

Il diritto di famiglia alla prova dell'immigrazione

di Giacinto Bisogni

Sommario: 1. Introduzione.- 2. Il confronto con il diritto di famiglia del mondo islamico.-3.La sharia e i legami familiari: uno schema semplificatorio.-4. Il ruolo della donna nel diritto di famiglia islamico.-5. I diritti dei minori.-6.Conflitti irrisolti.-7. Conclusioni

1. Introduzione

Questo articolo vuole essere un contributo alla riflessione sulle sfide che ci sta proponendo la presenza di una ormai consistente popolazione venuta a vivere stabilmente in Italia, provenendo da culture profondamente diverse dalla nostra. In particolare alla riflessione sulle nuove domande che l'immigrazione sta proponendo al sistema giudiziario italiano. La brevità dello spazio in cui svolgere questa riflessione e la visibilità e acutezza del conflitto porta a concentrare l'attenzione su due aspetti particolarmente sensibili: il diritto di famiglia e il suo impatto con la religione e la cultura del mondo islamico.

2. Il confronto con il diritto di famiglia del mondo islamico

Secondo una stima del 2016 dell' ISTAT la popolazione straniera in Italia ha ormai superato la soglia dei 5.000.000 di persone (5.026.153 cittadini stranieri) mentre secondo EUROSTAT la popolazione immigrata sarebbe stimabile in 5.800.000 presenze. Le cifre sono contrastanti circa il numero di fedeli musulmani; in Italia secondo l'istituto ISMU (che è attivo nel campo degli studi sulla multietnicità) all'inizio del 2016 in Italia sarebbero residenti circa 1.400.000 musulmani, ovvero una cifra corrispondente al 2,34% della popolazione italiana.

Il diritto di famiglia ha un ruolo centrale nella religione musulmana

sia perché la legge che regola i rapporti sociali ha la stessa fonte e congruenza dell'insegnamento religioso sia perché la rivoluzione posta in movimento dal profeta Maometto, nel VII secolo d.C., ha avuto come obiettivo centrale la liberazione delle popolazioni arabe dalla cultura tribale e la sua sostituzione con una religione di ispirazione universalistica e portatrice di forti contenuti etici che ha attribuito all'istituto familiare un'importanza centrale per la realizzazione del progetto spirituale ispirato dalla divinità.

Dunque la percezione dei valori familiari è particolarmente forte nel mondo islamico e la rinuncia ad essi, cui l'esigenza di adattamento alla nostra società può spingere la popolazione musulmana immigrata, costituisce una scelta spesso drammatica - e comunque radicale - che mette in discussione la stessa visione del mondo e l'appartenenza religiosa. D'altra parte l'assertività di questi valori rende difficile se non impossibile una convivenza multiculturale classica con i valori costituzionali derivanti dalla tradizione liberale e laica. La non componibilità di questo conflitto è l'essenza della sfida cui la nostra società, e, all'interno di essa, la giurisdizione, è chiamata. Il modello integrazionista e quello multiculturale sono entrambi in difficoltà. E' necessario inventare un nuovo approccio e allo stato esistono solo spiragli di soluzioni episodiche o settoriali o locali. Mettendo però insieme questo puzzle ci si può muovere sia dalla pericolosa immobilità che deriva da un concetto passivo di accoglienza sia dalla nefasta *escalation* del pregiudizio e della discriminazione e, con esse, del fanatismo e del terrore.

3. La sharia e i legami familiari : uno schema semplificatorio

Sono ormai numerose le pubblicazioni che descrivono il diritto di famiglia nel contesto della sharia. La rigidità di queste esposizioni, dovuta spesso alla loro riproduzione schematica, tende a tracciare un quadro fortemente oppositivo alla realtà occidentale. La tentazione di rappresentare il diritto islamico come fisso e immutabile nel corso dei secoli ha un suo fondamento oggettivo nel carattere sacro dell'insegnamento sharitico. Anzi nella derivazione divina della sharia cui il profeta apportò un semplice contributo di fedele trascrizione. Tuttavia anche un diritto di derivazione divina necessita di una sua esplicazione e applicazione alla realtà, quindi di una interpretazione e spesso di un

adattamento ai mutamenti della realtà. Per altro verso se è vero che il mondo islamico è caratterizzato più dall'elemento comune religioso che da quello politico e statale è anche vero che esistono scuole di pensiero religiose radicalmente diverse all'interno di quel mondo e che l'enorme estensione territoriale della religione musulmana accomuna realtà nazionali ormai consolidate che interessano comunità identificate da appartenenze e tradizioni storiche profondamente diverse.

Un'altra lente deformante è costituita dall'assolutizzazione ideologica dei modelli religiosi e culturali, la loro rappresentazione in termini di fissità temporale e di coerenza sistematica. Se rappresentiamo all'esterno la visione della famiglia nell'Occidente cristiano saremo comunque tentati, nonostante la consolidata statualità e indipendenza dal sacro dei diritti nazionali, a ricercare un elemento storico unificante nella dottrina giuridica di derivazione canonistica. E' lì che ritroviamo le fondamenta etiche su cui è stato nei secoli costruito il diritto di famiglia in Europa e nei paesi che ne hanno ereditato la cultura. Non è un caso che molti elementi di contatto esistano nella concezione della famiglia delle tre religioni monoteistiche. Se inseriamo nella rappresentazione un angolo visuale diverso dalla contemporaneità ci accorgiamo che esistono linee fondamentali di tendenza del diritto di famiglia che prescindono dalle influenze religiose ma che vengono percorse con tempi e modi profondamente diversi nella storia e nei luoghi. Questo ci porta a capire che il confronto e la comparazione vanno spesso instaurati in una prospettiva diacronica perché può essere molto più illuminante ad esempio confrontare la sharia e il *code napoleon* che cristallizzare in una irriducibile inconciliabilità la nostra visione attuale dei diritti fondamentali con i valori fondativi del mondo islamico.

4. Il ruolo della donna nel diritto di famiglia islamico

Il vero punto di frizione fra il diritto italiano e quello delle popolazioni immigrate di religione musulmana è indubbiamente il diverso ruolo e riconoscimento che viene dato alla donna nell'istituzione familiare e più in generale la non accettazione della possibilità per l'individuo di compiere scelte familiari diverse da quelle tradizionali come quelle che le

persone omosessuali stanno finalmente conquistando nei cd. paesi occidentali. In generale il diritto islamico in materia familiare impone ruoli molto rigidi in base al sesso e non riconosce all'individuo lo spazio necessario per compiere liberamente le scelte familiari che rispondono alle proprie esigenze affettive. Ma se guardiamo indietro nel tempo, e senza neanche dover andare oltre il Novecento, vediamo che anche nelle nostre società occidentali la situazione non era di molto dissimile.

Il codice civile italiano del 1942 era molto più simile in materia familiare al codice Napoleone o a quello di derivazione napoleonica adottato nel 1865 che al diritto di famiglia attuale. Il divorzio è stato introdotto con fatica nel dopoguerra in molti paesi cattolici, l'omosessualità costituiva ancora un reato in paesi come la Gran Bretagna o nella maggior parte degli Stati Uniti. I punti di contatto sono moltissimi. Ma anche la parità di diritti fra uomo e donna all'interno della famiglia è una conquista recente. Dunque non esiste una incompatibilità congenita e ineliminabile del diritto islamico con la cultura della parità dei diritti e della libertà delle scelte individuali che si è affermata nel Novecento nel mondo occidentale. Forse la verità è che le società occidentali nell'ultimo secolo e anche in tempi più ristretti hanno visto rivoluzionata la sfera dei rapporti privati e familiari mentre invece nei secoli precedenti alcuni principi ormai desueti come quello della primazia dell'uomo all'interno della famiglia non sono mai stati messi in discussione.

Fatta questa lunga premessa che spero sia servita a dimostrare la fallacità di un pregiudizio culturale, o quanto meno a metterne in discussione la assoluta credibilità di cui spesso gode, è possibile analizzare quali siano i punti che contrappongono anche storicamente la sharia al nostro diritto di famiglia.

Sicuramente è la distinzione normativa e subordinante dei ruoli che, sulla base del genere, vengono attribuiti all'interno della famiglia a costituire l'elemento di più evidente contrasto. Se la donna ha diritto a essere rispettata, mantenuta e trattata con giustizia e onestà dal marito, per altro verso, ha un dovere di obbedienza e di subordinazione che incide pesantemente sulla sua vita, sulle sue scelte personali e sulla sua libertà anche quella delle frequentazioni personali al di fuori della sua famiglia di origine. Ma questo statuto è davvero così indiscusso e applicato

univocamente nei diversi paesi che si ispirano all'Islam e all'interno delle diverse classi sociali? Sicuramente no se si pensa, per esempio, al grado di libertà esercitato dalle donne nell'Egitto degli anni '50 o nell'Iran degli anni '70 del Novecento, alla rivoluzione laica e liberale di Ataturk che, ancora prima, negli anni '20, portò al riconoscimento del voto alle donne. Lo stesso può dirsi per alcuni istituti giuridici come la poligamia, la dote, il ripudio, la necessaria integrazione della capacità di agire della donna, le limitazioni alla sua capacità successoria e alla potestà genitoriale nei confronti dei figli. Le legislazioni nazionali, il costume sociale, la capacità negoziale delle donne sono in grado di escludere l'operatività di queste istituzioni previste nella sharia o di mutarne radicalmente il senso dall'interno. Per quanto riguarda le legislazioni nazionali l'esempio della Tunisia, uno dei paesi del mondo islamico più aperto verso il riconoscimento dei diritti delle donne, è emblematico. Qui è bandito il matrimonio imposto, non è consentita la poligamia ed è abolita la previsione del consenso del tutore al matrimonio delle donne maggiorenni così come è abolito l'istituto del ripudio e introdotto quello del divorzio che può essere richiesto da entrambi i coniugi. E' sostanzialmente parificata la posizione dei genitori nei confronti dei figli e la moglie può chiedere la decadenza del padre dalla potestà qualora sia inadempiente agli obblighi di mantenimento.

Per quanto riguarda le modifiche del costume sociale la situazione del Marocco parla, secondo Nouzha Guessous, attivista marocchina per i diritti umani, di una profonda mutazione antropologica. "Stando ai dati del censimento nazionale del 2010, le donne ora si sposano in media a ventisette anni, non a diciassette come nel 1960. Il tasso di fertilità è sceso da più 7,2 a 2,19 (nello specifico 1,8 nelle aree urbane e 2,7 in quelle rurali). Circa il 70 % delle famiglie è di tipo nucleare, ovvero composto dai genitori e dai loro figli. Dato interessante, malgrado ancora oggi una donna su due sia analfabeta, il 60 per cento degli studenti di scuola secondaria e oltre il 52 per cento degli universitari è di sesso femminile. Investendo nella scuola e nell'università, le donne hanno anche iniziato a contare nella vita pubblica e in ambito economico. La parità dei sessi è ancora lontana, ma l'universo femminile ha comunque consolidato la sua forza (tanto per dirne una, il 20 per cento dei giudici e degli esponenti

della magistratura è costituito da donne)”. La citazione è da un articolo di Nouzha Guessous apparso il 22 aprile 2013 in www.reset.it con il titolo “*I diritti delle donne nelle società musulmane. La lezione dell’esperienza marocchina*”. Non è quindi casuale che nel 2004 il Regno del Marocco abbia adottato un corpus di norme in materia familiare ispirato alla compatibilità con il valore “occidentale” della parità di genere.

Infine, per quanto riguarda la capacità di adattare le norme tradizionali ai diritti delle donne, il matrimonio, per la sua natura contrattuale che gli deriva dalla sharia, consente la deroga o la personalizzazione degli istituti e delle consuetudini che penalizzano la donna e questa sembra essere una via percorribile e auspicabile anche per la popolazione di religione musulmana che risiede stabilmente in Italia. Così, per tracciare alcuni esempi, sia pure nel rispetto dei principi fondamentali che reggono la concezione della famiglia, potrà stabilirsi anche nell’interesse della donna la residenza familiare, potrà prevedersi la sua libertà di esercitare un mestiere o una professione, di partecipare alla vita pubblica, di instaurare un regime di comunione dei beni fra i coniugi sugli acquisti e si potrà escludere la possibilità per l’uomo di sposare un’altra donna, si potrà sostanzialmente trasformare l’istituto del ripudio unilaterale in quello del divorzio, equiparare almeno parzialmente le responsabilità e le potestà dei genitori verso i figli.

Ciononostante restano ancora delle limitazioni non superabili come il divieto per una donna musulmana di sposare un uomo di religione diversa. Le limitazioni in materia successoria e della capacità di agire e di contrarre direttamente il matrimonio senza l’intervento del tutore che non può mai essere una donna. Le troppe deroghe alle restrizioni al matrimonio imposto e al matrimonio con una minorenni e alla poligamia.

L’aspetto più inquietante è però il ritorno di una visione dogmatica della sharia che, anche in paesi come l’Algeria, che si erano resi indipendenti sulla base di una costituzione progressista e ispirata al rispetto dei diritti delle donne, ha prodotto gravi danni e il ritorno di una visione patriarcale nella riforma del codice della famiglia. Purtroppo dopo le speranze alimentate dalle cd. primavere arabe si assiste in molti paesi a un clima politico e sociale che non incoraggia né lo spirito riformatore né quella tendenza a una lettura adeguata dei precetti della sharia e

all'allargamento della libertà negoziale nella direzione di una tutela dei diritti delle donne nella vita familiare.

5. I diritti dei minori

Un altro forte motivo di distacco dalla nostra concezione del diritto di famiglia riguarda la filiazione che secondo la visione coranica non può che avvenire nella famiglia e secondo un legame biologico.

La distinzione fra figli nati fuori e nel matrimonio si risolve dunque nella possibilità di attribuire valore legale alla filiazione solo se avvenuta nel matrimonio. Ciò ha portato necessariamente all'utilizzazione di presunzioni insuperabili alcune delle quali chiaramente abnormi come quella basata sulla cd. *"teoria dei feti dormienti"* che consente di attribuire al marito, anche dopo anni dallo scioglimento del matrimonio, la filiazione, in virtù della teoria per cui il concepito può avere una gestazione latente nel ventre materno che può durare sino a sette anni. La legittimazione esclusiva della filiazione biologica e legata al matrimonio porta con sé il divieto dell'adozione che trova una stigmatizzazione nel Corano come atto di superbia e di arbitraria sostituzione alla volontà divina e si rende incompatibile anche con le tecniche di riproduzione medicalmente assistita. Questa radicale concezione, che sente come arbitraria la sovrapposizione di un rapporto di filiazione giuridica a quella naturale, richiama, per altro verso e singolarmente, quelle istanze di tutela, quanto mai attuali, che hanno portato a configurare il diritto di vivere nella famiglia di origine e di conoscere la propria filiazione biologica e il proprio patrimonio genetico.

La realtà sociale dei paesi musulmani ha risposto al vuoto di tutela derivante da questa concezione per ciò che concerne la cura e l'educazione dei minori abbandonati. La kafalah è un istituto specifico dei paesi islamici che costituisce un legame fra minore e kafil per certi versi simile all'affidamento e distante dall'adozione legittimante dato che la filiazione rimane quella biologica, insostituibile secondo il Corano. Lo stesso istituto è utilizzato inoltre per sovvenire alle difficoltà di cura e di educazione delle famiglie in difficoltà che non intendono abbandonare il minore ma piuttosto richiedere un aiuto esterno, dentro o fuori la cerchia della

parentela allargata. La kafalah consiste, in questo caso, nella stipulazione di un accordo inteso a istituire il rapporto di kafalah fra i genitori e il kafil, accordo che può essere o meno omologato da un tribunale e che può esprimersi anche in un semplice aiuto economico esterno o assumere le caratteristiche di un vero e proprio affidamento destinato a durare, salvi casi di revoca disposti dal tribunale, sino alla maggiore età del makful senza recidere il legame di filiazione con i genitori. Condizione per poter divenire kafil è di essere di religione musulmana. L'istituto della kafalah è venuto all'attenzione delle autorità diplomatiche e della giurisprudenza italiane per la richiesta di riconoscimento in Italia del provvedimento che dispone l'affidamento in kafalah, ai fini del riconoscimento del diritto alla coesione familiare con il kafil cittadino italiano o ai fini del ricongiungimento dello straniero residente in Italia con il minore che si trova nel paese di origine (nei casi esaminati generalmente in Marocco). Decisive, ai fini dell'accoglimento delle domande rivolte al riconoscimento in Italia della kafalah, sono state la previsione di questo istituto, nella Convenzione de L'Aja del 1996 (sottoscritta e ratificata dall'Italia e adottata dalla Unione Europea), come una delle misure di protezione dei minori soggette al riconoscimento da parte degli Stati aderenti alla convenzione. Inoltre, nei singoli casi esaminati, ha avuto un peso risolutivo la ricognizione dell'interesse del minore al riconoscimento in Italia della kafalah e l'esclusione di qualsiasi contenuto elusivo della normativa sull'adozione internazionale. L'esistenza di una clausola generale come quella del *best interest of the child* nelle convenzioni internazionali e nel diritto sovranazionale ha avuto quindi un ruolo determinante nel consentire di mettere in comunicazione il diritto islamico in materia di tutela dei minori con quello italiano. Seppure si tratta di due ordinamenti che si ispirano a una visione contrastante in materia di adozione l'analisi degli istituti giuridici dei due ordinamenti e il loro confronto con i casi concreti ha consentito di superare le barriere di natura tecnica e culturale e una visione rigida del concetto di ordine pubblico.

6. Conflitti irrisolti

Ma in altri casi il trapianto- sia pure ai fini del solo riconoscimento -

di un istituto o di una prassi del diritto islamico della famiglia determina una reazione di rigetto dell'ordinamento "di destinazione" per la irrinunciabilità dei valori fondativi che trovano la loro difesa nella formula dell'ordine pubblico. Anche rispetto a questi casi la dogmatizzazione non è però un buon metodo di analisi. L'assunzione di una posizione di chiusura rigida richiede sempre un confronto dialettico con la cultura dell'altro se non si vuole correre il rischio che la riaffermazione di un valore acquisito e metabolizzato dall'ordinamento di accoglienza si trasformi nella sua devitalizzazione. La vicenda del *chador* assume un significato paradigmatico in questo senso. Il mancato confronto con la diversità genera la sua lettura in termini di minaccia alla propria identità, minaccia che da semplice reazione a un modello di comportamento che genera irritazione si trasforma in paura per una dichiarazione di ostilità, forse mai esistita, e in necessità di vietare per difendere i valori repubblicani di universalità dei diritti fondamentali e di laicità dello Stato oltre che per scongiurare situazioni di attentato alla sicurezza nazionale. Pur non sottovalutando la portata simbolica del cd. velo islamico non può non registrarsi l'assoluta sproporzione di tale risposta in nome di valori costituzionali irrinunciabili. Gli effetti negativi di ritorno sono a mio modo di vedere devastanti. Da un lato si compie un atto di ostilità gratuito nei confronti di una popolazione che ha il diritto (e se vogliamo anche il dovere) di integrarsi in una società diversa dalla propria ma che non può – proprio secondo quei valori repubblicani – rinunciare a un proprio modo di essere, alla propria libertà nel decidere come vestirsi cioè a una sfera del comportamento meramente soggettivo e inoffensivo per gli altri. Si impone, letteralmente, un costume, una uniforme occidentale come se, ritornando indietro nei secoli, si legiferasse imperativamente nei confronti di una popolazione sconfitta o di una setta religiosa illegale. Gli effetti sulla validità di quel valore che si vuole difendere sono evidenti. Nel momento in cui si assolutizza la difesa di un diritto di libertà lo si riempie di un contenuto imposto e quindi si finisce per privarlo del suo contenuto ontologico emancipatorio. L'accostamento, indimostrato, di un necessario bilanciamento fra libertà e sicurezza comporta una ulteriore svalorizzazione del concetto di libertà. E' certamente insensato sottovalutare i problemi e la necessità di un

complesso lavoro di reciproco adattamento che una immigrazione massiva comporta ma è anche privo di lungimiranza un atteggiamento di sordità alle differenze culturali e alle mille variabili personali che, attraverso quelle differenze, si esprimono. Quale contributo alla libertà delle donne musulmane può venire da una proibizione di un comportamento che le pone in contrasto con la loro comunità di appartenenza in una contingenza difficile della loro vita come quella della immigrazione?

Ma ci sono dei casi più complessi in cui la lesione di un valore fondativo della nostra democrazia, conseguente al recepimento di una regola, di un comportamento estraneo e bandito nel paese di accoglienza, ha evidenze e ragioni più profonde. Qui la giurisdizione si trova di fronte a quelle scelte gordiane che tendenzialmente sarebbe portata ad evitare. Da una parte il rigetto della domanda di riconoscimento pone dei problemi di tutela dei soggetti più deboli che la giurisdizione non può ignorare. D'altra parte accogliere un istituto che nega un valore fondativo dell'ordinamento significa mettere in crisi la coerenza del sistema.

In questa prospettiva sembra interessante citare due decisioni della Corte di Cassazione che in epoche diverse si sono confrontate con la poligamia.

Nel 1999 la Cassazione civile (con la sentenza della I sezione n. 1739 del 2 marzo 1999) ha ritenuto *“in virtù della validità interinale del matrimonio contratto da cittadino italiano all'estero, secondo una legge prevedente la poligamia e il ripudio, ma nel rispetto delle forme ivi stabilite e ricorrendo i requisiti sostanziali di stato e capacità delle persone”* di non poter *“disconoscere l'idoneità di tale matrimonio a produrre effetti nel nostro ordinamento, finché non si deduca la sua nullità e non intervenga una pronuncia sul punto”*. La S. C. ha ritenuto *“il profilo dell'ordine pubblico e del buon costume, connessi alle caratteristiche della poligamia e del ripudio, proprie del matrimonio islamico, estranei al rapporto dedotto in giudizio”* e ha affermato *“il rilievo in sede ereditaria dello status di coniuge acquisito in virtù di matrimonio celebrato in Somalia nel rispetto delle forme stabilite dalla lex loci ed in presenza dei requisiti di stato e capacità delle persone”*. Con un'altra sentenza del 2013 la Corte di Cassazione (ordinanza della sezione VI-1 civile n. 4984 del 28 febbraio 2013) ha ritenuto che, in tema di

ricongiungimento familiare del cittadino straniero, il divieto stabilito dall'art. 29, comma 1 ter, del d.lgs. n. 286 del 1998, con riguardo alle richieste proposte a favore del coniuge di un cittadino straniero, già regolarmente soggiornante con altro coniuge in Italia, opera oggettivamente, a prescindere dalle qualità soggettive del richiedente, mirando ad evitare l'insorgenza nel nostro ordinamento di una condizione di poligamia, contraria all'ordine pubblico anche costituzionale. Nella specie, la richiesta era stata avanzata dal figlio a favore della propria madre, il cui coniuge, già soggiornante in Italia, aveva precedentemente proposto analoga istanza a favore di un'altra moglie; in applicazione dell'anzidetto principio la S.C. ha escluso la rilevanza della prova che il figlio non avesse agito per conto del padre.

Si tratta di due decisioni che pur partendo dalla comune considerazione della poligamia come istituto contrario all'ordine pubblico attribuiscono al matrimonio contratto in un paese in cui è prevista la poligamia un diverso grado di operatività in Italia a seconda della rilevanza diretta o indiretta del carattere poligamico ai fini della controversia. Secondo la prima pronuncia quello che rileva è infatti il contrasto diretto, e decisivo nella controversia, dell'istituto con i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale. Contrasto che viene escluso dalla decisione adottata in quanto ricognitiva di uno status di per sé neutro rispetto alla contrarietà del matrimonio poligamico ai principi fondativi del nostro ordinamento.

Nella seconda decisione invece è proprio la penetrazione nel territorio nazionale di una condizione di poligamia che viene considerata oggettivamente ostativa al ricongiungimento familiare. In tal modo il legame madre figlio assume un rilievo secondario e recessivo di fronte alla condizione di poligamia che verrebbe a instaurarsi per effetto della presenza nel territorio nazionale di una seconda moglie dello stesso soggetto.

Le due decisioni lasciano aperto il problema che si pone alla giurisdizione di fronte a una visione così contrastante del matrimonio e della condizione della donna. Un conflitto di valori che però coinvolge diritti fondamentali delle persone e finisce per danneggiare proprio i soggetti più deboli e non responsabili.

In altri casi la giurisprudenza anche quella sovranazionale è stata decisa nel respingere il riconoscimento a situazioni, sia pure legittime, nel paese di provenienza ma confliggenti con il nucleo irrinunciabile della sovranità nazionale in materia familiare.

La Corte di giustizia dell'Unione europea (con la sentenza del 17 luglio 2014 nella causa C-338/13, *Marjan Noorzia contro Bundesministerin für Inneres*) ha ritenuto di recente che l'articolo 4, paragrafo 5, della direttiva 2003/86, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, deve essere interpretato nel senso che tale disposizione non osta a una normativa nazionale volta a prevedere che i coniugi e i partner registrati debbano già avere compiuto il ventunesimo anno di età al momento della presentazione della domanda per poter essere considerati quali familiari ammissibili al ricongiungimento. Infatti, secondo la Corte di giustizia, l'età minima fissata dagli Stati membri ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 5, della direttiva 2003/86 corrisponde, in definitiva, all'età in cui, secondo lo Stato membro interessato, si ritiene che una persona abbia acquisito una maturità sufficiente non soltanto per opporsi a un matrimonio imposto, ma, altresì, per scegliere di trasferirsi volontariamente in un altro paese con il proprio coniuge, al fine di condurre con quest'ultimo una vita familiare e di integrarsi in detto paese. Una misura che imponga che il soggiornante e il suo coniuge abbiano raggiunto l'età minima richiesta al momento della presentazione della domanda non impedisce, secondo la Corte di Giustizia, l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare né rende quest'ultimo eccessivamente difficile.

Con una decisione coerente a quella della Corte di Giustizia U.E. la Corte europea dei diritti dell'uomo (con la sentenza dell'8 dicembre 2015, *Z.H. e R.H. contro Svizzera*) ha ritenuto non contraria all'art. 8 C.E.D.U. la normativa nazionale ostativa al riconoscimento di efficacia ai fini del ricongiungimento familiare a un matrimonio celebrato all'estero fra persone che non avevano compiuto l'età minima richiesta dal paese ospitante.

La inefficacia dell'istituto del ripudio nel nostro ordinamento è stata affermata dalla Cassazione (Cass. civ. sez. I n. 12169 del 9 giugno 2005) con riguardo a una richiesta di ricongiungimento familiare presentata, nei

confronti del figlio, da una cittadina del Regno del Marocco ripudiata dal marito, il quale, con l'atto di ripudio, ed in conformità della '*Moudawanà*, e cioè del codice dello stato delle persone vigente all'epoca nel Regno, aveva escluso la moglie dalla tutela del minore, riservandola a se stesso. La Corte di Cassazione ha rilevato che ai fini del rilascio del visto per l'ingresso in Italia, è necessario soltanto che il genitore che lo chiede offra sufficienti garanzie in ordine alla convivenza con il minore nel territorio italiano, alla disponibilità di un alloggio idoneo a questo fine ed alla titolarità di un reddito adeguato, non rilevando in contrario che titolare della potestà, quindi della rappresentanza legale del minore, in base al diritto del paese d'origine, sia il genitore che ivi ancora risiede, il quale non conviva con il minore, non provveda al suo sostentamento e abbia anche dato l'assenso all'espatrio del medesimo, dato che nel sistema della legge del minore, applicabile ai sensi dell'art. 36 della legge n. 218 del 1995, la titolarità esclusiva della potestà spettante ad un genitore non esclude che questi consenta alla convivenza del figlio con l'altro genitore, al quale in tal caso è delegato l'esercizio concreto della potestà.

Nella prospettiva della tutela riconoscibile a favore di chi voglia sottrarsi a una normativa o a una prassi contraria a principi fondamentali dell'ordinamento, quale la libertà nel contrarre il matrimonio, è stato ritenuto dalla Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. VI-1, ordinanza n. 25873 del 18 novembre 2013) che la costrizione ad un matrimonio non voluto costituisce grave violazione della dignità e, dunque, trattamento degradante che integra un danno grave, la cui minaccia, ai fini del riconoscimento della protezione internazionale sussidiaria, può provenire anche da soggetti diversi dallo Stato.

Un riferimento merita anche il tema della escissione genitale femminile che pur non essendo, ovviamente, un istituto di diritto familiare costituisce una pratica rituale arcaica che trova nel contesto familiare una decisiva occasione di perpetuazione. La legislazione della Francia e dell'Italia divergono nell'attribuire specialità a quella che viene considerata una lesione dell'integrità personale di rilevanza penale. Nella giurisprudenza di merito questa pratica è stata oggetto di valutazione sia ai fini della valutazione della gravità della condotta che della sussistenza del dolo specifico di procurare le lesioni piuttosto che di riprodurre un legame

identitario di origine antichissima. Il dibattito sulle mutilazioni genitali femminili attraversa due temi più generali e cruciali in questo contesto: a) la valutazione dell'efficienza delle *policies* dirette a sostenere l'emancipazione delle donne anche contro i condizionamenti culturali di appartenenza; b) il diritto all'identità collettiva delle minoranze che, nel processo, si esprime attraverso la eccezione culturale (la *cultural defense*) intesa a far valere la liceità – o quanto meno la ragione - di comportamenti contrari o divergenti dalla norma del paese ospitante (o del paese nel quale gli abitanti originari sono finiti per essere una minoranza come nel caso dei *Native Americans*). Di qui la riflessione incontra necessariamente il dibattito di rilevanza costituzionale sulla universalità dei diritti e sulla compatibilità di questo assunto ideologico occidentale con il diritto alla differenza, alla scrittura di una nuova carta dei diritti che pacifichi lo scontro di civiltà ancora così drammaticamente in atto.

7. Conclusioni

Il diritto di famiglia è un terreno quanto mai rivelatore delle tensioni che vengono a crearsi nel passaggio da una società omogenea a una società multiculturale. Spesso queste tensioni, come si è visto, assumono le dimensioni della irriducibilità. Quali sono allora le soluzioni possibili? Una linea di assestamento è quella della separatezza, della autarchia dei valori fondamentali che restano di appartenenza separata per la maggioranza e per i gruppi minoritari. Esistono in questa prospettiva dei valori minimi di convivenza, delle norme minime di rango costituzionale ma esse sono, a ben vedere, dei punti di equilibrio armistiziali suscettibili di una continua ridiscussione o che legittimano una condizione di subordinazione e di subalternità culturale. La formula *separate but equal*, adottata dal razzismo segregazionista travolto nel secolo scorso dal movimento dei *civil rights* degli anni '60, esprime perfettamente tale condizione di illusoria pace sociale. Le rivolte della banlieue parigina, le mille forme di xenofobia dilagante in Europa e la penetrazione del fanatismo fondamentalista sono la prova della pericolosità di questa soluzione che spesso altro non è che la constatazione della difficoltà di una soluzione reale. In questa ottica anche il fenomeno delle *Sharia*

Courts va guardato con attenzione ma anche con prudenza perché può divenire un altro strumento di irrigidimento sociale e culturale e di allontanamento da un luogo di confronto e di elaborazione culturale comune quale dovrebbe essere la giurisdizione. Se tale confronto deve avvenire necessariamente fra valori che si considerano fondativi la strada che va percorsa non può che essere quella della fondazione di nuovi valori condivisi molti dei quali potranno essere sicuramente i valori degli uni e degli altri che diverranno i valori di tutti.