

ORDINE PUBBLICO COSTITUZIONALE E RAPPORTI
FAMILIARI: I CASI DELLA POLIGAMIA E DEL RIPUDIO

*CONSTITUTIONAL PUBLIC POLICY AND FAMILY
RELATIONSHIPS: POLYGAMY AND REPUDIATION AS CASE STUDIES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 604-627



Marco
RIZZUTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de julio de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: Il contributo mira ad analizzare l'evoluzione del contenuto che i principi costituzionali imprimono alla clausola internazionale-privatistica dell'ordine pubblico nella materia familiare, in un contesto in cui sono profondamente mutati i modelli di riferimento.

In particolare, vengono prese in considerazione le problematiche connesse all'operare della clausola in questione laddove si tratti del riconoscimento degli effetti di istituti come la poligamia ed il ripudio, con cui i crescenti flussi migratori creano sempre più frequenti occasioni di confronto.

PALABRAS CLAVE: Costituzione, ordine pubblico, poligamia, ripudio.

ABSTRACT: *The papers deals with the evolution of the concept of public policy in the light of the constitutional principles, having particular regard to private international law and to the new emerging family models.*

More specifically, we take into consideration the issues related with the recognition of effects to alien legal institutions, such as polygamy or repudiation, that are increasingly challenging our concepts of public policy in connection with the increase in migratory flows.

KEY WORDS: *Constitution, public policy, polygamy, repudiation.*

SUMARIO.- I. PREMESSE.- II. FAMIGLIE E COSTITUZIONI.- III. IL CASO DELLA POLIGAMIA.-
4. IL CASO DEL RIPUDIO.

I. PREMESSE.

I crescenti fenomeni migratori impongono anche ad ordinamenti che, come quello spagnolo o quello italiano, hanno avuto una più breve esperienza storica al riguardo, di confrontarsi sempre più spesso con le problematiche nascenti dal confronto con istituti di diritto familiare e successorio radicalmente diversi da quelli della nostra tradizione. In questa sede prenderemo in considerazione, naturalmente senza pretese di esaustività, le ipotesi, almeno a prima vista, per noi più nettamente “aliene”, ma assai diffuse in altri contesti, del matrimonio poligamico e del divorzio per ripudio maritale.

La clausola generale su cui tende a gravare il peso di tali questioni è tuttora quella del cosiddetto ordine pubblico. Il diritto internazionale privato si fonda, infatti, sull'idea per cui in linea di massima gli effetti di istituti retti da leggi diverse da quella interna devono essere accettati, purché non entrino in rotta di collisione con un nucleo di principi irrinunciabili, sulla cui definizione e portata si gioca poi tutta l'impostazione di una problematica che, nell'odierno contesto storico, è evidentemente tornata ad essere di grande attualità².

- 1 Parafrasando la nota e fortunata espressione di DE NOVA, G.: “*The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy: il contratto alieno*”, in *Dir. comm. internaz.*, 2007, p. 3 ss.; nonché ID.: *Il contratto alieno*, Torino, 2008; ID.: “I contratti derivati come contratti alieni”, in *Riv. dir. priv.*, 2009, pp. 15-21.; ID.: “Il contratto alieno e le norme materiali”, in *Riv. dir. priv.*, 2009, pp. 25-29; ID.: *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011; ID.: “*The alien contract*”, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 487 ss. Al riguardo cfr. anche GENTILI, A.: “A proposito di De Nova: *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*”, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 133 ss.; FUSARO, A.: “Una convenzione aliena per regolare i rapporti patrimoniali tra coniugi?”, in *Riv. not.*, 2013, p. 859 ss.; SARTORI, F.: “Divagazioni in tema di causa del contratto municipale (alieno) derivato”, in *Studi in onore di G. De Nova*, Milano, 2015, IV, p. 2745 ss.; SIRENA, P.: “Il contratto alieno del diritto comune europeo della vendita (CESL)”, *ibidem*, p. 2819 ss.
- 2 La letteratura sull'indefinibile formula dell'ordine pubblico è vastissima, per cui, senza pretese di completezza, ci limiteremo a menzionare: BADIALI, G.: *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963; PALADIN, L.: “Ordine pubblico”, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965, XII, p. 130 ss.; BARILE, G.: *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (l'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969; FERRI, G.B.: *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; GUARNERI, A.: *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti nel diritto civile*, Padova, 1974; PALAIA, N.: *L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1974; BENVENUTI, P.: *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977; PANZA, G.: “Ordine pubblico, Teoria generale”, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1 ss.; LONARDO, L.: *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993; MOSCONI, F.: “Qualche considerazione sugli effetti dell'eccezione di ordine pubblico”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp. 5-14; EMANUELE, C.F.: “Prime riflessioni sul concetto di ordine pubblico nella legge di riforma del diritto internazionale privato italiano”, in *Dir. fam.*, 1996, p. 326 ss.;

• Dr Marco Rizzuti

Assegnista di Ricerca, Università degli Studi di Firenze, “Abilitato alle funzioni di Professore di II fascia per Diritto Privato. Correo electrónico marco.rizzuti@unifi.it

Sono peraltro in atto profonde trasformazioni per quanto attiene al significato della clausola in discorso, specie, ma beninteso non solamente, con riguardo alla materia familiare. Ciò dipende sia dall'impatto dei principi costituzionali, che rappresentano, forse non l'unico³, ma certo un fondamentale punto di riferimento per la delimitazione di che cosa sia davvero "d'ordine pubblico", sia dalle recenti metamorfosi di istituti interni, che inevitabilmente occorre tener presenti nel tentativo di delineare parametri di valutazione accettabili per gli effetti di quelli esterni⁴.

II. FAMIGLIE E COSTITUZIONI.

Storicamente la nozione di ordine pubblico, sia nel senso interno sia in quello internazional-privatistico, nasce nell'era delle codificazioni moderne, in quella fase cioè in cui lo Stato aveva assunto il monopolio della giuridicità, assoggettando quindi i prodotti dell'autonomia privata ad un controllo di compatibilità con i principi fondamentali del nuovo ordine politico post-rivoluzionario. In un contesto di legalismo imperante, la fonte principale, se non esclusiva, di tali principi non poteva dunque che essere il Codice, vera costituzione materiale del rinnovato assetto della società⁵.

Con più specifico riferimento alla famiglia, la sua configurazione codicistica rappresentava il momento culminante di un processo storico di ben più lunga durata, che aveva allontanato la materia dall'ambito delle relazioni di fatto tra privati, secondo l'originario modello che era stato proprio del mondo romano⁶, e

ANGELINI, F.: *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007; FERACI, O.: *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012; BARBA, V.: "L'ordine pubblico internazionale", in PERLINGIERI, G., D'AMBROSIO, M.: a cura di, *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 409 ss.; PERLINGIERI, P.: "Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico", in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furgiele*, Mantova, 2017, I, p. 355 ss.

- 3 Non è detto, infatti, che debba essere necessariamente condivisa la tesi restrittiva estrema, abbracciata per impostare la soluzione di una celebre causa in materia di omogenitorialità da Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con nota di FERRANDO, G., in base alla quale si avrebbe violazione dell'ordine pubblico soltanto in caso di contrasto con i valori costituzionali primari, inderogabili anche per il legislatore interno e sottratti alla stessa possibilità di revisione costituzionale.
- 4 Invero, è assai arduo definire contrastante con l'ordine pubblico l'effetto di un istituto straniero che in sostanza risulti identico a quello che può legittimamente prodursi in seguito all'operare di uno interno. Così, ad esempio, il Landgericht Hamburg, 12 febbraio 1991, in *IPRSpr*, 1991, p. 264, ha avuto occasione di statuire che l'applicazione della legge successoria iraniana, che riconosce alle figlie femmine del *de cuius* una porzione di eredità ridotta rispetto a quella dei maschi, non è in contrasto con l'ordine pubblico in quanto al medesimo assetto si sarebbe potuti arrivare se il padre, avvalendosi del diritto tedesco, avesse lasciato al figlio tutta la disponibile ed alla figlia la sola legittima.
- 5 Si vedano, per tutti, TARELLO, G.: *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, e GROSSI, P.: *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.
- 6 Sulla concezione romana del *matrimonium* come *res facti* analoga al possesso si vedano: ALBERTARIO, E.: "*Honor matrimonii et affectio maritalis*", in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, p. 195 ss.; Id.: "L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano", *ibidem*, p. 211 ss.; Id.: "Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino", *ibidem*, p. 229 ss.; VOLTERRA, E.: *La conception du mariage d'après les juristes Romains*, Padova, 1940; Id.: "Matrimonio (diritto romano)", in *Enc. Dir.*, Milano, 1975, p. 726 ss.; Id.: "Precisioni in tema di matrimonio classico", in *Bull. Ist. Dir. Rom.*, 1975,

di altre società tradizionali⁷, per assegnare un ruolo preponderante ai controlli delle autorità sulla formazione del rapporto ed all'eterointegrazione della sua disciplina, funzionalizzata all'assolvimento di superiori finalità pubblicistiche. Si trattava, quindi, notoriamente, della provincia civilistica in cui massima era l'incidenza dell'ordine pubblico, mentre assai poco spazio residuava per l'autonomia privata⁸.

Invero, sulla base di tali coordinate sistematiche, non vi potevano essere dubbi sulla necessità di ricondurre all'area dell'inderogabilità, intesa come limite imposto sia ai poteri configurativi dei soggetti dell'ordinamento sia agli effetti eventualmente tollerabili di istituti stranieri, tutti i caratteri dell'unico modello familiare che i Codici riconoscevano: il matrimonio eterosessuale, patriarcale, monogamico ed indissolubile.

Le Carte ottocentesche, invece, tendevano a disinteressarsi dell'assetto delle relazioni familiari, per cui è soltanto con il nuovo costituzionalismo del secolo successivo che un problema di incidenza di principi assiologici sovraordinati sul concetto di ordine pubblico *in subiecta materia* ha iniziato a prospettarsi in una maniera più significativa. Il punto a nostro avviso fondamentale è che le Costituzioni novecentesche spesso non si ponevano come obbiettivo quello di ratificare il preesistente modello di famiglia, bensì, rifacendosi semmai ad istanze affacciate in epoca rivoluzionaria, ma successivamente soffocate dalle codificazioni⁹, quello

p. 245 ss.; GIUNTI, P.: "Il matrimonio romano tra *res facti* e regolamentazione legislativa", in *Civitas e Civilitas. Scritti in onore di F. Guizzi*, II, Torino, 2013, p. 879 ss.

- 7 Ancora oggi in alcuni diritti tradizionali sudafricani il rapporto matrimoniale si considera perfezionato non per effetto di uno specifico e singolo atto negoziale, ma in seguito ad una più ampia vicenda procedimentale che, a seconda dei casi, può includere varie negoziazioni, il pagamento del *lobolo* da parte dello sposo, tutta una serie di differenti cerimonie, un certo periodo di coabitazione, la nascita di un figlio, e così via: cfr. NICHOLS, J.A.: "Multi-tiered marriage: reconsidering the boundaries of civil law and religion", in *Id.*, a cura di: *Marriage and Divorce in a Multicultural Context. Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge MA, 2012, p. 52.
- 8 La relazione senatoria al Codice Civile italiano del 1865 faceva propria la formula di matrice napoleonica della potestà maritale e paterna come "*magistrature domestique*" e lo stesso G. Pisanelli collocava il diritto di famiglia in un *tertium genus* a metà fra diritto pubblico e privato (cfr. UNGARI, P.: *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, 1974, p. 235, nt. 7). Una ancor più accentuata esaltazione del profilo amministrativistico, tale da rendere la materia familiare nettamente autonoma dal diritto privato, si ebbe quindi con l'impostazione di CICU, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914 (rist. Bologna 1978, con "Lettura" di SESTA, M.), che concepiva la famiglia come ente pubblico e ravvicinava dunque la potestà familiare all'imperio statale, in quanto potere che origina non dalla volontà contrattuale, ma dal carattere necessario del gruppo, e che si esercita discrezionalmente nell'interesse del gruppo stesso. Tale concezione avrebbe quindi conosciuto un discreto successo sotto il fascismo, essendo pienamente funzionale alla strumentalizzazione del diritto di famiglia per il raggiungimento degli obbiettivi pubblicistici di incremento demografico e di difesa della razza (cfr. UNGARI, P.: op. cit., pp. 220-232).
- 9 Il periodo giacobino, nel clima segnato dal "parricidio nazionale" del Re e da un conflitto che fu anche intergenerazionale, aveva conosciuto la proclamazione dell'eguaglianza fra figli legittimi e naturali, rafforzata dalla sostanziale eliminazione della libertà di testare, e persino fermenti profemministi (cfr. GARAUD, M.: *La Révolution française et la famille*, Paris, 1978; MULLIEZ, J.: "Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité", in AA. VV.: *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale?*, Actes du colloque d'Orléans, I, Paris, 1988, p. 373 ss.; DESAN, S.: "Qu'est-ce qui fait un père? Illégitimité et paternité de l'an II au Code civil", in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2002, pp. 935-964; EAD., *Family on Trial in Revolutionary France*, Berkeley, 2004; VERJUS, A.: *Il buon marito. Politica e famiglia negli anni della Rivoluzione francese*, Paris, 2010, trad. it., Bari, 2012), ma l'ostilità verso tali "eccessi", associati con gli anni del Terrore, era emersa già col Termidoro e si affermò sotto Napoleone, influenzato forse anche dalle "*turqueries juridiques*", cioè dalla simpatia per il diritto di famiglia islamico conosciuto in Egitto (UNGARI,

di introdurre cambiamenti di una portata radicale, che oggi può forse sfuggire solo perché i testi normativi sono stati in seguito, e non senza fatica, adeguati ai nuovi valori.

Così la Costituzione Weimariana, dai più considerata l'archetipo del modello novecentesco, imperniava la regolazione degli istituti familiari sull'eguaglianza fra i coniugi e su quella fra i figli legittimi e naturali, entrambi principi che, rispetto all'impianto accolto solo pochi anni prima dal BGB, rappresentavano degli elementi di netta rottura¹⁰. Di lì a poco, la Costituzione Repubblicana spagnola, oltre a recepire tali principi, sanciva inoltre il diritto al divorzio¹¹.

Successivamente, quello dell'eguaglianza nei rapporti tra i coniugi, tra i figli e tra i diversi modelli familiari, è divenuto un principio fondamentale, accolto da quelle fonti sovranazionali ed europee che rappresentano l'imprescindibile complemento dell'odierno costituzionalismo dei diritti umani¹². Da parte sua, il

P.: op. cit., p. 99), ma senz'altro da una *forma mentis* militarista e gerarchica, per cui "le mari doit avoir un pouvoir absolu et le droit de dire à sa femme: 'Madame, vous ne sortirez pas, vous n'irez pas à la comédie, vous ne verrez pas telle ou telle personne.'" (cfr. SAADA, L.: "Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les questions familiales", in *Napoleonica*, 2012, 2, p. 46).

- 10 L'art. 119 della Costituzione tedesca del 1919 proclamava che il matrimonio "beruht auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter" (nella traduzione di MORTATI, C.: *La Costituzione di Weimar*, Firenze 1946: "è fondato sull'uguaglianza dei due sessi"), mentre in forza del successivo art. 121 "Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche, seelische und gesellschaftliche Entwicklung zu schaffen wie den ehelichen Kindern" (nella già citata traduzione: "Ai figli illegittimi sono dalla legge garantite le stesse condizioni dei legittimi, onde assicurare il loro sviluppo corporale, spirituale e sociale"). Peraltro, nemmeno il regime nazista si dimostrò particolarmente reazionario in materia di famiglia, procedendo anzi ad una liberalizzazione del divorzio, ed in seguito alla sua caduta i principi costituzionali dell'eguaglianza di genere e di quella tra tutti i figli trovarono una nuova costituzionalizzazione con gli artt. 3 e 6 della nuova *Grundgesetz* del 1949.
- 11 Secondo l'art. 43 della Costituzione spagnola del 1931: "El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa... Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él." Peraltro, in una prima bozza, mai approvata, dello stesso articolo si prevedeva addirittura una sorta di discriminazione al contrario, con la sola moglie che, in quanto parte socialmente debole, avrebbe avuto diritto ad un divorzio unilaterale libero, senza bisogno della giusta causa, come avevano a suo tempo auspicato alcuni pensatori settecenteschi (cfr. PHILLIPS, R.: *Putting Asunder. A History of Divorce in Western Society*, New York, 1988, p. 171; ANTOKOLSKAIA, M.: *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, Antwerp-Oxford, 2006, p. 250, nt. 116). L'avvento del franchismo mise ben presto fine a quell'esperienza giuridica, per cui anche tali radicali riforme conobbero la stessa sorte toccata nel Portogallo salazarista al rivoluzionario *Decreto de 3 de Novembro de 1910*, introduttivo del divorzio, ma i principi dell'eguaglianza tra i coniugi e tra i figli sarebbero poi riemersi con gli artt. 32 e 39 della nuova Costituzione spagnola del 1978, mentre l'art. 36 di quella portoghese del 1976 riaffermava, oltre ad essi, anche il diritto al divorzio.
- 12 L'art. 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, sancisce che i coniugi "are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution", ed il VII Protocollo Addizionale alla Convenzione EDU, firmato a Strasburgo il 22 novembre 1984, con una formula più analitica prevede che essi "shall enjoy equal rights and responsibilities of private law character between them and in their relations with their children as to marriage, during marriage and in the event of its dissolution". Da parte sua, la Corte EDU, sin dalla sentenza sul caso *Marckx c. Belgique*, 13 giugno 1979, n. 6833/74, ha ritenuto inammissibile la discriminazione tra figli legittimi e naturali, mentre, con quella sul caso *Oliari & Others vs. Italy*, 21 luglio 2015, nn. 18766/11 e 36030/11, ha recentemente condannato il totale diniego di un riconoscimento delle famiglie same-sex. Invero, come osserva JOPPEKE, C.: "Multiculturalism by Liberal Law. The Empowerment of Gays and Muslims", in *European J. of Sociology*, 2017, 1, pp. 1-32, il costituzionalismo liberale dei diritti umani tende di per sé ad implicare un certo grado di multiculturalismo, inteso *lato sensu* come accettazione di differenti "ways of life", per l'appunto da quello degli omosessuali a quello degli immigrati musulmani.

divorzio è divenuto un istituto di generalizzata applicazione e di sempre più facile accessibilità, tanto che il sistema di diritto internazionale privato euro-unitario si è incaricato anche di provvedere uno specifico meccanismo per rimediare all'ipotesi in cui una legge nazionale non dovesse contemplarlo¹³.

Alla luce di un siffatto quadro complessivo occorre leggere anche l'esperienza costituzionale italiana, con tutte le sue peculiarità. Alcune effimere esperienze del primo Novecento vi avevano rappresentato, in un caso, la prima netta affermazione del principio di eguaglianza senza distinzione di sesso¹⁴, e, in un altro, invece, l'estremizzazione della concezione autoritaria che vedeva la famiglia come necessariamente funzionalizzata al perseguimento di superiori interessi statali¹⁵. Com'è noto, è anche in contrapposizione a queste ultime tendenze che va letta la chiara opzione della Costituzione Repubblicana per il riconoscimento dell'autonomia della famiglia, come "*società naturale*", nei confronti dello Stato¹⁶, cui si accompagnava peraltro un atteggiamento piuttosto prudente, con la configurazione dell'eguaglianza coniugale e di quella tra figli come derogabili¹⁷, mentre per poco non

- 13 Benché la giurisprudenza di Strasburgo abbia sempre escluso che sussista un obbligo convenzionale al riguardo (cfr. CEDU, 18 dicembre 1986, *Johnston & Others vs. Ireland*, n. 9697/82, e CEDU, 18 dicembre 1987, *F. vs. Switzerland*, n. 11329/85, nonché più di recente CEDU, 22 novembre 2016, *Piotrowski vs. Poland*, n. 8923/12 e CEDU, 10 gennaio 2017, *Babiarz vs. Poland*, n.1955/10), tutti i Paesi europei hanno però ormai introdotto il divorzio. L'art. 10 del Regolamento UE n. 1259 del 20 dicembre 2010, sul diritto internazionale privato del divorzio e della separazione personale, prevede peraltro una deroga agli ordinari criteri di determinazione della legge applicabile, qualora essa "non preveda il divorzio o non conceda a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio".
- 14 L'art. 4 della dannunziana Carta del Carnaro del 1920 proclamava che "Tutti i cittadini della Repubblica senza distinzione di sesso sono uguali davanti alla legge", senza eccezioni o temperamenti di sorta. Anzi, il rifiuto di ogni distinzione di sesso si ritrovava anche nell'art. 2, con riguardo alla sovranità collettiva dei cittadini della democrazia diretta, nell'art. 5, per quanto attiene ai diritti all'istruzione, al lavoro, all'assistenza ed all'*habeas corpus*, e persino nell'art. 35 con riferimento al dovere del servizio militare.
- 15 Secondo l'art. 71 del Progetto di Costituzione per la R.S.I. del 1943, "La Repubblica considera l'incremento demografico come condizione per l'ascesa della Nazione e per lo sviluppo della sua potenza militare, economica, civile", mentre l'art. precisava che "La politica demografica della Repubblica si svolge con tre finalità essenziali: numero, sanità morale e fisica, purezza della stirpe". A siffatte disposizioni si ricollegava dunque il successivo art. 73: "Presupposto della politica demografica è la difesa della famiglia, nucleo essenziale della struttura sociale dello Stato. La Repubblica la attua proteggendo e consolidando tutti i valori religiosi e morali che cementano la famiglia, e in particolare: col favore accordato al matrimonio, considerato anche quale dovere nazionale e fonte di diritti, perché esso possa raggiungere tutte le sue alte finalità, prima: la procreazione di prole sana e numerosa; col riconoscimento degli effetti civili al sacramento del matrimonio, disciplinato nel diritto canonico; col divieto di matrimonio di cittadini italiani con sudditi di razza ebraica, e con la speciale disciplina del matrimonio di cittadini italiani con sudditi di altre razze o con stranieri; con la tutela della maternità; con la prestazione di aiuti e assistenza per il sostenimento degli oneri familiari. Speciali agevolazioni spettano alle famiglie numerose".
- 16 Nel suo intervento alla seduta dell'Assemblea Costituente del 6 novembre 1946, A. Moro osservava, infatti, che: "la famiglia ha una sua sfera di ordinamento autonomo nei confronti dello Stato, il quale, quando interviene, si trova di fronte ad una realtà che non può menomare né mutare".
- 17 Il generale principio di eguaglianza "senza distinzione di sesso" di cui all'art. 3, comma 1, Cost., subiva infatti una pesante attenuazione in ambito coniugale, in quanto l'art. 29, comma 2, Cost. consentiva di limitarlo "a garanzia dell'unità familiare" sino a svuotarne la portata concreta (cfr. SANTORO PASSARELLI, F.: "Il governo della famiglia", in *Iustitia*, 1953, p. 377 ss.; CARNELUTTI, F.: "La parità dei coniugi e l'ordinamento giuridico italiano", in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 115 ss.; FERRI, G.B.: "Le eguaglianze tra coniugi", in AA.VV. *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Napoli, 1975, pp. 335-347). Analogamente, l'art. 30, comma 3, Cost. riconosceva ai figli nati fuori del matrimonio solo quella misura di tutela che risultasse "compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima".

