

LA DIMENSIONE CULTURALE E RELIGIOSA DEI MODELLI FAMILIARI.
IL CASO DEI MATRIMONI POLIGAMICI

VALENTINA PETRALIA*

SOMMARIO: Le diverse facce della poligamia: cenni introduttivi. - I. LA POLIGAMIA DI MATRICE ISLAMICA. - 1. La “dimensione” culturale dei diritti umani. - 2. La poligamia: esercizio di un diritto culturale o violazione di un valore universale? - 3. L’Unione europea e la poligamia: una piccola postilla. II. LA POLIGAMIA “MORMONA”. - 1. La poligamia tra *freedom of religion* e tutela della *privacy*: premessa. - 1.1. Tutela della sfera privata della persona e *imperfect consent*. - 1.2. Autodeterminazione della persona nelle relazioni sessuali: il *discrimen* tra poligamia e relazioni omosessuali. - 1.3. La poligamia portata dall’immigrazione negli Stati Uniti: cenni. - 2. La persistente penalizzazione della poligamia in Canada. - 3. Il test di legittimità delle limitazioni legittime alla sfera privata della persona. - 4. La poligamia tra depenalizzazione e riconoscimento. - III. CONCLUSIONI.

Le diverse facce della poligamia: cenni introduttivi

Parlare di poligamia nell’attuale momento storico potrebbe sembrare anacronistico. Si potrebbe essere indotti a ritenere che si tratti di un tema dalla rilevanza, ormai, meramente storica nella misura in cui non si abbia contezza dell’effettiva diffusione del fenomeno. Tale erronea convinzione deve essere immediatamente smentita. Solo per richiamare un dato, è del mese di luglio scorso la notizia pubblicata dal quotidiano britannico *Times* in base alla quale circa 100.000 coppie immigrate nel Regno Unito vivono in regime di poligamia, nonostante tali matrimoni non siano giuridicamente riconosciuti e la gran parte di esse vivano in maniera “sommersa”.

A fianco dei nuovi modelli familiari emergenti resistono e sono in cerca di affermazione modelli familiari arcaici, come quello poligamico.

Nel tentativo di accostarsi al tema della poligamia, bisogna prendere le mosse da una preliminare precisazione: il fenomeno del matrimonio poligamico (nell’accezione di poliginico¹) non costituisce un elemento distintivo solo della cultura islamica, come comunemente si è indotti a ritenere. Si tratta di un fenomeno che si registra anche in contesti del tutto estranei a questa. Il caso più evidente è quello della poligamia praticata da alcune, seppur piccole, Comunità mormone² in alcuni Stati americani³.

Tale precisazione serve a mettere in luce importanti aspetti della questione. In particolare, se in termini molto generali, il concetto di poligamia identifica una struttura familiare, è essenziale, ai fini del nostro discorso, verificare quando il legame che sta alla base della relazione tra i coniugi ha un fondamento meramente religioso e/o culturale, non riconosciuto dall’ordinamento giuridico di appartenenza, o goda invece di un riconoscimento giuridico.

Le due dimensioni del fenomeno, quella giuridica e quella religiosa/culturale, si spiegano perché la famiglia, intesa in tutte le proprie possibili forme, è un fenomeno sociale (non a caso, la Carta costituzionale italiana la definisce una società naturale) e come tale può essere oggetto di intervento da parte della legislazione statale (dimensione giuridica), oppure avere un fondamento meramente religioso/culturale al quale non si accompagna il riconoscimento giuridico. Si può dunque parlare di matrimonio poligamico come istituto giuridico riconosciuto e disciplinato da un certo ordinamento; o invece di matrimonio poligamico come istituto religioso che non trova un corrispondente riconoscimento giuridico o che, in certi casi, è addirittura vietato.

Questa distinzione allontana la famiglia poligamica di matrice musulmana da quella che, per comodità, chiameremo “mormona”. La prima trova pieno riconoscimento giuridico negli ordinamenti di riferimento, in funzione di una matrice culturale estremamente radicata nel contesto giuridico. La seconda ha un fondamento soltanto religioso a cui non corrisponde un riconoscimento giuridico. Pertanto i due fenomeni

* Ricercatore di Diritto dell’Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Catania.

¹ Forma matrimoniale nella quale un uomo è legato a più donne. A essa si contrappone il matrimonio poliandrico, non del tutto scomparso (ma tendenzialmente vietato negli ordinamenti che ammettono la poliginia), nel quale una donna è legata a più uomini.

² Seguaci del mormonismo, confessione religiosa creata da Joseph Smith intorno al 1830 negli Stati Uniti.

³ Si tratta di gruppi che si sono separati dalla Chiesa mormona (cd. chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni) dal momento in cui, nel 1890, sotto la Presidenza di Wilford Woodruff, tale pratica venne bandita dalla Chiesa, al fine di mantenere la pratica della poligamia. Il principale tra questi gruppi fondamentali è *The Fundamentalist Church of Jesus Christ of Latter Day Saints*, stanziato nello Stato dello Utah. Un’altra solida comunità è invece stanziata in Canada, nella provincia della British Columbia.

necessitano di una trattazione, per molti aspetti, separata, nonché richiedono di affrontare alcune questioni generali di fondo.

I. LA POLIGAMIA DI MATRICE ISLAMICA

1. La “dimensione” culturale dei diritti umani

La poligamia «viene spesso richiamata come cifra che segna la “incompatibile” diversità della cultura islamica da quella occidentale, ritenuta addirittura in grado di minarne l'identità culturale e politica»⁴. Ed è proprio sul terreno della diversità culturale che deve essere affrontata la questione, innanzitutto, in termini generali.

Se la cultura islamica e quella occidentale fossero rimaste “segregate” entro i rispettivi “confini spaziali”⁵, la loro diversità avrebbe avuto un rilievo solo teorico per gli studiosi. Poiché invece tali culture sono entrate in contatto, il problema della loro diversità ha assunto i caratteri, ben più pratici, della verifica della loro compatibilità, nonché della possibilità di una loro convivenza⁶.

Invero, dall'incontro tra culture, derivato dal fenomeno della globalizzazione e dai grandi processi migratori, ha preso origine quello che è stato definito un paradosso: «il processo di mondializzazione [ha determinato] per contraccolpo la moltiplicazione dei particolarismi, per non dire degli impulsi tribali, anche in nazioni evolute»⁷.

Nel contesto della globalizzazione, la mobilità delle persone costituirebbe il principale fattore di stratificazione sociale, tuttavia, «alcuni gruppi sociali [riuscirebbero] a diventare globali; altri [sarebbero] inchiodati alla propria località, ma [sarebbero] i ‘globali’ a fissare le regole del gioco della vita, quelle regole, quasi sempre non scritte, che i ‘locali’ [sarebbero] tenuti a subire»⁸.

Quanto detto ci porta a definire i termini del problema: se in via teorica si può essere concordi nel ritenere che ogni essere umano dovrebbe conservare i propri spazi di identità culturale, pur se inserito in una comunità di differente matrice culturale, all'atto pratico, tale possibilità si rivela estremamente difficile. «Il problema origina dal fatto che la perdita di confini dell'agire umano, conseguente al fenomeno della globalizzazione, consente l'espansione su scala planetaria di una determinata cultura locale, la quale tende, in conseguenza di ciò, a diventare egemone»⁹, non per ragioni di maggiore aderenza alla dignità umana, ma per la sua capacità di imporsi, anche con la forza¹⁰.

La pretesa universalistica della cultura occidentale, fondata nell'universalità della ragione di matrice illuministica, è in parte ereditata dalla categoria del diritto naturale «inteso come complesso di diritti e doveri spettanti a tutti gli uomini in quanto soggetti creati ad immagine e somiglianza di Dio»¹¹, alla cui base sta l'idea che ogni persona umana sarebbe dotata della capacità di discernimento tra il bene e il male, pertanto «tutti gli uomini, attraverso un corretto uso delle proprie facoltà razionali, [sarebbero in grado di] riconoscere nella loro valenza universale» il bene e il male¹².

Tale categoria è stata criticata proprio per la sua pretesa portata universale¹³: la sua egemonia attaccherebbe l'indipendenza culturale¹⁴, in quanto «costitui[rebbe] in realtà una arbitraria proiezione su scala universale di una tradizione culturale particolare»¹⁵.

⁴ Così F. BELVISI, *Il matrimonio islamico e l'inclusione sociale*, in G. ZANETTI (a cura di), *Elementi di etica pratica*, Roma, 2011, 47 ss.

⁵ Nell'ipotesi, del tutto teorica, che ciò sarebbe stato possibile.

⁶ In argomento U. HANNERZ, *La diversità culturale*, Bologna, 2001.

⁷ C. VIGNA, *Libertà, giustizia e bene in una società pluralistica*, in C. VIGNA - S. ZAMAGNI (a cura di), *Multiculturalismo e identità*, Milano, 2002, 3 ss.

⁸ S. ZAMAGNI, *Migrazioni, multiculturalità e politiche dell'identità*, in C. VIGNA - S. ZAMAGNI (a cura di), *Multiculturalismo e identità*, cit., 221 ss., spec. 222-223. L'Autore si richiama alla denuncia di Bauman secondo la quale questo scontro di forza tra culture spiegherebbe le tendenze al neotribalismo e al fondamentalismo (Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione: le conseguenze sulle persone*, Roma, 2000).

⁹ *Ibidem*, 224.

¹⁰ L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Roma, 1999.

¹¹ S. FERRARI, *Diritto e religione tra multiculturalità e identità*, in C. VIGNA - S. ZAMAGNI (a cura di), *Multiculturalismo e identità*, cit., 273 ss., spec. 273-274.

¹² *Ibidem*.

¹³ «Per restituire uno spessore pratico al diritto naturale è necessario ristabilire il suo collegamento con la nozione di tradizione culturale: in questa prospettiva il ‘dictatum rectae rationis’ non è il frutto di un pensiero astratto ma si sostanzia nelle regole e nei principi fondamentali razionalmente ricavabili dall'esperienza giuridica di un soggetto storico determinato e proposti come ‘diritto comune’ per la convivenza di tutti i soggetti che fanno stabilmente parte di una specifica area geografico-culturale. Ciò significa che i principi e i valori in cui si sostanzia una tradizione culturale sono un dato ricavabile dall'esperienza storica (...) la struttura di un determinato sistema giuridico ed alcuni suoi

Peraltro, la pretesa universalistica della cultura occidentale¹⁶ sarebbe smentita dalla «consapevolezza della *irriducibile pluralità* delle culture da una parte e dall'altra dello spessore di ingenuità (...) che si racchiude nell'*etnocentrismo*, cioè nella pretesa di voler assolutizzare i propri valori culturali e far assurgere la propria a unità di misura di ogni altra cultura»¹⁷. Se il diritto è fenomeno universale perché non è mai esistita una società senza diritto, tuttavia, ciascuna società ha un proprio sistema di valori e di risoluzione dei conflitti. Detto in altri termini, il fenomeno giuridico è caratterizzato da storicità e relatività¹⁸.

Ciò vale soprattutto quando si discute di diritti fondamentali¹⁹. La tanto ostentata universalità dei diritti dell'uomo²⁰ sarebbe una questione tutta da verificare. Poiché essa manifesterebbe una matrice strettamente occidentale, presenterebbe un limite culturale che ne impedirebbe la sua condivisione a livello universale²¹. Ad interferire con la pretesa universalità di tali diritti vi sarebbe «una radicale differenza di 'visione del mondo' tra le grandi e piccole tradizioni culturali»²², nel senso che non sarebbe possibile sostenere la neutralità dei suoi principi: «il problema scientifico dei diritti non sono le procedure, ma il loro contenuto, che è un affare dei popoli e degli Stati e delle loro costituzioni nazionali (...). I diritti, nel mondo islamico, sono fondati sulla e conformati dalla Shari'a, che ne determina, in astratto e col suo linguaggio, i tipi, l'estensione e i contenuti»²³. In questo senso i diritti sarebbero culturalmente specifici, avrebbero una portata relativa²⁴ e poiché possono esservi diversi sistemi di diritti fondamentali, non è detto che sia possibile metterli in comparazione tra di loro, al fine di «creare giustificazioni di "superiorità" (culturale, civile, etc.)»²⁵, per «misurare» quale sia il migliore e quale il peggiore, in quanto mancherebbe il parametro esterno rispetto al quale operare tale «misurazione», valido per entrambi i sistemi²⁶. Sarebbe, peraltro, un'operazione «politicamente» scorretta giudicare una cultura usando come «unità di misura» un'altra cultura²⁷. Anche laddove le diverse culture dovessero offrire opzioni di vita incompatibili tra loro, sarebbero tutte egualmente dotate di valore²⁸.

contenuti fondamentali sono dati dalla tradizione culturale in cui esso è inserito»: così S. FERRARI, *Diritto e religione tra multiculturalità e identità*, cit., 273 ss., spec. 279-280.

¹⁴ C. VIGNA, *Libertà, giustizia e bene in una società pluralistica*, cit., 3 ss.

¹⁵ S. FERRARI, *Diritto e religione tra multiculturalità e identità*, cit., 273 ss., spec. 279-280. Come giustamente osserva l'Autore, il processo di astrazione dei giusnaturalismi, «volto ad individuare alcuni principi estremamente generali (per esempio il diritto alla vita) validi in tutte le tradizioni culturali particolari [...], alla lunga (...) determina l'inutilità pratica della nozione di diritto naturale: nessuno contesta il diritto alla vita, ma il problema è se la pena di morte o l'aborto ne costituiscono una violazione e su questo non vi è accordo».

¹⁶ Anche se, è stato osservato in dottrina, «[o]gni cultura (...) è pervasa da una sorta di anelito per l'universale; ogni cultura pretende di avere per proprio oggetto, per dir così, *l'uomo in sé*, e non singoli individui appartenenti ad una specifica tribù o a un clan particolare» (così F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, in C. VIGNA - S. ZAMAGNI (a cura di), *Multiculturalismo e identità*, cit., 33 ss., spec. 42): e che «[l]o sforzo di costruire, a partire dalla propria tradizione culturale particolare, una dimensione universale (...) è il punto che accomuna tutte le tradizioni culturali» (così S. FERRARI, *Diritto e religione tra multiculturalità e identità*, cit., 273 ss., spec. 278-279).

¹⁷ F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, cit., 33 ss., spec. 34.

¹⁸ G. DI PLINIO, *Il costituzionalismo e la Shari'a*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino, 2010, 1183 ss., spec. 1186. In senso contrario è stato sostenuto che «relativismo culturale nei suoi esiti estremi pecca di fondamentalismo e universalismo a sua volta. Per contrastare l'Occidente missionario dei diritti umani e della democrazia esportata fino alla "guerra giusta", assume l'ottica essenzialistica delle culture come complessi normativi compatti e imm modificabili, che non evolvono ma riaffermano principi eterni, coincidenti quasi esclusivamente con religioni arcaiche. Il relativismo culturale si trasforma così in assolutismo culturale perché trascura l'evidenza che "ogni cultura è seconda", in quanto frutto dell'appropriarsi di un'origine rispetto alla quale ci si sente estranei, o addirittura alienati»: così N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose: un percorso costituzionale*, Bologna, 2006, 40.

In generale, si veda. P. GROSSI, *Universalismo e particolarismi nel diritto*, Napoli, 2011. Cfr. anche D. RINOLDI, *Dignità nel diritto e diritto alla dignità (Dignità dell'uomo e famiglia umana fra particolarità e universalità dei diritti)*, in AA. VV., *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche, Università Cattolica del S. Cuore, 2010, n. 2, 197 ss.

¹⁹ Sul tema della universalità dei diritti umani si veda il recente testo di R. CAMMARATA - L. MANCINI - P. TINCANI (a cura di), *Diritti e culture*, Torino, 2014; in particolare i contributi di U. BAXI, *Le voci della sofferenza, l'universalità frammentata e il futuro dei diritti umani*, e di E. MESSER, *Antropologia e diritti umani*. Cfr. anche C. CARDIA, *Introduzione storico giuridica alla Carta*, in P. GIANNITI (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione europea: la Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna-Roma, 2013, 259 ss.; F. VIOLA, *L'universalità dei diritti umani: un'analisi concettuale*, in F. BOTTURI - F. TOTARO (a cura di), *Universalismo ed etica pubblica*, Milano, 2006, 155 ss.

²⁰ S. ZAMAGNI, *Migrazioni, multiculturalità e politiche dell'identità*, cit., 221 ss., spec. 224. In argomento si veda anche P. PIRRONE, *I diritti umani e il diritto internazionale privato e processuale tra scontro e armonizzazione*, in ID. (a cura di), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Torino, 2011, 3 ss. e la dottrina ivi citata.

²¹ F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, cit., 33 ss., spec. 47-49. Cfr. anche E. GROSSO, *La protezione dei diritti costituzionali nella prospettiva multicultural*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, cit., 1779 ss.

²² C. VIGNA, *Libertà, giustizia e bene in una società pluralistica*, cit., 3 ss., spec. 4-6.

²³ G. DI PLINIO, *Il costituzionalismo e la Shari'a*, cit., 1183 ss., spec. 1216.

²⁴ R. BAHLUL, *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, in P. COSTA - D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Milano, 2003, 641 s.

²⁵ F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, cit., 33 ss., spec. 45.

²⁶ G. DI PLINIO, *Il costituzionalismo e la Shari'a*, cit., 1183 ss., spec. 1217-1218.

²⁷ F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, cit., 33 ss.

²⁸ Così C. TAYLOR, *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Milano, 1993, 91-94. Si veda anche C. GEERTZ, *Interpretazione di culture*, Bologna, 1987.

In virtù di tale connotazione culturale di ogni sistema giuridico, ciascuna comunità risolve in maniera originale i conflitti tra individui e tra gruppi: «[i]l diritto, sotto qualsiasi forma si presenti, è la tecnica di azione sociale attraverso cui viene svolta la funzione di stabilizzazione e di risoluzione delle controversie. In questo senso, in ogni tempo e in ogni luogo del pianeta, ogni società umana possiede il suo diritto, inteso come sistema di regole finalizzate a prevenzione, controllo e soluzione dei conflitti mediante tecniche adeguate le quali, pur nello loro estrema variabilità storica, hanno in comune la causa efficiente, cioè la difesa della società dal pericolo che i conflitti finiscano per distruggere le basi di convivenza e di cooperazione su cui essa si fonda»²⁹.

Di fronte all'alternativa tra l'universalità dei diritti fondamentali³⁰ e la tesi secondo la quale la validità dei diritti umani avrebbe un fondamento storico-politico e non invece metafisico³¹, appare arduo prendere posizione. Tuttavia, ci pare di poter condividere due posizioni. La prima è che esiste un nucleo essenziale non di diritti, ma di valori fondamentali, universalmente condivisi³²; e tuttavia tali valori sono culturalmente condizionati, ma solo «nelle [loro] dimensioni estrinseche³³, non nella [loro] struttura fondamentale. Rilevare la relatività delle culture (come dato di fatto) non implica in altre parole rilevare la relatività della *verità dell'uomo*»³⁴. Dalla distinzione tra il valore e le sue manifestazioni estrinseche deriverebbe il rischio che queste ultime, non universalmente condivise in quanto culturalmente orientate, possano essere equivocate con il valore, al fine di propugnarne una validità universale che invece non avrebbero.

La seconda considerazione sulla quale si può essere concordi è che i diritti fondamentali (e i valori su cui si fondano) possono porsi in contrasto tra di loro; anzi, «più il predicato 'fondamentale' si estende, includendo una quantità crescente di diritti diversi, più aumentano i rischi di una collisione fra il carattere fondamentale dei diritti e la necessità di relativizzarli e condizionarli ad altri diritti concorrenti»³⁵. Quindi, al loro fondamento universale, non necessariamente corrisponde il carattere dell'assolutezza, intesa come non limitabilità del diritto (e quindi del valore) quale esito di un bilanciamento tra interessi contrapposti.

Vero è che³⁶ le carte dei diritti fondamentali occidentali «sono storicamente espost[e] a continue revisioni, sono formulat[e] in termini imprecisi e semanticamente ambigui, hanno natura eterogenea e soprattutto sono solcat[e] da antinomie deontiche che frustano qualsiasi tentativo di dar loro una fondazione coerente e unitaria»³⁷, pertanto «il 'catalogo dei diritti' [sarebbe] incline ad espandersi cumulativamente per successive 'generazioni' o per interpolazioni normative legate a pure circostanze di fatto». Tuttavia non è detto che questo smentisca l'esistenza di valori, storicamente affermatasi, universalmente condivisi. Quei diritti, che si pretendono universali, sono in realtà storicamente determinati³⁸. In altre parole, l'universalità di un catalogo di valori non si lega alla sua immutabilità nel tempo³⁹. In secondo luogo, l'espansione del catalogo dei diritti potrebbe essere determinata dal mutamento del contesto storico in cui la società vive: un nuovo diritto potrebbe semplicemente essere una ulteriore specificazione di un valore già affermato che sta

²⁹ G. DI PLINIO, *Il costituzionalismo e la Shari'a*, cit., 1183 ss., spec. 1184-1185.

³⁰ I principali documenti internazionali in materia di diritti fondamentali della persona, del resto, danno per assodata tale universalità.

³¹ M. IGNATIEFF, *The Tanner Lectures on Human Values*, 2000, in http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/i/ignatieff_01.pdf.

³² Nello stesso senso D. RINOLDI, *Dignità nel diritto e diritto alla dignità (Dignità dell'uomo e famiglia umana fra particolarità e universalità dei diritti)*, cit., 197 ss.

Anche se una tale posizione necessita poi della individuazione di tali valori. Secondo G. Carella, il relativismo dei diritti umani non può essere inteso in termini assoluti. «[S]e si afferma in termini assoluti il diritto all'identità culturale, si ammette che almeno tale diritto è riconoscibile da tutti e quindi universale»: così G. CARELLA, *La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli, 2010, 429 ss.

³³ Così, ad esempio, a fronte del valore universale della vita, «l'enunciato per esempio "sostengo (credo, penso, ritengo) che la pena di morte è ingiusta" è equivalente (...) all'enunciato "è vero che la pena di morte è ingiusta" o, più semplicemente, "la pena di morte è ingiusta"[?]» (M. LA TORRE, *Universalità e relatività dei diritti fondamentali. Diritti dell'uomo, diritti delle donne, diritti «culturali»*, in *Ragion pratica*, 2004, 411 ss., spec. 418. E, ancora, a fronte di tale valore, è legittima l'imposizione della pena di morte o la pratica dell'aborto?

Nello stesso senso si veda S. LANZA, *Il cittadino globale nella società multiculturale*, in C. VIGNA - S. ZAMAGNI (a cura di), *Multiculturalismo e identità*, cit., 145 ss., secondo il quale, «[l']ordine dei valori etici ha una funzione di primaria importanza in tutte le culture. Ma questi aspetti di valore sono condizionati da quelli espressivi, cioè dalle modalità grazie alle quali le rappresentazioni e le norme trovano le loro proiezioni concrete e si esteriorizzano in figure di significato, offerte alla comunicazione e all'interpretazione» (160).

³⁴ Intesa come realizzazione della propria soggettività: «un essere che realizza veramente la propria soggettività, è veramente se stesso, solo quando riconosce la soggettività dell'altro, solo quando individua nell'altro le stesse esigenze, gli stessi bisogni, le stesse spetanze che riconosce in se stesso»: così F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, cit., 33 ss., spec. 41. L'Autore si richiama al testo di Sant'Agostino, *De doctrina christiana*, e alla regola aurea "non fare agli altri ciò che non vuoi che sia fatto a te", la quale avrebbe un carattere universale, non culturale, perché non esisterebbe «modo univoco, culturalmente determinato e culturalmente discriminante, per ottemperare ad essa».

³⁵ D. ZOLO, *Fondamentalismo umanitario*, in *Jura Gentium*, <http://www.juragentium.org/forum/ignatieff/it/zolo.htm>.

³⁶ Come sostenuto da N. BOBBIO in *L'età dei diritti*, Torino, 1990 e da M. IGNATIEFF, *The Tanner Lectures on Human Values*, 2000, cit.

³⁷ D. ZOLO, *Fondamentalismo umanitario*, cit.

³⁸ In quanto si sono affermati nella civiltà giuridica occidentale negli ultimi duecentocinquanta anni. In argomento E. GROSSO, *La protezione dei diritti costituzionali nella prospettiva multiculturale*, cit., 1779 ss., spec. 1782.

³⁹ Semmai ci si potrebbe porre la questione se siano possibili (ma prima di tutto identificabili in maniera certa) eventuali regressioni.

alla base di un diritto già riconosciuto e che necessita di tale ulteriore specificazione proprio per dare una risposta aderente al mutato contesto storico di riferimento⁴⁰. Infine, il mutamento del catalogo dei diritti potrebbe semplicemente essere una mera diversa estrinsecazione di valori fondamentali affermati legata a una evoluzione culturale della società.

Fatte queste premesse, e ammessa l'esistenza di un nucleo duro di valori fondamentali universali⁴¹, il problema diventa quello di garantire la diversa, e culturalmente orientata, estrinsecazione di tali valori, secondo quella ricostruzione proposta da Kymlicka, il quale ha teorizzato «i diritti differenziati in funzione dell'appartenenza di gruppo»⁴², all'interno del medesimo contesto.

Come è stato da più parti sostenuto, la coesistenza di una pluralità di culture all'interno dello stesso territorio, in un clima di reciproco riconoscimento, può essere concepita «solo se la totalizzazione delle singole identità culturali viene rimossa»⁴³. Ciò in quanto «[t]utti i diritti fondamentali sono, in un senso più profondo, libertà culturali, libertà al di là dello "status naturalis"»⁴⁴, sono "diritti culturali", intesi come possibilità dei cittadini di «accedere a quelle comunicazioni, tradizioni, e pratiche comunitarie ch'essi ritengano volta a volta necessarie alla formazione e al mantenimento della loro identità personale»⁴⁵.

L'eguale diritto riconosciuto alle persone di sviluppare le differenti identità culturali⁴⁶ sposta il baricentro della discussione su quello che è stato definito "l'universalismo dell'eguaglianza, l'eguaglianza nei diritti fondamentali", intesi come presidio per il rispetto delle differenze. Certo non è affatto semplice stabilire «il confine tra differenza e diseguaglianza, la prima da garantire e la seconda da contrastare»⁴⁷. In quest'ottica, «i diritti culturali [sarebbero] accettabili, sempre che questi operino a) per il maggior beneficio dei meno avvantaggiati (...) e b) risultino aperti a tutti (sia nel senso dell'accesso ad essi sia nel senso del rifiuto di questi, per così dire dell'exit da essi). Ciò significa che un diritto culturale, l'introduzione normativa di una differenza, deve poter essere considerata come un vantaggio per l'esercizio dei diritti universali da parte dei soggetti alla differenza, e dunque un aumento della loro autonomia»⁴⁸. E al concetto di autonomia non può non legarsi quello di libertà: l'uomo, in quanto tale, è «dotato di una propria personale identità e di una capacità di progettare la propria vita e di giocare il proprio destino. (...) [C]iò richiede che il soggetto disponga anche di un certo grado di riflessività cognitiva che gli consenta di analizzare criticamente gli *inputs* del suo processo di acculturazione e di controllare le spinte verso il conformismo che gli vengono dall'ambiente sociale»⁴⁹: «[l]a garanzia giuridica dei fondamentali diritti di libertà a favore di cittadini che siano dotati di identità incerta e di scarsa autonomia rischia di essere un guscio vuoto»⁵⁰. Proprio per questo, in accordo con Kymlicka, l'individuo deve essere tutelato in quanto soggetto appartenente a una comunità culturale dalla quale trae gli elementi per costruire la propria identità.

In questo quadro, il giurista dovrebbe costruire un «un linguaggio nuovo, attraverso cui le culture (...) possano *fecondarsi reciprocamente*, permanendo ciascuna nella propria identità»⁵¹.

⁴⁰ Si potrebbe, per fare un esempio, richiamare il valore della protezione della sfera privata della persona, come tutelato, da un lato all'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; dall'altro, all'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tuttavia, questo secondo strumento, a presidio del medesimo valore, ha consacrato una ulteriore disposizione, contenuta nell'articolo 8, anch'essa deputata al valore della protezione della sfera privata a fronte di specifiche situazioni, quali le, genericamente richiamate, situazione di trattamento dei dati personali.

⁴¹ C. Ricci parla di «nucleo statico di diritti umani che abbia una valenza interculturale, laddove esistono piuttosto articolazioni complesse dei diritti di base, spesso mediate attraverso la rete delle culture e delle situazioni storiche»: così C. RICCI, *Diritti fondamentali, multiculturalismo e diritto alla diversità culturale: appunti a margine - della Convenzione Unesco sulla protezione e promozione della diversità culturale*, in *Dir. uomo*, 2007, 49 ss.

⁴² W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturalista*, Bologna, 1999.

⁴³ C. VIGNA, *Libertà, giustizia e bene in una società pluralistica*, cit., 3 ss., spec. 10-15. Nello stesso senso, F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, cit., 221 ss.

⁴⁴ P. HÄBERLE, *Il giurista europeo di fronte ai compiti del nostro futuro costituzionale*, Resoconto redatto da A. De Petris e G. Repetto, in <http://static.luiss.it/semcost/index.html?dirittifondamentali/resoconti/200302.html~right>.

⁴⁵ *Ibidem*. In argomento si vedano anche E. VITALE, *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Torino, 2000; B. TURNER, *Cittadinanza, multiculturalismo e pluralismo giuridico: diritti culturali e teoria del riconoscimento critico*, in *Post filosofie*, 2005, 77 ss.

⁴⁶ Si utilizza volutamente l'idea dello sviluppo di una identità culturale a voler indicare che un individuo non è integralmente «sovradeterminato da una cultura» (D. ZOLLETO, *Gli equivoci del multiculturalismo*, in *Aut aut*, 2002, fasc. 312, 6 ss.), e che le migrazioni sono «esperienze in cui gli individui portano con sé o ricreano identità complesse e plurali» (A. DAL LAGO, *Non persone*, Milano, 1999, 169), pertanto le culture avrebbero un carattere processuale e interattivo.

⁴⁷ N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose: un percorso costituzionale*, cit., 51. Ed è proprio di fronte a questo problema che l'Autore si interroga sul se «si situano di qua o di là (...) le pratiche legate alla condizione della donna nell'Islam»

⁴⁸ M. LA TORRE, *Universalità e relatività dei diritti fondamentali. Diritti dell'uomo, diritti delle donne, diritti «culturali»*, cit., 411 ss., spec. 430-431.

⁴⁹ D. ZOLO, *Fondamentalismo umanitario*, cit.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, cit., 33 ss., spec. 47-49.

La regione europea, con la propria massiccia presenza di comunità musulmane immigrate, potrebbe costituire un valido banco di prova per verificare la possibilità di costruire un tale linguaggio e per verificare il “modello di rapporto” con quelle culture⁵² che sono contraddistinte da differenti estrinsecazioni di valori rispetto a quelle che invece caratterizzano la cultura occidentale⁵³. La base di partenza potrebbe essere data dalla ricerca di «punti di confronto fra i principi del diritto musulmano e i principi fondamentali del diritto europeo, in ambiti quali i diritti umani, la libertà religiosa, il diritto di famiglia, l'educazione dei figli ecc.»⁵⁴.

Non si tratta di un'operazione agevole, ma certamente irrinunciabile. Come opportunamente sostenuto, la diversità culturale costituirebbe un «valido terreno sul quale verificare il grado di effettività dei diritti umani (...) di tutti quei soggetti che in quanto portatori di elementi di diversità rispetto al paradigma tradizionale di uomo conoscono, di fatto, la difficoltà di esercitare e vedere realizzati i loro diritti»⁵⁵.

2. La poligamia: esercizio di un diritto culturale o violazione di un valore universale?

La poligamia di matrice islamica è un istituto (giuridico) considerato incompatibile con i principi fondamentali come sanciti nella cultura occidentale, nel contesto specificamente europeo. In particolare tale incompatibilità deriverebbe dal fatto che il matrimonio poligamico istituzionalizza una diversa posizione della donna rispetto all'uomo⁵⁶, quindi contravverrebbe al principio di parità tra i coniugi⁵⁷ nonché, più in generale, al principio di parità tra i sessi⁵⁸, a quello di non discriminazione fondata su ragioni di sesso⁵⁹ e al principio di uguaglianza⁶⁰.

⁵² In quest'ottica, in dottrina, viene tracciato il confine tra multiculturalismo e pluralismo. Mentre il pluralismo «presuppone una società “aperta”, (...) il multiculturalismo tende a valorizzare il particolare, le entità chiuse, i gruppi sovrapposti e conflittuali destinati a minacciare la “buona convivenza” pluralistica. Da un lato vi è tolleranza e disponibilità all'integrazione sociale, dall'altro radicalismo culturale e spinta all'egemonia» così E. GROSSO, *La protezione dei diritti costituzionali nella prospettiva multicultural*, cit., 1779 ss., spec. 1783.

Cfr. anche S. HALL, *Il soggetto e la differenza. Per un'archeologia degli studi culturali e postcoloniali*, Roma, 2006, secondo il quale l'aggettivo “multiculturale” «descrive le caratteristiche sociali e i problemi di governance di qualsiasi società in cui convivono comunità culturali differenti che tentano di costruire una vita comune conservando, allo stesso tempo, qualcosa della loro identità “originaria”» (280). Si vedano ancora A. CHIRICO, *Libertà religiosa e identità culturale dell'Europa*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 825 ss.; C. DAQUANNO, *Multiculturalismo e compatibilità (riflessi normativi e giurisprudenziali in Europa)*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 171 ss.; W. KYMLICKA, *Le sfide del multiculturalismo*, trad. it., in *Il Mulino*, 1997, fasc. 2, 199 ss.; G. LEGHISTA, *Orientarsi nelle retoriche del multiculturalismo*, in *Aut Aut*, 2002, 19 ss.; M. MARLETTA - N. PARISI (a cura di), *Multiculturalismo e Unione europea*, Torino, 2008; G. ZAGREBELSKY, *Una riflessione sul multiculturalismo*, in *Dir. uomo*, 2007, 8 ss.

Il concetto di multiculturalismo è stato altresì inteso nel senso di interculturalismo, ovvero come «facoltà degli individui e delle collettività di apprendere, comprendere, porsi in relazione con differenti linguaggi, religioni, stili di vita, visioni del mondo e come facoltà delle istituzioni politiche e di altre unità sociali territoriali di dare spazio a varie culture»: così G. THERBORN, *Lo spettro del multiculturalismo*, trad. it., in *Il Mulino*, 1996, fasc. 1, 5 ss.

Per un'analisi dei modelli di gestione della diversità culturale si vedano S. BARTOLE - N. OLIVETTI RASON - L. PEGORARO (a cura di), *La tutela giuridica delle minoranze*, Padova, 1998; F. BERTI, *Esclusione e integrazione: uno studio su due comunità di immigrati*, Milano, 2000; V. CESAREO, *Società multietniche e multiculturalismi*, Milano, 2000; N. CIBELLA, *Immigrazione ed integrazione*, in *Aff. soc. int.*, 2002, fasc. 4, 89 ss.; E. COLOMBO, *Le società multiculturali*, Roma, 2002; A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multicultural*, Roma-Bari, 2001; R. GUOLO, *Modelli di integrazione culturale in Europa*, in http://www.italianieuropei.it/images/iniziativa/schoolfilosofia/materiali2010/IE_Modelli%20Di%20Integrazione%20Culturale%20In%20Europa_Guolo.pdf; G.J. KACZYNSKI, *Processo migratorio e dinamiche identitarie*, Milano, 2008; M.L. MANISCALCO, *Islam Europeo: sociologia di un incontro*, Milano, 2012; M. MARTINIELLO, *Gestire la diversità culturale e identitaria*, in *Il Mulino*, 2000, 881 ss.; A. MONTANARI - D. UNGARO (a cura di), *Globalizzazione, politica e identità*, Catanzaro, 2004; E. PACE, *L'islam in Europa: modelli d'integrazione*, Roma, 2010.

⁵³ S. FERRARI, *Diritto e religione tra multiculturalità e identità*, cit., 273 ss., spec. 278-279.

⁵⁴ S.E. BEN ABID, *La Sharīa fra particolarismi e universalità*, in S. FERRARI (a cura di), *L'Islam in Europa* Bologna, 1996, 29 ss., spec. 30-31.

⁵⁵ L. MORMILE, *Attuazione dei diritti fondamentali e multiculturalismo: il diritto all'identità culturale*, in *Fam., pers. e successioni*, 2004, 57 ss. Nello stesso senso C. RICCI, *Diritti fondamentali, multiculturalismo e diritto alla diversità culturale: appunti a margine - della Convenzione Unesco sulla protezione e promozione della diversità culturale*, cit., 49 ss.

⁵⁶ M. D'ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano* in *Dir. fam. pers.*, 2004, 189 ss.

⁵⁷ Espressamente previsto all'articolo 5 del Protocollo VII alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

⁵⁸ Sancito all'articolo 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all'articolo 5 del Protocollo VII alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

⁵⁹ Fissato all'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all'articolo 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

⁶⁰ Di cui all'articolo 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il conflitto si manifesterebbe nel momento in cui il soggetto, venendosi a insediare all'interno di una comunità diversa da quella di origine⁶¹, chiede (o, più correttamente, i soggetti legati in regime di poligamia chiedono) il riconoscimento dello *status* matrimoniale⁶², nonché il godimento dei diritti e delle posizioni giuridiche ad esso connessi⁶³. Da qui verrebbe in rilievo l'applicazione del sistema di diritto internazionale privato⁶⁴, il quale, nel perseguire la continuità delle situazioni giuridiche soggettive⁶⁵, esprimerebbe un «atteggiamento di tolleranza ed apertura dell'ordinamento statale verso la normativa e gli istituti giuridici di altri ordinamenti e, dunque, in definitiva, verso le differenti culture (...) [pertanto apparirebbe] come la branca del diritto che più delle altre si presterebbe a garantire il rispetto dell'identità culturale dell'individuo»⁶⁶.

Il tema dell'universalità o relatività dei diritti dell'uomo⁶⁷ è approdato sul terreno del diritto internazionale privato in tempi piuttosto recenti⁶⁸.

Sulla base della negazione dell'esistenza di valori universali e dell'affermazione dell'uguaglianza delle culture⁶⁹, i sostenitori del relativismo culturale, con riferimento a istituti di matrice islamica (in particolare la poligamia e il ripudio⁷⁰) si sono spinti a sostenere che, di fronte alla richiesta del riconoscimento di un istituto giuridico straniero, l'invocazione di valori ritenuti imperativi, i quali impedirebbero tale riconoscimento, equivarrebbe a ritenere che tali valori abbiano una portata universale, una eguale vocazione ad applicarsi in tutte le tradizioni giuridiche, risultandone così compromessa la difesa della diversità culturale⁷¹.

Da un punto di vista metodologico, le tesi relativiste hanno per effetto di disegnare un «ordre public international plus tolérant»⁷² che permetta il riconoscimento di istituti stranieri che, nel caso della poligamia (ma anche del ripudio), sarebbero fondati su regole di ineguaglianza tra l'uomo e la donna.

Questo ordine pubblico internazionale più tollerante, o meglio gli strumenti internazionalprivatistici di ridimensionamento dell'ordine pubblico⁷³, sono stati posti a fondamento, in un primo momento della cd. teoria dell'ordine pubblico attenuato⁷⁴, inteso come una sorta di filtro che permette il riconoscimento di istituti e valori giuridici stranieri – i quali non sarebbero suscettibili di costituirsi nello Stato del foro - in

⁶¹ In argomento sia consentito rinviare a 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.

⁶² In realtà, lo straniero che si insedia nel Paese ospitante ha la legittima aspettativa di “portare con sé” il proprio bagaglio di cultura, tradizioni, nonché il proprio *status* giuridico legittimamente acquisito nel proprio Paese d'origine.

⁶³ Si pensi, per fare un esempio, all'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare.

⁶⁴ Sul fondamento internazionale del diritto internazionale privato e sul valore del coordinamento tra ordinamenti si rinvia a C. CAMPIGLIO, *Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli statuari ai giorni nostri*, in G. CATALDI - V. GRADO (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, Napoli, 2014, 97 ss.

⁶⁵ Anzi, «[t]ra gli scopi che i sistemi di diritto internazionale privato e processuale perseguono, i principali sono quelli di favorire l'uniformità di regolamento nello spazio [accanto a quello della] continuità delle situazioni giuridiche soggettive»: così P. PIRRONE, *I diritti umani e il diritto internazionale privato e processuale tra scontro e armonizzazione*, cit., 3 ss.

⁶⁶ P. PIRRONE, *I diritti umani e il diritto internazionale privato e processuale tra scontro e armonizzazione*, cit., 3 ss. Dello stesso autore si veda *L'ordine pubblico di prossimità tra tutela dell'identità culturale e rispetto dei diritti dell'uomo*, in G. CATALDI - V. GRADO (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, cit., 147 ss.

Nello stesso senso cfr. G. CARELLA, *La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani*, cit., 429 ss.

⁶⁷ Il mancato conseguimento della universalità dei diritti umani sarebbe testimoniato dalla persistente esistenza dei conflitti di civilizzazione.

Così G. CARELLA, *La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani*, cit., 429 ss.

⁶⁸ In argomento si veda L. GANNAGE, *L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs*, in *Travaux du comité français de droit international privé*, Paris, 2006-2008, 205 ss.; nonché ID., *Le droit international privé de la famille entre les exigences des droits de l'homme et le respect des identités culturelles (l'exemple du droit français)*, in P. PIRRONE (a cura di), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, cit., 53 ss.

⁶⁹ In aperta critica a tale posizione è stato sostenuto che «il trasferimento del principio di eguaglianza dal piano degli individui (...) a quello delle culture (...), decretando l'estinzione del concetto di errore, spinge[rebbe] all'irresponsabilità sociale e finanche alla “pigrizia intellettuale”»: così N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose: un percorso costituzionale*, cit., 42.

⁷⁰ K. MEZIOU - A. MEZGHANI - S. BEN ACHOUR (eds.), *Polygamie et répudiation dans les relations internationales: Actes de la table ronde organisée à Tunis le 16 avril 2004*, Tunis, 2006.

⁷¹ G. CANIVET, *La convergence des systèmes juridiques du point de vue de droit privé français*, in *Rev. int. dr. comparé*, 2003, 7 ss.

In argomento si veda anche P. PIRRONE, *L'ordine pubblico di prossimità tra tutela dell'identità culturale e rispetto dei diritti dell'uomo*, cit., 147 ss. L'Autore rileva che a fronte della pari dignità delle culture e del relativismo culturale, esiste anche un relativismo giuridico, in funzione del quale ogni ordinamento avrebbe un proprio ambito di efficacia spaziale e soggettivo. Pertanto non sarebbe possibile imporre, per questa via, a uno Stato il riconoscimento di valori giuridici stranieri. Nello stesso senso C. CAMPIGLIO, *Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli statuari ai giorni nostri*, cit., 97 ss.

⁷² L. GANNAGE, *Le droit international privé de la famille entre les exigences des droits de l'homme et le respect des identités culturelles (l'exemple du droit français)*, cit., 53 ss., spec. 55.

⁷³ G. CARELLA, *La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani*, cit., 429 ss.

Per un esame delle tecniche di riconoscimento dei valori giuridici stranieri si rinvia a C. CAMPIGLIO, *Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli statuari ai giorni nostri*, cit., 97 ss.

⁷⁴ Sul tema D. RINOLDI, *Dignità nel diritto e diritto alla dignità (Dignità dell'uomo e famiglia umana fra particolarità e universalità dei diritti)*, cit., 197 ss.

funzione di un collegamento della persona con l'ordinamento di riferimento dell'istituto giuridico⁷⁵. In questo modo si verrebbe ad attribuire rilievo agli *status* acquisiti all'estero soltanto se la persona presenta uno stretto collegamento con l'ordinamento dal quale trae origine l'istituto giuridico.

In un secondo momento, si è parlato di ordine pubblico di prossimità⁷⁶ il quale, anch'esso, consentirebbe di scartare l'applicazione di uno dei principi fondamentali del foro solo se la situazione non presenta alcun legame stretto con lo Stato di accoglienza⁷⁷. Secondo una parte della dottrina, esso realizzerebbe un adeguato equilibrio tra le esigenze dei diritti dell'uomo e la necessità di rispettare le identità culturali⁷⁸. Altra parte della dottrina ha criticato il ricorso all'ordine pubblico di prossimità: esso non fornirebbe alcuna valida giustificazione al fatto di scartare l'applicazione dei diritti fondamentali, anche quando la situazione non è legata con lo Stato di accoglienza; si verrebbe a consacrare l'esistenza di «*deux catégories de justiciables*»⁷⁹: quelli che avendo legami con il foro beneficerebbero della protezione dei diritti fondamentali e quelli che non avendo tali legami con il foro sarebbero abbandonati a leggi discriminatorie⁸⁰.

Entrambe queste ricostruzioni⁸¹ sono state sottoposte a dura critica e ne è stata messa in luce l'inadeguatezza, in quanto sono state elaborate con riferimento a un ordine pubblico dalla portata nazionale, ovvero costituito da principi che sono caratteristici di un dato ordinamento giuridico⁸² e poiché uno Stato è libero di rinunciare ad applicare il limite del proprio ordine pubblico internazionale, in quanto questo avrebbe una portata meramente interna⁸³, rimarrebbe irrisolto il problema della salvaguardia di quella parte di valori che sono integrati nell'ordine pubblico internazionale ma che non hanno una portata meramente nazionale, bensì un carattere internazionalmente rilevante e che devono essere riconosciuti all'individuo indipendentemente da qualsivoglia legame con l'ordinamento del foro⁸⁴.

Con riferimento alla regione europea, per effetto della penetrazione della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nel dominio dei conflitti di legge è venuta a crearsi una evidente contraddizione: da un lato l'applicabilità delle norme convenzionali a tutte le persone soggette alla giurisdizione degli Stati parte alla Convenzione che, indirettamente, affermerebbe «*la prétention des droits de l'homme à l'universel*», dall'altro la difesa del relativismo culturale dei diritti⁸⁵. In quest'ottica ci si interroga sulla possibilità che la tutela della diversità culturale possa o meno andare incontro a delle limitazioni necessarie al fine di garantire la protezione dei diritti dell'uomo. Ed è stata data la seguente risposta: l'esigenza del coordinamento degli ordini giuridici e del rispetto della diversità culturale, imporrebbe, da un lato, di non applicare sistematicamente i diritti fondamentali nelle relazioni internazionali, al fine di evitare di "scartare" troppo spesso le norme straniere; dall'altro, di non sacrificare troppo

⁷⁵ In generale, sulla dottrina dell'ordine pubblico attenuato si rinvia a R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, 279-283; F. MOSCONI, *Exceptions to the operation of Choice of Law Rules*, in *Recueil des cours*, 1989, vol. V, 9 ss.

⁷⁶ Per contrastare l'eccessiva apertura agli istituti stranieri derivante dall'applicazione della teoria dell'ordine pubblico attenuato, la Corte di cassazione francese ha fatto ricorso all'ordine pubblico di prossimità, affermando che il limite dell'ordine pubblico internazionale dovrebbe operare quando la fattispecie presenti un collegamento significativo con il foro. In argomento P. PIRRONE, *L'ordine pubblico di prossimità tra tutela dell'identità culturale e rispetto dei diritti dell'uomo*, cit., 147 ss. L'Autore rileva che a fronte della pari dignità delle culture e del relativismo culturale, esiste anche un relativismo giuridico, in funzione del quale ogni ordinamento avrebbe un proprio ambito di efficacia spaziale e soggettivo. Pertanto non sarebbe possibile imporre, per questa via, a uno stato il riconoscimento di valori giuridici stranieri.

⁷⁷ L. GANNAGE, *Le droit international privé de la famille entre les exigences des droits de l'homme et le respect des identité culturelles (l'exemple du droit français)*, cit., 53 ss.

⁷⁸ Per opportuni riferimenti dottrinari si rinvia a L. GANNAGE, *Le droit international privé de la famille entre les exigences des droits de l'homme et le respect des identité culturelles (l'exemple du droit français)*, cit., 53 ss.

⁷⁹ *Ibidem*. Si veda anche P. PIRRONE, *I diritti umani e il diritto internazionale privato e processuale tra scontro e armonizzazione*, cit., 3 ss., il quale rileva la difficoltà di individuare i criteri in funzione dei quali stabilire con quale ordinamento una fattispecie che presenta elementi di estraneità sia prevalentemente collegata.

⁸⁰ Sulla portata discriminatoria dell'ordine pubblico di prossimità si rinvia ancora a P. PIRRONE, *I diritti umani e il diritto internazionale privato e processuale tra scontro e armonizzazione*, cit., 53 ss.

⁸¹ Alle quali se ne possono aggiungere altre. Ad esempio J.Y. CARLIER parla di «*ordre public de principe*» a fronte di un «*ordre public modalisé*»: così *Diversité culturelle et droit International privé. De l'ordre public aux accommodements reciproques?*, in G. CATALDI - V. GRADO (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, cit., 125 ss.

⁸² G. CARELLA, *La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani*, cit., 429 ss.

⁸³ P. PIRRONE, *I diritti umani e il diritto internazionale privato e processuale tra scontro e armonizzazione*, cit., 3 ss.

⁸⁴ G. CARELLA parla di «*rilievo addirittura universale*» dell'ordine pubblico, limitatamente ai diritti umani in *La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani*, cit., 429 ss.

In analoga prospettiva si pone C. CAMPIGLIO, *Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli statuti ai giorni nostri*, cit., 97 ss., secondo la quale l'ordine pubblico dovrebbe scattare «solo in caso di violazione dei principi che il foro ha in comune con la generalità degli altri ordinamenti statali» (106).

⁸⁵ L. GANNAGE, *Le droit international privé de la famille entre les exigences des droits de l'homme et le respect des identité culturelles (l'exemple du droit français)*, cit., 53 ss. In posizione parzialmente analoga P. PIRRONE, *I diritti umani e il diritto internazionale privato e processuale tra scontro e armonizzazione*, cit., 3 ss., il quale rileva la difficoltà di individuare i criteri in funzione dei quali stabilire con quale ordinamento una fattispecie che presenta elementi di estraneità sia prevalentemente collegata.

facilmente i diritti fondamentali. In questo modo il diritto alla diversità culturale si imporrà, ma non in maniera incondizionata: troverà un limite nel rispetto dei diritti fondamentali (intesi in maniera restrittiva)⁸⁶.

Tale questione, per molti aspetti, ci sembra mal posta nella misura in cui il diritto all'identità culturale come manifestazione del diritto della persona all'autodeterminazione⁸⁷ è anch'esso un diritto fondamentale⁸⁸. Semmai il quesito dovrebbe essere riformulato in questi termini: se il diritto (fondamentale) all'autodeterminazione della persona possa subire limitazioni giustificate dalla necessaria protezione di altri valori fondamentali. La questione di fondo sarebbe quella di stabilire se il relativismo culturale si ponga in contrasto con i diritti fondamentali della persona o se invece esso stesso trovi legittimazione, pur se non in maniera incondizionata, nel sistema di protezione dei diritti fondamentali.

In effetti, i rapporti tra i diritti dell'uomo e l'identità culturale sono ambivalenti: «se in alcune ipotesi tali contenuti tendono a coincidere e, quindi si verifica una sorta di convergenza (...), spesso i contenuti in questione si pongono tra loro in antitesi»⁸⁹. La seconda ipotesi verrebbe a delinearsi quando la tutela della diversità culturale esigerebbe l'applicazione di una norma straniera la quale preveda una disciplina materiale contrastante con i diritti dell'uomo.

Si tratta, in definitiva, di operazioni di bilanciamento di interessi⁹⁰ tra diritti che possono trovarsi in contrasto tra loro, ma anche della possibile derogabilità o meno dei diritti in questione. Tale operazione di bilanciamento, rimessa nelle mani del giudice del foro, comporta una serie di conseguenze. Poiché sarà il giudice nazionale ad applicare la (o a negare l'applicazione della) norma straniera, egli sarà tenuto a verificare che il suo atto di esercizio dell'autorità dello Stato non integri alcuna violazione dei diritti fondamentali.

Gran parte dei diritti sanciti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono suscettibili di subire limitazioni (se legittime e se non restringono il diritto in misura tale da attentarne la stessa sostanza), da un lato; sono soggetti a ridimensionamento per bilanciamento con altri interessi dall'altro e, infine, possono costituire oggetto di rinuncia da parte del loro titolare⁹¹.

Tutte le questioni che sono state affrontate preliminarmente e in termini generali dovrebbero, conclusivamente, fornire gli strumenti per affermarne la compatibilità o meno dell'istituto del matrimonio poligamico con i principi fondamentali di un ordinamento europeo vincolato al rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in particolare con i principi di parità tra i coniugi e di non discriminazione basata sul sesso.

Poiché «[i]l diritto al rispetto della vita privata e familiare è più di altri esposto al relativismo»⁹², nell'ambito del diritto internazionale privato «les institutions juridiques individuelles [devono essere collocate] dans un système de relativité générale»⁹³.

Pur se condivisibile nel fine cui tende, appare poco risolutoria, in termini giuridici, l'affermazione che «à travers le respect des droits acquis, (...) l'idée que certaines situations constituées à l'étranger en violation des droits fondamentaux ont déjà produit trop de conséquences juridiques pour pouvoir être remises en cause. C'est une exigence de sécurité juridique à laquelle la Cour de Strasbourg accorde d'ailleurs de plus en plus d'importance. Elle revient à dire que la protection inconditionnelle des droits de l'homme dans le domaine du droit de la famille n'est plus pertinente lorsqu'elle risque de conduire à des conséquences plus graves que celles qui découleraient de leur violation et notamment à la méconnaissance d'autres droits fondamentaux»⁹⁴. Più pregnante risulta la considerazione che il riconoscimento di istituti giuridici stranieri «n'est plus simple reconnaissance de droits, mais aussi de situations, de réalités sociales»⁹⁵. Naturalmente anche queste realtà sociali devono essere meritevoli di tutela.

⁸⁶ L. GANNAGE, *Le droit international privé de la famille entre les exigences des droits de l'homme et le respect des identité culturelles (l'exemple du droit français)*, cit., 53 ss., spec. 70.

⁸⁷ In argomento, tra i tanti, S. LABRIOLA, *I diritti fondamentali della persona: il diritto alla identità*, in *Riv. dir. pubb. Sc. Pol.*, 2002, 313 ss.; G. ROSSOLILLO, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, 2009; A. VIVIANI, *L'identità personale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2013.

⁸⁸ Mal posto appare anche quel concetto di precedenza dei diritti umani sui diritti culturali di cui parla S. ZAMAGNI, *Migrazioni, multiculturalità e politiche dell'identità*, cit., 221 ss., spec. 252.

⁸⁹ P. PIRRONE, *L'ordine pubblico di prossimità tra tutela dell'identità culturale e rispetto dei diritti dell'uomo*, cit., 147 ss.

⁹⁰ Secondo G. CARELLA, gli strumenti di diritto internazionale privato non sarebbero utilizzabili in simili operazioni di bilanciamento. G. CARELLA, *La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani*, cit., 429 ss.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² C. CAMPIGLIO, *Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli statutari ai giorni nostri*, cit., 97 ss.

⁹³ F. RIGAUX, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, in *Recueil des cours*, 1989, vol. I, 9 ss.

⁹⁴ L. GANNAGE, *Le droit international privé de la famille entre les exigences des droits de l'homme et le respect des identité culturelles (l'exemple du droit français)*, cit., 53 ss.

⁹⁵ J.-Y. CARLIER, *Diversité culturelle et droit International privé. De l'ordre public aux accommodements reciproques?*, cit., 125 ss.

Vero è che «non sempre i diritti dell'uomo sono meglio tutelati impedendo il recepimento dei valori giuridici stranieri»⁹⁶; altrettanto vero è che non si può prescindere dalla presa d'atto che le situazioni costituite all'estero hanno prodotto importanti conseguenze, e non solo mere aspettative. Pertanto appare evidente che non possono essere seguite soluzioni “categoriche” ma occorre effettuare un corretto bilanciamento di interessi. In quest'ottica appare scorretto appiattirsi sull'alternativa tra applicazione incondizionata o disconoscimento dei diritti fondamentali.

Una parte della dottrina⁹⁷ e della giurisprudenza⁹⁸ nega la possibilità di riconoscere, anche parzialmente, l'istituto del matrimonio poligamico⁹⁹. Non sono mancate soluzioni di compromesso secondo le quali, premessa la non riconoscibilità del matrimonio poligamico, tuttavia possono essere riconosciute situazioni connesse alla qualità di coniuge¹⁰⁰.

La questione diventa quella di stabilire quali siano gli interessi contrapposti da valutare nell'operazione di bilanciamento, al fine di addivenire alla soluzione (caso per caso) della questione.

Va fatta immediatamente una preliminare avvertenza: la giurisprudenza in materia di ricongiungimento familiare è sembrata, pur se per certi aspetti ondivaga, molto sensibile all'esigenza di garantire l'unità familiare nei casi di poligamia (pur senza riconoscere gli effetti del matrimonio poligamico) quando venisse in rilievo l'interesse del minore¹⁰¹ a vivere con entrambi i genitori¹⁰². Sulla tutela dei principi

⁹⁶ P. PIRRONE, *L'ordine pubblico di prossimità tra tutela dell'identità culturale e rispetto dei diritti dell'uomo*, cit., 147 ss.

⁹⁷ Tra i tanti, G. ANELLO, *Libertà di religione, matrimonio islamico e “diritto alla famiglia”*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 243 ss.; G. CASSONE, *Considerazioni sugli istituti della poligamia e del ripudio nell'ordinamento italiano*, in *Riv. not.*, 1987, 23 ss.; J. DEPRez, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel*, in *Recueil des cours*, 1988, 157-158; A. GALOPPINI, *Ricongiungimento familiare e poligamia*, in *Dir. fam.*, 2002, 739 ss.; P. GRAULICH, *Nota a Appello Liegi 23 aprile 1970 – Cassazione 1 marzo 1973*, in *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1975, 59 ss.

⁹⁸ Per l'esame della giurisprudenza si rinvia *infra*, nota 101.

⁹⁹ Per un esame della normativa e della giurisprudenza, si veda C. CAMPIGLIO, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, 21 ss.

¹⁰⁰ Grazie alle quali, per esempio, sono stati riconosciuti i diritti successori o alimentari in capo alle mogli ulteriori nonostante il mancato riconoscimento del legame coniugale.

Con riferimento all'ordinamento italiano, la Cassazione ha riconosciuto alla moglie poligama la qualità di erede. Così Cassazione 2 marzo 1999 n. 1739. In argomento si vedano G. ANELLO, *Libertà di religione, matrimonio islamico e “diritto alla famiglia”*, cit., 243 ss.; E. CALÒ, *I riflessi dell'immigrazione islamica sul diritto di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2009, 85 ss.; C. CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'Occidente europeo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, 853 ss.; R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. dir.*, 2009, 197 ss.; F. CORBETTA, *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale italiano*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, fasc. 3, 18 ss.; L. DI GAETANO, *I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica*, in *Giust. civ.*, 1999, 2698 ss.; P. GRASSANO, *Del rapporto del matrimonio islamico con l'ordinamento italiano*, in www.sepel.it/articoligrassano.htm; nonché, ID., *La poligamia ed i suoi riflessi sulla validità del matrimonio contratto tra soggetti appartenenti a sistemi monogamici e poligamici*, in *Stato civ. it.*, 2004, 342 ss.; A. MALATESTA, *Cultural diversity and private International law*, in *Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, 643 ss.; B. NASCIMBENE, *Il minore straniero e le norme sull'immigrazione*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, 809 ss.; G. OBERTO, *Matrimoni misti, ordine pubblico e principi sovranazionali*, in I. QUEIROLO - A.M. BENEDETTI - L. CARPANETO (a cura di), *La tutela dei soggetti deboli tra diritto internazionale, dell'Unione europea e diritto interno*, Roma, 2012, 401 ss.; F. PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia in Francia e in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 1993, 93 ss.; V. SANTARSIERE, *Matrimonio islamico e successione del coniuge*, in *Archiv. civ.*, 1999, 1379 ss.

Con riferimento alla giurisprudenza francese può richiamarsi il caso *Chemouni* (sentenza del 28 gennaio 1958, pubblicata in *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1958, 110 con nota di R. JAMBU-MERLIN), nonché la successiva sentenza del 19 dicembre 1963, pubblicata in *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1963, 559 ss. con nota di G. HOLLEAUX. In argomento si rinvia a V. FEDERICO, *La Francia si interroga sulla poligamia*, in *Quad. cost.*, 2012, 371 ss.

Si veda anche D. RINOLDI, *Dignità nel diritto e diritto alla dignità (Dignità dell'uomo e famiglia umana fra particolarità e universalità dei diritti)*, cit., 197 ss., il quale richiama il particolare “trattamento” riservato dalla Francia al diritto di derivazione islamica dell'isola di Mayotte dell'arcipelago delle Comore.

Per la dottrina francese si vedano J.M. BISCHOFF, *Le mariage polygamique en droit international privé*, in *Travaux du comité français de Droit international privé*, vol. II, Paris, 1980; B. BOURDELOIS, *Le mariage polygamique en droit international privé français*, Paris, 1993; ID., *Effets en France du mariage polygamique prononcé à l'étranger*, in *Journ. dr. int.*, 2007, 933 ss.; P. LAGARDE, *La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française*, in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, 1993, 263 ss.; E. RUDE-ANTOINE, *La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français: une question théorique controversée*, in *Journ. anthrop.*, 1997, n. 71; A. TOULLIER, *Les tergiversations du droit de la protection sociale face à la polygamie*, in *Dr. social*, 2007, 324 ss.

Analoga posizione è stata presa dal Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea (sentenza del 1° luglio 2010, in causa F-45/07) nel caso *Mandt c. Parlamento europeo*, il quale ha stabilito la suddivisione della pensione di reversibilità di un funzionario europeo a favore delle due mogli.

Discorso diverso va fatto invece per il riconoscimento del legame familiare ai fini dell'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare. In argomento sia consentito rinviare a V. PETRALIA, *Ricongiungimento familiare e matrimonio poligamico. Il riconoscimento di valori giuridici stranieri e la tutela delle posizioni deboli*, cit., e alla giurisprudenza ivi citata. Cfr. anche F.R. FANTETTI, *Ricongiungimento familiare, libertà di circolazione ed ordine pubblico*, in *Fam., pers. e succes.*, 2010, 611 ss.; R. SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa “tradizione”. I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico*, in *Eur. dir. pri.*, 2014, 533 ss.

¹⁰¹ In generale sul principio del *favor minoris* in materia di unità familiare si veda G. CHIARA, *Tutela dell'unità familiare e favor minoris nella legislazione sull'immigrazione*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, cit., 675 ss.

fondamentali dell'ordinamento si è tendenzialmente ritenuto prevalente il superiore interesse del minore. Questa giurisprudenza non fornisce utili elementi in ordine alla diversa questione della riconoscibilità di effetti al matrimonio poligamico nei rapporti tra i coniugi.

Posto che attraverso simili posizioni, come già rilevato in altra sede¹⁰³, la tutela dell'interesse del minore diverrebbe un veicolo di ingresso per le mogli "ulteriori" ed esplicherebbe un effetto discriminatorio a danno di quelle mogli che non hanno figli minori e vogliono comunque ricongiungersi con il marito per ristabilire un legame familiare lecitamente costruito nel Paese di origine; che una ulteriore discriminazione di fatto si registrerebbe tra le mogli che hanno un autonomo titolo di ingresso nel territorio del Paese ospitante e quelle che non ne godono; preso atto del rischio di trasformare il fenomeno delle unioni poligamiche in un fenomeno sommerso, i termini del bilanciamento che si frappongono alla tutela dell'ordine pubblico devono essere individuati nel rispetto alla vita privata e familiare (culturalmente determinata) della moglie poligama¹⁰⁴. Infatti, «[s]e nei confronti della prima moglie l'applicazione della norma sulla poligamia determina una violazione del principio di uguaglianza, nei confronti della seconda moglie l'esclusione della stessa norma determina una violazione del diritto alla vita familiare (...). I due diritti [andrebbero] allora bilanciati in concreto e se la tutela esclusiva del diritto all'uguaglianza [dovesse arrecare] una lesione eccessiva al diritto alla vita privata, potranno essere riconosciuti alcuni effetti (...) del matrimonio poligamico a vantaggio della seconda moglie»¹⁰⁵.

Occorre ancora procedere a una seconda precisazione. In un contesto, quale quello europeo, il diritto di famiglia identifica elementi costitutivi di ogni diversa cultura che rispecchiano uno dei tratti costitutivi dell'identità costituzionale di uno Stato. Tale branca del diritto, pertanto, dà conto della potenziale diversità delle normative nazionali in materia¹⁰⁶. Su questa scia si è mossa la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha affermato che gli Stati continuano ad essere «best placed to assess and respond to the needs of society»¹⁰⁷.

In questa materia, pertanto gli Stati godono di un'ampia discrezionalità nel dettare la disciplina del diritto di famiglia¹⁰⁸, potendo inoltre, come espressamente confermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, accordare una tutela giuridica privilegiata all'unione coniugale¹⁰⁹.

Il tema che ci occupa, tuttavia, non va affrontato sotto il profilo della tutela della cd. famiglia legittima, bensì dalla più ampia prospettiva del diritto alla vita familiare. I giudici di Strasburgo hanno esteso il campo di applicazione dell'articolo 8 della Convenzione oltre i confini delle relazioni giuridicamente istituzionalizzate, facendovi rientrare tutte quelle situazioni di fatto che testimoniano l'esistenza di legami

¹⁰² Tra la scarsa giurisprudenza italiana si possono richiamare Tribunale di Bologna, ordinanza del 12 marzo 2003; Corte app. Torino, sezione speciale minorenni, 11 aprile 2001; Trib. amm. reg. Emilia-Romagna, sentenza del 14 dicembre 1994, n. 926. In argomento si rinvia a G. OBERTO, *Matrimoni misti, ordine pubblico e principi sovranazionali*, cit., 401 ss.; nonché a A. Galoppini, *Ricongiungimento familiare e poligamia*, cit., 739 ss. e alla giurisprudenza ivi richiamata.

Più rigorosa è apparsa una più recente giurisprudenza francese, la quale ha negato il rilascio di un permesso di soggiorno oltre che alla moglie poligama anche ai figli di questa, salvo che la madre degli altri figli del padre sia deceduta. Così Conseil d'État 16 avril 2010, req. n. 318726. In argomento Z. AIT-EL-KADI, *Le Conseil d'Etat précise les régies du regroupement familial pour les polygames*, in *Actualité Juridique - Droit Administratif*, 2010, 813.

¹⁰³ Si rinvia al mio *Ricongiungimento familiare e matrimonio poligamico. Il riconoscimento di valori giuridici stranieri e la tutela delle posizioni deboli*, cit. Cfr. C. CAMPIGLIO, *Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli statuari ai giorni nostri*, cit., 97 ss. L'Autrice rileva che «ogniquale volta entri in gioco un minore, si assiste a un indebolimento di tutti i principi, ivi compresi principi a prima vista assoluti» (122).

¹⁰⁴ In argomento C. CAMPIGLIO, *Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli statuari ai giorni nostri*, cit., 97 ss.

¹⁰⁵ G. CARELLA, *La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani*, cit., 429 ss.

¹⁰⁶ S. NINATTI, *Famiglia e integrazione europea*, in P. GIANNITI (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione europea: la Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 1011 ss. A conferma di tale prospettiva, l'Autrice richiama la pronuncia cd. *Lisbon-Urteil* della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 nella quale «si ribadisce – invero, senza mezzi termini – che il diritto di famiglia rappresenta una delle cinque aree fondamentali del diritto che deve rimanere strettamente ancorata al cittadino e che è componente essenziale della forma di uno Stato costituzionale: in altre parole, il diritto di famiglia rappresenta una delle competenze inalienabili del livello nazionale di governo e una delle sue prime espressioni di sovranità».

¹⁰⁷ Corte eur. dir. uomo, 15 marzo 2012, n. 25951/07, *Gas and Dubois v. France*, paragrafo 69.

¹⁰⁸ In quest'ottica vanno letti gli articoli 8 (*Droit au respect de la vie privée et familiale*) e 12 (*Droit au mariage*) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; nonché gli articoli 7 (Rispetto della vita privata e della vita familiare) e 9 (Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia).

In particolare l'articolo 12 della Convenzione europea stabilisce che «A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit»; così come l'articolo 9 della Carta dei diritti dell'Unione sancisce che «[i]l diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Entrambe le norme rinviano alla potestà statale di disciplinare le modalità di esercizio del diritto riconosciuto.

¹⁰⁹ Per i riferimenti giurisprudenziali si rinvia a S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, spec. Art. 8, 297 ss.

familiari effettivi dal punto di vista anche sociale, a prescindere dalla giuridicità del rapporto esistente¹¹⁰. In questo senso, «[l]a vita familiare, pertanto, ha una sfera di applicazione più estesa della famiglia cui fa riferimento l'art. 12, rivolgendosi a relazioni affettive che non si inquadrano in un modello familiare precostituito, ma che si fonda, e meritano protezione, in forza della loro mera esistenza fattuale»¹¹¹.

In questo quadro rileveranno quindi, da un lato il diritto al rispetto della vita privata e familiare; dall'altro la tutela dell'ordine pubblico. Vero è che il principale limite al riconoscimento della famiglia poligamica è dato dal principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi quale corollario della pari dignità delle persone¹¹². L'aspetto problematico diventa quello di stabilire se la pari dignità possa essere diversamente/culturalmente orientata non per imposizione esterna, ma per libera scelta in quanto la persona ritiene prevalente "per sé" l'esigenza del rispetto della propria vita familiare.

Nella cultura islamica è radicata l'idea della complementarità e della diversità funzionale dei coniugi¹¹³, dalla quale deriva una differente posizione della donna rispetto all'uomo¹¹⁴. