



15 APRILE 2020

Poligamia e società policulturale: quale diritto

di Nicola Colaianni

Professore ordinario di Diritto ecclesiastico
Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Poligamia e società policulturale: quale diritto *

di Nicola Colaianni

Professore ordinario di Diritto ecclesiastico
Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”

Abstract [It]: Una breve comparazione con la legge islamica evidenzia che finora nei paesi europei il matrimonio poligamico ha finora costituito oggetto del diritto internazionale privato. Ma per l'aumento dei cittadini italiani di fede islamica dovuto al fenomeno dell'immigrazione esso è ora principalmente un tema di diritto privato italiano, per cui ci sono proposte di regolamentazione di questo tipo di matrimonio come diritto culturale o civile. Il saggio spiega le ragioni portate a favore di quelle proposte ma sembrano prevalenti le obiezioni secondo i concetti di pluralismo e di diritti fondamentali accolti dal costituzionalismo occidentale e consentanei ad una società policulturale. La posizione preferibile è ammettere, come ora, il matrimonio poligamico quale convivenza di fatto anche alla stregua della legge 76/2016.

Abstract [En]: A short comparison with the Islamic law underlines that so far in the European countries the polygamic marriage was a subject of the private international law. Yet because of the increase of Muslim Italian citizens depending on the immigration, it is now mainly a subject of Italian private law, so there are draft laws in order to admit that kind of marriage as cultural or civil right. The paper explains the reasons brought in favour of those proposals but the objections are predominant just like the concepts of pluralism and fundamental rights accepted by the Western constitutionalism and in compliance with a polycultural society. The more advisable position is the recognition of the polygamic marriage such as de facto union also according to the law 76/2016.

Sommario: 1. Convinzioni e pratiche religiose “altre”. 2. Islam e matrimonio. 3. Il matrimonio poligamico nel diritto internazionale privato... 4. ...e nel diritto privato italiano. 5. La poligamia nel quadro degli effetti del matrimonio. 6. La poligamia come diritto culturale: critica. 7. La poligamia come diritto civile: critica. 8. La poligamia come convivenza di fatto. 9. Quale diritto.

1. Convinzioni e pratiche religiose “altre”

Una certa retorica – una strategia discorsiva, normalmente allarmistica - del multiculturalismo è quella dello scontro tra culture come complessi normativi compatti e immodificabili, che non evolvono ma trasmettono principi eterni, coincidenti quasi esclusivamente con religioni arcaiche. È una retorica tanto diffusa quanto – come dimostra il matrimonio poligamico – infondata. Perciò, secondo Zygmunt Bauman, “è meglio sbarazzarsi del termine ‘multiculturalismo’ e parlare invece di società policulturale”¹. Ed a questo sintagma puramente descrittivo e privo di retorica mi atterrò nell'aggiornare una riflessione avviata molti anni fa² per rinvenire nella trama complessa dell'ordinamento giuridico europeo dei criteri

* Articolo sottoposto a referaggio. Il contributo è destinato al volume collettaneo cartaceo a cura di L. MANCINI e D. MILANI, *Religioni e diritti nelle società contemporanee. Prospettive interdisciplinari*, in corso di pubblicazione, che raccoglie le lezioni del modulo omonimo svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano.

¹ Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2000, p. 200.

² N. COLAIANNI, *Poligamia e principi del “diritto europeo”*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2002, pp. 227 ss.

capaci di restituire ad un'unica razionalità un tema, come la poligamia, che pare affidato a logiche completamente altre.

La società policulturale favorisce un certo relativismo in tema di convinzioni religiose e diffonde, quindi, tolleranza verso quelle degli “altri” ma alla tolleranza non si accompagna l'integrazione bensì la diffidenza, quando non la discriminazione, verso le loro pratiche religiose, ispirate ad un particolare “stile di vita” o “modo di pensare e di comportarsi”, o elementi identitari o istituti peculiari, che pure hanno diritto al rispetto nell'ambito della sfera privata³.

Pensiamo al trattamento delle salme dei buddhisti, o al porto del velo delle musulmane, del *kirpan* dei *sikh*, della *kippah* degli ebrei, del rifiuto di emotrasfusioni dei testimoni di Geova. Si tratta di pratiche in linea di massima permesse dall'ordinamento in quanto aspetti dell'identità personale tutelata dall'art. 8 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, come ritenuto dalla decisione 3 ottobre 1983 della commissione per la protezione dei diritti dell'uomo di Strasburgo. Alcune di queste pratiche sono considerate adiafore da sempre (i copricapi delle suore cattoliche o degli ebrei osservanti, il velo delle donne musulmane) o per effetto di *accomodations* legislative (il trattamento delle salme). Dove l'accomodamento non è stato ancora raggiunto e la pratica è stata ritenuta oggetto di divieto (è il caso del *kirpan*), la giurisprudenza⁴ ha ricevuto un coro di critiche.

Incontra, invece, solo diffidenza e ostilità, per esempio, il rifiuto di emotrasfusioni da parte dei testimoni di Geova, una pratica che trova tutela diretta e immediata in una norma costituzionale, l'art. 32 della Costituzione, che sancisce la libertà della cura e, quindi, la legittimità del rifiuto di emotrasfusioni in favore di una terapia senza sangue. C'è, ovviamente, il problema dei pazienti minorenni ma esso è risolto dall'intervento del giudice, che ordinariamente si pronuncia a favore della trasfusione nell'interesse del minore, considerato giustamente superiore pure alla dignità del pensiero dei genitori e, se vicino alla maggiore età, anche suo. Sugli schermi è apparsa di recente la versione cinematografica di un romanzo di Ian McEwan, in cui la coraggiosa giudice Fiona Maye si dichiara convinta che “la vita di A sia più preziosa della sua dignità” insita nel diritto di rifiutare le cure mediche e che, quindi, il minore Adam “deve essere protetto dalla sua religione e da se stesso”.⁵ E, tuttavia, il clamore mediatico, che accompagna i pochissimi casi in cui il rifiuto dei Testimoni maggiorenni e capaci d'agire li porta alla morte, sovrasta qualsiasi

³ La distinzione tra convinzioni e pratiche religiose è suggerita dall'art. 41, co. 1, della legge 6 marzo 1998, n. 40, recante la disciplina dell'immigrazione e nuove norme sullo straniero, che definisce la discriminazione come “ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, *le convinzioni o le pratiche religiose*”.

⁴ Per giustificare il divieto di porto del *kirpan* Cass. 24084/2017 invoca addirittura i “valori del mondo occidentale” e Cass. 16917/2019 cita a sproposito l'art. 8, co. 2, Cost.

⁵ I. MC EWAN, *La ballata di Adam Henry*, Torino, 2016, p. 116.

approccio razionale e di fatto ha inciso a tal punto sul nostro legislatore, che esso per due volte ha negato l'approvazione di intese già firmate dal governo con quella confessione.

Una reazione analoga si constata relativamente al matrimonio poligamico, istituto caratteristico dell'islam. Faccio un esempio per dare l'idea. Una decina d'anni fa la prima commissione della Camera dei deputati convocò alcuni esperti per un'audizione sui contenuti di una proposta di legge in discussione sulla libertà religiosa. Pensai di esprimere concretamente il mio pensiero, e nel contempo di agevolare il lavoro dei deputati commissari, formulando degli emendamenti al testo ufficiale. Non ne formulai alcuno per il matrimonio religioso con effetti civili perchè il testo, secondo me, andava bene anche per quel tipo di matrimonio. Ma su di esso si concentrarono le domande che mi furono rivolte. Risposi, come ora vedremo meglio, che non si pongono problemi per l'efficacia civile del matrimonio con rito islamico: esso, infatti, è solo potenzialmente poligamico e, quindi, solo ove lo sposo risulti non di stato libero, perchè simultaneamente coniuge di altra donna, esso sarebbe inefficace civilmente. E, tuttavia, soprattutto per i timori connessi all'efficacia civile di questo tipo di matrimonio (oltre che per il volgere al termine della legislatura), quella proposta di legge si arenò.

Hanno tuttora fondamento, sono irrefragabili questi timori a distanza di anni, anche a fronte dell'incremento della popolazione – non solo stranieri ma anche italiani ed europei - musulmana in Italia e in Europa? In questa società policulturale il “nostro” matrimonio monogamico va eretto a modello indefettibile quale scelta di civiltà o va relativizzato sì da ammettere il matrimonio poligamico come diritto culturale? *E tertium non datur?* Per rispondere a questi interrogativi appare opportuna una sintesi dei caratteri e dei problemi del matrimonio poligamico.

2. Islam e matrimonio

Il carattere sia pur potenzialmente poligamico (più corretto sarebbe dire: poliginico simultaneo, dato che solo all'uomo è concesso avere contemporaneamente fino a quattro mogli, per giunta non solo musulmane ma anche ebreo o cristiane: tale diritto nei confronti degli uomini non è riconosciuto alle donne musulmane) è, dal punto di vista mediatico, il più forte punto di attrito tra diritto di famiglia islamico e ordinamenti occidentali. In realtà l'incompatibilità è molto più ampia: basta pensare che il matrimonio è un contratto che attribuisce al marito diritti sulla persona della moglie, che esprime il proprio consenso matrimoniale attraverso il suo curatore, il *wali*, e può trovarsi ripudiata dal marito in via unilaterale, perfino telefonicamente⁶. E, tuttavia, la mira è sul carattere poligamico che pure, a differenza

⁶ Cfr. C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, pp. 43 ss. In generale sul matrimonio nel diritto islamico R. ALUFFI BECK PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Milano, 1990, specie pp. 103 ss.; sul protagonismo del *wali* nel contratto matrimoniale cfr. F. SCOLART, *La Cassazione e il matrimonio somalo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1999, pp. 783 ss.

degli altri, quando non è vietato, come in Tunisia, o fortemente scoraggiato, come in Marocco, è ormai largamente in disuso⁷. È evidente che questa riduzione ai minimi termini, in paesi in cui la *Shari'a* è fonte superiore alla stessa Costituzione, non è frutto di una scelta meramente politica ma trova fondamento nello sforzo esegetico teso a liberare i versetti coranici da incrostazioni prevalentemente di epoca medioevale e non più rispondenti alle mutate condizioni della stessa società islamica.

Questa reinterpretazione evolutiva ha portato, com'è noto, a coordinare i due versetti coranici sulla poligamia⁸ e dal loro combinato disposto s'è tratta l'illazione che l'uomo può sposare fino a quattro mogli ma solo a condizione di essere giusto con ciascuna nella stessa misura: ne consegue che, essendo tale condizione – come prevede il secondo versetto - di quasi impossibile attuazione, la poligamia, che già, per usare le categorie della legge islamica, è lecita (*halâl*) ma né obbligatoria (*wâjib*) e né raccomandata (*mustababb*), di fatto è disapprovata (*makruh*), se non proibita (*haram*).

E, se questa interpretazione ha finora indotto solo la Tunisia e la Turchia a vietare espressamente il matrimonio poligamico, è pur vero che tranne poche eccezioni tutti gli altri paesi islamici hanno introdotto meccanismi di limitazione, prevedendo per lo più un'autorizzazione giudiziaria – sia pure senza esplicite sanzioni di nullità del matrimonio non autorizzato – ovvero una causa di divorzio legata al nuovo matrimonio o *ex lege* (come in Egitto, in Algeria, in Iraq) o per effetto di uno “stratagemma” giuridico (*hiyal*), consistente nella clausola di monogamia inserita a richiesta della donna come stipulazione accessoria nel contratto di matrimonio⁹.

Nella realtà dell'Islam moderno il matrimonio è, di fatto ma – secondo la detta interpretazione rigorosa del Corano, che si va affermando nella legislazione ordinaria - anche di diritto, monogamico, sia pure con possibili eccezioni ricorrendo la condizione dell'equità e l'autorizzazione giudiziaria.

In questa prospettiva acquista maggiore pregnanza il parere del nostro Consiglio di Stato, favorevole alla trascrivibilità dell'atto di matrimonio “celebrato secondo il rito islamico” perché non contrario all'ordine pubblico in quanto ad esso “il diritto islamico collega fini di natura ed entità non dissimili da quelli propri

⁷ C. CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1990, 854, cita dati delle Nazioni unite, secondo cui in alcuni paesi, come l'Algeria, la percentuale di matrimoni poligamici non arriva al 2%. Una statistica più aggiornata, di fonte ministeriale, si ha per il Marocco, dove “le nozze con una seconda moglie sono state 787 nel 2013, contro le 806 dell'anno precedente, in pratica lo 0,25 per cento dei 314.800 atti di matrimonio firmati” (A.M. SCALABRIN, *La questione della poligamia/poliginia nell'Islam - Poligamia e ordinamento italiano e marocchino*, in www.islamitalia.it).

⁸ *Il Corano* IV, 3 (che qui si cita nella traduzione di M.M. MORENO, Torino, 1967): “Le donne sposate, quelle che vi vanno a genio, a due o tre o quattro alla volta, e se temete di non riuscire a esser giusti, sposatene una sola”; IV, 129: “Non riuscirete mai ad essere del tutto imparziali fra le vostre mogli, anche se lo desiderate vivamente”.

⁹ Cfr. Y. ROCCHINI, *Matrimonio poligamico islamico e famiglie immigrate: l'esperienza giurisprudenziale italiana tra diritto privato e diritto pubblico*, in D. AMRAM – A. D'ANGELO (a cura di), *La famiglia e il diritto fra le diversità nazionali ed iniziative dell'Unione europea*, Padova, 2011, p. 282. Una panoramica delle limitazioni legislative, in ALUFFI BECK PECCOZ, *La modernizzazione*, cit., pp. 107 ss.

del medesimo negozio concluso secondo la legge del nostro ordinamento”¹⁰. Ed invero anche i matrimoni islamici, benché potenzialmente poligamici, sono funzionali a quella comunione di vita spirituale e materiale tra coniugi, nella quale consiste l’essenza del matrimonio monogamico. La scelta di questa forma dell’atto di matrimonio rientra nell’autonomia dei coniugi, che consente innanzitutto il riconoscimento degli effetti civili al matrimonio celebrato, in Italia o all’estero, con rito islamico, naturalmente a condizione che non sussistano impedimenti considerati dalla legge civile inderogabili, tra cui sarà oggetto di particolare attenzione nella specie quello di un precedente matrimonio. E, ancora naturalmente, senza che tale riconoscimento implichi l’accettazione della natura potenzialmente poligamica del matrimonio, che, invero, dipende non dal rito della celebrazione ma, secondo il diritto islamico, dalla legge nazionale del marito, qualora questa ammetta, come del resto è previsto nella maggioranza dei paesi musulmani, la capacità dell’uomo di sposarsi in costanza di altro matrimonio.

3. Il matrimonio poligamico nel diritto internazionale privato

Il matrimonio poligamico celebrato all’estero non può ottenere la trascrizione in Italia ostandovi l’art. 86 cod. civ., che è una norma di applicazione necessaria e concorre in maniera decisiva a formare l’ordine pubblico italiano¹¹ ed, in generale, europeo¹². E ovviamente, prevalendo su quella eventualmente contraria della legge nazionale dello straniero richiamata dall’art. 27 l. 218/1995, costituisce un impedimento per uno straniero musulmano che intenda sposare in Italia, il quale, infatti, deve presentare la dichiarazione dell’autorità competente del proprio paese, dalla quale risulti che “giusta le leggi a cui è sottoposto nulla osta al matrimonio” (art. 116 cod. civ.). E laddove, legittimamente sposato in Italia, il marito successivamente contragga – o risulti aver contratto - uno o altri matrimoni in paesi islamici, che li ammettano anche in costanza del primo, egli lede l’affidamento, conforme alla legislazione europea - legge del foro, in termini internazionalprivatistici -, dell’altro coniuge nel carattere monogamico del vincolo. Ed infatti tale situazione di fatto (non di diritto, perché quel matrimonio, siccome effettivamente poligamico, è irriconoscibile, come detto, in Italia) è causa di divorzio o cessazione degli effetti civili del matrimonio ai sensi dell’art. 3, lett. e), l. 898/70. Poiché si troverebbe ad essere una delle due mogli (dal

¹⁰ Cons. St., sez. III, parere 7.6.1988, n. 640; conf. circolari del Ministero di grazia e giustizia 4.2.1987, 3.10.1988 e 7.2.1989, cit. da Cass. civ. 2 marzo 1999, n. 1739.

¹¹ C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico*, cit., p. 61, ritiene più efficace rifarsi alle norme di applicazione necessaria, che però a differenza dell’ordine pubblico non ammettono attenuazione e quindi la possibilità riconoscere i diritti degli “altri” (così L. SAPORITO, *Il diritto al ricongiungimento familiare, i matrimoni poligamici e le narrazioni sul multiculturalismo*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019, p. 11 s.). In generale v. M.C. BARUFFI, *La famiglia poligamica*, in A. CAGNAZZO – F. PREITE (a cura di), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all’estero*, Milano, 2017, pp. 73 ss.

¹² Per un quadro delle soluzioni adottate in alcuni paesi europei v. D. DURISOTTO, *Poligamia e ordinamenti europei*, in C. CARDIA – G. DALLA TORRE (a cura di), *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, Torino, 2015, pp. 363 ss.

punto di vista dell'ordinamento straniero, anzi, la seconda) la moglie italiana viene legittimata a chiedere lo scioglimento del proprio matrimonio

L'ordine pubblico, tuttavia, costituisce un limite non rigido ma elastico, concreto e non astratto, che si attenua, come già cinquant'anni fa si esprime limpidamente la Cassazione, quando si tratta solo di “far valere nel nostro Stato, per variabili fini, gli effetti” di un atto estero e cioè solo “la situazione giuridica cristallizzata all'estero e al giudice nazionale rappresentata per l'esercizio di un diritto che in quella situazione (senza mutamenti appresa), ha il suo presupposto”¹³. La teoria dell'ordine pubblico attenuato è di origine francese, laddove già negli anni cinquanta, nel caso Rivière, la giurisprudenza affermò il principio, secondo cui non v'è reazione dell'ordinamento al “*laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français*”¹⁴.

Tale orientamento è stato poi fatto proprio dall'*Institut de droit international* nella risoluzione “sulle differenze culturali e l'ordine pubblico nel diritto internazionale privato della famiglia”, adottata a Cracovia nel 2005. In sostanza, si tratta del riconoscimento di una situazione di fatto, non di diritto come invece avverrebbe se si operasse la trascrizione del matrimonio. Si applica la tecnica internazionalprivatistica della *Zweistufigtheorie* – un giudizio a due livelli o gradini –, che ben si presta al diritto di famiglia della società multiculturale in quanto consente di trovare un compromesso tra valori in astratto contrastanti, come nel caso del matrimonio poligamico. Per esempio, una sentenza della Corte federale tedesca del 1987¹⁵, pur affermando l'applicabilità della legge tedesca alla causa di divorzio tra due musulmani che avevano vissuto in Germania, ritenne nondimeno dovuta dal marito alla moglie il “*mahr*”, cioè la somma di danaro promessa nel contratto di matrimonio secondo il diritto islamico alla moglie in caso di divorzio per ripudio. Il “*mahr*” fu recepito come un fatto, disciplinato quanto alla sua validità dal diritto islamico ma da interpretare, secondo la legge tedesca, come patto di mantenimento dopo il divorzio: un riconoscimento indiretto del matrimonio islamico come atto produttivo di validi effetti da interpretare però secondo la legge dello Stato.

Nello stesso quadro si pone una recente sentenza del Tribunale Supremo spagnolo¹⁶, che ha riconosciuto il diritto a percepire la pensione di reversibilità da parte della seconda vedova di un soldato di origine marocchina con matrimonio poligamico validamente celebrato in Marocco secondo la sua legge personale

¹³ Cass. 14 marzo 1968, n. 823.

¹⁴ Cour de Cassation (Chambre civile) 17 aprile 1953, in *Revue critique de droit international privé*, 1953, 412, che sviluppa una decisione precorritrice della Cour d'appel di Algeri 9 febbraio 1910, in *Revue dr. int. privé*, 1913, p. 103.

¹⁵ *BundesGerichtshof*, 28 gennaio 1987, cit. da E. JAYME, *Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*, in *Rivista internazionale di diritto internazionale privato e processuale*, 1993, 302.

¹⁶ Tribunal supremo di Madrid 24 gennaio 2018, n. 84, in *Familia*, n. 3/2018, pp. 325 ss., con nota a seguire di S. SANDULLI, *La legalizzazione della poligamia è davvero così lontana?*.

e riconosciuto solo come fatto produttivo di effetti secondo la legge dello Stato (in questo caso recettizia della Convenzione 8 novembre 1979 tra Spagna e Marocco per cui “*el Estado Español reconoce esos efectos "atenuados" a las situaciones de poligamia de súbditos marroquíes*”).

Anche in Italia si rinvencono decisioni sull'efficacia di uno *status*, quello di coniuge, acquistato secondo un sistema che ammette la poligamia: analogamente senza riconoscerla, solo prendendo atto di un fatto, cui ricollegare effetti giuridici previsti dal nostro ordinamento. Per esempio, in una questione di diritto ereditario si è stabilito che “in virtù della validità interinale del matrimonio contratto da cittadino italiano all'estero pur secondo una legge che consenta la poligamia e/o il ripudio, ma nel rispetto delle forme ivi stabilite e ricorrendo i requisiti sostanziali di stato e capacità delle persone, non si può disconoscerne l'idoneità a produrre effetti nel nostro ordinamento, sino a quando non se ne deduca la nullità e non intervenga una pronuncia sul punto”¹⁷. Ciò significa che fino al passaggio in giudicato della sentenza di annullamento, a seguito di impugnazione ex art. 117 cod. civ., esso produce effetti tipici del matrimonio (Cass. 5537/2001): per esempio la “seconda” moglie ha diritto ad ottenere il permesso di soggiorno per motivi di ricongiungimento familiare.

Al di fuori di questo caso, che produce effetti provvisori, il ricongiungimento familiare non è ammesso. Secondo l'art. 4.4 Dir. 2003/86/CE, infatti, “In caso di matrimonio poligamo, se il soggiornante ha già un coniuge convivente sul territorio di uno Stato membro, lo Stato membro interessato non autorizza il ricongiungimento familiare di un altro coniuge”. Ma già in precedenza la politica restrittiva sui ricongiungimenti s'era avuta in uno degli ordinamenti tradizionalmente, come s'è visto, più laschi, quello francese, con la legge del 24 agosto 1993¹⁸. Analogamente l'art. 29, co. 1-ter, del nostro testo unico sull'immigrazione stabilisce che “Non è consentito il ricongiungimento del coniuge non legalmente separato, quando il familiare di cui si chiede il ricongiungimento è coniugato con un cittadino straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge”. Da notare che il coniuge richiedente potrebbe essere quello del primo matrimonio e che quello già convivente o regolarmente soggiornante potrebbe per avventura essere quello del secondo matrimonio, che ha fatto però domanda di ricongiungimento per prima. Per l'ordinamento è indifferente, data l'applicazione evidentemente del principio *prior in tempore potior in iure*, che però può implicare nel caso il riconoscimento di fatto del (secondo) matrimonio poligamico.

Anche per ragioni pratiche, vista la difficoltà di provare quale sia stato il primo matrimonio celebrato all'estero, l'ordinamento, quindi, rinuncia a far valere l'ordine pubblico contro il matrimonio poligamico

¹⁷ Cass. civ. 1739/1999, cit.

¹⁸ Cfr. V. FEDERICO, *La Francia si interroga sulla poligamia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2010, pp. 371 ss., e per la giurisprudenza CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico*, op. cit., pp. 867 ss.

in via di principio, limitandosi ad “evitare l’insorgenza nel nostro ordinamento di una condizione di poligamia, contraria al nostro ordine pubblico anche costituzionale”¹⁹. La Cassazione ha individuato la *ratio* dell’art. 29, co. 1-ter nel fine di evitare che si riproduca una situazione poligamica di fatto e perciò lo ha interpretato in senso restrittivo come “un divieto che opera oggettivamente (...) non distinguendo soggettivamente la provenienza della domanda”, e quindi anche se questa sia presentata, come nel caso di specie, non dalla moglie interessata ma dal figlio nel suo superiore interesse. Il divieto, pur criticato dalla dottrina più aperturista per la sua rigidità, è in linea di massima da condividere nella misura in cui evita le disparità di trattamento alle quali darebbe luogo la giurisprudenza di merito che aveva giudicato preminente la protezione della vita privata e familiare – ancorché in un contesto poligamico - quando venga in rilievo il superiore interesse del minore a vivere con entrambi i genitori²⁰. Infatti, la seconda moglie con figli verrebbe indirettamente privilegiata rispetto a quella senza figli. Il che equivarrebbe a dire che, nel bilanciamento tra il diritto del fanciullo alla bigenitorialità e la salvaguardia dei principi fondamentali sui quali si fonda il nostro ordinamento, l’ordine pubblico subirebbe una limitazione a geometria variabile, di portata discriminatoria, a seconda della condizione soggettiva – con o senza figli - della (seconda) moglie. Il divieto, peraltro, risulta coperto anche da una direttiva dell’Unione europea in tema di ricongiungimento familiare, che deve essere esercitato “nel necessario rispetto dei valori e dei principi riconosciuti dagli Stati membri, segnatamente qualora entrino in gioco diritti di donne e di minorenni. Tale rispetto giustifica che alle richieste di ricongiungimento familiare relative a famiglia poligama possono essere contrapposte misure restrittive”²¹.

4. ...e nel diritto privato italiano

Fino agli albori della grande ondata immigratoria cominciata verso la fine del secolo scorso, almeno in Italia il matrimonio poligamico era oggetto di studio principalmente del diritto internazionale privato in quanto riguardava, come si deduce dalla giurisprudenza citata, cittadini stranieri, che chiedevano la trascrizione del loro matrimonio effettivamente poligamico nel nostro ordinamento. Ma nella società policulturale quel matrimonio si è trasformato da questione solo di diritto internazionale, sulla base dell’equazione musulmano = straniero sia pure immigrato, a questione soprattutto di diritto privato italiano in quanto scelto da cittadini italiani ed europei di religione musulmana. Esso incontra, come detto,

¹⁹ Cass. civ. 28 febbraio 2013, n. 4984.

²⁰ Trib. Bologna 12 marzo 2003; App. Torino, sez. min., 11 aprile 2001. In dottrina G. OBERTO, *Matrimoni misti e unioni paramatrimoniali: ordine pubblico e principi sovranazionali*, in *Famiglia e diritto*, 2010, pp. 78ss. Critico M. RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, 2008, p. 335.

²¹ Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003, *considerando* n. 11.

l'impedimento previsto dall'art 86 cod. civ. e il divieto, come in quasi tutti i paesi europei²², è sanzionato anche penalmente in quanto la sua violazione costituisce il reato di cui all'art. 556 cod. pen.

Tale normativa è evidentemente in linea con i “valori e principi”, evocati nella direttiva europea testè citata, che nel nostro caso vanno evidentemente rinvenuti nell'uguaglianza morale e giuridica tra i coniugi (art. 29 Cost.) e nel divieto di discriminazione in base al sesso (art. 3 cost.), che la configurazione poligamica del matrimonio come “diritto di ogni essere umano” ma “nel suo quadro islamico”²³ intrinsecamente comporta. Lo sbilanciamento delle posizioni coniugali a favore del marito è in manifesto contrasto con l'art. 16 della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e l'art. 23 del patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, per cui uomini e donne godono di “uguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento”. Tale principio impegna gli Stati – com'è previsto nell'art. 16 della convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979 - a prendere “tutte le misure adeguate per eliminare la discriminazione nei confronti della donna in tutte le questioni derivanti dal matrimonio”. Per superare tale discriminazione occorrerebbe almeno affiancare alla poliginia la simmetrica poliandria, in modo da avere un matrimonio bilateralmente poligamico: una “poliginandria”. In tal caso il principio di eguaglianza verrebbe formalmente rispettato, giacchè la monogamia non ne costituisce una conseguenza assolutamente necessaria ma è solo un effetto che la legge ordinaria collega attualmente al vincolo che nasce dal matrimonio e che perciò in astratto potrebbe sostituire con il carattere opposto, la poligamia bilaterale: al netto, naturalmente, delle altre clausole matrimoniali che nel diritto musulmano riflettono la superiorità dell'uomo, come il ripudio unilaterale, e simmetricamente la inferiorità della donna, come il consenso matrimoniale espresso dal *wali*.

L'operazione sostitutiva di un effetto con quello contrario sarebbe teoricamente possibile a Costituzione invariata. Infatti, nella Costituzione italiana (ma anche in genere in quelle occidentali) a proposito del matrimonio c'è un “non detto” relativamente alle proprietà ricevute da una monocultura di evidente origine giudaico-cristiana come giusnaturalisticamente essenziali al matrimonio: la monogamicità, l'eterosessualità e l'indissolubilità. Questi tre caratteri emergono espressamente dal *codex iuris canonici*, per cui il “*matrimoniale foedus*” avviene tra “*vir et mulier*” e ha come proprietà essenziali la *unitas* e la *indissolubilitas* (can 1055 e 1056): “*vinculum natura sua perpetuum et exclusivum*” (can. 1134). Durante il dibattito politico e dottrinale che precedette e seguì l'approvazione del legge sul divorzio si prospettò autorevolmente appunto la tesi secondo cui la volontà matrimoniale sarebbe intrinsecamente diversa dalla comune

²² M.R. MARELLA – G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari, 2014, p. 90.

²³ Così l'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo nell'Islam, proclamata a Parigi il 19 settembre 1981.

volontà contrattuale, a differenza della quale non si estenderebbe solo all'oggetto dedotto nel contratto ma implicitamente comprenderebbe aspetti ed effetti non detti in maniera espressa ma connaturati all'istituto matrimoniale. In particolare, la volontà matrimoniale - si deduceva - sarebbe necessariamente "definitiva ed irripetibile, nel duplice senso che non può *richiamarsi*, neppure per mutuo consenso delle parti; e quindi non può *rinnovarsi* con altri, fino a che il coniuge è vivente"²⁴. Pertanto, nessuna possibilità di divorzio, neppure consensuale, e nessuna possibilità di poligamia una volta attribuita rilevanza costituzionale al matrimonio e, quindi, implicitamente ai suoi caratteri essenziali (tra i quali ovviamente indiscutibile, anzi neppure in astratto profilata, l'eterosessualità).

Ma, com'è noto, senza modificare la Costituzione, la sostituzione di un effetto all'altro è stata ben operata dal legislatore innanzitutto in relazione alla indissolubilità grazie al maggior rilievo attribuito alla effettività del rapporto rispetto all'atto del matrimonio. Non a caso la prima definizione civilistica del matrimonio in senso sostanziale si rinviene paradossalmente nella legge sul divorzio, dove si parla di "comunione spirituale e materiale dei coniugi". Questa comunione si realizza nella convivenza, è un rapporto sentimentale e, se viene meno il sentimento, si ha il diritto di far cessare anche il matrimonio - rapporto giuridico. La convivenza assumerà d'allora in poi un rilievo sempre maggiore, affermandosi come valore in sé a prescindere dall'esistenza di un atto giuridico fino al punto da diventare un principio di ordine pubblico interno, tale, laddove si protragga per almeno tre anni, da impedire l'efficacia civile di sentenze ecclesiastiche che dichiarino la nullità del matrimonio²⁵. Se c'è stata convivenza prolungata non è più questione di validità o nullità dell'atto di matrimonio (pur formatosi in altro ordinamento). Se non c'è più convivenza è questione solo di cessazione degli effetti civili di quell'atto.

La sostituzione dell'effetto contrario a quello originario del matrimonio è avvenuta sostanzialmente anche con l'eterosessualità, senza intaccare l'art. 29 cost. e, quindi, salvaguardando formalmente il carattere esclusivamente eterosessuale del matrimonio. Ma una volta esaltata l'importanza della convivenza, se importante è il sentimento reciproco, perchè discriminare quello che avvince le coppie omosessuali? Che i tempi fossero ormai maturi, al punto in cui s'era arrivati, per una risposta ordinamentale è dimostrato dalla sentenza della Corte costituzionale, in cui, pur escludendo che potesse trattarsi di matrimonio, si riconosceva, tuttavia, il "diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia (...) nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge"²⁶.

²⁴ G. LOMBARDI, *Divorzio, referendum, concordato*, Bologna, 1970, pp. 40 ss.

²⁵ Cass. Sez. un., 17 luglio 2014, n. 16379 e 16380, peraltro con opinabile soluzione compromissoria, come ho argomentato in *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell'età dei diritti*, Bari, 2017, pp. 260 ss.

²⁶ Corte cost. 14 aprile 2010, n. 138, con mio commento *Matrimonio omosessuale e Costituzione*, in *Corriere giuridico*, 2010, pp. 845 ss.

La risposta del legislatore è tardata di alcuni anni ma, sia pure in forma farraginoso e mal scritta a causa dell'iter tormentato e della strozzatura finale della discussione causata dalla questione di fiducia, finalmente giungeva con la legge 20 maggio 2016, n. 76. Con essa le unioni omosessuali vengono disciplinate sia come convivenze di fatto fuori del matrimonio (alla pari di quelle eterosessuali) sia come unioni civili. Non, differentemente da quelle eterosessuali, come matrimoni. Ma, in realtà, i pochi elementi differenziali²⁷, anche a volerli enfatizzare, non annullano l'impressione della stretta somiglianza dei nuovi istituti con la famiglia fondata sul matrimonio: oltre alla libertà di stato, per esempio, si prevede il cognome comune, sia pure facoltativo e non obbligatorio come nel caso del matrimonio, e l'assistenza morale e materiale (co. 10, 11 e 36, rispettivamente per convivenze e unioni). L'istituto, quindi, è produttivo di molteplici effetti giuridici, quali frammenti di un sistema di tutela efficace²⁸, tanto da dar l'impressione che, pur nel rispetto formale dell'art. 29 della Costituzione, in sostanza lo si aggiri seguendo l'art. 8 CEDU. Nè potrebbe essere diversamente perchè l'unione civile, in quanto forma di vita familiare o, se non si teme di spaccare il capello in quattro, "parafamiliare" non può non partecipare sostanzialmente della forma tradizionale di vita familiare, quella originata dal matrimonio. Il quale, simmetricamente, nell'evoluzione giurisprudenziale scaturita dalle dichiarazioni e dagli atti normativi internazionali e sopranazionali trova il suo centro di convergenza e di durata nella convivenza, cioè nel dato di fatto ora legittimato dalla legge.

5. La poligamia nel quadro degli effetti del matrimonio

Delle tre proprietà considerate connaturate al matrimonio resiste, quindi, attualmente solo la monogamia. Non c'è dubbio che essa sia presidiata dall'art. 29, elaborando il quale - si potrebbe ripetere con l'argomentazione di Corte cost. 138/2010 sull'eterosessualità - i costituenti "tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce)" all'art. 86 che "non può contrarre matrimonio chi è vincolato da un matrimonio precedente". Ma appunto una soluzione non dissimile, poggiata (non sull'art. 29, ma) sugli art. 2 e 3 cost., potrebbe essere esplorata per la poligamia visto che nondimeno il carattere duale del matrimonio è messo a dura prova di resistenza dalla policulturalizzazione della società occidentale a causa delle possenti ondate migratorie, che hanno portato ed ancor più porteranno ad insediarsi sul territorio europeo milioni di persone: si calcola che circa 150 milioni di africani partiranno per l'Europa entro il 2050²⁹. È probabile che la stragrande maggioranza di essi non costituiranno unioni poligamiche, come del resto succede - s'è

²⁷ V. la puntuale tavola sinottica di M. BIANCA, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, in www.giuricedonna.it, 2016, n. 2, nonché *infra*, sub § 8.

²⁸ Cfr. M. TAMPONI, *Del convivere. La società postfamiliare*, Milano, 2019, p. 39.

²⁹ S. SMITH, *Fuga in Europa. La giovane Africa verso il vecchio continente*, Torino, 2018, p. 109.

visto - nei loro paesi d'origine, ma saranno comunque portatori di una cultura e di una religione che non escludono la poligamia.

A questa ragione strutturale un'altra si aggiunge, connessa alla contingenza terroristica di matrice cosiddetta islamica, che non isolate voci politiche e religiose ritengono di poter placare anche con concessioni di carattere culturale come il riconoscimento della poligamia. Circa vent'anni fa, per esempio, nell'infuriare della guerra in Afghanistan, non si mancò di proporre in sede politica, allo scopo dichiarato di combattere le collusioni con il terrorismo o anche solo l'estremismo islamico, il riconoscimento dello statuto personale, con la "poligamia e la superiorità dell'uomo sulla donna in famiglia e nel rapporto con i figli, anche in deroga alla Costituzione". A proporla fu l'ex capo dello Stato Francesco Cossiga³⁰, che spesso nelle sue frequenti dichiarazioni pubbliche indulgeva all'iperbole e alla provocazione, ma nella *lecture*, una decina d'anni dopo, del primate della chiesa anglicana, il vescovo Williams³¹, si ritrova una proposta simile: nella *plural society of overlapping identities* sarebbe opportuno assecondare il bisogno di libertà dei singoli "to choose the jurisdiction under which they will seek to resolve certain carefully specified matters" come ad esempio "aspects of marital law". Non si nomina espressamente il matrimonio poligamico ma la direzione è quella, tanto da toccare anche la fase giurisdizionale attraverso le *sharia's Courts*, che sul matrimonio hanno competenza.

A parte queste motivazioni di carattere contingente, come la reazione alla minaccia del terrorismo cosiddetto islamista, o storico, come la tradizione imperiale e perciò multiculturalista dell'Inghilterra, in effetti la pluralità relazionale che si manifesta nella società³² sembrerebbe poter sostenere il riconoscimento, auspicato nelle posizioni maggiormente aperturiste, della maggiore autonomia possibile al coniuge poligamo e l'attribuzione di efficacia civile all'atto di matrimonio poligamico (tale effettivamente), purchè naturalmente risultino rispettati i diritti fondamentali della persona, in particolare il consenso, per dir così, informato della donna e, quindi, il suo diritto di rifiutare la poligamia³³.

³⁰ La proposta in un'intervista di F. COSSIGA a *Corriere della sera*, 2 novembre 2001, e ribadita nell'articolo *Le mie confessioni di cattolico liberale. Perché non possiamo imporre all'Islam i nostri valori occidentali*, *ibid.*, 6 novembre 2001.

³¹ R. WILLIAMS, *Civil and Religious Law in England: A Religious Perspective. The foundation lecture at the Royal Courts of Justice*, February 7 2008, in *Ecclesiastical Law Journal*, 2008, 10, pp. 262-282.

³² Di recente M. DI MASI, *Famiglie, pluralismo e laicità. Processi di secolarizzazione nel diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2018, n.3, p. 270; MARELLA - MARINI, *Di cosa parliamo*, *op. cit.*, p. 75; P. DONATI, *Famiglia, migrazioni e società interculturale: quali regole di convivenza civile?*, in *Atti della Conferenza Nazionale sulla famiglia*, Firenze 24 - 26 maggio 2007, reperibili sul sito <http://www.conferenzanazionale sulla famiglia.it/stampa.html>, p. 58 ss. Ma v. già JAYME, *Diritto di famiglia*, *op. cit.*, p. 295 ss.

³³ Oltre gli autori citati nella nota precedente v. SAPORITO, *Diritto al ricongiungimento familiare*, *op. cit.*, p. 17 s.; V. PETRALIA, *Ricongiungimento familiare e matrimonio poligamico. Il riconoscimento di valori giuridici stranieri e la tutela delle posizioni deboli*, in *I quaderni europei*, Online Working Paper, 2013, n. 49, p. 20.

Si oppone a un tale approdo che esso arrecherebbe un *vulnus*, pur se biunivoco, alla parità coniugale con la soggezione di uno dei coniugi³⁴. E certamente così sarebbe se una eventuale legalizzazione del matrimonio poligamico passasse attraverso una sorta di rinvio recettizio alla disciplina religiosa/civile shariaitica, con aspetti inimmaginabili per la cultura occidentale quali il consenso matrimoniale dato dal *wali* o il ripudio unilaterale da parte del marito. Si aprirebbe, in tal caso, una contraddizione non solo con le richieste di eguale trattamento ma con lo stesso carattere laico assunto dalla monogamia. Infatti, la monogamia – non diversamente da altri istituti in origine connotati cristianamente³⁵ – si è laicizzata (per inciso, le chiese cristiane, critiche nei confronti della secolarizzazione del matrimonio, proprio grazie ad essa ne hanno salvato il carattere monogamico), sicchè lo statuto personale poligamico, connotato invece religiosamente, urterebbe contro la laicità del matrimonio e del suo carattere monogamico. Non è perciò verosimile ma certo che in ossequio alla sovranità dello Stato un diritto speciale di tal fatta non avrebbe ingresso tanto quanto non lo ha avuto perfino il matrimonio canonico, il quale, pur oggetto di un trattato internazionale, non è stato recepito nella legislazione di attuazione come “sacramento”, ma come atto a cui l’ordinamento italiano attribuisce gli stessi effetti del matrimonio civile: per esempio, come s’è visto, prima l’indissolubilità, dopo e ora la dissolubilità³⁶.

Anche la prospettata condizione di subalternità della donna è frutto piuttosto di un condizionamento sociale – del resto, verificabile anche nella monogamia – che giuridico. Su quest’ultimo piano, infatti, l’eguaglianza giuridica e morale tra i coniugi non esclude che essi consensualmente, cioè su un piede di parità, senza imposizioni e subalternità, si ripartiscano in maniera e in misura diverse le funzioni familiari in modo da interpretare ruoli complementari. Nell’islam, appunto, la moglie deve allevare i figli e prestare obbedienza al marito; questi deve tutelare la propria famiglia: il matrimonio poligamico non è una “promiscuità legalizzata” ma un’assunzione di responsabilità per assicurare parità di trattamento a tutte le consorti³⁷. Non si tratta di una diversità da considerare in termini discriminatori, bensì di una diversità funzionale dei due sessi, i quali sono ritenuti complementari tra loro.

Di conseguenza, come nella donna europea non musulmana si può presumere l’affidamento nella monogamicità del matrimonio, così nella donna musulmana è presumibile un consenso informato verso il carattere poligamico, che il matrimonio possiede o può in futuro assumere: è, vale a dire, ragionevole presumere che una donna, educata religiosamente nell’Islam ma libera di autodeterminarsi, accetti la

³⁴ Una “eguale libertà di violare la parità coniugale” che consente la “subalternità” di uno dei coniugi all’interno di un nucleo familiare, secondo D. DURISOTTO, *Poligamia, op. cit.*, p. 360 s.

³⁵ Per esempio la domenica, ormai depurata da ogni finalità religiosa ed orientata verso gli “interessi del lavoratore soprattutto per quanto riguarda la salute dello stesso” (Corte cost. 30 giugno 1971, n. 146; 7 maggio 1975, n. 101).

³⁶ Corte cost. 5 luglio 1971, n. 169.

³⁷ M. PUGLIESE, *La condizione della donna e il matrimonio nel diritto islamico*, in *Studi storici e religiosi*, 2001, p. 199 ss. V. pure M. D’ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto e famiglia*, 2004, p. 189 s.

poligamia (così come il velo o perfino altre pratiche pure non strettamente coraniche, quale l'escissione) non come imposizione o discriminazione ma come situazione perfettamente conforme alla dignità della donna, secondo la *Shari'a*, e la voglia. Solo una visione eurocentrica³⁸ dei diritti femminili può indurre a pensare che il consenso a quelle pratiche e a quegli istituti non sia informato o sia frutto di violenza ambientale e andrebbe, pertanto, liberato pur in contrasto con l'interpretazione e con l'istanza, che ne fanno le donne interessate. La negazione pregiudiziale del suo status coniugale sarebbe allora una manifestazione di paternalismo giuridico, avvertita come una indebita ingerenza, in quanto ne disconosce il fondamento culturale³⁹.

6. La poligamia come diritto culturale: critica

Dunque, la monogamia ha i giorni contati, davvero, come preconizzava Jacques Attali,⁴⁰ siamo l'ultima generazione di monogami? La domanda non è di poco momento ed è meritevole di una risposta non disinvolta. Si registra, in effetti, un sempre più diffuso pluralismo delle relazioni di coppia, al quale si propone di far corrispondere un "pluralismo normativo"⁴¹ che consenta a ciascuno di poter esercitare il proprio diritto all'identità culturale e non semplicemente di beneficiare eventualmente dell'effetto riflesso di un diritto altrui: come, s'è visto, quello del figlio minore, grazie al quale la seconda moglie può ottenere (ma s'è pure vista la stretta giurisprudenziale e in Francia anche legislativa) il ricongiungimento familiare in quanto mamma. Accanto al diritto del bambino alla vita familiare, che non pone problemi di tutela dell'ordine pubblico, occorrerebbe perciò riconoscere lo stesso diritto anche al coniuge poligamo, come espressione della sua autonomia privata e protezione, peraltro, anche della sua identità culturale. E, si aggiunge, come protezione anche della sua condizione di vulnerabilità, specialmente la donna potendo trovarsi in condizione di totale dipendenza economica dal marito, per cui la mancanza di ricongiungimento potrebbe determinare la perdita del suo diritto al sostegno morale e materiale.

Un modello di relazioni familiari come quello poligamico, i cui elementi costitutivi e le cui interne modalità relazionali sono propri di una cultura e di un ordinamento così diversi da quelli occidentali, troverebbe, quindi, idonea collocazione nell'ambito dei diritti culturali. Si porrebbe allora il problema di individuare il criterio di bilanciamento tra autonomia anche culturale delle parti ed eteronomia statale, tra il diritto assoluto al matrimonio, spettante ad ogni persona anche non cittadino, ed i valori

³⁸ Contro la quale già ammoniva giustamente G. CAPUTO, *Introduzione al diritto islamico*, Torino, 1990, I, p. 90. Cfr. A. FACCHI, *Donne, culture e diritto: aspetti dell'immigrazione femminile in Europa*, in *Ragion pratica*, 1998, n. 10, p. 181.

³⁹ F. BELVISI, *Il matrimonio islamico e l'inclusione sociale*, in G. ZANETTI (a cura di), *Elementi di etica pratica*, Roma, 2003, pp. 45 ss.

⁴⁰ J. ATTALI, *Monogami. L'ultima generazione*, in *Corriere della sera*, 13 settembre 2005.

⁴¹ L. MANCINI, *Società multiculturale, pluralismo normativo e diritto: il caso del matrimonio islamico*, in *Elementi di etica pratica*, cit., p. 50 ss.; DONATI, *Famiglia, migrazioni e società interculturale*, op. cit., pp. 58 ss.

irrinunciabili del nostro ordinamento, che costituiscono il limite dell'ordine pubblico e rappresentano il diritto cogente capace di limitare l'autonomia in quest'area di intersezione di modelli e di regimi giuridici. Il pieno riconoscimento civile di tutte le differenze culturali con la estenuazione, più che la attenuazione, della tutela di un tessuto connettivo è, infatti, potenzialmente idoneo a minare il diritto comune dando spazio a tanti diritti speciali quante sono le culture, che siano abbastanza forti per ottenerle. L'eguaglianza degli individui senza differenze si tramuterebbe allora nell'eguaglianza delle culture, cui essi appartengono e da cui riceverebbero tutela solo indiretta e di riflesso: al costo, peraltro, della loro soggezione alle autorità culturali. In tal modo l'idea liberale classica di lasciar fare all'autonomia dei privati singolarmente converge con la "comunitarizzazione" auspicata dagli islamisti neotradizionalisti o radicali: la costruzione di una comunità separata nel territorio di immigrazione, nel caso una specie di "Islamistan" italiano, grazie alla negoziazione di una disciplina derogatoria idonea a consentire il controllo di uno spazio "puro" nello spazio occidentale "impuro".

In mancanza di intese tra Stato e organizzazioni islamiche in Italia, ai sensi dell'art. 8 cost., una prima tappa verso questo traguardo potrebbe essere proprio l'affiancamento della poligamicità alla monogamicità del matrimonio. Si concede che l'ordinamento promuova il matrimonio monogamico ma senza che ciò comporti il disconoscimento del matrimonio poligamico. Senonchè l'applicabilità del diritto personale secondo la religione o la cultura segnerebbe un ritorno al principio manciniano della nazionalità come fondamento del diritto delle genti⁴², tanto più se condizionata, come pur si ipotizza, al "collegamento della persona con un ordinamento di matrice musulmana"⁴³, lasciando fuori i cittadini italiani ed europei convertitisi all'Islam. Evidente in tale eventualità la violazione del principio di uguaglianza tra cittadini che pur condividano la stessa fede. Ma, anche a ripristinare questo aspetto dell'uguaglianza e riconoscere le unioni poligamiche di tutti i cittadini a prescindere dal loro collegamento con ordinamenti islamici, deve considerarsi che sotto altro aspetto, quello del neutralismo dello Stato, il principio di uguaglianza verrebbe nondimeno minato da deroghe a favore solo di un gruppo religioso o a motivo solo della religione. Invero, come sopra si osservava, le soluzioni comunitariste implicano un complesso sistema di deroghe, tante quante sono le comunità che intendono vivere integralisticamente, senza contaminazioni e concessioni pluralistiche, la propria identità religiosa o nazionale o anche culturale.

Né vale sdrammatizzare questa prospettiva distopica con l'osservazione che in concreto sul piano del diritto del matrimonio e della famiglia lo statuto personale sarebbe richiesto solo dai musulmani. Una

⁴² JAYME, *Diritto di famiglia*, op. cit., p. 300, cita appunto P.S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti in diritto internazionale*, Napoli, 1873, 35 s.

⁴³ PETRALIA, *Ricongiungimento familiare*, op. cit., p. 20.



specificità della disciplina in materia matrimoniale è propria, infatti, anche di altre religioni. In particolare, la chiesa cattolica e le comunità ebraiche⁴⁴ hanno richiamato la propria specificità rispettivamente in concordato e intesa per evidenziare la loro rinuncia, per via dell'accordo, a farla valere e a renderla civilmente efficace in modo integrale. Ma verosimilmente, in caso di legalizzazione dell'istituto matrimoniale islamico, la rinuncia tornerebbe in discussione in nome di una clausola – si potrebbe definire - della religione più favorita. Si realizzerebbe a quel punto un'assolutizzazione dello specifico comunitario con il risultato di un arcipelago o di un mosaico di comunità reciprocamente impenetrabili, ognuna con una propria disciplina matrimoniale civilmente efficace: dalla poligamia islamica all'indissolubilità cristiana. Il riconoscimento di un pluralismo normativo senza limiti si risolve in realtà nella creazione di una pluralità di monismi, che contrasta con il concetto di laicità pluralista accolto dalla giurisprudenza costituzionale.

Il relativismo culturale, con cui si propone di ammantare l'ordine pubblico al fine di interpretare la diversità in materia di diritti della persona umana, se spinto ai suoi esiti estremi si trasforma in assolutismo culturale: si assumono le culture come complessi compatti e immodificabili, trascurando le loro evoluzioni e i limiti autonomamente posti dalle stesse ai propri istituti. Il caso del matrimonio poligamico è emblematico: s'è visto come sostanzialmente sia stato confinato dalla dottrina a casi limitati e di fatto sia praticato da un numero di musulmani in continuo declino e, tuttavia, rendendolo civilmente efficace lo si recepirebbe come essenziale diritto culturale, un irrefragabile connotato identitario.

7. La poligamia come diritto civile: critica.

Un percorso di legalizzazione che aggiri le secche dell'*Islamistan* e rispetti la laicità dell'ordinamento e l'uguaglianza dei cittadini passerebbe attraverso il riconoscimento della poligamia non quale espressione peculiare di una cultura, religiosa o nazionale, ma quale specie di un genere più ampio, come quello definito da concezioni culturali, prodotte dalla secolarizzazione dei costumi in materia matrimoniale ed interessate al riconoscimento di una poligamia orientata ad una famiglia "aperta", a prescindere da motivazioni religiose. Una poligamia laica: perché no?, se egualitaria - si interrogava in un suo saggio la scrittrice francese Catherine Ternaux⁴⁵. Si tratterebbe di una evoluzione dell'istituto matrimoniale corrispondente alla "evoluzione della società e dei costumi" (Corte cost. 138/2010, cit.), di un suo adeguamento, come del resto in passato tante volte avvenuto, allo spirito dei tempi della società policulturale, che registra stili di vita diversi e tra le diverse culture un certo "pluralismo coniugale"⁴⁶. In

⁴⁴ Cfr. l'art. 8.3 dell'accordo di revisione del concordato lateranense del 1984 (l. 121/1984) e l'art. 14.9 dell'intesa tra Stato e Unione delle comunità ebraiche italiane (l. 101/1989).

⁴⁵ C. TERNAUX, *La Polygamie : pourquoi pas?*, Paris, 2012.

⁴⁶ MARELLA – MARINI, *Di cosa parliamo*, op. cit., pp. 118 ss.

tal caso la poligamia, pur conservando per chi sente di appartenervi la sua specialità culturale e religiosa, verrebbe ad inquadarsi in una categoria più vasta: quella del “poliamore”⁴⁷, una poligamia “post-moderna”⁴⁸, che include i modelli flessibili basati sulla convivenza stabile e caratterizzati dalla variazione del numero di persone coinvolte a prescindere dal sesso fino all’amore virtuale e al *netloving*⁴⁹.

Tuttavia, questa trasformazione, una svolta radicale, del diritto di famiglia appare non solo irrealistica ma neppure corrispondente alle istanze delle forme associative in cui comincia ad organizzarsi il “*polyamory*”. Esse non rivendicano un riconoscimento pubblico quali matrimoni o unioni civili ma piuttosto, pensiamo in particolare alle famiglie allargate, il godimento di alcuni diritti ricollegati dall’ordinamento alle famiglie di fatto e l’abolizione di sanzioni penali previste in alcuni ordinamenti⁵⁰.

In realtà la poligamia musulmana è istituto peculiarmente religioso-civile e non è riducibile ad una concezione matrimoniale secolarizzata, che anzi l’islam contrasta in nome di una tradizione giuridica e politica legittimata dalla sua coerenza con il fondamento del diritto che è Dio, soggetto ultimo dei diritti da lui attribuiti agli uomini.

Non è un “diritto civile”, cioè un diritto di libertà compreso in quel fascio di diritti fondamentali riconosciuti ad ogni cittadino, il quale perciò appunto partecipa della sovranità popolare. Se si considerano le tre proprietà presuntamente connaturate all’istituto matrimoniale si constata come, mentre divorzio e unioni civili /convivenze omosessuali sono concepiti come diritti civili a fronte dell’obbligo di indissolubilità ed eterosessualità del matrimonio, la poligamicità non è considerata un diritto civile a fronte della monogamicità. Piuttosto che quale emblema della società borghese occidentale - per cui siccome “sorta da cause economiche, scomparirà se queste cause scompaiono”⁵¹ - la monogamicità è il frutto di una lunga evoluzione culturale che ha portato a concepirla come un valore del matrimonio non solo nei paesi di ascendenza giudaico-cristiana ma anche nei paesi islamici, in cui la poligamicità, come s’è visto, viene solo tollerata ma entro limiti resi sempre più stringenti fin quasi a relegarla a possibilità teorica. Non la poligamia ma (a differenza delle altre due proprietà asseritamente giusnaturalistiche, la indissolubilità e l’eterosessualità) la monogamia, ormai laicizzata, è percepita come diritto civile. Ciò perché, a vedere più

⁴⁷ In tema E. GRANDE – L. PES (a cura di), *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione*, Torino, 2018.

⁴⁸ Così MARELLA – MARINI, *Di cosa parliamo, op. cit.*, pp. 118 ss.; DI MASI, *Famiglie, pluralismo, laicità. Processi di secolarizzazione nel diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 3/2018, p. 274.

⁴⁹ V. soprattutto J. ATTALI, *Amori. Storia del rapporto uomo-donna*, Roma, 2008.

⁵⁰ Come il *Criminal Code* canadese, che alla *section* 293-1 prevede e punisce “*any form of polygamy*”, nonchè “*any kind of conjugal union with more than one person at the same time, whether or not it is by law recognized as a binding form of marriage*”: quindi, anche la convivenza plurima. V. anche per un controverso arresto giurisprudenziale riguardante i mormoni V. PETRALIA, *La dimensione culturale e religiosa dei modelli familiari. Il caso dei matrimoni poligamici*, reperibile sul sito <http://www.cde.unict.it/>.

⁵¹ F. ENGELS, *L’origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, Roma, 1963, p. 101. All’opposto l’evoluzione culturale a favore della monogamia è ampiamente documentata da J. WITTE JR., *Monogamia e poligamia nella tradizione giuridica occidentale*, Roma, 2017.

a fondo, la lotta per i diritti civili relativamente al matrimonio trova il suo punto di convergenza e di durata nella emancipazione della donna, caratterizzata in passato, pur in regime monogamico, da molteplici incapacità sul piano civile (commercio e successioni), penale, matrimoniale: come si constata dal *code* di Napoleone del 1804 al codice civile italiano del 1865 fino a quello vigente del 1942, il cui art. 144, abrogato solo nel 1975 nell'ambito della riforma del diritto di famiglia, stabiliva l'assolutismo della potestà del marito "capo della famiglia": nonostante l'eguaglianza dei nubendi nell'esprimere il consenso. Per lunghi secoli il fatto che il marito "sarà la parte che comanda, la donna quella che ubbidisce" non è stato considerato "come contrario all'eguaglianza naturale dei membri di una coppia, perché questo dominio si fonda soltanto sulla superiorità naturale delle facoltà dell'uomo su quelle della donna"⁵². Questa spiegazione, che ben si attaglia alla concezione islamica del matrimonio, è stata addotta, invece, per la concezione occidentale del matrimonio. Appare evidente che la lotta secolare per i diritti civili contro questa concezione del matrimonio monogamico, che pure ha in sé il germe della "uguaglianza naturale" degli sposi, verrebbe inficiata dal riconoscimento di un matrimonio, che, come quello poligamico, ha in sé il germe della disuguaglianza tra uomo e donna⁵³ quale effetto della "prigione scritturale riguardo la condizione della donna"⁵⁴. Un riconoscimento che, peraltro, conseguirebbe il risultato di mortificare le spinte al rinnovamento del diritto di famiglia presenti, come s'è visto, all'interno dell'universo islamico.

8. La poligamia come convivenza di fatto

Un ordinamento pluralistico, se deve evitare la pluralità di monismi definibile come *Londonistan* e non indebolire ma rafforzare i diritti civili conquistati, non può, tuttavia, non tener conto delle differenze culturali, o escluderle aprioristicamente da una tutela in omaggio di un principio di laicità cieca di fronte alle differenze, secondo lo schema francese della *République*.

Il disconoscimento della poligamia tanto come diritto civile, essendo un diritto essenzialmente religioso, quanto, per il descritto sbilanciamento di tutela, come diritto culturale è importante per l'effetto performativo che ogni norma, o assenza di norme in questo caso, provoca sul senso comune e, quindi, sull'uguaglianza e la dignità della donna anche relativamente al matrimonio e alla famiglia. Ma non può

⁵² I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto* (1797), in N. BOBBIO – L. FIRPO – V. MATHIEU (a cura di), *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, 1965, pp. 460 ss.

⁵³ Cfr. R. SACCO, *Il diritto dei paesi islamici*, in A. GAMBARO – R. SACCO (a cura di), *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996, p. 469; F. CASTRO, *Diritto musulmano*, voce del *Digesto discipline privatistiche*, Torino, VI, 1990, p. 305.

⁵⁴ O. CARRÈ, *L'Islam laico*, Bologna, 1997, p. 100.

condurre ad ignorare un fenomeno che esiste⁵⁵ e che l'assenza di ogni disciplina condanna alla clandestinità, abbandonando alla sua condizione di vulnerabilità la seconda o ulteriore moglie. Il superamento della poligamia, come avviato nella legislazione di alcuni stati a dominanza islamica ma prima di tutto nel sentire comune dei musulmani, è il frutto di processi culturali che lo Stato può agevolare proprio favorendo l'emersione del fenomeno, disciplinandolo a taluni effetti, e non ignorandolo. L'indifferenza tanto quanto i divieti provoca, infatti, solo il risultato di lasciare la donna senza tutela, completamente soggetta alla volontà potestativa dell'uomo convivente. Del resto, sarebbe contraddittorio riconoscere taluni effetti ai matrimoni poligamici contratti all'estero e non a quelli in atto in Italia come convivenze.

Già in passato prossimo, partendo dagli aspetti sociologici, antropologici e giuridici delle diverse culture, alcune posizioni approdavano all'accostamento della famiglia poligamica alla famiglia di fatto al fine di riconoscerle lo stesso grado di tutela⁵⁶, pur se legislativamente episodico e ottenuto prevalentemente in via giurisprudenziale. Interpretazione plausibile dato che la poligamia equivale sotto l'aspetto sociale ad una situazione che il codice penale definiva come concubinato, il quale è ormai da oltre quarant'anni giuridicamente irrilevante sia a livello penale, perché non è più previsto come reato, sia a livello civile, da quando è caduta la separazione per colpa. Con la valorizzazione della convivenza rispetto all'atto formale del matrimonio si attribuiva così rilevanza a situazioni di pluralità di rapporti familiari simultanei del tutto interne all'ordinamento, come quella rappresentata dalla famiglia di fatto costituita da un coniuge separato⁵⁷ o addirittura in costanza di convivenza.

La giurisprudenza ha esaminato tali situazioni, del tutto simili a quella di una convivenza che affianca un matrimonio poligamico, ai fini del risarcimento del danno, stabilendo che esso spetta "non solo ai membri della famiglia legittima, ma anche a quelli della c.d. famiglia naturale, a condizione che si dimostri l'esistenza di uno stabile e duraturo legame affettivo che, per la significativa comunanza di vita e di affetti, sia equiparabile al rapporto coniugale"⁵⁸. In Cass. 12278/2011, specificamente, si trattava del caso di un uomo che, pur mantenendo legami stabili, anche affettivi, con i figli legittimi e con la moglie (con i quali

⁵⁵ Secondo stime - riportate da M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Problemi storici ed attualità della questione*, Napoli, 2016, p. 85 - si tratterebbe di 15-20.000 persone in Italia, di ben 16.000-20.000 famiglie poligamiche in Francia.

⁵⁶ Così nel mio *Poligamia* cit. all'inizio e analogamente MANCINI, *Società multiculturale, pluralismo normativo e diritto*, op. cit., p. 50 ss.; F. BELVISI, *Una riflessione normativa per la società multiculturale. L'esempio del matrimonio islamico*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2003, fasc. 4, p. 28 ss. Di recente A. LORENZETTI, *Il paradigma diadico del matrimonio. Quali barriere costituzionali al riconoscimento giuridico delle famiglie poliamore?*, in *Più cuori e una capanna*, op. cit., pp. 105 ss., e RIZZUTI, *Il problema*, op. cit.

⁵⁷ Cfr. RIZZUTI, *Il problema*, op. ult. cit., p. 159.

⁵⁸ Cass. civ. 16 giugno 2014, n. 13654, ove citati i precedenti di Cass. civ. 16 settembre 2008, n. 23725, 7 giugno 2011, n. 12278, e 21 marzo 2013, n. 7128.

trascorrevano regolarmente le principali festività, provvedendo sotto il profilo economico alle esigenze del nucleo familiare), da molti anni aveva costituito in altra città con la convivente una “unione stabile, caratterizzata non soltanto da un legame affettivo, ma anche dalla gestione comune dei molteplici aspetti della vita quotidiana, con reciproco appoggio morale e materiale nonché, successivamente, dalla condivisione dei compiti connessi alla nascita e alla crescita della figlia con la quale la vittima intratteneva un rapporto sotto ogni profilo assimilabile a quello genitore-figlio”.

Se per la giurisprudenza di legittimità, oltre che di merito, degno di tutela quale vita familiare è, dunque, il fatto, cioè il rapporto, non l'atto, da cui esso nasce, bisogna pur considerare però che questo percorso non è stato sviluppato a livello legislativo. Con la legge 76/2016 citata s'è disciplinato il riconoscimento di nuovi modelli familiari come le convivenze di fatto e le unioni civili, caratterizzati da una relazione non meramente sessuale, ma che implichi un mutuo rapporto di dipendenza e che sia stabile (non a tempo, come ammesso da interpretazioni integralistiche del diritto islamico). Il nuovo modello legislativo, non equiparabile certo a quello della famiglia fondata sul matrimonio, da esso però, come sopra rilevato, si differenzia, in fondo, solo sotto il profilo della quantità e sistematicità delle disposizioni riservategli e, quindi, si sarebbe prestato a comprendere ulteriori ipotesi come appunto la convivenza poligamica. Ma, anche per l'iter frettoloso di quella legge approvata con un voto di fiducia su un articolo unico, l'occasione non è stata colta essendo stabilito che la convivenza di “due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale” rileva ai sensi e per gli effetti della maggior tutela prevista dalla legge solo se le stesse non risultino “vincolate da rapporti parentela, affinità, adozione, da matrimonio o da un'unione civile” (art. 1, co. 36, l. cit.). Come si vede, oltre all'unione civile che qui non interessa perché solo omosessuale, il (primo) matrimonio riconosciuto civilmente costituisce impedimento al riconoscimento della (seconda) convivenza di fatto (nel caso, poligamica): a più forte ragione se contrattualizzata per “i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune” (co. 50) e, in particolare, per “le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo” (co. 53, lett. B). In tal caso, anzi, la convivenza contrattualizzata è nulla anche per l'eventuale esistenza di un altro contratto di convivenza di uno degli aspiranti conviventi con altra persona (co. 57)⁵⁹.

Questa incompatibilità sincronica è sintomatica dell'estensione della norma di applicazione necessaria della libertà di stato, stabilita nell'art. 86 cod. civ., ai rapporti (non solo tra matrimoni e matrimoni e unioni civili, ai sensi del co. 4, l. cit., ma anche) tra matrimoni, unioni civili e convivenze contrattuali, da una

⁵⁹ Sulle insufficienze e addirittura controindicazioni della disciplina introdotta al riguardo v. G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali e il contratto di convivenza*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, Milano, 2018, pp. 75 ss.

parte, e, dall'altra, convivenze, anche non contrattualizzate. La causa dell'estensione, che rende impraticabili le convivenze di diritto proprio nei casi in cui potrebbero disciplinare le nuove e atipiche relazioni di coppia, non è di agevole comprensione. Si potrebbe pensare all'illiceità del contratto per illiceità del motivo perchè, mancando la libertà di stato, si lederebbe l'altrui diritto alla fedeltà e alla esclusività della coabitazione e dell'assistenza morale e materiale. Ma secondo l'art. 1345 cod. civ. il contratto è illecito se stipulato "esclusivamente" per un motivo illecito mentre nel caso la convivenza semplice, e ancor più se contrattualizzata, ha come motivo centrale non la lesione di questo diritto (peraltro, accettata dal partner: e nel caso dell'unione poligamica, come s'è detto, è normalmente così) ma, al contrario, il regolamento (anche patrimoniale nel contratto) di una situazione di fatto nell'interesse del convivente: allo scopo, cioè, di convivere in maniera giuridicamente più e meglio garantita rispetto ad una unione di mero fatto. L'impedimento appare perciò del tutto irragionevole se si pensa che esso giunge a colpire perfino la persona coniugata ma separata, la quale, magari avendo già avviato il procedimento di divorzio, conviva stabilmente con altra persona nell'ambito di una nuova relazione sentimentale.

A più forte ragione, poi, esso colpisce la persona in costanza di matrimonio, che intrattenga una relazione ugualmente stabile con altra persona, come accade nelle unioni poligamiche. Questa relazione continua così ad essere tutelata come convivenza di (mero) fatto a condizione, naturalmente, che si tratti comunque di due sole persone, sì che deve ritenersi esclusa una convivenza parapoligamica⁶⁰ (di un uomo con due o più donne oppure di una donna con due o più uomini). Di conseguenza, la donna convivente continuerà a versare in una condizione simile a quella garantita dalla giurisprudenza prima richiamata, senza poter soddisfare i bisogni, in fondo minimali, garantiti dalla legge 76/2016: assistenza al partner ospedalizzato, trattamento penitenziario e, in caso di crisi della convivenza, alimenti e mantenimento dell'alloggio.

9. Quale diritto

Il naturale innesto delle unioni poligamiche nel filone delle convivenze di fatto tende a realizzare, sia pure in maniera insufficiente, una compenetrazione tra (riconoscimento della) autoregolamentazione delle parti ed eteroregolamentazione dell'ordinamento, tale da consentire a quest'ultimo un intervento non formale ma sostanziale in direzione della garanzia della dignità della persona all'interno del rapporto. Sicuramente non si innesta, a costo di una crisi di rigetto, un nuovo ramo, quello di un diritto di famiglia speciale, sul robusto tronco del diritto italiano ed europeo, ma neppure se ne asseconda la naturale rigidità, limitandosi a considerare inammissibile il matrimonio poligamico perché puramente e semplicemente

⁶⁰ TAMPONI, *Del convivere, op. cit.*, p. 41. V. invece in senso opposto i contratti di convivenza (*Samellevingscontract*) olandesi, stipulati davanti ad un notaio (cfr. D. ROSS, *Insieme ma non per sempre? Uno sguardo socio-giuridico e linguistico sui nuovi modelli familiari in Italia e nei Paesi Bassi*, in Termitex, 2018, p. 135, reperibile sul sito <https://www.openstarts.units.it>).

non europeo o contrario ai valori occidentali invece che prendere in considerazione anch'esso per la enucleazione di principi generali del diritto di famiglia europeo⁶¹.

I due modelli della *République* e del *Londonistan*, divisi su tutto, hanno in comune la propensione all'appartenenza esclusiva: allo Stato, il primo, e alle comunità religiose culturali o etniche, il secondo. Il modello pluralistico consente, invece, la doppia se non plurima appartenenza. È il modello del *civis - fidelis*, proprio del cristianesimo, o dell'"americano con il trattino": afro-americano, italo americano, latino-americano⁶². La doppia appartenenza, naturalmente, può dar luogo a conflitti di lealtà verso lo Stato o verso la propria cultura. Ma in una società di pluriappartenenze, inevitabilmente minoritarie, bisogna salvare un'acculturazione comune, quella della Costituzione, e tuttavia anche creare spazi di convivenza, non escludere a priori nessuno dei valori in campo, favorirne il bilanciamento attraverso il dialogo. Il rispetto delle diversità culturali, religiose, linguistiche, rivendicato come proprio dall'Unione europea all'art. 22 della Carta di Nizza, comporta anche il riconoscimento del "pluralismo familiare"⁶³.

Il diritto deve farsi perciò necessariamente "poroso" (*porous*) per favorire la formazione di una "interlegalità"⁶⁴, capace di attraversare indenne lo stretto passaggio tra gli estremi del diritto speciale - che nel legalizzare le scelte autonome delle parti finisce in fondo per lasciare il diritto di famiglia interamente alle autorità religiose e culturali, in genere - e del diritto statale onnivoro, che non tiene conto delle diversità, ispirandosi ad un concetto di laicità espressiva solo di una civiltà, come quella occidentale, che non esaurisce più in sé le potenzialità di sviluppo della convivenza umana ed è quindi di impossibile universalizzazione. Quando poi s'incontra una cultura molto "altra" come l'islam il passaggio tra universalismo e particolarismo, tra eguaglianza e diversità, è strettissimo. È necessario allora farsi spazio - come osservava trent'anni fa il Maestro, che studiò precocemente anche questo particolare aspetto della problematica lasciata in eredità dal secolo scorso - con una legge, "che si presenta come *regola di compatibilità*, e non solo di *supremazia*"⁶⁵.

Il diritto occidentale, da tempo volto a liberare dal fondamento matrimoniale la famiglia, ma conservandone il carattere monogamico, è ora di fronte ad una cultura che non concepisce convivenza

⁶¹ S. PATTI, *Il «principio famiglia» e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, p. 466.

⁶² M. WALZER, *Che cosa significa essere americani*, Padova, 1992, pp. 31 ss., il quale rielabora, com'è noto, il concetto di "pluralismo culturale" formulato un secolo fa da H. M. KALLEN, *Cultural Pluralism and the American Idea. An Essay in Social Philosophy*, Philadelphia, 1956 (una breve storia ora in G. BOSETTI, *La verità degli altri. La scoperta del pluralismo in dieci storie*, Torino, 2019, pp. 135 ss.).

⁶³ L'espressione è di N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana*, op. cit., p. 447.

⁶⁴ B. DE SOUSA SANTOS, *Law: A Map of Misreading. Toward a postmodern Conception of Law*, in *Journal of Law and Society*, 1987, n. 3, p. 473: "an intersection of different legal orders, that is, interlegality".

⁶⁵ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992, p. 127.



al di fuori del matrimonio, ma eventualmente anche poligamico. Deve intraprendere allora lo sforzo di trasformarsi in regola, anche, di compatibilità, non ignorando quella cultura. Non può dire, come pare abbia detto Napoleone, che “*les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d’eux*”. Perché i “concupini” contemporanei non si disinteressano affatto della legge: è solo la legge che ordinariamente si disinteressa di loro. Ma nella società policulturale non può continuare a farlo.