si era persino arrivati ad una costituzionalizzazione dell'indissolubilità¹⁸. Soltanto nei decenni successivi, in seguito alle profonde trasformazioni della società e quindi della legislazione ordinaria, oltre che per effetto dell'ancoraggio dell'ordinamento italiano al quadro europeo e sovranazionale, si è potuta affermare una concezione realmente rinnovata dei paradigmi familiari¹⁹.

Alla luce dell'odierno sistema italo-europeo delle fonti, parrebbe dunque arduo poter ritenere inscritta al livello dei principi fondamentali l'inderogabilità di un modello familiare etero-determinato, magari inteso come "naturale" sulla base di una qualche strumentalizzazione del ricordato passaggio costituzionale²⁰,

- 18 In tal senso si era espressa la cattolicissima Costituzione irlandese del 1937, il cui art. 41, comma 3, proibiva l'introduzione del divorzio, nonché il riconoscimento dei divorzi stranieri, mentre il relativo comma 1 qualificava la famiglia "as the natural primary and fundamental unit group of Society, and as a moral institution possessing inalienable and imprescriptible rights, antecedent and superior to all positive law", ed il comma 2 sanciva l'impegno dello Stato a garantire il ruolo domestico della donna e quindi a fare sì che "mothers shall not be obliged by economic necessity to engage in labour to the neglect of their duties in the home". Un'ispirazione nella sostanza analoga animava una parte certo non irrilevante dei nostri Costituenti, ma l'esito compromissorio finale fu nel senso del silenzio circa l'indissolubilità, mentre l'art. 37 Cost. non considera certo quella della *donna lavoratrice* come un'ipotesi patologica da evitare, pur prescrivendo che le condizioni di lavoro dovranno comunque "consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare". Tuttavia, l'art. 7, comma 2, Cost., con formulazione quasi identica a quella dell'art. 8 del ricordato Progetto di Salò, aveva costituzionalizzato il riferimento ai Patti Lateranensi, il che avrebbe poi consentito ad alcuni giudici di dubitare della costituzionalità della l. 1° dicembre 1970, n. 898, introduttiva del divorzio, per violazione dei vincoli concordatari, ipotesi rigettata però, in un contesto sociale e culturale ormai nettamente mutato, da una serie di decisioni della Consulta (cfr. *ex multis* Corte Cost., 8 luglio 1971, n. 169, in www.giurcost.org).
- 19 Dopo la legge sul divorzio, fu la complessiva riforma di cui alla l. 19 maggio 1975, n. 151, a determinare il superamento delle concezioni istituzionali, ricostruendo i rapporti familiari sui pilastri della libertà personale e dell'eguaglianza tra i coniugi e tra i figli, ravvisandovi insomma una formazione sociale che, in linea col disposto dell'art. 2 Cost., viene tutelata in quanto momento di svolgimento della personalità e non certo come limite allo stesso (cfr. FURGIUELE, G.: *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, nonché ROSELLI, O.: "Libertà e famiglia. Oltre i recinti disciplinari: sensibilità costituzionalistica di un civilista", in *Scritti in onore di G. Furguele*, cit., II, pp. 211-217). Più di recente, ulteriori sviluppi in tal senso si sono avuti con la riforma della filiazione di cui alla l. 10 dicembre 2012, n. 219, ed al relativo d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, e quindi con la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze da parte della l. 20 maggio 2016, n. 76, ormai imprescindibile dopo la condanna in sede europea nella già ricordata vicenda *Oliari*. Nel nuovo contesto la discrasia tra eguaglianza di genere ed eguaglianza coniugale potrebbe semmai acquistare tutt'altro significato, nel senso che la pari dignità, morale e giuridica, tra le parti di un rapporto familiare deve essere riconosciuta anche avendo riguardo ai rapporti interni nelle coppie omoaffettive, in cui un'ipotetica diseguaglianza evidentemente non sarebbe anche una discriminazione in base al sesso.
- 20 Si è già fatto riferimento al disposto di cui all'art. 29, comma 1, Cost.: "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio". Prescindiamo pure in questa sede dalle note perplessità circa l'inesattezza semantica di una formula che pretende di fondare un'entità assunta come naturalistica su un istituto che è invece di diritto positivo (cfr. BIN, R.: "La famiglia: alla radice di un ossimoro", in *Studium Iuris*, 2000, p. 1066 ss.), ed anche dal dato, oggi difficilmente discutibile sul piano sociologico, per cui è di solito il preesistente rapporto familiare a fondare la sua successiva formalizzazione matrimoniale. Il punto che qui maggiormente interessa è però che i Costituenti con il richiamo alla naturalità miravano a riaffermare l'autonomia della famiglia rispetto all'etero-determinazione statale, ma non ad esprimere un giudizio negativo sulle famiglie "contro natura", e non tanto perché lì si voglia immaginare favorevoli al riconoscimento delle unioni omosessuali, quanto piuttosto perché negli Anni Quaranta la questione non era certo oggetto di un particolare dibattito, per cui ci sembrerebbe palesemente una forzatura pretendere di leggere nella predetta formula una ipotetica presa di posizione al riguardo. Insomma, come, a nostro avviso, non smentisce neanche Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Forum quad. cost.*, 23 aprile 2010, con nota critica di CROCE, M.: "Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale", l'introduzione delle nozze *same-sex* in Italia non è costituzionalmente necessaria ma nemmeno sarebbe costituzionalmente vietata.

o ricollegato alla tratatizia definizione che si attribuisce a Modestino²¹. Parrebbe semmai più credibile una lettura che da quei principi tragga un'indicazione nel senso del necessario rispetto, anche in ambito familiare, della libertà personale e dell'eguaglianza, in specie di quella di genere, avendo riguardo a tutti i soggetti coinvolti, ed in particolare a quelli più deboli e perciò bisognosi di tutela.

Ove si condividano tali valutazioni, se ne potrà ricavare qualche conseguenza anche per ciò che attiene al contenuto di cui si voglia riempire la clausola dell'ordine pubblico, guardando appunto ai vincoli di livello sovranazionale e costituzionale. Non tanto, dunque, un ordine pubblico "di direzione", che imponga cioè di rigettare i modelli familiari stranieri differenti dall'unico tradizionalmente riconosciuto, quanto piuttosto un nuovo ordine pubblico "di protezione", in forza del quale il riconoscimento degli effetti dei vari possibili modelli familiari non arrivi mai a conculcare la libertà e l'eguaglianza delle persone coinvolte. Che cosa concretamente possa derivare dall'adozione di una siffatta impostazione ci sembrano particolarmente adatti a dimostrarlo i due casi cui è intitolata questa breve riflessione.

21 Si allude al notissimo frammento del *liber primus regularum* di Modestino, per cui "*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*" (D.23.2.1). La romanistica ha ampiamente discusso sul problema se tale formula sia frutto di successive interpolazioni cristianeggianti (cfr. HRUZA, E.: *Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Familienrechtes*, Erlangen-Leipzig, 1894, p. 7 ss.; SOLAZZI, S.: *Consortium omnis vitae*, in *Annali della R. Università di Macerata*, 1929, p. 27 ss.) o sia invece autentica (cfr. ALBERTARIO, E.: "La definizione del matrimonio secondo Modestino", in *Studi in memoria di A. Albertoni*, Padova, 1933, p. 243 ss.; VOLTERRA, E.: *La conception du mariage*, cit., p. 37; FAYER, C.: *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia matrimonio dote*, Roma, 2005, p. 352). Ad ogni modo, tale definizione, come anche quella di Ulpiano, maestro di Modestino, che già nelle sue *institutiones* attribuiva allo "*ius naturale*" la "*maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus*" (D.1.1.1.3), potrebbe non essere stata la mera enunciazione di un precetto sapienziale valido sempre e comunque, ma, questa volta sì, l'espressione di una presa di posizione relativa ad uno specifico dibattito, connotato anche politicamente, come del resto sarebbe più in linea con l'approccio casistico tipico dei giureconsulti romani. All'epoca doveva essere, infatti, ancora assai viva l'impressione suscitata dal breve ma intenso regno di Elagabalo, sommo sacerdote della deità solare venerata ad Emesa, cui gli storici attribuirono condotte familiari sconvolgenti dal punto di vista del *mos maiorum*, quali il matrimonio come marito con una vestale e quello come moglie con un celebre auriga (CASSIO DIONE, *Storia romana*, 80, 9-16; ELIO LAMPRIDIO, *Historia Augusta, Vita di Elagabalo*, 10; GIBBON, E.: *Decadenza e caduta dell'impero romano*, London, 1776-1789, trad. it., Milano, 2010, I, pp. 138-139), e che ebbe fine quando nel 222 il dissoluto giovinetto fu ucciso dai pretoriani, colpito dalla *damnatio memoriae* e sostituito con il cugino Alessandro Severo, più romanizzato benché forse filocristiano, il quale, proprio sotto la guida di Ulpiano, anch'egli siriano, avrebbe sostituito il *governo delle donne e dei liberti con l'impero dei giuristi* (MAZZARINO, S.: *L'impero romano*, Roma-Bari, 1995, II, pp. 445-449). Gli studiosi moderni hanno sostenuto che tale ritratto di Elagabalo si debba essenzialmente agli ultimi fautori della *religio* tradizionale, intenzionati a farne una caricatura di Costantino, più fortunato sostenitore di un altro culto orientale a loro invisibile (cfr. ALTHEIM, F.: *Deus invictus: le religioni e la fine del mondo antico*, Reinbek bei Hamburg, 1957, trad. it. Roma, 2007, p. 158), ma vi è anche chi, occupandosi di tutt'altra questione, ha avuto modo di ipotizzare che presso certi suoi antenati, gli Iturei di Abae, una sorta di matrimonio omosessuale venisse praticato davvero (cfr. LONGO, O.: "La damigella di Epidauro. Anatomia di due travestiti", in *Id.: L'universo dei Greci. Attualità e distanze*, Padova, 2000, p. 63, nt. 21), ed al giorno d'oggi non si vede perché mai dovremmo necessariamente presumere che si trattasse soltanto di esagerazioni parodistiche e non invece di una realtà possibile, magari anch'essa oggetto a suo tempo di un dibattito non meno vivido di quello che abbiamo conosciuto noi, ma poi coperto, con l'eccezione di pochi frammenti, dai veli del tempo e della *damnatio memoriae*.

III. IL CASO DELLA POLIGAMIA.

Secondo un'impostazione tradizionale, la monogamia, in quanto carattere essenziale dell'unico modello familiare riconosciuto dall'ordinamento statale, poteva essere considerata senz'altro di per sé stessa un valore di suprema importanza²², e da tale premessa si sarebbe dunque potuto agevolmente dedurre un radicale diniego di qualunque efficacia ai rapporti scaturenti in via più o meno diretta da un coniugio poligamico ammesso da un ordinamento diverso. Invero, ciò non toglie che quando i contatti con siffatti ordinamenti ebbero iniziato a fornire una casistica concreta e non solo scolastica, come, almeno per quanto riguarda alcuni Paesi, accadeva già nei contesti coloniali assai prima che in quelli migratori, soluzioni così nette vennero ben presto abbandonate, onde evitare esiti poco pratici, oltre che spesso iniqui²³.

Oggi, però, nel rinnovato contesto ordinamentale in cui, come si diceva, è d'ordine pubblico non l'etero-determinazione di un unico modello familiare ammissibile, ma la protezione della libertà personale e dell'eguaglianza di genere nell'ambito di tutti i diversi modelli familiari, ivi compresi quelli che in passato apparivano ancor più inaccettabili della stessa poligamia sia sul piano teorico²⁴

22 Si potrebbe ricordare come, sino alla celebre sentenza di App. Milano, 20 maggio 1911 (presidente L. Mortara), in *Foro it.*, 1911, I, c. 124, l'orientamento dominante riteneva che dal principio monogamico si dovesse dedurre anche la rilevanza dell'*error virginitatis* come motivo di annullamento del matrimonio.

23 Come osservava il vicegovernatore del Punjab, l'estensione dell'impero britannico era così vasta che i suoi magistrati non potevano permettersi di "*absolutely ignore all family relations among the great majority of the human race, treating all wives among them as mere concubines, all children as bastards*" (FITZPATRICK, D.: "*Non-Christian Marriage*", in *J. of the Society of Comparative Legislation*, 1900, pp. 359-387). Così, ad esempio, i giudici inglesi ebbero modo di riconoscere piena rilevanza ai matrimoni poligamici contratti a Singapore secondo il diritto cinese, che all'epoca li ammetteva, laddove si trattasse di decidere le cause successorie tra sudditi cinesi relative a beni ereditari relitti in territorio coloniale, nelle quali si controverteva sulla portata della posizione di vantaggio riconosciuta da tale diritto alla moglie principale (*t'sai*) a scapito di quelle secondarie (*t'sips*): cfr. Supreme Court of Straits Settlement, *In the matter of the Estate of Choo Eng Choon (1908)* 12 S.S.L.R. 120, anche noto come il *Six Widows' Case*. Ancora più significativo ci sembra però l'orientamento inaugurato nel cuore della Francia d'oltremare da App. Alger, 9 febbraio 1910, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1913, p. 103, statuendo che la seconda moglie dello "straniero" (ma tale poteva essere anche l'algerino musulmano reso tale in casa propria), ed i loro figli, potevano vantare diritti successori sui beni relitti da lui in quello che all'epoca era territorio non coloniale ma metropolitano, senza che a ciò fosse d'ostacolo la pur ribadita contrarietà della poligamia all'*ordre public*.

24 Secondo una notissima impostazione tradizionale, il matrimonio del bigamo è nullo, mentre quello fra persone del medesimo sesso è addirittura inesistente (ZACHARIAE VON LINGENTHAL, K.S.: *Manuale del diritto civile francese*, rimaneggiato da CROME, C., e tradotto in italiano da BARASSI, L., Milano, 1907-1909, I, § 126, e III, §§ 419, 421). Non è poi agevole stabilire se l'ipotesi venisse all'epoca discussa solo come puro caso di scuola, oppure se la soluzione potesse essere derivata dal riferimento al *matrimonium non existens* che i canonisti avevano formulato con riguardo all'ipotesi, in realtà diversa, del coniugio simulato fra una donna che si facesse passare per uomo, vicenda non infrequente in tempi in cui ciò poteva risultare indispensabile per esercitare svariate attività, ed un'altra donna che si prestasse alla messinscena per rendere più credibile la falsa identità (cfr. ALFIERI, F.: "*Sub ficto habitu virili*: identità, finzione e matrimonio fra le carte del Sant'Uffizio", in *Studi in onore di S. Seidel Menchi*, Roma, 2011, pp. 161-174), oppure ancora se vi si possa sentire un'eco della vicenda di K.E. Ulrichs, che al congresso dei giuristi tedeschi del 1867 aveva proposto una serie di riforme comprendenti anche il matrimonio omosessuale, ma non poté terminare la relazione per la furibonda reazione degli astanti, e dovette riparare in Italia per non essere incriminato come sodomita, nonché dei successivi scritti del magistrato alsaziano E. Wilhelm, prudenzialmente pubblicati sotto lo pseudonimo di *Numa Praetorius* (cfr. SCHLAGDENHAUFFEN, R.: "*L'union homosexuelle, 150 ans d'histoire*", in *Le Monde*, 31 gennaio 2013).

che su quello pratico²⁵, il problema si pone in maniera diversa. La contrarietà del coniugio poligamico all'ordine pubblico non può più essere argomentata per il suo discostarsi dai caratteri di uno specifico paradigma matrimoniale, *a fortiori* nel contesto di un sistema in cui il diritto vivente ha avuto occasione di riconoscere forme di tutela a rapporti fattuali nella sostanza poligamici²⁶, per non parlare della pacifica ammissibilità di quella che in altri tempi poteva essere qualificata come "poligamia successiva"²⁷.

Semmai alla medesima conclusione si potrebbe ancora arrivare in nome dell'eguaglianza di genere, almeno se abbiamo riguardo a quella versione dell'istituto

- 25 Come si è detto, il colonialismo finì per rivelarsi, nella maggior parte dei casi, piuttosto tollerante in materia di poligamia, anche perché aveva tutto l'interesse ad accettare che gli indigeni, purché politicamente ed economicamente sottomessi, continuassero a regolare i rapporti interni secondo i loro ordinamenti ancestrali, ed a lasciare maggior potere ai settori più arcaici, e quindi più innocui, delle società tradizionali locali, piuttosto che ad elementi modernizzanti e magari potenzialmente pericolosi (cfr. RIZZUTI, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Napoli, 2016, pp. 69-70). Non si potrebbe però certamente dire lo stesso per le pratiche familiari omosessuali tipiche di varie popolazioni colonizzate, che vennero invece duramente repressi in quanto assimilate alle peggiori barbarie che l'Uomo Bianco aveva il dovere morale di combattere nella sua missione civilizzatrice: basti menzionare l'Epitaffio di F. Cervantes Salazar in onore di Carlo V, in cui si loda l'Imperatore per aver estirpato dal Messico "praeposteram Venerem" e "carnis humanae esum", ponendoli evidentemente sul medesimo piano (cfr. ZANETTI, G.: "La regola del gusto nel dibattito LGBT", in *Genlus*, 2018, I, p. 63).
- 26 Cass., 15 gennaio 1969, n. 60, in *Foro it.*, 1969, I, c. 1512, ed in *Riv. dir. comm.*, 1969, II, p. 403, con nota critica di FERRI, G.B.: "Qualificazione giuridica e validità delle attribuzioni patrimoniali alla concubina", ebbe modo di estendere la qualificazione in termini di adempimento di un'obbligazione naturale, già riconosciuta alle attribuzioni patrimoniali fra conviventi, anche a quelle poste in essere nell'ambito di un rapporto adulterino: emergeva così la possibilità che due rapporti familiari, uno matrimoniale ed uno extramatrimoniale, potessero essere entrambi contemporaneamente rilevanti per l'ordinamento. Al riguardo COLAIANNI, N.: "Poligamia e principi del diritto europeo", in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2002, p. 231, ha avuto modo di osservare che "attualmente il principio monogamico risulta assicurato solo in relazione al matrimonio-atto e non anche al matrimonio-rapporto", senza che ciò determini peraltro alcun contrasto con qualche principio inderogabile, in quanto l'art. 29 Cost. non implicherebbe la monogamia, così come non implicava l'indissolubilità e non ha ostato all'introduzione del divorzio. Più di recente Cass., 7 giugno 2011, n. 12778, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 6, n. 852, ha ripartito il danno da morte tra entrambe le famiglie del defunto, e Cass., 16 giugno 2014, n. 13654, in *Foro it.*, 2014, 7-8, I, p. 2055, pronunziandosi sul celebre caso dell'assassinio dello stilista M. Gucci, ha addirittura condannato la vedova P. Reggiani Martinelli, mandante dell'omicidio, a risarcire il pregiudizio patito da P. Franchi, la cui relazione di convivenza con la vittima era stata la causa scatenante della letale gelosia della rea, mentre Cass., 18 marzo 2014, n. 31121, in *Foro it.*, 2014, p. 664, ha precisato che per ritenere integrato il reato di maltrattamenti contro i familiari e i conviventi ex art. 572 c.p., non occorre "affatto il carattere monogamico del vincolo sentimentale posto a fondamento della relazione". È vero che l'art. 1, comma 36, della successiva l. 76 del 2016 non ha ritenuto di includere nella sua nozione di convivenza i rapporti che coinvolgono più di due persone o in cui qualcuno dei componenti non sia di stato civile libero, ma ciò può valere ad escludere tali famiglie di fatto dalle nuove tutele introdotte con la riforma, e non certo da quanto il diritto vivente già riconosceva loro (cfr. RIZZUTI, M.: op. cit., p. 179-206).
- 27 Certe riflessioni settecentesche, stimolate dal nuovo approccio scientifico alle questioni demografiche, dalla conoscenza dei sistemi matrimoniali diversi da quello europeo e dalla campagna dei *philosophes* contro la Chiesa cattolica ed i tabù sessuali della civiltà occidentale, si espressero anche nel dibattito tra i fautori della poligamia "simultanea" e quelli del divorzio libero, o poligamia "successiva", più coerente con la nascente idea dell'eguaglianza fra uomo e donna, e destinato infine a prevalere con la Rivoluzione e la legge del 20 settembre 1792 (cfr. BLUM, C.: *Strength in Numbers. Population, Reproduction, and Power in Eighteenth-Century France*, Baltimore, 2002). Molto più di recente, non si è mancato di inquadrare in termini di *polygamie successive* la grande diffusione del divorzio e del connesso fenomeno delle cosiddette famiglie ricomposte (cfr. SEGALIN, M., MARTIAL, A.: *Sociologie de la famille*, Paris, 1981). Del resto, proprio con riferimento a tali fattispecie, il vigente ordinamento italiano conosce un'altra ipotesi in cui più soggetti concorrono, in un certo senso, nella qualità di coniuge: quella del riparto della pensione di reversibilità fra il coniuge divorziato, o i vari coniugi divorziati, ed il coniuge superstite del *de cuius*, ai sensi dell'art. 9, comma 3, della l. 898 del 1970.

con cui vi sono più concrete possibilità di contatto, e cioè alla poliginia islamica²⁸. Si tratterà, insomma, di argomentazioni che è difficile collocare in una prospettiva di continuità con le impostazioni tradizionali, nelle quali, a ben vedere, la difesa della monogamia conviveva senza alcun problema con quella della supremazia maritale e della disuguaglianza tra i coniugi.

Se, dunque, cambia il fondamento di una valutazione in termini di contrasto con l'ordine pubblico, che trova peraltro significativi appigli anche a livello europeo²⁹, bisognerà giocoforza adeguarvi il modo di operare della clausola. Così, se è per tutelare la posizione delle donne che vogliamo negare effetti ai matrimoni poligamici celebrati all'estero, non avrà invero alcun senso negare quegli effetti che siano proprio costoro ad avere tutto l'interesse a far valere, com'è particolarmente evidente nel caso in cui venga in rilievo la questione dei diritti successori delle mogli del poligamo straniero sui beni da lui relitti in territorio europeo³⁰. Insomma,

- 28 Vengono, infatti, in rilievo essenzialmente i numerosi Paesi afro-asiatici, da cui originano la gran parte delle correnti migratorie che stanno interessando la nostra società, e nei quali il diritto islamico, in sostanziale coerenza con la tradizione veterotestamentaria, consente la poliginia, purché il marito abbia i mezzi per mantenere adeguatamente tutte le mogli e non si superi il limite massimo tendenziale di quattro spose (Corano, 4,3). Esistono, però, anche società che conoscono modelli familiari ulteriori, come la poliandria, che era la norma a Ceylon e nel Tibet, prima di esservi proibita rispettivamente dagli inglesi nel 1860 e dai cinesi nel 1950, e lo è tuttora in Amazzonia, oppure la poliginandria, o matrimonio di gruppo, attestata presso vari popoli del Nepal, della Siberia e dell'Oceania (cfr. STARKWEATHER, K.E., HAMES, R.: *A Survey of Non-Classical Polyandry*, in *Human Nature*, 2012, pp. 149-172).
- 29 Il legislatore comunitario, con riferimento alla materia del ricongiungimento familiare, ha, in effetti, codificato una soluzione di netta chiusura nei confronti del matrimonio poligamico, derivandola del resto dagli Stati Membri con più risalenti tradizioni immigratorie: ai sensi dell'art. 4, comma 4, della Direttiva EC n. 86 del 22 settembre 2003, "*in the event of a polygamous marriage, where the sponsor already has a spouse living with him in the territory of a Member State, the Member State concerned shall not authorise the family reunification of a further spouse*". Su questa linea si è quindi collocata anche la giurisprudenza italiana: Cass., 28 febbraio 2013, n. 4984, in *Foro it.*, 2013, 9, I, p. 2519, ha sposato, infatti, la linea di netto contrasto al fenomeno della poligamia fatta propria dall'art. 29, comma 1 ter, del d.lgs., 25 luglio 1998, n. 286, inseritovi dal d.lgs., 3 ottobre 2008, n. 160, ed è persino arrivata a respingere la domanda di ricongiungimento presentata dal figlio per la madre, con la motivazione che altrimenti si sarebbero trovate a convivere in Italia entrambe le donne che il padre del richiedente aveva sposato in Marocco. Ciò nondimeno, anche una siffatta normativa implica che il coniugio poligamico non è inesistente, perché altrimenti nessuna delle mogli avrebbe diritto al ricongiungimento, e nemmeno impone che a beneficiare dello stesso sia la prima anziché, come più spesso accade, la seconda.
- 30 Riprendendo la costruzione di App. Alger, 9 febbraio 1910, cit., e facendo leva sulla teoria dell'ordine pubblico attenuato, che si opporrebbe alla costituzione di un rapporto poligamico nel territorio nazionale, ma non all'esercizio dei diritti derivanti dalla legittima costituzione dello stesso all'estero, si è espressa in favore del riconoscimento dei diritti delle mogli del poligamo straniero la giurisprudenza francese in materia alimentare (Cour de Cassation, 28 gennaio 1958, caso *Chemouni*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1958, p. 110; Cour de Cassation, 19 febbraio 1963, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1963, p. 559), ereditaria (Cour de Cassation, 18 dicembre 1979, caso *Beneddouche*, in *Dalloz*, 1980, p. 549; Cour de Cassation, 3 gennaio 1980, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1980, p. 549; Cour de Cassation, 8 novembre 1983, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1984, p. 479) e di reversibilità (Cour de Cassation, 22 aprile 1986, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1987, p. 974; Cour de Cassation, 14 febbraio 2007, in *Dr. fam.*, 2007, c. 99), seguita da quella belga in punto di riparto del danno da morte (App. Liège, 23 aprile 1970, in *Rev. crit. jur. b.*, 1971, p. 5), nonché, in materia pensionistica, dal legislatore tedesco (*Sozialgesetzbuch*, 11 dicembre 1975, § 34.2) e dall'orientamento prevalente fra i giudici spagnoli (Trib. Sup. Galicia, 22 aprile 2002, AS 2002/899; Trib. Sup. Madrid, 29 luglio 2002, AS 2002/3324; Trib. Sup. Canarias, 30 ottobre 2013, rec. n. 1701111; Trib. Sup. Andalusia, 18 giugno 2015, rec. n. 591/2015; Tribunal Supremo, 24 gennaio 2018, n. 84). Nel mondo di *common law* erano già arrivati a soluzioni analoghe in materia successoria sia i giudici inglesi (*In Estate of Abdul Majid Belshah*, 48 L.Q.R. 348 [1926]) che quelli americani (California Court of Appeal, *In re Dalip Singh Bir's Estate*, (1948), 188 P.2d 499, 502, anche in *Giur. comp. dir. int. privé*, 1956, p. 104, con nota di BENTIVOGLIO, L.M.: "Questione preliminare e validità di un matrimonio poligamico ai fini di una successione *mortis causa*"). In Italia, un avallo alla tesi dell'ordine pubblico attenuato si rinviene nelle motivazioni di Cass., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Giust. civ.*

un po' come avviene in materia contrattuale con le nullità di protezione, anche l'ordine pubblico di protezione opererà in maniera necessariamente relativa³¹.

Del resto, nelle questioni internazionalprivatistiche, quali ad oggi sono quelle in discorso, ciò che viene in rilievo è la valutazione in concreto degli specifici effetti che si voglia far valere nel nostro ordinamento, e non un impossibile controllo sull'assetto degli istituti di un altro. Non si tratta, in altre parole, di eventualmente strutturare una diversa regolazione della poligamia che la adegui al costituzionalismo dei diritti umani, problema che si è posto semmai in altri contesti in cui essa appartiene agli ordinamenti interni, ancorché più o meno separati, non degli immigrati bensì degli abitanti originari del Paese³². Si tratta piuttosto di

1999, 10, p. 2695, con nota di DI GAETANO, L.: "I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questioni preliminari e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica", che pure si riferisce ad una questione ereditaria connessa non già all'immigrazione, ma ad una vicenda che ricorda piuttosto quello che era stato il madamato coloniale. Più di recente, anche lo stesso Trib. Funzione Pubblica UE, 1° luglio 2010, F-45/07, caso *Mandt c. Parlamento europeo*, ha ammesso il riparto della pensione di reversibilità tra le due vedove di un funzionario europeo poligamo.

- 31 La IX Commissione dell'*Institut de droit international*, nella sessione tenutasi a Cracovia il 25 agosto 2005, ha adottato una Risoluzione (*rapporteur* P. Lagarde) in cui si legge che "*Les Etats ne devraient pas opposer l'ordre public à la reconnaissance de la validité de principe d'unions polygamiques célébrées dans un Etat admettant la polygamie*". In ambito O.N.U., il Comitato per l'Eliminazione delle Discriminazioni contro le Donne, nella Raccomandazione n. 21, approvata in esito alla 13° sessione del 17 gennaio – 4 febbraio 1994, aveva auspicato che i matrimoni poligamici venissero *discouraged or prohibited* (cfr. DELLER ROSS, S.: *Polygyny as a Violation of Women's Right to Equality in Marriage: An Historical, Comparative and International Human Rights Overview*, in *Delhi L. Rev.*, 2002, pp. 22-40), ma con la Raccomandazione del 30 ottobre 2013, n. 29, preso atto che essi continuano ad esistere in molti Stati ed a coinvolgere molte donne, ha precisato che "*with regard to women in existing polygamous marriages, States parties should take the necessary measures to ensure the protection of their economic rights*". L'ambiguità che l'argomentazione fondata sui diritti umani può assumere in tema di poligamia è peraltro riemersa, ancor più di recente, quando esponenti di *Human Rights Watch* hanno criticato la nuova *Monogamy Law* birmana, in quanto parte delle *Race and Religion Protection Laws*, una serie di iniziative promosse da un governo influenzato dal fondamentalismo buddhista, ed intese a discriminare da vari punti di vista la minoranza musulmana (YADANA ZAW, H.: "*Myanmar's president signs off on law seen as targeting Muslims*", in www.reuters.com, 31 agosto 2015).
- 32 Il caso più significativo è quello rappresentato del nuovo costituzionalismo del Sudafrica *post-apartheid*, che ha di recente iniziato a confrontarsi con le problematiche dell'incidenza dei principi della Carta sui rapporti inter-privati. Poco dopo l'avvento del nuovo sistema, con il *Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998*, in nome del rispetto delle diversità culturali, sono stati riconosciuti effetti giuridici alla poligamia tipica di quei diritti tribali cui era stato negato ogni valore sotto il passato regime, e praticata tra gli altri anche dal presidente J. Zuma, ma tale riconoscimento è stato condizionato all'approvazione giudiziale di un contratto prematrimoniale destinato a regolare gli aspetti patrimoniali in maniera equa per tutte le parti (cfr. KRUISE, H., SLOTH-NIELSEN, J.: "*Sailing between Scylla and Charybdis: Mayelane v Ngwenyama*", in *Potchefstroom Electronic L. J.*, 2014, 4, pp. 1710-1738). Sono rimasti invece esclusi da tale normativa i matrimoni poligamici delle comunità musulmane o induiste, immigrate da tempo nel Paese, con riferimento ai quali la giurisprudenza ha elaborato soluzioni sostanzialmente analoghe a quelle europee, mentre, in maniera solo in apparenza paradossale, sono proprio i movimenti islamo-femministi a richiederne un riconoscimento legale che consenta di imporre anche a tali unioni il rispetto dei principi costituzionali di eguaglianza (cfr. VAN DER VYVER, J.D.: "*Multi-tiered marriages in South Africa*", in *Marriage and Divorce in a Multicultural Context*, cit., pp. 203-213). Peraltro, va osservato che con il *Civil Union Act 17 of 2006*, in seguito ad un monito della Corte Costituzionale ed in nome del principio di non discriminazione, nel medesimo ordinamento sono state introdotte le unioni *same-sex*, per cui il Sudafrica è diventato forse l'unico Paese al mondo a conoscere un, sia pur parziale, riconoscimento normativo sia della poligamia che delle coppie omosessuali. Beninteso, un analogo problema di determinare il regime costituzionalmente adeguato di un'ipotetica poligamia domestica si porrebbe anche altrove, qualora venissero accolte le istanze di quanti, come i Mormoni americani, qualche comunità islamica europea ed i fautori del cosiddetto poliamore, tendono a voler dedurre dall'ormai realizzatosi riconoscimento delle unioni *same-sex* la necessità di trattare analogamente pure queste ulteriori modalità di rapporto familiare (cfr. RIZZUTI, M.: op. cit., pp. 165-178; nonché GRANDE, E., PES, L., a cura di: *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione*, Torino, 2018). Del resto, già oggi nei Paesi Bassi il *Samelivingscontract* può essere stipulato anche da tre o più persone dell'uno e/o dell'altro sesso, mentre le prassi notarili sudamericane hanno ritenuto ricevibile l'atto

considerare gli effetti riflessi di un istituto pur sempre retto da ordinamenti esterni cui tale adeguamento non si può comunque imporre.

IV. IL CASO DEL RIPUDIO.

Le medesime coordinate sistematiche possono guidarci anche nell'analisi delle, per certi aspetti analoghe, questioni attinenti allo scioglimento dei rapporti matrimoniali. In tale ambito, il profilo che genera in concreto le maggiori problematichità, notoriamente, è quello del ripudio stragiudiziale islamico.

Secondo un'impostazione tradizionale, anche in questo caso, il radicale contrasto di ogni effetto dell'istituto con l'ordine pubblico sarebbe risultato evidente, in quanto un altro di quei caratteri essenziali dell'unico modello familiare ammissibile, la cui difesa rappresentava di per sé un valore, era per l'appunto l'indissolubilità, o, successivamente, quanto meno una dissolubilità necessariamente controllata, e contrastata, in sede giudiziale.

Oggi, però, è l'ordinamento interno di molti Paesi europei ad ammettere forme di divorzio consensuale stragiudiziale³³, mentre anche quello giudiziale finisce per fondarsi essenzialmente sulla mera volontà del soggetto istante³⁴. Diviene quindi difficile continuare a sostenere che il divorzio privato sia in quanto

costitutivo di una *união poliafetiva* (cfr. "Three-person civil union sparks controversy in Brazil", in www.bbc.com, 28 agosto 2012) o di una "triejá" ("Tres hombres se casaron legalmente en Colombia: así es la primera triejá del país", in <https://cnnespanol.cnn.com>, 13 giugno 2017).

- 33 Per l'Italia il riferimento è agli artt. 6 e 12 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, recante misure di "degiurisdizionalizzazione", convertito con modifiche in l. 10 novembre 2014, n. 162, in base ai quali la separazione consensuale o il divorzio congiunto, o la modifica delle relative condizioni, possono prodursi anche per effetto di un accordo negoziato dai coniugi con l'assistenza di un avvocato per parte, oppure di un atto dei coniugi ricevuto dall'ufficiale di stato civile: cfr., per tutti, PATTI, S.: "The privatization of the divorce in Italy", in *Familia*, 2017, 2, p. 155 ss. Altri Stati europei che conoscono forme di divorzio privato sono Francia, Spagna, Portogallo, Belgio, Romania, Lettonia, Estonia (cfr. BUFFONE, G.: "La Corte di Giustizia sui divorzi privati", in www.ilcaso.it, 3 gennaio 2018). Ci sembra significativo osservare come la diffusione dei divorzi privati, e perciò "facili" e "rapidi", sia dipesa anche dalla concorrenza tra gli ordinamenti europei: com'è noto, la degiurisdizionalizzazione italiana ha fatto seguito alla presa d'atto della sempre più ampia diffusione della prassi di prendere residenze più o meno fittizie in altri Paesi comunitari, allo scopo di ottenere il divorzio consensuale senza attendere i tempi della giustizia interna, grazie anche all'assistenza di agenzie professionalmente dedite a tali attività. Poco dopo, infatti, sono stati ridotti pure i tempi del divorzio con la l. 6 maggio 2015, n. 65, e persino l'ordinamento canonico ha introdotto con il *Motu proprio* "Mitis Iudex Dominus Iesus", 15 agosto 2015, quello che a livello giornalistico è ormai noto come "l'annullamento breve".
- 34 Tale interpretazione dell'art. 151 c.c. è ormai sostanzialmente pacifica nella giurisprudenza italiana: cfr., ex multis, Cass., 29 aprile 2015, n. 8713, in www.altalex.com, in cui si spiega il concetto di intollerabilità della convivenza in termini di "fatto psicologico squisitamente individuale" e di "disaffezione al matrimonio di una sola delle parti". Nell'analisi comparatistica si parla di una generale tendenza al passaggio da un primo modello di divorzio ammissibile soltanto come sanzione per l'inadempimento ai doveri coniugali, ormai abbandonato da tutti i Paesi europei, ad uno successivo di divorzio *no-fault* come rimedio conseguente all'accertamento giudiziale di una crisi del rapporto, che a J. Carbonnier appariva però già troppo simile ad un ripudio incompatibile con i valori occidentali, ed infine ad un divorzio *on demand*, rimesso cioè alla mera volontà delle parti, da esprimere in sede giudiziale o stragiudiziale, diffusosi a partire dalla riforma svedese del 1973, adottata del resto anche per l'influsso che sui socialisti scandinavi esercitava il modello sovietico: cfr. ANTOKOLSKAIA, M.: op cit., pp. 315-342.

tale sempre incompatibile con l'ordine pubblico³⁵: di recente il tema è stato portato all'attenzione dei giudici europei, da parte di quelli di uno Stato che tale istituto non conosce, ma la sentenza ha finito per evitare di pronunziarsi sul merito della questione, ritenendola estranea all'ambito di applicazione dei regolamenti comunitari in materia di separazione e divorzio³⁶.

La contrarietà all'ordine pubblico va quindi semmai nuovamente argomentata con riferimento all'eguaglianza di genere, in quanto nei sistemi giuridici in discorso la libertà di ripudio è un privilegio maritale, mentre il divorzio su richiesta della moglie è incomparabilmente più difficile da conseguire³⁷. La distanza dalle argomentazioni

35 Tra le pronunzie italiane che hanno affrontato il tema dopo la degiurisdizionalizzazione si possono vedere App. Venezia, 9 aprile 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 1029 ss., con nota di VANIN, O., ed App. Roma, 12 dicembre 2016, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, p. 347 ss., con nota di VIRGADAMO, P., le quali, in accoglimento di quanto sostenuto dalle mogli ripudiate, hanno entrambe negato la riconoscibilità delle sentenze straniere che avevano accertato, sulla base del diritto islamico, l'avvenuto ripudio e che sono state ritenute in contrasto con l'ordine pubblico soprattutto in ragione dell'impossibilità per le donne interessate di esercitare il diritto di difesa nei relativi procedimenti. L'esito è condivisibile, ma convince assai meno il richiamo tratteggiato che troviamo nella seconda pronunzia ad un preteso principio di dissolubilità del matrimonio soltanto in seguito all'accertamento del disfacimento della comunione di vita familiare, evidentemente smentito dalle norme del 2014, in base alle quali lo scioglimento consensuale del vincolo può benissimo aversi anche in mancanza di un siffatto accertamento da parte di qualsivoglia autorità.

36 Il riferimento è a Corte giust. UE, 20 dicembre 2017, C-372/16, *S. Sahyouni c. R. Mamisch*, secondo la quale: "l'articolo 1 del regolamento (UE) n. 1259 del 2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale va interpretato nel senso che il divorzio risultante da una dichiarazione unilaterale di uno dei coniugi dinanzi a un tribunale religioso, come quello oggetto del procedimento principale, non ricade nella sfera di applicazione ratione materiae di detto regolamento". Un siffatto esito della vicenda potrebbe generare peraltro, come una sorta di effetto collaterale, dei significativi dubbi sulla circolazione a livello europeo dei divorzi degiurisdizionalizzati. La questione era stata sollevata dall'Oberlandesgericht München, di fronte al caso di una famiglia immigrata dalla Siria, ove vige il ripudio islamico, in Germania, dove non è prevista nessuna forma di divorzio privato: il rimettente chiedeva alla Corte Europea "se il consenso al divorzio prestato dal coniuge discriminato – anche mediante la sua accettazione di prestazioni compensative – costituisca già un motivo per disapplicare" il ricordato art. 10 del reg. 1259 del 2010, proponendo in sostanza di ritenere accettabile in siffatte circostanze l'efficacia del divorzio privato siriano, e nel procedimento in sede comunitaria il governo tedesco, nonché ovviamente il marito ripudiante (che in Siria aveva già versato alla donna accettante circa ventimila dollari americani), argomentavano in favore di una risposta affermativa al quesito, mentre la Commissione, i governi francese, ungherese e portoghese, nonché l'Avvocato Generale della stessa Corte, nelle conclusioni rassegnate il 14 settembre 2017, si esprimevano in senso contrario.

37 Secondo il diritto islamico classico al marito è sufficiente pronunziare tre volte la formula del *talaq*, cioè "divorzio da te", a prescindere dalla volontà, ed in certi casi persino dalla conoscenza, della comparte, per sciogliere il vincolo matrimoniale, senza necessità alcuna di motivazione né tantomeno di intervento giudiziale: l'istituto ricorda senz'altro il più antico assetto del ripudio nella legge mosaica (*Deuteronomio*, 24,1-4), ma si potrebbe ipotizzare un confronto pure con i meccanismi di libera dissolubilità matrimoniale tipici del diritto romano classico (cfr. GIUNTI, P., *Consors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano, 2004, e AGNATI, U., *Profili giuridici del repudium nei secoli IV e V*, Napoli, 2017), rispetto ai quali una sorta di punto di congiunzione parrebbe rappresentato dai progetti di quegli umanisti quattrocenteschi, antipapali e turcofilo, che propugnarono anche un ripristino dell'istituto (cfr. CAVINA, M., *Maometto Papa e Imperatore*, Roma-Bari, 2018, p. 52). Alla donna islamica, invece, non è riconosciuto alcun potere di ripudio, a meno che col contratto nuziale non fosse stato il marito a concederle il potere di sciogliere unilateralmente il vincolo, ed anche le possibilità di ottenere il divorzio in sede giudiziale sono assai limitate, per cui l'unica chance concreta potrebbe essere quella di "riscattarsi", restituendo quanto ricevuto al tempo delle nozze e rinunciando ad ogni altra pretesa economica. Appare dunque certamente poco convincente l'argomentazione di App. Cagliari, 16 maggio 2008, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 647, nella parte in cui sostiene che il *talaq* non sarebbe lesivo dell'eguaglianza di genere in quanto il diritto islamico riconosce anche alla donna la possibilità di un divorzio unilaterale: ciò non toglie che, nel caso di specie, l'esito della vicenda in un senso favorevole al marito ripudiante risulti alla fine condivisibile, se si considera che la ex moglie non si era opposta né in Egitto al ripudio né in Italia al suo riconoscimento, contestato solo dal Pubblico Ministero, ed era nel frattempo peraltro convolata a nuove nozze, per cui non si vede quale effetto concreto contrastante con l'ordine pubblico si sarebbe mai potuto produrre.

precedentemente adottate è qui forse ancor più evidente che nell'ipotesi della poligamia: basti considerare che alcune delle prime pronunzie sulla contrarietà del ripudio all'ordine pubblico si erano riferite a sistemi, come quello sovietico, in cui, tutt'al contrario, il principio dell'eguaglianza coniugale si era affermato ben prima che nel nostro³⁸.

Se dunque la prospettiva odierna deve essere quella dell'ordine pubblico di protezione, occorrerà ancora una volta relativizzare l'operatività della clausola in modo da funzionalizzarla a tale obiettivo. Così, la si potrebbe utilmente impiegare contro il ripudiante che faccia valere lo scioglimento del matrimonio per sottrarsi all'adempimento di doveri nascenti dalla qualità di coniuge, oppure, in un'ipotesi di ancor più netta collisione col principio di eguaglianza coniugale, contro il marito che voglia impedire alla moglie di chiedere il divorzio in Europa richiamandosi alla legge personale del Paese d'origine. Non avrebbe però alcun senso opporre un'eccezione di contrasto con l'ordine pubblico alla moglie che invochi ella stessa la condizione di ripudiata, per far valere la propria libertà di stato ai fini di nuove nozze³⁹ oppure per attivare tutele patrimoniali che presuppongano il divorzio, in base alla legge applicabile oppure ad accordi prematrimoniali a loro volta, se del caso, riconoscibili⁴⁰. Tantomeno ci parrebbe accettabile che possa essere lo stesso

38 Cass., 17 marzo 1955, n. 789, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 1654, sancì la contrarietà all'ordine pubblico di un ripudio sovietico, pronunziato dunque nel contesto di un ordinamento che riconosceva ad entrambi i coniugi il potere di sciogliere liberamente con un atto privatistico il vincolo matrimoniale.

39 Riterremmo, insomma, oggi del tutto inaccettabile l'esito di una pronunzia come quella del Trib. Milano, 21 settembre 1967, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, p. 403, che aveva rigettato la richiesta di riconoscimento dello stato libero, in conseguenza di un ripudio intervenuto secondo la legge iraniana, benché fosse stata presentata dalla stessa moglie ripudiata. Precisiamo che l'elemento decisivo deve essere per l'appunto la direzione dell'effetto che del ripudio venga invocato in Europa, e non tanto l'eventuale acquiescenza che in patria fosse stata eventualmente prestata allo stesso. A nostro avviso, infatti, un'eccezione di contrasto con l'ordine pubblico sarebbe fondatamente opponibile nei confronti del marito che faccia valere gli effetti di un ripudio "accettato" in un contesto di immaginabili pressioni sociali e familiari, ma certamente non lo sarebbe nei confronti della donna che faccia valere la propria libertà di stato in seguito ad un ripudio subito in patria nonostante una sua, ove ammessa, manifestazione di dissenso.

40 Viene in particolare rilievo l'istituto, tipico degli ordinamenti islamici, del *mahr*: si tratta di un'attribuzione patrimoniale della quale il contratto nuziale prevede un versamento ripartito in due fasi: una prima quota al momento dello spotalizio ed una seconda, spesso più sostanziosa, in un tempo successivo. Di solito, tale ulteriore momento coincide con lo scioglimento del matrimonio, per morte o per divorzio, e quindi il pagamento del *mahr* può, nel primo caso, compensare la debolezza della posizione ereditaria della vedova, in una società in cui peraltro è più frequente la premorienza del marito date le forti differenze di età tra i nubendi, oppure, nel secondo caso, rimediare alla sostanziale assenza di un obbligo di mantenimento in favore della donna divorziata, che gode di tale diritto solo per pochi mesi, oltre che rappresentare un efficiente disincentivo economico ad un esercizio troppo disinvolto del potere di ripudio maritale. Sul problema della *enforceability* di tali contratti nell'ambito degli ordinamenti europei cfr. DIAGO DIAGO, M.: "La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol", in *Annales Droit Louvain*, 2001, p. 407 ss.; MEHDI, R.: "Danish Law and the practice of Mahr among Muslim Pakistanis in Denmark", in *Int. J. of the Sociology of L.*, 2003, pp. 115-129; JINDANI, M.: "The Concept of Mahr (Dower) in Islamic Law: The Need of Statutory Recognition by English Law", in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law Online*, 2004, pp. 219-227; WÜRMINST, W.: "Die Brautgabe im Bürgerlichen Recht", in *FamRZ*, 2005, pp. 1878-1885; Id.: "Die Mär von der mahr - Zur Qualifikation von Ansprüchen aus Brautgabevereinbarungen", in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2007, pp. 527-558; SAYED, M.: "The Muslim Dower (Mahr) in Europe -With special reference to Sweden", in BOELE-WOELKI, K., SVERDRUP, T., a cura di: *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerp-Oxford, 2008, p. 187 ss.; JONES-PAULY, C.: "Marriage contracts of Muslims in the Diaspora: Problems in the recognition of mahr contracts in German Law", in QURAIISHI, A., VOGEL, F.E., a cura di: *The Islamic Marriage Contract. Case Studies in Islamic Family Law*, Cambridge MA, 2008, pp. 299-330; YASSARI, N.: "Die islamische Brautgabe im deutschen Kollisions- und Sachrecht", in *IPrax*, 2011, p. 63 ss.; BÜCHLER,

ripudiante a strumentalizzare la contrarietà all'ordine pubblico del proprio atto allo scopo di accampare diritti sui beni relitti in Europa dalla ex moglie deceduta.

Anche in tutte queste ipotesi, infatti, non si tratta di impostare un controllo sulla conformità della regolazione del ripudio islamico ai principi costituzionali, verifica che potrebbe certo condurre, ed in altri contesti ha condotto, ad una declaratoria di illegittimità⁴¹, bensì di considerare l'ammissibilità di determinati frammenti effettuali di una vicenda transnazionale, una parte essenziale della quale si svolge comunque in un contesto ordinamentale che resta al di fuori delle nostre possibilità di controllo. Il che non dovrebbe però condurci ad una soluzione di radicale diniego di tutela nei confronti delle sempre più numerose persone la cui esistenza si svolge in una dimensione che, per l'appunto, è ormai imprescindibilmente transnazionale.

A.: *Islamic Law in Europe? Legal Pluralism and Its Limits in European Family Laws*, London, 2011, p. 67 ss.; SPENCER, K.: "*Mahr as Contract: internal pluralism and external perspectives*", in *Oñati Socio-Legal Series*, 2011, v. 1, n. 2; SPORTEL, I.: "*Because it's an Islamic Marriage. Conditions upon marriage and after divorce in transnational Dutch-Moroccan and Dutch-Egyptian marriages*", in *Oñati Socio-Legal Series*, 2013, v. 3, n. 6; YASSARI, N.: *Die Brautgabe im Familienvermögensrecht*, Tübingen, 2014; GÜNTHER, U., HERZOG, M., MÜSSIG, S.: "*Researching Mahr in Germany: A Multidisciplinary Approach*", in *Review of Middle East Studies*, 2015, pp. 23-37; RIZZUTI, M.: "*Patti prematrimoniali, divorzi privati e multi-coniugalismo*", in LANDINI, S., PALAZZO, M., a cura di: *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, in *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, 2018, I, pp. 337-354.

- 41 Risulta particolarmente significativo il caso dell'India, dove alla minoranza musulmana rimasta nel Paese nonostante la Partizione del 1947 è stato consentito di conservare il proprio statuto personale, di cui al *Muslim Personal Law (Shariat) Application Act, 1937*, sottraendosi, come del resto anche le comunità ebraica, zoroastriana e cristiana, all'applicazione del diritto di famiglia secolarizzato, entrato in vigore per la maggioranza della popolazione con la riforma del 1955. In tale peculiare contesto, la Supreme Court of India, 22 agosto 2017, *Shayara Bano vs. Union of India & Others*, con una pronuncia di portata storica, ha dichiarato incostituzionale quella parte dello statuto personale che ammette il ripudio istantaneo per triplo *talaq*. Nell'ambito europeo un'ipotesi paragonabile è rappresentata dalla situazione dei musulmani rimasti in Tracia Occidentale dopo lo scambio di popoli tra Grecia e Turchia del 1923, soggetti ad uno statuto personale di diritto islamico (cfr. TSAOUSSI, A., ZERVOGIANNI, E.: "*Multiculturalism and Family Law: the Case of Greek Muslims*", in *European Challenges in Contemporary Family Law*, cit., pp. 209-239; KATSIANA, C.: "*La condizione giuridica della minoranza musulmana in Grecia*", in *Jura Gentium*, 2009, 2, pp. 148-158; TSITSELIKIS, K.: "*Seeking to accommodate Shari'a within a Human Rights Framework: the Future of the Greek Shari'a Courts*", in *J. of L. & Religion*, 2012-13, 2, pp. 341-360; TSAVOUSOGLU, I.: "*The Legal Treatment of Muslim Minority Women under the Rule of Islamic Law in Greek Thrace*", in *Oslo L. Rev.*, 2015, 3, pp. 241-262), che oggi rappresenta una mera opzione facoltativa, ma che, sino al 15 gennaio 2018, quando è entrata in vigore la legge 4511/2018, si applicava in via obbligatoria nella materia familiare e successoria, con gravi conseguenze, specie per le donne, tanto che CEDU, 19 dicembre 2018, *Molla Sali vs. Greece*, n. 20452/14, ha condannato il Paese ellenico per violazione del principio di non discriminazione di cui all'art. 14 della Convenzione, con riferimento al ricorso proposto, prima di tale riforma, da una vedova che per effetto di tale statuto aveva visto fortemente limitata la sua capacità di succedere in via testamentaria al defunto marito.

BIBLIOGRAFIA

AGNATI, U., *Profili giuridici del repudium nei secoli IV e V*, Napoli, 2017.

ALBERTARIO, E.: “*Honor matrimonii e affectio maritalis*”, in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, p. 195 ss.

ALBERTARIO, E.: “L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano”, in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, p. 211 ss.

ALBERTARIO, E.: “Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino”, *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, p. 229 ss.

ALBERTARIO, E.: “La definizione del matrimonio secondo Modestino”, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, Padova, 1933, p. 243 ss.

ALFIERI, F.: “*Sub ficto habitu virili*: identità, finzione e matrimonio fra le carte del Sant'Uffizio”, in *Studi in onore di S. Seidel Menchi*, Roma, 2011, pp. 161-174.

ALTHEIM, F.: *Deus invictus: le religioni e la fine del mondo antico*, Reinbek bei Hamburg, 1957, trad. it. Roma, 2007.

ANGELINI, F.: *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007

ANTOKOLSKAIA, M.: *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, Antwerp-Oxford, 2006.

BADIALI, G.: *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963.

BARBA, V.: “L'ordine pubblico internazionale”, in PERLINGIERI, G., D'AMBROSIO, M.: a cura di, *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 409 ss.

BARILE, G.: *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (l'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969.

BENVENUTI, P.: *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977.

BIN, R.: “La famiglia: alla radice di un ossimoro”, in *Studium Iuris*, 2000, p. 1066 ss.

BLUM, C.: *Strength in Numbers. Population, Reproduction, and Power in Eighteenth-Century France*, Baltimore, 2002.

BOELE-WOELKI, K., SVERDRUP, T., a cura di: *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerp-Oxford, 2008.

BÜCHLER, A.: *Islamic Law in Europe? Legal Pluralism and Its Limits in European Family Laws*, London, 2011.

BUFFONE, G.: "La Corte di Giustizia sui divorzi privati", in www.ilcaso.it, 3 gennaio 2018.

CARNELUTTI, F.: "La parità dei coniugi e l'ordinamento giuridico italiano", in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 115 ss.

CAVINA, M.: *Maometto Papa e Imperatore*, Roma-Bari, 2018.

CASSIO DIONE, *Storia romana*.

CICU, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, rist. Bologna 1978, con "Lettura" di SESTA, M.

COLAIANNI, N.: "Poligamia e principi del diritto europeo", in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2002, p. 231 ss.

DE NOVA, G.: "The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy: il contratto alieno", in *Dir. comm. internaz.*, 2007, p. 3 ss.

DE NOVA, G.: *Il contratto alieno*, Torino, 2008.

DE NOVA, G.: "I contratti derivati come contratti alieni", in *Riv. dir. priv.*, 2009, pp. 15-21.

DE NOVA, G.: "Il contratto alieno e le norme materiali", in *Riv. dir. priv.*, 2009, pp. 25-29.

DE NOVA, G.: *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011.

DE NOVA, G.: "The alien contract", in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 487 ss.

DELLER ROSS, S.: *Polygyny as a Violation of Women's Right to Equality in Marriage: An Historical, Comparative and International Human Rights Overview*, in *Delhi L. Rev.*, 2002, pp. 22-40.

DESAN, S.: "Qu'est-ce qui fait un père? Illégitimité et paternité de l'an II au Code civil", in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2002, pp. 935-964.

DESAN, S.: *Family on Trial in Revolutionary France*, Berkeley, 2004.

DIAGO DIAGO, M.: "La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol", in *Annales Droit Louvain*, 2001, p. 407 ss.

ELIO LAMPRIDIO, *Historia Augusta, Vita di Elagabalo*.

EMANUELE, C.F.: "Prime riflessioni sul concetto di ordine pubblico nella legge di riforma del diritto internazionale privato italiano", in *Dir. fam.*, 1996, p. 326 ss.

FAYER, C.: *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia matrimonio dote*, Roma, 2005.

FERACI, O.: *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012.

FERRI, G.B.: *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970.

FERRI, G.B.: "Le eguaglianze tra coniugi", in AA.VV.: *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Napoli, 1975, pp. 335-347.

FITZPATRICK, D.: "Non-Christian Marriage", in *J. of the Society of Comparative Legislation*, 1900, pp. 359-387.

FURGIUELE, G.: *Libertà e famiglia*, Milano, 1979.

FUSARO, A.: "Una convenzione aliena per regolare i rapporti patrimoniali tra coniugi?", in *Riv. not.*, 2013, p. 859 ss.

GARAUD, M.: *La Révolution française et la famille*, Paris, 1978.

GENTILI, A.: "A proposito di De Nova: Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno", in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 133 ss.

GIBBON, E.: *Decadenza e caduta dell'impero romano*, London, 1776-1789, trad. it., Milano, 2010.

GIUNTI, P.: *Consors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano, 2004.

GIUNTI, P.: "Il matrimonio romano tra *res facti* e regolamentazione legislativa", in *Civitas e Civilitas. Scritti in onore di F. Guizzi*, II, Torino, 2013, p. 879 ss.

GRANDE, E., PES, L., a cura di: *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione*, Torino, 2018.

GROSSI, P.: *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

GUARNERI, A.: *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti nel diritto civile*, Padova, 1974.

GÜNTHER, U., HERZOG, M., MÜSSIG, S.: "Researching Mahr in Germany: A Multidisciplinary Approach", in *Review of Middle East Studies*, 2015, pp. 23-37.

HRUZA, E.: *Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Familienrechtes*, Erlangen-Leipzig, 1894.

JINDANI, M.: "The Concept of Mahr (Dower) in Islamic Law: The Need of Statutory Recognition by English Law", in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law Online*, 2004, pp. 219-227.

JONES-PAULY, C.: "Marriage contracts of Muslims in the Diaspora: Problems in the recognition of mahr contracts in German Law", in QURAISHI, A., VOGEL, F.E., a cura di: *The Islamic Marriage Contract. Case Studies in Islamic Family Law*, Cambridge MA, 2008, pp. 299-330

JOOPKE, C.: "Multiculturalism by Liberal Law. The Empowerment of Gays and Muslims", in *European J. of Sociology*, 2017, 1, pp. 1-32.

KATSIANA, C.: "La condizione giuridica della minoranza musulmana in Grecia", in *Jura Gentium*, 2009, 2, pp. 148-158.

KRUUSE, H., SLOTH-NIELSEN, J.: "Sailing between Scylla and Charybdis: *Mayelane v Ngwenyama*", in *Potchefstroom Electronic L.J.*, 2014, 4, pp. 1710-1738.

LONARDO, L.: *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993.

LONGO, O.: *L'universo dei Greci. Attualità e distanze*, Padova, 2000.

MAZZARINO, S.: *L'impero romano*, Roma-Bari, 1995.

MEHDI, R.: "Danish Law and the practice of Mahr among Muslim Pakistanis in Denmark", in *Int. J. of the Sociology of L.*, 2003, pp. 115-129.

MORTATI, C.: *La Costituzione di Weimar*, Firenze 1946.

MOSCONI, F.: "Qualche considerazione sugli effetti dell'eccezione di ordine pubblico", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp. 5-14.

MULLIEZ, J.: "Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité", in AA.VV.: *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale?*, Actes du colloque d'Orléans, I, Paris, 1988, p. 373 ss.

NICHOLS, J.A., a cura di: *Marriage and Divorce in a Multicultural Context. Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge MA, 2012

PALADIN, L.: "Ordine pubblico", in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965, XII, p. 130 ss.

PALAIÀ, N.: *L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1974.

PANZA, G.: "Ordine pubblico, Teoria generale", in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. I ss.

PATTI, S.: "The privatization of the divorce in Italy", in *Familia*, 2017, 2, p. 155 ss.

PERLINGIERI, P.: "Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico", in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furguele*, Mantova, 2017, I, p. 355 ss.

PHILLIPS, R.: *Putting Asunder. A History of Divorce in Western Society*, New York, 1988.

RIZZUTI, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Napoli, 2016.

RIZZUTI, M.: "Patti prematrimoniali, divorzi privati e multi-coniugalismo", in LANDINI, S., PALAZZO, M., a cura di: *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, in *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, 2018, I, pp. 337-354.

ROSELLI, O.: "Libertà e famiglia. Oltre i recinti disciplinari: sensibilità costituzionalistica di un civilista", in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furguele*, Mantova, 2017, II, pp. 211-217.

SAADA, L.: "Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les questions familiales", in *Napoleonica*, 2012, 2, p. 46 ss.

SANTORO PASSARELLI, F.: "Il governo della famiglia", in *Iustitia*, 1953, p. 377 ss.

SARTORI, F.: "Divagazioni in tema di causa del contratto municipale (alieno derivato)", in *Studi in onore di G. De Nova*, Milano, 2015, IV, p. 2745 ss.

SEGALEN, M., MARTIAL, A.: *Sociologie de la famille*, Paris, 1981.

SIRENA, P.: "Il contratto alieno del diritto comune europeo della vendita (CESL)", in *Studi in onore di G. De Nova*, Milano, 2015, IV, p. 2819 ss.

SOLAZZI, S.: *Consortium omnis vitae*, in *Annali della R. Università di Macerata*, 1929, p. 27 ss.

SPENCER, K.: "Mahr as Contract: internal pluralism and external perspectives", in *Oñati Socio-Legal Series*, 2011, v. 1, n. 2

SPORTEL, I.: "Because it's an Islamic Marriage. Conditions upon marriage and after divorce in transnational Dutch-Moroccan and Dutch-Egyptian marriages", in *Oñati Socio-Legal Series*, 2013, v. 3, n. 6.

STARKWEATHER, K.E., HAMES, R.: *A Survey of Non-Classical Polyandry*, in *Human Nature*, 2012, pp. 149-172.

TARELLO, G.: *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

TSAVOUSOGLOU, I.: "The Legal Treatment of Muslim Minority Women under the Rule of Islamic Law in Greek Thrace", in *Oslo L. Rev.*, 2015, 3, pp. 241-262.

TSITSELIKIS, K.: "Seeking to accommodate Shari'a within a Human Rights Framework: the Future of the Greek Shari'a Courts", in *J. of L. & Religion*, 2012-13, 2, pp. 341-360.

UNGARI, P.: *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, 1974.

VERJUS, A.: *Il buon marito. Politica e famiglia negli anni della Rivoluzione francese*, Paris, 2010, trad. it., Bari, 2012.

VOLTERRA, E.: *La conception du mariage d'après les juristes Romains*, Padova, 1940.

VOLTERRA, E.: "Matrimonio (diritto romano)", in *Enc. Dir.*, Milano, 1975, p. 726 ss.

VOLTERRA, E.: "Precisazioni in tema di matrimonio classico", in *Bull. Ist. Dir. Rom.*, 1975, p. 245 ss.

YASSARI, N.: "Die islamische Brautgabe im deutschen Kollisions - und Sachrecht", in *IPrax*, 2011, p. 63 ss.

YASSARI, N.: *Die Brautgabe im Familienvermögensrecht*, Tübingen, 2014

WURMNEST, W.: "Die Brautgabe im Bürgerlichen Recht", in *FamRZ*, 2005, pp. 1878-1885

WURMNEST, W.: "Die Mär von der mahr - Zur Qualifikation von Ansprüchen aus Brautgabevereinbarungen", in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2007, pp. 527-558

ZACHARIAE VON LINGENTHAL, K.S.: *Manuale del diritto civile francese*, rimaneggiato da CROME, C., e tradotto in italiano da BARASSI, L., Milano, 1907-1909.

ZANETTI, G.: "La regola del gusto nel dibattito LGBT", in *Genus*, 2018, 1, p. 63 ss.

ZERVOGIANNI, E.: "Multiculturalism and Family Law: the Case of Greek Muslims", in *European Challenges in Contemporary Family Law*, cit., pp. 209-239