanza multiculturale" (Will Kymlicka)<sup>4</sup>, essi segnalano, come afferma Seyla Benhabib, "un immaginario politico nuovo, che porta alla ribalta del discorso politico questioni relative all'identità culturale, nel senso più ampio dell'espressione"<sup>5</sup>.

L'emersione di fattori identitari non si esaurisce, infatti, in usanze e tradizioni di natura locale, le quali possono essere annoverate nell'ambito del folklore o in quello degli stili di vita; al contrario, le nuove minoranze sono portatrici di valori, norme e culture giuridiche nuove, che si pongono in contrasto con valori, norme e culture giuridiche storicamente caratterizzanti la *Western Legal Tradition*.

Per questa ragione, nel nuovo contesto delle società multiculturali sorgono problemi di "pluralismo normativo"<sup>6</sup>, innanzi ai quali i paesi europei si interrogano e rispondono sperimentando nuove politiche di immigrazione e integrazione. In merito a ciò, si complicano e aumentano inoltre le plurisecolari tensioni che scaturiscono dal conflitto tra i principi universalistici

---

<sup>2</sup> C. TAYLOR, J. HABERMAS, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 1998.

<sup>3</sup> I. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Oxford, 1990.

<sup>4</sup> W. KYMLICKA, *op. cit.*, pp. 210 e ss.

<sup>5</sup> S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*. Il Mulino, Bologna, 2005, p. 8.

<sup>6</sup> Si veda cfr. A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 47, che utilizza la locuzione "pluralismo normativo" intendendo "che siamo di fronte a una pluralità di norme, più che di ordinamenti o sistemi, e che queste norme hanno varie origini, non sempre qualificabili come giuridiche". Questa locuzione sembra essere più adeguata a descrivere le problematiche della multiculturalità rispetto a quella di pluralismo giuridico, poiché il quadro normativo in cui si muovono i migranti è costituito non soltanto da norme di diritto positivo degli Stati di provenienza, ma anche da regole religiose, consuetudinarie, e da norme transnazionali o infranazionali.

affermatisi in seguito alla rivoluzione americana e a quella francese e i particolarismi etnici, religiosi, razziali e linguistici.

Questo processo, infatti, ha già cominciato a incidere in modo piuttosto rilevante sulla struttura e sul funzionamento dei sistemi giuridici occidentali e richiederà probabilmente, nel medio termine, un mutamento degli stessi.

Si esce dunque da quell'“incanto confortevole dell'assolutezza”<sup>7</sup>, che si sostanzia nell'immagine dell'ordinamento giuridico fondato su una società nazionale “compatta, omogenea ed indifferenziata al suo interno”<sup>8</sup>, per ritrovarsi invece in una società differenziata, all'interno della quale si avverte, in modo sempre più pressante, la necessità di dover “riformulare le proprie categorie per adattarle alle nuove esigenze”<sup>9</sup>.

Il progressivo incremento del fenomeno migratorio in Europa costringe infatti a una vera e propria sfida, mostrando come i sistemi giuridici di tradizione occidentale siano basati su scelte di valore che non sono del tutto condivise dalle altre culture con riferimento ad esempio, all'uguaglianza tra uomo e donna, al rispetto dei diritti individuali o alla netta separazione tra legge, tradizione e religione.

È nel rispetto di questi principi che diviene spesso problematico decidere come trattare quei soggetti appartenenti a gruppi etnici che possiedono visioni del mondo, tradizioni e regole comportamentali diverse e talora conflittuali con quelle che il “gruppo culturale di

---

<sup>7</sup> R. BARTOLI, contraddittore a F. MONCERI, *Multiculturalismo: disincanto o disorientamento del diritto?* in G. A. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFAO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007, p. 94.

<sup>8</sup> Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 27 ss.

<sup>9</sup> C. DE MAGLIE, *Multiculturalismo e Diritto Penale. Il caso americano*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. 2005, p. 195.

maggioranza adotta e pone a fondamento della convivenza sociale”<sup>10</sup>.

Accettare di mettere in discussione i propri principi non implica necessariamente decretarne la fine o riconoscerne l’inutilità, bensì evidenzia la disponibilità a rivedere quelle che sono le credenze più sacre e profonde mettendole a confronto con quelle, altrettanto sacre e profonde, di chi ha vissuto esperienze storiche e sociali diverse.

Il punto focale verte sul verificare se gli ordinamenti giuridici occidentali possano o meno - e in caso di risposta affermativa in quale misura - concedere spazio alle peculiarità di soggetti appartenenti a culture minoritarie portatrici di valori autonomi: è dunque fondamentale comprendere se il riconoscimento di tali culture possa, in qualche modo, mettere in crisi l’identità nazionale intaccando il principio della vigenza di regole generali valide per tutti i consociati.

A questo proposito risulta illuminante lo stralcio di un brano di Erodoto riportato di seguito ed estratto da “Le storie”, che sintetizza in qualche modo quella che è l’essenza della problematica attuale.

“Una volta Dario, quando era re, convocò i Greci che vivevano alla sua corte e domandò loro a quale prezzo avrebbero acconsentito a mangiare i cadaveri dei loro genitori; quelli dichiararono che per nulla al mondo l’avrebbero potuto fare. Allora Dario fece venire davanti a sé, presenti i Greci, quegli Egiziani che sono chiamati Callati e che usano divorare i loro genitori morti, e fece chiedere a mezzo degli interpreti per quale prezzo si sarebbero indotti a bruciare il cadavere dei loro padre; e quelli a gran voce lo pregarono

---

<sup>10</sup> F. PARISI, *Cultura dell’“altro” e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 3.

di non dire cose così sacrileghe. Tanta è la forza della consuetudine. Onde, a mio avviso, bene disse Pindaro che la consuetudine è la regina del mondo”<sup>11</sup>.

Questo brano esemplificativo induce il giurista, anche ove segua l’idea di una tendenziale parità tra tutte le culture in termini di valore, a chiedersi se in un dato ordinamento possano essere tollerate consuetudini e costumi sostanzialmente differenti tra loro, quando non in netto contrasto, ovvero se una loro eventuale coesistenza possa o meno rappresentare una minaccia per la collettività, la quale, da un lato, potrebbe potenzialmente correre il rischio di precipitare nel più assoluto relativismo, dall’altro, quello di oltrepassare il limite della tolleranza previsto non solo dalle norme locali, ma specialmente dai valori fondamentali condivisi.

La domanda chiave è: la società può spingersi a tollerare fino a quale grado di diversità?

A partire da questa domanda nasce l’idea che è alla base della ricerca in esame, la quale si pone come obiettivo la verifica delle soluzioni innovative adottate dal legislatore, dalla giurisprudenza e dalla dottrina<sup>12</sup> di alcuni Paesi della *Western Legal Tradition* (in particolare Italia, Francia e Inghilterra) in relazione ai nuovi e innumerevoli conflitti in materia di diritto di famiglia, attuali e/o potenziali, in emersione tra il sistema giuridico del paese ospitante e le culture dei gruppi minoritari ospitati, composti dalle varie etnie cui appartengono i nuovi immigrati.

---

<sup>11</sup> ERODOTO, *Le storie*, libro terzo, par. 38, Collana: scrittori greci e latini, Mondadori.

<sup>12</sup> Per tutti cfr. R. SACCO, *Introduzione al Diritto comparato*, UTET, Torino, 1992, pp. 43 e ss. dove brillantemente illustra la sua celebre teoria dei formanti “La pura legge non è tutto diritto. La pura definizione dottrinale non è tutto diritto. La pura massima non è tutto diritto. Ma nemmeno la serie esaustiva di tutte le ragioni del decidere è puro diritto (...)”.

Gli operatori del diritto si trovano, infatti, sempre più spesso coinvolti in fattispecie in cui le norme degli ordinamenti giuridici vigenti divergono, spesso per ragioni di matrice religiosa o culturale, da quelle dei gruppi minoritari.

Ai fini di semplificazione dell'iter logico-argomentativo, la prima parte della ricerca sarà incentrata su una riflessione teorica; la seconda, invece, sarà dedicata al dato empirico e all'analisi casistica delle fattispecie più rilevanti in materia di diritto di famiglia.

Il primo capitolo, che costituisce l'introduzione alla tematica affrontata, è dedicato all'individuazione di alcuni caratteri generali delle società multiculturali europee.

In via preliminare si ritiene opportuno, al fine di delimitare con precisione il campo d'indagine, che in caso contrario risulterebbe sconfinato, fare chiarezza sui principali concetti-chiave che alimentano questo dibattito, quali quelli di cultura e multiculturalismo.

Occorrerà tuttavia procedere ad una ulteriore puntualizzazione: segnatamente sarà utile stabilire quale differenza intercorra tra Società multiculturali di tipo multinazionale e Società multiculturali di tipo polietnico, in modo da indirizzare la ricerca verso le società multietniche appartenenti a quest'ultima categoria.

Si tenterà di comprendere come gli Stati europei stiano "gestendo" la diversità culturale "importata" dagli immigrati, mediante l'analisi di due modelli paradigmatici europei: quello assimilazionista francese e quello multiculturalista inglese.

Oltre ad analizzare le peculiarità di ciascun modello proposto e le ragioni filosofico-politiche che stanno a monte delle scelte che li contraddistinguono, se ne metteranno in luce i punti di forza e quelli

più deboli, cercando di capire se possano o meno essere perseguibili nel lungo periodo per la gestione di un fenomeno di tale complessità.

Entrando nel vivo della ricerca, si procederà nell'analisi dettagliata delle fattispecie di maggiore rilievo nell'ambito del diritto di famiglia, più esposto all'incidenza etnico-culturale per ragioni, come si vedrà, tanto socio-antropologiche quanto giuridiche.

Risulta evidente come, in una società multiculturale, non si potrà mai trovare un modello sociale di famiglia uniforme, poiché al variare della cultura, della religione e delle tradizioni varieranno anche le "famiglie" e, con esse, i rapporti familiari uomo-donna e genitori-figli, le scelte educative ed esistenziali relative ai minori e le possibili condizioni di scioglimento del nucleo familiare.

Una trasformazione di tale genere della società richiede così "un ripensamento dell'intero diritto di famiglia"<sup>13</sup> nei sistemi giuridici occidentali, oggi chiamati non solo a tenere in considerazione questi nuovi assetti familiari, ma soprattutto a dare delle risposte alle istanze di riconoscimento e di tutela da questi richieste.

Nel complesso si può riconoscere che gli istituti del diritto di famiglia islamico siano quelli maggiormente in contrasto con i valori della cultura occidentale, in primo luogo per la palese disparità di trattamento dei sessi e la forte discriminazione nei confronti delle donne ravvisabili nell'impostazione patriarcale della famiglia.

---

<sup>13</sup>A. MIRANDA, *La privatizzazione del diritto di famiglia: il modello di Common Law*, in A. Dagnino (cur.) *Alambicco del Comparatista II: Matrimonio, Matrimonii*, Giuffrè, Milano, 2000. p. 370.

L'approccio giurisprudenziale a tali problematiche coinvolge infatti vari ambiti: dai diritti derivanti da un matrimonio poligamico alla disciplina dei ricongiungimenti, dalla filiazione agli istituti volti alla tutela del minore.

Le fattispecie sono state scelte in relazione alle difficoltà incontrate nella "risoluzione" delle stesse, ove il dibattito rimane ad oggi aperto e le soluzioni adottate che sono cambiate nel tempo potrebbero ancora evolversi.

Il terzo capitolo sarà così dedicato alle fattispecie "multiculturali" che coinvolgono i minori, in particolare sarà analizzato l'istituto islamico della *kafala*, volto alla protezione dei minori abbandonati e sconosciuto agli ordinamenti giuridici occidentali.

Il primo problema che si pone in relazione alla *kafala* è di determinare se un minore *sub kafala* possa o meno godere del diritto di ricongiungersi con la famiglia che lo ha preso in custodia e che risiede regolarmente in Europa, considerato che le legislazioni dei paesi europei in materia di immigrazione non fanno alcun riferimento a questo istituto, in quanto ad esse sconosciuto.

Il secondo problema si pone invece in relazione alla compatibilità o meno di questo istituto a quelli previsti dagli ordinamenti giuridici europei per la protezione dell'infanzia abbandonata, in particolare l'adozione e l'affidamento.

Si vedrà così se i giudici europei possano, nei confronti dei musulmani residenti in Europa, pronunciare la *kafala* anziché l'adozione e considerarla presupposto per il ricongiungimento familiare nel rispetto della loro specificità culturale o, se piuttosto,

debbano necessariamente convertirla in uno degli istituti previsti dai propri ordinamenti.

Il quarto e il quinto capitolo affronteranno invece le fattispecie che possono sorgere nell'ambito della vita familiare: in particolare, il matrimonio poligamico e il ripudio.

Il matrimonio poligamico appare palesemente in conflitto con la concezione occidentale del matrimonio basato sul principio d'uguaglianza tra coniugi, tanto che spesso non viene riconosciuto negli ordinamenti giuridici europei poiché contrario all'ordine pubblico. Negarne il riconoscimento potrebbe tuttavia danneggiare, nell'ambito dell'unione poligamica, la seconda moglie, soggetto debole del matrimonio che, nel caso in cui si trattasse nel proprio Paese di origine, si ritroverebbe ad essere isolata dal marito e talvolta anche dai figli, priva di qualunque forma di riconoscimento giuridico di uno status che, secondo il diritto del proprio paese, è invece legittimo; nel caso in cui essa si trovasse illegalmente in Europa, non potrebbe invece godere né dei diritti scaturenti dal matrimonio, né dei sussidi statali.

Problematiche simili sorgono anche sotto il profilo della disciplina della fase patologica del vincolo coniugale: è quanto avviene in relazione al ripudio, che si sostanzia in un divorzio unilaterale ed extragiudiziale consentito, nell'ambito di una coppia musulmana, soltanto al marito nei confronti della moglie.

Appare subito evidente come questo istituto, espressione palese della disparità di condizioni tra gli sposi<sup>14</sup> nell'ambito della vita matrimoniale, sia difficilmente compatibile ai valori fondamentali

---

<sup>14</sup> D. ANSELMO, *Shari'a e diritti umani*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, pp. 84-85.

della *Western Legal Tradition*, che garantiscono invece al loro interno l'uguaglianza tra marito e moglie.

L'indagine sarà svolta con metodo casistico-giurisprudenziale, poiché valido sia al fine di ricercare una continua aderenza ai fatti e alle tendenze evolutive della realtà (*law in action*), sia a rivelare come soluzioni a fattispecie identiche possano, tanto in uno stesso ordinamento, quanto in ordinamenti diversi, convergere o divergere e infine a dimostrare come tali soluzioni possano riflettere, totalmente o parzialmente, i modelli adottati per la gestione del fenomeno.

La continua aderenza ai fatti, secondo il *factual approach*, porterà in luce lo sviluppo e le tendenze evolutive della società.

Nel prosieguo della ricerca si terrà, inoltre, sempre presente la imprescindibile necessità di andare in cerca di un linguaggio in grado di collegare tra loro i tre pilastri fondamentali che ruotano attorno alla questione del multiculturalismo: quello filosofico-politico, quello socio-antropologico e ovviamente quello giuridico. L'approccio che dunque ne deriverà non potrà che essere di tipo interdisciplinare.

La presente ricerca mira perciò ad una completa analisi comparatistica, che analizzi i conflitti culturali in materia di diritto di famiglia nei più rilevanti ordinamenti europei; ricerca che non si limita all'impiego degli strumenti di indagine offerti dalle discipline giuridiche, ma che rimanda anche a quelli offerti dalla sociologia e dalla politologia.

Una ricerca, infine, che vuole indurre a una attenta riflessione su quelli che sono i diversi approcci adottati dagli ordinamenti giuridici europei per la risoluzione delle fattispecie in esame, volta a

dimostrare come sebbene tali approcci si differenzino gli uni dagli altri, approdino poi a soluzioni eguali o comunque similari.

# CAPITOLO I

## Multiculturalismo e immigrazione in Europa

**Sommario:** 1. Precisazioni terminologiche e delimitazione del campo d'indagine. - 2. Immigrazione e *Legal transplants*. - 3. Il multiculturalismo polietnico in Europa: due modelli d'integrazione a confronto. - 4. Flussi migratori e Islam. - 5. Multiculturalismo e diritto di famiglia

### 1. Precisazioni terminologiche e delimitazione del campo d'indagine

Quando una società si definisce multiculturale le problematiche e le questioni a essa relative dovranno essere necessariamente osservate, descritte e comprese privilegiando il punto di vista della cultura.

Se non si chiarisse il contenuto e la condizione d'uso di questo concetto-base, i nuovi concetti di società multiculturale o di multiculturalismo rischierebbero di risultare vaghi e indeterminati, e conseguentemente poco utili allo sviluppo di una proficua ricerca. Ma cosa s'intende per "cultura"<sup>15</sup>?

La nozione di "cultura" fa capo, notoriamente, a un concetto polisemico che incorpora significati diversi a seconda dei contesti nei quali viene utilizzato.

---

<sup>15</sup> Per un approfondimento sul dibattito contemporaneo sul concetto di cultura si veda P. GIGLIOLI e P. RAVAIOLI, *Bisogna davvero dimenticare il concetto di cultura? Replica ai colleghi antropologi*, *Rassegna Italiana di sociologia*, a. XLV, n. 2, aprile-giugno 2004, pp. 267-294.

In questa sede sembra opportuno partire da una definizione più circoscritta di “cultura” e segnatamente da una definizione etnicamente<sup>16</sup> qualificata.

Si aderisce così alla definizione data da Kymlicka in base alla quale “cultura è sinonimo di nazione o popolo e designa una comunità intergenerazionale, più o meno compiuta dal punto di vista istituzionale, che occupa un determinato territorio e condivide una lingua e una storia distinte”<sup>17</sup>.

A completamento di tale definizione, può essere opportuno attenzionare i cosiddetti “*Mandla criteria*”, elaborati da un popolare *leading case*<sup>18</sup> della *House of Lords* inglese: si tratta di requisiti necessari che una comunità deve possedere affinché possa essere considerata come gruppo etnico. Nella fattispecie sarebbe stato necessario verificare se la comunità dei *sikh* potesse essere qualificata come gruppo etnico, rendendosi in quanto tale destinataria, secondo il *Race Relation Act* del 1976, di alcune deroghe poste a tutela di questi gruppi<sup>19</sup>.

Lord Fraser, in quella occasione, ha indicato i sette criteri che un gruppo deve soddisfare per essere qualificato come etnico, due dei

---

<sup>16</sup> Etnia deriva dal greco *ἔθνος* che indica "popolo" o "nazione".

<sup>17</sup> W. KYMPLICKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 1995., trad. it., *La cittadinanza multiculturale*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 35.

<sup>18</sup> House of Lords, *Mandla v Dowell Lee*, 1983, 2 AC 548. La vicenda è originata dal divieto imposto dalle autorità scolastiche ad un ragazzo *sikh* di portare il turbante a scuola. Il punto essenziale era quello di comprendere se il gruppo dei *sikh* potesse essere riconosciuto come etnico e godere delle deroghe poste a tutela dal *Race Relation Act* del 1976. Lord Fraser indicando i sette criteri per identificare un gruppo etnico ritenne che i *sikh* potessero rientrare in tale qualifica. In questo modo la fattispecie si risolse con la rimozione del divieto imposto al giovane *sikh*, giudicato discriminatorio per un gruppo etnico.

<sup>19</sup> G. PENTASSUGLIA, *Minority Groups and Judicial Discourse in International Law. A Comparative Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p.48.

quali sono considerati essenziali: “(1) *a long shared history, of which the group is conscious as distinguishing it from other groups, and the memory of which it keeps alive*; (2) *a cultural tradition of its own, including family and social customs and manners, often but not necessarily associated with religious observance. In addition to those two essential characteristics the following characteristics are, in my opinion, relevant*”<sup>20</sup>.

Accanto a questi criteri essenziali possono, inoltre, contribuire in modo rilevante ai fini dell’attribuzione della qualifica in questione anche un’origine geografica comune o la discendenza da un piccolo numero di antenati; una lingua comune, non necessariamente peculiare del gruppo; una letteratura comune caratteristica del gruppo; una religione comune, diversa da quella dei gruppi vicini o della più vasta comunità circostante; infine, il fatto di costituire una minoranza o un gruppo oppresso oppure un gruppo dominante nell’ambito di una comunità più ampia.

La scelta di una nozione di cultura etnicamente qualificata sembra essere la più idonea ai fine della ricerca in esame, poiché utile a qualificare le società contemporanee europee.

Grazie a tale scelta definitoria anche il concetto di “società multiculturale” acquista contorni più netti e contenuti più precisi.

In questo modo si può infatti definire la società multiculturale in senso descrittivo, facendo riferimento al dato empirico di convivenza sullo stesso territorio nazionale di una molteplicità di

---

<sup>20</sup> Per un approfondimento si veda I. YILMAZ, *Muslim Laws, Politics and Society in Modern Nation States. Dynamic Legal Pluralisms in England, Turkey and Pakistan*, Ashgate Publishing Limited, 2005, p. 52.

gruppi etnici con valori, lingue, tradizioni e norme giuridiche differenti<sup>21</sup>.

Va dunque tralasciato il concetto di multiculturalismo in senso prescrittivo, inteso come modello teorico e politico orientato alla tutela dell'identità culturale di ciascuna delle componenti etniche che compongono uno Stato.

In relazione a siffatta delucidazione definitoria attribuita alle società multiculturali occorre, tuttavia, procedere ad un'ulteriore puntualizzazione, al fine di non offuscare un'importante distinzione: segnatamente quella esistente tra società (o Stato) multiculturale di tipo multinazionale e società (o Stato) multiculturale di tipo polietnico<sup>22</sup>.

Una società multiculturale si definisce di tipo multinazionale quando la diversità culturale trae origine dall'assorbimento (a seguito di processi di colonizzazione, conquista o confederazione) in uno Stato più grande di culture territorialmente concentrate, che in precedenza si governavano da sole<sup>23</sup>.

Al contrario una società multiculturale si definisce di tipo polietnico quando la diversità culturale trae origine

---

<sup>21</sup> Per una distinzione tra i concetti di società multiculturale e multiculturalismo si veda A. FACCHI, *I diritti dell'Europa Multiculturale*, op. cit., p. 3.

<sup>22</sup> Si veda fra tutti, W. KYMPlickA, *Multicultural Citizenship*, op. cit., cap. II, che evidenzia come la mancata distinzione tra questi due fenomeni, spesso trascurata originariamente, abbia creato non solo confusioni teoriche, ma anche critiche infondate. Nello stesso senso, di recente, F. VIOLA, *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano, 2006, p. 39: "bisogna, dunque, distinguere nettamente due tipi di società multiculturali: quelle in cui sono presenti da sempre culture indigene locali (...), e quelle in cui il fenomeno dell'immigrazione introduce nuove entità culturali".

<sup>23</sup> Ad esempio il Belgio ove convivono la comunità vallona, in larga maggioranza francofona e la comunità fiamminga, o la Svizzera, in cui vi è compresenza delle comunità di lingua, rispettivamente, tedesca, francese, italiana e romancia. Cfr. E. COLOMBO, *Le società multiculturali*, Carocci, ed. Le Busssole, Roma, 2008, p. 34.

dall'immigrazione di nuovi individui e di nuove famiglie provenienti da altre nazioni, portatrici di culture differenti.

Certamente uno stesso Stato potrebbe essere sia multinazionale che polietnico<sup>24</sup>, come nel caso extraeuropeo del Canada, all'interno del quale convivono una differenza culturale interna, la quale trae origine dall'assorbimento nella comunità anglofona di quella minoritaria francofona, che a sua volta aveva inglobato quella indigena autoctona e una differenza culturale esterna, la quale scaturisce invece dalla presenza di nuovi immigrati.

La distinzione tra società multinazionali e società polietniche consente di distinguere le "*national minorities*" dagli *ethnic groups*"<sup>25</sup>.

Per Kimplicka la differenza sostanziale che contraddistingue questi due tipi di società è rinvenibile, da un lato nelle differenti rivendicazioni e nelle differenti aspettative nutrite da parte delle minoranze nazionali e dai gruppi etnici, dall'altro dal diverso atteggiamento adottato nei loro riguardi dagli Stati.

Nel caso di una società multiculturale di tipo multinazionale le minoranze nazionali chiedono, ad esempio, forme di autogoverno, propri tribunali, proprie scuole, la possibilità di usare la propria lingua anche negli ambiti della sfera pubblica o ancora il riconoscimento delle proprie tradizioni religiose. Gli Stati sono generalmente più favorevoli a garantire trattamenti differenziati, poiché riconoscono che le minoranze nazionali autoctone sono insediate su territori che occupano da secoli e che solo per effetto di

---

<sup>24</sup> W. KYMPlickA, *Multicultural Citizenship, op. cit.*, p. 17.

<sup>25</sup> *Ivi*, pp. 11-26.

un inglobamento, più o meno coatto, sono ora politicamente controllate dalla cultura di maggioranza.

Al contrario i gruppi polietnici, non avendo le caratteristiche che sono proprie delle organizzazioni autoctone, non mostrano interesse a richiedere un'autonomia di gruppo, ma aspirano a mantenere alcune specifiche caratteristiche culturali e ambiscono a un adeguamento delle leggi ospitanti dello Stato di accoglienza alle loro esigenze, così da rendere più agevole la partecipazione alla vita pubblica di tale Stato. Poiché, generalmente, i Paesi d'accoglienza nutrono aspettative circa un maggiore sforzo di adeguamento da parte dei gruppi etnici alla cultura del gruppo di maggioranza, sono disposti a fare loro modeste concessioni e a riconoscere particolarità e specificità culturali, laddove non abbiano effetti negativi sulle istituzioni economiche e politiche della società dominante.

A questo riguardo, Kymlicka scrive che tendenzialmente gli immigrati decidono di abbandonare la propria cultura poiché "sanno che il successo loro e dei loro figli dipenderà dalla loro integrazione nelle istituzioni della società [d'accoglienza]"<sup>26</sup>.

Tuttavia questa posizione, che considera la scelta di emigrare come un'adesione implicita ai fondamenti della società di accoglienza e una rinuncia alla conservazione della propria cultura, potrebbe peccare di eccessiva astrazione.

In effetti, alcuni studi antropologici condotti in Gran Bretagna sono giunti a conclusioni differenti in relazione alla volontà dei gruppi etnici di abbandonare la propria cultura, come Kimplicka

---

<sup>26</sup> *Ivi*, pp. 11-26.

suggeriva che avrebbero fatto. Essi non hanno l'hanno abbandonata, ma l'hanno ricostruita "on their own terms"<sup>27</sup>.

A tal proposito una ricerca<sup>28</sup> condotta dall'antropologo Robert Ballard su come vivano i sudest-asiatici domiciliati in Gran Bretagna, dimostrerebbe che questi abbiano ricreato uno stile di vita e un ambiente sociale identici a quelli propri del paese di appartenenza. Ciò risulta plausibile anche sotto un profilo giuridico-politologico: alcuni studi infatti, come ad esempio quelli condotti da Pearl e Menski<sup>29</sup>, hanno confermato che questa ricostruzione non solo abbia portato alla creazione di un diritto non ufficiale parallelo a quello statale, ma anche alla creazione di nuove strutture istituzionali, come gli *Shariat Council*.

Date queste premesse, sembra indispensabile chiarire preliminarmente a quale tipo di società multiculturale si intenda fare riferimento nel corso della ricerca.

Si considereranno in particolare soltanto le società multiculturali di tipo polietnico, poiché è in tale forma che si sono evolute le società dei paesi europei, senza dimenticare la resistenza che i gruppi etnici, formati dai nuovi immigrati, continuano a mostrare nei confronti della *Western Legal Tradition*, con le conseguenti difficoltà che ne derivano.

---

<sup>27</sup> R. BALLARD, *Desh pardesh: The South Asian presence in Britain*, Hurst & Co., London, 1994, p. 34.

<sup>28</sup> *Ivi*, p. 35.

<sup>29</sup> D. PEARL e W. MENSKI, *Muslim family law*, Sweet & Maxwell, London, 1998; P. SHAH, *Law and Ethnic Plurality, Socio-Legal Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007.

## 2. Immigrazione e *legal transplants*

Con la celebre nozione di “*legal transplants*”<sup>30</sup>, formulata dallo storico del diritto Alan Watson, si è soliti designare “il fenomeno della circolazione dei modelli giuridici in base al quale una soluzione o una regola oppure un insieme di più soluzioni e di più regole costituenti un modello definito, espressione caratteristica di un determinato ordinamento, si trasferiscono da quell’ordinamento ad un altro”<sup>31</sup>.

Per Watson “i trapianti sono la fonte più fertile di sviluppo legislativo” e “la maggioranza dei cambiamenti è il prodotto di prestiti ottenuti dai diversi ordinamenti giuridici”<sup>32</sup>.

Secondo questa teoria un modello giuridico può circolare grazie al proprio prestigio o all’imposizione<sup>33</sup>, attraverso l’attività posta in essere dal legislatore, dalla giurisprudenza<sup>34</sup>, dalla dottrina oppure risultante da una combinazione dei tre formanti<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> La letteratura comparatistica offre numerosi contributi sul tema. Si veda, per tutti, A. WATSON, *Legal transplants: an approach to Comparative Law*, Charlottesville, Edimburgo, 1974. R. SACCO, *Introduzione al Diritto comparato* in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. SACCO, Utet, Torino, 1992, V ed., pp.132 e ss.; U. MATTEI, *Efficiency in Legal transplant. An essay in Comparative Law and Economics*, in *Int. rev. Law and Econ.*, 1994, 3.

<sup>31</sup> G. BENACCHIO, *Diritto Privato della Comunità Europea. Fonti, modelli e regole*, Cedam, Padova, 2004, p. 146.

<sup>32</sup> A. WATSON, *Legal transplants op. cit.*, p. 95.

<sup>33</sup> R. SACCO, *Introduzione al Diritto comparato, op. cit.*, p. 148.

<sup>34</sup> Ad esempio: “Nell’ambito della Comunità europea, i modelli e le regole possono circolare anche grazie ad una combinazione dell’attività della giurisprudenza comunitaria e di quella nazionale. Non è infrequente, infatti, che un modello giurisprudenziale nazionale venga recepito dalla Corte di Giustizia, venga formalizzato nelle sue decisioni e successivamente, lo stesso modello faccia il suo ingresso nei tribunali di altri Paesi membri senza alcuna mediazione normativa, né comunitaria, né nazionale”. G. BENACCHIO, *Diritto Privato della Comunità Europea, op. cit.*, p. 147.

<sup>35</sup> Si veda per tutti R. SACCO, *Introduzione al Diritto comparato, op. cit.*, pp. 43 e ss.

Questa nozione di *legal transplants* potrebbe essere oggi contestualizzata nell'ambito delle società multiculturali, soltanto se ad essa si attribuisse un'accezione di più ampio respiro<sup>36</sup>.

Utilizzando, ad esempio, la nozione di trapianto giuridico adottata da Masaji Chiba come "*law transplanted by a people from foreign culture*"<sup>37</sup>, si potrebbe annoverare tra le cause che rendono possibile la circolazione dei modelli giuridici anche lo spostamento di immigrati da un paese di origine a quello di accoglienza, dando altresì rilievo, in questo modo, al profilo culturale.

Questa più ampia concezione di trapianto giuridico potrebbe essere utile per descrivere il mutamento in corso negli ordinamenti europei, che si stanno confrontando con l'arrivo massiccio di immigrati che sono sì lavoratori, ma anche e soprattutto portatori di valori, tradizioni e regole giuridiche differenti, a volte anche contrastanti con quelli della *Western Legal Tradition*.

Se tuttavia nella nozione di Alan Watson il trapianto giuridico rappresenta un vantaggio per gli ordinamenti che "importano" un modello, e dunque una soluzione giuridica nuova e utile, da un altro ordinamento, rispetto a questa nuova nozione di trapianto giuridico, il trasferimento di modelli giuridici avviene come un fatto empirico al quale gli ordinamenti di accoglienza, non avendo possibilità di scelta, devono inevitabilmente rapportarsi.

---

<sup>36</sup> P. SHAH, *Globalization and the challenge of Asian legal transplants in Europe*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2005, p. 348.

<sup>37</sup> M. CHIBA, *Legal Pluralism: toward a General Theory Through Japanese Legal Culture*, Tokai University Press, Tokyo, 1989, p. 179. In realtà M. CHIBA utilizza questa concezione di *legal transplants* con riferimento all'ondata migratoria della popolazione Coreana nel terzo secolo d.C. che, a suo avviso, ha costituito il primo trapianto giuridico di un modello straniero in Giappone.

Nella nozione di Watson, la buona riuscita di un trapianto giuridico dipenderà dalla capacità dell'ordinamento di recezione di adattarsi a questo nuovo modello decontestualizzato. Non è un caso che Watson utilizzi il termine "trapianto", concetto che rimanda inevitabilmente al trapianto di organi nel corpo umano, ove la riuscita o il rigetto dello stesso, dipenderà dalla capacità del corpo di adattarsi ad un elemento estraneo.

Così anche se si adottasse questa più ampia concezione di trapianto giuridico, la buona riuscita dello stesso dipenderebbe dal modo in cui l'ordinamento di accoglienza sarebbe in grado di rapportarsi ai nuovi modelli "importati" dalle minoranze etniche.

In questa nuova accezione di *legal transplants* è possibile riassumere la sfida che gli ordinamenti giuridici occidentali devono affrontare nel nuovo millennio.

Gli immigrati che arrivano in Europa infatti, dopo un'iniziale fase di isolamento finalizzata alla ricerca del lavoro, tendono a unirsi alle proprie comunità di appartenenza, facendo in modo che l'immigrazione tenda a trasformarsi da "individuale a familiare e comunitaria"<sup>38</sup>.

Questa stabilizzazione degli immigrati, con la conseguente costituzione di famiglie e comunità, alimenta la tendenza a "riprodurre in terra straniera le istituzioni della comunità di provenienza, ad applicare le norme e le pratiche tradizionali"<sup>39</sup>,

---

<sup>38</sup> Tra le prime ricerche italiane atte a documentare questo processo di trasformazione si veda *Le regole del gioco. Diritti di cittadinanza e immigrazione straniera*, a cura di L. MAURI e G. MICHELI, F. Angeli, Milano, 1992, p. 102.

<sup>39</sup> A. FACCHI, *I diritti dell'Europa Multiculturale*, op. cit., p. 42.

rendendo così la comunità straniera portatrice di modelli giuridici nuovi.

Il quadro normativo in cui si muovono gli extracomunitari presenti in Europa si costituisce dunque su un doppio binario: quello formato dalle regole e dalle norme del Paese ospitante e quello formato dalle regole e dalle norme del Paese di origine, dunque tra un *official law* e un *unofficial law*.

In questo modo i comportamenti della popolazione “si modellano secondo l'appartenenza religiosa o etnica, seguono ordinamenti che non rispettano i confini nazionali e talvolta sono discordanti o in manifesto conflitto con l'ordinamento dello Stato<sup>40</sup>” d'accoglienza. Per questa ragione l'immigrazione porta inevitabilmente ad un cambiamento del carattere della società d'accoglienza, poiché gli immigrati, sebbene pronti al dialogo e all'accettazione della normativa del paese ove hanno deciso di stabilirsi, non rinunceranno alla loro forma di vita culturale, ovvero alle loro regole.

In relazione all'insorgere di possibili contrasti tra le norme della comunità autoctona e quella ospitata, si possono creare situazioni nelle quali il conflitto si può facilmente risolvere attraverso meccanismi di adattamento spontaneo da parte delle comunità migranti.

Vi sono casi, invece, in cui l'intervento del diritto statale risulta essenziale, sia laddove l'incompatibilità sia immediatamente identificabile, come ad esempio quella tra l'istituto islamico che consente il ripudio unilaterale della donna e il principio di

---

<sup>40</sup> A. FACCHI, *I diritti dell'Europa Multiculturale*, op. cit., p. 44.

uguaglianza tra i coniugi, sia quando questa divergenza emerga solo nel momento dell'applicazione delle regole straniere in particolari contesti, come nel caso del velo, regola rituale islamica da seguire nei luoghi pubblici.

Nell'ambito delle società multiculturali, che presentano dunque caratteri complessi, convivono molteplici norme appartenenti a ordinamenti diversi, che possono tra loro ignorarsi, neutralizzarsi o scontrarsi.

In una società multiculturale i conflitti dovrebbero essere risolti attraverso il dialogo e il reciproco riconoscimento delle culture. L'elemento di risoluzione del conflitto attraverso il riconoscimento dovrebbe caratterizzare il multiculturalismo, distinguendolo dal semplice pluralismo: "Mentre quest'ultimo risolve il conflitto attraverso la mediazione degli interessi, delle preferenze e dei bisogni in quanto tali elementi possono effettivamente essere oggetto di mediazione, poiché negoziabili, il multiculturalismo ha come unico mezzo di risoluzione dei conflitti il riconoscimento, in quanto le culture, per definizione non sono negoziabili"<sup>41</sup>. Attraverso il riconoscimento si attribuisce valore socio-politico alla diversità<sup>42</sup>, proprio perché, come sostiene Taylor, il misconoscimento di un'identità conduce all'oppressione di un individuo costretto a vivere in modo "falso, distorto e impoverito"<sup>43</sup>. Tuttavia, proprio questa peculiarità, votata alla volontà di riconoscimento di tutte le culture, è stata valutata come connotazione negativa del

---

<sup>41</sup> D. ANSELMO, *Shari'a e diritti umani*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 9.

<sup>42</sup> F. VIOLA. *La società multiculturale come società politica*, in *Studi emigrazione*, XLI, 153, 2004, p. 84.

<sup>43</sup> C. TAYLOR, J. HABERMAS, *Multiculturalismo*, op. cit., p. 9.

multiculturalismo. Come ribatte Sartori: “attribuire a tutte le culture egual valore equivale ad adottare un relativismo assoluto che distrugge la nozione stessa di valore. Se tutto vale, nulla vale: il valore perde ogni valore”<sup>44</sup>.

Secondo il parere di chi scrive, *riconoscere* non è sinonimo di accettazione indiscriminata di ogni tipo di cultura che emerga nella società, ma piuttosto capacità di discernimento e di verifica della dignità di una identità culturale al riconoscimento. In fondo, anche lo stesso Kymlicka, padre dei diritti culturali, ha affermato che le “democrazie liberali possono accogliere ed abbracciare molte forme di diversità culturale, ma non ogni forma”<sup>45</sup>.

Probabilmente, un limite al riconoscimento potrebbe essere individuato laddove i diritti umani vengano intesi come “insieme condiviso di punti di riferimento che può essere d’aiuto alle parti in conflitto per dialogare”<sup>46</sup>. Se non si trova una piattaforma comune sui diritti umani, appare infatti difficile poter affrontare il discorso legato al multiculturalismo, ad esempio in relazione alle società islamiche che non considerano l’uguaglianza tra tutti i cittadini davanti alla legge e che valutano i cittadini non musulmani come “categoria inferiore”<sup>47</sup>.

È tuttavia evidente come nel dibattito europeo sull’integrazione degli immigrati e sul conflitto tra le norme del paese di accoglienza e quelle importate dalle minoranze etniche si siano sviluppati diversi

---

<sup>44</sup> G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multi-etnica*, Rizzoli, Milano, 2002, p. 69.

<sup>45</sup> W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, op. cit., p. 265.

<sup>46</sup> M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, trad. it. a cura di S. D’Alessandro, Feltrinelli, Milano, 2003, p. 25.

<sup>47</sup> D. ANSELMO, *Shari’a e diritti umani*, op. cit., p. 13.

modelli. Francia e Regno Unito, primi fra tutti in Europa, hanno dovuto tracciare delle linee politiche, legislative e giurisprudenziali finalizzate alla gestione della compresenza sul proprio territorio di popolazioni di origine e cultura differenti, stanziatesi a seguito di successive e ripetute ondate migratorie.

In particolare, nell'ambito di questi modelli, i quali verranno delineati nel paragrafo successivo, è opportuno ricordare il ruolo di grande rilevanza che ha assunto la giurisprudenza, valutatrice in molte fattispecie della possibilità o meno di attribuire dignità, e dunque rilevanza giuridica, alle norme seguite da una data comunità etnica. La maggior parte delle trasformazioni giuridiche inerenti al multiculturalismo si produce infatti attraverso la libera interpretazione dei giudici e si traduce nella formazione progressiva di particolari fattispecie o procedure, nella predisposizione di attenuanti o nella disposizione di misure particolari finalizzate alla risoluzione di controversie alla cui base vi è un conflitto culturale.

Alle Corti spetta l'arduo compito non solo di individuare le norme da applicare, ma di fare ciò attraverso valutazioni che non sono solo meramente giuridiche, infatti i giudici per ricostruire le norme di riferimento di una comunità non devono limitarsi ad analizzare la legislazione nazionale dei paesi di origine della stessa, ma molto più spesso devono aggiungere delle specificità derivanti dalla consuetudine o dalla religione di tali appartenenze etniche.

In breve devono "operare un bilanciamento tra la tutela dei soggetti dal punto di vista di una teoria dei diritti occidentali, la

disciplina del diritto internazionale privato e l'interesse degli individui nel caso concreto"<sup>48</sup>.

### **3. Il multiculturalismo polietnico in Europa: due modelli d'integrazione a confronto**

Come accennato nel paragrafo precedente, le ripetute ondate migratorie della seconda metà del Novecento hanno posto gli Stati europei di fronte ad un complesso di nuove problematiche, che vanno dalla necessità di limitare i flussi migratori all'attribuzione dei diritti sociali e politici agli stranieri, dalla disciplina del ricongiungimento familiare e del lavoro alla tutela dell'identità culturale.

Questo dibattito si è tradotto nella realizzazione di differenti modelli politico-giuridici, i quali riflettono la diversa visione dei singoli Paesi europei sul rapporto tra maggioranza e minoranza e tra Stato e comunità, nonché le diverse strategie di controllo sociale e di politica economica.

Esaminando l'esperienza europea in ambito giuridico si possono cogliere varie linee di tendenza, dietro le quali si celano, a seguito del frammentarsi della società in senso multiculturale, diversi modelli di integrazione che presiedono all'adattamento e allo sviluppo degli ordinamenti statali.

---

<sup>48</sup> A. FACCHI, *I diritti dell'Europa Multiculturale*, op. cit., p. 44.

Tra questi è possibile analizzare quelli di Francia e Inghilterra primi paesi in Europa a essere interessati dal fenomeno migratorio. Gli ordinamenti statali dei due paesi costituiscono due modelli paradigmatici differenti per le diverse attitudini d'azione politica e giuridica intraprese nei confronti di tale fenomeno.

Si tratta, tuttavia, di due *ideal-tipi*, che ispirano le linee guida d'azione politica di entrambi nei confronti delle minoranze etniche, ma che frequentemente sono rintracciabili più nelle dichiarazioni ufficiali che nei singoli provvedimenti e nella loro applicazione<sup>49</sup>.

Tali politiche migratorie sono in stretta relazione con la cultura politica di ciascun Paese, specialmente se per cultura politica s'intende l'insieme delle idee fondamentali che, in un determinato paese, orientano sul lungo periodo le relazioni esplicitamente o implicitamente istituite fra Stato, popolo e nazione.

Questi due modelli di gestione del fenomeno migratorio sono inoltre stati istituiti nel corso della storia dei rispettivi paesi, in particolare in relazione all'esperienza acquisita durante il periodo coloniale.

Le modalità d'azione politica e di organizzazione istituzionale consolidatesi infatti in epoca coloniale nei rapporti tra le popolazioni autoctone e le amministrazioni coloniali hannorappresentato il riflesso della cultura politica dell'epoca, consolidando un tipo di approccio che ha avuto delle ripercussioni anche sulla madre-patria e sui rapporti tra istituzioni pubbliche e nuovi immigrati.

---

<sup>49</sup>A. FACCHI, *I diritti dell'Europa Multiculturale*, op. cit., p. 12; D. LAYPERONNIE, *L'individu et les minorités. La France et la Gran Bretagne face à leurs immigrés*. Presse Universitaires de France, Paris, 1993.

La colonizzazione francese in Africa “mirava a modificare il diritto autoctono con l’obiettivo dichiarato di civilizzare gli usi locali, di sopprimere le differenze regionali uniformandole nella forma e nello spirito ai codici napoleonici”<sup>50</sup>.

Questo stesso approccio è stato utilizzato nei confronti degli immigrati, rispetto ai quali la Francia ha adottato una politica di inclusione guidata dall’idea di una società caratterizzata da un’omogeneità culturale nazionale che inglobi le culture minoritarie.

Il modello francese, definito *assimilazionista*, si basa dunque su due principi fondamentali: l’uguaglianza formale e la laicità dello Stato<sup>51</sup>.

Il primo principio viene espresso chiaramente nei rapporti dell’*Haut Conseil à l’Intégration*, nei quali si afferma che “la concezione francese dell’integrazione deve obbedire a una logica d’eguaglianza e non di minoranze. I principi di identità che risalgono alla Rivoluzione e alla Dichiarazione dei diritti dell’uomo, impregnano (questa) concezione fondata sull’uguaglianza degli individui davanti alla legge, quali siano le loro origini, la loro razza, la loro religione (...) ad esclusione di un riconoscimento istituzionale delle minoranze”<sup>52</sup>.

In relazione al secondo principio si veda invece la raccomandazione dell’*Haut Conseil à l’intégration* del Marzo 2010, in cui viene esplicitamente asserito che il principio di laicità rende

---

<sup>50</sup> A. FACCHI, *I diritti dell’Europa Multiculturale*, op. cit., p. 13.

<sup>51</sup> L. BELLUCCI, *Immigrazione e pluralità di culture: due modelli a confronto*, in *Sociologia del diritto*, n.3, 2001, p. 132.

<sup>52</sup> Haut Conseil à l’intégration, *Rapports au Premier Ministre*, La Documentation française, Paris, 1991, p. 19.

*"possible la liberté d'opinion et d'expression de chacun, qu'il soit croyant ou non croyant"*<sup>53</sup>.

"L'esser membri di una nazione si fonda su una scelta individuale, precisa e responsabile, che consiste nell'accettazione delle regole nazionali e impersonali che guidano la vita pubblica. Lo Stato veramente democratico non può che esser cieco a qualsiasi differenza e considerare tutti i cittadini in modo eguale per garantire l'assoluta parità e piena libertà"<sup>54</sup>.

Se un immigrato desidera integrarsi a pieno titolo nella nuova comunità ospitante deve necessariamente acquisire le regole in essa in uso facendo propri la lingua, le tradizioni, i valori e le abitudini francesi, sostituendole alla propria cultura originaria.

Ogni individuo potrà continuare a professare la propria religione, conservare le proprie abitudini e tradizioni, mantenere vivi i propri valori e adottare comportamenti particolari soltanto nella sfera privata rinunciando, in tal modo, a manifestarli pienamente nella sfera pubblica, ove non saranno ritenuti giuridicamente rilevanti.

Non viene riconosciuta legittimità politica ai gruppi sociali o alle organizzazioni collettive intese come ostacolo all'integrazione del cittadino nella comunità nazionale, rivelandosi dunque come fonti di isolamento e di ghettizzazione.

L'unico interlocutore dello Stato deve essere il singolo cittadino: per questa ragione non potranno essere prese in considerazione le richieste di riconoscimento di diritti collettivi o sistemi di

---

<sup>53</sup> Recommandations du Haut Conseil à l'intégration relatives à l'expression religieuse dans les espaces publics de la République remises au Premier Ministre en mars 2010, rintracciabile al sito [http://www.hci.gouv.fr/article.php3?id\\_article=126](http://www.hci.gouv.fr/article.php3?id_article=126).

<sup>54</sup> E. COLOMBO, *Le società multiculturali*, Carocci, ed. Le Bussolle, Roma, 2008, p. 46.

trattamento differenziato in base a una qualche forma di appartenenza.

Lo Stato (dunque anche l'amministrazione pubblica e i servizi sociali) agisce secondo criteri universali, uguali per tutti, e non accetta che ci sia un trattamento differenziato per gruppi che abbiano una propria specifica identità culturale o etnica.

Il modello francese d'integrazione si propone così "universalista", poiché lo Stato ha l'obbligo di favorire la piena uguaglianza fra i propri cittadini, immigrati inclusi. Tuttavia questa uguaglianza non può che esplicarsi nella piena assimilazione, ovvero nella piena accettazione delle regole e dei principi del paese ospitante.

Tale approccio, che predica l'irrilevanza delle specificità culturali, ha condotto, ad esempio, all'approvazione della legge francese n. 228 del 2004, che vieta l'ostentazione del velo e dei simboli religiosi all'interno degli edifici scolastici<sup>55</sup>.

Il modello della Gran Bretagna, definito *multiculturale*, si basa invece sul principio di uguaglianza sostanziale dei consociati.

Anche in questo caso i fondamenti delle politiche odierne sono ravvisabili nelle scelte maturate durante il periodo coloniale, ove risulta che le amministrazioni britanniche non si occupassero, in linea di massima, dei rapporti interni alle popolazioni autoctone.

Le amministrazioni coloniali hanno posto in essere una politica di non ingerenza nel diritto e nelle consuetudini locali, imponendo

---

<sup>55</sup> La legge n. 228 del 15 marzo del 2004 vieta, in applicazione del principio di laicità, l'ostentazione di simboli religiosi all'interno degli edifici scolastici. Così sancisce l'art. 1 della legge, inserito nel codice dell'educazione all'art. L-141-5-1: "Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. Le règlement intérieur rappelle que la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève".

proprie regole generalmente solo nei rapporti commerciali o comunque in quelle situazioni direttamente rilevanti per l'interesse del Commonwealth<sup>56</sup>.

Le politiche britanniche nei confronti delle minoranze etniche hanno ricalcato questa impostazione, con in più l'impegno pubblico verso il mantenimento delle tradizioni comunitarie e delle specificità etniche e culturali.

Questo modello, contrariamente a quello francese, accetta un certo grado di diversità culturale e religiosa, che può essere espressa nello spazio pubblico a patto che vengano rispettati il diritto comune e le regole fissate dal metodo democratico.

L'intervento dello Stato nei confronti degli immigrati non è così rivolto all'assimilazione, ma al rispetto delle specificità etniche, al riconoscimento dei gruppi etnici e religiosi e alla loro istituzionalizzazione. Gli individui e i gruppi, nel rispetto della legge, sono liberi di organizzarsi per mantenere viva la loro cultura e la loro identità.

Al fine di garantire il principio di uguaglianza sostanziale, ad un gruppo etnico vengono riconosciuti anche dei trattamenti giuridici differenziati. A livello legislativo, ad esempio, tale modello ha comportato l'adozione di alcune norme che prevedono deroghe, esenzioni o regimi giuridici speciali in virtù dell'appartenenza ad un

---

<sup>56</sup> A. FACCHI, *I diritti dell'Europa Multiculturale*, op. cit., p. 14.

determinato gruppo etnico<sup>57</sup>. Tra i tanti possono essere citati il *Race Relations Act* del 1976, che vieta qualunque tipo di discriminazione per motivi di razza, religione o origine etnica e che prevede delle deroghe legislative per un'effettiva realizzazione dell'uguaglianza sostanziale tra i consociati, il *Road Traffic Act* del 1998 che consente agli indiani *sikh* di portare il turbante al posto del casco quando sono alla guida di motoveicoli<sup>58</sup> o ancora lo *Shops Act* del 1950, che prevede l'apertura dei negozi ebraici la domenica<sup>59</sup>.

Complessivamente, a differenza della Francia, molti provvedimenti e molte norme britanniche riconoscono legittimità politica a soggetti collettivi, attribuiscono diritti di rappresentanza speciale e prevedono il riconoscimento di un trattamento speciale in base all'appartenenza etnica, sancendo così una deroga al diritto comune.

---

<sup>57</sup> W. KYMLICKA, suggerisce l'adozione di alcune deroghe o regimi speciali a favore delle minoranze etniche in coerenza con il modello multiculturali sta, come ad esempio: la riforma dei curricula scolastici volti a garantire maggior riconoscimento ai contributi storici e culturali delle minoranze etniche nonché l'introduzione di programmi di educazione bilingue per i figli degli immigrati nella scuola primaria; l'istituzionale, ovvero l'adeguamento dei piani di lavoro e dei codici di abbigliamento alle festività e agli usi religiosi dei gruppi di immigrati; l'adozione sul luogo di lavoro di codici sanzionatori dei commenti razzisti; l'istituzione di linee guida che regolamentino gli stereotipi etnici dei mass media; l'adozione di programmi di sviluppo culturale, quali il finanziamento di festival e di programmi di studio etnici; l'offerta di corsi di alfabetizzazione nella propria lingua madre per immigrati adulti; l'adozione di affermative actions, come, ad esempio, il trattamento preferenziale per garantire alle minoranze l'accesso all'istruzione, alla formazione o all'impiego. W. KYMLICKA, *Teoria e pratica del multiculturalismo d'immigrazione*, in E. CANIGLIA, A. SPREAFICO (a cura di), *Multiculturalismo o comunitarismo?* Luiss University Press, Roma 2003, pp. 133-134.

<sup>58</sup> Road Traffic Act del 1998, section 16 "Wearing of protective headgear", punto 2: "A requirement imposed by regulations under this section shall not apply to any follower of the Sikh religion while he is wearing a turban". Ma può rammentarsi anche la sezione 11 dell'Employment Act del 1989 con cui si è consentito ai sikh di portare il turbante, anziché l'elmetto protettivo, nell'ambito delle attività lavorative nei cantieri edili.

<sup>59</sup> Per approfondimenti si veda N. K. BLOMLEY, *The Shops Act (1950): The Politics and the Policing*, in *Area*, Vol. 17, n. 1, 1985, pp. 25-33.

A causa di diversi fattori, negli ultimi anni si è tuttavia assistito ad un progressivo avvicinamento tra i due modelli: da un lato, il processo di europeizzazione che ha attribuito parte delle competenze in materia alle Istituzioni dell'Unione Europea, dall'altro, il processo di globalizzazione che ha reso più omogenei i flussi migratori e con essi le problematiche poste.

A ciò si aggiunga comunque il fallimento parziale di entrambi i modelli, che a tutt'oggi spinge gli ordinamenti giuridici europei a ricercare nuove soluzioni.

Il modello francese è stato fortemente criticato poiché la promessa di uguaglianza e di "pari opportunità" sottesa al modello assimilazionista proposto non è stata mantenuta. Le comunità minoritarie, in particolare quelle musulmane di seconda e terza generazione, hanno fatto i conti con una realtà che è risultata ricca di ampi dislivelli relativi al raggiungimento del successo scolastico, all'accesso all'università e al mondo del lavoro nonché alle condizioni abitative effettive rispetto a quelle ideali proposte dallo Stato.

La rabbia delle comunità etniche presenti in Francia, scaturita appunto dal mancato raggiungimento di pari opportunità, è esplosa nel 2005 nelle rivolte che hanno incendiato le *banlieues* parigine, le quali hanno evidenziato come un'integrazione coatta sia capace di generare violenza sociale.

La netta distinzione tra sfera pubblica e sfera privata, richiesta<sup>60</sup> dal modello assimilazionista fondato sulla *laïcité*, ha dato inoltre

---

<sup>60</sup> Sulla difficoltà di delineare una netta separazione tra sfera pubblica e privata in relazione all'ostentazione della religione di ciascun individuo si veda R. TRIGG, *Religion in public life: must faith be privatized?*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

luogo ad un fenomeno di crescente influenza esercitata dalle correnti radicali dell'islam sui musulmani di Francia. Alcuni episodi hanno portato alla luce in modo chiaro le nuove difficoltà derivate da tale fenomeno: il rifiuto da parte di cittadini musulmani di far visitare negli ospedali le proprie mogli da ginecologi maschi; la richiesta di riservare un giorno alla settimana l'ingresso alle piscine pubbliche di alcuni comuni alle sole donne; il rifiuto di stringere la mano a colleghi maschi da parte di alcune donne islamiche.

Di fronte a una realtà così contraddittoria e carica di tensioni, il presidente della repubblica francese Nicholas Sarkozy sta provando a rielaborare il concetto di *laïcité*<sup>61</sup>. Il capo dell'Eliseo è convinto che si debba riconoscere il ruolo che le esperienze religiose svolgono, tanto a livello individuale quanto a livello sociale, nel quadro di un sistema di valori condivisi. Per questa ragione si sta iniziando a parlare di "laicità positiva"<sup>62</sup>, rispetto alla quale il rapporto di opposizione tra lo Stato francese e le realtà di tipo religioso presenti nella società cambia, al fine di raggiungere un certo grado di armonia.

Non mancano coloro che criticano questa posizione, denunciando il pericolo di una strumentalizzazione da parte del radicalismo islamico, che potrebbe farne il cavallo di Troia per una più efficace penetrazione all'interno della società; altri invece sottolineano la lungimiranza della proposta di Sarkozy, che per

---

<sup>61</sup> Nel rapporto sulla laicità elaborato dalla Commissione Stasi si legge che la "laicità è la pietra angolare del patto repubblicano", "essa realizza una concezione del bene comune" e rappresenta per la Repubblica "un valore fondante". Cfr. COMMISSIONE STASI. *Rapporto sulla laicità*, Ed. Scheiwiller, Paris, 2004, p. 19.

<sup>62</sup> In Francia si distingue tra una "*laïcité de combat*" e una "*laïcité pacificatrice*", vale a dire tra una laicità di rifiuto o di restrizione dell'elemento religioso e una laicità di rispetto e di neutralità positiva.

mezzo di questa strategia si propone di neutralizzare proprio i nemici più accaniti della separazione tra spazio privato e spazio pubblico dell'esperienza religiosa.

Dall'altra parte, anche il modello multiculturale britannico (definito, in modo dispregiativo, modello *Londistan*), il più avanzato in Europa, sembra vacillare.

Gli attentati di Londra del 7 luglio 2005, rivendicati dai fondamentalisti islamici, secondo quanto sostenuto dagli studiosi contrari al modello multiculturale sono stati espressione di un tradimento, mentre per altri solo la dimostrazione isolata di alcuni fondamentalisti, che rappresentano una minoranza nel Paese.

È vero tuttavia che questo modello sta cominciando a mostrare delle crepe, a causa soprattutto dei flussi migratori non disciplinati, della crisi occupazionale e della paura indotta dall'estremismo islamico. Inoltre il proliferare di comunità parallele, etniche o religiose, prive di un comune senso di appartenenza, fa in modo che, come per tutte le figure parallele, queste siano destinate a non incontrarsi mai.

Il modello inglese tende dunque a creare comunità separate, nell'ambito delle quali, in termini generali, possono anche generarsi effetti di emarginazione sociale. È stato inoltre sottolineato come si stia sviluppando, accanto al diritto comune, un diritto non ufficiale, che di fatto disciplina i rapporti all'interno delle minoranze etniche<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Sul punto si veda W. MENSKI, *Law, religion and culture in multicultural Britain*, in *Law and Religion in Multicultural Societies*, DJOF Publishing, Copenhagen, 2008; P. SHAH, *Legal pluralism in conflict: coping with cultural diversity in law*, Glasshouse press, London, 2005; D. PEARL and W. MENSKI, *Muslim family law*, Sweet & Maxwell, London, 1998; I. YILMAZ, *The challenge of post-modern legality and Muslim legal pluralism in England*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, April 2002, Vol. 28, n. 2, pp. 343-354.

Allo stato attuale tutti gli Stati europei sono alle prese con la crisi del proprio modello di integrazione, a riprova del fatto che il radicale mutamento indotto dalla globalizzazione ha messo a dura prova quel bagaglio di soluzioni che si riteneva ormai consolidato. Inoltre, nonostante il comune perseguimento dell'obiettivo dell'integrazione, nessuno dei due modelli, e conseguentemente nessuna delle rispettive politiche, è finora riuscito ad evitare effetti di emarginazione degli immigrati, i quali in nessuno dei due Paesi di riferimento (Francia e Inghilterra) hanno raggiunto un livello di istruzione, di possesso di risorse economiche e di integrazione sociale comparabile a quello proprio dei membri del gruppo culturale di maggioranza<sup>64</sup>.

L'integrazione non è comunque di certo un concetto univoco, né vi è una sola strada da percorrere per raggiungerla. Essa può, ad esempio, intendersi o "come integrazione culturale, cioè come adozione di un tipo di vita, di valori e di pratiche che sono quelle proprie della popolazione autoctona, oppure come semplice integrazione sociale ed economica, compatibile con la conservazione dell'identità culturale originaria"<sup>65</sup>.

A quest'ultima nozione si riferisce la Commissione dell'Unione Europea, che definisce integrazione sociale ed economica quel "processo che impedisce e controbilancia la marginalizzazione sociale degli immigrati" finalizzato al "raggiungimento di un livello

---

<sup>64</sup> A. FACCHI, *I diritti dell'Europa Multiculturale*, op. cit., p. 17.

<sup>65</sup> *Ivi*, p. 19.

di vita sociale ed economico simile a quello della popolazione autoctona”<sup>66</sup>.

Per il raggiungimento di tale integrazione è richiesta una strategia che tenga conto non solo dei benefici per la società ospite, ma anche degli interessi degli immigrati. A questo riguardo la Commissione esorta gli Stati a predisporre misure per la partecipazione degli immigrati alla vita economica e sociale e, a lungo termine, anche politica. Soltanto un adeguato miglioramento economico può infatti consentire la non conflittualità sotto il profilo culturale<sup>67</sup>.

In relazione a questa breve descrizione delle politiche di integrazione dei due principali Paesi europei che conoscono da più tempo il fenomeno migratorio, si nota come sia impossibile trovare un’unica soluzione a queste problematiche.

Sicuramente la soluzione proposta dall’UE<sup>68</sup>, finalizzata a garantire un miglioramento del livello di vita degli immigrati funzionalmente alla costituzione di quelle basi necessarie al rafforzamento della propria autonomia e della libertà delle scelte individuali, sembrerebbe la più adeguata, ma forse anche la più utopistica.

---

<sup>66</sup> Commissione dell’Unione Europea, *Politiche di immigrazione e di integrazione sociale degli immigrati nell’Unione Europea*.

<sup>67</sup> A. FACCHI, *I diritti dell’Europa Multiculturale*, op. cit., p. 20.

<sup>68</sup> Si veda la Comunicazione della Commissione Europea: *Una politica d’immigrazione comune per l’Europa: principi, azioni e strumenti*. COM(2008) 359.

## 4. Flussi migratori e Islam

Gli extracomunitari che provengono da paesi di diritto islamico costituiscono di certo la componente di gran lunga più rilevante<sup>69</sup> della migrazione multietnica che connota attualmente i Paesi dell'Europa occidentale.

L'immigrazione in Europa dei soggetti provenienti da questi paesi è piuttosto diversificata<sup>70</sup>.

A grandi linee si può affermare che dal *Maghreb* (e più in particolare da Algeria, Marocco e Tunisia) proviene gran parte dell'immigrazione economica, mentre dai paesi del *Mashraq* (l'Oriente arabo che comprende l'Arabia Saudita, il Kuwait, l'Iraq, la Giordania, la Siria il Libano e la Palestina) proviene, e soprattutto è provenuta in passato, un'immigrazione caratterizzata dalla necessità di asilo politico<sup>71</sup>. Dal sud-est asiatico (Pakistan, Bangladesh, India e Sri Lanka) proviene invece la maggior parte dell'immigrazione legata alla Gran Bretagna.

Le ondate migratorie di popolazioni di religione musulmana che hanno interessato l'Europa, e in particolare in un primo periodo Francia, Gran Bretagna, Germania, Paesi Bassi, Belgio e successivamente anche Italia, Spagna e Grecia<sup>72</sup>, si sono distribuite lungo un arco temporale che va dal dopoguerra ad oggi: queste

---

<sup>69</sup> U. MELOTTI, *Gli immigrati arabi in Europa*, in L. OPERTI, *Cultura araba e società multietnica: per un'educazione interculturale*, Torino, 1998.

<sup>70</sup> Per un'analisi approfondita si veda S. T. HUNTER, *Islam, Europe's Second Religion: The New Social, Cultural, and Political Landscape*, Praeger, New York, 2002.

<sup>71</sup> U. MELOTTI, *op. cit.*, p. 46.

<sup>72</sup> A. FERRARI, (a cura di), *Islam in Europa/Islam in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2008.

possono essere distinte in quattro fasi principali<sup>73</sup>, che presentano temporalità e caratteristiche differenti.

Il primo ciclo migratorio (1945-1973) che ha coinvolto l'Europa è stato quello legato alla ricostruzione postbellica iniziata all'indomani della seconda guerra mondiale. Dagli anni cinquanta agli inizi degli anni settanta si instaurò infatti un'intensa mobilità migratoria verso l'Europa occidentale, nell'ambito della quale a prevalere erano percentualmente gli immigrati extraeuropei di appartenenza culturale musulmana.

Caratteristica di questa prima ondata migratoria è il fatto che si sia sviluppata perpetuando legami di familiarità, instaurati durante il periodo coloniale, tra i paesi di origine e quelli di destinazione.

In questa prima fase l'immigrazione era vissuta come un'esperienza temporanea, motivata esclusivamente da ragioni economiche. Le strategie di inserimento degli immigrati nella società di accoglienza erano quindi minime, limitate all'ambito lavorativo, poiché l'orizzonte di vita era rappresentato dal paese di origine.

La crisi del 1973-74, impropriamente nota come "crisi petrolifera o energetica", ha segnato la fine del processo sopra delineato: la forte recessione economica e la conseguente notevole crescita della disoccupazione tra i lavoratori, sia autoctoni che stranieri, limitò l'ingresso di nuovi migranti.

---

<sup>73</sup> A. BASTENIER, *Italia, Europa e nuove immigrazioni*, Torino; *Islam in Europa e in Italia*, in XXI Secolo. Studi e ricerche della Fondazione Giovanni Agnelli, 1994, n. 2.

In questa seconda fase, tutti i Paesi Nordeuropei che, sino ad allora, avevano aperto le porte agli immigrati, chiusero rigidamente le frontiere determinando in tal modo un'evoluzione fondamentale dell'esperienza migratoria.

La chiusura delle frontiere ha, infatti, indotto gli immigrati già residenti in Europa a percepire in modo nuovo la propria presenza sul territorio. Fino a quel momento la migrazione, quanto meno in linea teorica, veniva considerata temporanea e l'orizzonte di riferimento continuava a essere il Paese di origine, in cui continuavano a risiedere le famiglie e verso cui era diretto qualunque tipo di sforzo economico in vista di un auspicato ritorno.

Il blocco dei flussi però, con la sopravvenuta impossibilità di rientro in caso di ritorno temporaneo al paese di origine, ha in linea di massima provocato lo stanziamento definitivo degli immigrati in Europa, trasformando il paese di accoglienza nell'orizzonte definitivo nel quale inserirsi.

La prima conseguenza di questa evoluzione è stato l'innescarsi, agli inizi degli anni ottanta, di un terzo ciclo migratorio, composto da nuovi consistenti flussi generati dal ricongiungimento familiare.

In questa terza fase, sono stati sovvertiti quelli che erano in principio i programmi di ogni immigrato stanziatosi in Europa: non solo questi non sarebbe rientrati mai più nel paese di origine ma, al contrario, avrebbe portato nel paese di accoglienza la propria famiglia: in altre parole, i nuclei familiari si sono ricostituiti non grazie al ritorno degli immigrati lavoratori nel paese di origine, ma in seguito all'immigrazione in Europa del resto della famiglia, dunque anche di donne e bambini.

In questa fase si è assistito al passaggio da un'immigrazione individuale a un'immigrazione familiare, che di lì a poco sarebbe diventata comunitaria.

Il nuovo ciclo migratorio si è così sviluppato con caratteristiche assai diverse da quelli precedenti, contraddistinto essenzialmente dalla messa in opera di una serie di strategie sociali e culturali attraverso le quali gli Stati hanno cercato di integrare le minoranze etniche, che hanno cominciato a chiedere riconoscimento.

Se nei primi due cicli i rapporti tra ospitanti e ospitati erano pertinenti al solo ambito economico e professionale, in seguito alla ricostruzione dei nuclei familiari, con la conseguente presenza delle donne e la crescita delle nuove generazioni, sono cominciati a sorgere problemi e bisogni nuovi, attinenti ai diversi ambiti della vita, divenuti altrettante occasioni per avviare relazioni più ampie e diversificate con i diversi settori della società e con le istituzioni dei vari Paesi.

È nel corso di questa fase del terzo ciclo migratorio che si è assistito in Europa all'attivazione dell'appartenenza islamica tra gli immigrati musulmani, in base alla quale mettere in atto strategie di interazione con lo spazio europeo finalizzate a un proprio inserimento definitivo.<sup>74</sup>

In concomitanza con questi sviluppi si è però attivato, a partire dagli anni novanta, lo sviluppo di un nuovo ciclo migratorio meno definito, più fluido e deregolamentato, costituito da immigrati economici e da rifugiati politici. Trattasi di flussi che spesso hanno

---

<sup>74</sup> A. PACINI, *I musulmani in Italia. Dinamiche organizzative e processi di interazione con la società e le istituzioni italiane*, in S. FERRARI (a cura di) *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, Il Mulino, 2000.

assunto, e continuano ad assumere, i tratti della clandestinità, e che si sono diretti verso Paesi attraenti non per le prospettive economiche che sono in grado di offrire, ma perché facilmente accessibili in quanto non forniti di una legislazione adeguata per affrontare il nuovo fenomeno.

È per questo che, dagli anni ottanta fino ad oggi, anche la Spagna e l'Italia<sup>75</sup> sono divenute meta privilegiata di flussi migratori, ritrovandosi in una condizione piuttosto difficile poiché impreparate alla gestione di un fenomeno di tale complessità.

Sebbene sia di fondamentale importanza non cadere nelle banali generalizzazioni che potrebbero portare a considerare di religione islamica tutti gli stranieri provenienti da questi paesi, può tuttavia essere considerata una realtà il fatto che la maggior parte di essi lo sia: in Europa, al momento attuale, le persone di religione musulmana superano il 50% degli stranieri presenti, facendo così dell'Islam la seconda religione europea<sup>76</sup>.

Il diritto islamico regolato dalla *shari'a* e dal corano risulta essere tra i più incompatibili con il diritto dei paesi della *Western Legal Tradition*, che al contrario si basa sulla netta separazione tra diritto e religione. L'Islam è infatti portatore di valori e tradizioni organizzate in un corpo normativo e radicato facilmente contrapposibile a quello occidentale.

---

<sup>75</sup> Si ricordi che il Testo unico dell'immigrazione è del 1998. Testo unico sull'immigrazione, decreto legislativo n. 286 del 25.07.1998, modificato prima dalla legge Bossi-Fini (L.189/2002), dal c.d. pacchetto sicurezza (D.L. 92/2008 conv. dalla L. 125/2008) e da ultimo dalla Legge 15 luglio 2009, n. 94.

<sup>76</sup> Così S. T. HUNTER: "Today at least 15 millions of people in Western Europe adhere to the Muslim faith and have close cultural affinities and affiliations with the Islamic word", *op. cit.*, p. 4.

Tutti questi fattori, ampiamente analizzati da parte della vasta dottrina sull'Islam e sull'immigrazione musulmana in Europa, sommandosi al timore radicato in Occidente nei confronti dell' Islam ed amplificatosi in seguito agli accadimenti dell' 11 settembre 2001, contribuiscono a spiegare l'attenzione che l'immigrazione musulmana suscita nelle società europee, la quale può essere evinta in tutta una serie di ambiti differenti: nella letteratura scientifica, nelle scelte legislative o governative, nella giurisprudenza degli Stati europei nel cui ambito i casi che sono legati a comportamenti giustificati dalla religione islamica sono i più numerosi e problematici e, infine, nel semplice inserimento in quasi tutti percorsi universitari europei dello studio del diritto o della lingua araba.

La comunità islamica presente in Europa ha iniziato a richiedere ai governi europei il riconoscimento di alcune norme di diritto islamico, che concernono essenzialmente alcune prescrizioni religiose rituali e alcune norme inerenti il diritto di famiglia.

Nell'ambito delle prime ritroviamo generalmente la "possibilità di ricevere un'alimentazione conforme ai dettami dell'Islam, l'assistenza religiosa e l'istituzione di luoghi di preghiera nelle scuole, nelle aziende, nelle carceri, negli ospedali, nell'esercito; il permesso di sospendere o di adattare i ritmi di lavoro ai momenti della preghiera obbligatoria e al periodo del Ramadan; una flessibilità nell'orario che tenga conto delle festività islamiche; la possibilità di dedurre l'imposta coranica dalle imposte pagate allo Stato, l'attribuzione di aree per la costruzione di moschee, che non sono luoghi di culto, ma anche di educazione islamica e di cimiteri

islamici; la possibilità per le donne di indossare il velo islamico, anche nelle scuole e nelle fotografie per i documenti”<sup>77</sup>.

Innanzi a queste richieste i Paesi europei hanno dato risposte, le quali sono state già analizzate nel corso dei paragrafi precedenti, differenziate a seconda delle politiche di integrazione da essi perseguite.

Alcune di queste richieste sono state soddisfatte in virtù della possibilità di derogare alle norme generali in nome dell'appartenenza religiosa, altre non sono state invece soddisfatte creando di conseguenza malcontenti e generando difficoltà di integrazione (a quest'ultimo riguardo si rimanda alla questione, ancora aperta, dell'uso del velo nei luoghi pubblici, che ha investito, in primis, la Francia e a seguire tutti gli altri paesi europei).

In relazione invece al diritto di famiglia islamico, la comunità musulmana pone ai Paesi europei delle questioni più complesse, sia sul piano dei principi, che su quello dei provvedimenti giuridici, i quali sono oggetto della presente ricerca e verranno approfonditi nelle pagine a seguire.

---

<sup>77</sup> A. FACCHI, *I diritti dell'Europa Multiculturale*, op. cit., p. 113.

## 5. Multiculturalismo e diritto di famiglia

Il progressivo aumento del numero degli immigrati in Europa, fenomeno che è stato analizzato nei paragrafi precedenti, ha cominciato a generare rilevanti conseguenze sulla struttura e sul funzionamento dei sistemi giuridici dei paesi europei e probabilmente richiederà, nel medio termine, un mutamento degli stessi.

Si esce da quell'“incanto confortevole dell'assolutezza”<sup>78</sup> che si sostanzia nell'immagine dell'ordinamento giuridico fondato su una società nazionale “compatta, omogenea ed indifferenziata al suo interno”<sup>79</sup>, per ritrovarsi in una società differenziata nella quale si avverte, sempre di più, la necessità di dover “riformulare le proprie categorie per adattare alle nuove esigenze”<sup>80</sup>.

Il punto focale verte sul verificare se gli ordinamenti giuridici occidentali possano o meno - e in caso di risposta affermativa in quale misura - concedere spazio alle peculiarità di soggetti appartenenti a culture minoritarie portatrici di valori autonomi: è dunque fondamentale comprendere se il riconoscimento di tali culture possa, in qualche modo, mettere in crisi l'identità nazionale intaccando il principio della vigenza di regole generali valide per tutti i consociati.

---

<sup>78</sup> R. BARTOLI, contraddittore a F. MONCERI, *Multiculturalismo: disincanto o disorientamento del diritto?* in G. A. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007, p. 94.

<sup>79</sup> Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 27 ss.

<sup>80</sup> C. DE MAGLIE, *Multiculturalismo e Diritto Penale. Il caso americano*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. 2005, p. 175.

Le specificità culturali, in particolare quelle della comunità islamica, stanno acquisendo rilevanza giuridica anche sotto il profilo del diritto di famiglia.

“È questo infatti l’ambito più esposto all’incidenza etnico-culturale, per ragioni (...) tanto antropo-sociologiche, quanto giuridiche”<sup>81</sup>.

Il diritto di famiglia sembra essere significativamente legato alle tematiche concernenti la multi etnicità.

Risulta evidente come, in una società multiculturale, non si potrà mai trovare un modello sociale di famiglia uniforme, poiché al variare della cultura, della religione e delle tradizioni varieranno anche le “famiglie” e, con esse, i rapporti familiari uomo-donna e genitori-figli, le scelte educative ed esistenziali relative ai minori e le possibili condizioni di scioglimento del nucleo familiare.

Una trasformazione di tal genere della società richiede così “un ripensamento dell’intero diritto di famiglia”<sup>82</sup> nei sistemi giuridici occidentali, oggi chiamati non solo a tenere in considerazione questi nuovi assetti familiari, ma soprattutto a dare delle risposte alle istanze di riconoscimento e di tutela da questi richieste.

“La famiglia è un gruppo sociale fondamentale, presente in ogni società storicamente conosciuta, la cui struttura e le cui funzioni variano nel tempo e da una società all’altra”<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> R. BENIGNI, *Identità culturale e regolazione dei rapporti di famiglia tra applicazioni giurisprudenziali e dettami normativi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2008, p. 4, rintracciabile sul sito [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it).

<sup>82</sup>A. MIRANDA, *La privatizzazione del diritto di famiglia: il modello di Common Law*, in A. Dagnino (cur.) *Alambicco del Comparatista II: Matrimonio, Matrimonii*, Giuffrè, 2000. p. 370.

<sup>83</sup> R. BENIGNI, *Identità culturale*, op. cit., p. 18.

Il concetto di famiglia è infatti polisemico, ovvero incorpora significati diversi in base agli attori che vi fanno ricorso e ai contesti nei quali viene utilizzato, ragion per cui, anche nel lessico dei civilisti non si parla più di “famiglia”, bensì di “famiglie”<sup>84</sup>.

Con la nozione di famiglia si può intendere, a titolo esemplificativo, quella nucleare, formata cioè da una coppia di coniugi con o senza figli; quella mononucleare, composta da un solo genitore con figli; quella estesa o ricostituita, che è costituita da due o più unità familiari a seguito del divorzio dei coniugi; quella poliginica, in cui un marito ha più mogli o al contrario quella poliandrica, in cui è una donna ad avere più mariti; infine quella omosessuale, formata da coniugi dello stesso sesso.

Ciò a dimostrazione del fatto che “le relazioni familiari costituiscono una delle componenti più specifiche e sensibili delle diverse culture religiose, nonché la sede primaria in cui ciascuna cultura viene praticata e trasmessa”<sup>85</sup>, entrando così ineluttabilmente nelle istanze di riconoscimento di ogni immigrato.

Le nuove tipologie di famiglia costituite in Europa dalle comunità dei migranti chiedono riconoscimento negli ordinamenti giuridici dei paesi europei di accoglienza.

---

<sup>84</sup> Ha prospettato già negli anni Ottanta l'esistenza di una molteplicità di modelli di famiglia: V. SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie»*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Atti del Convegno di Verona, 14-15 giugno 1985, dedicato alla memoria di L. Carraro, CEDAM, Padova, 1986, p. 280.

<sup>85</sup> P. FLORIS, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e modelli di intervento*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2000, 1, p. 191.

Ciò costringe i singoli Stati a dover porre attenzione alle nuove forme di quell'“arcipelago familiare”<sup>86</sup> indotto dalle moderne esigenze sociali e dall'immigrazione.

Tra le varie famiglie che compongono questo arcipelago, che sembra espandersi sempre di più, il numero più rilevante di conflitti coinvolge generalmente quelle musulmane “sia perché costituiscono la maggior parte degli immigrati, sia perché gli istituti del diritto di famiglia islamico sono quelli più discordanti con la cultura dei diritti europei”<sup>87</sup>.

Negli ordinamenti occidentali la “privatizzazione”<sup>88</sup> del diritto di famiglia, che riconosce ampi margini di autonomia e di riserbo al nucleo familiare, poggia, ad ogni modo, su un sistema di valori giuridici e sociali condivisi dai paesi della *Western Legal Tradition*, i quali costituiscono altrettanti sbarramenti all'accoglienza di modelli etnico-religiosi con essi configgenti”<sup>89</sup>.

Primo fra tutti si rammenti l'uguaglianza morale e giuridica tra l'uomo e la donna<sup>90</sup> che sostanzia, in tale ambito, l'uguaglianza, le pari libertà e la dignità dei coniugi<sup>91</sup> all'interno della vita

---

<sup>86</sup> F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 514. Opportunamente la nota metafora Carlo Arturo Jemolo è riproposta paragonando la famiglia non più ad un'isola che il mare del diritto può soltanto lambire, bensì ad un arcipelago. C. A. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Sen. Giur. Università di Catania*, 1948, III.

<sup>87</sup> A. FACCHI, *I diritti dell'Europa Multiculturale*, *op.cit.*, p. 63.

<sup>88</sup> Si vedano: A. MIRANDA, *La privatizzazione del diritto di famiglia*, *op. cit.*; P. RESCIGNO, *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in *Famiglia*, 2004, pp. 436 e ss.

<sup>89</sup> R. BENIGNI, *Identità culturale*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>90</sup> CEDU, art. 23.

<sup>91</sup> Protocollo addizionale VII della CEDU, art. 5.

matrimoniale<sup>92</sup>. A ciò si aggiunga la valorizzazione della personalità del minore<sup>93</sup> e l'affermazione del suo diritto a partecipare in prima persona alla propria formazione e alle scelte che lo riguardano.

Negli ordinamenti giuridici occidentali viene esclusa una potestà genitoriale, di entrambi i coniugi, intesa come dominio assoluto sui figli, ponendo al contrario in posizione di preminenza l'interesse superiore del fanciullo<sup>94</sup>, che ha il diritto di essere educato e istruito secondo le proprie inclinazioni e aspirazioni.

Grande importanza viene attribuita anche al "diritto di autodeterminazione e alla libertà di azione di ogni singolo componente la famiglia, in tutte le proprie scelte di vita (salute, lavoro, amicizie), ed in particolare nella decisione del matrimonio"<sup>95</sup>.

Nello specifico il diritto di sposarsi viene riconosciuto come diritto fondamentale, sancito dall'art. 9 della CEDU<sup>96</sup>, che garantisce, sia all'uomo che alla donna, la libertà di contrarre liberamente e autonomamente un matrimonio.

Infine, accanto ai diritti fondamentali proclamati e tutelati dalle norme giuridiche sovranazionali, comunitarie e nazionali adottate dai Paesi europei, gli ordinamenti occidentali mostrano di aderire ad un modello di unione esclusivamente monogamica.

---

<sup>92</sup> Uguaglianza garantita, in alcuni ordinamenti europei, tra quali Olanda, Belgio, Spagna, anche ai coniugi dello stesso sesso.

<sup>93</sup> CEDU, art. 24.; Convenzione ONU sui diritti del Fanciullo, New York, 1989, in particolare si vedano gli artt. 3 e 5.

<sup>94</sup> A. MIRANDA, *Scelte esistenziali ed educative dei minori in diritto inglese ed italiano*, in *Rass. Civ.*, 1986, p. 1143.

<sup>95</sup> R. BENIGNI, *Identità culturale*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>96</sup> CEDU, Articolo 9 - Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia: "Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

Nessuno degli ordinamenti giuridici europei ammette un'eccezione al modello monogamico di famiglia, nemmeno laddove siano autorizzate le unioni di fatto etero o omosessuali, né laddove siano riconosciuti i matrimoni fra coniugi dello stesso sesso.

La bigamia e la poligamia costituiscono, in molti paesi europei, un reato<sup>97</sup>, poiché contrastano totalmente con l'uguaglianza dei diritti e delle responsabilità tra i coniugi e con la tutela della donna. Del resto, l'indisponibilità ad accogliere in Europa matrimoni poligamici è stata dichiarata dal Parlamento europeo nella sua Risoluzione del 2006, ove esorta gli Stati membri ad adottare disposizioni che prevedano sanzioni efficaci e dissuasive "affinché tutte le violenze a danno di donne e bambini, in particolare il matrimonio forzato, la poligamia, i cosiddetti delitti d'onore e le mutilazioni, siano punite"<sup>98</sup>.

L'arrivo dei nuovi modelli giuridici di famiglia importati in Europa dagli immigrati, soprattutto quelli di fede islamica, ha iniziato a creare delle questioni di non poca rilevanza.

Le problematiche più rilevanti sono "legate al diritto di famiglia islamico, alla subordinazione della donna che esso esprime e alla stretta connessione tra norme giuridiche, sociali e religiose che caratterizza l'islam"<sup>99</sup>.

Dal momento che il diritto islamico non conosce la separazione tra diritto e religione, che caratterizza al contrario i diritti occidentali,

---

<sup>97</sup> A titolo esemplificativo, nell'ordinamento italiano la bigamia viene vietata dall'art. 556 c.p., nell'ordinamento giuridico francese dall'art. 433-20 del Code Penal, così anche in Germania e in Spagna.

<sup>98</sup> Risoluzione del Parlamento europeo sull'immigrazione femminile: ruolo e condizione delle donne immigrate nell'Unione europea (2006/2010(INI)), del 26 ottobre 2006, punto 35.

<sup>99</sup> A. FACCHI, *I diritti dell'Europa Multiculturale*, op. cit., p. 118.

è facile intuire che a risentire maggiormente dell'influenza data dalle prescrizioni religiose siano proprio i rapporti familiari. In particolare, poiché lo stesso Corano regola in modo esplicito e dettagliato questi rapporti, il diritto di famiglia islamico ha maggiormente resistito alla secolarizzazione e alle tendenze moderniste<sup>100</sup>.

Nel complesso si può riconoscere che gli istituti del diritto di famiglia islamico siano quelli maggiormente in contrasto con i valori della cultura occidentale, principalmente per la palese disparità di trattamento dei sessi, per la forte discriminazione nei confronti delle donne e per l'impostazione patriarcale della famiglia. Ad esempio: "la facoltà di un uomo di avere sino a quattro mogli, quella di poter ripudiare la moglie senza alcun motivo, il divieto per una musulmana di sposare un non musulmano, l'inesistenza dei limiti di età per contrarre matrimonio".

Sebbene il diritto di famiglia degli immigrati islamici rientri nell'ambito del diritto internazionale e debba essere applicato dalle Corti dei paesi europei, le fattispecie che si verificano sono numerose e complesse tanto da non permettere l'applicazione automatica del diritto straniero.

Il primo dilemma che i giudici europei devono affrontare è relativo alla conciliazione dei diritti culturali con quelli individuali dei singoli membri, poiché il preservare i primi potrebbe indurre a ignorare o addirittura a danneggiare i secondi.

---

<sup>100</sup> Per un'analisi del diritto di famiglia islamico cfr. R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Giuffrè, Milano, 1990; V. ABAGNARA, *Il matrimonio nell'islam*, ESI, Napoli, 1996; Sami A. A. ABU-SAHLEH, *Il diritto di famiglia nel mondo arabo: tradizioni e sfide*, in *I musulmani nella società europea*, Edizioni della Fondazione G. Agnelli, Torino, 1994.

A questo riguardo si rinvia alla dottrina di derivazione femminista, che rivendica come il riconoscimento di alcuni istituti tipici del diritto di famiglia islamico all'interno degli ordinamenti europei, posto a garanzia del rispetto dei valori e delle tradizioni delle minoranze, possa al contrario rafforzare le discriminazioni all'interno dei gruppi culturali nei confronti di soggetti deboli come donne o minori.

Come è stato brillantemente illustrato da Susan Moller Okin nel suo celebre saggio *Is Multiculturalism bad for women?*<sup>101</sup>, non è detto che la tutela e il riconoscimento dei diritti delle minoranze possano risolvere le questioni multiculturali negli ordinamenti europei.

Infatti, in relazione ai diritti delle donne, l'autrice sottolinea come: *"In the case of a more patriarchal minority culture in the context of a less patriarchal majority culture, no argument can be made on the basis of self-respect or freedom that the female members of the culture have a clear interest in its preservation. Indeed, they may be much better off if the culture into which they were born were either to become extinct (so that its members would become integrated into the less sexist surrounding culture) or, preferably, to be encouraged to alter itself so as to reinforce the equality of women – at least to the degree to which this is upheld in the majority culture"*<sup>102</sup>.

Da queste premesse si comprende come il compito dei giuristi, teorici e pratici, degli ordinamenti occidentali risulti essere molto delicato.

---

<sup>101</sup> S. M. OKIN, *Is Multiculturalism bad for women?* In Boston Review, vol. 22, n. 5, 1997, ora in S. M. OKIN with Respondents, *Is Multiculturalism bad for women?*, Ed. by J. Cohen, M. Howard and M. C. Nussbaum, Princeton University Press, 1999, pp. 9-24.

<sup>102</sup> *Ivi*, p. 22.

Le versioni liberali del multiculturalismo suggeriscono la necessità di adottare soluzioni giuridiche atte al riconoscimento e al sostegno dei gruppi minoritari, dunque al riconoscimento dei diritti culturali o collettivi, che però devono incontrare alcuni limiti e cautele a protezione della libertà degli individui all'interno dei gruppi.

In questo senso, la stessa attività giudiziale dovrebbe configurarsi come un momento di critica rispettosa delle pratiche e delle istituzioni straniere, all'interno di in una società diversa da quella di origine, ove i valori divergono.

“Sul piano giudiziale, questo può comportare che il giudice nell'applicare il diritto, prenda in considerazione sia norme straniere, sia principi e regole del proprio ordinamento per assemblare una norma concreta terza, nuova rispetto alle norme e ai principi degli ordinamenti considerati”<sup>103</sup>.

A ragion di ciò, l'approccio che sarà seguito nei capitoli successivi non potrà che essere necessariamente giurisprudenziale.

Gli istituti di diritto di famiglia islamico sono stati scelti in relazione alle difficoltà incontrate nella “risoluzione” degli stessi, ove il dibattito rimane ad oggi aperto, le soluzioni adottate sono cambiate nel tempo e sono risultate ora simili ora differenti nei singoli sistemi giuridici europei.

Sarà dedicata particolare attenzione alla *kafala* o adozione islamica, alla poligamia e al ripudio, specificatamente all'interno degli ordinamenti giuridici italiano, francese e inglese.

---

<sup>103</sup> F. BELVISI, *Società multiculturale, diritti delle donne e sensibilità per la cultura*, in *Ragion pratica*, n. 22, dicembre 2004, p. 516.

## CAPITOLO II

### La *kafala* negli ordinamenti giuridici europei

**Sommario:** 1. La *kafala* islamica: un'alternativa all'adozione?. - 2. La *kafala* nell'ordinamento giuridico italiano. - 3. La *kafala* nell'ordinamento giuridico francese. - 4. La *kafala* nell'ordinamento giuridico inglese.

#### 1. La *kafala* islamica: un'alternativa all'adozione?

In un momento come quello attuale, nell'ambito del quale sembra essere piuttosto vivo un certo disorientamento rispetto a idee e concetti legati all'istituzione familiare è indispensabile effettuare un'analisi accurata di quelle che sono le problematiche legate ai temi della filiazione e dell'adozione, temi che paiono essersi istituzionalizzati in forme che si rivelano poco esaustive rispetto alla complessità dei contenuti cui fanno capo.

Il rapporto di filiazione, così come il matrimonio, è modellato dalla cultura etnica e giuridica di appartenenza oltre che dalle tradizioni popolari<sup>104</sup> o religiose.

Come è noto, negli ordinamenti giuridici occidentali per "filiazione" si intende la relazione giuridica tra un individuo e

---

<sup>104</sup> Riguardo al concetto di concepimento può essere interessante conoscere la varietà delle concezioni delle culture tradizionali. Numerose popolazioni australiane, ad esempio, negano il collegamento tra coito e gravidanza, ma soprattutto non riconoscono l'apporto fecondativo dell'uomo, intendendo la gravidanza come una conseguenza dell'invio di uno "spirito-bambino" da parte degli antenati.

In Birmania invece i Lakher attribuiscono alla figura materna solo il ruolo di contenitore (non di tipo generativo) ritenendo ad esempio che due bambini, nati dalla stessa madre ma da padri differenti, non siano parenti tra loro.

ciascuno dei suoi genitori. Esistono poi tre tipi di filiazione: la filiazione legittima, che si sostanzia nell'ipotesi di figli nati da genitori uniti in matrimonio, la filiazione naturale, nell'ipotesi di figli nati da genitori non uniti in matrimonio e infine la filiazione adottiva. Mentre per i primi due tipi di filiazione il presupposto indispensabile è la filiazione biologica, fondata sul concepimento ad opera del padre e sulla gravidanza e sul parto a opera della madre, la filiazione adottiva prescinde dalla procreazione biologica del figlio ad opera dei genitori, poiché si realizza attraverso un provvedimento del giudice.

Queste categorie negli ultimi anni stanno andando incontro a una serie di "cambiamenti culturali" per due fondamentali ragioni: da un lato a causa delle nuove biotecnologie che stanno orientandosi sulla fecondazione artificiale, dall'altro a causa dell'imporsi di nuove etnie le quali stanno portando con sé nuove concezioni di famiglia e dunque di filiazione.

L'approfondimento di quest'ultimo punto rivela che, accanto a queste categorie, le quali sono proprie della cultura occidentale, ne esistono altre: ad esempio la filiazione fittizia prevista dal diritto africano e da quello asiatico, nell'ambito delle quali il figlio appartiene prima di tutto al proprio clan e, nel caso in cui il padre naturale sia ignoto o irreperibile, si attribuisce al minore un "padre giuridico" che può corrispondere al parente adulto più prossimo ma anche a colui che ha trovato il minore abbandonato.

Nel diritto islamico troviamo invece dei principi assai rigidi, poiché il rapporto giuridico che lega il genitore al figlio deve necessariamente collegarsi alla generazione biologica avvenuta all'interno di un rapporto lecito (matrimonio). Ciò significa che

soltanto i figli nati all'interno del matrimonio vengono considerati come figli, tutti gli altri non saranno riconosciuti come tali e avranno di conseguenza un trattamento differenziato.

Il diritto islamico pone inoltre un divieto assoluto alla filiazione adottiva, anche se tuttavia i *fuqaha*, ovvero i giuristi islamici, hanno predisposto uno strumento adatto a sopperire a tale assenza, la *kafala*, in modo tale da garantire un certo tipo di tutela ai bambini abbandonati.

Il seguente capitolo sarà integralmente dedicato a questo istituto giuridico, il quale costituisce una vera e propria alternativa rispetto a quelle che sono le forme di tutela dei minori previste dagli ordinamenti occidentali.

Il confronto risulta piuttosto complesso poiché non viene messo in atto tra sistemi che prevedono tipologie differenti di adozione, ma piuttosto tra ordinamenti che ai fini della risoluzione di uno stesso problema - la protezione dell'infanzia abbandonata - danno adito a soluzioni profondamente diverse tra loro: l'uno, quello islamico, vincolandosi al divieto dell'adozione, l'altro, quello occidentale, orientandosi univocamente su adozione o affidamento.

Ciò induce a ritenere che si debba affrontare l'intero ambito della discussione senza perdere di vista questa differenza radicale.

Il primo problema che si pone in relazione alla *kafala* è di determinare se un minore *sub kafala* goda del diritto di potersi ricongiungere con la famiglia che lo ha preso in custodia e che risiede regolarmente in Europa, considerato che le legislazioni dei paesi europei in materia di immigrazione non fanno alcun riferimento a questo istituto, poiché ad esse sconosciuto.

Il secondo problema si pone invece in relazione alla compatibilità o meno di questo istituto con quelli previsti dagli ordinamenti giuridici europei per la protezione dell'infanzia abbandonata, in particolare l'adozione e l'affidamento. Le problematiche non sono, evidentemente, di carattere religioso, ma piuttosto di carattere giuridico e le difficoltà connesse a questa indagine risultano pertanto di una certa consistenza.

Sarà possibile così fare emergere come l'Italia, la Francia e l'Inghilterra stiano affrontando queste problematiche e come le soluzioni adottate da ciascun paese possano divergere, poiché riflesso dei diversi modelli di politica d'immigrazione adottati, o invece convergere a partire dalla condivisione di un valore fondamentale della *Western Legal tradition*: il *best interest* del minore.

Si analizzerà inoltre come i giudici abbiano o possano, nel rispetto della specificità culturale dei musulmani residenti in Europa, pronunciare la *kafala* anziché l'adozione, considerandola presupposto per il ricongiungimento familiare, o se debbano invece necessariamente "trasformarla" in un istituto previsto dai propri ordinamenti.

Sostanzialmente si analizzerà quello che può accadere quando un minore proveniente da un Paese islamico, all'interno del quale è oggetto di una specifica tutela, viene portato in un Paese occidentale, all'interno del quale quel specifico tipo di tutela non esiste, ma ne sono previsti invece altri.

Prima di addentrarsi nello svisceramento di tali problematiche sarà utile analizzare le peculiarità di questo istituto all'interno dei sistemi di diritto islamico.

Nei Paesi di diritto islamico il regime giuridico della filiazione diverge profondamente da quello vigente nei Paesi europei: nei primi l'unico sistema atto a creare un rapporto di filiazione è quello rigidamente incardinato sulla procreazione naturale, che deve esclusivamente avvenire all'interno di un rapporto lecito<sup>105</sup> quale è considerato esclusivamente il matrimonio<sup>106</sup>.

Nel diritto islamico non esiste quindi il concetto di "figlio naturale" - che è per definizione quello nato al di fuori del matrimonio - e di conseguenza nessuna equiparazione tra figli naturali e figli legittimi. Per questa ragione non esistono tutti gli istituti<sup>107</sup> di tutela dei figli naturali, così come previsti dagli ordinamenti giuridici occidentali.

In altre parole, solo i figli nati all'interno del matrimonio saranno considerati tali, quelli nati invece da un rapporto illecito, ovvero al di fuori del matrimonio, non saranno considerati figli, poiché non saranno ritenuti figli "di suo padre"<sup>108</sup> e verranno dunque giudicati privi di esistenza giuridica in relazione a quest'ultimo.

Mentre la filiazione materna si stabilisce infatti con l'evento naturale del parto, il quale genera nei confronti della madre un

---

<sup>105</sup> Viene precisato che nella *shari'a* il matrimonio rappresenta "l'esercizio legittimo all'eros" e come tale è "condizione consigliata ed obbligatoria per i credenti". Cfr. G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, Torino, 1996, p. 138.

<sup>106</sup> Fino al momento in cui è stata considerata legittima la schiavitù, oltre che il matrimonio veniva considerato lecito anche il concubinato, ovvero la relazione sessuale fra il padrone e la schiava. Cfr. A. GALOPPINI, *L'adozione del piccolo marocchino, ovvero gli scherzi dell'eurocentrismo*, in *Dir. Famiglia*, 2004, p. 310.

<sup>107</sup> Ad esempio, il riconoscimento di paternità è superfluo quando il figlio è nato in costanza di matrimonio, al contrario proibito se nato al di fuori esso.

<sup>108</sup> M. ORLANDI, *La kafala islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Dir. fam.*, 2005, p. 637.

regolare rapporto di discendenza<sup>109</sup>, viceversa per la filiazione paterna la semplice generazione biologica non basta: occorre in questo caso che l'uomo abbia generato il figlio all'interno del matrimonio.

Un figlio senza padre sarà marchiato d'infamia e, soprattutto, sarà privato di quel collegamento agli agnati da cui solo può ricevere tutela e protezione.

Vige inoltre in quasi tutti i Paesi islamici<sup>110</sup> un vero e proprio divieto di adozione (*tubanni*) che trova il suo fondamento giuridico direttamente nel Corano<sup>111</sup>:

"Allah non ha posto due cuori nel petto di nessun uomo (...) e neppure ha fatto vostri figli i figli adottivi"<sup>112</sup>.

La *ratio* di tale divieto deve essere ricercata nella concezione islamica di famiglia quale istituzione di origine sacra:

---

<sup>109</sup> Nei confronti della madre non si distingue fra procreazione legittima e illegittima; i figli nati da relazione illecita vantano nei suoi confronti gli stessi diritti di quelli legittimi (all'eredità, agli alimenti, ecc.).

<sup>110</sup> Ad eccezione di Tunisia, Iraq, Turchia, Somalia e Indonesia. Per approfondimento si veda R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli Stati arabi del Nord-Africa*, Torino, 1997. In particolare, la Tunisia ha introdotto l'adozione dei minori con caratteri assai simili all'adozione degli Stati eurocentrici (1958); un altro Stato laicizzato, l'Iraq, ha introdotto una particolare forma di adozione sotto il nome di "dam" (che i francesi traducono come "annexion" o "insertion").

<sup>111</sup> Come chiarito da R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 11° ed., Cedam, Padova, 2004, p. 383: "il diritto musulmano non costituisce [...] una branca autonoma della scienza. Non è altro che uno dei volti della religione dell'Islam. Tale religione contiene in sé, da una parte, una teologia, che fissa i dogmi e stabilisce ciò che il musulmano deve credere, e, d'altra parte, la *sharia*, che prescrive ai credenti ciò che devono o non devono fare".

<sup>112</sup> Corano, Sura XXXIII, vers. 4.

“È solo Allah a dire il vero e a guidarvi nel cammino”<sup>113</sup>

ove i vincoli di filiazione sono espressione della volontà di Allah.

Di conseguenza l’uomo non può, per mezzo di artificiosi legami giuridici, stabilire la cessazione o la costituzione di nuovi vincoli di filiazione al di fuori della generazione biologica avvenuta all’interno del matrimonio<sup>114</sup>.

Da ciò si può dedurre che, poiché l’adozione è un istituto finalizzato alla costituzione di un rapporto di filiazione nato

---

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> L’origine del divieto di adozione islamico è incerto. Secondo parte della dottrina deve essere valutato in prospettiva storica: si rinvia sul punto a J. LONG, *Il ricongiungimento familiare del minore affidato con Kafala*, in *Dir. fam.*, 2005, pp. 1835 e 1836, la quale richiama la tesi dottrinale che ravvisa nel divieto islamico la finalità di interrompere i legami tribali caratteristici della società preislamica e di dare attuazione al messaggio di rinnovamento sociale proposto da Maometto.

Il nuovo messaggio profetico intendeva infatti sostituire al vincolo di fedeltà alla tribù – che si rafforzava proprio attraverso le adozioni – il senso di appartenenza alla comunità islamica a vocazione universale, ossia la *Umma*, caratterizzata dall’unità di fede.

Si veda anche P. PALERMO, *Ricongiungimenti familiari solo per gli stranieri e non per i cittadini: il caso della kafalah*, *Diritto e Giustizia*, 2010, p. 120: “Il divieto era funzionale al (...) superamento del sistema tribale su cui si fondava la società preislamica e in cui l’adozione era frequentemente impiegata per consentire ai soggetti senza figli di tramandare nome e patrimonio e alle famiglie di ingrandirsi e di stringere”.

Un’altra interessante e possibile origine di questo divieto è quella sostenuta da R. GELLI, *Questioni relative al ricongiungimento del minore in Kafalah al cittadino italiano*, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 787, che rimanda alla vita del Profeta: “Il divieto di adozione trae origine dalla vita di Maometto (...). L’adozione esisteva, infatti, in epoca preislamica, sul modello dell’*adoptio plemna* romana: lo stesso Maometto, prima della Rivelazione, adottò il suo liberto Zayd e, con l’intento di varare una riforma del costume che consentisse ad un uomo affrancato di contrarre matrimonio con una donna libera, gli diede in sposa la propria cugina Zaymab. Quando però questi la ripudiò, decise di prenderla lui stesso in moglie e, in attuazione del precetto divino, abolì l’adozione e, con essa, gli impedimenti matrimoniali tra adottante e coniuge dell’adottato.

Al vers. 37 della Sura XXXIII, si legge infatti che: “Quando poi Zayd non ebbe più relazione con lei, te l’abbiamo data in sposa, cosicché non ci fosse più, per i credenti, alcun impedimento verso le spose dei figli adottivi, quando essi non abbiano più alcuna relazione con loro. L’ordine di Allah deve essere eseguito”. E al vers. 38, *ivi*: “Pertanto nessuna colpa al Profeta per ciò che Allah gli ha imposto: questa è stata la norma di Allah [anche] per coloro che vissero in precedenza. L’ordine di Allah è decreto immutabile”.

indipendentemente dalla procreazione naturale, debba essere vietato.

Il predetto divieto di adozione così come stabilito dalla legge di Dio, che nei sistemi giuridici islamici assume la rilevanza di fonte del diritto<sup>115</sup>, trova conferma anche nelle legislazioni nazionali di diversi Stati islamici<sup>116</sup>.

L'assenza di meccanismi capaci di creare un sistema di filiazione "non naturale" non comporta, peraltro, che i minori che siano rimasti privi dei genitori, o che comunque si trovino in una condizione di abbandono, debbano essere abbandonati al loro destino.

Ogni buon musulmano assolve i doveri di fratellanza e di solidarietà nei confronti dei minori in stato di abbandono, doveri cui pure esorta il Corano, attraverso l'unico strumento previsto dall'ordinamento islamico di tutela e protezione dell'infanzia: la "*kafala*"<sup>117</sup>.

In relazione alle brevi considerazioni svolte risulta che questo istituto sia intimamente legato, in via generale, ai valori sociali tradizionali che preservano la società islamica e, in concreto, ai suoi valori religiosi.

---

<sup>115</sup> Come chiarito da R. DAVID, *op. cit.*, p. 383, "il Corano costituisce incontestabilmente la prima fonte del diritto musulmano".

<sup>116</sup> Cfr., ad es., la legge algerina del 19 giugno 1984, art. 46, la quale dispone che "*l'adoption (tabeni) est interdite par la Chari'a et la loi*"; la legge libica n. 15 del 1984; il "*dahir*" del Marocco del 18 dicembre 1957, n. 1.57.379, art. 83, punto 3, dove viene precisato che "l'adozione non ha alcun valore giuridico e non produce alcuno degli effetti della filiazione". Analogamente, in Siria l'adozione non è riconosciuta in quanto in conflitto con la *Shari'a* islamica e quindi con la Costituzione della Siria.

<sup>117</sup> Il significato etimologico della parola *kafala*, tradotta dall'arabo, è quello di "aggiungere qualcosa a qualcos'altro".

Benché la disciplina di questo istituto assuma connotazioni specifiche all'interno dei singoli ordinamenti islamici, è tuttavia possibile individuare i tratti essenziali e comuni di questa particolare forma di protezione e tutela del minore abbandonato.

Per effetto della *kafala* una coppia di coniugi musulmana, o un adulto, ottengono la custodia di un minore che non sia stato possibile affidare alle cure dei parenti nell'ambito della famiglia estesa<sup>118</sup>.

In particolare, il *kafil* (la coppia o adulto<sup>119</sup> in questione), mediante contratto concluso innanzi a un giudice o a un notaio, si obbliga personalmente a provvedere, in maniera definitiva<sup>120</sup>, alle esigenze di un determinato *makful* (minore abbandonato) sino al raggiungimento della maggiore età<sup>121</sup> di quest'ultimo e ad accudirlo nella stessa maniera in cui vi provvederebbe un "buon padre"<sup>122</sup>.

Malgrado il *kafil* abbia nei confronti del minore tutti i doveri connessi alla patria potestà genitoriale, è necessario tuttavia precisare che con il minore *sub kafala* non si definisce alcun tipo di

---

<sup>118</sup> La *kafala* così non si riferisce solo al minore abbandonato, ma anche al minore rispetto al quale non sia possibile l'affidamento nell'ambito della famiglia estesa. Sul punto in questione si veda A. GALOPPINI, *L'adozione del piccolo marocchino*, op. cit., p. 143.

<sup>119</sup> Ad esempio la normativa algerina prevede la possibilità che divengano *kafil* sia i coniugi, sia le persone sole, siano essi uomini oppure donne. Al contrario la normativa marocchina limita questa possibilità alle sole coppie coniugate da almeno tre anni e ritenute moralmente e socialmente idonee.

<sup>120</sup> Una peculiarità di questo istituto è che l'impegno assunto dal *kafil* sia definitivo. Sul punto si cfr. N. YOUNSI HADDAD, *La kafala en droit algérien*, in *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, a cura di J. POUSSOT-PETIT, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1997, p. 135.

<sup>121</sup> Nella legislazione marocchina occorre evidenziare, come esempio di applicazione della diversa posizione giuridica della donna rispetto all'uomo, tipica dei sistemi islamici, la previsione secondo la quale se la presa in carico riguarda una bambina la *kafala* non cessa al compimento della maggiore età, ma si protrae sino a quando la ragazza non contragga matrimonio.

<sup>122</sup> Sul punto si cfr. N. YOUNSI HADDAD, op. cit., p.133.

filiazione e conseguentemente non si producono effetti legittimanti<sup>123</sup>: il *makful* non assume il cognome del proprio *kafil*<sup>124</sup>, non acquista diritti né aspettative successorie<sup>125</sup>, né tantomeno interrompe i rapporti con la propria famiglia di origine.

Dal punto di vista procedurale bisogna accertare la condizione di abbandono del *makful* e l' idoneità del *kafil*.

Generalmente il diritto islamico prevede che il minore debba essere preventivamente dichiarato "abbandonato" dal competente Tribunale per i minori e, nel caso in cui si conoscano i genitori biologici, questi sono chiamati ad esprimere il proprio consenso alla *kafala*.

In diversi Paesi islamici<sup>126</sup> si ritiene inoltre necessario ascoltare il parere e ottenere il consenso del *makful* alla *kafala*.

Successivamente alla dichiarazione di abbandono, il minore potrà essere affidato dagli organi statali competenti<sup>127</sup> al *kafil*.

Le norme di diritto islamico prevedono inoltre che vengano soddisfatti alcuni particolari requisiti, affinché sia possibile farsi carico e prendersi cura di un minore abbandonato: i *kafil*, o dove ammesso il *kafil*, devono essere maggiorenni; professare la religione

---

<sup>123</sup> Si veda C. CAMPIGLIO, *Il diritto islamico nella prassi italiana*, in *Riv. Dir. Intern. Proc. Priv.*, 1, 2008, p. 46, "La *kafala*, non interrompendo il legame giuridico con la famiglia d'origine, non determina in capo al minore un cambiamento di status personale".

<sup>124</sup> Con particolare riferimento all'impossibilità di trasmettere il nome dell'adottante all'adottato si confronti la *sura XXXIII*, vers. 5, "agli adottivi dovete dare il cognome del padre loro: ciò è assai più giusto davanti al Dio! Se ne ignorate la paternità, vi siano fratelli nella religione; essi sono dei vostri".

<sup>125</sup> Sotto il profilo successorio è, tuttavia, prevista la possibilità che il *kafil*, mediante dichiarazione inserita nel proprio testamento (*tanzil*), equipari il minore ad uno dei suoi eredi.

<sup>126</sup> Così dispone, ad esempio l'art. 117 del codice civile algerino. Per approfondimenti sul punto cfr. N. YOUNSI HADDAD, *op. cit.*, p. 136

<sup>127</sup> Sul punto si cfr. N. YOUNSI HADDAD, *op. cit.*, p. 141.

islamica; essere in grado di dimostrare di godere dei mezzi sufficienti per garantire la cura e la crescita del minore; infine poter assolvere alle funzioni paragenitoriali<sup>128</sup> e alle responsabilità che derivano loro dalla *kafala* in maniera dignitosa<sup>129</sup>.

In particolare, l'appartenenza del *kafil* all'Islam è il requisito che garantisce al minore la possibilità di ricevere, oltre a tutto il resto, una buona educazione<sup>130</sup>.

Le autorità competenti<sup>131</sup> oltre ad accertare la condizione di abbandono del *makful* e l'idoneità del *kafil*, devono verificare la compatibilità tra i due soggetti. Una volta concessa la *kafala*, la pubblica autorità competente mantiene il diritto-dovere di vigilanza e di controllo sull'andamento dell'inserimento del minore nel nucleo di accoglienza e, in caso di trasferimento di residenza all'estero del *kafil*, autorizzare il trasferimento del *makful*.

Accanto alla *kafala* legale così analizzata, che fa discendere gli effetti dell'affidamento da un provvedimento giudiziale, continua tuttavia a essere diffusa anche quella cosiddetta "consensuale" o "negoziale"<sup>132</sup>.

La *kafala* consensuale, disciplinata dal diritto consuetudinario, si sostanzia in una prassi sociale che si realizza mediante accordo

---

<sup>128</sup> Nell'ambito delle funzioni genitoriali, le donne hanno il complesso di cure relative alla crescita dei bambini (*hadana*), gli uomini invece oltre al dovere degli alimenti (*nafaqa*) anche la tutela, la cura e la patria potestà.

<sup>129</sup> Questi sono i requisiti generali del *kafil*, che tuttavia possono variare da Paese a Paese. Ad esempio in Algeria il *kafil* deve anche avere la cittadinanza algerina.

<sup>130</sup> Il requisito della professione della fede islamica si pone in conflitto con il principio di laicità accolto dalle legislazioni occidentali.

<sup>131</sup> Generalmente si tratta di un giudice specializzato in materia minorile istituito presso l'ordinario Tribunale civile.

<sup>132</sup> Cfr. R. GELLI, *La kafalah tra esigenze di tutela del minore e rischi di aggiramento della disciplina dell'immigrazione*, in *Famiglia e Diritto*, n. 7, 2008, p. 679.

diretto, attinente gli oneri di custodia del minore, tra la famiglia d'origine e quella di accoglienza<sup>133</sup>; tale accordo viene siglato davanti a un notaio e viene eventualmente omologato davanti al Tribunale.

I due modelli giuridici, consuetudinario e positivo, differiscono profondamente l'uno dall'altro.

Mentre la *kafala* disposta in base alla disciplina di fonte legislativa postula il previo accertamento del giudice all'idoneità dei requisiti previsti sia per il *makful* che per il *kafil*, la *kafala* consensuale non è sottoposta ad alcuna regolamentazione se non quella pattizia.

Per quel che concerne quest'ultima tipologia di *kafala*, i presupposti alla base dell'istituto - lo stato di abbandono del *makful* e i requisiti d'idoneità del *kafil* - s'intendono sussistenti in *re ipsa* "nella dichiarazione del genitore legittimo che, da un verso dismette l'esercizio della sua potestà (con ciò spogliandosi degli obblighi di protezione in capo al minore abbandonato) e, nel contempo, lo deferisce ad un terzo (evidentemente reputato idoneo ad assolvere le funzioni parentali in sua vece)"<sup>134</sup>.

Da quanto descritto si evince che la *kafala* è e deve essere considerata la forma di tutela dei minori in stato di abbandono prevista dagli ordinamenti giuridici che si basano sul diritto islamico e così, nell'ambito internazionale, costituire una vera e propria alternativa alle forme di tutela dei minori previste dagli ordinamenti occidentali, in particolare adozione e affidamento.

---

<sup>133</sup> Nella prassi ciò avviene assai frequentemente quando il *kafil* è parente del minore.

<sup>134</sup> Così, R. GELLI, *La kafalah tra esigenze di tutela del minore*, op. cit., p. 679, che aggiunge: "Fermo restando il doveroso rispetto dei principi della legge islamica, non conosce, in tal senso, limiti alla libera disponibilità delle posizioni giuridiche soggettive facenti capo al minore".

Questo istituto giuridico viene infatti riconosciuto a livello internazionale dalle più importanti convenzioni sui diritti e sulla protezione dei minori: in particolare, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo<sup>135</sup> elenca tra gli strumenti di protezione dei minorenni definitivamente o temporaneamente privati del loro ambiente familiare “l’affidamento familiare, la *kafala* di diritto islamico, l’adozione o, in caso di necessità, il collocamento in adeguati istituti per l’infanzia” precisando che “nell’effettuare una selezione tra queste soluzioni si terrà debitamente conto della necessità di una certa continuità nell’educazione del minore, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica”<sup>136</sup>.

La Convenzione dell’Aja del 1996 sulla potestà genitoriale e sulla protezione dei minori<sup>137</sup> include espressamente nel proprio ambito di applicazione “il collocamento del minore in una famiglia affidataria o in un istituto, ovvero il suo affidamento con *kafala*<sup>138</sup> o con un istituto analogo”<sup>139</sup> [art. 3, lett. e)] assimilando così questo istituto islamico alle misure “occidentali” di protezione dei

---

<sup>135</sup> Convention on the Rights of the Child, New York, 1989.

<sup>136</sup> *Ivi*, art. 20, comma 3.

<sup>137</sup> The 1996 Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children.

<sup>138</sup> La decisione di far rientrare la *kafala* nell’ambito di applicazione della convenzione dell’Aja del 1996 si deve al Marocco<sup>138</sup>, che non a caso ha firmato il testo il giorno stesso della sua adozione (ratificandola poi il 22 agosto 2002).

Va peraltro osservato che, in sede di Conferenza diplomatica, è stata inserita una norma (l’art. 33) per cui, qualora venga assunta in uno Stato contraente una misura di “*recueil legal par kafala*”, in un altro Stato contraente non è sufficiente che le Autorità centrali (o altre autorità competenti) si consultino reciprocamente, ma è necessario che si accordino preventivamente. Si tratta di una condizione procedurale supplementare (e, più precisamente, dell’unica procedura di consultazione obbligatoria prevista dalla convenzione) che prevedibilmente si traduce in una forma di controllo sull’immigrazione di minori islamici in Europa.

<sup>139</sup> The 1996 Hague Convention on Jurisdiction, art. 3, lett. e.

minori in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori.

La *kafala* non viene considerata invece nella Convenzione dell'Aja del 1993 sulle adozioni internazionali, la quale è stata stipulata fra Stati che prevedono l'istituto dell'adozione, seppur con peculiarità differenti, al fine di armonizzare ulteriormente le loro posizioni. Questa Convenzione nasce così in un ambiente giuridico omogeneo, dove nessun cenno è stato fatto alla possibile equiparazione tra la *kafala* islamica e l'adozione occidentale.

Resta verosimilmente fuori dall'ambito internazionale la *kafala* consensuale, ovvero, come è stato illustrato, quella conclusa tra le parti (ossia tra uno o entrambi i genitori naturali e il *kafil*), con atto notarile privato e successivamente omologato davanti al tribunale.

## **2. La rilevanza della *kafala* nell'ordinamento giuridico italiano**

La rilevanza della *kafala* all'interno dell'ordinamento giuridico italiano è stata valutata dalla giurisprudenza sotto due diversi profili: il primo aspetto di tale valutazione è stato incentrato sulla richiesta di equiparabilità della *kafala* all'adozione inoltrata prevalentemente da coppie di nazionalità italiana che hanno condotto in Italia minori loro affidati *sub kafala* dalle autorità competenti di alcuni paesi del Nord Africa; il secondo aspetto di tale valutazione è stato incentrato invece, a causa del progressivo aumento del numero di immigrati residenti in Italia, sulla richiesta

inoltrata dagli immigrati stessi – laddove in possesso di regolare permesso di soggiorno - di ricongiungimento familiare con i minori loro affidati *sub kafala* dal proprio paese di origine.

Il problema è dunque duplice: da un lato ci si chiede se la *kafala*<sup>140</sup> possa essere equiparata e convertita in un'adozione, dall'altro ci si chiede se questo istituto giuridico possa essere considerato come presupposto per il ricongiungimento familiare in Italia ad opera di *kafil* residenti sul nostro territorio nazionale.

In relazione al primo *thema decidendum*, a causa di una giurisprudenza oscillante che ha suscitato non poche critiche da parte della dottrina, la questione rimane ad oggi dubbia.

Il primo provvedimento relativo a questa problematica è stato assunto dal Tribunale dei minori di Trento nel 2002<sup>141</sup>: il criterio cui si è fatto riferimento è stato diretto a sottolineare gli aspetti di divergenza tra l'istituto islamico e l'adozione o un provvedimento preadottivo.

Nel dettaglio, il Tribunale ha respinto l'istanza di adozione presentata da una coppia italiana alla quale era stato affidato un minore *sub kafala* dalle autorità marocchine. Infatti, premesso che “la legislazione marocchina (...), che s'ispira in questa materia al diritto musulmano, non riconosce l'istituto dell'adozione”<sup>142</sup> e facendo

---

<sup>140</sup> La dottrina islamica più attenta rifiuta l'identificazione dell'adozione con il modello contemporaneo europeo e sottolinea come la *kafala* possa essere considerata sostanzialmente un'adozione. Così J. BARGACH, *Orphans of Islam. Family abandonment and secret adoption in Morocco*, Rowan & Littlefield Publisher, 2002.

<sup>141</sup> Trib. Min. Trento, 5 Marzo 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, pp. 149 e 150; con nota critica di A. GALOPPINI, *L'adozione del piccolo marocchino, ovvero gli scherzi dell'eurocentrismo*, in *Dir. famiglia*, 2004, p. 320.

<sup>142</sup> *Ibidem*.

riferimento a una nozione riduttiva<sup>143</sup> della *kafala* intesa come “mero obbligo degli affidatari di vegliare sulla buona educazione del minore e custodirlo secondo le direttive”<sup>144</sup> dello Stato di appartenenza del minore, il giudice ne ha dedotto che la *kafala* “non può in alcun modo essere equiparata né ad un’adozione legittimante, né all’affidamento preadottivo e non può quindi essere dichiarata come tale efficace in Italia”<sup>145</sup>.

Il giudice temeva dunque l’eventualità di snaturare un provvedimento straniero che “non è di adozione - e che nelle intenzioni delle istituzioni straniere che lo hanno emanato non è destinato a divenirlo successivamente - tramutandolo in adozione”<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> E. DE FEIS, *La kafalah islamica come strumento di tutela dei minori e presupposti del suo riconoscimento in Italia*, in *Famiglia e diritto*, n. 5, 2009, p. 486.

<sup>144</sup> Trib. Min. Trento, 5 Marzo 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 150.

<sup>145</sup> Ai sensi dell’art. 36, comma 2, l. n. 184 del 1983.

<sup>146</sup> Così M. ORLANDI, *La kafala e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Dir. e Famiglia*, 2005, p. 636, che fa un esempio chiaro a riguardo: “Giusto per fare un esempio, nel caso del Marocco, il minore marocchino oggetto di *kafala*, (...) viene assegnato ad una famiglia che si trasferisce all'estero e si considera "affidato ai servizi sociali del Consolato del Marocco del luogo di residenza dell'adottante all'estero". Quest'ultimo assumerà "la responsabilità del controllo costante del minore e del controllo degli obblighi dell'adottante". Nel caso in cui il minore giunga in Italia e la *kafala* sia riconosciuta quale adozione legittimante, sarebbe perlomeno imbarazzante spiegare al funzionario del consolato marocchino - cui il minore risulta essere affidato - che quel minore, in violazione della normativa islamica, è stato adottato, ha cambiato il proprio cognome e la propria cittadinanza ed è divenuto figlio legittimo di cittadini italiani. V'è da aggiungere che la pronuncia italiana di adozione legittimante non potrà mai essere riconosciuta valida in Marocco perché contraria all'ordine pubblico di quel e, dunque, si darà luogo ad un rapporto giuridico claudicante, in cui il Marocco, come pure l'Italia, continueranno a sentirsi perfettamente legittimati a considerare quel minore come proprio cittadino. Se i genitori biologici avessero un valido motivo di reclamare il rimpatrio del proprio figlio, le autorità giurisdizionali italiane lo dovrebbero rifiutare (visto che sarebbe in contrasto con il nuovo *status* del minore di figlio legittimo di cittadini italiani) e si potrebbe ben verificare un incidente internazionale.

Tale evidente rischio di "snaturamento" ad opera di giudici nazionali di atti stranieri di diritto privato, laddove prendesse corpo, potrebbe condurre all'insorgere di frizioni a livello internazionale.

Dovendo tuttavia prendere atto del fatto che il minore "si trova ormai in territorio italiano, affidato ad una coppia italiana e senza prospettiva alcuna di poter trovare adeguata accoglienza in caso di ritorno in patria"<sup>147</sup>, il Tribunale ha suggerito ai coniugi di rinnovare l'istanza nel senso di un'adozione *minus plena*<sup>148</sup>, quale è l'adozione in casi speciali. Lo stesso Tribunale specializzato ha così deciso di commutare la *kafala* in adozione *minus plena*<sup>149</sup>: provvedimento apprezzabile e pragmatico, sebbene ottenuto "a prezzo di una forzatura della legge"<sup>150</sup>, poiché finalizzato a rispondere al *best interest* del minore, il quale in questo caso si sostanzia nella possibilità di continuare a risiedere in Italia con i propri *kafil*.

La cosiddetta "adozione in casi particolari" ha un ambito di applicazione più ristretto e sostanzialmente residuale rispetto all'adozione legittimante, poiché è finalizzata ad evitare il collocamento del minore in un Istituto solo in casi assai specifici - ripetuti fallimenti in precedenti affidamenti pre-adoptivi, problemi caratteriali del minore, handicap fisici o psichici, ecc. - "ma non di

---

<sup>147</sup> Trib. Min. Trento, 5 Marzo 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 152.

<sup>148</sup> A norma dell'art. 44, lett. d, della l. 184 del 1983.

<sup>149</sup> Trib. Min. Trento, 10 settembre 2002. ove si legge: "(...) non si può fare a meno di prendere in doverosa considerazione le condizioni del piccolo che (...) si trova ormai in territorio italiano, affidato a una coppia di nazionalità italiana e senza prospettiva alcuna di poter trovare adeguata accoglienza in caso di ritorno in patria. È evidente che se egli dovesse rimanere in Italia come cittadino straniero, ospite di una famiglia estranea, la sua situazione psicologica, specie nei rapporti con gli affidatari, coi coetanei e con le istituzioni dello stato e anche le sue future possibilità di inserimento sociale, ne risulterebbe gravemente compromesse".

<sup>150</sup> Cfr. A. GALOPPINI, *L'adozione del piccolo marocchino*, op. cit., p. 321.

certo in casi in cui sia difficile comparare la tutela del bambino prevista dal proprio Stato di provenienza con quella prevista dal sistema giuridico italiano”<sup>151</sup>.

Tale decisione, pur considerata meritevole in relazione a finalità umanitarie e solidaristiche, ha suscitato al contempo argomentate critiche da parte della dottrina<sup>152</sup>.

La giurisprudenza successiva ha accolto lo stesso modello, diretto a evidenziare le differenze tra categorie di diritto interno e categorie di diritto straniero, concludendo che la *kafala* non può essere riconosciuta, poiché non sovrapponibile a nessuna figura giuridica prevista nell’ordinamento italiano.

Lo stesso criterio logico è stato adottato dalla Corte di Cassazione<sup>153</sup>, la quale ha escluso per i coniugi affidatari di un minore in *kafala* la legittimità ad opporsi alla dichiarazione di adottabilità del minore, in quanto questo istituto “sebbene attribuisca (...) un potere dal contenuto educativo sostanzialmente

---

<sup>151</sup> *Ivi*, p. 320.

<sup>152</sup> Si rinvia A. GALOPPINI, *ivi*, p. 322, la quale sottolinea l’ingiusta disparità di trattamento tra minori, in dipendenza della loro cittadinanza, “Utilizzare (...) questa soluzione legislativa per il caso del bambino proveniente da uno Stato a diritto islamico, significa offrirgli una protezione inferiore rispetto a quella che si darebbe, in *idem re*, al bambino proveniente da uno Stato eurocentrico”. Per analoghe posizioni critiche si veda anche G. PIZZOLANTE, *La kafala islamica e il suo riconoscimento nell’ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Intern. Proc. Priv.*, 2007, pp. 954-956, la quale rileva l’incompatibilità del provvedimento straniero con l’adozione “pur nella sua versione non legittimante” e conclude che l’applicazione dell’art. 44, lett. d) “rischia di aprire la strada a un binario parallelo di adozioni internazionali (...) nel quale spesso potrebbe mancare una valutazione preventiva dell’idoneità degli adottanti”. In senso parzialmente favorevole si è espressa R. GELLI, *La Kafala nel diritto islamico: prospettive di riconoscimento nel diritto italiano*, in *Famiglia e Diritto*, 2005, p. 69, la quale afferma: “Dal punto di vista funzionale (...) l’adozione in casi particolari appare più rispettosa della logica sottesa alla *kafalah* negli ordinamenti musulmani. Con soluzione compromissoria, la *kafalah* viene, infatti, recepita all’interno di uno schema adottivo, ma senza la forzata attribuzione di alcun effetto legittimante”.

<sup>153</sup> Cass. civ., Sez. I, 4 novembre 2005, n. 21395.

assimilabile all'affidamento preadottivo, non attribuisce né la tutela né la rappresentanza”<sup>154</sup>.

Si legge infatti in motivazione che la *kafala* “attribuisce agli affidatari un potere-dovere di custodia, a tempo sostanzialmente indeterminato. Con i contenuti educativi di un vero e proprio affidamento preadottivo, ma non attribuisce tutela e rappresentanza legale nel senso esattamente che, mentre dal punto di vista sostanziale vuole realizzare una vera e propria presa in carico educativa da parte degli affidatari, ben paragonabile al contenuto del nostro affidamento familiare, dal punto di vista giuridico-formale non intende trasferire anche la tutela, giacché, così, verrebbe contraddetto il principio, cui quella legislazione tiene particolarmente, che non debba mai venir perduto il legame del minore con le proprie origini”<sup>155</sup>.

La decisione, sia pure contestabile poiché accosta la *kafala* ad un istituto del tutto sconosciuto al diritto musulmano, risulta comunque importante visto che propone una nozione compiuta di custodia del minore islamico, nozione che consente di rispettare la legge nazionale di provenienza dello stesso assicurandogli una omogeneità di stato e che ne rispetta le tradizioni culturali e religiose: sarebbe altrimenti imposto uno status giuridico che viola il precetto coranico e la religione islamica cui il minore appartiene per nascita e alla quale il *kafil*, se non musulmano, sarebbe tenuto a convertirsi.

---

<sup>154</sup> *Ibidem*.

<sup>155</sup> *Ibidem*.

Il secondo *thema decidendum* riguarda l' idoneità di una *kafala* a costituire titolo per il ricongiungimento familiare: può un *makful* raggiungere il proprio *kafil* regolarmente soggiornante in Italia?

Dalla lettura dei precedenti giurisprudenziali si riscontra la forte preclusione da parte delle autorità diplomatiche italiane a riconoscere la *kafala* titolo idoneo a legittimare la richiesta di ricongiungimento familiari <sup>156</sup>: il diniego del visto è stato sempre motivato sulla base di un'interpretazione letterale e rigida dell'art. 29, comma 2° del d.lgs. 25.7.1998, n. 286 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*).

L'art. 29 del T.U. sull'immigrazione prevede che lo straniero in Italia possa chiedere il ricongiungimento<sup>157</sup> con i figli minori che si trovino all'estero, specificando, al comma 2, che "i minori adottati, o

---

<sup>156</sup> La diversa prospettiva dalla quale la giurisprudenza di legittimità e le autorità consolari italiane interpretano questo istituto, proprio del diritto di famiglia islamico, è stato alla base di un vero e proprio contenzioso tra pubblica amministrazione e magistratura.

<sup>157</sup> Il diritto al ricongiungimento familiare è espressione del diritto dell'individuo a mantenere l'unità familiare come sancito da varie norme internazionali che configurano la tutela della vita familiare come un aspetto della protezione dei diritti dell'uomo. Tra queste si ricordino: la Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo (artt. 12 e 16), la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 8), il Patto sui diritti civili e politici (art. 23); il Patto sui diritti economici, sociali e culturali (art. 10).

In questo quadro vi è poco o nulla da obiettare sul fatto che la legge italiana si esprima in termini di "diritto" al ricongiungimento familiare considerato che tutti i dati, normativi e politici, portano in tale direzione, tuttavia si potrebbero mettere in discussione i criteri di ampiezza e i modi di tutela di tale diritto. Sul punto appare indubbio che il legislatore italiano abbia subordinato ad un apprezzamento ampiamente discrezionale in merito alla sufficienza del reddito e dell'idoneità dell'alloggio quali requisiti per avere diritto al ricongiungimento, per di più affidato ad organi amministrativi. Sicché l'eventuale provvedimento di diniego che potrebbe essere impugnato davanti al Tribunale amministrativo regionale, ha autorizzato a ritenere che il diritto al ricongiungimento familiare sia, in realtà, un interesse legittimo.

affidati, o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli”<sup>158</sup>.

La *kafala*, istituto sconosciuto al nostro ordinamento, non essendo esplicitamente richiamata, viene esclusa.

Come osservato da Long “Interpretare formalisticamente l’art. 29, comma 2, T.U. imm., richiedendo la coincidenza totale e assoluta degli effetti tra la misura straniera di protezione del minore e l’affidamento, l’adozione e la tutela così come disciplinati nel diritto italiano, porterebbe inevitabilmente a concedere il ricongiungimento nei soli casi (che mi paiono meramente teorici) in cui il diritto straniero coincida con quello italiano e, dunque, a escludere di fatto l’operatività della norma stessa”<sup>159</sup>.

Il primo nodo da sciogliere riguarda così la suscettibilità o meno di interpretazione analogica o estensiva di tale disposizione.

L’istituto del ricongiungimento familiare, in linea con le politiche di contenimento dell’immigrazione, ha una “natura eccezionale”: ciò significa che non solo è circoscritta ai soli specifici rapporti indicati dalla disposizione in esame<sup>160</sup>, ma anche che non è suscettibile di interpretazione analogica o estensiva.

A questo dubbio ha risposto la Corte di Cassazione, sottolineando come “alla norma del d.lgs. n.28 del 1998, art. 29 vale,

---

<sup>158</sup> Il comma 1 dell’art. 29 dispone che: “1. Lo straniero può chiedere il ricongiungimento familiare per i seguenti familiari: a) coniuge non legalmente separato; b) figli minori a carico; anche dal coniuge o nati fuori dal matrimonio, non coniugati ovvero legalmente separati, a condizione che l’altro genitore, qualora esistente, abbia dato il suo consenso; c) genitori a carico; d) parenti entro il terzo grado, a carico, inabili al lavoro secondo la legislazione italiana.

<sup>159</sup>J. LONG, *Il ricongiungimento familiare del minore affidato con Kafalah*, op. cit., p. 1883.

<sup>160</sup> In particolare la filiazione, l’adozione, l’affidamento e la tutela.

infatti, per questa, come per ogni altra, il canone ermeneutico, di chiusura, della esegesi *costituzionalmente adeguata*"<sup>161</sup>.

Laddove i valori costituzionali di riferimento siano plurimi e antagonisti, potrà considerarsi adeguata, alla luce della scala di valori presupposta dalla Costituzione, solo quella interpretazione della norma ordinaria che realizzi un equo bilanciamento di tali superiori interessi.

Analizzando il caso del ricongiungimento familiare vengono alla luce in modo chiaro i valori in contrapposizione: da un lato l'esigenza di protezione del minore e di tutela dell'unità familiare, dall'altro il contenimento dei flussi migratori e la difesa del territorio dello Stato.

Il bilanciamento che la Corte Costituzionale ha già avuto modo di operare (in sede di controllo di legittimità)<sup>162</sup> verte nel segno di una tendenziale prevalenza del primo valore (tutela del minore) sul secondo (difesa del territorio e contenimento dell'immigrazione), in virtù del fatto che l'operatività di detto istituto è finalizzata proprio all'unità familiare.

Considerata inoltre la vocazione internazionalistica di detto istituto, è comprensibile che le fattispecie possano presentare i cosiddetti "elementi di esternalità"<sup>163</sup>, i quali postulano non tanto una perfetta sovrapposizione degli istituti previsti dall'ordinamento italiano a quelli previsti dagli ordinamenti stranieri, quanto piuttosto

---

<sup>161</sup> Cfr. Cass. Civ, I sez 20.3.2008, conferma App. Bologna 6.3.2007.

<sup>162</sup> Cfr. sent.ze nn. 198 e 205 del 2003.

<sup>163</sup> R. GELLI, *La kafalah tra esigenze di tutela del minore e rischi di aggiramento della disciplina dell'immigrazione*, in *Famiglia e Diritto*, n. 7, 2008, p. 677.

una tendenziale equiparabilità in considerazione dell'identico obiettivo di tutela a cui entrambi mirano.

Si aderisce così ad un'interpretazione estensiva dell'art. 29 del T.U. immigrazione, secondo il quale il ricongiungimento deve essere concesso anche nel caso di strumenti di protezione stranieri che, indipendentemente dal loro *nomen iuris*, producano, *lege fori*, effetti sostanzialmente analoghi a quelli che, secondo il diritto italiano, producono uno o più degli istituti menzionati nella norma.

In altre parole, ai fini del T.U. sull'immigrazione, i concetti giuridici di adozione, affidamento e tutela "esigono di essere intesi alla stregua di strumenti atti a permettere che istituti di diritto straniero, ancorché diversi da quelli nazionali, possano, comunque, venire in rilievo nel nostro Paese purché produttivi di effetti omologhi agli effetti prodotti da quelli di quest'ultimo", e ciò soprattutto in considerazione del *best interest* del minore all'unità familiare.

Ammessa, quindi, l'estensibilità analogica della disposizione in questione, bisogna appurare se la *kafala* sia effettivamente assimilabile agli istituti di affiliazione previsti dal comma 2 dell'art. 29 T.U. immigrazione.

Una chiave di lettura in tal senso è offerta dal comma 3 dell'art. 28 T.U. immigrazione, il quale prevede programmaticamente che "in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo, conformemente a quanto previsto dall'art. 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre

1989, ratificata e resa esecutiva ai sensi della l. 27 maggio 1991, n. 176”.

L’art. 20 di tale Convenzione dispone, a sua volta, che: “Ogni fanciullo il quale è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto a una protezione e ad aiuti speciali dello Stato. Gli Stati parti prevedono per questo fanciullo una protezione sostitutiva, in conformità con la loro legislazione nazionale. Tale per mezzo dell’affidamento familiare, della *kafala* di diritto islamico, dell’adozione o in caso di necessità, del collocamento in adeguati istituti per l’infanzia.

Nell’effettuare una selezione tra queste soluzioni, si terrà debitamente conto della necessità di una certa continuità nell’educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica”.

Il rinvio alla Convenzione sui diritti del fanciullo nella disposizione che precede (e detta le linee di principio cui è ispirata) quella di cui all’art. 29 T.U. immigrazione è “un indice univoco della volontà del legislatore di riconoscere astrattamente la *kafala* tra i mezzi di protezione dell’infanzia che - alternativi al binomio adozione/affidamento - sono reputati idonei a fondare i presupposti per il ricongiungimento familiare del minore extracomunitario”<sup>164</sup>.

La Corte di Cassazione si è espressa, del resto, in modo inequivocabile nella prima sua pronuncia sulla *kafala*: “l’istituto della *kafala* (...) dal punto di vista sostanziale vuole realizzare una vera e propria presa in carico educativa da parte degli affidatari, ben

---

<sup>164</sup> R. GELLI, *La kafalah tra esigenze*, op. cit., p. 678.

paragonabile al contenuto del nostro affidamento familiare”<sup>165</sup>. Da un confronto tra i termini di paragone, emerge, inoltre, che la *kafala* sia più vicina dell'affidamento che all'adozione.

Mentre l'affidamento realizza, infatti, una sistemazione soltanto provvisoria in vista di un prossimo reinserimento nella famiglia di origine, la *kafala* - pur non incidendo, al pari dell'affidamento nostrano, con effetti legittimanti sullo stato civile del minore - instaura tra il *makful* e il custode un legame stabile, destinato a protrarsi fino al raggiungimento della maggiore età del soggetto affidato. Sicché, se la normativa del ricongiungimento familiare è applicabile all'affidamento, essa sarà estensibile, *a fortiori*, all'istituto della *kafala*.

Diversamente opinando, come argomenta la Cassazione, si giungerebbe all'inaccettabile conseguenza che il minore ammesso in custodia nel suo Stato d'origine non potrebbe mai ricongiungersi al suo nucleo familiare ricostituito in Italia.

Di talché, osserva la sentenza: “una pregiudiziale esclusione [...] del requisito per il ricongiungimento familiare per i minori affidati in “*kafala*”, penalizzerebbe (anche con *vulnus* al principio di eguaglianza) tutti i minori, di paesi arabi<sup>166</sup>, illegittimi, orfani o comunque in stato di abbandono”<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> Cass., 4.11.2005, n. 21395, *infra*, sez. III.

<sup>166</sup> Come è stato rilevato da E. DE FEIS, *La kafalah islamica*, *op. cit.*, p. 487, nel provvedimento in esame vi è un piccolo errore di natura semantica: “la Suprema Corte si riferisce a minori provenienti da “Paesi Arabi”; la dizione non risulta precisa in quanto perpetua l'abitudine scorretta di identificare e sovrapporre una categoria di appartenenza etnico-geografica con un'altra di identificazione religiosa. Non tutti gli arabi sono credenti all'Islam (sono originari dell'Arabia anche fedeli cristiani) e, del resto non tutti i musulmani sono arabi, basterebbe pensare agli indonesiani e agli africani del continente sub-sahariano.

<sup>167</sup> Cass., 4.11.2005, n. 21395, *infra*, sez. III.

Nei provvedimenti analizzati i giudici non hanno mai affrontato direttamente il tema della conformità della *kafala* all'ordine pubblico internazionale, che opera, come è noto, a difesa degli ordinamenti nazionali, precludendo l'ingresso del diritto straniero, qualora tale ingresso realizzi in concreto una violazione dei principi che caratterizzano gli ordinamenti nazionali. Ciò avviene probabilmente perché il richiamo espresso all'interno del Testo Unico sull'immigrazione alla Convenzione ONU sui minori, nonché la partecipazione dell'Italia ad altre Convenzioni internazionali che includono questo strumento tra le misure di protezione dell'infanzia abbandonata, fa escludere, dal punto di vista formale, la contrarietà della *kafala* all'ordine pubblico.

Da un punto di vista sostanziale, si potrebbe sostenere la tesi di contrarietà della *kafala* all'ordine pubblico in relazione alla revocabilità e alla durata determinata (sino alla maggiore età del *makful*) di questo strumento di protezione. A questa obiezione la dottrina più rilevante in materia ha risposto che: "per quanto concerne la *revocabilità*, (...) anche nell'ordinamento italiano, infatti, nel caso in cui i genitori adottivi non adempiano adeguatamente i loro compiti genitoriali, esiste un meccanismo che consente di arrivare *de facto* a una revoca dell'adozione nell'interesse del minore. (...) All'obiezione che fa leva sulla *durata determinata* della *kafala* si può invece obiettare (...) che anche nell'ordinamento italiano sono diffusi gli affidamenti familiari *sine die*. Benché, infatti, nel diritto italiano positivo l'affidamento familiare sia concepito come rigorosamente temporaneo, essendo preordinato al ritorno del minore nella famiglia di origine al termine del periodo di difficoltà di quest'ultima, l'analisi delle statistiche

dimostra che nel nostro Paese (...) essi durano ben più del termine di ventiquattro mesi stabilito dalla legge, per effetto delle frequenti proroghe decise dai Tribunali per i minorenni”<sup>168</sup>.

Più difficile sarebbe invece contestare la pretesa contrarietà della *kafala* all’ordine pubblico<sup>169</sup>, se si considera che, poiché con la *kafala* il *kafil* assume i diritti e i doveri concernenti la potestà genitoriale così come regolati dalle norme del diritto islamico, si consentirebbe al marito di poter decidere sulla revocabilità dell’istituto, senza rendere necessario il consenso della moglie né alcun intervento pubblico a garanzia della tutela dell’interesse del minore.

Visto il tenore del dato normativo e le numerose pronunce giurisprudenziali in senso conforme, si può dare oramai per acquisito che la normativa in tema di ricongiungimento familiare sia astrattamente estendibile, per *analogia legis*, all’istituto islamico della *kafala* e quindi più generalmente concludere che i giudici italiani ammettono il ricongiungimento di un *makful* al suo *kafil* straniero soggiornante regolarmente in Italia<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> Cfr. J. LONG, *Il ricongiungimento del minore affidato con Kafala*, op. cit., p. 1835.

<sup>169</sup> Cfr. J. LONG, *Nota di commento*, Cass. 20.3.2008, n.7472, in *Stranieri*, p. 1234.

<sup>170</sup> Tra i precedenti giurisprudenziali che hanno accolto l’impugnazione del provvedimento di diniego del visto per il ricongiungimento familiare al *kafil*: Trib. Biella, 7 marzo 2000, in *Dir. immigr. citt.*, 2000, p. 121; Trib. Milano, 12 marzo 2000, in *Dir. immigr. citt.*, 2000, p. 127; Trib. Biella, 26 aprile 2007, in *Dir. fam.*, p. 1810, con nota di J. LONG, *Il ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*; Trib. Torino, 26 febbraio 2009, in *Dir. immigr. citt.*, 2009, p. 216; App. Firenze, 2 febbraio 2007, in *Dir. immigr. citt.*, 2007, p. 139; App. Torino, 30 maggio 2007, in *Dir. immigr. citt.*, 2008, p. 191, con nota di J. LONG, *Kafalah e ricongiungimento familiare*, *ibidem*, p. 73; App. Torino, 28 giugno 2007, in *Dir. immigr. citt.*, 2007, p. 142; Cass., 3 marzo 2008, n. 7472, in *Famiglia e diritto*, 2008, con nota di R. GELLI, *La kafalah tra esigenze di tutela del minore e rischi di aggiramento*, op. cit., p. 675.; in *Stranieri*, 2008, p. 1232 con nota di J. LONG, *Sì al ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*; Cass., 2 luglio 2008, n. 18174, in *Rep. Foro it.*, voce “Straniero”, p. 219; Cass., 17 luglio 2008, n. 19734, in *Dir. immigr. citt.*, 2009, p. 198, con nota di J. LONG, *Ancora sul ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*, *ibidem*, p. 112.

### 3. La rilevanza della *kafala* all'interno dell'ordinamento giuridico francese

In relazione alla rilevanza della *kafala* all'interno dell'ordinamento giuridico francese, la prima problematica che si è posta è stata quella concernente la possibilità di determinare se un *kafil* regolarmente soggiornante sul territorio francese potesse o meno rivendicare il diritto di ricongiungimento familiare, e dunque il diritto d'ingresso e di soggiorno in Francia, per il minore accolto con l'affido islamico.

Nel "*Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*"<sup>171</sup> del 2005 la *kafala*, istituto sconosciuto all'ordinamento francese, non viene evocata come titolo idoneo a legittimare la richiesta di ricongiungimento familiare<sup>172</sup>, motivo per il quale si è reso necessario in molteplici occasioni che la magistratura francese intervenisse a dirimere la cavillosa questione.

In un primo momento, i giudici francesi hanno regolarmente negato il ricongiungimento familiare ai minori affidati con *kafala*, riconoscendo solo l'esistenza della filiazione biologica o adottiva

---

<sup>171</sup> Il codice d'ingresso e di soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo, denominato anche CESEDA o "codice degli stranieri", è il codice che raggruppa, nell'ordinamento giuridico francese, tutte le disposizioni legislative e regolamentari relative ai diritti degli stranieri.

Entrato in vigore il 1° Marzo del 2005, è stato creato su iniziativa di Dominique de Villepin, allora ministro dell'interno, che ha rielaborato le disposizioni previste dall'ordinanza del 2 novembre 1945 relative alle condizioni di ingresso e di soggiorno degli stranieri. Il CESEDA è consultabile al sito [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>172</sup> LIVRE IV "Le regroupement familial"; TITRE 1er "Les conditions du regroupement familial" du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

come presupposto per il ricongiungimento<sup>173</sup>.

L'unica eccezione fatta è stata quella riguardante la *kafala* algerina<sup>174</sup>, che i giudici francesi sono stati invitati a riconoscere in forza di una clausola firmata il 22 dicembre 1985, la quale modificava il primo accordo bilaterale franco-algerino del 27 dicembre 1968.

Il privilegio relativo al ricongiungimento veniva così accordato, proprio in base a questa clausola, solo ai *makful* algerini, a discapito di quelli di tutti gli altri paesi di diritto islamico: tale clausola sanciva dunque espressamente il diritto, per un cittadino algerino residente regolarmente in Francia, di poter beneficiare del raggruppamento familiare per i membri della propria famiglia, compresi i minori di 18 anni a carico, anche in *kafala*.

Nella terza clausola, tuttavia, all'accordo franco algerino del 1968 viene aggiunta una condizione supplementare, firmata l'11 luglio del 2001, finalizzata a tutelare il migliore interesse del minore. Si specifica infatti che, se il *kafil* ha la cittadinanza francese, non può rivendicare il diritto al ricongiungimento familiare per il minore che

---

<sup>173</sup> Article L411-1: Le ressortissant étranger qui séjourne régulièrement en France depuis au moins dix-huit mois, sous couvert d'un des titres d'une durée de validité d'au moins un an prévus par le présent code ou par des conventions internationales, peut demander à bénéficier de son droit à être rejoint, au titre du regroupement familial, par son conjoint, si ce dernier est âgé d'au moins dix-huit ans, et les enfants du couple mineurs de dix-huit ans.

Article L411-2: Le regroupement familial peut également être sollicité pour les enfants mineurs de dix-huit ans du demandeur et ceux de son conjoint dont, au jour de la demande, la filiation n'est établie qu'à l'égard du demandeur ou de son conjoint ou dont l'autre parent est décédé ou déchu de ses droits parentaux.

Article L411-3: Le regroupement familial peut être demandé pour les enfants mineurs de dix-huit ans du demandeur et ceux de son conjoint, qui sont confiés, selon le cas, à l'un ou l'autre, au titre de l'exercice de l'autorité parentale, en vertu d'une décision d'une juridiction étrangère. Une copie de cette décision devra être produite ainsi que l'autorisation de l'autre parent de laisser le mineur venir en France.

<sup>174</sup> J. LONG, *Si al ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*, in *Stranieri*, 2008, p. 1235.

ha accolto, poiché si presuppone che, in questo caso, il *best interest* del minore sia quello di vivere nel proprio paese di origine con la famiglia biologica.

Si pone così l'attenzione su "*l'intérêt de l'enfant*" che, sebbene rimesso alla discrezionalità dei giudici, diviene il principale criterio decisionale per il ricongiungimento familiare.

Lo stesso principio viene espresso due anni dopo nella Convenzione bilaterale franco-marocchina firmata a Parigi nel marzo del 2003<sup>175</sup> e inserito due anni dopo nel Codice degli stranieri all'art. L411-4, comma 2°, che stabilisce come per il raggiungimento familiare debba tenersi in considerazione l'interesse del minore.

I contenuti di queste disposizioni sono stati rafforzati dal *Conseil d'Etat*, che ha ribadito come in qualunque ipotesi di ricongiungimento familiare concernente un minore, che si tratti di una presa in carica da parte di un *kafil* francese oppure straniero, occorra far riferimento essenzialmente all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>176</sup>, la quale sancisce il rispetto della vita privata e familiare.

L'analisi di numerose sentenze in materia<sup>177</sup> mostra come oggi i giudici determinino l'esito delle stesse in base alla comprovata

---

<sup>175</sup> Il principio del *best interest* del minore viene ribadito anche nelle consultazioni consolari bilaterali del 21 Luglio del 2004.

<sup>176</sup> CEDU, art. 8: Diritto al rispetto della vita privata e familiare. 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto, a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

<sup>177</sup> CE 16 Janvier 2006 n°274934; CE 22 Février 2008 n° 293833; CE 27 Juin 2008 n° 291561.

esistenza di una vita familiare, la quale indubbiamente non può essere attestata dalla sola concessione della *kafala*, ma piuttosto laddove si dia prova dell'effettiva convivenza tra il *makful* e il *kafil* e dell'inesistenza di una famiglia biologica nel paese di origine del *makful*.

Se il *makful* è orfano, oppure è stato abbandonato, e l'unico legame esistente è quello con il *kafil*, negargli la concessione di un visto d'ingresso attenterebbe al rispetto di quella che costituisce per lui la sola vita familiare della quale possa godere; al contrario, laddove il giudice amministrativo constati l'esistenza di una famiglia biologica nel paese di origine del *makful*, considererà come interesse superiore del minore quello di rimanere nel suo paese di nascita insieme ad essa.

Non si fa riferimento esplicito all'art. 3 della Convenzione Onu sui diritti dei minori del 1989<sup>178</sup>, dando per implicito che il *best interest* del minore sia quello di rimanere con la famiglia biologica nel paese di origine.

Resta viva, di conseguenza, una certa ambiguità nella regolamentazione della *kafala* come presupposto al ricongiungimento familiare: assunto che i giudici francesi considerano, in caso di esistenza della famiglia biologica del minore, come *best interest* dello stesso quello di rimanere nel paese di origine e assunto che l'istituto della *kafala* prevede che il minore rimanga in contatto con i genitori biologici, se ne può dedurre che nella maggior

---

<sup>178</sup>Ex art. 3 della Convenzione Onu sui diritti del Minore, New York, 1989, "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente.

parte dei casi l'istanza di ricongiungimento con un *makfil* residente in Francia verrà rigettata.

La giurisprudenza francese sembra però essersi evoluta in relazione a questa problematica, tuttavia mentre in un primo momento escludeva la *kafala* in relazione al fatto che non rientrasse nelle categorie di filiazione previste dall'ordinamento francese, oggi la esclude di fatto rimandando all'art. 8 della CEDU, che prevede il rispetto dell'unità familiare. Preservare l'unità familiare significa in tal caso concedere al *makful* il diritto di vivere nel paese di origine insieme alla famiglia biologica e non quello di crescere in Francia con il *kafil*, sebbene quest'ultimo sarebbe forse in grado di garantire al *makful* un'aspettativa di vita migliore rispetto a quella offerta dai genitori biologici, considerando proprio la volontà di questi ultimi a concederlo in *kafala*.

In relazione alla seconda problematica, che è stata affrontata anche in Italia, ovvero la "conversione" della *kafala* in adozione o in un istituto affine previsto dall'ordinamento francese a tutela dell'infanzia abbandonata, le complicazioni aumentano.

In Francia, già a partire dagli anni '80, è accaduto che alcune famiglie musulmane francesi, o più spesso bi-nazionali, si siano recate nei paesi di origine per accogliere i minori orfani che venivano loro affidati in *kafala* dalle Autorità competenti locali. Da allora queste famiglie<sup>179</sup> si sono mobilitate per far sì che, come prevede lo

---

<sup>179</sup> Risulta interessante al riguardo l'iniziativa di alcune famiglie che hanno costituito in Francia l'Association de Parents Adoptifs d'Enfants recueillis par Kafala (APAERK), con lo scopo di "Informer les futurs parents adoptants des démarches administratives et des contraintes inhérentes au choix de ce mode d'adoption aussi bien en France que dans les pays d'origine des enfants; Agir au niveau des autorités compétentes, tant françaises qu'étrangères pour améliorer conjointement les démarches de la Kafala et normaliser le statut des enfants concernés. Per ulteriori approfondimenti è possibile consultare il sito [www.apaerk.org](http://www.apaerk.org).

stesso istituto islamico, venisse riconosciuto ai minori accolti il diritto ad una autentica vita familiare, chiedendo ai giudici francesi la conversione dello stesso in adozione.

Per queste famiglie, infatti, soltanto l'istituto dell'adozione è in grado di consentire la migliore condizione di vita possibile al minore abbandonato dalla propria famiglia nel paese di nascita e chiamato a vivere in uno nuovo, laddove il suo interesse primario è quello di beneficiare pienamente di una filiazione adottiva che gli garantisca la sicurezza di un legame familiare perenne.

Per vent'anni i giudici francesi sono andati incontro a numerose difficoltà, poiché nessuno degli istituti giuridici previsti dalla legge francese poteva sovrapporsi perfettamente ai contorni della *kafala*, considerata come istituto più simile alla tutela e alla delegazione di autorità parentale<sup>180</sup> che all'adozione semplice<sup>181</sup> o plenaria.

Sino a quando, nel 2001, per porre fine a questo stato di incertezza, è intervenuto il legislatore francese con l'emanazione della nuova legge sull'adozione internazionale<sup>182</sup>, che va a completare il titolo VIII del primo libro del *Code Civil* con il nuovo capitolo III dal titolo: "*Du conflit des lois relatives à la filiation adoptive et de l'effet en France des adoptions prononcées à l'étranger*".

In particolare viene inserito l'art. 370-3, che al comma 2 stabilisce che: "*L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si*

---

<sup>180</sup> CE 28 décembre 2007 n. 303956 et n. 304202 ; 9 novembre 2007 n. 279743; 7 mars 2007 n. 285679 e n.288637.

<sup>181</sup> La Cour d'appel de Toulouse a autorisé, le 22 novembre 1995, la transformation d'une *kafala* en adoption simple, estimant que ces deux institutions étaient assimilables. La Cour d'appel de Paris a rendu une décision identique, le 22 mai 2001. La Cour d'appel de Reims a prononcé, le 02 décembre 2004, une *kafala* marocaine en adoption simple.

<sup>182</sup> Loi n. 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale.

*sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France”.*

Il divieto di pronunciare l’adozione riguarda così, in prima linea, i minori affidati in *kafala*, la cui legge nazionale vieta questo istituto.

L’esigenza di trattare con la massima attenzione la conversione di una *kafala* e di rispettare al massimo le tradizioni di altri paesi sembra essere la priorità del legislatore francese, per il quale: *“Cette institution musulmane ne peut en aucune façon être comparée à une adoption, simple ou plénière, laquelle emporte création d’un lien de filiation, ce qui est totalement proscrit par la Charia et par la législation familiale en vigueur notamment au Maroc et en Algérie. Dans ces conditions, le droit international privé français, respectueux des législations étrangères et soucieux d’éviter le prononcé en France de décisions conférant à des étrangers un statut non susceptible d’être reconnu dans leur pays d’origine, s’oppose à l’adoption en France d’enfants dont la loi nationale interdit l’adoption”*<sup>183</sup>. In tal senso: *“afin de garantir le respect de la législation des pays étrangers, la loi n. 2001-111- du 6 février 2001 relative à l’adoption internationale a ainsi introduit dans le code civil des dispositions interdisant le prononcé en France de l’adoption d’un mineur étranger dont la loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce dernier est né et réside habituellement en France”*<sup>184</sup>.

Da allora le Corti si sono piegate alla regola, confermata recentemente dalla *Cour de Cassation*<sup>185</sup>, secondo la quale viene

---

<sup>183</sup> Nota su *“La kafala de droit musulman”* del Ministero degli affari esteri ed Europei, rintracciabile al sito [www.diplomatie.gouv.fr](http://www.diplomatie.gouv.fr).

<sup>184</sup> Réponse du Ministre de la Justice, alla Question écrite n. 00078 de M. Yves Détraigne, in JO Sénat, 30/08/2007, p. 1545.

<sup>185</sup> Arrêt n° 188 du 25 février 2009.

sancito il principio che rifiutare di pronunciare l'adozione di un minore accolto in *kafala*<sup>186</sup> non costituisce rispetto allo stesso una differenza di trattamento, né un attentato al diritto di condurre una vita familiare normale, né tantomeno un disconoscimento del suo interesse superiore, considerato che la *kafala* è espressamente riconosciuta dalla Convenzione di New York relativa ai diritti dei minori allo stesso titolo dell'adozione<sup>187</sup>.

Dal momento che la legge islamica che vieta l'adozione autorizza la *kafala*, istituto che preserva, allo stesso titolo dell'adozione, l'interesse superiore del fanciullo, non si costituisce una differenza di trattamento.

Le reazioni della dottrina al nuovo articolo del *Code Civil* non sono state affatto univoche: vi è chi, essendo a favore della nuova disposizione legislativa, ha affermato che: *“la loi du 6 févr. 2001, est venue consacrer une solution (...) répondant ainsi aux nombreuses critiques, qui reprochaient à la solution de la jurisprudence de mépriser à ce point la loi nationale de l'enfant et de conduire à des adoptions boiteuses, c'est-à-dire des adoptions non reconnues dans le pays d'origine e l'enfant”*<sup>188</sup>.

Altri invece hanno criticato recisamente il criterio del luogo di nascita : *“cette référence au lieu de naissance renforce l'idée que cette*

---

<sup>186</sup> In applicazione dell'art 370-3, comma 2° del Code Civil.

<sup>187</sup> Così la Cour de Cassation nella sentenza n°188 del 2009 constatant que l'article 46 du code de la famille algérien prohibe l'adoption mais autorise la kafala, a rejeté la requête en adoption, dès lors que la kafala est expressément reconnue par l'article 20, alinéa 3, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, comme préservant, au même titre que l'adoption, l'intérêt supérieur de celui-ci; que le moyen ne peut être accueilli.

<sup>188</sup> F. MBALA, *Adoption internationale: lorsque le pays d'origine prohibe l'adoption*, nota alla Cour d'appel de Paris 29 Avril 2003, in *Rec. Dalloz*, n. 7, 2004, 458.

*notion devient plus importante que celle du statut personnel ou plutôt qu'elle serait déterminante pour le statut personnel*"<sup>189</sup>.

Sembra tuttavia oramai acquisito che la *kafala* non possa essere convertita in adozione dalla giurisdizione francese, con una giustificazione apparente di profondo delle culture di altri paesi.

#### **4. La *kafala* nell'ordinamento giuridico britannico**

*"English family law has had to broaden its horizons in recent years to deal adequately with the myriad of novel issues raised by migrant single adults, migrant families and migrant children. Indeed, there can be no doubt that for a significant minority of people either resident or domiciled in this country, the traditional boundaries of family law (at least so far as it is taught in English law schools) fail to accommodate or give adequate emphasis to what are now crucial international dimension"*<sup>190</sup>.

Con queste parole Murphy, noto *academic family lawyer* in UK, ha sottolineato come anche il diritto di famiglia inglese, al pari di quello degli altri ordinamenti giuridici europei, sia oggi chiamato ad allargare i propri confini, dovendo confrontarsi con le problematiche relative al riconoscimento degli istituti di diritto di famiglia dei nuovi gruppi etnici minoritari.

---

<sup>189</sup> M. C. LE BOURSICOT, *La Kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation*, *Droit et cultures*, n. 59, 2010, messo on line il 6 luglio 2010 al sito URL: <http://droitcultures.revues.org/2138>.

<sup>190</sup> J. MURPHY, *International Dimensions in Family Law*, Manchester University Press, Manchester, 2005, p. 2.

L'istituto giuridico della *kafala* in particolare, in relazione alla sua riconoscibilità come presupposto per il ricongiungimento familiare, pone delle particolari questioni all'interno del diritto dell'immigrazione inglese.

È sempre più evidente come il diritto dell'immigrazione abbia delle ripercussioni di un certo rilievo anche sul diritto di famiglia dei paesi stranieri. Poiché infatti "*Immigration control is not a neutral ground on which distinct cultural institutions are legitimated within British legal systems*"<sup>191</sup>, il diritto dell'immigrazione diventa una sorta di arena all'interno della quale si manifestano i principali conflitti derivati dal confronto tra i modelli giuridici stranieri con quelli del paese ospitante.

Nel diritto dell'immigrazione inglese, così come in quello italiano o francese, l'istituto islamico della *kafala* non viene menzionato come presupposto al ricongiungimento familiare, in quanto istituto sconosciuto allo stesso. Ciò significa che un *kafil* domiciliato in UK non avrebbe il diritto di far ricongiungere in territorio inglese un minore domiciliato all'estero, a lui legato *sub kafala*.

L'*Immigration rules* sanciscono infatti che, nel diritto inglese, il riconoscimento di adozioni di minori avvenute in un paese straniero dipenda dal fatto che tale paese rientri o meno tra quelli considerati

---

<sup>191</sup> P. SHAH, *Transnational Hindu law adoption: recognition and treatment in Britain*, in *International Journal of Law in Contest*, Vol. 5, n. 2, 2009, p. 107.

“designated countries”<sup>192</sup>, inclusi cioè nella lista addizionale all’*Adoption Act* del 1976, riconfermata dall’*Adoption and Children Act* del 2002.

Tra i paesi esclusi dalla suddetta lista, oltre a tutti quelli del Sud-est asiatico di diritto indù come India, Pakistan e Bangladesh<sup>193</sup>, si annoverano anche la maggior parte dei paesi di diritto islamico quali, ad esempio, Marocco, Tunisia, Iraq e Iran, con la conseguente impossibilità di riconoscimento della *kafala* come adozione.

Tuttavia la parte 8 al *paragraph* 309 (A) disciplina anche l’adozione *de facto*<sup>194</sup>, nell’ambito della quale, se si desse prova del fatto che il legame tra il *makful* e il *kafil* sia realmente esistito, potrebbe essere inclusa la *kafala* islamica.

La norma che regola l’adozione di fatto richiede invero due requisiti indispensabili affinché possa essere considerata come tale,

---

<sup>192</sup> Adoption (Designation of Overseas Adoptions) Order 1973. Commonwealth Countries: Anguilla, Australia, Bahamas, Barbados, Belize, Bermuda Botswana, British Virgin Islands, Canada, Cayman Islands, Cyprus, Dominica, Fiji, Ghana, Gibraltar, Guyana, Hong Kong, Jamaica, Kenya, Lesotho, Malawi, Malaysia, Malta, Mauritius, Montserrat, Namibia, New Zealand, Nigeria, Pitcairn Island, St Christopher and Nevis, St Vincent, Seychelles, Singapore, South Africa, Sri Lanka, Swaziland, Tanzania, Tonga, Trinidad and Tobago, Uganda, Zambia, Zimbabwe. Foreign countries: Austria, Belgium, China (but only where the child was adopted on or after 5 April 1993 and was living in England or Wales on or after 10 July 1995 and will be living in Scotland on or after 10 February 1996 and will be living in Northern Ireland), Denmark (including Greenland and the Faroes), Finland, France (including Reunion, Martinique, Guadeloupe and French Guyana), Germany, Greece, Iceland, The Republic of Ireland, Israel, Italy, Luxembourg, The Netherlands (including the Antilles), Norway, Portugal (including the Azores and Madeira), Spain (including the Balearics and Canary Islands), Surinam, Sweden, Switzerland, Turkey, United States of America, Yugoslavia (but none of the states which make up the former Yugoslavia).

<sup>193</sup> L’esclusione dei paesi del Sud-est asiatico di diritto indiano crea delle difficoltà di riconoscimento nell’ordinamento giuridico britannico anche dell’adozione disciplinata da questi ordinamenti, per un approfondimento si veda P. SHAH, *Transnational Hindu law adoption: recognition and treatment in Britain*, in *International Journal of Law in Contest*, Vol. 5, n. 2, 2009, pp. 107-130.

<sup>194</sup> Immigration rules Part 8 - Family members - paragraph 309 (A). Per un’analisi della versione in vigore dell’Immigration rules si consulti il sito della UK Border Agency all’indirizzo <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/>.

ovvero che i genitori adottivi dimostrino che durante il periodo passato all'estero abbiano:

*“(i) lived together for a minimum of 18 months, of which the 12 months immediately preceding the application for entry clearance must have been spent living together with the child;*

*and*

*(ii) assumed the role of the child’s parents, since the beginning of the 18 month period, so that there has been a genuine transfer of parental responsibility”<sup>195</sup>.*

In presenza di questi due requisiti, i giudici inglesi potrebbero essere in grado di verificare l'effettivo rapporto intercorrente tra *makful* e *kafil*, garantendo pienamente il *best interest* del minore e escludendo qualsiasi rischio di riconoscimento di false adozioni, dietro le quali potrebbe celarsi una possibile tratta di esseri umani.

A ragion di ciò, in una decisione dell'*Asylum and Immigration Tribunal (AIT)*, è stato evidenziato come questa norma che disciplina l'adozione *de facto* *“is probably not intended to facilitate the entry of children by themselves: it is probably intended to ensure that, if a number of members of the family are to come to the United Kingdom together, a child who has been living as a child of the family with the parents for some time is not left behind”<sup>196</sup>.*

Sebbene la *kafala* possa essere equiparata all'adozione *de facto*, in realtà per il *kafil* restano vive delle grosse difficoltà relative all'ottenimento del ricongiungimento con un minore *sub-kafala*.

---

<sup>195</sup> MK (Somalia) & Ors v Entry Clearance Officer & Anor, Court of Appeal - Civil Division, December 19, 2008, EWCA Civ 1453.

<sup>196</sup> MN (Non-recognised adoptions: unlawful discrimination?) India [2007] UKAIT 00015, data notificata il 12 February 2007, paragraphe 13.

Ciò essenzialmente si verifica poiché la maggior parte dei paesi di diritto islamico è esclusa dalla *designated countries list*; sembra inoltre impossibile dimostrare un “*genuine transfer of parental responsibility*” così come richiesto dalla disposizione, poiché ciò implicherebbe una rottura dei rapporti con la famiglia di origine del minore, che invece la *kafala* non presuppone.

Parte della dottrina inglese<sup>197</sup> ha evidenziato il fallimento di queste disposizioni, che non metterebbero in luce un reale intento di apertura del diritto inglese verso i nuovi istituti stranieri, quanto piuttosto una conferma di una politica di immigrazione restrittiva.

Accanto a queste critiche è forse il caso di sottolineare come le difficoltà primarie nascano, secondo il parere di chi scrive, probabilmente a causa del fatto che le normative inglesi sull'adozione siano basate su presupposti culturali differenti rispetto a quelli dei paesi di diritto islamico.

Come nota infatti O'Halloran “*In the UK adoption now exists only as a legal process, delineated and regulated by statute, culminating in proceedings that are judicially determined. Legislation addresses the rights and the obligations of the parties concerned, defines the roles of those mediating bodies with roles in the process, sets out the grounds for making an adoption order and states its effect*”<sup>198</sup>.

Da ciò si evince che l'aspetto chiave dell'istituto dell'adozione, in Inghilterra legato alle disposizioni degli *statutes* e al controllo giudiziario, si sostanzia nel ruolo centrale che ha lo Stato.

---

<sup>197</sup> Cfr. R. MCKEE, *Children*, in David Jackson and George Warr (eds) *Immigration: Law and Practice*, Sweet & Maxwell, London, 2005; P. SHAH, *Transnational Hindu law adoption: recognition and treatment in Britain*, in *International Journal of Law in Contest*, Vol. 5, n. 2, 2009, pp. 107-130.

<sup>198</sup> K. O'HALLORAN, *The Politics of Adoption: International Perspectives on Law, Policy & Practice*, Springer, Dordrecht/London, 2006, p. 8.

I problemi concernenti l'adozione sorgono quando i differenti approcci culturali, come nel caso del diritto islamico, non richiedono una supervisione statale. L'approccio stato-centrico inglese, che regola le adozioni, limita il riconoscimento di quelle ottenute in paesi stranieri che non adottino le stesse misure, con il rischio di cadere nelle ristrettezze *"of Eurocentrism and legal imperialism"*<sup>199</sup>. L'incombere di tale rischio, tuttavia, come rilevato da Shah, non è sfuggito all'attenzione dei giudici, che in una fattispecie riguardante un matrimonio forzato<sup>200</sup> hanno sottolineato come: *"We must be careful to ensure that our understandable concern to protect vulnerable children (or, indeed, vulnerable young adults) does not lead us to interfere inappropriately – and if inappropriately then unjustly – with families merely because they cleave, as this family does, to mores, to cultural beliefs, more or less different from what is familiar to those who view life from a purely Euro-centric perspective"*<sup>201</sup>.

L'istituto della *kafala* pone inoltre delle difficoltà non solo in relazione al ricongiungimento familiare, ma anche in relazione al fatto che una coppia (o un singolo) di religione islamica, residenti in UK, possano desiderare di prendersi cura di un minore abbandonato.

In questo caso la coppia, poiché domiciliata in UK, dovrebbe adeguarsi al diritto inglese che, in linea con i paesi della *Western Legal Tradition* e con i trattati internazionali, presuppone l'adozione come istituto volto alla cura dell'infanzia abbandonata: adozione

---

<sup>199</sup> P. SHAH, *Transnational Hindu law adoption: recognition and treatment in Britain*, in *International Journal of Law in Context*, Vol. 5, n. 2, 2009, p. 113.

<sup>200</sup> NS v. MI 2007, EWHC 1646 (Fam), paragraph 37.

<sup>201</sup> *Ibidem*.

che, come è stato più volte evidenziato nel corso di questo capitolo, è però vietata ai fedeli islamici. Al fine di risolvere questo *empasse* e di concedere anche ai fedeli musulmani domiciliati in UK la possibilità di prendersi cura di un minore abbandonato, nell'*Adoption and Children Act* del 2002 è stato inserito il nuovo istituto della *special guardianship*<sup>202</sup>.

La *special guardianship* sembra infatti riprodurre perfettamente almeno due delle caratteristiche essenziali della *kafala*: lo *special guardian* (il tutore speciale) deve prendersi cura del minore sino al raggiungimento dei diciotto anni dello stesso; il minore non deve interrompere i legami con i genitori naturali, sebbene questi ultimi godano di una capacità di esercizio di responsabilità genitoriale estremamente limitata.

È evidente come questo nuovo istituto risponda perfettamente alle esigenze di tutti coloro i quali pur desiderando offrire una famiglia stabile ad un minore, non possano però adottarlo a causa del divieto imposto loro dalle prescrizioni culturali o religiose.

Questa volontà era stata palesemente espressa nel 2000 dall'allora primo ministro Tony Blair, il quale nel libro bianco, precedente la riforma sulla legge di adozione del 2000, specificava che il nuovo istituto della *special guardianship* era stato ideato, tra i vari motivi, anche perché "*some minority ethnic communities have religious and cultural difficulties with adoption as it is set out in law*"<sup>203</sup>.

L'attenzione posta dal governo inglese alle problematiche di una società multiculturale si evince anche al punto successivo del

---

<sup>202</sup> *Adoption and Children Act*, Section 115.

<sup>203</sup> Department of Health, *Adoption: A New Approach. A White Paper*, Cm 5017, Dicembre 2000 London, par. 5.8.

*White Paper*, ove viene dichiarato che “*in order to meet the needs of these children where adoption is not appropriate, and to modernise the law so it reflects the religious and cultural diversity of our country today, the Government believes there is a case to develop a new legislative option to provide permanence short of legal separation involved in adoption*”<sup>204</sup>.

Tuttavia Menski, un grande comparatista inglese, sottolineando come nella legge non ci sia alcun riferimento diretto alla kafala, e dunque ad un linguaggio che possa specificatamente applicarsi alle famiglie musulmane, si chiede se: “*The State shies away from admitting plurality-conscious awareness, or is this perhaps just technical legal language, trying to keep out of ethnic politics, while working on practical solution?*”<sup>205</sup>.

Sebbene Menski non risponda a questa domanda provocatrice, considerati i presupposti del *White paper*, il cui titolo *Adoption: A New Approach* sembra già essere esplicativo, secondo il parere di chi scrive la scelta di non utilizzare nessun riferimento preciso ad un istituto islamico non è dovuta alla riluttanza ad ammettere l’esistenza di una pluralità di coscienze all’interno del proprio Stato, quanto piuttosto alla volontà di utilizzare un linguaggio tecnico-giuridico, che deve per necessità essere neutro, e di individuare in un nuovo istituto, qual è la *special guardianship*, fino ad allora estraneo al diritto inglese e a quello islamico, il punto di compromesso e di dialogo tra gli stessi.

---

<sup>204</sup> Department of Health, *Adoption: A New Approach. A White Paper*, Cm 5017, Dicembre 2000 London, par. 5.9.

<sup>205</sup> W. MENSKI, *Law, religion and culture in multicultural Britain*, in *Law and Religion in Multicultural Societies*, DJOF Publishing, Copenhagen, 2008, p. 58.

## CAPITOLO III

### La poligamia negli ordinamenti giuridici europei

**Sommario:** 1. *Poligamia v. Monogamia.* - 2. La poligamia nell'ordinamento giuridico italiano. - 3. La poligamia nell'ordinamento giuridico francese. - 4. La poligamia nell'ordinamento giuridico inglese.

#### 1. *Poligamia v. Monogamia*

I maggiori ostacoli incontrati dagli immigrati rispetto all'integrazione con la cultura giuridica del paese di accoglienza nascono prevalentemente nell'ambito della vita familiare e privata, ove permangono e vengono ulteriormente a radicarsi valori e convinzioni personali, nonché tradizioni e principi religiosi appartenenti al proprio paese di origine.

La popolazione immigrata che costituisce una minoranza nel paese ospitante ha bisogno di mantenere vivo il senso della propria identità, soprattutto laddove si senta esclusa o discriminata in rapporto alla società di accoglienza: spesso infatti gli aspetti positivi determinati dal senso di appartenenza alla propria cultura e alla propria religione e tradizione offrono un certo grado di sicurezza e divengono elementi di sostegno nella vita quotidiana.

Nell'ambito del diritto di famiglia possono così sorgere conflitti in merito a culture diverse tra loro, le quali stimolano la riflessione in ambito giuridico.

A tal riguardo, uno degli istituti di diritto di famiglia proveniente da una cultura giuridica diversa da quella europea che ha messo, e mette ancora oggi, in discussione i principi giuridici della *Western Legal tradition* è quello della poligamia<sup>206</sup>, importata in Europa principalmente da soggetti provenienti da paesi di diritto islamico.

L'islam, il suo diritto e la sua civiltà si prestano probabilmente più di altre culture a queste reazioni di rigetto, in ragione della concezione patriarcale che continua a prevalere nell'organizzazione familiare e del mantenimento di istituti come la poligamia e il ripudio, particolarmente incompatibili con i valori dei sistemi laici ed egualitari d'Europa.

La poligamia, in particolare, rappresenta probabilmente "ciò che vi è di più inaccettabile per un ordinamento giuridico europeo"<sup>207</sup>.

Il modello monogamico di matrimonio, la parità tra i coniugi all'interno del rapporto familiare, il rilievo dato alla libera manifestazione del consenso delle parti nella conclusione del contratto matrimoniale, la non rilevanza di impedimenti di carattere religioso, e soprattutto, il principio di uguaglianza uomo-donna costituiscono i principi inderogabili su cui si fonda l'irricevibilità di questo istituto all'interno degli ordinamenti europei<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup>A consentire matrimoni poligamici sono l'Islam, l'Induismo e, in una prima fase, l'Ebraismo.

<sup>207</sup> Così J. DEPREZ, *Droit International privé et conflicts de civilisations. Aspect méthodologiques – Les relations entre système d'Europe occidentale et système islamiques en matière de statut personnel*, in *Recueil de cours de l'Académie de droit internationale* de La Haye, 1988, IV, Dordrecht-Boston-London, pp. 157-158.

<sup>208</sup> M. D'ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. famiglia*, 01, 2004, p. 193.

Il riconoscimento dello straniero poligamo rappresenta un *topos* dell'incontro-scontro fra culture diverse: incontro che si presta facilmente a divenire uno scontro, a causa della tendenza, tipica dei movimenti migratori, a sollecitare "costumi, mentalità collettive, fenomeni di opinione, pregiudizi, fantasmi e terrori che affondano le loro radici nel più profondo dell'inconscio collettivo"<sup>209</sup>: tutti elementi sociologici cui attinge anche la nozione giuridica di ordine pubblico nelle sue varie applicazioni.

L'unione matrimoniale di un uomo con più di donne (poliginia) è sconosciuta alla tradizione occidentale, ove sebbene la forma monogamica non sia di fatto una regola esclusiva delle società occidentali influenzate dal cristianesimo, è proprio da tale dottrina che trae origine l'impedimento dovuto a un precedente matrimonio, laddove uno dei principi fondamentali del diritto matrimoniale<sup>210</sup> è appunto la monogamia.

La poligamia è invece garantita dal Corano, ove alla sura IV, versetto 3 si legge: "*Se temete di non essere equi con gli orfani, sposate allora fra le donne che vi piacciono, due o tre o quattro, e se temete di non essere giusti con loro, una sola*"<sup>211</sup>.

Il celeberrimo versetto che autorizza la poligamia venne infatti rivelato da Dio, subito dopo la cruenta sconfitta subita nel 625 da *Muhannad ad Uhud* ad opera dei Meccani. Una delle infauste conseguenze di tale evento fu l'aumento improvviso del numero di vedove all'interno della piccola comunità musulmana: donne prive

---

<sup>209</sup> Elenco eloquente di J. DEPREZ, *op.cit.*, p. 255.

<sup>210</sup> Va segnalata l'eccezione dei Mormoni che, pur considerandosi Cristiani, ammettono la poligamia.

<sup>211</sup> Corano, Sura IV, vers. 3.

di qualsiasi tutela da parte della società del tempo, poiché questa era riservata solo a coloro che fossero in qualche modo "accasate". "Non sorprende perciò che proprio in una simile occasione sia stato rivelato il versetto - unico e tutt'altro che chiaro - con cui Dio avrebbe potuto autorizzare la poligamia"<sup>212</sup>.

Questo istituto si scontra così con i diritti umani e, in particolar modo, con il principio di uguaglianza uomo-donna che, a partire dal secondo dopo-guerra, negli ordinamenti occidentali, si cerca di tutelare e garantire.

In ambito internazionale viene dato un consenso sempre più crescente alla condanna della poliginia, in quanto violazione del diritto delle donne ad essere libere da ogni forma di discriminazione.

Il Comitato per i Diritti Umani (*Human rights Committee*) dell'ONU ha affermato, ad esempio, nel suo Commento generale 28 del 29 marzo 2000, paragrafo 24, la totale incompatibilità tra la dottrina dei diritti umani e la poligamia: "*Polygamy violates the dignity of women. It is an inadmissible discrimination against women. Consequently, it should be definitely abolished wherever it continues to exist*".

Non solo quindi viene sottolineato come la poligamia sia contraria ai diritti umani poiché lesiva della dignità della donna, ma la posizione del Comitato sembra essere abbastanza eloquente anche nel sottolineare la necessità che tale istituto venga definitivamente abolito.

Si ricordi inoltre, sempre in ambito internazionale, la posizione della Convenzione sull'Eliminazione di ogni forma di

---

<sup>212</sup> Cfr. G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, op. cit., p.19.

Discriminazione Contro le Donne (CEDAW)<sup>213</sup>, che ha rivelato un chiaro impegno nella lotta per l'ottenimento dell'uguaglianza di genere, a partire dall'eliminazione di qualunque forma di discriminazione perpetrata contro le donne, al fine di conseguire la parità di fatto con gli uomini e di garantire ad esse il godimento pieno dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

Nella raccomandazione generale n. 21 della CEDAW sulla parità nel matrimonio e relazioni familiari è stato sancito infatti che: *"Polygamous marriage contravenes a woman's right to equality with men, and can have such serious emotional and financial consequences for her and her dependents that such marriages ought to be discouraged and prohibited. The Committee notes with concern that some States parties, whose constitutions guarantee equal rights, permit polygamous marriage in accordance with personal or customary law. This violates the constitutional rights of women, and breaches the provisions of article 5(a) of the Convention"*.<sup>214</sup>

Analogamente, l'assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa<sup>215</sup>, nella sua risoluzione del 2002, n. 1293 - *Situation of women in Maghreb* - sottolineando come *"religious movements must never place themselves above human rights"* ha stabilito chiaramente che

---

<sup>213</sup> *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* (New York: UN, 1979), 34 UN GAOR Suppl. (No. 21) (A/34/46) at 193, UN Doc. A/Res/34/180 [Women's Convention].

<sup>214</sup> *General Recommendation 21, Equality in Marriage and Family Relations*, UN CEDAWOR, 13th Sess., UN Doc. A/47/38, (1994) paragraph 14. Si veda anche Article 5(a) of the Women's Convention: "States Parties shall take all appropriate measures: (a) To modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women."

<sup>215</sup> Parliamentary Assembly, Resolution n. 1293 (2002), *Situation of women in the Maghreb, Text adopted by the Assembly on 27 June 2002 (23rd Sitting)*.

*“repudiation and polygamy violate the principle of human dignity. Polygamous marriage cannot, thus, be recognised by Council of Europe Member States”.*

Il carattere poligamico del matrimonio musulmano, oltre alle problematiche relative alla tutela del principio di uguaglianza tra uomo e donna, pone anche questioni attinenti il suo riconoscimento negli ordinamenti giuridici occidentali, ai fini del diritto al ricongiungimento familiare e conseguentemente all'unità familiare.

A livello comunitario, una condanna alla poligamia analoga a quella appena illustrata in ambito internazionale traspare nella direttiva del 2003 dell'Unione Europea<sup>216</sup> relativa al diritto al ricongiungimento familiare, ove viene sancito all'undicesimo “considerando” che: “Il diritto al ricongiungimento familiare dovrebbe essere esercitato nel necessario rispetto dei valori e dei principi riconosciuti dagli Stati membri, segnatamente qualora entrino in gioco diritti di donne e di minorenni. Tale rispetto giustifica che alle richieste di ricongiungimento familiare relative a famiglia poligama possono essere contrapposte misure restrittive”<sup>217</sup>.

In relazione invece all'individuazione dei familiari che godono del diritto al ricongiungimento familiare, la direttiva è abbastanza esplicita nell'esprimere il divieto di ammettere su territorio europeo le eventuali altre mogli di un matrimonio poligamico. Nello specifico l'art. 4, comma 4, stabilisce che: “In caso di matrimonio poligamo, se il soggiornante ha già un coniuge convivente sul territorio di uno

---

<sup>216</sup> Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare.

<sup>217</sup> *Ibidem*.

Stato membro, lo Stato membro interessato non autorizza il ricongiungimento familiare di un altro coniuge”<sup>218</sup>.

La poligamia, ancora oggi diffusa in oltre cinquanta paesi nel mondo<sup>219</sup>, ha creato e continua a creare dunque delle difficoltà agli ordinamenti giuridici occidentali, anche se è tuttavia necessario sottolineare come il dibattito si sia aperto anche in alcuni paesi di diritto islamico che, influenzati da un atteggiamento modernista, hanno iniziato a porre delle restrizioni a questo istituto: in particolare Tunisia<sup>220</sup> e Turchia<sup>221</sup> hanno abolito la possibilità di contrarre matrimonio poligamico.

Il Codice tunisino sullo statuto personale del 1956, ad esempio, pur ispirandosi alla dottrina coranica, proibisce in modo assoluto la poligamia poiché, tra le tante interpretazioni del Corano che sono state avanzate, accoglie quella che legge tra le righe del testo sacro un divieto all’istituto<sup>222</sup>.

---

<sup>218</sup> *Ibidem*.

<sup>219</sup> Tra i principali: Afghanistan, Algeria, Angola, Arabia Saudita, Bahrein, Bangladesh, Benin, Birmania, Burkina Faso, Cambogia, Camerun, Repubblica centrafricana, Comore, Congo, Egitto, Emirati Arabi Uniti, Gabon, Gambia, Guinea equatoriale, Indonesia, Iran, Iraq, Giordania, Kenya, Kuwait, Laos, Libano, Liberia, Libia, Mali, Mauritania, Marocco, Nigeria, Pakistan, Qatar, Senegal, Somalia, Sudan, Sri Lanka, Siria, Tanzania, Ciad, Togo.

<sup>220</sup> L’articolo 18 del Libro primo dedicato al matrimonio del Codice dello statuto personale tunisino entrato in vigore nel lontano 13 agosto 1956 sancisce che: “La poligamia è vietata. Chiunque sia legato in matrimonio e ne abbia contratto un secondo prima della dissoluzione del precedente sarà passibile di incarcerazione per un anno e di un’ammenda pari a 240.000 franchi oppure di una sola delle suddette pene anche nel caso in cui il nuovo matrimonio non sia stato contratto in maniera conforme alla legge”.

<sup>221</sup> La Turchia già dal 1926.

<sup>222</sup> Per un approfondimento si veda J.N.D. ANDERSON, *The Tunisian law of personal Status*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.7, No.2, 1958, pp. 265 e ss.

In effetti Dio, nonostante abbia concesso agli uomini la possibilità di avere sino a quattro mogli, suggerisce loro, nel caso in cui abbiano timore di non essere equi con esse, di sposarne soltanto una, come si legge alla Sura 4, versetto 129: “non potrete mai essere equi con le vostre mogli, anche se lo desiderate”<sup>223</sup>. L’esercizio della poligamia è dunque sottoposto a una condizione che Dio stesso dichiara non realizzabile: se ne deduce che il matrimonio poligamico è nella normalità dei casi virtualmente proibito.

I diversi legislatori fanno leva su questa diversa interpretazione del testo coranico al fine di introdurre misure di dissuasione e di controllo più o meno penetranti circa la conclusione dei matrimoni poligamici<sup>224</sup>: accettata quest’ultima interpretazione, ad esempio, il legislatore tunisino, assumendo quale criterio chiave quello economico, ha sposato l’idea modernista sostenendo che, in un sistema economico-sociale come quello moderno, sia impossibile garantire la parità di trattamento a tutte le mogli, facendo così venire meno il presupposto centrale sul quale si basa la dottrina coranica.

In Tunisia, più che altrove, si è vissuto e si continua a vivere molto aspramente il conflitto tra chi sostiene la modernizzazione del Paese tramite l’avvicinamento graduale alle culture occidentali e chi, invece, cerca di non recidere le radici con il proprio retroterra islamico.

Il Codice dello statuto personale tunisino è riuscito a trasformare l’idea di famiglia patriarcale nell’idea di famiglia intesa come unità coniugale all’interno della quale i legami tra coniugi e tra

---

<sup>223</sup> Corano, Sura IV, vers. 129.

<sup>224</sup> R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le leggi di famiglia dei Paesi arabi del Nord Africa*, Torino, Fondazione Giovanni Agnelli, 1997, p.16.

genitori e figli svolgono un ruolo fondamentale; ha inoltre conferito alle donne maggiori diritti abolendo non solo la poligamia ma anche il diritto del marito a ripudiare la moglie; ha concesso, infine, alle donne non solo la possibilità di richiedere il divorzio, bensì anche quella di vedere garantiti i diritti di custodia dei figli.

Per Habib Bourguiba, leader della lotta per l'indipendenza del suo paese, fondatore della Tunisia moderna nonché primo Presidente della Repubblica tunisina, l'emancipazione della donna ha rappresentato il punto di partenza, la *conditio sine qua non*, per l'emancipazione della società tunisina.

Anche in Turchia, con il Codice del 1926, che ha sostituito il sistema ottomano, sono stati vietati sia la poligamia che il ripudio unilaterale.

L'unica differenza tra il Codice tunisino e quello turco risiede nel fatto che il primo si pone in continuità con la legge islamica fornendone una nuova interpretazione, mentre il secondo nasce all'insegna della piena laicità.

Anche in molti altri paesi, tra i quali Siria, Marocco, Iran, Iraq, Egitto, Yemen, Algeria, Pakistan e Singapore, sono state introdotte severe restrizioni al matrimonio poligamico in virtù della nuova interpretazione del Corano<sup>225</sup>.

La legge irachena del 1959, ad esempio, all'articolo 3 comma 4, stabilisce che un uomo non possa sposare più di una moglie senza previa autorizzazione del giudice, che viene concessa solo qualora vengano rispettate alcune condizioni, una delle quali richiede che

---

<sup>225</sup> Si vedano EL ALAMI DAWOUD S., *The Marriage contract in Islamic law in the Shariah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, (London: Graham and Trotman,1992), p.129; K. GUPTA, *Polygamy - Law reform in modern Muslim states: A study in comparative law*", in *International and Comparative Law Quarterly*,1992, p.114.

esso sia in condizione economica di garantire un equo trattamento tra le mogli<sup>226</sup>.

La legge dello Yemen del Sud è più puntuale ed enumera in modo tassativo i casi in cui l'uomo può contrarre un nuovo matrimonio: sterilità della prima moglie o una sua malattia cronica o contagiosa<sup>227</sup>.

Similmente la legge somala<sup>228</sup> prevede come giustificazione ad un eventuale, nuovo matrimonio anche l'assenza o la detenzione della moglie e aggiunge inoltre che l'autorizzazione può essere concessa in presenza di una non meglio definita "necessità socio-ambientale", rilevata da persone autorizzate dal Ministero della giustizia e degli affari religiosi<sup>229</sup>.

Il Codice marocchino del 1958 ha vietato la poligamia ogni qualvolta ci possa essere il sospetto di una disparità di trattamento.

Recentemente, per la precisione nel 2004, è stata riformata anche la legge della famiglia e dell'eredità del Marocco (*la Moudawana*).

Con questa riforma la poligamia è innanzitutto vietata dall'art. 40 in due casi: laddove si preveda una situazione d'ingiustizia tra le spose (in sede di stesura dell'atto di matrimonio) e laddove la sposa abbia ottenuto dallo sposo l'impegno a non prendere un'altra

---

<sup>226</sup> Iraqi Law of Personal Status 1959, Art. 3, comma 4: "4- Marrying more than one woman is not allowed except with the authorization of the *qadi* (judge). Granting this authorization is dependant on the fulfilment of the following two conditions: a- The husband should have the financial capacity to provide for more than one wife; b- There is a legitimate interest.

<sup>227</sup> Art. 11 del Personal Status Act 1992 (no. 20/1992).

<sup>228</sup> R. SACCO, *Le grandi linee del sistema giuridico somalo*, Giuffrè, Milano, 1985, p.160.

<sup>229</sup> Art. 13 del Family Code 1975 (no. 23/75).

moglie<sup>230</sup>. La poligamia cessa inoltre di essere un “affare privato” poiché può essere autorizzata solo dal tribunale. Un marito che desidera prendere in sposa una seconda moglie deve indirizzare la richiesta di autorizzazione al tribunale menzionando i motivi che la giustificano e va ad essa allegata una dichiarazione relativa alla condizione del richiedente e ai suoi obblighi finanziari (risorse sufficienti a mantenere le due famiglie e garantire tutti i diritti, tra cui il vitto, l'alloggio e la parità di opportunità in tutti gli ambiti della vita, così come stabilito dall'art. 41<sup>231</sup>). La poligamia secondo l'art. 42<sup>232</sup> è, infine, autorizzata solo se la sposa non ha preventivamente preteso dallo sposo la rinuncia ad essa.

L'Egitto, fin dagli anni venti, è stato protagonista di un acceso dibattito riguardo la necessità di una riforma della poligamia: vari tentativi di legiferare in materia sono falliti nel 1929, nel 1940 e nei primi anni cinquanta. La legge n. 25 del 1929 non prevedeva alcun rimedio per la moglie sposata in matrimonio poligamico, a meno che non dimostrasse un trattamento iniquo da parte del marito rispetto alle altre mogli.

---

<sup>230</sup> Code de la famille, Bulletin Officiel n° 5358 du 2 ramadan 1426 ( 6 octobre 2005), Art. 40: “La polygamie est interdite lorsqu’une injustice est à craindre envers les épouses. Elle est également interdite lorsqu’il existe une condition de l’épouse en vertu de laquelle l’époux s’engage à ne pas lui adjoindre une autre épouse”.

<sup>231</sup> Code de la famille, Bulletin Officiel n° 5358 du 2 ramadan 1426 ( 6 octobre 2005), art. 41: “Le tribunal n’autorise pas la polygamie dans les cas suivants: - lorsque sa justification objective et son caractère exceptionnel n’ont pas été établis; - lorsque le demandeur ne dispose pas de ressources suffisantes pour pourvoir aux besoins des deux foyers et leur assurer équitablement, l’entretien, le logement et les autres exigences de la vie”.

<sup>232</sup> Code de la famille, Bulletin Officiel n° 5358 du 2 ramadan 1426 ( 6 octobre 2005), art. 42: “En l'absence de condition par laquelle l’époux s’engage à renoncer à la polygamie, celui-ci doit, s'il envisage de prendre une autre épouse, présenter au tribunal une demande d’autorisation à cet effet. La demande doit indiquer les motifs objectifs et exceptionnels justifiant la polygamie et doit être assortie d’une déclaration sur la situation matérielle du demandeur”.

Sulla falsariga della legislazione marocchina, con la riforma del 1985 (Legge n. 100 del 1985) viene inserito nella legge del 1929, insieme ad altri, l'articolo 11 bis, che autorizza la moglie a chiedere direttamente il divorzio qualora riuscisse a dimostrare di patire un danno materiale o morale tale da impedirle la continuazione della vita comune, danno che potrebbe essere rappresentato quindi anche dal nuovo matrimonio del marito. La poligamia dunque rimane vigente nonostante venga concessa alla prima moglie la possibilità di divorzio.

Anche l'Algeria ammette la poligamia<sup>233</sup>, purché ve ne sia motivo legittimo, ne ricorrano i requisiti e l'uomo intenda praticare la giustizia tra le mogli. Il matrimonio è concluso solo dopo che ne siano state informate sia la moglie precedente che quella successiva: ciascuna di esse potrà agire in giudizio contro il marito in caso di dolo e chiedere il divorzio nel caso in cui non siano disposte ad avallare il matrimonio poligamico.

Pakistan e Bangladesh, che sono oggetto d'indagine poiché interessate da forti emigrazioni verso la Gran Bretagna, regolano entrambi la poligamia con la "section 6" della "Muslim Family Law Ordinance"<sup>234</sup>, che permette l'istituto pur nel rispetto di alcune limitazioni: è necessario che il marito dimostri una solida posizione economica così da poter mantenere con giustizia tutte le mogli ed è necessario che la richiesta per l'autorizzazione alle seconde nozze venga accompagnata da una motivazione valida.

---

<sup>233</sup> Code de la famille algérien del 9 giugno 1984.

<sup>234</sup> Legge introdotta dal governo britannico prima dell'indipendenza ottenuta dai due paesi, avvenuta il 26 marzo 1971.

Da queste premesse si può dedurre come il dibattito sia ad oggi aperto, poiché è evidente come nel mondo islamico si faccia sempre più viva una certa attitudine al cambiamento e sarà interessante, al riguardo, scoprire come in Europa gli ordinamenti giuridici occidentali stiano gestendo le problematiche derivate da un tale stato di cose.

## **2. La poligamia nell'ordinamento giuridico italiano**

La necessità di un confronto tra l'ordinamento giuridico italiano e l'istituto della poligamia, contrastante con i principi etici e religiosi che costituiscono il fondamento dello Stato italiano, si è fatta stringente in tempi piuttosto recenti rispetto a quanto già verificatosi in Inghilterra e in Francia, probabilmente perché l'immigrazione di massa è in Italia un fenomeno recente.

Soltanto sul finire degli anni '80, infatti, visto il progressivo aumento del numero di immigrati provenienti da Paesi in cui vige il diritto di famiglia musulmano e visto l'intensificarsi dei matrimoni misti, i giudici italiani si sono trovati a dirimere qualche controversia relativa alla poligamia, poiché "nonostante la diversa percezione sociale, il fenomeno migratorio di nuclei poligamici risulta a tutt'oggi poco presente nella aule dei nostri tribunali"<sup>235</sup>.

La capacità matrimoniale e le altre condizioni necessarie a contrarre matrimonio sono regolate, in via generale, dal diritto

---

<sup>235</sup> Cfr. C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. Dir. int. priv. Proc.*, I, 2008, p. 50.

nazionale degli interessati, così come sancito dagli artt. 27 e 28 della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (l. 31 maggio 1995 n. 218).

In particolare, l'art. 28 stabilisce che: "il matrimonio è valido quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo in cui è celebrato, o dalla legge nazionale di almeno uno dei due coniugi al momento della celebrazione o, infine, dallo Stato di comune residenza in tale momento".

Il criterio generale per la disciplina dei rapporti personali e patrimoniali tra coniugi è inoltre la "legge nazionale comune", che nel caso degli immigrati è solitamente quella del paese di provenienza; se invece si è in presenza di un matrimonio misto, i rapporti personali sono regolati dalla legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata<sup>236</sup>.

In base a queste disposizioni, il giudice italiano potrebbe convalidare un matrimonio poligamico in Italia. Bisogna tuttavia ricordare che la norma straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari ai principi di ordine pubblico: l'art. 16 della l. n. 218 del 1995<sup>237</sup> stabilisce infatti testualmente che "la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico. In tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento

---

<sup>236</sup> Art. 29 della l. 31 maggio 1995 n. 218.

<sup>237</sup> L'art. 16 della l. 31 maggio 1995 n. 218 abroga l'art. 31 disp. Prel. c.c.. A differenza dell'abrogato art. 31 disp. prel. c.c. che negava gli effetti nel territorio dello Stato italiano non solo alle leggi di uno Stato estero, ma anche ai suoi atti, nonché agli ordinamenti ed agli atti di qualunque istituzione o ente (oltre alle private disposizioni e convenzioni) qualora fossero stati contrari all'ordine pubblico ed al buon costume. L'attuale art. 16 della legge di riforma si occupa solo della contrarietà degli effetti della legge straniera all'ordine pubblico, omettendo di accostare alla nozione di ordine pubblico quella di "buon costume", nella convinzione che solo il primo rappresenti un limite dell'applicabilità della legge straniera. Cfr. N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, pp. 227 ss.

eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa, in mancanza si applica la legge italiana”.

L’unione poligamica risulterebbe contraria all’ordine pubblico nel nostro ordinamento giuridico in relazione, in primo luogo, all’uguaglianza tra uomo e donna, espressamente iscritta nell’art. 29 c.2 della Costituzione, per il quale “il matrimonio è ordinato all’uguaglianza morale e giuridica dei coniugi”, in secondo luogo con lo specifico divieto contenuto nell’art. 556 c.p., che la punisce come reato<sup>238</sup>.

Le più delicate ipotesi di conflitto tra il diritto islamico e quello italiano sono determinate soprattutto dalla natura potenzialmente poligamica del matrimonio tra stranieri appartenenti ad uno Stato islamico o tra un cittadino di un paese con diritto musulmano e un cittadino italiano: in relazione ai matrimoni poligamici conclusi all’estero, per l’ordinamento italiano sarà valido soltanto il primo.

Il giudice italiano potrà infatti non riconoscere gli effetti giuridici dei successivi matrimoni, seppur validi all’estero, ricorrendo all’eccezione di contrarietà dell’ordine pubblico italiano.

Già dal 1988 il Consiglio di Stato ha chiarito che il matrimonio celebrato secondo il rito islamico non è di per sé contrario all’ordine pubblico, in quanto a dette nozze il diritto islamico collega fini di natura ed entità non dissimili a quelli propri del medesimo negozio concluso secondo la legge del nostro ordinamento; esso pertanto è trascrivibile, salvo si verifichi in concreto “che non sussista tra gli sposi un impedimento che la legge civile italiana consideri

---

<sup>238</sup> Cfr. A. GALOPPINI, *Il ricongiungimento familiare e poligamia* in *Dir. Famiglia e delle persone*, n. 2, 2000, p.741.

inderogabile”<sup>239</sup>: in tal caso avrà effetto giuridico in Italia soltanto il primo matrimonio, celebrato con rito islamico in un Paese ove la poligamia è legittima.

In relazione ai matrimoni misti, con una circolare del 1987 il Ministero di Grazia e Giustizia<sup>240</sup> ha inoltre invitato gli ufficiali di stato civile a trascrivere il matrimonio islamico celebrato in un altro paese, disposizione che è stata confermata nel 2001 dalla Circolare MIACEL per la quale “è trascrivibile il primo matrimonio celebrato secondo il rito islamico tra un cittadino italiano e un cittadino di religione islamica”<sup>241</sup>.

Se invece lo straniero musulmano, già sposato all'estero o in Italia, desiderasse concludere in Italia un altro matrimonio con una cittadina di un paese di diritto islamico, questo non potrebbe aver luogo e sarebbe considerato nullo, in mancanza del requisito della libertà di stato richiesta dall'art. 86 c.c. che impone, come è noto, che “non può contrarre matrimonio chi è vincolato da un matrimonio precedente”.

La stessa disposizione vale in caso di un matrimonio misto tra una cittadina italiana e uno straniero musulmano già sposato, tuttavia nel caso in cui la seconda moglie italiana fosse in buona fede, l'unione produrrebbe i soli effetti del matrimonio putativo, così come previsti dagli artt. 128, 129 c.c. .

Qualora, inoltre, il marito già coniugato con una cittadina italiana sposasse un'altra donna nel suo paese di appartenenza e

---

<sup>239</sup> Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza, 7 giugno 1988 e 7 febbraio 1989.

<sup>240</sup> Circolare n. 1/54/FG/3 (86) 1395 del 4 febbraio 1987.

<sup>241</sup> Circolare del Ministero dell'Interno, Amministrazione Centrale Enti Locali (MIACEL) del 26 marzo 2001, n.2.

chiedesse il riconoscimento degli effetti di tale unione in Italia, il secondo matrimonio non produrrebbe alcun effetto nell'ordinamento giuridico italiano. In questo caso, però, la prima moglie cittadina italiana potrebbe chiedere il divorzio immediato in base all'art. 3, comma 2 lett. e l. n. 898 del 1970<sup>242</sup>, che dispone che "lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandato da uno dei coniugi se (...) l'altro coniuge, cittadino straniero (...) ha contratto all'estero nuovo matrimonio".

Riassumendo, il giudice italiano è sempre stato coerente in relazione alla "questione poligamia", riconoscendo effetti giuridici solamente al primo matrimonio, sebbene celebrato all'estero in un Paese di origine islamica.

Si può tuttavia rilevare, negli ultimi anni, probabilmente sulla scia dell'orientamento prevalente nell'esperienza giuridica di altri Paesi europei<sup>243</sup>, una cauta apertura in alcune pronunce giurisprudenziali, limitatamente ad alcuni effetti giuridici del matrimonio poligamico contratto all'estero, come ad esempio quelli successori.

Nel 1996 la Corte di Cassazione italiana ha sancito infatti, in relazione ai diritti successori scaturenti da un'unione poligamica, come: "la circostanza che la legge islamica consenta la poligamia e preveda l'istituto del ripudio non impedisce (...) che la cittadina somala, la quale abbia contratto con un italiano matrimonio celebrato in Somalia secondo le forme previste dalla *lex loci*, faccia valere dinanzi al giudice italiano i diritti successori derivanti dal

---

<sup>242</sup> Legge 1 dicembre del 1970 n. 898, disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio.

<sup>243</sup> Si vedano paragrafi successivi: la poligamia nell'ordinamento giuridico francese, la poligamia nell'ordinamento giuridico inglese.

matrimonio medesimo, (...) atteso che nella specie tali norme non assumevano alcun rilievo, né diretto né indiretto, ai fini della pretesa azionata”<sup>244</sup>. La Suprema Corte, difatti, riconoscendo la validità di un matrimonio contratto secondo la legge somala, ha ritenuto irrilevante, limitatamente alla sua efficacia ai fini successori di uno dei coniugi e più in particolare di quello debole, la contrarietà all’ordine pubblico derivata dalla natura potenzialmente poligamica e dalla risolubilità unilaterale del matrimonio islamico.

Più controversa è invece la questione relativa alla poligamia come presupposto per il ricongiungimento familiare.

A questo riguardo merita di essere citato il primo caso giurisprudenziale sollevato ai giudici italiani sul finire degli anni ottanta: un cittadino marocchino residente in Italia, Lehesen Boudiz, aveva chiesto il permesso di soggiorno per le sue due mogli, con le quali era sposato rispettivamente da 2 e da 22 anni e dalle quali aveva avuto 11 figli. Quando le due donne lo raggiunsero e si presentarono alla Questura di Bologna per regolarizzare la propria posizione riguardo al soggiorno in Italia, non solo si videro negato il permesso, ma venne anche notificato loro un invito ad allontanarsi dal territorio nazionale, in quanto la loro condizione di coniugi di un unico cittadino marocchino contrastavano, a giudizio dell’Autorità di Pubblica Sicurezza, con i principi dell’ordine pubblico italiano.

Le due donne presentarono entrambe ricorso al T.A.R. emiliano che, con ordinanza del 10 gennaio 1989, disponeva la sospensiva a causa dei “profili di gravità e irreparabilità sotto l’aspetto sociale, economico e familiare”.

---

<sup>244</sup> Cassazione civ., sez. I, 2 marzo 1999, n. 1739, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1458.

Nel frattempo le due donne regolarizzarono la loro posizione ottenendo entrambe il permesso di soggiorno, ma una a titolo di ricongiungimento familiare, l'altra a titolo differente.

Cinque anni più tardi il TAR dell'Emilia Romagna, mediante la decisione di merito del 14 dicembre 1994<sup>245</sup>, stabilì che il ricongiungimento familiare delle due mogli fosse illegittimo per contrarietà della poligamia all'ordine pubblico, come già era stato rivelato in una circolare del Ministero dell'Interno del 1988<sup>246</sup> nella quale, in presenza di matrimoni poligamici in contrasto con le norme inderogabili di ordine pubblico, veniva vietato il rilascio dei permessi di soggiorno per l'unità familiare.

Tale pronuncia stabilì quindi l'inammissibilità del ricongiungimento familiare alle ulteriori mogli dello straniero poligamo regolarmente residente sul territorio italiano per contrasto dell'istituto della poligamia con i principi di ordine pubblico.

Nel 1998 il legislatore è intervenuto con l'emanazione del Testo Unico sull'immigrazione, il cui art. 29 comma I, lett. a) prevede che uno straniero possa chiedere il ricongiungimento familiare del "coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni".

Poiché non è stata fornita dal legislatore la definizione di "coniuge", questa è stata rimessa all'interprete, il quale ha considerato coniuge dello straniero colui che ad esso è unito mediante un matrimonio valido.

---

<sup>245</sup> In *Gli stranieri*, 1995, II, p. 58 ss., nota di I. FUSIELLO, *Poligamia e ricongiungimento familiare*.

<sup>246</sup> Si tratta della circolare n. 599/443/1512756/A16/88 del 1° ottobre 1988, il cui testo è riprodotto da F. PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 1, 1993, p. 79.

Sia che si tratti la questione con un approccio pubblicistico, qualora le nozioni impiegate dal legislatore italiano siano ricostruite alla luce del diritto italiano, o con un approccio internazional-privatistico, cadendo in una norma di applicazione necessaria quale l'art. 86 c.c. che obbliga a ripristinare il matrimonio come monogamico, soltanto la prima moglie potrà vantare lo *status* di coniuge.

Entrambi gli approcci sostanzialmente ricostruiscono la concezione monogamica del matrimonio, con la conseguente esclusione delle altre mogli.

Sebbene il ricongiungimento familiare non sia possibile per le mogli successive alla prima, i giudici italiani hanno previsto la tutela di tale diritto collegato però al rapporto di filiazione.

Lo stesso art. 29 comma 1 lett. b del testo unico del 1998 prevede infatti il diritto al ricongiungimento dei "figli minori, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, non coniugati, a condizione che l'altro genitore, qualora esistente, abbia dato il suo consenso".

Se possono vantare diritto al ricongiungimento i figli naturali, è lecito pensare che analogo diritto possano vantare i figli nati dal matrimonio del padre con un'altra donna, seconda moglie di un matrimonio poligamico conclusosi nel Paese di origine.

In riferimento invece all'art. 29 comma 5 del testo unico "è consentito l'ingresso, per ricongiungimento al figlio minore regolarmente soggiornante in Italia, del genitore naturale che dimostri, entro un anno dall'ingresso in Italia, il possesso dei requisiti di disponibilità di alloggio e di reddito".

Questa disposizione è finalizzata a garantire al minore un'adeguata vita familiare mediante il rapporto con entrambi i genitori, in nome dell'interesse superiore dello stesso.

In questo modo, tuttavia, potrebbe aprirsi la strada all'ingresso in Italia anche della seconda moglie, desiderosa di ricongiungersi ai propri figli: si potrebbe parlare di ipotesi di ricongiungimento «a rovescio», tra figlio minore e madre naturale, che pure non avrebbe titolo per ricongiungersi in Italia al marito.

Un esempio, a tale riguardo, può essere rappresentato dalla decisione della Corte d'Appello di Torino<sup>247</sup>: il caso riguardava un cittadino marocchino residente in Italia con due mogli e i rispettivi due figli. L'istanza presentata dall'uomo di autorizzare la seconda moglie a restare in Italia viene respinta dal Tribunale per i minorenni di Torino, che sottolinea come l'ammissione del ricongiungimento familiare in base all'art. 29 del testo unico comporterebbe, in questo caso, il riconoscimento di una situazione di poligamia, contraria ai principi dell'ordinamento italiano.

Il marito e la seconda moglie propongono ricorso contro il decreto, che viene accolto dalla Corte d'Appello di Torino (decreto 18 aprile 2001) in base alla previsione dell'art. 31 comma 3 del testo unico, per il quale «per gravi motivi connessi con lo sviluppo

---

<sup>247</sup> Corte App. Torino, 18 aprile 2001: "Ai sensi e per gli effetti degli art. 29 l. n. 40 del 1998 e 31 d.lgs. n. 286 del 1998, va consentita al coniuge extracomunitario di un cittadino anch'esso extracomunitario (di sesso maschile), munito di regolare permesso di soggiorno, svolgente in Italia un'attività lavorativa ed in condizioni familiari, abitative, economiche e sociali positive, di permanere in Italia allo scopo di consentire alla madre la prosecuzione delle cure parentali prodigate al figlio minore comune e rivelatesi d'esito felice, non rilevando in contrario che il marito, contratto legittimo matrimonio poligamico (bigamico) nella propria terra d'origine, viva in Italia anche con l'altra moglie: la permanenza in Italia della madre va, infatti, consentita non allo scopo di omologare un'unione matrimoniale poligamica, ma allo scopo di tutelare il primario e poziore diritto del minore a non essere separato, senza adeguato motivo, da uno dei genitori".

psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, (si) può autorizzare la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del testo unico». Certo tale autorizzazione convaliderebbe una situazione poligamica, se concessa ai sensi dell'art. 29 "per consentire ad un coniuge di ricongiungersi all'altro coniuge in una situazione di famiglia poligamica", ma nel caso di specie l'autorizzazione viene concessa nell'interesse del figlio minore, al fine di garantirgli la vicinanza del genitore, indipendentemente dal fatto che questo sia o meno sposato, in regime monogamico o poligamico, con l'altro genitore dello stesso.

L'autorizzazione è, quindi, finalizzata a tutelare non una relazione coniugale, in ipotesi contraria ai principi dell'ordinamento italiano, ma a garantire il diritto di un minore all'unità familiare. La seconda moglie viene così autorizzata all'ingresso, per assicurare il *best interest* del minore, come tra l'altro disposto dallo stesso testo unico (art. 28 comma 3) e dalla convenzione sui diritti del fanciullo (art. 3).

Sulla stessa linea è ascrivibile l'ordinanza<sup>248</sup> del Tribunale di Bologna nella quale è stata definita la posizione in Italia di un nucleo

---

<sup>248</sup> Trib. Bologna, ord. del 12/3/2003. Il ricorrente lamentava il diniego da parte dell'Ambasciata italiana a Riad del nulla osta per la richiesta di ricongiungimento con la propria madre, per asserita violazione dell'art. 28 T.U. immigrazione. L'ambasciata aveva negato il visto per il ricongiungimento familiare in quanto in precedenza aveva già concesso un visto per ricongiungimento a favore della prima moglie del genitore (anch'esso titolare di un nulla osta dal 2002), ricongiuntasi, però, con un altro figlio. Il visto di ingresso era dunque stato negato perché la permanenza nel territorio italiano della madre del ricorrente avrebbe determinato un caso di poligamia seppur in via "indiretta", essendo già presente nel territorio italiano la prima moglie del marito della donna. Il tribunale di Bologna dopo aver rilevato la sussistenza dei requisiti formali per godere del diritto al ricongiungimento, ha ritenuto che non sussistesse il reato di bigamia ex art. 556 c.p., né una violazione della legge italiana o dell'ordine pubblico.

familiare “poligamico”, costituitosi legittimamente all’estero sulla base delle norme dell’ordinamento marocchino. Nel caso di specie il Tribunale ha dichiarato illegittimo il provvedimento di diniego di autorizzazione all’ingresso e ha così consentito il ricongiungimento alla donna sulla base della legittima richiesta al ricongiungimento presentata dal figlio, pur essendo quest’ultima “seconda moglie” e pur essendo già presente sul territorio italiano anche la prima moglie del padre del ricorrente.

Tuttavia, forse per l’eccessiva apertura mostrata dai giudici italiani, il legislatore è intervenuto in modo definitivo con la legge n. 94 del 15 luglio 2009<sup>249</sup> - il cosiddetto “pacchetto sicurezza”- che ha modificato, tra gli altri, l’art. 29 del T.U. sull’immigrazione, rimodulando alcuni aspetti delle procedure per il ricongiungimento familiare.

All’art. 29, dopo il comma 1-bis, è stato inserito il comma 1-ter<sup>250</sup> che, qualora il familiare per il quale si richiede il ricongiungimento sia coniugato con cittadino straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale, non consente il ricongiungimento per i coniugi e i genitori a carico.

Si tratta quindi di due ipotesi distinte, che possono essere così schematizzate:

a) lo straniero residente in Italia non può richiedere il visto a favore di un coniuge qualora abbia già un altro coniuge residente su territorio italiano;

---

<sup>249</sup> Legge del 15 luglio 2009, n. 94, Disposizioni in materia di sicurezza pubblica.

<sup>250</sup> Così l’art. 29, comma 1-ter del TU sull’immigrazione, inserito dalla Legge 15 luglio 2009, n. 94: “Non è consentito il ricongiungimento dei familiari di cui alle lettere a) e d) del comma 1, quando il familiare di cui si chiede il ricongiungimento è coniugato con un cittadino straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale”.

b) lo straniero residente in Italia non può richiedere il visto a favore di un genitore a carico qualora l'altro genitore abbia in Italia un altro coniuge.

La disposizione è rivolta essenzialmente ad evitare il ricongiungimento familiare in caso di matrimoni poligami.

Viene sancito il divieto assoluto di ricongiungimento per la seconda moglie sia nel caso di richiesta diretta, ovvero quella presentata dal coniuge già residente in Italia con la prima moglie, sia nel caso di richiesta indiretta, ovvero quella presentata da un figlio per la madre coniugata con un cittadino straniero regolarmente soggiornante in Italia con altro coniuge.

Si sottolinea come la determinazione del rapporto di coniugio o di parentela, nel caso di richiesta di visto per ricongiungimento familiare, costituisca un requisito soggettivo il cui accertamento spetta alla rappresentanza diplomatico-consolare. In tale ottica, in presenza di richieste di visto presentate da "coniugi" o "genitori a carico" di cittadini stranieri residenti in Italia, le autorità diplomatico-consolari dovranno accertare, sulla base della eventuale documentazione locale o della verifica degli atti in proprio possesso, che il richiedente il visto non sia coniugato con un cittadino straniero residente in Italia che abbia precedentemente richiesto ed ottenuto un visto per ricongiungimento familiare a favore di altro coniuge.

In caso affermativo, e in assenza di una formale sentenza di divorzio dal coniuge precedentemente autorizzato, emessa dal competente Tribunale italiano o straniero, rappresentanze in indirizzo dovranno, prima di formulare il diniego al rilascio del visto, procedere a richiedere alla Questura competente di verificare

se risulti ancora regolarmente residente in Italia il coniuge al quale sia stato rilasciato il primo visto per ricongiungimento familiare.

Il legislatore italiano ha così chiarito la sua posizione riguardo la poligamia, vietandola in modo assoluto.

Molteplici le reazioni a riguardo: secondo alcuni questo divieto esplicito non cambierebbe di fatto la situazione; secondo altri invece, con questo divieto, che coinvolgerebbe un numero elevato di famiglie, verrebbe meno la tutela di quelle donne che sono anche mogli di un matrimonio non riconosciuto.

Di fatto, in Italia, in sede ufficiale nessun rappresentante delle comunità nella Consulta islamica ha messo sul tavolo la questione del riconoscimento delle unioni poligamiche, anche se a più riprese i membri dell'UCOII (Unione delle comunità e organizzazioni islamiche d'Italia) hanno chiesto il riconoscimento della possibilità per un musulmano di contrarre matrimonio in moschea senza che questo abbia alcun valore giuridico, come a evidenziare la presa di coscienza del fatto che nonostante la poligamia non possa essere legalmente riconosciuta in Italia, di fatto esista.

### 3. La poligamia nell'ordinamento giuridico francese

Fin dal secondo dopoguerra l'istituto coranico della poligamia ha certamente rappresentato per la Francia una grande sfida: in nessuna epoca esso è stato infatti praticato nella società francese nutrita, sotto il profilo religioso, da principi giudaico-cristiani e, sotto il profilo giuridico, da principi di uguaglianza e laicità.

Se all'inizio degli anni '70 gli immigrati in Francia provenivano principalmente dai Paesi del Maghreb, negli anni successivi, in particolare dall'inizio degli anni '90 in poi, i lavoratori stranieri giungevano soprattutto dall'Africa sub-sahariana, dove la poligamia è molto diffusa: non è infatti un caso che oggi almeno l'80% delle famiglie poligame presenti in Francia siano originarie di questi paesi.

Per questa ragione non bisogna stupirsi né del fatto che il governo francese sia stato più aperto rispetto all'accettazione di tale istituto fino dagli anni '90 e che abbia cambiato tendenza nell'arco di quest'ultimo ventennio, né del fatto che tutt'oggi s'interroggi su questa delicata questione<sup>251</sup>.

Il tema presenta, infatti, delle grandi difficoltà riguardo al bilanciamento di fondamentali principi costituzionali: da un lato, il rispetto della vita privata familiare e delle appartenenze culturali e religiose; dall'altro, il rispetto dei diritti fondamentali della persona, quali quelli di uguaglianza e dignità.

---

<sup>251</sup> Cfr. V. FEDERICO, *La Francia si interroga sulla poligamia*, in *Dir. Imm. Citt.*, Agosto 2010, pp. 371-375.

Il diritto di eguaglianza, nell'accezione di eguaglianza tra uomo e donna, è proclamato nel Preambolo della Costituzione del 1946; il diritto alla dignità umana entra invece espressamente nell'ordinamento nel 1994, quando il *Conseil Constitutionnel*<sup>252</sup> afferma come principio di valore costituzionale "la salvaguardia della dignità della persona umana contro ogni forma di asservimento e di degradazione".

Al contempo, trova protezione costituzionale la famiglia cui "la Nazione assicura le condizioni necessarie allo sviluppo"<sup>253</sup> e il "diritto di vivere in famiglia", esplicitamente riconosciuto dal *Conseil Constitutionnel*<sup>254</sup> come diritto fondamentale dell'individuo.

La patria dell'universalismo repubblicano dei diritti, nell'ambito della quale le differenze in base alla razza, alla religione o all'etnia sono irrilevanti nella sfera pubblica e il cui modello di integrazione degli stranieri è l'assimilazionismo, in realtà è assai più sensibile di quanto si possa credere nei riguardi della valorizzazione delle differenze, tranne nel caso in cui, come afferma il *Conseil*, non si attenti "ai principi costituzionali di indivisibilità della Repubblica, di eguaglianza davanti alla legge e di unicità del popolo francese"<sup>255</sup>.

L'articolo 147 del *Code Civil* vieta di contrarre un secondo matrimonio se i legami con il primo non sono stati interrotti: un matrimonio poligamico non potrà così essere pronunciato sul territorio francese, qualsiasi sia la nazionalità degli sposi.

---

<sup>252</sup> Sentenza n. 94-343/344 del 27 luglio 1994.

<sup>253</sup> Cfr. V. FEDERICO, *op. cit.*, p. 371.

<sup>254</sup> Sentenza n. 93-325 del 13 agosto 1993.

<sup>255</sup> Sentenza n. 99-411 del 16 giugno 1999.

L'art. 188 del *Code Civil* prevede inoltre che "*l'époux, au préjudice duquel a été contracté un second mariage, peut en demander la nullité, du vivant même de l'époux qui était engagé avec lui*" e l'art.184 che questa nullità potrà essere richiesta da "*soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public*".

In materia penale, la bigamia è un reato sanzionato con una pena di un anno di detenzione e un'ammenda di 45.000 euro, sia per colui che ha contratto il matrimonio, sia per l'ufficiale di stato civile che l'ha pronunciato <sup>256</sup>.

*Quid iuris* è cercare di capire se la legge nazionale francese possa o meno riconoscere il valore legale ad un matrimonio poligamico costituitosi in un Paese ove ciò sia lecito e se un cittadino straniero, residente in Francia, possa chiedere il ricongiungimento familiare con la seconda o la terza moglie.

In relazione al primo quesito la giurisprudenza francese ha risposto in modo fermo e coerente.

Nel celebre *affaire Chemouni* del 1958 la *Cour de Cassation*, fermo restando in Francia il divieto delle unioni poligamiche, ha accolto la domanda di alimenti avanzata per sé e per i propri figli dalla seconda moglie tunisina di un cittadino tunisino, riconoscendo così gli effetti in Francia di un matrimonio poligamico validamente contratto all'estero. Con questa sentenza, "pietra miliare nel sistema francese di diritto internazionale"<sup>257</sup>, la giurisprudenza ha formulato

---

<sup>256</sup> L'articolo 433-20 du Code pénal sancisce: "le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du premier, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende".

<sup>257</sup> L. DI GAETANO, *I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica*, in *Giust. Civ.*, 1999, 10, p. 2695.

un principio generale che costituisce il punto di partenza per l'elaborazione della teoria dell'ordine pubblico. Dal momento che il secondo matrimonio di un uomo e una seconda sposa è stato celebrato “*sans fraude*” all'estero e in conformità al proprio statuto personale, che autorizza la poligamia, la sua validità può essere riconosciuta nell'ordine giuridico francese.

Il diritto internazionale privato valuta infatti che il contrasto tra una norma straniera e l'ordine pubblico internazionale francese venga valutato con più o meno rigore, a seconda che si tratti di invocare diritti in Francia, e di ottenere così un nuovo statuto nell'ordine giuridico francese, o solamente di riconoscere sul territorio francese una situazione già acquisita all'estero<sup>258</sup>. In quest'ultimo caso, l'ordine pubblico francese è ridotto o attenuato. Si può così opporre l'eccezione all'applicazione dell'ordine pubblico alla ricezione in Francia della situazione valevolmente costituita all'estero: si tratta della cosiddetta “teoria dell'effetto attenuato dell'ordine francese”.

L'applicazione di questa teoria ad una famiglia poligamica formatasi regolarmente in un paese di diritto islamico consente l'acquisizione di diritti in Francia a vantaggio della seconda (o della successiva) sposa: la *Cour de Cassation* oltre ad aver così riconosciuto alla seconda sposa il diritto ad un sussidio alimentare del quale il marito le era debitore a titolo del suo contributo alle spese della vita

---

<sup>258</sup>Nella sentenza del 17aprile 1953, la *Cour de Cassation* sancisce che “ *la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la meme suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français*”. Per un approfondimento della teoria dell'effetto attenuato dell'ordine pubblico si veda in dottrina H. BATTIFOL e P. LAGARDE, *Droit International privé*, VII édition, t. I, Paris, 1981, pp. 306 e ss.

familiare<sup>259</sup>, allo stesso modo ha ammesso che la seconda sposa di un uomo di nazionalità straniera poligamo potesse pretendere dalla legge successoria francese<sup>260</sup>, così come i figli legittimi, i diritti riconosciuti al coniuge vivente.

La problematica riguardante la divisione del diritto alla pensione in qualità di vedove tra le due spose è stata regolarmente sottomessa ai giudici ed è in questa occasione che la *Cour de Cassation* è venuta a completare il regime dell'effetto attenuato dell'ordine pubblico internazionale francese. La *Cour* ha sancito infatti che il versamento della pensione di reversibilità debba essere diviso tra le due spose del defunto, con la riserva che entrambe le due donne siano originarie di un paese musulmano<sup>261</sup>. Bisogna tuttavia precisare che i diritti previsti a titolo di sicurezza sociale non sono garantiti alla seconda sposa: solo una delle mogli potrà infatti ottenerli, e in particolare, o quella che li ha domandati per prima o, nel caso in cui le altre risiedano all'estero<sup>262</sup>, quella che vive in Francia.

In definitiva i giudici francesi hanno selezionato solo le conseguenze dell'unione poligamica accettabili rispetto al proprio sistema giuridico.

---

<sup>259</sup> Cass. civ (1ère sect.), 28 janvier 1958 et 19 février 1963, aff. *Chemouni*, in B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, Paris, 2006, n°30-31.

<sup>260</sup> Cass. civ. 1ère, 3 janvier 1980, aff. *Beneddouche*, in *Les grands arrêts de la jurisprudence française*, op. cit., n° 61.

<sup>261</sup> Cass. civ 1ère, 22 avril 1986, *Revue critique de droit international privé* 1987, p. 374, con nota di P. COURBE; Cass. civ. 2ème, 14 février 2007.

<sup>262</sup> Cass. civ. 8 mars 1990, *Revue critique de droit international privé* 1991, p. 694, con nota di J. DEPREZ.

Per riassumere, l'orientamento consolidato esclude gli effetti personali della poligamia (ad esempio l'obbligo di coabitazione, la potestà maritale - quando questa esisteva anche in Francia - sulle mogli successive alla prima, l'obbligo di fedeltà del marito all'interno del gruppo coniugale) e ne limita gli effetti ai rapporti patrimoniali (diritto di ciascuna moglie al mantenimento nei confronti del marito, al risarcimento del danno per morte di lui, ad una parte della pensione di reversibilità, ecc.).

Restano invece di difficile risoluzione i problemi posti dal matrimonio poligamico nel quale una delle spose sia di nazionalità francese, quindi legata ad uno statuto personale monogamico: in questo caso l'eccezione dell'ordine pubblico internazionale francese ritrova la sua forza.

La *Cour de Cassation* ha infatti giudicato che: *“la conception française de l'ordre public international s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise des effets à l'encontre de celle-ci”*<sup>263</sup>.

Si tratta così di proteggere la donna francese da conseguenze pregiudicabili il suo status, le quali risulterebbero nello spazio di applicazione della teoria dell'effetto attenuato dell'ordine pubblico.

La nazionalità francese di una delle due spose coinvolte crea con l'ordine giuridico francese un ricollegamento sufficientemente forte affinché i giudici possano interporre l'ordine pubblico internazionale francese, allorché la localizzazione straniera della seconda unione poligamica avrebbe dovuto permetterne il riconoscimento in Francia.

---

<sup>263</sup> Cass. civ. 1ère, 6 juillet 1988, aff. *Baaziz*.

Sotto questo profilo è apparsa criticabile la sentenza del 1983 il cui la *Cour d'Appel de Paris*, chiamata a pronunciarsi su un caso di matrimonio poligamico contratto in patria da un algerino con una connazionale, in costanza di un matrimonio precedentemente celebrato in Francia con una cittadina francese, ha attribuito i diritti successori alla seconda moglie, algerina, in concorso con la prima moglie, francese, del *de cuius* algerino.

Questa decisione ha destato scalpore ed è stata considerata come una "deriva del diritto interno", contaminato da una "indifferenza crescente verso la struttura tradizionale della famiglia" e poiché la vocazione ereditaria è ancora subordinata all'esistenza del vincolo matrimoniale, la prima moglie, francese, non avrebbe dovuto essere pregiudicata dal secondo matrimonio del marito algerino.

In relazione invece alla seconda problematica, riguardante il riconoscimento del matrimonio poligamico come presupposto per il ricongiungimento familiare, la giurisprudenza francese non ha avuto un atteggiamento costante negli anni.

Nel 1980 il *Conseil d'État*<sup>264</sup> ha concesso la carta di residenza alla seconda moglie di un cittadino del Benin - carta che le era stata precedentemente negata dal Prefetto per contrarietà all'ordine pubblico - stabilendo che non si potesse rifiutare la concessione di una carta di residenza per il solo fatto dell'esistenza di un matrimonio poligamico. Secondo il giudice amministrativo francese la qualità di coniuge legittimo, ai fini del ricongiungimento familiare con uno straniero regolarmente residente in Francia, deve essere

---

<sup>264</sup> Conseil d'Etat 11 luglio 1980, *Revue critique de droit int. privé* 1981, 658, con nota di BISCHOFF.

accertata in base alla legge personale dei richiedenti: se questa prevede la poligamia, le mogli successive alla prima (e i rispettivi figli) avranno il diritto a ricongiungersi con il marito in Francia in virtù del “diritto a condurre una vita familiare normale”<sup>265</sup>.

Tuttavia, secondo una prassi amministrativa allora già consolidata, la poligamia, pur non ostacolando il ricongiungimento familiare, precludeva comunque l’acquisto della cittadinanza francese per naturalizzazione o per reintegrazione, in quanto segno manifesto di un “*défaut d’assimilation*”<sup>266</sup> ritenendo così “inopportuno consentire a degli stranieri poligami di acquistare la cittadinanza francese e di far così coesistere all’interno di uno stesso ordinamento giuridico due modelli di organizzazione familiare così opposti”<sup>267</sup>.

La prassi amministrativa è stata poi rafforzata da una successiva giurisprudenza, che ha sancito il rifiuto della cittadinanza anche a quei matrimoni solo potenzialmente poligamici, ovvero a quei matrimoni ancora monogami ma costituitisi in Paesi ove la poligamia era consentita.

A partire dagli anni '90, come già precedentemente si è accennato, a causa del consistente aumento dei flussi migratori questa tendenza ha subito un arresto. In particolare il legislatore francese, preoccupato dalla necessità di attuare una politica di

---

<sup>265</sup> Per un’analisi di questa sentenza, si veda C. CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell’esperienza giuridica dell’Occidente europeo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, p. 867.; cfr. anche F. PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia mussulmano in Francia e in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 1993, p.93.

<sup>266</sup> È necessario sottolineare come le domande di naturalizzazione degli stranieri poligami siano inammissibili in virtù dell’art. 21-4, modificato dalla legge n.93-933 del 22 luglio 1993, sulla base del *défaut d’assimilation* alla comunità francese.

<sup>267</sup> Cfr. P. LAGARDE, nota in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1990, p. 678, il quale commenta positivamente tale prassi amministrativa, approvata dal Conseil d’État nella sent. 11 marzo 1988.

contenimento e restrizione dell'immigrazione e pressato dalle associazioni nazionali femministe che rivendicavano l'autonomia e l'uguaglianza fra i sessi, ha vietato la poligamia in Francia con l'emanazione della legge del 24 agosto 1993<sup>268</sup>, conosciuta anche come "legge Pasqua"<sup>269</sup>.

In virtù della nuova legislazione adottata lo stato di poligamia diviene un ostacolo insormontabile all'ingresso e al mantenimento nel territorio francese della seconda sposa.

Il nuovo art. 15 *bis* precisa che la carta di residente non può essere concessa allo straniero "*qui vit en état de polygamie*", nonché ai suoi congiunti<sup>270</sup>, e nel caso in cui gli sia stata concessa verrà revocata.

Il nuovo art. 30 vieta invece il ricongiungimento familiare poligamico: "*Lorsqu'un étranger polygame réside sur le territoire français avec un premier conjoint, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordé à un autre conjoint. Sauf si cet autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants ne bénéficient pas non plus du regroupement familial*".

---

<sup>268</sup> Che ha modificato l'Ordonnance n. 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers.

<sup>269</sup> Le leggi chiamate Pasqua-Debré sono tre leggi francesi adottate rispettivamente nel 1986 (Governo Chirac II - Ministro dell'interno Charles Pasqua), nel 1993 (Governo Balladur -Ministro dell'interno Charles Pasqua) e nel 1997 (Governo Juppé II -M inistro dell'interno Jean-Louis Debré) con lo scopo di regolare l'immigrazione. Il nome ad esso assegnato si riferisce al Ministro dell'interno allora in funzione.

<sup>270</sup> L'art 15 è stato nel 2005 inserito nel CESEDA all'art. 314-5<sup>270</sup> che sancisce come: "par dérogation aux dispositions des articles L 314-8 à L 314-12, la carte de résident ne peut être délivrée à un ressortissant étranger qui vit en état de polygamie, ni aux conjoints d'un tel ressortissant. Une carte de résident délivrée en méconnaissance de ces dispositions doit être retirée".

Come stabilito da tale articolo viene dunque vietato il ricongiungimento familiare non solo alla seconda moglie, ma anche ai figli avuti dalla stessa, i quali potranno beneficiare di tale diritto solo qualora questa sia defunta o decaduta dai suoi diritti genitoriali.

Non essendo la legge Pasqua retroattiva, i permessi concessi prima del 1993 sono stati considerati validi, ma il loro rinnovo non è stato più considerato automatico.

A questo riguardo la circolare del ministero degli interni LIB/ETRB/RF/S del 25 aprile del 2000 ha precisato le modalità di rinnovo dei permessi e, in particolare, ha stabilito che alla prima moglie (la prima che abbia beneficiato del ricongiungimento familiare, non necessariamente la prima sposata nel Paese di origine dal lavoratore straniero) il titolo di soggiorno possa essere rinnovato automaticamente.

Allo straniero poligamo e alle altre consorti viene al contrario attribuito un permesso temporaneo con autorizzazione al lavoro, allo scadere del quale è possibile ottenere un nuovo permesso di soggiorno, qualora gli interessati dimostrino di essere in una delle seguenti situazioni di de-coabitazione:

- nel caso in cui si dia prova di un atto giuridico attestante che il regime matrimoniale sia stato modificato in un senso comparabile ad un regime monogamico;

- nel caso di rientro nel Paese di origine dei membri "eccedenti";

- nel caso in cui si dia prova dello scioglimento di fatto del *ménage* poligamico, comprovando l'esistenza di domicili distinti<sup>271</sup>.

Il rinnovo dei titoli di soggiorno è stato condizionato dal progressivo scioglimento delle unioni poligamiche.

La questione è apparsa tuttavia alquanto delicata: da un lato, vi era la volontà precisa di scoraggiare i *ménage* poligamici, dall'altro invece prendeva corpo l'esigenza di rispettare la vita familiare di persone presenti sul territorio francese da molti anni<sup>272</sup>.

Come si vede, la legge del 1993 esprime un'accurata chiusura rispetto ad ogni manifestazione di convivenza poligamica sul suolo francese, ove è certamente ravvisabile una linea difensiva del modello di famiglia monogamico la quale, anche se è bassa la frequenza statistica del problema, rappresenta un'orgogliosa riaffermazione di identità nazionale.

Secondo i dati della *Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme de l'Assemblée Nationale*, incaricata nel 2005 di pronunciarsi sulla questione della poligamia, esistono in Francia tra le 16.000 e le 20.000 famiglie poligamiche<sup>273</sup>. Le stime parlano di un massimo di 180.000 persone coinvolte in rapporti caratterizzati dalla poligamia<sup>274</sup>.

---

<sup>271</sup> Per favorire l'indipendenza delle donne che decidessero di abbandonare il *ménage* poligamico, la circolare ministeriale DPM/AC/14/2001/358 del 10 giugno 2001 stabilisce l'affidamento sociale e la messa a disposizione di abitazioni sociali.

<sup>272</sup> In questa circostanza bisogna ricordare che queste persone sebbene non siano regolarizzabili, allo stesso tempo non possono essere espulse in virtù dell'art. 521.2 del CESEDA che vieta l'espulsione di stranieri presenti sul territorio francese da più di 15 anni.

<sup>273</sup> *Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme de l'Assemblée Nationale, Etude et propositions sur la polygamie en France*, testo adottato in Assemblea plenaria il 9 marzo 2006, p.56, rintracciabile sul sito: [www.cncdh.fr](http://www.cncdh.fr).

<sup>274</sup> *Ibidem*

In rapporto alla popolazione francese, è solo lo 0,3% della popolazione<sup>275</sup>, ma la concentrazione delle famiglie poligamiche in alcuni quartieri-ghetto rende la presenza di queste un fenomeno potenzialmente esplosivo.

Il problema rimane indubbiamente aperto, perché è innegabile che il solo divieto di poligamia non sia sufficiente a far sì che questa in Francia possa scomparire all'improvviso.

Se è vero che non esiste più possibilità d'ingresso, attraverso le vie ufficiali e legali, per le famiglie poligame, è anche vero che è più difficile controllare gli ingressi di coloro che penetrano in Francia con un visto turistico Schengen e lì rimangono anche dopo la scadenza dello stesso, così come è altrettanto difficile controllare gli ingressi clandestini.

Vi sono così donne e minori appartenenti a *ménage* poligamici, che rimangono nella clandestinità e che si ritrovano in una condizione di vulnerabilità e di non tutela giuridica.

Oltre a ciò, la legge del 1995 sebbene sia stata per alcune donne un'occasione di liberazione da una condizione di oppressione familiare, è stata però sentita dalla maggior parte delle famiglie come una forte ingerenza da parte dello Stato: l'aspetto retroattivo di questa disposizione ha infatti avuto specifici riflessi sulla conduzione della propria vita privata.

Per tutte queste famiglie vi è stata così l'urgenza di comprovare la de-coabitazione al fine di ottenere il titolo di soggiorno regolare, per mezzo di soluzioni a volte radicali o comunque particolarmente brusche.

---

<sup>275</sup> *Ibidem.*

Come mostra ad esempio uno studio effettuato nel 2006 dalla Commissione Nazionale Consultiva dei Diritti dell'Uomo sulla poligamia in Francia<sup>276</sup>, spesso il marito ha deciso di continuare ad abitare insieme a una sola moglie e a tutti i figli, rimandando nel Paese di origine le spose non desiderate con l'inevitabile insorgere di conseguenze negative: da un lato, la rottura dei legami tra le madri naturali e i propri figli e dall'altro la responsabilità, che ricade sulla sola sposa rimasta, di crescere e accudire l'insieme, spesso numeroso, dei minori.

Un altro problema di cui si è dovuto tener conto è stato quello sorto intorno al caso di famiglie proprietarie del proprio appartamento: le spose che erano *co-propiétarie* del bene comune e che accettavano di de-coabitare esigevano evidentemente la loro parte, con l'infelice conseguenza in ragione della quale l'unica possibilità per ottenerla era quella di vendere la casa.

Per concludere, il governo francese ha favorito il processo di uscita dal regime matrimoniale poligamico favorendo l'autonomia delle spose, realizzabile solo con la de-coabitazione. Ma rendere effettiva la coabitazione significa anche aiutare queste donne a esercitare le proprie responsabilità genitoriali e favorire l'integrazione attraverso degli strumenti di formazione e di facilitazione dell'accesso all'impiego.

In questo quadro s'inserisce la circolare relativa all'alloggio delle donne de-coabitanti da *ménage* poligami, nella quale il

---

<sup>276</sup> Commission National Consultative Des Droits de l'Homme (CNCDH), Etude et propositions: la polygamie en France, (texte adopté en assemblée plénière le 9 mars 2006), [http://www.cncdh.fr/IMG/pdf/Etudes\\_et\\_propositions\\_sur\\_la\\_polygamie.pdf](http://www.cncdh.fr/IMG/pdf/Etudes_et_propositions_sur_la_polygamie.pdf).

Ministero dell'impiego, del lavoro e della coesione sociale<sup>277</sup> sollecita i prefetti a mettere in opera delle misure al fine di favorire questo nuovo e complesso approccio.

#### 4. La poligamia nell'ordinamento giuridico inglese

Il giudice inglese è stato il primo in Europa a confrontarsi con l'istituto della poligamia nel celebre *leading case* del 1866 *Hyde v. Hyde*<sup>278</sup>.

Come è noto, il caso riguardava un'azione di divorzio intentata per adulterio e bigamia da un cittadino inglese contro la moglie.

I signori Hyde si erano sposati a Salt Lake City nel 1853 secondo il rito della Chiesa mormone, che ammetteva le unioni poligamiche. Ma tre anni dopo il Sign. Hyde lasciò la moglie e fu scomunicato dalla chiesa mormone, che concesse a quest'ultima la possibilità di risposarsi. Al momento delle nuove nozze della Sign.ra Hyde, il suo ex coniuge, spinto dalla gelosia, decise di adire la Corte inglese per chiedere la dissoluzione del matrimonio ricorrendo all'adulterio e alla poligamia.

Il principio posto dal giudice a fondamento della propria decisione fu una pronuncia d'incompetenza dei tribunali inglesi in ordine ai matrimoni poligamici, derivata dalla famosa definizione di matrimonio riconosciuto data a quei tempi in Inghilterra da Lord

---

<sup>277</sup> Si veda il dossier *Pour sortir de la polygamie*, 2002, Ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, al link <http://www.social.gouv.fr>.

<sup>278</sup> *Hyde v. Hyde* (1866) L.R. 1P. &M.130.

Penzance: “*Marriage is the voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others. The matrimonial machinery of the English court will not be applied to a marriage not within this definition*”<sup>279</sup>.

Il carattere monogamico o poligamico di un’unione viene così determinato in base alla *lex loci celebrationis*, conseguentemente il matrimonio può essere considerato monogamico se il Paese in cui viene celebrato non ammette la poligamia, viceversa può essere considerato poligamico se invece la ammette.

Nel caso in cui si verifici quest’ultima ipotesi, in base al principio enunciato nel caso *Hyde v. Hyde*, la Corte inglese deve dichiarare la propria incompetenza su cause riguardanti matrimoni poligamici.

Tuttavia nel 1946, con il caso *Baindail v. Baindail*<sup>280</sup>, viene per la prima volta considerato valido un matrimonio potenzialmente poligamico laddove venga a costituire un impedimento alla celebrazione di un secondo matrimonio.

Nel caso di specie una donna inglese, la sign.ra Lawson, dopo aver sposato il sign. Baindal, di origini indiane, scoprì qualche tempo dopo che questi era già legato ad un’altra donna, anch’essa indiana, con la quale aveva anche un figlio, tramite un rituale Hindu concluso nel proprio paese di origine. La sig.ra Lawson, venuta a conoscenza del primo matrimonio del marito, adì la Corte per chiedere l’annullamento del proprio matrimonio per bigamia; dal canto suo, il sign. Baindal citò in sua difesa numerosi casi che

---

<sup>279</sup> Questa definizione di matrimonio “it has been describe as the classic, famous and even hallowed definition of marriage”, così R. PROBERT, *Hyde v. Hyde: defining or defending marriage?*, in *Child and Family law Quarterly*, vol. 19, n. 3, 2007, p. 322.

<sup>280</sup> *Baindail v. Baindail* (1946) P 122.

indicavano come i matrimoni poligamici o potenzialmente tali non venissero considerati come matrimoni secondo il diritto inglese e che, di conseguenza, secondo la concezione di matrimonio inglese, lui avrebbe potuto essere considerato un uomo celibe.

In merito a questo caso la Court of Appeal ha affermato che “*a polygamous marriage will be recognized as valid in England for certain purposes. Thus it constitutes a bar to a subsequent monogamous marriage by one of the parties*”, considerando così “*null and void*” il secondo matrimonio contratto in Inghilterra.

Tuttavia, a distanza di cento anni dal famoso *leading case* *Hide v. Hyde*, il diritto inglese ha voluto in parte superare la propria ostilità nei confronti della poligamia e ha provveduto, qualora un matrimonio poligamico si trasformi in un matrimonio monogamico, al riconoscimento di alcuni suoi effetti.

Questa tendenza all'assimilazione è stata ribadita nel corso degli anni '60 in numerose sentenze<sup>281</sup>, tramite le quali i giudici inglesi si sono pronunciati su “questioni attinenti matrimoni poligamici, per individuare i fattori che possano operare la conversione del matrimonio da poligamico in monogamico”<sup>282</sup>: i giudici inglesi possono infatti ritenersi competenti a conoscere della causa sulla quale sono chiamati a pronunciarsi, solo se il matrimonio potenzialmente poligamico si converte in monogamico.

---

<sup>281</sup> *Ali v. Ali* (1965) 2 W.L.R. 620, *Cheni v. Cheni* (1965) P 85 1962 WL 22395 (PDAD), *Shahmaz v. Rizwan* (1965) 1 QB 390, *Parkasho v. Singh* (1968) P 233.

<sup>282</sup> L. DI GAETANO, *I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica*, in *Giust. civ.*, n. 10, 1999, p. 2704.

Finalmente nel 1972 la *Law Commission*<sup>283</sup> ha deciso di intervenire al fine di porre rimedio all'ormai paradossale situazione venutasi a creare a seguito dell'applicazione della regola del 1866: è stato così emanato nel 1972 il *Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act*, successivamente ripreso dal *Matrimonial Causes Act* del 1973, modificato nel 1995 dal *Private International Law Act*<sup>284</sup>, ove viene stabilito che le Corti del Regno Unito, qualora si debbano riconoscere gli effetti giuridici di un matrimonio contratto "*under a law which permits polygamy*"<sup>285</sup>, sono competenti a decidere anche le cause matrimoniali aventi ad oggetto unioni poligamiche.

In tal modo il MCA ha avuto "*the effect to abolishing the rule in Hyde v. Hyde (1866), so that, the matrimonial law of England now applies to cases of actual polygamy*"<sup>286</sup>.

L'art. 47 del MCA apre uno spiraglio al riconoscimento dei possibili effetti giuridici di un matrimonio poligamico, che tuttavia deve essere stato necessariamente celebrato, prima dell'ingresso dei congiunti in Inghilterra, in un paese in cui la poligamia sia ammessa.

All'art. 11 (d)<sup>287</sup> si legge infatti come un matrimonio celebrato in Gran Bretagna, con una forma potenziale o reale di poligamia, venga

---

<sup>283</sup> La *Law Commission*, istituita dal *Law Commission Act* del 1965, è, come la *Scottish Law Commission*, una commissione permanente deputata alla promozione di riforme legislative: essa è costituita da un giudice che la presiede e da quattro membri nominati dal *Lord Chancellor*.

<sup>284</sup> Abbr. PILA.

<sup>285</sup> L'art. 47 (1) del *Matrimonial Causes Act* sancisce che: "*A court in England and Wales shall not be precluded from granting matrimonial relief or making a declaration concerning the validity of a marriage by reason only that the marriage in question was entered into under a law which permits polygamy*".

<sup>286</sup> A. MAYSS, *Principles of conflict of laws*, Cavendish Publishing Limited, London, third edition, 1999, p. 202.

ritenuto nullo dal diritto inglese, a prescindere dalla nazionalità dei coniugi.

In questo modo viene ribadito il principio che stabilisce come la validità formale del matrimonio sia regolata dalla *lex loci celebrationis* e come il diritto inglese desideri mantenere un controllo sul diritto personale di coloro che risiedono in UK.

Su questa linea rigida si inserisce l'*Immigration Act* del 1988<sup>288</sup>, statuto finalizzato a regolarizzare il fenomeno migratorio in UK, che ha vietato il *right of abode*<sup>289</sup> alla seconda moglie di uno straniero regolarmente residente in UK, qualora sia stata già ammessa un'altra moglie che lì risieda.

Attraverso una politica di restrizione dell'immigrazione, il diritto inglese ha continuato a controllare e vietare l'istituto della poligamia.

Le disposizioni chiave del IA<sup>290</sup> del 1988, riguardante le mogli di un'unione poligamica, sono rintracciabili nella *section 2*<sup>291</sup>.

---

<sup>287</sup> L'art. 11 (d) del Matrimonial Causes Act stabilisce che: "A marriage celebrated after 31st July 1971 shall be void on the following grounds only, that is to say (...) (d) in the case of a polygamous marriage entered into outside England and Wales, that either party was at the time of the marriage domiciled in England and Wales".

<sup>288</sup> Che abroga the *Immigration Act* del 1971, è rintracciabile al sito: <http://www.statutelaw.gov.uk>.

<sup>289</sup> *The right of abode*, letteralmente traducibile come diritto di dimora.

<sup>290</sup> Abbr. *Immigration Act* 1988.

<sup>291</sup> La *section 2 (2)* dell' *Immigration Act* 1988 sancisce che: "A woman to whom this section applies shall not be entitled to enter the United Kingdom in the exercise of the right of abode mentioned in subsection (1) (a) above or to be granted a certificate of entitlement in respect of that right if there is another woman living (whether or not one to whom this section applies) who is the wife or widow of the husband and who:  
-a) is, or at any time since her marriage to the husband has been, in the United Kingdom;  
-b) has been granted a certificate of entitlement in respect of the right of abode mentioned in subsection (1)(a) above or an entry clearance to enter the United Kingdom as the wife of the husband."

Ad una donna A, che dovrebbe acquisire il diritto di ingresso in UK in virtù del proprio matrimonio con un uomo residente in UK, viene negato questo diritto qualora già un'altra donna B, moglie o vedova dello stesso uomo, viva in UK.

Il nuovo *Act* prevede quindi che ad A sia vietato di esercitare il proprio diritto qualora B viva in UK, nonostante il marito possa non essere più in vita; al contrario potrebbe esercitarlo, qualora B si trovasse in UK come turista, clandestina o con un permesso temporaneo di soggiorno<sup>292</sup>.

La situazione si complica qualora siano nati dei figli dal matrimonio tra A e il marito residente in UK, figli che essendo cittadini britannici godono del diritto di dimora in UK.

In questo contesto sembra interessante l'analisi di un importante *immigration case*, *R. v. Secretary of State for the Home Department ex p Laily Begum*<sup>293</sup>, relativo ad una vedova del Bangladesh che lasciò alla morte del marito quattro figli in UK. Considerato che la vedova era la seconda moglie, le fu rifiutato il diritto di ingresso in UK come diretta conseguenza dell'IA 1998, sebbene i suoi quattro figli, essendo di nazionalità inglese, fossero in possesso del passaporto britannico.

La donna fu così costretta a farli prendere in cura da autorità locali finalizzate alla tutela dei minori abbandonati. A distanza di due anni e mezzo dalla morte del marito, la donna riuscì a

---

<sup>292</sup> Per un'analisi più approfondita dell'*Immigration Act 1988*, si veda P. SHAH, *Legal pluralism in conflict: coping with cultural diversity in law*, Glasshouse press, London, 2005, p.112.

<sup>293</sup> *R. v. Secretary of State for the Home Department ex p Laily Begum*, (1996) Imm AR 582.

raggiungere il Regno Unito e a inoltrare l'istanza di asilo, che però le fu negata poiché era entrata con un visto americano falso.

Le venne tuttavia concesso di vivere per un breve periodo in UK insieme ai figli, fino al momento in cui avrebbero dovuto lasciare il paese per continuare la loro vita in Bangladesh. La situazione si complicò però quando, ai tempi dell'udienza, uno dei suoi figli divenne maggiorenne e altri due dichiararono di aver sofferto di seri problemi emozionali per il fatto di non essere stati cresciuti dalla madre: in questa situazione il *Secretary of State* ritenne che il migliore interesse dei minori fosse quello di darli in affidamento alle autorità locali competenti in UK e di separarli dalla madre.

Questo caso mostra come i giudici abbiano accettato la restrittiva linea politica intrapresa dal governo, in relazione alla quale una madre può essere allontanata dall'UK, con la conseguente disgregazione della famiglia, sebbene i minori siano cittadini inglesi: i giudici inglesi hanno dato dunque maggiore rilievo alle norme sulla poligamia rispetto a quelle del rapporto di filiazione.

Inoltre, come ha sottolineato Shah<sup>294</sup>, nessuno ha argomentato il fatto che la donna non avesse mai potuto vivere insieme ai propri figli, proprio perché le era stato negato il diritto di dimora in UK a causa della sua unione poligamica. Shah<sup>295</sup> ravvede inoltre in questo caso la differenza tra gli standard di protezione del minore e del diritto all'unità familiare applicati in materia di diritto di famiglia e in materia di immigrazione, indubbiamente più ampi nel primo ambito e più ristretti nel secondo.

---

<sup>294</sup> Cfr. P. SHAH, *Legal pluralism in conflict*, op. cit., p.113.

<sup>295</sup> *Ivi*, p.115.

Sembra dunque che, in particolare a partire dal 1988, il diritto inglese abbia disegnato una linea dura nei confronti della poligamia, proibendo in Inghilterra la costituzione di più di un matrimonio, riconoscendo in rari casi gli effetti giuridici di un matrimonio costituito in un paese ove la poligamia è consentita e vietando, in maniera preventiva, l'ingresso alle seconde mogli.

Per concludere, sembra tuttavia opportuno analizzare lo studio affrontato da Menski<sup>296</sup> sul processo di adattamento delle varie comunità etniche al diritto inglese e ai suoi precetti in relazione al matrimonio. In particolare Menski individua quattro possibili fasi di adattamento.

Nella prima fase, gli immigrati tendono ad ignorare il diritto del nuovo paese ospitante<sup>297</sup> e si trovano all'oscuro di tutto ciò che è formalmente richiesto al fine di creare un valido matrimonio in UK; continuando così a seguire le proprie tradizioni religiose e le proprie pratiche culturali, essi contraggono matrimoni nel proprio paese di origine o non registrano il proprio matrimonio in Inghilterra.

Un caso in grado di testimoniare tale situazione è *Chief Adjudication Officer v. Bath* (2000), importante per il diritto inglese per l'applicazione dell'antico principio dell'*equity*.

Nel caso di specie una giovane coppia di sikh, ignara del diritto inglese, aveva solennizzato il proprio matrimonio religioso nel 1950, presumendo che questo avesse valore legale, sebbene non avessero

---

<sup>296</sup> W. MENSKI, *Law, religion and culture in multicultural Britain*, in *Law and Religion in Multicultural Societies*, DJOF Publishing, Copenhagen, 2008, pp 43 e ss.

<sup>297</sup> W. MENSKI sottolinea come le statistiche indicano che al meno il 27% di tutti i matrimoni musulmani in Inghilterra non sono stati ufficialmente registrati sotto la normativa inglese. La causa di ciò, nonostante le diverse ragioni, è da ritrovare essenzialmente nell'ignoranza del diritto e nella mancanza di consapevolezza, *op. cit.*, p. 46.

fatto alcun tipo di registrazione dello stesso. Quarant'anni dopo, alla morte del marito, la moglie richiese la pensione in virtù di quello che per il diritto inglese era un matrimonio mai esistito: tuttavia la Court of Appeal sancì *“that the legal validity of such marriage can be presumed”*<sup>298</sup>.

Nella seconda fase si realizza invece quella che Menski definisce *“a new hybrid law”*, ovvero *“a form of legal pluralism in action”*<sup>299</sup>.

Gli immigrati, in questa fase, comprendono che il sistema legale domestico è quello dominante, tuttavia non desiderando abbandonare le proprie tradizioni organizzano coscienziosamente due matrimoni: il primo è quello celebrato secondo il diritto inglese, che continua ad esser visto semplicemente come un dovere, il secondo è quello religioso/culturale, che è inteso come il *“vero”* matrimonio. Appare evidente come il diritto inglese consideri, secondo quello che Menski definisce *“its monocultural legocentric approach”*<sup>300</sup>, formalmente valido soltanto il matrimonio registrato.

La terza fase è quella nella quale gli immigrati abbandonano le proprie tradizioni per seguire il secolare diritto inglese: questo stadio sembra però non venga quasi mai raggiunto, tranne in qualche isolato caso di matrimonio misto.

Si osserva così come le minoranze etniche si trovino al secondo stadio di adattamento e come stiano conciliando le regole del diritto

---

<sup>298</sup> Evidentemente i giudici coscienti delle conseguenze ampie che l'attribuzione di validità ad un matrimonio non registrato potesse avere, hanno puntualizzato come in questo caso il matrimonio si possa presumere data la lunga e solida durata del rapporto. In questo modo è stata sbarrata la strada a possibili riconoscimenti, in futuro, di unioni non registrate.

<sup>299</sup> W. MENSKI, *op. cit.*, p. 47.

<sup>300</sup> *Ibidem*.

inglese con le proprie tradizioni culturali, che rimangono comunque vive.

Gli stranieri in questo modo stanno diventando “*skilled legal navigators of pluralism, rather than assimilated monoculturalists*”<sup>301</sup>.

In merito a quanto detto, è evidente come il divieto di poligamia non implichi che questa sia stata di fatto abolita.

Bisogna infatti considerare come i Musulmani che vivono in Inghilterra stiano oramai adattando la *shari'a* al diritto inglese, creando così un diritto multilivello, che è stato definito “*angrezi shariat*”<sup>302</sup>. In altre parole, sembrerebbe che la maggior parte dei musulmani continuino a contrarre, accanto al matrimonio ufficiale registrato secondo il diritto inglese, altri matrimoni che seguono la *shari'a*, senza dichiararli né registrarli, in modo che il primo matrimonio rimanga ufficialmente monogamo.

Il sistema presenta inoltre delle contraddizioni poiché, nonostante il divieto di ingresso per la seconda moglie, il Ministero dell'interno consente l'ingresso delle donne laddove si dichiarino studentesse o turiste, senza effettuare eccessivi controlli e aprendo così la strada alla possibilità di creare delle unioni poligamiche di fatto.

Oggi in UK il fenomeno della poligamia è tutt'altro che risolto: accanto alle famiglie con organizzazione poligamica formatesi nel paese di origine prima della migrazione, si trovano infatti

---

<sup>301</sup> W. MENSKI, *op. cit.*, p. 48. Menski critica il modello delineato da S. POULTER nel suo lavoro *English law and ethnic minority customs*, Butterworths, London, 1986.

<sup>302</sup> D. PEARL and W. MENSKI, *Muslim family law*, Sweet & Maxwell, London, 1998, pp.273 e ss.

moltissime famiglie poligamiche di fatto che vivono nella clandestinità.

È possibile infatti che tali unioni riescano a realizzarsi per mezzo di alcuni espedienti.

In Inghilterra un uomo musulmano potrebbe sposarsi con una donna adottando le forme dell'*angrezi shariat*, soddisfacendo così i requisiti richiesti sia dalla legge britannica che dal *Muslim law*. Ovvero il primo matrimonio registrato sarebbe considerato come assolutamente monogamico in Inghilterra e, allo stesso tempo, come potenzialmente poligamico sotto l'*angrezi shariat*. È sufficiente allora che l'uomo prenda in moglie una seconda donna con il rito del *nikah*, senza curarsi di alcuna registrazione presso il *register office*, per far sì che di fronte alla comunità islamica possa essere riconosciuto come poligamo.

Per il diritto inglese il secondo matrimonio non avrà alcun valore e la posizione della donna sarà tecnicamente quella di una *cohabitant*.

In tal modo si evitano entrambi gli illeciti: quello di concubinato previsto dal diritto musulmano e quello di poligamia previsto dal diritto inglese.

Un altro espediente con identiche conseguenze legali è quello per il quale un uomo e una donna sposati divorzino consensualmente secondo le regole del diritto inglese: la donna, poiché tutelata dal diritto musulmano, concederà volentieri il consenso al divorzio sapendo che il matrimonio verrà comunque onorato. Il divorzio consentirebbe però al marito di risposarsi secondo il diritto inglese (e contemporaneamente all'*angrezi shariat*) e di instaurare così una situazione analoga a quella precedentemente

delineata: un matrimonio poligamico agli occhi della comunità islamica e monogamico a quelli della società inglese.

Questo dimostra come ovunque, e non solo nei paesi musulmani, sia possibile contrarre matrimoni poligamici prestando qualche piccolo accorgimento, senza entrare in aperto contrasto con il diritto vigente.

Questi espedienti tuttavia non risolvono del tutto il problema, poiché tali schemi funzionano solamente in condizioni ideali: basterebbe il venir meno dell'accordo con la prima moglie e un suo ricorso alle corti inglesi per far saltare l'intero meccanismo. Non bisogna inoltre sottovalutare i problemi relativi alle successioni e all'affidamento dei figli, sempre rilevanti nel contesto matrimoniale.

Da questa breve analisi si potrebbe concludere che bisognerebbe prender coscienza del fatto che le minoranze etniche di fatto non rimangono passive innanzi ai dettami ufficiali e, non avendo alcuna intenzione di abbandonare le proprie regole religiose e le proprie tradizioni con la prima o le successive generazioni di immigrati, creano un sistema multilivello di normative.

L'unico rischio è che tale divieto non consenta alle donne di emanciparsi realmente, ma ne aumenti piuttosto la condizione di vulnerabilità<sup>303</sup>, costringendole a vivere un'unione poligamica di fatto che non attribuisce loro alcun diritto.

A ragion di ciò forse non stupisce l'ampiamente criticata concessione del febbraio 2008 ai poligami del diritto di chiedere (e ottenere) assegni familiari per ogni moglie "aggiuntiva", giustificata

---

<sup>303</sup> Cfr. P. SHAH, *op. cit.*, p.107.

dal Ministero del Lavoro e Pensioni come una faccenda di sicurezza sociale e conti economici.

## CAPITOLO IV

### Il ripudio negli ordinamenti giuridici europei

**Sommario:** 1. *Talaq, talaq, talaq*. - 2. Il ripudio nell'ordinamento giuridico italiano. - 3. Il ripudio nell'ordinamento giuridico francese. - 4. Il ripudio nell'ordinamento giuridico inglese.

#### 1. *Talaq, talaq, talaq*

In materia di diritto di famiglia, il già complesso confronto tra culture diverse può rivelarsi problematico anche sotto il profilo della disciplina della fase patologica del vincolo coniugale<sup>304</sup>.

In particolare, ciò può accadere avverso istituti propri della tradizione giuridica musulmana ben difficilmente conciliabili con i principi giuridici occidentali, che impongono uguaglianza morale e giuridica tra i coniugi: è quanto avviene in relazione al ripudio, che si sostanzia in un divorzio unilaterale ed extragiudiziale consentito, nell'ambito di una coppia musulmana, soltanto al marito nei confronti della moglie.

Appare subito evidente come questo istituto, legittimante la palese condizione di disparità tra gli sposi<sup>305</sup> nell'ambito della vita matrimoniale, sia difficilmente compatibile con i valori fondamentali

---

<sup>304</sup> "Divorce presents a more complicated arena of interaction because of the conflict between civil divorce laws and the religious laws or norms of many groups". A. LAQUER ESTIN, *Unofficial Family Law*, in *Iowa Law Review*, p. 463.

<sup>305</sup> D. ANSELMO, *Shari'a e diritti umani*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, pp. 84-85.

della *Western Legal Tradition*, che garantiscono l'uguaglianza tra marito e moglie.

Secondo l'interpretazione dominante<sup>306</sup> in diritto islamico al marito viene concesso il potere di ripudiare la moglie, ossia gli viene conferito il diritto di porre fine al matrimonio mediante una semplice dichiarazione verbale. Questo istituto si caratterizza così per la facoltà di recesso unilaterale (*ad nutum*) e stragiudiziale concessa esclusivamente al marito.

La donna, al contrario, oltre a non godere di tale diritto<sup>307</sup>, non può neppure godere del diritto alla difesa, poiché si tratta di un istituto extra-giudiziale, né tantomeno viene tutelata sotto il profilo economico, all'indomani dello scioglimento del vincolo matrimoniale.

L'efficacia della formulazione verbale del ripudio non è subordinata alla serietà del motivo che lo provoca: qualora un uomo decidesse di ripudiare la moglie potrebbe farlo anche per futili motivi, non essendo costretto né a motivare, né a giustificare la propria scelta.

In alcuni casi al marito viene concessa la facoltà di delegare a un terzo, mediante mandato fiduciario, il potere di ripudiare la propria consorte.

Interpretando le fonti internazionali, il Comitato per i diritti umani (*Human Rights Committee*) delle Nazioni Unite ha osservato

---

<sup>306</sup> Il ripudio è assai praticato nei paesi di diritto islamico: solo due Stati, Turchia e Tunisia, lo hanno abolito, mentre altri si sono limitati ad aumentare le cause di scioglimento del matrimonio invocabili dalla moglie. Vi sono delle differenze di pensiero tra la scuola sunnita e quella sciita, tuttavia il principio che il ripudio sia una prerogativa dell'uomo rimane comune alle due scuole.

<sup>307</sup> Cfr. M. BADERIN, *International Human Rights and Islamic Law*, Oxford, 2003, p. 149 ss.

che gli Stati devono assicurare a uomini e donne medesime condizioni al fine di ottenere la dissoluzione del vincolo coniugale<sup>308</sup> (HRC, General Comment 28, Par. 26): da tale commento si può dedurre come il divorzio unilaterale (ripudio) del marito violi palesemente le norme di diritto internazionale in materia di diritti umani.

Questo istituto, così controverso per i sistemi giuridici occidentali, è invece previsto esplicitamente dal Corano<sup>309</sup>, che ne regola in maniera dettagliata tempi e modalità.

Se un uomo desidera ripudiare la propria moglie deve ripetere la classica formula del ripudio dicendo per tre volte, e generalmente rispettando dei precisi intervalli di tempo tra una formulazione e l'altra, "*talaq, talaq, talaq*"<sup>310</sup>.

Il ripudio è infatti revocabile (*raj'a*) sino alla seconda formulazione dello stesso, ma nel momento in cui il marito ripete per la terza volta "*talaq*", questo diviene irrevocabile (*bid'a*) e pone immediatamente fine al vincolo matrimoniale.

In origine tra la pronuncia delle prime due affermazioni di ripudio e la terza (ovvero tra il ripudio revocabile e quello irrevocabile) doveva trascorrere il periodo di attesa di tre cicli mestruali - periodo detto "*idda*"- da un lato per dare al marito la

---

<sup>308</sup> Human Rights Committee, General Comment 28, Equality of rights between men and women (article 3), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (2000). In particolare al Par. 26 si legge che: "*States must also ensure equality in regard to the dissolution of marriage, which excludes the possibility of repudiation. The grounds for divorce and annulment should be the same for men and women, as well as decisions with regard to property distribution, alimony and the custody of children. The need to maintain contact between children and the non-custodian parent, should be based on equal considerations. Women should also have equal inheritance rights to those of men when the dissolution of marriage is caused by the death of one of the spouses*".

<sup>309</sup> Cfr. Corano, 2:234.

<sup>310</sup> Traducibile con "io ti ripudio, io ti ripudio, io ti ripudio".

possibilità di riflettere attentamente sull'eventuale fine del rapporto coniugale, dall'altro sia per constatare un eventuale stato di gravidanza della moglie, sia per dare la possibilità ad amici e familiari di provare a riconciliare i due coniugi.

Tra le popolazioni odierne si è tuttavia sviluppato l'uso progressivo del ripudio unico: in altri termini, non è più necessario reiterare il ripudio nel tempo, ma basta pronunciare simultaneamente la triplice formula, anche telefonicamente, per sciogliere automaticamente il matrimonio.

È evidente come il marito abbia il potere di ripudiare la moglie in qualsiasi momento e anche come possa strumentalizzare la triplice formula come forma di minaccia nei confronti di quest'ultima<sup>311</sup>: "questo stato di cose costringe la donna a vivere in una condizione di soggezione psicologica, in quanto l'eventuale ripudio la esporrebbe al pubblico ludibrio e alla pubblica disapprovazione"<sup>312</sup>.

In caso di ripudio il Corano stabilisce tuttavia che il marito non possa ricongiungersi alla moglie, a meno che quest'ultima si sia sposata con un altro uomo, abbia consumato il matrimonio e sia

---

<sup>311</sup> A tal proposito appare emblematico l'episodio raccontato da Fatima Mernissi in un suo saggio, a riprova dello stato di sottomissione psicologica della donna nella società musulmana, e nello specifico in quella marocchina: "Non è vero che le nostre madri erano felici con i nostri padri. Mio zio Hajj Mohammed rovesciava il tavolo e minacciava di pronunciare la formula del ripudio ogni volta che zia Kanza metteva un po' troppo sale o pepe nel cuscus del venerdì. Lei pianse il giorno della sua morte, e tiene viva e alimentata la sua memoria, ma lo amava? Puoi amare un uomo che ha sempre ragione perché la legge coniugale obbliga la moglie ad obbedire al marito?".

Cfr. F. MERNISSI, *Islam e democrazia. La paura della modernità*, trad. it. Di E. Chiappo e G. Miccichè, Giunti, Firenze, 2002, p.180.

<sup>312</sup> D. ANSELMO, *Shari'a e diritti umani*, op. cit., p. 84.

tornata libera in seguito alla morte del nuovo marito, al ripudio o al divorzio<sup>313</sup>.

I dettami coranici sembrano, complessivamente voler tutelare il mantenimento del vincolo coniugale, tanto da prevedere un'ipotesi di conciliazione tra i coniugi sotto forma di arbitrato familiare<sup>314</sup> e da stabilire un compenso speciale a favore della moglie dopo che sia stato sciolto il vincolo (*mut'a*)<sup>315</sup>.

La *shari'a* definisce il ripudio come una soluzione da adottare solo in caso di necessità, idea che può essere desunta dalle parole dello stesso Maometto, che in un racconto avrebbe affermato che: "Il ripudio è quell'atto permesso maggiormente detestato da Dio"<sup>316</sup>. Nonostante l'autorevolezza di tale precetto, gli effetti dello stesso sembrano esplicarsi più su un piano morale che giuridico, tenendo presente soprattutto che il marito non ha l'obbligo di motivare il ripudio e rimane quindi sostanzialmente libero di compiere o meno tale atto.

---

<sup>313</sup> Corano II, 230. Questa norma mira a far riflettere il marito prima di ripudiare in modo definitivo la moglie. Tutti i Paesi di diritto islamico che consentono il ripudio hanno adottato nelle loro leggi nazionali questa disposizione coranica. Ad esempio in Egitto il codice di Muhammad Qadri Pasha, relativo al diritto di famiglia, sancisce all'art. 28: "Il marito che avrà ripudiato definitivamente, o per tre volte, sua moglie, potrà riprenderla solo dopo che lei si sia risposata legittimamente e anche il secondo marito l'abbia ripudiata (o sia deceduto dopo la consumazione del matrimonio). Una norma simile si trova nei codici marocchino (art. 39), siriano (art. 36), giordano (art. 30), iracheno (art.13), yemenita (art.26) ecc. Il marito, tuttavia, riesce ad eludere questa norma mettendosi d'accordo con qualcuno (*hallal*) affinché sposi sua moglie e ne divorzi, senza aver consumato il matrimonio.

<sup>314</sup> "Se temete la separazione di una coppia, convocate un arbitro della famiglia di lui e uno della famiglia di lei. Se i coniugi vogliono riconciliarsi, Allah ristabilirà l'intesa tra di loro. Allah è saggio e ben informato". (Corano IV, 35).

<sup>315</sup> "Non dimenticate mai la generosità nei rapporti tra voi". (Corano, Sura II, versetto 237).

<sup>316</sup> Per approfondimento si veda S. A. A. ABU-SAHLIEH, *Il diritto islamico: fondamenti, fonti, istituzioni*, Carocci editore, Roma, 2008, pp. 294-295.

La discrasia rilevabile tra principio morale e principio normativo non deve sorprendere: è infatti un principio fondamentale del diritto musulmano quello per il quale un atto possa essere considerato giuridicamente valido (*sahih*), e quindi dotato di efficacia legale, pur essendo riprovevole dal punto di vista della *shari'a*.

I legislatori moderni hanno spesso cercato di limitare il ricorso al ripudio da parte del marito, poiché esso, ancor più della poligamia, rappresenta nel mondo musulmano il vero elemento di destabilizzazione dell'istituto matrimoniale.

Anche ai giorni nostri, d'altronde, tale figura giuridica continua ad incidere in maniera significativa sulle società islamiche: basti pensare che in molti paesi musulmani il ripudio rappresenta la forma di scioglimento del contratto matrimoniale più utilizzata.

L'osservazione comparatistica, tuttavia, mostra come, nell'ambito di alcuni ordinamenti appartenenti all'area islamica, al *nomen iuris* ripudio si sia andato nel tempo associando un istituto in effetti molto simile al divorzio, consistente in un vero e proprio rimedio avverso il definitivo venir meno dell'armonia familiare, attuato per mezzo di una procedura giurisdizionale nel cui ambito la moglie ha l'opportunità di difendersi e svolgere le proprie domande.

Occorre innanzitutto ricordare che Tunisia e Turchia hanno abolito questo istituto, sostituendolo con una procedura di divorzio di tipo occidentale.

Altri ordinamenti di diritto islamico (ad esempio Siria, Algeria, Iran) hanno cercato di limitare i casi di *talaq*, stabilendo per legge un compenso pecuniario da versare alla moglie ripudiata.

Ordinamenti come l'Algeria, la Libia e la Palestina hanno inoltre espressamente stabilito l'esclusiva validità dei divorzi registrati in tribunale.

Pakistan e Bangladesh, come sarà analizzato nelle pagine a seguire, regolano entrambi il ripudio con la *section 7* della *Muslim Family Law Ordinance* del 1961, ove sono stati inseriti dei requisiti procedurali necessari a rendere il *talaq* valido.

Significativa al riguardo l'evoluzione del diritto marocchino, specie alla luce della riforma del 2004. L'evoluzione storica e sociologica mostra il passaggio dalla forma di ripudio stragiudiziale concessa al solo marito (*talaq*) e dalla forma di divorzio per colpa (del marito) concessa alla sola moglie (*tatliq*), al nuovo istituto del divorzio giudiziale per intollerabilità della convivenza (*chiqaq*), introdotto nel 2004.

È comunque necessario ribadire che, nonostante queste innovazioni, il vero e proprio ripudio, unilaterale e stragiudiziale, contrasta con l'ordine pubblico dei vari stati europei e costituisce una violazione del principio di uguaglianza coniugale e della tutela della donna, posta in tal caso in una posizione di inferiorità rispetto all'uomo.

A tali considerazioni si deve aggiungere la rilevanza dei principi di diritto internazionale, come il già ricordato avviso dello *Human Rights Committee* dell'O.N.U., al quale deve annettersi anche l'art. 5 del protocollo VII addizionale alla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, il quale consacra il principio di uguaglianza dei diritti e doveri tra il marito e la moglie.

È facile quindi concludere che il ripudio, così come la poligamia, in ragione della concezione patriarcale che continua a

prevalere nell'organizzazione familiare musulmana, sia un istituto particolarmente incompatibile con i valori dei sistemi laici ed egualitari d'Europa.

Tuttavia gli uomini di religione islamica, seppur residenti in Europa, continuano a ripudiare le proprie mogli, portando tale realtà a scontrarsi necessariamente con quanto previsto dagli ordinamenti europei. L'esperienza dimostra infatti che l'uomo musulmano non rinuncia, laddove lo ritenga opportuno, ad avvalersi del potere che la sua legge e la sua religione gli riconoscono, seppure questo entri in netto contrasto con le norme giuridiche del paese che lo accoglie.

Il problema che dunque si pone è quello relativo alla rilevanza del ripudio: negarla sotto il profilo della contrarietà all'ordine pubblico, sebbene possa essere astrattamente corretto (e possa in un certo modo acquietare la coscienza dei giudici), potrebbe tuttavia condurre all'anomala creazione di un matrimonio claudicante, nell'ambito del quale la donna non viene tutelata.

A quest'ultimo riguardo, nel caso in cui la moglie ripudiata sia cittadina di uno Stato europeo o di uno Stato a legislazione islamica, ma residente in uno Stato di cultura europea, si potrebbe porre il problema della sua tutela giuridica ed economica rispetto al danno che il ripudio le arreca.

La tutela prevista dal diritto islamico nei confronti della donna ripudiata può infatti definirsi inesistente, anche nel caso in cui sia previsto il cosiddetto dono di consolazione che, qualora venga concesso, non è superiore all'ammontare degli alimenti (cioè dello stretto necessario) per un anno. In tal modo alla donna, già estromessa dalla casa del marito, non resterebbe che tornare, umiliata, nella famiglia d'origine oppure cercarsi un altro marito.

## 2. Il ripudio nell'ordinamento giuridico italiano

I giudici italiani, a differenza dei colleghi europei, hanno riservato nei confronti del ripudio islamico un costante atteggiamento di assoluto rigore, considerandolo come contrario ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano e, in particolare, discriminatorio nei confronti della donna.

Tale atteggiamento di chiusura è probabilmente causato dal fatto che, in Italia, i casi giurisprudenziali relativi a questo istituto sono ad oggi, se paragonati al numero cospicuo di quelli posti innanzi ai Tribunali degli altri paesi europei, davvero esigui.

La prima pronuncia risale inaspettatamente ai primissimi anni del dopoguerra e l'ultima al 2006: in questo ampio arco di tempo sono state emanate una decina di sentenze relative al ripudio islamico e soltanto una volta, nel 1969, questo istituto è stato affrontato dalla Corte di Cassazione.

Nella prima sentenza del 1948 la Corte di Appello di Roma è stata chiamata a riconoscere gli effetti giuridici in Italia di un atto di ripudio dichiarato in Siria, innanzi al Tribunale Sciaraitico di Damasco, dal marito siriano nei confronti della moglie, avente la stessa cittadinanza. In quell'occasione la Corte concluse che il ripudio "ripugna alla mentalità morale e giuridica dei popoli che hanno raggiunto un maggior grado di civiltà e che del matrimonio hanno un concetto etico e sociale ben più elevato di quello che ne hanno i popoli orientali"<sup>317</sup> e ne stabilì la contrarietà all'ordine pubblico poiché lesivo del principio, costituzionale e internazionale,

---

<sup>317</sup> App. Roma, 29 ottobre 1948, in *Foro pad.*, 1949, I, 348 ss., nota di Martino, in *Annali dir. int.*, 1949, p. 259 ss.

di uguaglianza tra coniugi, in quanto provvedimento unilaterale a favore del marito.

Le parole utilizzate circa sessanta anni fa, che oggi sarebbero sicuramente giudicate “intolleranti e intollerabili”<sup>318</sup>, mostrano tuttavia il disagio che alcuni istituti islamici hanno creato e continuano a creare nella coscienza sociale occidentale.

In particolare fino al 1970, anno in cui fu emanata la legge sul divorzio in Italia<sup>319</sup>, il problema della rilevanza del ripudio nell’ordinamento giuridico italiano mise in crisi le categorie tradizionali non solo in relazione al principio di uguaglianza tra coniugi, ma anche in relazione al principio di indissolubilità del matrimonio, che all’epoca vigeva ancora nel nostro diritto.

Da queste brevi premesse, è facile intuire come la giurisprudenza italiana si sia costantemente rifiutata di riconoscere il ripudio pronunciato all’estero in quanto contrario all’ordine pubblico: a motivo sia della sua unilateralità, sia del mancato intervento di organi giurisdizionali, sia infine per la discriminazione perpetrata ai danni della donna.

Si ritiene utile porre attenzione alla casistica per evidenziare le principali problematiche insorte in materia.

Prima dell’introduzione della legge sul divorzio in Italia, tra le sentenze più significative va annoverata quella del 1965, ove la Corte di Appello di Milano<sup>320</sup> ha rigettato la domanda di riconoscimento di

---

<sup>318</sup> C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia nella prassi italiana*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, I, 2008, p. 43.

<sup>319</sup> L. 1 dicembre 1970 n. 898.

<sup>320</sup> App. Milano, 14 dicembre 1965, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1966, p. 381 ss., con commento di F. LANFRANCHI, *Sull’efficacia in Italia di un atto di ripudio iraniano*, a p. 526 ss.; nota di M. MIELE, *Ripudio iraniano della moglie già cittadina italiana e riflessi (delibatorii o internazionalprivatistici?) nel nostro ordinamento*, in *Foro pad.*, I, 1967, 510 ss.

ripudio, dichiarato davanti ad un notaio di Teheran, presentata per contrarietà all'ordine pubblico dalla moglie italiana di un iraniano. Al rifiuto di tale delibazione da parte della Corte d'Appello milanese era seguita un'azione della moglie per l'accertamento del suo stato libero, poiché il matrimonio era stato sciolto in Iran dall'intervenuto ripudio, come previsto dal diritto islamico. La domanda è stata naturalmente rigettata dal Tribunale di Milano<sup>321</sup>, trattandosi di un aggiramento della precedente decisione d'appello.

Questa sentenza è stata fortemente criticata dalla dottrina<sup>322</sup>, in quanto ha costituito una situazione di matrimonio claudicante a danno della moglie italiana, la quale non ha riacquisito né lo stato libero, né la cittadinanza italiana perduta *ipso iure* sposando uno straniero.

Nel 1969 l'intervento della Corte di Cassazione ha ribadito la contrarietà all'ordine pubblico di un ripudio, che era stato concesso dal tribunale di Teheran, richiesto da un cittadino iraniano nei confronti di una moglie italiana, poiché lesivo del principio di uguaglianza tra coniugi.

Con l'avvenuta introduzione della legge sul divorzio, l'atteggiamento della giurisprudenza italiana non è sostanzialmente cambiato: in diverse sentenze è stata infatti ribadita la contrarietà all'ordine pubblico di questo istituto, che presuppone la disuguaglianza tra coniugi.

---

<sup>321</sup> Tribunale di Milano, 14 dicembre 1967 in *Riv. Dir. Internaz. priv. e proc.*, 1968, p. 403.

<sup>322</sup> In particolare M. Miele, *Ripudio iraniano*, *op. cit.*, p. 510 ss.

*“L’art. 1133 del codice civile iraniano il quale consentendo al marito di divorziare secondo il suo arbitrio senza che la moglie possa paralizzare la volontà di quest’ultimo, prevede un vero e proprio ripudio unilaterale”<sup>323</sup>.*

*“Poiché la normativa egiziana in tema di divorzio sembra unicamente fondarsi sull’istituto del ripudio, e risulta così incompatibile con l’ordine pubblico internazionale, allo scioglimento di un matrimonio tra una cittadina italiana ed un cittadino egiziano, si applicano esclusivamente le norme italiane”<sup>324</sup>.*

L’introduzione della legge sul divorzio in Italia, se non ha tuttavia permesso la delibazione del provvedimento straniero in questione in quanto contrario all’ordine pubblico, ha tuttavia consentito al coniuge ripudiato (generalmente una cittadina italiana) di poter ottenere il divorzio e la conseguente tutela giuridica in tema di assegno di mantenimento e di affidamento della prole, nonché il ritorno allo stato libero.

Così, ad esempio, nel 1973 alla moglie italiana ripudiata dal marito innanzi al Tribunale del Cadì della città di Meknès (Marocco), la Corte di Appello di Brescia<sup>325</sup> ha potuto riconoscere lo “stato libero” e il diritto al mantenimento della stessa e della figlia non in virtù del riconoscimento del ripudio in Italia, bensì per l’ottenimento del divorzio e per i provvedimenti conseguenti ai sensi della L. n. 898/70.

La successiva entrata in vigore della legge 31 maggio 1995 n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) ha comportato l’abrogazione degli art. 796 e ss. c.p.c. e quindi del

---

<sup>323</sup> C. Appello di Milano, 17 dicembre 1991.

<sup>324</sup> Trib. di Milano 11.3.1995.

<sup>325</sup> App. Brescia 9.11.1973 - in *Riv. Dir. Internaz. priv. e proc.*, 1974, p. 306.

procedimento di delibazione della sentenza e dei provvedimenti stranieri ai sensi del combinato disposto dagli artt. 64-73 della nuova legge.

Queste nuove norme prevedono un riconoscimento automatico<sup>326</sup> del provvedimento straniero, purché in esso ricorrano i requisiti previsti dagli artt. 64 e 65 della l. n. 218/1995.

In realtà, con l'introduzione di questo nuovo sistema, in Italia, l'efficacia dell'atto di ripudio mediante annotazione nei registri di stato civile ad istanza dell'ex moglie italiana sembra assai problematica, tanto quanto quella prevista nel precedente regime della delibazione. Esclusa la generale applicabilità dell'art. 64<sup>327</sup>, poiché il ripudio raramente consegue ad un atto assimilabile ad una sentenza, la norma applicabile potrebbe essere l'art. 65, secondo cui "i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone, nonché all'esistenza di rapporti di famiglia" hanno effetto in Italia

---

<sup>326</sup> "In realtà, non di riconoscimento ma di esecuzione deve parlarsi per i provvedimenti stranieri dei quali occorra, e venga chiesta, l'annotazione in pubblici registri in Italia, come quelli in materia personale e familiare". Così, A. GALOPPINI, *Il ripudio e la sua rilevanza nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. famiglia*, 3, 2003, p. 223.

<sup>327</sup> L'Art. 64 della l. n. 218/1995 sul Riconoscimento di sentenze straniere sancisce che 1. La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: a) il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano; b) l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa; c) le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge; d) essa è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata; e) essa non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato; f) non pende un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero; g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico.

“purché non siano contrari all’ordine pubblico e siano rispettati i diritti essenziali della difesa”<sup>328</sup>.

In base alle nuove disposizioni è da escludere l’efficacia del ripudio nella sua tipica formulazione unilaterale e extragiudiziale (*talaq*): ove persiste la contrarietà all’ordine pubblico, in base alle convenzioni internazionali ratificate anche dall’Italia, che vietano ogni discriminazione contro le donne e stabiliscono l’uguaglianza di diritti e di responsabilità fra coniugi<sup>329</sup>; ove i diritti essenziali della difesa non sono assolutamente presi in considerazione e ove l’unilateralità non cessa anche quando sia la stessa donna, *ex post*, a chiederne l’efficacia in Italia o ad acconsentire alla richiesta avanzata dell’ex marito.

A questo riguardo è utile ricordare come l’unilateralità o la bilateralità siano caratteristiche coesenziali all’atto: in altre parole, devono sussistere al momento della sua formazione, sicché un atto unilaterale non diviene bilaterale solo perché il destinatario si limita a prenderne atto (nel caso di specie, perché la vittima di una prevaricazione, sapendo di essere indifesa, vi si rassegna).

Si può, infine, fondatamente dubitare che il ripudio costituisca un “provvedimento” ai sensi dell’art. 65 l. cit., giacché rimane un atto privato di volontà, sia pure reso davanti ad un’autorità locale che si limita ad autenticarlo.

Diversamente potrebbe accadere qualora lo scioglimento del matrimonio avvenisse con una procedura assimilabile ad un

---

<sup>328</sup> Per un approfondimento si veda P. PICONE, *L'art. 65 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato e il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2000, pp. 390 e ss.

<sup>329</sup> Le ricorda C. CAMPIGLIO, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato*, in *Riv. Dir. Internaz. priv. e proc.*, 1998, p. 36.

divorzio consensuale (ad esempio il *moukhalaa* egiziano) o attraverso un divorzio contenzioso, nei rari casi in cui la *shari'a* lo preveda<sup>330</sup>: secondo tali ipotesi, se i controlli in base all'art. 64 o in base all'art. 65 fossero di esito positivo, si potrebbe arrivare all'annotazione dell'atto straniero nei registri dello stato civile.

Certamente ciò consentirebbe alla donna di riacquistare lo stato libero a tutti gli effetti per la sua legge nazionale, ma - in assenza di un accordo stragiudiziale sulla materia fra gli *ex* coniugi - non sarebbero tutelati né i rapporti patrimoniali con l'*ex* coniuge, né regolati i rapporti di affido dei figli minorenni.

In definitiva, la cosiddetta efficacia automatica prevista dagli artt. 64-65 cit., nei casi in cui sia possibile, "è proficuamente utilizzabile solo da una *ex* moglie che, nel caso specifico, sia nelle condizioni sociali ed economiche di fare a meno dell'intervento del giudice"<sup>331</sup>.

Alla luce di questo nuovo sistema si può analizzare infine l'ultima sentenza, risalente al 2006, che merita di essere condivisa non soltanto per le sue conclusioni, ma soprattutto per le sue motivazioni che, con chiarezza, "poggiano su dati di fatto non controversi e non controvertibili"<sup>332</sup>.

---

<sup>330</sup> Per ragioni gravi quali sterilità, impotenza, maltrattamenti si può far valere la dissoluzione del matrimonio (*tafriq*) davanti ad un *qadi* ad iniziativa sia dello sposo che della sposa: cfr. G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, Torino, 1996, p. 153, che comunque ricorda trattarsi di una possibilità riconosciuta dalla scuola malikita (diffusa nel mondo islamico occidentale e divenuta dottrina ufficiale in Tunisia, Algeria, Marocco).

<sup>331</sup> Così, A. GALOPPINI, *Il ripudio e la sua rilevanza nell'ordinamento giuridico italiano*, op. cit., p. 218.

<sup>332</sup> A. SINAGRA, *Ripudio-divorzio islamico ed ordine pubblico italiano*, in *Dir. Famiglia*, 1, 2007, p. 163.

Nel caso di specie, una cittadina italiana sposatasi, secondo il rito islamico, in Marocco con un cittadino italiano (matrimonio poi trascritto nei registri dello stato civile italiano) ha adito il Tribunale di Torino per la separazione giudiziale dal coniuge, sulla base della “dichiarazione di accertamento di irrevocabilità del ripudio”, che le era stata rilasciata dal Tribunale di *Khouribga* e che era già stata trascritta nel relativo registro italiano degli atti del matrimonio.

La Corte d’appello di Torino ha escluso ogni possibile efficacia del provvedimento giurisdizionale marocchino nell’ordinamento italiano - con il conseguente effetto di cancellazione dai registri di stato civile del Comune di Torino del provvedimento di scioglimento del matrimonio - per diverse ragioni.

La prima è relativa alla dichiarata violazione dei principi sulla competenza giurisdizionale indicati dall’art. 64, n. 1, lett. a) della citata l. n. 218 del 1995, in base al quale il giudice straniero non poteva “conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell’ordinamento italiano”.

Nella fattispecie in esame nessuna competenza poteva essere attribuita al giudice straniero che al contrario doveva essere riservata al giudice nazionale italiano; ciò sotto diversi profili: *in primis*, ai sensi dell’art. 3, n. 1 della l. n. 218 del 1995, che prevede la sussistenza della giurisdizione italiana quando, come nella fattispecie, il convenuto è domiciliato o residente in Italia. In particolare poi, ai sensi dell’art. 32 della stessa legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato “In materia di nullità e di annullamento del matrimonio, di separazione personale e di scioglimento del matrimonio, la giurisdizione italiana sussiste,

oltre che nei casi previsti dall'art. 3, anche quando uno dei coniugi è cittadino italiano o il matrimonio è stato celebrato in Italia”<sup>333</sup>.

La seconda ragione si riferisce alla violazione dei diritti essenziali della difesa, così come previsti dall'art. 64, n. 1, lett. b) della l. n. 218 del 1995; la Corte osserva infatti che: “ (...) anche ipotizzando che ciò sia del tutto conforme al diritto marocchino, deve registrarsi che tale procedimento è incompatibile con i diritti essenziali della difesa, in quanto la convenuta è stata estraniata dal processo nel momento in cui è stata posta in essere la statuizione irrevocabile di ripudio, quella, cioè, destinata a produrre effetti irretrattabili sul vincolo matrimoniale”<sup>334</sup>.

La sentenza affronta infine il problema della rilevanza, e dell'eventuale contrasto con l'ordine pubblico, della sentenza straniera della quale si chiede il riconoscimento in Italia.

Per la Corte torinese la pronuncia di ripudio-divorzio emessa su istanza di un cittadino italiano ivi residente, ma nato in Marocco, contro la moglie parimenti marocchina per nascita, ma cittadina e residente in Italia, non viola in tal caso l'ordine pubblico internazionale, bensì quello interno<sup>335</sup> e per diversi motivi: “a cagione della sua unilateralità e potestatività mera”<sup>336</sup>; poiché “contrasta con i principi di parità e di uguaglianza tra uomo e donna”<sup>337</sup>; poiché non considerando il problema dell'affidamento

---

<sup>333</sup> L. n. 218 del 1995, art. 32.

<sup>334</sup> A. SINAGRA, *Ripudio-divorzio islamico, op. cit.*, p. 163.

<sup>335</sup> La Corte d'appello di Torino facendo riferimento all'art. 797, n. 7 del codice di procedura civile, distingue tra ordine pubblico nazionale italiano se la sentenza è stata pronunciata nei confronti di cittadini italiani e ordine pubblico internazionale se la sentenza è stata pronunciata nei confronti di cittadini entrambi stranieri.

<sup>336</sup> A. SINAGRA, *Ripudio-divorzio islamico, op. cit.*, p.163.

<sup>337</sup> *ivi*, p. 164

della prole di minore età “contrasta insanabilmente con il principio dell’art. 30, comma 2 Cost., in base a quale è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli”<sup>338</sup>, ed infine, “sottraendo l’uomo a qualsiasi dovere verso la donna, prescinde dalla necessità di regolare i rapporti economici tra i coniugi, violando i principi di solidarietà familiare desumibili dall’art. 29 Cost. e dalle disposizioni civilistiche in tema di mantenimento e alimenti”<sup>339</sup>.

Da questo breve excursus giurisprudenziale si può notare come questo istituto islamico risulti “incompatibile” con il nostro ordinamento giuridico, tuttavia in dottrina si registrano possibili aperture quando, ad esempio, si afferma che “il ripudio pronunciato all’estero o di fronte a tribunali ecclesiastici ai quali gli ordinamenti di riferimento rimettono tutte le decisioni in materia di matrimonio o divorzio, nonostante sia certamente espressione della posizione ancestrale di disuguaglianza tra i coniugi, ben può valere come un divorzio pronunciato nel nostro ordinamento, laddove risultino comunque protetti i diritti delle parti”<sup>340</sup>.

Per altri invece la norma islamica potrà essere applicata “laddove configuri il ripudio in modo tale da avere comunque un fondamento consensuale o da sfociare in un atto giudiziario”<sup>341</sup>.

Si tratta di valutazioni passibili di concreta e prossima applicazione considerato che, da un lato i legislatori dei paesi

---

<sup>338</sup> *Ibidem.*

<sup>339</sup> *Ibidem.*

<sup>340</sup> L. MORMILE, *Attuazione dei diritti fondamentali e multiculturalismo: il diritto all’identità culturale*, in *Famiglia*, 2004, 1, p. 58.

<sup>341</sup> C. CAMPIGLIO, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, op. cit., p. 35.

islamici tendono a controllare e limitare il ricorso al ripudio poiché rende instabile la vita familiare, dall'altro il notevole aumento della migrazione islamica in Italia potrebbe condurre a soluzioni di compromesso.

### 3. Il ripudio nell'ordinamento giuridico francese

Il ripudio è l'istituto di diritto islamico che ha impegnato maggiormente i tribunali francesi e che ha costituito il principale "scoglio islamico"<sup>342</sup> per l'ordinamento giuridico francese<sup>343</sup>.

Lo scenario che si è presentato innanzi ai giudici, in relazione a questa problematica questione, è stato quasi sempre simile e generalizzabile nei seguenti termini: all'interno di una coppia di stranieri originari di un paese di diritto islamico ma residenti in Francia, nel momento in cui la donna, ripudiata dal marito, formula contro lo stesso una domanda di divorzio davanti al tribunale francese al fine di ottenere gli alimenti, quest'ultimo fugge nel proprio paese di origine per far registrare dalle autorità competenti il ripudio della propria sposa.

Con questo "*voyage de repudiation*" il marito non solo intende sottrarsi ai vincoli finanziari che risulterebbero dal giudicato in caso di divorzio, ma una volta raggiunto il proprio paese di origine

---

<sup>342</sup> C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, op. cit., p.64.

<sup>343</sup> Di qui il costante interesse per il tema da parte della dottrina: cfr., tra altri, R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international privé et la répudiation islamique*, Paris, 2002; P. LAGARDE, *Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial*, in *Privatrecht in Europa. Festschrift H.J. Sonnenberger*, München, 2004, p. 481 ss.

ottiene il ripudio e ritornando in Francia ne richiede il riconoscimento.

Nel corso degli ultimi trenta anni la giurisprudenza francese si è contraddistinta per un progressivo irrigidimento dettato da esigenze di ordine pubblico nazionale, all'interno di un percorso "erratico"<sup>344</sup> nel corso del quale i tribunali hanno assunto posizioni poco chiare, tentando di dare adito a tutte le possibili interpretazioni intermedie tra il riconoscimento e la negazione di questo istituto, sconosciuto all'ordinamento giuridico francese.

Al fine di semplificare e tentare una schematizzazione degli esiti cui ha dato vita l'atteggiamento mutevole della giurisprudenza francese, è possibile fare una distinzione tra due rilevanti periodi: durante il primo, definito "liberale"<sup>345</sup>, che va dagli anni sessanta agli anni ottanta, le corti francesi si sono mostrate largamente tolleranti e hanno accolto questo istituto nel proprio ordinamento; durante il secondo, soprattutto a partire dall'ultimo decennio del XX sec., le corti hanno iniziato un percorso interpretativo di senso contrario che ha portato alla negazione dello stesso.

È così dunque che il ripudio islamico, dopo essere stato per anni riconosciuto, è stato definitivamente "ripudiato"<sup>346</sup> dalla Francia.

Procedendo con ordine è possibile notare come, durante il primo periodo, la *Cour de Cassation* si sia mostrata tollerante al

---

<sup>344</sup> M. C. NAJM, *Le sort des répudiations musulmanes dans l'ordre juridique français. Droit et idéologie(s)*, in *Droit et Cultures*, n. 59, 2010 p. 209, messo on-line il 06 Luglio 2010. URL: <http://droitetcultures.revue.org/2070>.

<sup>345</sup> M. C. NAJM, *Le sort des répudiations musulmanes dans l'ordre juridique français*, op. cit., p.210.

<sup>346</sup> L'espressione è stata creata da P. WAUTELET, *La répudiation répudié*, in *Revue de la Faculté de droit de Liège*, 2004, p. 257.

riconoscimento di questo istituto, poiché, da un lato, si è basata - così come per il matrimonio poligamico - sulla teoria dell'effetto attenuato dell'ordine pubblico, dall'altro è stata influenzata dall'entrata in vigore della Convenzione franco-marocchina del 1981.

Affinché un giudizio straniero possa essere riconosciuto e produrre i suoi effetti in Francia deve soddisfare quattro<sup>347</sup> condizioni<sup>348</sup>: la prima condizione è relativa alla competenza del tribunale straniero che ha reso la decisione.

Tale competenza, propria del giudice straniero, si ritiene acquisita nel caso in cui la fattispecie si leghi in modo caratterizzante al paese del tribunale scelto, nel caso in cui non sia prevista una competenza esclusiva del giudice francese e infine laddove la scelta del tribunale straniero non sia fraudolenta<sup>349</sup>.

La seconda condizione da soddisfare è relativa alla regolarità della procedura seguita innanzi al tribunale straniero: si tratta di un controllo dell'ordine pubblico di procedura, finalizzato ad assicurare il rispetto del diritto alla difesa<sup>350</sup>.

La terza è invece relativa alla conformità della decisione straniera all'ordine pubblico internazionale; ultima condizione essenziale è infine l'assenza di frode alla legge.

In relazione alla prima condizione, e dunque al controllo della competenza del giudice straniero, è in effetti oramai acquisito che in

---

<sup>347</sup> In principio secondo la sentenza *Munzer*, Cass. Civ., 7 gennaio 1964, erano previste cinque condizioni: la terza condizione relativa all'applicazione della legge competente secondo le regole francesi di conflitto è stata soppressa con La sentenza *Cornelissen*, Cass. Civ., 20 febbraio 2007.

<sup>348</sup> Condizioni poste dalla celebre sentenza *Munzer*, Cass. Civ., 7 gennaio 1964.

<sup>349</sup> Sentenza *Simitch*, Cass. Civ., 1 febbraio 1985.

<sup>350</sup> Sentenza *Bachir*, Cass. Civ., 4 ottobre 1968

materia di divorzio la competenza dei giudici francesi, così come stabilito dall'art. 1070 del nuovo codice di procedura civile, non sia esclusiva: conseguentemente non vi è nessuno ostacolo alla competenza concorrente del giudice straniero che abbia stabilito il ripudio. La condizione di legame con la fattispecie sembra inoltre realizzarsi laddove il tribunale scelto sia quello del paese cui appartiene la nazionalità degli sposi.

L'art. 310 comma secondo del *Code Civil* sottomette il divorzio alla legge francese allorquando i due sposi siano domiciliati in Francia e quindi quando lo stesso sia direttamente demandato ai tribunali francesi: di conseguenza, l'applicazione della legge nazionale straniera da parte di un giudice straniero che riconosca il ripudio non potrebbe costituire motivo di rifiuto della decisione stessa.

Per merito di una giurisprudenza costante che ha elaborato la teoria dell'effetto attenuato dell'ordine pubblico, la conformità della decisione straniera all'ordine pubblico internazionale, varia a seconda che si tratti dell'acquisizione di un nuovo diritto in Francia o semplicemente della produzione degli effetti sul territorio francese di un diritto regolarmente acquisito all'estero.

Nel primo caso, l'ordine pubblico che si applica nel suo effetto pieno condurrà all'esclusione della legge straniera contraria ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico francese, in particolare al principio di uguaglianza tra gli sposi; nel secondo caso, poiché il diritto è già stato acquisito all'estero e ne viene richiesto il solo riconoscimento, l'ordine pubblico si applica nel suo effetto attenuato e non può dunque che accogliere la sentenza straniera.

È dunque evidente come il ripudio invocato dal marito, se stabilito da un giudice straniero, si possa considerare come diritto acquisito all'estero e possa quindi essere riconosciuto in Francia in virtù del suddetto principio dell'ordine pubblico attenuato. La combinazione di questi diversi fattori ha potuto così condurre i tribunali francesi a riconoscere in modo assai liberale i ripudi pronunciati all'estero, anche nel caso in cui gli stranieri richiedenti fossero residenti in Francia.

La tendenza liberale dimostrata dai giudici francesi è stata rafforzata dalla convenzione franco-marocchina del 10 Agosto 1981, relativa allo statuto delle persone e della famiglia e alla cooperazione giudiziaria.

Questa Convenzione, fortemente voluta dal Marocco all'indomani della riforma francese sul divorzio avvenuta nel 1975, ha consentito di sottrarre gli sposi marocchini residenti in Francia ai dettami stabiliti dall'art. 310 del *Code Civil*, che al comma 2 assoggetta alla legge francese sul divorzio tutti gli sposi residenti in Francia, a prescindere dalla loro nazionalità.

In particolare, l'art. 9 della Convenzione dispone che lo scioglimento del matrimonio debba essere sottoposto alla legge dello Stato del quale gli sposi abbiano la nazionalità e l'art. 13 assimila, dal punto di vista degli effetti in Francia, "*les actes constatant la dissolution du lien conjugal homologués par un juge au Maroc*"<sup>351</sup> e, di conseguenza, i ripudi.

Con questa Convenzione viene dunque vietata l'opposizione *a priori* del principio dell'ordine pubblico nazionale ai ripudi

---

<sup>351</sup> Ex art.13, Convenzione franco-marocchina del 10 Agosto 1981.

marocchini, i quali devono essere obbligatoriamente riconosciuti in Francia.

La conformità alla Convenzione si è peraltro convertita in zelo<sup>352</sup>, favorendo così l'accoglimento non soltanto dei ripudi marocchini, ma più in generale dei ripudi musulmani.

La discriminazione tra uomo e donna, così indirettamente tollerata in Francia, ha suscitato però reazioni sconcertate<sup>353</sup> e forti contestazioni soprattutto nei confronti di coloro che, dopo aver ripudiato la propria donna, hanno continuato a vivere sul territorio nazionale francese.

Nel decennio 1980-1990 sulla scena politica francese emergono infatti temi nuovi: da un lato, si assiste alla crescente politicizzazione del dibattito sull'immigrazione; dall'altro, si fa progressivamente avanti una "questione islamica", che prende spunto dagli avvenimenti medio-orientali, il dispiegarsi dei quali ha contribuito a diffondere l'immagine di un Islam violento e illiberale.

Lo statuto personale degli stranieri si trasforma da problema tecnico-giuridico in problema politico; a questo proposito i numerosi organi straordinari incaricati di studiare risposte adeguate al fenomeno migratorio si trovano concordi sulla necessità di restringere la sfera di applicazione dei diritti stranieri al fine di garantire una rigorosa uguaglianza tra uomo e donna e la prevalenza assoluta dell'interesse del bambino nelle controversie familiari.

---

<sup>352</sup> L. BRUNET, *La réception en droit français des institutions familiales de droit musulman*, op. cit, p.234.

<sup>353</sup> Presa di coscienza alla quale la dottrina francese ha fortemente contribuito: si veda ad esempio v. M. L. NIBOYET, nota su Civ. 1e, 8 déc. 1987 et 6 juillet 1988 ; I. FADLALLAH, nota su *Rohbi*, R. 1984, p. 336.

È così che, a partire dalla fine degli anni ottanta, la *Cour de Cassation* ha messo in atto un movimento giurisprudenziale di nuovo stampo e finalizzato a mettere un freno al riconoscimento del ripudio in Francia.

Si possono distinguere almeno quattro fasi di questa evoluzione giurisprudenziale caotica: la prima è quella contrassegnata da questo radicale cambio di rotta; la seconda vede il consolidarsi del rifiuto del ripudio islamico in virtù del principio di uguaglianza tra gli sposi; la terza vede, invece, nuovamente un riconoscimento di questo istituto; la quarta fase, infine, ovvero quella attuale, incardina questo istituto ad una condizione di prossimità.

Nel corso della prima fase, nell'ambito di un progressivo irrigidimento del sistema giuridico francese, la *Cour de Cassation* ha tentato di neutralizzare gli effetti del ripudio pronunciato all'estero nell'ordinamento giuridico interno. In alcune sentenze<sup>354</sup> si è fatto ricorso al principio classico della "frode", al fine di sanzionare il "viaggio del ripudio" verso il paese di origine intrapreso dal marito allo scopo di arrestare la procedura di divorzio intentata contro di lui in Francia. Tale circostanza può essere efficacemente qualificata come "frode all'intensità dell'eccezione dell'ordine pubblico", poiché, come è noto, l'intervento del principio dell'ordine pubblico francese ha il suo pieno effetto nel caso in cui si scelga la giurisdizione straniera in modo fraudolento.

La *Cour* ha fatto in seguito appello all'ordine pubblico procedurale<sup>355</sup>, rigettando così le decisioni straniere aventi ad

---

<sup>354</sup> Cass. Civ., 1 marzo 1988, *Senoussi*; Cass. Civ., 4 maggio 1994, *Asfi*.

<sup>355</sup> Cass. Civ., 6 giugno 1990, *Akla*; Cass. Civ., 1 giugno 1994, *El-Madani*; Cass. Civ., 31 gennaio 1995, *Kari*.

oggetto i casi di ripudio nell'ambito dei quali la donna non era stata legalmente citata o rappresentata in giudizio, condizione necessaria al fine di far valere i propri interessi e la propria difesa.

Queste decisioni hanno radicalizzato ulteriormente la posizione assunta dall'alta giurisdizione qualche anno dopo.

Durante quella che infatti è stata definita come la seconda fase di quest'evoluzione giurisprudenziale, la *Cour de Cassation* ha riconosciuto il ripudio in Francia sulla base della contrarietà all'ordine pubblico sostanziale, appoggiandosi, oltre che su esigenze puramente procedurali, su considerazioni di fondo essenziali.

Nelle due celebri sentenze *al-Madani*<sup>356</sup> e *Kari*<sup>357</sup>, rispettivamente del 1994 e del 1995, la *Cour de Cassation* ha posto, accanto alle motivazioni che rinviano all'ordine pubblico procedurale, anche l'art 5 del protocollo VII addizionale alla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo<sup>358</sup>, il quale consacra il principio di uguaglianza dei diritti e doveri tra il marito e la moglie.

Nel 1997 una nuova sentenza ha favorito questa evoluzione: è stato infatti ribadito, così come nelle due sentenze precedenti, il principio di uguaglianza degli sposi considerato come esigenza di ordine pubblico, anche se contrariamente a quanto stabilito dalle sentenze stesse non sono state menzionate le condizioni procedurali di ottenimento del ripudio all'estero. Con questa sentenza è stato così sancito come tutti i ripudi siano contrari all'ordine pubblico

---

<sup>356</sup> Cass. Civ., 1 giugno 1994, *al-Madani*.

<sup>357</sup> Cass. Civ., 31 gennaio 1995, *Kari*.

<sup>358</sup> L'art. 5 del protocollo VII addizionale della CEDU sancisce che: "I coniugi godono dell'uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civile tra di essi e nelle loro relazioni con i loro figli riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e in caso di suo scioglimento. Il presente articolo non impedisce agli Stati di adottare le misure necessarie nell'interesse dei figli.

internazionale, poiché contrari al principio di uguaglianza tra gli sposi.

Il ripudio, come si è visto, è in effetti per sua natura contrario al principio di uguaglianza, poiché il suo carattere discriminatorio e discrezionale non può essere attenuato né dal giudice francese, che si limiterebbe a riconoscerlo senza poter esercitare alcun tipo di influenza sulle conseguenze di tipo finanziario, né dalla moglie, la cui eventuale opposizione sarebbe priva di effetto. La soluzione basata sul principio di uguaglianza ha inoltre il merito di avere applicazione generale: può cioè essere applicata, senza alcun tipo di distinzione, tanto ai ripudi marocchini quanto a tutti gli altri.

Nel momento in cui la giurisprudenza francese sembrava aver raggiunto una certa stabilità, i giudici di cassazione hanno invece vacillato, riconoscendo nuovamente, nella sentenza *Douibi*, un ripudio, constatato questa volta da un giudice algerino. Nel caso di specie, il riconoscimento di questo contestato istituto islamico è da rinvenirsi in molteplici motivazioni: innanzitutto la scelta del tribunale straniero non era stata fraudolenta, ogni parte aveva poi fatto valere le proprie pretese e la propria difesa in giudizio e alla sposa erano stati infine riconosciuti dei vantaggi di tipo finanziario (il risarcimento dei danni per divorzio, un assegno per la pensione e un assegno d'alimenti).

L'esito di questa sentenza si è rivelato particolarmente spinoso, poiché non solo la *Cour* si è astenuta dall'invocare l'art. 5 del protocollo VII CEDU, ma ha soprattutto svuotato il ragionamento da ogni rimando possibile al diritto fondamentale di uguaglianza, accantonando completamente le esigenze di ordine pubblico

internazionale a favore di imperativi di ordine processuale e di risarcimento del danno.

La soluzione adottata è stata evidentemente mal accolta dalla dottrina, per tutta una serie di ragioni: il diritto di difesa della donna in realtà non sussisteva a causa dell'impossibilità della stessa di opporsi al ripudio, mentre i compensi finanziari si sono rivelati assolutamente irrisori.

Qualche anno dopo questa sentenza shock, l'alta giurisdizione francese ha trovato un nuovo orientamento giurisprudenziale, che è quello al momento prevalente.

In cinque sentenze gemelle del 2004 la *Cour de Cassation* ha reintegrato il principio di uguaglianza tra gli sposi come proclamato dall'art. 5 del protocollo VII addizionale alla CEDU, allorché gli sposi, o almeno la sposa, siano domiciliati in Francia: ed è proprio su quest'orientamento giurisprudenziale che si iscrivono tutte le sentenze successive della *Cour de Cassation*. La Corte ha infatti affermato che *"la décision d'une juridiction étrangère constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international »* allorché gli sposi, o uno dei due, siano di nazionalità francese o domiciliati in Francia.

Il riferimento alla nazionalità o al domicilio francese consente così ai giudici francesi l'intervento pieno dell'ordinamento pubblico

e ostacola il riconoscimento di questo istituto nel sistema giuridico francese.

#### 4. Il ripudio nell'ordinamento giuridico inglese

La facoltà concessa all'uomo musulmano di sciogliere il vincolo matrimoniale attraverso il ripudio unilaterale ed extragiudiziale ha creato non poche difficoltà anche nell'ordinamento giuridico inglese.

È possibile, a fini esemplificativi, rintracciare almeno tre degli importanti cambiamenti che, negli ultimi vent'anni del secolo scorso, hanno interessato il diritto inglese in relazione a questo istituto straniero.

Prima del 1972, le Corti inglesi avevano giurisdizione sul divorzio sulla base del domicilio<sup>359</sup> dei richiedenti: in questo modo gli sposi che erano residenti, ma non domiciliati nel Regno Unito non avrebbero potuto invocare le Corti al fine di regolarizzare lo scioglimento del proprio matrimonio.

Il riconoscimento del divorzio straniero da parte delle Autorità inglesi poteva invece aver luogo nel caso in cui entrambi gli sposi non fossero domiciliati in UK: dunque anche un *talaq* extragiudiziale, formulato da un uomo nei confronti di una donna

---

<sup>359</sup> Nel sistema di Common law, in caso di "*conflict of laws*", si applica il principio del domicilio, ovvero si applica il diritto del paese in cui le parti sono domiciliate.

Si deve inoltre ricordare che nei sistemi di Common Law per domicilio si intende: "The place where a persons has been physically present with the intent to make the place a permanent home, the place to which one intends to return when away. W. P. STATSKY, *Family Law: The Essentials*, Delmar Learning -The West Legal Studies Series, New York, 2004, p. 79.

sul territorio inglese, laddove entrambi non fossero ivi domiciliati poteva essere riconosciuto.

Uno dei più importanti *leading case* dell'epoca, risalente per la precisione al 1972, è stato *Radwan v. Radwan*<sup>360</sup>. Nel caso di specie, si era in presenza di un cittadino egiziano e una cittadina inglese sposatisi nel 1952 al consolato egiziano di Parigi: si trattava tuttavia di un secondo matrimonio, poiché l'uomo era già da prima sposato con una cittadina egiziana, residente nel proprio paese di origine.

Qualche anno dopo il matrimonio la coppia si trasferì in Inghilterra, ove il marito, tramite il consolato egiziano di Londra, ripudiò la moglie inglese.

Nel 1970 la donna, essendo cittadina britannica, decise di rivolgersi alle Corti inglesi per ottenere un divorzio civile e poter godere così degli alimenti che da questo sarebbero derivati. In particolare, l'avvocato della donna argomentò che all'epoca del *talaq* entrambi gli sposi erano domiciliati in UK e che, proprio in virtù di tale fattore, questo divorzio perfezionato in Consolato non avrebbe potuto essere riconosciuto dall'ordinamento giuridico inglese.

Nel caso di specie il giudice inglese, che in teoria avrebbe potuto essere concorde rispetto alla posizione della donna, in realtà considerò nullo il matrimonio perfezionato nel Consolato egiziano di Parigi poiché poligamo.

Negli anni 1972-1973 in relazione ai divorzi stranieri si è assistito in Inghilterra ad un cambiamento in senso restrittivo, con la

---

<sup>360</sup> Per un approfondimento del *leading case* si veda M. POLONSKY, *Non-Judicial Divorces by English Domiciliaries*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 22, 1973, pp. 343-349.

conseguente emanazione da parte del Parlamento di due importanti *Acts*.

Nel *Recognition of Foreign Divorces and Legal Separations Act*<sup>361</sup> del 1971, entrato in vigore il 1 gennaio del 1972, sono stati, per la prima volta, inseriti dei requisiti standard affinché un divorzio ottenuto in un Paese straniero potesse essere riconosciuto all'interno dell'ordinamento giuridico inglese. Per la precisione l'Act ha sancito che un divorzio straniero potrebbe essere ritenuto valido qualora "*obtained by means of judicial or other proceedings*" e qualora all'epoca dell'ottenimento i coniugi fossero legati per nazionalità, residenza abituale o domicilio al paese di origine.

In questo modo il legislatore inglese ha voluto limitare il riconoscimento dei divorzi ottenuti all'estero senza una regolare procedura giudiziaria, escludendo in tal modo da tale riconoscimento il *talaq* che è, per sua stessa natura, un divorzio extragiudiziale.

Prima di analizzare il successivo Act può essere utile ricordare la riforma del diritto di Famiglia affrontata negli anni sessanta dal Pakistan, poiché la maggior parte dell'ampia comunità islamica presente in quel periodo in UK era rappresentata essenzialmente da Musulmani originari del Sud-Asia, dunque da Pakistani e Indiani.

Nel 1961 il presidente del Pakistan Ayub Khan promulgò il *Muslim Family Laws Ordinance* (MFLO), che introdusse nella *section 7* alcuni requisiti procedurali al fine di rendere valido il *talaq*, limitando in tal modo il diritto concesso al marito di pronunciare troppo facilmente un divorzio extragiudiziale.

---

<sup>361</sup> Rintracciabile al sito <http://www.statutelaw.gov.uk/>.

In Pakistan si era verificato un cambiamento di tale sorta con il chiaro intento di seguire, in vista della riforma inglese del 1972, le *provisions* stabilite dal *Report of the Marriage and Family Law Commission*<sup>362</sup>, in modo che il *talaq* pakistano avesse quei minimi requisiti procedurali che il diritto inglese avrebbe richiesto per il suo riconoscimento<sup>363</sup>.

Così nel MFLO sono stati statuiti i criteri procedurali<sup>364</sup> per il conseguimento di un *talaq*:

- 1) pronunciamento della formula *talaq*;
- 2) notifica del pronunciamento all'ufficiale locale competente<sup>365</sup>;
- 3) notifica del pronunciamento alla moglie;
- 4) intervallo di 90 giorni<sup>366</sup> tra il pronunciamento della formula e la produzione degli effetti dello stesso, durante il quale è possibile la revoca. In questo periodo è, inoltre, previsto il tentativo di riconciliazione delle parti da parte dell'ufficiale locale competente.

Queste restrizioni rendevano il *talaq* pakistano procedurale e dunque riconoscibile all'interno del sistema di Common Law, al contrario di quello indiano che non essendo assistito da questi requisiti procedurali non avrebbe potuto ottenere tale riconoscimento.

---

<sup>362</sup> Rintracciabile al sito <http://www.lawcom.gov.uk/>.

<sup>363</sup> ABD ALLĀH AHMAD N., *Islamic family law in a Changing World*, London, Global resource book, 2002, p. 230.

<sup>364</sup> *Muslim Family Laws Ordinance* (MFLO), section 7. 1961.

<sup>365</sup> Chairman of the Union Council of the Ward in cui la coppia vive.

<sup>366</sup> C.d. "*Iddah*".

Per rendere tuttavia valido un *talaq* in UK, oltre al requisito "*obtained by means of judicial or other proceedings*" sancito dallo statute del 1971, le Corti inglesi nel *leading case R. v. Secretary of State of the Home Department ex parte Fatima* (1985), hanno specificato che questo deve essere pronunciato e ottenuto in un Paese che lo riconosce formalmente nel proprio ordinamento.

Nel caso di specie, un uomo pakistano, residente in Gran Bretagna, aveva pronunciato in Inghilterra un *talaq* contro la moglie residente in Pakistan, notificandolo via posta alla stessa e all'autorità competente nel paese di origine. L'intento del cittadino pakistano era in realtà quello di ripudiare la moglie per poter sposare la nuova fidanzata Ghulam Fatima, anch'essa residente in Pakistan, al fine di ottenere il ricongiungimento in UK.

A tale riguardo l'House of Lord, confermando quanto era già stato riconosciuto dalle decisioni delle corti inferiori, sancì la non validità di questo divorzio, poiché la procedura non era stata eseguita correttamente in quanto "*the proceeding have to be instituted in the same country as that in which the relevant divorce was ultimately obtained*" e negò, in tal modo, il visto d'ingresso alla fidanzata pakistana.

La riforma successiva è avvenuta nel 1973 con il *Matrimonial Causes Act* (MCA)<sup>367</sup>, ove il legislatore inglese ha comprensibilmente stabilito che nessuna procedura che abbia avuto luogo nel Regno

---

<sup>367</sup> Rintracciabile al sito <http://www.statutelaw.gov.uk/>.

Unito possa essere riconosciuta come dissoluzione di matrimonio, tranne che non sia stata istruita innanzi una Corte inglese<sup>368</sup>.

Ha inoltre escluso la possibilità di ottenere il riconoscimento di un divorzio, seppur "*obtained by means of judicial or other proceedings*", nel caso in cui entrambi gli sposi siano stati domiciliati nel Regno Unito, prima del divorzio<sup>369</sup>, per un periodo di 12 mesi.

Quest'ultimo parametro della MCA è stato introdotto con il chiaro intento di evitare che uno sposo possa aggirare il diritto inglese intraprendendo un viaggio nel proprio paese di origine al fine di ottenere facilmente un *talaq*, per poi ritornare in UK richiedendone il riconoscimento.

Il MCA ha sancito inoltre la fine della dipendenza del domicilio della moglie da quella del marito<sup>370</sup>.

Il riconoscimento di indipendenza del domicilio ha consentito alle donne musulmane che vivono in UK, di adire direttamente le Corti Inglesi per richiedere un divorzio civile in grado di garantire loro una tutela di tipo economico.

Questa disposizione era stata introdotta al fine di tutelare le donne concedendo loro la possibilità di divorziare dal marito senza che fossero costrette ad attendere a tal proposito un *talaq* e di far loro ottenere, conseguentemente, una tutela dal punto di vista economico all'indomani del divorzio.

---

<sup>368</sup> MCA - Section 16 (1)- stabiliva che: "*that no procedure occurring within the United Kingdom could be recognized as dissolving a marriage unless instituted in a Court of law*". Si veda oggi la section 44(2) del *Family Law Act*, 1986.

<sup>369</sup> MCA - Section 16 (2). Si veda oggi la section 46(2)(c) del *Family Law Act*, 1986 che aumenta le restrizioni al riconoscimento nel caso in cui uno degli sposi (e non entrambi) fossero residenti in UK un anno prima dell'istruzione del procedimento di divorzio.

<sup>370</sup> MCA - Section 1. Si veda oggi la section 46(1) del *Family Law Act*, 1986.

Questa disposizione venne in realtà concepita secondo una prospettiva meramente occidentale, il che condusse a conseguenze impreviste.

Se infatti l'intenzione del legislatore inglese di promuovere il diritto della donna a richiedere il divorzio potrebbe essere fatta salva in un'ottica di separazione tra diritto e religione, ha però creato dei conflitti in quegli ordinamenti ove tale separazione non vige, come per l'appunto nel diritto islamico.

Al fine di chiarire quest'ultimo concetto, potrebbe essere utile ricordare che i sostenitori degli interessi degli uomini musulmani portarono avanti l'idea che una donna islamica non avesse diritto al divorzio senza il consenso del marito e che un matrimonio musulmano non potesse essere sciolto, in senso religioso, senza il pronunciamento del *talaq* da parte dello stesso. In sostanza, se una donna musulmana avesse adito le Corti inglesi per ottenere il divorzio senza aver prima ottenuto il consenso da parte del marito, quest'ultimo non le avrebbe mai concesso il *talaq* - che è una sua esclusiva pronunciare - e quindi il matrimonio, sotto il profilo religioso, non sarebbe mai stato sciolto.

Ciò rendeva, di fatto, le donne vulnerabili e ricattabili in quanto, nel diritto islamico, mentre il marito può accontentarsi del divorzio civile poiché la propria fede gli consente di sposarsi religiosamente più volte, la moglie, secondo i principi stabiliti da quella stessa fede, per potersi risposare necessita che il matrimonio venga sciolto anche religiosamente, dunque per mezzo del *talaq* pronunciato dal marito<sup>371</sup>.

---

<sup>371</sup> Così Z. BADAWI: "A common problem was that you get a woman seeking a divorce in the courts and obtaining it. She becomes, therefore eligible for re-marriage in accordance

Molte donne, pur di ottenere il divorzio religioso, erano così disposte a cedere ai ricatti del marito e a rinunciare agli alimenti o a eventuali altri diritti conseguenti alla rottura del matrimonio.

Si può, ad esempio, citare il caso<sup>372</sup> di due coniugi sposatisi in India e domiciliati in Gran Bretagna, la cui infelice relazione indusse la moglie a chiedere il divorzio innanzi alle Corti inglesi, implorando il marito di darle il consenso dal punto di vista legale e di pronunciare il *talaq*. Quest'ultimo, invece, non solo non le concesse ciò che chiedeva, ma la minacciò di inviare il passaporto all'*Home Office* per farla rimpatriare, a meno che non avesse rinunciato al mantenimento e avesse restituito i gioielli ricevuti in dono durante il matrimonio.

Si può anche ricordare un caso simile, nell'ambito del quale una donna musulmana, al fine di ottenere il consenso al divorzio religioso da parte del marito, dovette pagare £4.000 e restituire i propri gioielli a quest'ultimo<sup>373</sup>.

Nello stesso periodo cominciò a emergere un altro problema: laddove un divorzio straniero fosse stato riconosciuto valido nell'ordinamento giuridico inglese, le Corti inglesi non avrebbero mai avuto alcun potere di disposizione sugli assetti finanziari derivati dal *marriage break down*.

---

with the civil law, but her husband has not given her a talaq which is the prerogative of the husband within an ordinary contract of marriage so that the woman becomes unmarried according to the civil law but still married according to the Shari'a law". Z. BADAWI, *Muslim justice in a secular state*, in Michael King (ed) *God's law versus state law: The construction of Islamic identity in Western Europe*. London, Grey Seal, 1995, p.77.

<sup>372</sup> L. CARROLL, *Muslim Women and "Islamic Divorce" in England*, in *Journal of Muslim Minority Affairs*, vol. 17, n.1, 1997, pp. 102-103.

<sup>373</sup> *Ivi*, p. 103.

Il riconoscimento di un *talaq* procedurale, ottenuto in un Paese straniero, non garantiva economicamente una donna ripudiata, considerato che nell'ambito della legge islamica, in virtù della disparità tra i coniugi, non è previsto nessun assegno di mantenimento a favore della moglie, né tantomeno la divisione degli assetti matrimoniali tra i coniugi.

Allo stato dei fatti, l'impossibilità delle Corti inglesi di garantire gli interessi della donna ripudiata portò nel 1984 all'emanazione del *Matrimonial and Family Proceedings Act*<sup>374</sup>, che concesse alle Corti il potere di giudicare riguardo al sostegno finanziario dell'uno o dell'altro coniuge, anche nel caso il cui il matrimonio non fosse stato sciolto dalle stesse.

In questo modo i musulmani domiciliati in UK cominciarono a divorziare due volte: una volta secondo il proprio rito religioso, l'altra secondo il diritto inglese.

L'emanazione del *Family Law Act*<sup>375</sup> nel 1986, entrato in vigore il 4 aprile 1988, sebbene non abbia stravolto la legislazione precedente, ha tuttavia consentito, oltre che di ribadire i requisiti già sanciti dal *Matrimonial and Family Proceedings Act del 1984*, di inserire nella section 46 (2) la possibilità di riconoscere un *talaq* extragiudiziale, qualora vengano rispettati i seguenti requisiti:

- il divorzio è riconosciuto valido nel paese in cui è stato conseguito;

- alla data in cui è stato ottenuto entrambe le parti erano domiciliate in quel paese (oppure una parte era domiciliata in quel

---

<sup>374</sup> Rintracciabile al sito <http://www.statutelaw.gov.uk/>.

<sup>375</sup> *Ivi*.

paese e l'altra in un altro in cui la cui legge riconosce lo stesso tipo di divorzio);

- nessuna delle parti era domiciliato in UK nei dodici mesi precedenti la data di ottenimento del divorzio;

- vi sia un documento ufficiale che certifichi l'effettività del divorzio secondo la legge del paese in cui è stato ottenuto (o nel caso in cui una parte era domiciliata in quel paese e l'altra in un altro la cui legge riconosce il divorzio, vi sia un documento ufficiale che certifichi che il divorzio è valido anche in quest'ultimo paese).

Questo ampliamento delle disposizioni verso il riconoscimento di divorzi stranieri anche extragiudiziali, come il *talaq* extragiudiziale, non stupisce perché se nessuna delle due parti è domiciliata nel paese di origine non sarà possibile ottenerne il riconoscimento nel Regno Unito.

Infatti il sistema di *Common Law* inglese risolve dunque il problema del *talaq* islamico secondo il principio del domicilio e della *lex loci*.

Sebbene, secondo l'opinione di chi scrive, questa soluzione potrebbe essere idonea in quanto non prende in considerazione il limite dell'ordinamento pubblico e della tutela dei diritti umani, categorie giuridiche che possono essere tacciate di eurocentrismo, ma tiene al contrario in considerazione un dato oggettivo, che è quello territoriale, la comunità islamica presente nel Regno Unito sembra comunque non apprezzare questo approccio, poiché continua a chiedere il riconoscimento del: "*Muslim personal law*

*system in order to regulate autonomously their personal and family related issues according to Muslim law*"<sup>376</sup>.

L'Union of Muslim Organisations of the United Kingdom and Eire (UMO) ha infatti evidenziato, con accezione negativa, come le Autorità inglesi, alla loro richiesta di prendere in considerazione nel *domestic law* il punto di vista islamico, abbiano sempre risposto in modo inequivocabile: "*One country, one law*"<sup>377</sup>.

Probabilmente per questa ragione si è sviluppato un diritto islamico parallelo, che ha condotto alla nascita e allo sviluppo nel Regno Unito di tribunali islamici. Questi *Shari'a Councils*<sup>378</sup>, o tribunali sharaitici, sono generalmente rappresentanti di un'idea di islam moderato.

Lo sviluppo di questi tribunali alternativi è stato facilitato "*by the fact that the Muslim minority population in England is relatively concentrated and that it originated with South Asian immigrants with similar legal traditions*"<sup>379</sup>.

In relazione, ad esempio, al divorzio islamico, le coppie musulmane domiciliate in UK che intendano porre fine al proprio vincolo matrimoniale dovranno necessariamente ottenerlo due volte: innanzi alle corti inglesi e innanzi ai tribunali islamici.

---

<sup>376</sup> I. YILMAZ, *Law as Chameleon: The Question of Incorporation of Muslim Personal Law into the English Law*, in *Journal of Muslim Minority Affairs*, Vol. 21, n. 2, 2001, p. 297.

<sup>377</sup> Union of Muslim Organisations of the United Kingdom and Eire (UMO) (1983), *Why Muslim family law for British Muslims?* London, UMO, p. 56.

<sup>378</sup> Dal 1982 è attivo nel Regno Unito l'Islamic Shari'a Council (ISC) che esercita funzioni conciliative su vari aspetti della legge familiare islamica. Si veda per tutti S. BANO, *Islamic Family Arbitration, justice and Human Rights in Britain*, in *Law, Social Justice & Global Development Journal* (LGD), n. 1, 2007.

<sup>379</sup> A. LAQUER ESTIN, *Unofficial Family Law*, in *Iowa Law Review*, p. 468. Si veda anche D. PEARL e W. MENSKI, *Muslim Family Law*, Sweet & Maxwell, Limited, 1998, p. 52: "*Muslim communities in Europe tend to be more homogenous, with a predominance of South Asian immigrants in Britain, Muslims from the Maghreb in France, and Turks in Germany*".

La nascita di questi tribunali paralleli ha tuttavia aiutato la donna musulmana ad ottenere il consenso al divorzio da parte del marito, attraverso lo sviluppo di un divorzio giudiziale chiamato *khula*<sup>380</sup>.

A Londra, in particolare, l'*Islamic Shari'a Council* è una consolidata organizzazione che offre servizi di conciliazione e di arbitrato, che sotto il diritto religioso si è trasformato "*as a form of alternative dispute resolution within the larger framework of English law*"<sup>381</sup>.

Come ha infatti commentato, nel luglio 2008, Lord Phillips of Worth Matravers, the Lord Chief Justice: "*There is no reason (...) why principles of sharia law, or any other religious code, should not be the basis for mediation or other forms of alternative dispute resolution. It must be recognised, however, that any sanctions for a failure to comply with the agreed terms of the mediation would be drawn from the laws of England and Wales.*"<sup>382</sup>

---

<sup>380</sup> Sul sito dell'*Islamic Shari'a Council* si possono scaricare i *divorce forms: talaq form* per gli uomini e il *kulha form* per le donne. Per maggiori informazioni si veda: <http://www.islamic-sharia.org/>.

<sup>381</sup> A. LAQUER ESTIN, *Unofficial Family Law*, op. cit., p. 468.

<sup>382</sup> M. MARRIN, *Tolerate Sharia, Yes, But Never Respect It*, in *Sunday Times* (London), July 6, 2008.

## Conclusioni

L'analisi fin qui condotta ha messo in evidenza come "la sintesi di eguaglianza democratica e diversità culturale costituisca l'ardua impresa del futuro in Europa"<sup>383</sup>.

Le difficoltà incontrate dai paesi europei nel realizzare questa sintesi vengono messe in luce dall'analisi svolta in merito al rapporto tra i tre istituti di diritto di famiglia islamico (*kafala*, poligamia e ripudio) e gli ordinamenti giuridici di riferimento (Italia, Francia e Inghilterra).

In relazione all'istituto della *kafala* islamica, l'interesse primario che i legislatori e i giudici europei hanno mostrato è essenzialmente rivolto alla garanzia del *best interest* del minore straniero.

Diventa così fondamentale comprendere cosa si intenda per "interesse superiore" o preminente del minore: a tal proposito è necessario sottolineare come tale nozione non sia suscettibile di essere predefinita in astratto. È infatti possibile soltanto *ex post* valutare cosa debba intendersi per *best interest*, nell'ambito della fattispecie nella quale emergeranno quelle che sono le reali esigenze del minore.

La complessità di tale concetto, di per sé non univoco, viene amplificata dalla condizione del minore in quanto immigrato: la nozione di "minore straniero" rinvia infatti preliminarmente ai due termini costitutivi di tale identità.

Il trattamento giuridico è infatti posto al confine tra due normative di segno opposto: quella sui minori, improntata a principi

---

<sup>383</sup> S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, op. cit., p. 237.

di protezione e sostegno, e quella sugli stranieri improntata a principi di controllo e di difesa.

In merito a ciò, il giudice chiamato a determinare il superiore interesse di un bambino immigrato si trova non solo nella gravosa condizione di dover scegliere tra l'applicazione di due insiemi di regole di segno opposto, ma anche in quella di doversi confrontare con una concezione di tutela che varia in relazione alla cultura di appartenenza del minore.

A partire dall'analisi relativa alla *kafala*, è possibile evincere come il concetto di *best interest* non risulti univoco negli ordinamenti giuridici dei tre paesi europei oggetto di studio: da ciò dipende probabilmente il fatto che lo stesso istituto sia stato regolarizzato in maniera differente.

Ciò emerge in particolar modo in merito al primo problema che si pone in relazione alla *kafala* - istituto sconosciuto agli ordinamenti giuridici europei - ovvero se un minore *sub kafala* possa godere del diritto di ricongiungimento con la famiglia che lo ha preso in custodia e che risiede regolarmente in Europa.

In Italia, i giudici hanno generalmente equiparato i figli *sub kafala* a quelli adottati o in affidamento, ponendo come *best interest del minore*, al fine vivere in un ambiente familiare congruo, il diritto a ricongiungersi ai propri *kafil* residenti regolarmente in Italia.

In Francia, i giudici nazionali (assunto che l'istituto della *kafala* prevede che il minore rimanga in contatto con i genitori biologici) in caso di esistenza della famiglia biologica del minore considerano come *best interest* dello stesso quello di rimanere nel paese di origine. Poiché generalmente i legami con i genitori naturali non vengono interrotti, se ne può dedurre che, nella maggior parte dei casi,

l'istanza di ricongiungimento con un *kafil* residente in Francia verrà rigettata.

L'Inghilterra, invece, sembra aver trovato un punto di equilibrio tra le due differenti concezioni di *best interest* del minore *sub kafala* accolte da Italia e Francia. Infatti l'*Adoption and Children Act* del 2002 parte 8 al *paragraph* 309 (A) disciplina l'istituto dell'adozione di fatto, in cui potrebbe essere incluso la *kafala*.

La norma che regola l'adozione di fatto richiede però due requisiti indispensabili affinché la *kafala* possa essere considerata come tale, ovvero che i genitori interessati a farsi carico del minore dimostrino, durante il periodo passato all'estero, di avere:

*"(i) lived together for a minimum of 18 months, of which the 12 months immediately preceding the application for entry clearance must have been spent living together with the child;*

*and*

*(ii) assumed the role of the child's parents, since the beginning of the 18 month period, so that there has been a genuine transfer of parental responsibility".*

In questo modo il giudice inglese, dopo aver accertato l'esistenza di un concreto legame tra il *makful* e il *kafil*, potrà considerare come *best interest*<sup>384</sup> del minore il raggiungimento dei *kafil* in UK.

Il secondo problema si pone invece in relazione alla compatibilità o meno di questo istituto con quelli previsti dagli

---

<sup>384</sup> Per un approfondimento del concetto di *best interest* del minore nel diritto inglese si veda il *leading case*: *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 All ER 402 (HL) in MIRANDA A., *Scelte esistenziali ed educative dei minori in diritto inglese ed italiano*, in *Rass. Civ.*, 1986, pp.1022-1068.

ordinamenti giuridici europei per la protezione dell'infanzia abbandonata, in particolare l'adozione e l'affidamento.

In Italia la *kafala* non può in alcun modo essere equiparata ad un'adozione legittimante e non può quindi essere dichiarata come tale efficace nell'ordinamento giuridico di riferimento.

Una timida giurisprudenza ha accostato questo istituto all'affidamento pre-adoztivo: la decisione, sia pure contestabile poiché accosta la *kafala* ad un istituto del tutto sconosciuto al diritto musulmano, risulta comunque importante visto che propone una nozione compiuta di custodia del minore islamico. Tale nozione consente di rispettare la legge nazionale di provenienza dello stesso e ne rispetta le tradizioni culturali e religiose.

In Francia, l'art. 370-3 della *loi du 6 févr. 2001* stabilisce che: "*L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France*", vietando in tal modo la conversione della *kafala* in adozione.

La *ratio* di tale disposizione sembra essere quella di rispettare al massimo le tradizioni di altri paesi.

In Inghilterra, invece non solo nell'istituto giuridico dell'adozione di fatto può essere inclusa la *kafala*, ma l'ordinamento giuridico inglese si è spinto oltre introducendo una nuova figura di adozione: la "*special guardianship*". Questo nuovo istituto risponde perfettamente alle esigenze di tutti coloro i quali desiderino offrire una famiglia stabile ad un minore, ma non possono adottarlo a causa del divieto imposto loro dalle prescrizioni culturali o religiose (si pensi proprio ai musulmani residenti in Inghilterra).

In relazione agli altri due istituti, la poligamia e il ripudio, i problemi nascono dalla discrepanza che esiste tra diritto e realtà, che ha determinato lo sviluppo di un diritto non ufficiale parallelo a quello ufficiale.

Nonostante infatti le evoluzioni giurisprudenziali abbiano seguito dei percorsi differenti all'interno di ciascun ordinamento, si può sintetizzare che la poligamia non viene riconosciuta<sup>385</sup> in nessuno dei tre paesi, che infatti vietano, in maniera preventiva, l'ingresso alle seconde mogli. Allo stesso modo, neanche il ripudio viene considerato valido.

I tre paesi sembrano essere approdati alle medesime soluzioni, nonostante l'iter che abbia condotto ad esse sia stato per essi profondamente differente: in Italia e Francia si è infatti fatto riferimento al limite dell'ordine pubblico, mentre in UK al limite della territorialità.

È importante sottolineare come il divieto vigente in questi paesi non abbia comunque cancellato l'esistenza di tali istituti.

Oggi in Europa vivono infatti nella clandestinità numerosissime famiglie poligamiche di fatto, all'interno delle quali le seconde mogli non ricevono alcun tipo di tutela, e nelle moschee d'Europa continuano ad essere celebrati sempre nuovi matrimoni poligamici.

In relazione invece al ripudio, l'analisi empirica mostra come questo continui a sussistere accanto al divorzio concesso dalle corti dei paesi in questione. In relazione, ad esempio, al divorzio islamico, le coppie musulmane domiciliate in UK che intendano porre fine al

---

<sup>385</sup> Eccezioni: limitatamente ad alcuni effetti giuridici del matrimonio poligamico contratto all'estero, come ad esempio quelli successori.

proprio vincolo matrimoniale dovranno necessariamente ottenerlo due volte: innanzi alle corti inglesi e innanzi ai tribunali islamici, secondo quanto previsto dal diritto ufficiale e da quello non ufficiale.

Ciò a dimostrazione del fatto che gli immigrati vivono in quella che Menski definisce “seconda fase di adattamento”, in cui si realizza “*a new hybrid law*” ovvero “*a form of legal pluralism in action*”<sup>386</sup>.

Gli immigrati, in questa fase, comprendono che il sistema legale domestico è quello dominante, tuttavia non desiderano abbandonare le proprie tradizioni. Ad esempio, in relazione all’istituto del matrimonio, accanto a quello celebrato secondo il diritto del paese di accoglienza, che continua ad essere percepito semplicemente come un dovere, ne viene celebrato un secondo, che è quello religioso/culturale, inteso come il “vero” matrimonio.

Gli stranieri in questo modo stanno diventando “*skilled legal navigators of pluralism, rather than assimilated monoculturalists*”<sup>387</sup>.

Da questa breve analisi è possibile dedurre come le minoranze etniche di fatto non rimangano passive innanzi ai dettami ufficiali e come, con la prima o le successive generazioni di immigrati, in virtù del radicamento alle proprie regole religiose e alle proprie tradizioni, creino un sistema multilivello di normative.

Sembra inevitabile che gli ordinamenti giuridici europei debbano prendere in considerazione l’esistenza di questo nuovo diritto non ufficiale che, laddove ignorato, potrebbe esasperare l’attaccamento degli immigrati alle proprie regole e tradizioni, delle

---

<sup>386</sup> W. MENSKI, op. cit., p. 47.

<sup>387</sup> Ivi, p. 48.

quali si ignorerebbero in tal modo le evoluzioni cui potrebbero invece essere soggette nel paese d'origine. Il rischio tangibile sarebbe dunque quello di dar vita a una dimensione parallela a quella propria del paese ospitante, votandosi così a un'intransigente chiusura nei confronti di esso.

Se si volesse restare ciechi innanzi alla realtà e dichiarare che il diritto non ufficiale sia solo un'ombra e, in quanto tale, privo di efficacia, forse si cadrebbe in errore, poiché esso rappresenta il riflesso più vivo del multiculturalismo europeo.

Un approccio esclusivamente unidirezionale non può garantire soluzioni universali in grado di cambiare la realtà: se nel conflitto tra cultura e diritto, generalmente si suppone che quest'ultimo prevalga, allo stesso tempo è utile ricordare che non è possibile cancellare la cultura soltanto perché legata ad una minoranza.

Dopo tutto le norme socio-culturali e i valori etnico-religiosi influenzano il diritto e quasi certamente dovranno, nel lungo periodo, essere presi maggiormente in considerazione in un contesto globale di pluralità consapevole, quale potrebbe essere quello degli Stati multiculturali europei.

## Bibliografia

- AA.VV., *Islam de France, Islams d'Europe*, L'Harmattan, Paris, 2005.
- ABAGNARA V., *Il matrimonio nell'islam*, ESI, Napoli, 1996.
- ABD ALLĀH AḥMAD N., *Islamic family law in a Changing World*, Global resource book, London, 2002.
- ABU-SAHLIEH S. A. A., *Il diritto di famiglia nel mondo arabo: tradizioni e sfide*, in *I musulmani nella società europea*, Edizioni della Fondazione G. Agnelli, Torino, 1994.
- ABU-SAHLIEH S. A. A., *Il diritto islamico: fondamenti, fonti, istituzioni*, Carocci editore, Roma, 2008.
- ALUFFI BECK- PECCOZ R., *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Giuffrè, Milano, 1990.
- ALUFFI BECK- PECCOZ R., *Le leggi di famiglia dei Paesi arabi del Nord Africa*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1997.
- AMARTYA K. S., *Identità e violenza*, trad. it. di F. Galimberti, Laterza, Bari-Roma, 2006.
- ANCEL B., LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, Paris, 2006.
- ANDERSON J.N.D., *The Tunisian law of personal Status*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 7, n. 2, 1958, pp. 262-279.
- ANSELMO D., *Shari'a e diritti umani*, Giappichelli Editore, Torino, 2007.
- BACCELLI L., *In a plurality of Voice., Il genere dei diritti fra universalismo e multiculturalismo*, in *Ragion Pratica*, n. 23, dicembre 2004, pp. 483-502.

- BADAWI Z., *Muslim justice in a secular state*, in Michael King (ed) *God's law versus state law: The construction of Islamic identity in Western Europe*. London, Grey Seal, 1995, pp. 73-80.
- BADERIN M., *International Human Rights and Islamic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- BALLARD R., *Desh pardesh: The South Asian presence in Britain*, Hurst & Co., London, 1994.
- BANO S., *Islamic Family Arbitration, justice and Human Rights in Britain*, in *Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD)*, n.1, 2007, reperibile al link [http://www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2007\\_1/bano](http://www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2007_1/bano).
- BANTING K. e KYMLICKA W., *Les politiques de multiculturalisme nuisent-elles à l'État-providence?*, in *Lien social et Politiques*, n. 53, 2005, pp. 119-127.
- BARGACH J., *Orphans of Islam. Family abandonment and secret adoption in Marocco*, Rowan & Littlefield Publisher, 2002.
- BARTOLI R., contraddittore a MONCERI F., *Multiculturalismo: disincanto o disorientamento del diritto?* in G. A. De Francesco, C. Piemontese, E. Venafro (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007, pp. 86-94.
- BASILE F., *Premesse per un studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2008, pp. 149-212.
- BASILE F., *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, pp. 1296-1345.
- BASTENIER A., *Italia, Europa e nuove immigrazioni*, Torino, Islam in Europa e in Italia, in *XXI Secolo. Studi e ricerche della Fondazione Giovanni Agnelli*, n. 2, 1994.
- BATIFFOL H. e LAGARDE P., *Droit International privé*, VII édition, L.G.D.J., Paris, 1981.

- BAUMAN Z., *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Laterza, Roma-Bari, 1999.
- BAUMAN Z., *La società dell'incertezza*, Il Mulino, Bologna, 1999.
- BELLUCCI L., *Immigrazione e pluralità di culture: due modelli a confronto*, in *Sociologia del diritto*, n. 3, 2001, pp. 131-156.
- BELVISI F., *Società multiculturale, diritti delle donne e sensibilità per la cultura*, *Ragion Pratica*, n. 23, dicembre 2004, pp. 503-529.
- BENACCHIO G., *Diritto Privato della Comunità Europea. Fonti, modelli e regole*, Cedam, Padova, 2004.
- BENHABIB S., *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Il Mulino, Bologna 2005 (ed. or. *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton University Press, Princeton, 2002).
- BENIGNI R., *Identità culturale e regolazione dei rapporti di famiglia tra applicazioni giurisprudenziali e dettami normativi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2008, pp. 1-41, rif. ISSN 1971-8543, rintracciabile sul sito [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it).
- BERNARDI A. (a cura di), *Multiculturalismo, Diritti Umani, Pena*, in *Quaderni di dir. pen. comp. intern. eur.*, Giuffrè Editore, 2006, pp. 37-136.
- BLOMLEY N. K., *The Shops Act (1950): The Politics and the Policing*, in *Area*, Vol. 17, n. 1, 1985, pp. 25-33.
- BORRELLI G., ORILIA L., PISCOPO U., RAFFONE D., *Il multiculturalismo. Riflessioni Critiche*, Guida, Napoli, 2008.
- BOSCHIERO N., *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Giappichelli, Torino, 1996.
- BOUCHARD M., *Dalla famiglia tradizionale a quella multi-etnica e multiculturali: maltrattamenti ed infanzia abusata in "dimensione domestica"*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2009, pp. 19-37.

- BRUNET L., *La réception en droit français des institutions familiales de droit musulman*, in *Droit et Cultures*, n. 59, 2010, pp. 231-251, rintracciabile al sito: <http://droitetcultures.revue.org/2070>.
- BUSNELLI F. D., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, pp. 509-529.
- CAMPIGLIO C., *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. Dir. int. priv. Proc.*, I, 2008, pp. 43-76.
- CAMPIGLIO C., *Famiglia e diritto islamico. Profili internazional-privatistici*, in Silvio Ferrari (a cura di), *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 175-185.
- CAMPIGLIO C., *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1999, pp. 21-42.
- CAMPIGLIO C., *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, in *Riv. Dir. Internaz. priv. e proc.*, fasc. 4, 1990, pp. 853-908.
- CARROLL Lucy, *Muslim Women and "Islamic Divorce" in England*, in *Journal of Muslim Minority Affairs*, vol. 17, n. 1, 1997, pp. 97-115.
- CASSESE A., *Il sogno dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2008.
- CHARFI M., *Islam y libertad: el malentendido histórico*, Almed, Granada, 2001.
- CHIBA M., *Legal Pluralism: toward a General Theory Through Japanese Legal Culture*, Tokai University Press, Tokio, 1989.
- COGLIEVINA S., *Festività religiose e riposi settimanali nelle società multiculturali*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 3, 2008, pp. 375 e ss.
- COLAIANNI N., *Poligamia e principi del diritto europeo*, in *Quad. di dir. e pol. eccl.*, I, 2002, pp. 227-261.
- COLOMBO E., *Le società multiculturali*, Carocci, ed. Le Bussole, Roma, 2008.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE, *Etude et propositions sur la polygamie en France*, testo adottato in Assemblea plenaria il 9 marzo 2006, rintracciabile sul sito: [www.cncdh.fr](http://www.cncdh.fr).

COMMISSIONE STASI. *Rapporto sulla laicità.*, Ed. Scheiwiller, Paris 2004.

CORBETTA F., *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale italiano*, in *Dir. Immigr. Cittadinanza*, n. 3, 2000, pp. 18-38.

COURBE P., *Octroi d'une part de la pension civile à la deuxième épouse. Solution implicite*, in *Revue critique de droit international privé* 1987, pp. 372- 378.

DAL LAGO A., *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 2008.

D'ARIENZO M., *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. famiglia*, n. 1, 2004, pp. 189-219.

DAVID R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 11° ed., Cedam, Padova, 2004.

DE FEIS E., *La kafalah islamica come strumento di tutela dei minori e presupposti del suo riconoscimento in Italia*, in *Famiglia e diritto*, n. 5, 2009, pp. 483-490.

DE MAGLIE C., *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, pp. 1088 e ss.

DE MAGLIE C., *Multiculturalismo e Diritto Penale. "Il caso americano"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, pp. 187 e ss.

DE RAULIN A. e ABDALLAHI S. M., *Droit, Culture set minorités*, L'Harmattan, Paris, 2009.

- DEPREZ J., *Droit International privé et conflits de civilisations. Aspect méthodologiques : Les relations entre système d'Europe occidentale et système islamiques en matière de statut personnel*, in *Recueil de cours de l'Académie de droit international de La Haye*, IV, 1988, Dordrecht-Boston-London.
- DEVEAUX M., *Cultural Pluralism and dilemmas of Justice*, Cornell University Press, New York, 2000.
- DEVERS A., *Le divorce d'époux marocains ou franco-marocains: Les conventions franco-marocaines face aux droits européen et communautaire*, in *Droit de la famille*, n. 3, 2006, pp. 8-13.
- DI GAETANO L., *I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica*, in *Giust. Civ.*, 1999, pp. 2698-2712.
- DUNNE M., BONAZZI T., *Citizenship and rights in multicultural societies*, Keele University Press, Edinburgh, 1995.
- EL ALAMI DAWOUD S., *The Marriage contract in Islamic law in the Shariah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, Graham and Trotman, London, 1992.
- EL-HUSSEINI B. R., *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, L.G.D.J., Paris, 2002.
- EN AMARTYA K., *Identità e violenza*, Laterza, Roma-Bari, 2006.
- ERODOTO, *Le storie*, libro terzo, par. 38, Collana: scrittori greci e latini, Mondadori.
- FACCHI A., *I diritti dell'Europa Multiculturale, Pluralismo normativo e immigrazione*, 3 ed., Laterza, Roma-Bari, 2006.

- FAEDDA B., *Stranieri in una società multiculturale: uno sguardo comparativo alla mediazione culturale tra antropologia e diritto*, in *Gli stranieri*, fasc. n. 3, 2000, pp. 293-303.
- FANTETTI F. R., *Ricongiungimento familiare, libertà di circolazione ed ordine pubblico*, in *Famiglia Persone e Successioni*, Agosto-Settembre 2010, pp. 611-619.
- FEDERICO V. A., *La Francia si interroga sulla poligamia*, in *Dir. imm. citt.*, Agosto 2010, pp. 371-375.
- FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali, un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2008.
- FERRARI A. (a cura di), *Islam in Europa/Islam in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- FLORIS P., *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e modelli di intervento*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 1, 2000, pp. 191-216.
- FOURNIER P., *Muslim Marriage in Western Courts: Lost in Transplantation*, Ashgate Publishing Limited, London, 2010.
- FUSIELLO I., *Poligamia e ricongiungimento familiare*, in *Gli stranieri*, fasc. 2, 1995, pp. 58-61.
- GALEOTTI A. E., *Genere e culture altre*, in *Ragion Pratica*, n. 23, 2004, pp. 452-481.
- GALOPPINI A., *Il ripudio e la sua rilevanza nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. famiglia*, n. 3, 2003, pp. 215-230.
- GALOPPINI A., *L'adozione del piccolo marocchino, ovvero gli scherzi dell'eurocentrismo*, in *Dir. famiglia*, 2003, n. 3, pp. 310-325.
- GALOPPINI A., *Problemi familiari fra diritto italiano e diritto musulmano*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2003, pp. 167-178.
- GALOPPINI A., *Ricongiungimento familiare e poligamia*, in *Dir. Famiglia e delle persone*, n. 2, 2000, pp. 739-757.

- GALOPPINI A., *Matrimonio e famiglie poligamiche in Italia*, in *Africana-Rivista di Studi Extraeuropei*, 2000, pp. 113-120.
- GAMBINO A., *Gli altri e noi: la sfida del multiculturalismo*, il Mulino, Bologna, 1996.
- GELLI R., *Questioni relative al ricongiungimento del minore in kafalah al cittadino italiano*, in *Famiglia e Diritto*, n. 8-9, 2010, pp. 787-792.
- GELLI R., *La kafalah tra esigenze di tutela del minore e rischi di aggiramento della disciplina dell'immigrazione*, in *Famiglia e Diritto*, n. 7, 2008, pp. 675- 681.
- GELLI R., *La Kafala nel diritto islamico: prospettive di riconoscimento nel diritto italiano*, in *Famiglia e Diritto*, 2005, pp. 62-71.
- GIGLIOLI P., RAVAIOLI P., *Bisogna davvero dimenticare il concetto di cultura? Replica ai colleghi antropologi*, *Rassegna Italiana di sociologia*, XLV, n. 2, aprile-giugno 2004, pp. 267-294.
- GUPTA K., *Polygamy – Law reform in modern Muslim states: A study in comparative law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1992, pp. 114-154.
- HABERMAS Jürgen, TAYLOR Charles, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 1998.
- HASTRUP K., *Legal cultures and human rights: the challenge of diversity*, in *Kluwer Law International*, 2001.
- HUNTER T. SHIREEN, *Islam, Europe's Second Religion: The New Social, Cultural and Political Landscape*, Praeger, New York, 2002.
- IGNATIEFF M., *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, trad. it. a cura di S. D'Alessandro, Feltrinelli, Milano, 2003.
- IHSAN Y., *Muslim laws, Politics and Society in Modern Nation States. Dynamic Legal pluralism in England Turkey and Pakistan*, Ashgate Publishing Limited, London, 2005.

JAYME E., *Diritto di famiglia, società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, n. 2, 1993, pp. 295-304.

JEMOLO C. A., *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Sen. Giur. Università di Catania*, 1948, III.

KAPUŚCIŃSKI R., *L'altro*, Feltrinelli, Milano, 2009.

KOOPMANS R., STATHAM P., *Challenging immigration and ethnic relations politics: comparative European perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

KYMLICKA W., *La cittadinanza multiculturale*, Il Mulino, Bologna, 1999, (ed. or.) *Multicultural Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

KYMLICKA W., *The rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

KYMLICKA W., *Teoria e pratica del multiculturalismo d'immigrazione*, in Caniglia E., Spreafico A. (a cura di), *Multiculturalismo o comunitarismo?* Luiss University Press, Roma 2003, pp. 123-157.

LAGARDE P., *La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française*, in *Nouveaux itinéraires in droit, Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Brussel, pp. 263-283.

LAGARDE P., *Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial*, in *Privatrecht, Festschrift H.J. Sonnenberger*, Munchen, 2004.

LAGARDE P., nota in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1990, pp. 678 e ss.

LAQUER ESTIN A., *Unofficial Family Law*, in *Iowa Law Review*, pp. 449-480.

- LAYPERONNIE D., *L'individu et les minorités. La France et la Gran Bretagne face à leurs immigrés*. Presse Universitaires de France, Paris, 1993.
- LE BOURSICOT M. C., *La Kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation*, *Droit et cultures*, n. 59, 2010, messo in linea il 6 luglio 2010 URL : <http://droitcultures.revues.org/2138>
- LEMOSSE M., *Les Anglais et le multiculturalisme*, in *Cahiers de l'URMIS*, n. 6, 2000, pp. 21-35 rintracciabile sul sito <http://urmis.revues.org/index321.html>.
- LIBERATI A., *La disciplina dell'immigrazione e i diritti degli stranieri*, Cedam, Padova, 2009.
- LONG J., *Kafalah: la Cassazione fa il passo del gambero*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 7-8, I, 2010, pp. 835-839.
- LONG J., *Ancora sul ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, XI, n. 2, 2009, pp. 112-118.
- LONG J., *Kafala e ricongiungimento familiare*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2008, pp. 73-90.
- LONG J., *Sì al ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*, in *Stranieri*, 2008, pp. 1232 -1238.
- LONG J., *I confini dell'affidamento familiare e dell'adozione*, in *Dir. famiglia*, n. 3, 2007, pp. 1432-1441.
- LONG J., *Il ricongiungimento familiare del minore affidato con Kafala*, in *Dir. famiglia*, n. 4, 2007, pp. 1835-1836.
- LOWE N., DOUGLAS G., *Bromley's Family Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

- MCKEE R., *Children*, in David Jackson and George Warr (eds) *Immigration: Law and Practice*, Sweet & Maxwell, London, 2005.
- MARRIN M., *Tolerate Sharia, Yes, But Never Respect It*, in *Sunday Times* (London), 6 July, 2008
- MATTEI U., *Efficiency in Legal transplant. An essay in Comparative Law and Economics*, in *Int. rev. Law and Econ.*, n. 3, 1994.
- MAURI L., MICHELI G., (a cura di), *Diritti di cittadinanza e immigrazione straniera*, Franco Angeli, Milano, 1992.
- MAYSS A., *Principles of conflict of laws*, Cavendish Publishing Limited, London, 1999.
- MBALA F., *Adoption internationale: lorsque le pays d'origine prohibe l'adoption*, nota alla Cour d'appel de Paris 29 Avril 2003, in *Rec. Dalloz*, n. 7, 2004.
- MCKEE R., *Children*, in D. JACKSON and G. WARR (eds.) *Immigration: Law and Practice*, Sweet & Maxwell, London, 2005.
- MEHDI R., PETERSEN H., REENBERG S. E., WOODMAN GORDON R., (eds), *Law and Religion in Multicultural Societies*, DJOF Publishing, Copenhagen, 2008.
- MELOTTI U., *Gli immigrati arabi in Europa*, in OPERTI L., *Cultura araba e società multietnica: per un'educazione interculturale*, Torino, 1998.
- MENSKI W., *Law, religion and culture in multicultural Britain*, in *Law and Religion in Multicultural Societies*, DJOF Publishing, Copenhagen, 2008, pp. 43-63.
- MENSKI W., *Comparative Law in a global contest. The legal system of Asia and Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- MERNISSI F., *Islam e democrazia. La paura della modernità*, (trad. it.) di E. CHIAPPO e G. MICCICHÈ, Giunti, Firenze, 2002.
- MIELE M., *Ripudio iraniano della moglie già cittadina italiana e riflessi (delibatorii o internazionalprivatistici?) nel nostro ordinamento*, in *Foro pad.*, I, 1967, pp. 510-527.

- MIRANDA A., *La privatizzazione del diritto di famiglia: il modello di Common Law*, in A. Dagnino (cur.) *Alambicco del Comparatista II: Matrimonio, Matrimonii*, Giuffrè, Milano, 2000. pp. 368-392.
- MIRANDA A., *Scelte esistenziali ed educative dei minori in diritto inglese ed italiano*, in *Rass. Civ.*, 1986, pp.1022-1068.
- MORMILE L., *Attuazione dei diritti fondamentali e multiculturalismo: il diritto all'identità culturale*, in *Famiglia*, n. 1, 2004, pp. 57-109.
- M'SALHA M., *Qu'en est-il aujourd'hui de la polygamie et de la répudiation en droit marocain*, in *RIDC*, n. 1, 2001, pp. 171-187.
- MURPHY J., *International Dimensions in Family Law*, Manchester University Press, Manchester, 2005.
- NAJM M. C., *Le sort des répudiations musulmanes dans l'ordre juridique français. Droit et idéologie(s)*, in *Droit et Cultures*, n. 59, 2010, pp. 203-219, al sito <http://droitetcultures.revue.org/2070>.
- O'HALLORAN K., *The Politics of Adoption: International Perspectives on Law, Policy & Practice*, Springer, Dordrecht/London, 2006.
- OBERTO G., *Matrimoni misti e unioni paramatrimoniali: ordine pubblico e principi sovranazionali*, in *Famiglia e diritto*, n. 1, 2010, pp. 75-88.
- OKIN S. MOLLER, *Is Multiculturalism bad for women?* In *Boston Review*, vol. 22, n. 5, 1997, ora in OKIN S. MOLLER with Respondents, *Is Multiculturalism bad for women?*, Ed. by Joshua Cohen, Matthew Howard, and Martha C. Nussbaum, Princeton University Press, Princeton, 1999, pp. 9-24.
- ORLANDI M., *La kafalah di diritto islamico e il diritto al ricongiungimento familiare: una interessante pronuncia del Tribunale di Biella*, in *Dir. fam*, 2007, pp. 1810-1862.

- ORLANDI M., *La kafala islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Dir. fam*, 2005, pp. 635-665.
- PACINI A., *I musulmani in Italia. Dinamiche organizzative e processi di interazione con la società e le istituzioni italiane*, in S. Ferrari (a cura di), *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, Il Mulino, 2000.
- PALERMO P., *Ricongiungimenti familiari solo per gli stranieri e non per i cittadini: il caso della kafalah*, in *Diritto e Giustizia*, 2010, pp. 116 - 134.
- PARISI F., *Cultura dell' "altro" e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010.
- PARISI M., *Formazione civile e formazione religiosa: la questione delle "scuole di tendenza" e l' Islam*, in *Dir. Famiglia*, 2008.
- PASTORE B., *Identità culturali e convivenza nell'Unione Europea*, in rivista online *I Quaderni europei*, Working Paper, n. 3, 2010, al link [http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/serie\\_speciale/3\\_2010.pdf](http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/serie_speciale/3_2010.pdf).
- PASTORE F., *Famiglie immigrate e diritti occidentali. Il diritto di famiglia musulmano in Francia ed in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 1, 1993, pp. 73-117.
- PASTORE F., *Immigrazione e pluralismo normativo. Le famiglie straniere di fronte al diritto francese*, in *Working Papers "Materiali di Discussione e Ricerca"*, Department of Legal Sociology, University of Torino, n. 3, Ottobre, 1992.
- PEARL D., MENSKI W., *Muslim family law*, Sweet & Maxwell, London, 1998.
- PEARL D., *Recognition of the talaq*, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 43, 1984, pp. 49-54.

- PENTASSUGLIA G., *Minority Groups and Judicial Discourse in International Law. A Comparative Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.
- PICONE P., *L'art. 65 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato e il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2000, pp. 381-396.
- PIOMELLI G., *Il matrimonio tra cattolici e musulmani: fra multiculturalismo, ecumenismo e normativa canonica*, in *Dir. eccl.*, n. 2, 2002, pp. 731-781.
- PIZZOLANTE G., *La kafala islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Intern. Proc. Priv.*, 2007, pp. 947-959.
- POLLINI G., SCIDÀ G., *Sociologia delle migrazioni e della società multietnica*, Angeli, Milano, 2002.
- POLONSKY M., *Non-Judicial Divorces by English Domiciliaries*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 22, 1973, pp. 343-349.
- POULTER S., *English law and ethnic minority customs*, Butterworths, London, 1986.
- PROBERT R., *Hyde v. Hyde: defining or defending marriage?*, in *Child and Family Law Quarterly*, vol. 19, n. 3, 2007, pp. 322- 336.
- RACHELI L., *La Kafalah di diritto islamico è un presupposto per il ricongiungimento familiare*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2008, pp. 891-896.
- REHMAN J., *The Sharia, Islamic Family Laws and International Human Rights Law: Examining the Theory and Practice of Polygamy and Talaq*, in *Int. J Law Policy Family*, 2007, pp. 108-127.
- RENTELN A. DUNDES, *The Cultural Defence*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

- RESCIGNO P., *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in *Familia*, 2004, pp. 436 e ss.
- RICHARD J., WELHENGAMA G., *Ethnic minorities in English Law*, Tretham Books, London, 2000.
- SACCO R., *Introduzione al Diritto comparato in Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 1992.
- SACCO R., *Le grandi linee del sistema giuridico somalo*, Giuffrè, Milano, 1985.
- SARTORI G., *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multietnica*, Rizzoli, Milano, 2002.
- SCALISI V., *La «famiglia» e le «famiglie»*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, in Atti del Convegno di Verona, 14-15 giugno 1985, dedicato alla memoria di L. Carraro, CEDAM, Padova, 1986.
- SCIOLLA L., *Sociologia dei processi culturali*, Il Mulino Manuali, Bologna, 2002.
- SHAH P., *Transnational Hindu law adoption: recognition and treatment in Britain*, in *International Journal of Law in Contest*, Vol. 5, n. 2, 2009, pp. 107-130.
- SHAH P., *Law and Ethnic Plurality, Socio-Legal Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden- Boston, 2007.
- SHAH P., *Legal pluralism in conflict: coping with cultural diversity in law*, Glasshouse press, London, 2005.
- SHAH P., *Attitudes to polygamy in English Law*, in *ICLQ*, vol. 52, April 2003, pp. 369-400.
- SINAGRA A., *Ripudio-divorzio islamico ed ordine pubblico italiano*, in *Dir. Famiglia*, n. 1, 2007, pp. 156-168.
- STATSKY W. P., *Family Law: The Essentials*, Delmar Learning -The West Legal Studies Series, New York, 2004.

TRIGG R., *Religion in public life: must faith be privatized?*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

UNION OF MUSLIM ORGANISATIONS OF THE UNITED KINGDOM AND EIRE, *Why Muslim family law for British Muslims?* London, 1983, UMO.

VERCELLIN G., *Istituzioni del mondo musulmano*, Torino, 1996.

VIOLA F., *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in *Quaderni di dir. pen. com., intern. ed europeo*, 2006, pp. 37-56.

VIOLA F., *La società multiculturale come società politica*, in *Studi emigrazione*, XLI, 2004, pp. 83-90.

VITALE E., *Liberalismo e Multiculturalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2000.

WATSON A., *Legal transplants: an approach to Comparative Law*, Charlottesville, Edimburgo, 1974.

WAUTELET P., *La répudiation répudié*, in *Revue de la Faculté de droit de Liège*, 2004, pp. 257-268.

WHITE HEAD D., *Family portraits*, in *New law journal*, 2007, pp.1452-1454.

- YILMAZ I., *Muslim Laws, Politics and Society in Modern Nation States. Dynamic Legal Pluralisms in England, Turkey and Pakistan*, Ashgate Publishing Limited, London, 2005.
- YILMAZ I., *The challenge of post-modern legality and Muslim legal pluralism in England*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, April 2002, Vol. 28, n. 2, pp. 343-354.
- YILMAZ I., *Law as Chameleon: The Question of Incorporation of Muslim Personal Law into the English Law*, in *Journal of Muslim Minority Affairs*, Vol. 21, n. 2, 2001, pp. 297-308.
- YOUNG I., *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990.
- YOUNSI H. N., *La kafala en droit algérien*, in *L'enfant et les familles nourricères en droit comparé*, a cura di J. Poussot-Petit, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1997.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992
- ZANETTI G., *L'etica della cura e dei diritti*, in *Ragion Pratica*, n. 23, 2004, pp. 523-544.
- ZANFRINI L., *Sociologia della convivenza interetnica*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

## Sitografia

[www.altalex.it](http://www.altalex.it)

[www.apaerk.org](http://www.apaerk.org)

[www.cncdh.fr](http://www.cncdh.fr)

[www.diplomatie.gouv.fr](http://www.diplomatie.gouv.fr)

[www.droitcultures.revues.org](http://www.droitcultures.revues.org)

[www.droitcultures.revue.org](http://www.droitcultures.revue.org)

[www.europa.eu](http://www.europa.eu)

[www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

[www.go.warwick.ac.uk](http://www.go.warwick.ac.uk)

[www.hci.gouv.fr](http://www.hci.gouv.fr)

[www.home.heinonline.org](http://www.home.heinonline.org)

[www.ials.sas.ac.uk](http://www.ials.sas.ac.uk)

[www.infoleges.it](http://www.infoleges.it)

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

[www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk)

[www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com)

[www.social.gouv.fr](http://www.social.gouv.fr)

[www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)

[www.ukba.homeoffice.gov.uk](http://www.ukba.homeoffice.gov.uk)

[www.ukvisas.gov.uk](http://www.ukvisas.gov.uk)

[www.urmis.revues.org](http://www.urmis.revues.org)