

RIPUDIO ISLAMICO, ORDINE PUBBLICO E DIRITTI FONDAMENTALI

Davide Strazzari

SOMMARIO: *1. Il ripudio islamico tra istanze di riconoscimento del pluralismo culturale e religioso e tutela dei principi della tradizione liberale-democratica. 2. Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale e ordine pubblico nel diritto internazionale privato. 3. L'influenza del diritto europeo (convenzionale e dell'UE) sulla nozione di ordine pubblico. 4. La giurisprudenza italiana in materia di riconoscimento di atti di ripudio: la varietà delle soluzioni offerte. 5. Osservazioni conclusive: per un pluralismo culturale, religioso e giuridico sostenibile.*

1. Il ripudio islamico tra istanze di riconoscimento del pluralismo culturale e religioso e tutela dei principi della tradizione liberale-democratica

Nel dibattito giuridico contemporaneo è ormai un tema noto lo studio delle tensioni determinate dalla necessità di accomodare, da un lato, le esigenze di riconoscimento identitario culturale delle “nuove” minoranze formatesi per effetto delle migrazioni mondiali e, dall'altro, l'esigenza di mantenere salda la garanzia dei diritti fondamentali propri del patrimonio costituzionale della tradizione liberale-democratica cui si rifanno i Paesi recettori di immigrazione.

Il riconoscimento, infatti, del pluralismo culturale, quale principio giuridico che innerva di sé le costituzioni degli Stati di tale tradizione giuridica, nonché le fonti internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo¹ impongono alle autorità statali di non guardare in modo indifferente alle manifestazioni dell'identità culturale di tali gruppi.

¹ Si ricordi, ad esempio, l'art. 27 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (1966). Peraltro, come noto, a livello internazionale è controverso se la nozione di minoranza etnica, linguistica, religiosa di cui all'art. 27 includa solo le minoranze

Ne deriva l'opportunità e talvolta l'esigenza del legislatore o del giudice di adattare il precetto normativo in modo da introdurre discipline di carattere derogatorio che, prendendo atto delle diversità strutturali di tali gruppi, consentano ad essi di esprimere le proprie esigenze culturali, religiose, linguistiche². Allo stesso tempo, tuttavia, tale obbligo giuridico di riconoscimento delle altrui pretese identitarie di matrice culturale conosce a sua volta limiti resi necessari dall'esigenza di tutelare sia altri interessi giuridici della collettività (sicurezza, ordine pubblico, salute, etc.), sia i diritti e le libertà della persona che devono essere garantiti anche contro eventuali restrizioni operate dai gruppi minoritari nei confronti dei loro appartenenti³.

Il rispetto della parità uomo-donna, principio cardine del patrimonio costituzionale europeo, è, ad esempio, frequentemente messo in discussione da stili di vita, regole, manifestazioni culturali proprie delle "nuove" minoranze religiose ormai stabilmente presenti negli stati europei.

Tale problematica è emersa soprattutto in relazione a taluni istituti giuridici fortemente influenzati dal fattore religioso, in modo particolare della tradizione islamica. Ciò è dovuto sia alla diffusione della reli-

autoctone o si applichi anche alle "nuove" minoranze frutto dei processi migratori e, dunque, a prescindere dal possesso della cittadinanza. Sul punto, il Comitato dei Diritti Umani, si è espresso chiaramente in favore della seconda opzione. Si veda, a tale proposito, il General Comment No 23, *The Rights of Minorities (art. 27)* (ccPR/C/21/Rev.1/Add.5), 08.04.1994, p. 5.1: «The terms used in art. 27 indicate that the persons designed to be protected are those who belong to a group and who share in common a culture, a religion and/or a language. Those terms also indicate that the individuals designed to be protected need not be citizens of the State party». Sulla nozione di minoranza di cui all'art. 27 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e sulla sua riferibilità alle sole minoranze autoctone è d'obbligo il riferimento a F. CAPOTORTI, *Study of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic minorities*, NU., 1979 e ID., *Il regime delle minoranze nel sistema delle NU e secondo l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1992, 101 ss.

² Vedi, nella amplissima letteratura, W. KYMLICKA, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, 1991, ID., *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995; J. RINGELHEIM, *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, 2006, A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, Milano, 2001, I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*, Milano, 2012, A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, 2004.

³ Vedi S. POULTER, *Ethnicity, Law, and Human Rights*, Oxford, 1998.

gione islamica nel mondo, e in particolar modo proprio nei Paesi oggetto attualmente di forti spinte migratorie, sia alle caratteristiche intrinseche del diritto religioso islamico (*sharī'a*).

A riguardo, è opportuno fin da subito sottolineare che sembra profondamente erroneo partire dal presupposto che esista un solo diritto islamico e ciò non solo perché quest'ultimo conosce al suo interno differenti declinazioni⁴, a seconda della tradizione giuridica religiosa che si prenda in considerazione, ma anche perché in taluni Paesi appartenenti a tale area religiosa si è assistito a un processo di “modernizzazione” ad opera della fonte di produzione politica statale del diritto religioso⁵.

Ciononostante, si può osservare, con un certo grado di astrazione, che è dato riscontrare i tali contesti giuridici, quale dato giuridico connotativo, il disconoscimento del principio di uguaglianza tra uomo e donna nell'ambito del diritto di famiglia. Ciò è particolarmente evidente in relazione a taluni istituti giuridici, quali la poligamia maschile e il ripudio⁶, che, facendo propri modelli di relazioni familiari di tipo patriarcale presenti prima della diffusione della religione islamica, pongono severe differenziazioni di trattamento della donna rispetto all'uomo⁷.

La potenziale conflittualità tra detti istituti giuridici e il principio di non discriminazione per il sesso è riconosciuta anche dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Nella nota sentenza *Refah Partisi e altri c. Turchia*, la Corte ha ritenuto conforme alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) lo scioglimento decretato dalle autorità governative turche di un partito di ispirazione islamica. La Corte osserva, infatti, la non compatibilità coi valori della Convenzione di

⁴ In generale, v. F. CASTRO, *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, in *Enc. Giur.*, IX, 1989.

⁵ Su questo profilo, v. R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Milano, 1990.

⁶ Per una descrizione dei profili del ripudio secondo il diritto religioso islamico, v. E. GIARNIERI, *Matrimonio islamico: caratteri e limiti di compatibilità con l'ordinamento italiano*, in C. CARDIA, G. DALLA TORRE (cur.), *Comunità islamiche in Italia*, Torino, 2015, 335 ss.

⁷ Ampiamente, su questo, lo studio di C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Riv. Dir. Intern.*, 2011, 4, 1037 ss.

a regime based on Sharia which clearly diverges from Convention values, particularly with regard to its criminal law and criminal procedure, *its rules on the legal status of women* and the way it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts⁸.

Riconosciuto, dunque, sul piano astratto dei principi il potenziale conflitto tra il diritto religioso di matrice islamica e il principio di parità uomo-donna, si deve tuttavia considerare, poi, se sul terreno pratico della risoluzione dei conflitti ci siano margini per ricomporre tale frattura.

Proprio da quest'ultima prospettiva – quella, appunto, della concreta risoluzione giudiziale dei conflitti – un particolare punto di osservazione è rappresentato dal sistema di diritto internazionale privato.

Poiché certamente tra gli elementi di estraneità di una situazione – elementi che fanno appunto scattare le norme di diritto internazionale privato – rientra anche il possesso di una cittadinanza diversa da quella dello Stato territoriale del foro, ne consegue che gli immigrati presenti nei Paesi europei hanno un'aspettativa di vedere loro applicate, attraverso i sistemi nazionali di diritto internazionale privato, norme dell'ordinamento statale di appartenenza, le quali possono talora coincidere o comunque risultare profondamente influenzate dal diritto tradizionale religioso, in particolar modo islamico⁹.

Ebbene, se è vero che tra le primarie finalità del diritto internazionale privato vi è certamente l'apertura degli ordinamenti nazionali alle soluzioni giuridiche elaborate in un contesto giuridico straniero, con il fine di rafforzare l'armonia e la reciproca fiducia tra i soggetti dell'ordinamento internazionale, è altrettanto vero che lo stesso diritto internazionale privato si preoccupa di fornire all'operatore giuridico degli strumenti, quali, ad esempio, l'ordine pubblico o le norme di applicazione necessaria, per preservare l'integrità dell'ordinamento del foro allorché il diritto straniero richiamato confligga coi valori di questo.

Tale potenziale tensione tra apertura e preservazione dell'ordinamento, da sempre presente nella materia del diritto internazionale privato, è oggi certamente accresciuta per effetto della *vis expansiva* dei di-

⁸ *Refah Partisi e altri c. Turchia*, 13 febbraio 2003, par. 123.

⁹ Il punto è particolarmente sottolineato da C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, 1038.

ritti fondamentali – costituzionali, convenzionali e dell'UE – che fanno parte dei valori caratterizzanti gli ordinamenti della tradizione liberale¹⁰.

Di qui il potenziale conflitto. Come, infatti, deve reagire il giudice (e prima di lui l'ufficiale di stato civile) di fronte alla richiesta di dare riconoscimento a atti, quali il ripudio o il matrimonio poligamico, che sembrano potenzialmente contrari al principio di parità tra sessi? Assolutizzare la tutela del diritto fondamentale a non essere discriminati per ragioni legate al sesso – e dunque negare qualsivoglia effetto giuridico a istituti della tradizione islamica che si pongano in contrasto con tale valore – o riconoscere una sorta di specialità del diritto internazionale privato, tale da consentire agli operatori del diritto un'applicazione più sfumata dei diritti fondamentali in tale ambito¹¹?

Collocandoci, dunque, in tale ambito tematico, il contributo andrà ad esplorare l'atteggiamento assunto dalle giurisdizioni italiane in tema di riconoscimento degli effetti civili di atti di ripudio formulati all'estero. La disamina delle sentenze finora emanate sul punto mostrerà come la giurisprudenza appaia contrassegnata da una certa contraddittorietà, alternandosi pronunce di radicale chiusura ad altre in cui risulta maggiormente evidente il tentativo di accomodamento.

¹⁰ Ricostruisce i termini della questione, F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007.

¹¹ Nella dottrina internazional-privatista il tema è oggetto di acceso dibattito. Oltre al contributo già citato di C. CAMPIGLIO, si veda H. GAUDEMET-TALLON, *Nationalité, statut personnel et droits de l'homme*, in AA.VV., *Mélanges dédiés à Erik Jayme*, Monaco, 2004, 219; J. DÉPREZ, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)*, in *Rec. des cours*, 1988, t. 211; E. JAIME, *Identité culturelle et intégration. Le droit international privé postmoderne*, in *Recueil des cours*, 1995, t. 251, 13 ss.; L. GANNAGÉ, *A propos de l'"absolutisme" des droits fondamentaux*, in AA.VV., *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Parigi, 2008, 265 ss.; P. GANNAGÉ, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits des cultures*, in *Rec. de cours*, 2010; M.C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations*, Parigi, 2005.

In tutte queste decisioni, si rivela centrale la nozione di ordine pubblico, declinata sia in senso sostanziale, quale clausola riassuntiva dei principi giuridici fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico in un dato momento storico, sia in senso processuale, come riferita al rispetto del principio di contraddittorio e delle fondamentali norme processuali a tutela dei diritti di difesa¹².

2. Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale e ordine pubblico nel diritto internazionale privato

La nozione di ordine pubblico è rilevante per diverse branche del diritto. Da questo punto di vista, in dottrina si è soliti distinguere detta nozione a seconda che essa sia utilizzata nell'ambito delle scienze pubblicistiche (diritto costituzionale, diritto amministrativo, diritto penale) anziché nell'ambito di quelle civilistiche o del diritto internazionale privato¹³.

Nel primo caso, infatti, l'ordine pubblico opererebbe sul piano del lecito giuridico, ponendosi come limite all'estrinsecazione di un'attività che si connota nei termini di una manifestazione di libertà, spesso costituzionalmente garantita (v. art. 14, 16, 17 e 41 Cost.)¹⁴. Ponendosi, dunque, come limite rispetto a posizioni di libertà costituzionalmente garantite, si impone la necessità di restringere la portata della nozione e di farla coincidere con una nozione materiale di ordine pubblico, ossia di *ordre dans la rue*, di sicurezza e di incolumità pubblica¹⁵.

Nel contesto, invece, civilistico e del diritto internazionale privato, la nozione di ordine pubblico assume una valenza normativa, o ideale,

¹² Sulla nozione di ordine pubblico processuale, v. F. SALERNO, *Principio del contraddittorio e riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. Dir. Int.*, 1979, 67 ss.

¹³ V. G. CORSO, *Ordine pubblico (dir. pubblico)*, in *Enc. Dir.*, XXX, 1980, 1057 ss.; A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. Giur.*, 1963, CLXV, 1963, 111 ss.; L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nov. D.I.*, XII, 1965, 130 ss.

¹⁴ G. CORSO, *op. cit.*

¹⁵ V. A. PACE, in *Rapporti civili (art. 13-20)*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1977, 159 ss.

riferendosi, cioè, a un insieme di principi, anche a carattere etico, che informano l'ordinamento giuridico. L'ordine pubblico in tale contesto assume così la funzione di limite di efficacia o all'autonomia negoziale dei privati o all'esplicazione degli effetti nell'ordinamento interno di atti giuridici formati all'estero¹⁶.

Se la distinzione appare netta sul piano teorico e se pure è evidente il tentativo della dottrina pubblicistica di circoscrivere l'ordine pubblico a un'accezione materiale che escluda possibili letture in senso funzionalista delle libertà costituzionali¹⁷, è da dire che la giurisprudenza costituzionale è sul punto assai meno netta e, anzi, non congruente con tali ricostruzioni.

Nel definire, infatti, una nozione di ordine pubblico costituzionale, inteso come ordine legale su cui poggia la convivenza sociale, la Corte sembra ammettere la possibilità di un'accezione anche in senso ideale dell'ordine pubblico che operi quale possibile limite all'esercizio delle libertà costituzionali¹⁸. Più correttamente, secondo alcuni, tale giurisprudenza andrebbe intesa nel senso che la nozione di ordine pubblico opererebbe come una clausola riassuntiva di altre situazioni di libertà o di altri valori costituzionali. In questo modo, il richiamo all'ordine pubblico non significa la prevalenza di un interesse pubblico, qualificato in termini astratti, sull'esercizio di una data libertà costituzionale, ma, piuttosto, sarebbe lo strumento che consente di bilanciare, attraverso l'utilizzo del principio di proporzionalità, la data libertà con altre libertà e valori costituzionali, anche non formalizzati come limiti espliciti, che

¹⁶ G. CORSO, *op. cit.*

¹⁷ Cui si ricollega ulteriormente la questione dell'estendibilità del limite dell'ordine pubblico alle libertà costituzionali per le quali il testo costituzionale nulla prevede, come nel caso della libera manifestazione del pensiero. In senso contrario, A. PACE, *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1971, 1774 ss. e già C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in *Giur. Cost.*, 1962, 190 ss.

¹⁸ Corte cost. n. 168/1971 che si richiama a Corte cost. n. 19/1962. Critici nei confronti della giurisprudenza costituzionale in materia, A. PACE, *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale*, cit.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 42-43.

entrano appunto in bilanciamento per il tramite della nozione di ordine pubblico¹⁹.

Così intesa, la nozione di ordine pubblico costituzionale presenta alcuni aspetti di somiglianza con quella in uso nell'ambito internazional-privatistico.

L'eccezione di ordine pubblico, proprio perché in grado di paralizzare l'applicazione del diritto straniero richiamato o dell'istituto di diritto straniero cui riconoscere effetti – e dunque in ultima analisi di ostacolare quella *concordia ordinum* cui tende il diritto internazionale privato – è uno strumento da applicare con cautela²⁰. Infatti, essa non opera, o non dovrebbe operare, in relazione alla pretesa incompatibilità, considerata in astratto, di un istituto di diritto straniero o legge straniera rispetto all'ordinamento del foro ma, piuttosto, in relazione alla specifica vicenda processuale.

Nella prassi giurisprudenziale e teorizzazione dottrinale, soprattutto belga e francese, tale valutazione in concreto dell'eccezione di ordine pubblico implica che tra gli elementi che il giudice o l'ufficiale di stato civile deve considerare per azionare tale clausola vi siano, da un lato, la gravità degli effetti che si produrrebbero nell'ordinamento del foro, come conseguenza dell'applicazione della legge o del riconoscimento dell'atto straniero, dall'altro, l'intensità del collegamento della controversia con l'ordinamento del foro²¹.

In definitiva, proprio perché la clausola di ordine pubblico deve essere applicata al caso concreto e presupporre una valutazione degli effetti che il riconoscimento dell'atto produce nell'ordinamento interno, essa finisce per operare secondo parametri non lontani dal giudizio di

¹⁹ In questo senso, G. CORSO, *op. cit.*, 1066.

²⁰ In argomento, G. SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, in *Riv. dir. int.*, 1954.

²¹ La combinazione dei due parametri dà luogo alla nozione di ordine pubblico di prossimità e di ordine pubblico attenuato. In linea generale, si può osservare che la nozione di ordine pubblico attenuato tende ad applicarsi soprattutto allorché l'ordinamento del foro debba procedere al riconoscimento di una situazione o di un atto prodotto all'estero, anziché dover applicare il diritto straniero come diritto sostanziale. Cfr. P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Parigi, 1959; ID., *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Rec. des Cours*, 1986, t. 1 vol. 196, 9 ss.

proporzionalità e dal bilanciamento in concreto dei valori in gioco, quale normalmente operato dalla giustizia costituzionale.

Questa prospettiva di avvicinamento tra le accezioni pubblicistica e internazionalprivatista della clausola di ordine pubblico si giustifica anche alla luce della crescente tendenza nel diritto internazionale-privato di veicolare, per il tramite appunto dell'ordine pubblico, il necessario rispetto dei diritti fondamentali costituzionali e di natura convenzionale.

Il contemperamento dei tradizionali meccanismi operativi e delle finalità del diritto internazionale privato con il necessario rispetto dei diritti fondamentali non può, tuttavia, condurre a un uso per così dire apodittico della clausola di ordine pubblico, volta a tutelare in modo assoluto taluni principi della tradizione giuridica occidentale (quale appunto la non discriminazione per il sesso). In effetti, è da tenere in considerazione il fatto che attraverso la scelta di utilizzare soluzioni previste nel diritto di famiglia dei paesi d'origine, laddove questo diritto risulti sostanzialmente adesivo ai dettami di una data religione, le parti possono manifestare talora un preciso bisogno religioso-culturale e la loro opzione può qualificarsi, sia pure problematicamente, come esercizio di libertà religiosa²². In questo senso, indubbiamente il tema si lega anche alla questione dell'identità e dell'appartenenza a gruppi sociali connotati culturalmente e religiosamente e della conseguente accettazione da parte di questi di forme di dissoluzione del matrimonio che appaiano in linea con la loro specifica tradizione culturale e religiosa.

Sotto questo profilo, e avvicinandosi maggiormente all'ambito tematico oggetto di indagine, proprio il richiamo ai diritti fondamentali

²² La questione intreccia inevitabilmente quella dei confini della libertà religiosa e di ciò che si può ricondurre al concetto di religione. Una distinzione che si rifaccia ai profili spirituali contrapposti a quelli secolari, se adatta a cogliere la realtà cristiana, dove il principio appare consolidato, lo è molto meno in relazione alle altre due religioni monoteiste dell'Islam e dell'ebraismo, in cui molti aspetti della vita quotidiana (successioni, diritto di famiglia, prescrizioni alimentari) sono disciplinate dal diritto religioso. Sul punto, S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi*, Bologna, 2002, 75 ss. Sull'utilizzo del diritto internazionale privato come strumento per consentire l'espressione dei diritti religiosi delle nuove minoranze, v. i contributi contenuti nella collettanea a cura di R. BOTTONI, R. CRISTOFORI, S. FERRARI, *Religious Rules, State Law and Normative Pluralism – A comparative Overview*, Berlino-Heidelberg, 2016.

dovrebbe rafforzare, o comunque problematizzare anziché operare facili automatismi in un senso anziché nell'altro, l'ipotesi di riconoscimento di taluni atti prodotti all'estero nell'ambito di diritto di famiglia, potendosi questi qualificare sia come manifestazioni dell'identità religiosa e/o culturale degli individui, sia come situazioni che ricadono sotto lo spettro del rispetto della vita privata e/o familiare, ai sensi dell'art. 8 CEDU²³.

La qualificazione delle situazioni indicate alla stregua di esercizi di libertà comunque costituzionalmente o convenzionalmente garantite non vale ovviamente a determinare un riconoscimento automatico degli atti stranieri in questione, ma solo a ulteriormente sostenere la necessità di un'applicazione della clausola di ordine pubblico che non operi sul piano appunto dei valori e principi considerati in chiave ideale, ma su quello concreto del bilanciamento.

In questo senso, proprio in relazione alla tema del riconoscimento degli effetti civili di atti di ripudio, è significativo riportare l'opinione espressa dall'autorevole istituto di diritto internazionale in materia di applicazione di ordine pubblico al diritto internazionale privato della famiglia. La risoluzione dà atto che un'esclusione reciproca e sistematica delle leggi espressive di culture differenti, ad opera dell'ordine pubblico, disconoscerebbe l'esigenza di coordinamento dei sistemi giuridici. Riconosce, inoltre, che il rispetto dell'identità culturale è divenuto una finalità del diritto internazionale che deve trovare applicazione anche nel contesto del diritto internazionale privato. Invita pertanto gli stati a non opporre la clausola di ordine pubblico in relazione al riconoscimento di atti di ripudio laddove la moglie, anche se cittadina o residente nello stato di riconoscimento, abbia consentito al provvedimento o abbia beneficiato di provvedimenti patrimoniali sufficienti²⁴.

²³ Il punto verrà ripreso *infra* nel testo.

²⁴ Institut de droit international, Session de Cracovie, 2005, neuvième commission, *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*.

3. L'influenza del diritto europeo (convenzionale e dell'UE) sulla nozione di ordine pubblico

Si è detto, dunque, dell'opportunità che la clausola di ordine pubblico, allorché applicata al riconoscimento di effetti civili di atti di ripudio prodotti all'estero, operi in concreto, secondo un bilanciamento che tenga conto di come, attraverso tali provvedimenti, possa manifestarsi un esercizio di interessi costituzionalmente rilevanti.

Tuttavia, si deve considerare come, invece, proprio in tale ambito la clausola di ordine pubblico tenda ad essere applicata talvolta in modo astratto, secondo una valutazione aprioristica dell'incompatibilità dell'istituto del ripudio con il principio dell'eguaglianza giuridica tra coniugi.

È quest'ultimo un processo riscontrabile innanzitutto in taluni ordinamenti nazionali.

In Belgio, ad esempio, una riforma del codice di diritto internazionale privato ha introdotto nel 2004 un'apposita disposizione, l'art. 57, che stabilisce che un atto, formulato all'estero, in cui si constata la volontà del marito di sciogliere il vincolo matrimoniale non potrà essere riconosciuto in Belgio²⁵.

In Francia, la giurisprudenza francese soprattutto degli anni '90 aveva riconosciuto atti di ripudio celebrati all'estero, una volta riscontrato il rispetto del principio del contraddittorio e dei diritti patrimoniali della moglie. Tuttavia, nel 2004 è intervenuta una definitiva svolta nella giurisprudenza della Corte di Cassazione la quale nega ogni effetto agli atti di ripudio pronunciati all'estero, ritenendo di fatto insufficiente, ai fini della valutazione della compatibilità con l'ordine pubblico francese, tanto le garanzie procedurali, quanto le forme di compensazione economica previste a vantaggio della moglie. Secondo la Corte di Cassazione, infatti, la circostanza che il ripudio sia rimedio nella disponibilità del solo marito determina un irriducibile contrasto con il principio di

²⁵ Esistono, tuttavia, delle deroghe applicabili, però, solo se entrambi i coniugi non abbiano la cittadinanza o la residenza in uno stato che non conosce l'istituto del ripudio. Sul punto, v. D. STRAZZARI, *Diritti fondamentali, istanze culturali religiose e "preferenze nazionali"*. *Riflessioni sul case-study belga*, in *D.P.C.E.*, 2014, 3, 1204 ss.

parità tra coniugi, quale sancito all'art. 5 del protocollo 7 della CEDU, e con l'ordine pubblico francese²⁶.

Con tale decisione, che costituisce ancora oggi il *leading case* in materia, il riferimento alla necessità di garantire la parità di trattamento tra coniugi assurge, o esso stesso o in quanto filtrato dalla clausola di ordine pubblico, a barriera insormontabile per il riconoscimento di effetti all'atto di ripudio, negando la compatibilità dell'istituto del ripudio in sé, a prescindere da una valutazione dell'interesse specifico delle parti in causa.

Proprio il caso francese introduce un ulteriore elemento di complessità al quadro tratteggiato rappresentato dal fatto che è proprio il riferimento all'art. 5 del protocollo 7 alla CEDU a costituire la giustificazione dell'irrigidimento della posizione giurisprudenziale.

Ci si interroga, così, se l'emersione di un paradigma comune nella tutela dei diritti fondamentali, rappresentato in particolare dalla elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma anche dal diritto, positivo e giurisprudenziale dell'Ue, possa determinare il formarsi di una nozione di ordine pubblico europeo che finirebbe per imporsi, secondo una logica omogeneizzante, sulle declinazioni giurisprudenziali nazionali di ordine pubblico²⁷.

In questo senso, nel contesto tematico da noi analizzato, si è già ricordata l'affermazione della Corte EDU nella sentenza *Refah Partisi c. Turchia* sulla non compatibilità coi valori della Convenzione del diritto islamico.

Per quanto riguarda, invece, il diritto dell'UE, a rilevare, nello specifico contesto tematico qui tratteggiato, è il Regolamento 1259/2010 del Consiglio relativo all'attuazione d'una cooperazione rafforzata nel set-

²⁶ Cass. 17 febbraio 2004, su cui H. FULCHIRON, "Ne repudiez point..." pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 2006, 1, 7 ss.

²⁷ Cfr. P. MAYER, *La convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères*, in *Rev. crit. DIP*, 1991, 651; P. HAMMJE, *Droits fondamentaux et ordre public*, in *Rev. crit. DIP*, 1997, 451; E. FOHRER, *L'incidence de la Convention européenne de droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruxelles, 1999.

tore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale in controversie aventi un carattere di transnazionalità²⁸.

Il regolamento fornisce una disciplina unitaria in merito all'individuazione del diritto sostanziale da applicarsi in caso di scioglimento del matrimonio e separazione in circostanze che comportino un conflitto di leggi.

L'interesse per il regolamento è rappresentato dal suo carattere universale, nel senso che la legge da esso designata si applica anche laddove non sia quella di uno Stato membro partecipante alla cooperazione rafforzata, ciò che rende possibile, appunto, l'applicazione di un diritto straniero proprio della tradizione islamica. In secondo luogo, con una scelta effettivamente innovativa rispetto a quanto si riscontra normalmente nelle discipline nazionali di diritto privato internazionale in materia di diritto di famiglia, si introduce la possibilità per le parti coinvolte di scegliere la normativa applicabile, sia pure all'interno di un ventaglio di possibilità²⁹. Tra queste, viene appunto prevista la legge nazionale anche di uno solo dei coniugi. Ciò dovrebbe facilitare appunto l'applicazione della legge del Paese d'origine degli immigrati anche laddove la parte dovesse possedere più cittadinanze, inclusa quella del foro.

A fronte di questa potenziale apertura verso il riconoscimento di diritto straniero, in ipotesi anche di tradizioni giuridiche diverse da quella europea, si deve registrare la formulazione dell'art. 10 dello stesso Regolamento, disposizione che inibisce, in favore della legge del foro, l'applicazione della legge voluta dalle parti o di quella altrimenti applicabile in mancanza di scelta delle parti, *ex art. 8* dello stesso reg. 1259/2010, allorché detta legge 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 o alla separazione e personale».

La disposizione in esame – che merita di essere letta in connessione con il 16° considerando del Regolamento secondo cui «la legge scelta dai coniugi deve essere conforme ai diritti fondamentali riconosciuti dai Trattati e dalla carta dei diritti fondamentali dell'UE» – effettua una

²⁸ Cfr. Reg. 1259/2010 del Consiglio, in GUUE n. 343 del 29.12.2010.

²⁹ Vd. art. 5 reg. 1259/2010.

valutazione aprioristica della incompatibilità delle leggi di paesi islamici che contemplino meccanismi di scioglimento del matrimonio nella sola disponibilità del marito.

La clausola opera solo nel contesto della individuazione della legge sostanziale da applicarsi ai casi di divorzio o separazione. Non riguarda, dunque, il riconoscimento di sentenze o provvedimenti in materia di scioglimento del matrimonio conclusi in paesi extra-UE, aspetto che permane, al momento, di competenza nazionale. È tuttavia ipotizzabile che tale disposizione produca effetti sugli ordinamenti nazionali producendo un irrigidimento circa i possibili riconoscimenti di atti di ripudio conclusi all'estero.

Un'altra situazione in cui è possibile individuare l'esplicazione di un concetto di ordine pubblico europeo, di origine dell'UE, in grado di comprimere margini di soluzioni alternative e più flessibili ad opera delle giurisprudenze nazionali, è rappresentata dal riconoscimento del matrimonio poligamico ai limitati effetti del ricongiungimento familiare.

L'approvazione della direttiva n. 86/2003/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare ha comportato un deciso irrigidimento sul punto, stante l'esplicito divieto in essa contenuto di ammettere il ricongiungimento di più di un coniuge³⁰ e consentendo agli stati di estendere tale limitazione ai figli di una coppia poligama.

Un esempio di come l'approvazione di tale disciplina abbia implicato un mutamento in senso più restrittivo nella prassi nazionale proviene dal caso italiano. Il legislatore, in sede di prima trasposizione della direttiva, non aveva proceduto a disciplinare il relativo divieto, sicché si era ammesso in giurisprudenza la possibilità di consentire al figlio di una coppia poligama, già ricongiunto in Italia con il primo genitore, di esercitare il diritto all'unità familiare nei confronti del secondo genitore, sebbene ciò determinasse il crearsi di una situazione di bigamia in Italia.

Nel 2009, con la legge n. 94, il legislatore procedeva all'inserimento di un nuovo art. 29, 1 *ter* nel TU immigrazione che, in conformità alla direttiva, non consente il ricongiungimento del coniuge o del genitore

³⁰ V. art. 4.4 dir. 2003/86/CE del 22 settembre 2003 in GUCE 02.10.2003.

allorché questi risulti coniugato con un cittadino straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale. La Corte di Cassazione, prendendo nota della modifica occorsa, ha infine stabilito che il divieto di cui all'art. 29, c. 1 *ter* TU immigrazione opera oggettivamente, anche se il richiedente è il figlio minore, mirando a evitare l'insorgenza nell'ordinamento italiano di una condizione di poligamia contraria all'ordine pubblico anche costituzionale³¹.

4. La giurisprudenza italiana in materia di riconoscimento di atti di ripudio: la varietà delle soluzioni offerte

Le argomentazioni finora riferite possono certamente contribuire a meglio inquadrare la giurisprudenza italiana più recente intervenuta in tema di riconoscimento di atti di ripudio.

È conveniente preliminarmente ricordare che in argomento vengono anzitutto in rilievo gli artt. 64 e 65 della l. n. 218/1995, non rilevando, invece, il Reg. CE 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, applicabile solo in relazione a decisioni rese da giurisdizioni di stati dell'UE.

Come noto, rispetto al precedente sistema legislativo, caratterizzato dalla necessità di un giudizio di delibazione ad opera della Corte d'Appello, cui era subordinata la capacità di ogni provvedimento giurisdizionale di esplicare effetti in Italia, la legge 218/95 ha proceduto ad una semplificazione dell'intero processo. Infatti, il provvedimento straniero viene oggi presentato all'ufficiale di stato civile il quale procederà automaticamente alla trascrizione, iscrizione o annotazione nei registri pubblici, se ritiene sussistere i requisiti di cui agli artt. 64 e 65. In caso contrario, l'ufficiale di stato civile rimetterà la questione al prefetto, il quale, se ritiene fondati i dubbi dell'ufficiale di stato civile, inviterà

³¹ V. Cass. Civ. 28.02.2013, n. 4984. La vicenda è ricostruita da D. DURISOTTO, *Poligamia e ordinamenti europei*, in C. CARDIA, G. DALLA TORRE (cur.), *Comunità islamiche in Italia*, Torino, 2015, pp. 357 ss., nonché R. TUCCILLO, *La tutela della Famiglia*, in A. MACRILLÒ (cur.), *Il diritto degli stranieri*, Padova, 2014, pp. 375 ss.

quest'ultimo a negare l'iscrizione. Avverso detto diniego la parte può rivolgersi alla Corte d'Appello, *ex art.* 67, l. n. 218/95.

Nel caso in cui il relativo provvedimento sia stato effettivamente iscritto, chiunque vi abbia interesse (nel caso di specie, tipicamente la moglie) può agire in giudizio, *ex art.* 67 l. 218/95, con ricorso dinnanzi alla Corte d'appello, per contestare il riconoscimento e far accertare la mancanza dei requisiti prescritti dagli artt. 64 o 65 della l. 218/95, oppure può contestare detto accertamento, a titolo incidentale, nel corso di un processo principale. Quest'ultima situazione si presenta come relativamente frequente in relazione alla nostra tematica proprio nelle ipotesi in cui la moglie inizi davanti al giudice italiano la separazione giudiziale cui viene opposta, con l'eccezione di giudicato, la sentenza straniera o il provvedimento dichiarativi del ripudio. A questo punto, qualora la moglie non agisca direttamente per l'accertamento negativo dinnanzi alla Corte d'Appello, sarà lo stesso giudice della causa principale a dover risolvere incidentalmente la questione relativa alla efficacia in Italia del provvedimento di ripudio³².

Il riconoscimento delle sentenze straniere è subordinato al rispetto dei criteri dell'art. 64 della l. n. 218/1995. Tuttavia, l'art. 65 ha inteso definire una procedura più agile proprio in rapporto al riconoscimento di provvedimenti stranieri relativi alla capacità di persone, all'esistenza di rapporti di famiglia o diritti della personalità. Tale articolo – applicabile secondo la giurisprudenza di legittimità anche al caso di riconoscimento di sentenze straniere relative alle stesse materie – indica un percorso complementare a quello generale previsto dall'art. 64. Esso opera, però, solo quando la sentenza o il provvedimento stranieri siano stati adottati dalle autorità del paese la cui legge sostanziale sia richiamata dalla legge 218/95 come applicabile o producano effetti nell'ordinamento di tale stato. In tali ipotesi, il diniego del riconoscimento sarà possibile solo se il provvedimento straniero sia contrario all'ordine pubblico oppure se nel procedimento di adozione non siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa.

³² Per un'applicazione in tal senso, v. Trib. Monza, sez. IV, 19.05.2009, rel. De Giorgio, in cui si nega l'efficacia al divorzio/ripudio per l'assenza dell'instaurazione del contraddittorio e per la mancanza di un rigoroso accertamento del disfacimento della comunione familiare.

Tale “alleggerimento” nei confronti del riconoscimento di sentenze straniere si applica, dunque, in relazione al nostro tema, solo quando il provvedimento di ripudio sia stato pronunciato dalle autorità dello Stato di comune nazionalità dei coniugi o, in subordine, dello Stato in cui era prevalentemente localizzata la vita matrimoniale (o comunque produca effetti in tali stati), ai sensi dell’art. 31 della l. 218/95 che stabilisce i criteri per la determinazione della legge sostanziale in materia di separazione e scioglimento del matrimonio.

Passando, ora, a considerare nello specifico la giurisprudenza più recente formatasi sul punto, merita richiamare tre sentenze rese a livello di Corti di Appello che si segnalano per l’ampiezza delle argomentazioni adottate e per la diversità delle soluzioni raggiunte.

Prima in ordine di tempo è la sentenza della Corte d’Appello di Torino del 9 marzo 2006. In essa, parte attrice, cittadina italiana ma nata in Marocco, conveniva in giudizio il marito, anch’egli divenuto italiano, per un’azione di accertamento negativo, ai sensi dell’art. 67 della l. 218/216, dell’efficacia in Italia della sentenza di ripudio-divorzio emessa dal giudice marocchino. A fronte, infatti, dell’avvio della separazione giudiziale da parte della moglie, il marito aveva ottenuto nel frattempo in Marocco, luogo di celebrazione del matrimonio, un provvedimento definitivo di ripudio che opponeva, una volta iscritto, all’azione di separazione intrapresa dalla moglie.

La Corte d’Appello di Torino procede, dunque, a valutare la sussistenza dei requisiti richiesti dall’art. 64, non applicando al caso di specie l’art. 65, presumibilmente in ragione della comune cittadinanza italiana delle parti, ai sensi del combinato disposto degli artt. 19 e 31 l. 218/216.

I giudici torinesi riterranno di negare il riconoscimento al provvedimento richiesto sia per ragioni di carattere processuale, sia per contrarietà con la nozione di ordine pubblico (in senso materiale).

Sotto il primo profilo, la sentenza rileva la violazione dell’art. 64, lett. a) difettando, nel caso di specie, la giurisdizione del giudice marocchino ai sensi dei principi sulla competenza giurisdizionale propri dell’ordinamento italiano. Secondo, infatti, i giudici torinesi il fatto che entrambi i coniugi possiedano la cittadinanza italiana e che siano residenti in Italia priverebbe il giudice marocchino della relativa giurisdizione.

zione e ciò nonostante il matrimonio sia stato celebrato in Marocco ed esplicitamente l'art. 32 fonda la giurisdizione anche su tale criterio.

Ritiene, inoltre, il giudice d'appello che il provvedimento di ripudio non sia riconoscibile in ragione della litispendenza esistente in Italia con l'azione di separazione giudiziale avviata dalla moglie prima dell'inizio della procedura di ripudio proposta dal marito.

Secondo poi la Corte d'Appello torinese non sarebbero stati garantiti i diritti essenziali della difesa poiché la parte, pur avendo avuto comunicazione della pratica di divorzio, non avrebbe avuto notizia dell'udienza in cui la dichiarazione di divorzio è divenuta definitiva. Soprattutto, secondo il giudice torinese, nel caso di specie la dissoluzione del vincolo coniugale sarebbe riconducibile a una dichiarazione potestativa unilaterale del marito, limitandosi il giudice ad accertare la stessa, senza verificare "l'irrimediabile disfacimento della comunione familiare". Infine, essendo lo scioglimento unilaterale precluso alla donna, esso si porrebbe in sostanziale violazione del principio di parità e solidarietà coniugale³³.

A distanza di due anni dalla pronuncia della Corte d'Appello di Torino, si segnala, anche per l'opposta tesi di fondo, la pronuncia della Corte d'Appello di Cagliari del 16 maggio 2008³⁴.

Il ricorrente, cittadino italo-egiziano, agisce contro il diniego relativo all'iscrizione nel registro dello stato civile dell'atto di ripudio di un primo matrimonio contratto in Egitto. L'atto di ripudio, risalente a più di quindici anni prima dei fatti di causa, era avvenuto secondo il diritto egiziano. Esso era stato pronunciato in assenza della moglie, la quale, tuttavia, aveva dato atto di aver ricevuto soddisfazione integrale delle sue pretese economiche e si era peraltro risposata.

Il (mancato) riconoscimento del provvedimento di ripudio viene valutato dal giudice sotto il profilo del rispetto dei parametri di cui all'art. 65 e dunque dell'asserita violazione dei diritti essenziali della difesa e dell'ordine pubblico. La corte cagliaritano non riterrà, in particolare, che la decisione egiziana sia intervenuta violando i diritti essenziali della difesa, sussunti nella categoria dell'ordine pubblico (processua-

³³ Corte Appello Torino, 09.03.2006 in *Diritto fam. e pers.*, 2007, 156 ss., non nota di A. SINAGRA, *Ripudio-divorzio islamico e ordine pubblico italiano*.

³⁴ Corte Appello Cagliari, 16.05.2008, n. 198.

le). È da osservare, infatti, che tanto l'Egitto quanto l'Italia hanno sottoscritto la Convenzione dell'Aja del 1970 sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni la quale prevede per le parti contraenti la possibilità di rifiutare il riconoscimento di un atto di divorzio o di separazione solo se manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico. Secondo il giudice cagliaritano, non si può ritenere nel caso di specie che detto nucleo essenziale dell'ordine pubblico sia stato violato.

Osserva, infatti, il giudice che la procedura di divorzio-ripudio, disciplinata dal diritto egiziano, salvaguarda la possibilità della moglie di intervenire in giudizio, al fine di manifestare o meno il suo consenso. La mancanza di consenso della moglie rileva, osserva il giudice cagliaritano, perché in tale caso si prevede in capo alla stessa il diritto a un'indennità di consolazione che tenga conto della situazione finanziaria del marito. In definitiva, dunque, la procedura di ripudio, quale disciplinata dal diritto egiziano, prevede un accertamento da parte di un soggetto terzo del venir meno della comunione materiale e spirituale e la moglie, pur non potendo impedire detta pronuncia, può ottenere soddisfazioni economiche.

Sul piano più prettamente sostanziale dell'ordine pubblico – dunque sulla pretesa incompatibilità dell'istituto del ripudio rispetto al principio di eguaglianza tra i coniugi – il giudice riterrà di non applicare la clausola in questione sul rilievo che il diritto egiziano contempla l'istituto del divorzio cosiddetto per *khol*, in cui la moglie ha lo stesso diritto di sciogliersi dal vincolo coniugale, pur rinunciando alla restituzione della dote.

Ultima in ordine di tempo tra le sentenze emanate in materia è da ricordare la decisione della Corte d'Appello di Venezia del 9 aprile 2015³⁵, la quale, tra le due opposte soluzioni accolte rispettivamente dalle corti torinese e cagliaritana, entrambe richiamate in motivazione, mostra di aderire alla prima.

I fatti di causa risultano analoghi a quelli cagliaritani, salvo la nazionalità marocchina delle parti e dunque la non applicabilità della Convenzione dell'Aja. Benché i giudici veneziani valutino la ricorrenza

³⁵ Corte Appello Venezia, 09.04.2015, in *Nuova giur. civ. commentata*, 11/2015, p. 1029 ss., con nota di O. VANIN, *Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano*.

dei presupposti ai sensi dell'art. 64, l. 218/95, di fatto la loro argomentazione si limita a verificare l'effettivo rispetto dei diritti essenziali della difesa, letti attraverso il filtro dell'ordine pubblico c.d. processuale. Nel caso di specie la corte veneziana riterrà di non poter condividere le osservazioni formulate dal giudice cagliaritano. Secondo i giudici veneziani, infatti, non si può ritenere che la procedura prevista nel diritto marocchino sia tale da garantire un effettivo contraddittorio. La presenza della moglie, infatti, non è funzionale a contestare nel merito la richiesta del marito, ma solo a modulare in modo diverso gli effetti economici scaturenti dalla dissoluzione, la quale resta una decisione sostanzialmente maritale di cui il giudice si limita a prendere atto.

5. Osservazioni conclusive: per un pluralismo culturale, religioso e giuridico sostenibile

Le sentenze in questione hanno dato risposte parzialmente diverse al tema del riconoscimento degli effetti di un provvedimento di ripudio pronunciato all'estero. In tutte, si può evidenziare un'attenzione particolare al tema dell'ordine pubblico, declinato sia in senso sostanziale, come contrarietà dell'istituto del ripudio al principio dell'eguale accesso senza distinzioni di sesso allo scioglimento del matrimonio, sia in senso procedurale, come rispetto dei diritti essenziali del contraddittorio, ma anche come indefettibile presenza di un organo giurisdizionale che non si limiti ad omologare la decisione di scioglimento del matrimonio, ma che appunto la dichiari, previo accertamento della cessata comunione spirituale dei coniugi.

Per quanto riguarda il profilo relativo al tema dell'ordine pubblico processuale, è da osservare che da tempo la giurisprudenza di altri paesi, in particolare quella francese, ha proprio fatto leva sul mancato rispetto del principio del contraddittorio per giustificare il diniego di riconoscimento di atti di ripudio.

Tuttavia, a riguardo, si deve segnalare come i legislatori di taluni paesi islamici, anche per rispondere alle sollecitazioni provenienti dai paesi europei e favorire la circolazione delle loro decisioni, abbiano introdotto sostanziali modifiche volte, da un lato, a giurisdizionalizzare

la procedura in questione, prevedendo come necessaria l'autorizzazione da parte del giudice, dall'altro, a garantire i diritti di difesa della moglie. In questo senso, si può ricordare il caso del Marocco dove il legislatore fin dal 1993, e poi ulteriormente nel 2004, ha subordinato la validità del ripudio all'autorizzazione del giudice ed ha altresì previsto la necessaria notifica della moglie dell'intera procedura.³⁶

Rimane il fatto che tali adeguamenti normativi non possono dirsi uniformi. In questo senso, ad esempio, proprio la legge egiziana vagliata dalla Corte d'appello di Cagliari non sembra potersi dire rispettosa dell'effettiva instaurazione del contraddittorio, atteso che la notifica della procedura si ha a ripudio già perfezionato.

Un ulteriore profilo cui sembra darsi particolare rilievo nelle decisioni esaminate attiene al ruolo del giudice nei procedimenti in esame. A rilevare, infatti, è propriamente la circostanza che nell'ordinamento italiano il giudice non si limiterebbe ad omologare la scelta dei coniugi di sciogliere il matrimonio, ma costituirebbe tale situazione, previa verifica del disfacimento della comunione spirituale e materiale dei coniugi.

Tuttavia, è da interrogarsi se tale profilo possa davvero assurgere a integrare, oggi, la fattispecie dell'ordine pubblico. La Corte di Cassazione ha da tempo ammesso che uno scioglimento del matrimonio per mutuo consenso, in cui il giudice si limita a prendere atto della volontà delle parti, non è manifestamente in contrasto con l'ordine pubblico italiano³⁷. Soprattutto è da rilevare come, in parallelo con un processo di c.d. privatizzazione dei rapporti di famiglia, vada aumentando la tendenza in Europa ad ammettere lo scioglimento del matrimonio attraverso procedure extragiudiziarie³⁸. La recente introduzione nel nostro ordinamento della possibilità per i coniugi di accedere alla separazione personale e/o al divorzio, attraverso un accordo reso davanti all'ufficia-

³⁶ In argomento, G. SILVA, *La cultura giuridica familiare marocchina: analisi della normativa marocchina sulla dissoluzione del legame coniugale e sulla filiazione (codice marocchino della famiglia del 2004)*, in *Diritto, Immigrazione e Citt.*, 2011, 1, 73 ss.

³⁷ Cass., sent. 10.11.1989, n. 4769.

³⁸ In questo senso, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, v. II, *Statuto personale e diritti reali*, Milano, 2011, 154-155.

le di stato civile o una convenzione di negoziazione assistita, i quali producono gli effetti e tengono luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti di separazione e di divorzio, sembra confermare l'avvio di tale percorso anche nel nostro paese³⁹.

Rimane, dunque, da considerare la censura relativa al profilo sostanziale della violazione dell'ordine pubblico, relativo, cioè, alla violazione del principio di eguaglianza tra coniugi.

Il punto, in verità, ci sembra di per sé difficilmente risolvibile. Non può esserlo, mi pare, osservando, come ad esempio fa la Corte d'appello di Cagliari, che nella tradizione islamica o nel diritto di famiglia di taluni stati islamici si siano riconosciute forme di dissoluzione del matrimonio che sono nella disponibilità anche della moglie. Evidentemente l'astratta esistenza di tali strumenti non fa venir meno la circostanza che ciò di cui si chiede il riconoscimento sia una decisione unilaterale e potestativa del marito di porre fine al vincolo coniugale e sia proprio la compatibilità di tale istituto a dover essere valutata. Inoltre, l'istituto del *talaq*, essendo previsto nel diritto sharaitico, ben difficilmente potrà essere rimosso dalle legislazioni degli stati islamici, le quali, se certamente possono intervenire per meglio garantire processualmente la posizione della donna e i suoi diritti patrimoniali, non possono, però, disconoscere tale rimedio.

³⁹ Cfr. d.l. 12.09.2014, conv. in l. n. 162, del 10.11.2014, art. 6 e 12. È da notare che l'art. 6 prevede due distinte ipotesi di ricorso alla negoziazione assistita con i rispettivi difensori delle parti. Nel primo caso, in mancanza di figli minorenni o maggiorenni incapaci o portatori di handicap, la convenzione, che potrà contenere statuizioni relative ad aspetti patrimoniali, è trasmessa al Procuratore della Repubblica il quale si limita, però, a un semplice nulla osta, se non ravvisa irregolarità. Nel caso, invece, la coppia abbia figli minorenni o incapaci, il nulla osta diviene più pregnantemente un'autorizzazione, la quale, tuttavia, può essere negata solo nell'ipotesi in cui l'accordo non risponda all'interesse dei figli. In entrambi i casi, dunque, il giudice non sembra svolgere alcuna funzione di accertamento della dissoluzione della comunione spirituale e materiale dei coniugi. Secondo l'art. 12 della stessa legge, nel caso di separazione/divorzio attraverso il semplice accordo tra le parti, senza l'assistenza degli avvocati, via percorribile solo in mancanza di figli e di pattuizioni di carattere patrimoniale, gli effetti si perfezionano con la sola dichiarazione resa all'ufficiale di stato civile, senza alcun coinvolgimento dell'autorità giudiziaria.

La questione, dunque, mi sembra, non sia tanto riconoscere la conflittualità in astratto di tale strumento col principio di eguaglianza giuridica dei coniugi, essendo questa evidente, ma piuttosto di capire se la tutela di detto principio debba sempre prevalere, senza considerazioni per altri principi, anche di pari rango, eventualmente coinvolti.

In questo senso, come accennato in apertura, sono almeno tre i valori da bilanciare rispetto a quello della parità uomo-donna. Il primo è quello tipicamente perseguito dal diritto internazionale privato ossia il favorire, attraverso la circolazione degli atti prodotti in altri ordinamenti, una maggiore concordia e apertura al pluralismo giuridico.

Il secondo aspetto da tenere in considerazione è, come si è accennato, la circostanza che attraverso l'opzione di una determinata legge o istituto di diritto di famiglia le parti possono manifestare una loro identità culturale e religiosa.

Il terzo profilo concerne, infine, il rilievo che può assumere il diritto al rispetto della vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 della CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Per quest'ultima, l'art. 8 garantisce all'individuo il diritto a continuare a godere delle situazioni giuridiche di natura personale e familiare costituite in un ordinamento giuridico diverso da quello in cui si trova. Non si tratta di un diritto assoluto, potendo lo stato del foro porre limitazioni di ordine pubblico ma queste, però, devono essere conformi al principio di proporzionalità⁴⁰.

Mi sembra che la valutazione di questi tre principi possa individuare un percorso interpretativo utile per uscire dal rischio di uno scontro tra civiltà che la questione del riconoscimento del ripudio rischia di creare. In particolare, l'approccio che si deve valorizzare è pur sempre quello di una valutazione legata alle singole vicende del caso, rifuggendo da assolutizzazioni di taluni dei principi in gioco a discapito di altri.

⁴⁰ V. sent. 28.06.2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*. Sull'assenza di rilievo dato a tale argomento nelle decisioni italiane sul ripudio, v. criticamente O. VANIN, *op. cit.*, 1035. Sull'argomento, v. P. FRANZINA, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 of the ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Abroad*, in *Diritti umani e dir. int.*, 2011, 609 ss.

Da questo punto di vista, se si guarda alle vicende fattuali decise dalle sentenze delle Corti d'Appello in precedenza esaminate, ci si avvede di una certa similitudine.

Da un lato, i casi decisi dalle Corti d'Appello di Cagliari e di Venezia riguardano situazioni in cui la controparte femminile non aveva manifestato alcuna contrarietà all'istituto del ripudio e il disfacimento della comunione materiale e spirituale dei coniugi era un dato consolidato. In tali ipotesi, dunque, sembra ragionevole pervenire ad una soluzione favorevole al riconoscimento del ripudio.

Diversamente, nel caso deciso dalla Corte d'Appello torinese, la lettura dei fatti di causa ci porta a considerare che la decisione del marito di procedere all'ottenimento di un ripudio nel paese d'origine fosse assunta proprio con l'intento di paralizzare l'azione di separazione giudiziale intrapresa dalla moglie. Qui, dunque, si è in assenza non solo di una situazione consolidata e accettata da ambedue le parti, ma anche di un comportamento processuale che risulta abusivo, a maggior ragione considerando il rapporto di stretta prossimità del marito con lo stato del foro (cittadinanza e residenza).

La Corte di Cassazione ha riconosciuto la possibilità per un giudice di dichiarare una domanda inammissibile per abuso del processo ogniqualvolta appunto la stessa, al di là della sua fondatezza, non appaia meritevole sotto il profilo della tutela, perché utilizzi i rimedi processuali in modo strumentale e non per ottenere un giusto risultato, ponendosi così in contrasto coi principi di buona fede e correttezza⁴¹.

Sebbene la portata di tale sentenza sia stata oggetto di critica in dottrina⁴², ci si può chiedere se l'idea dell'abuso processuale non possa essere almeno un criterio ermeneutico utile proprio in relazione al nostro ambito tematico.

In altre parole, laddove i fatti di causa lascino suggerire un possibile abuso degli strumenti processuali (tipicamente quando all'azione di separazione giudiziale proposta dalla moglie viene contrapposta l'eccezione di giudicato del provvedimento estero di ripudio, ottenuto nelle more del processo avviato dalla moglie), i giudici potrebbero interpreta-

⁴¹ Cass., Sez. Un., 15.11.2007, n. 23726.

⁴² Cfr. G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, 1448 ss. e bibliografia ivi citata.

re in modo più restrittivo le condizioni di carattere processuale richieste ai sensi dell'art. 64 o la nozione di diritti essenziali della difesa, ai sensi dell'art. 65 della l. 218/95.

In questo senso, talune forzature ermeneutiche della Corte d'appello di Torino (ad esempio, la ritenuta prevalenza della giurisdizione italiana a fronte di quella marocchina, nonostante il luogo di celebrazione del matrimonio in Marocco oppure la ritenuta esistenza della litispendenza tra causa di separazione giudiziale italiana e divorzio-ripudio marocchino, nonostante la diversità di oggetto delle due domande) potrebbero giustificarsi alla luce del criterio individuato.

Tale approccio avrebbe a nostro parere l'ulteriore pregio di evitare statuizioni relative alla pretesa violazione dell'ordine pubblico sostanziale basate sul principio di eguaglianza tra coniugi, così evitando il rischio di assolutizzare il principio in questione e farlo divenire uno strumento di automatica prevalenza sugli altri interessi comunque coinvolti in relazione al riconoscimento del provvedimento di ripudio.

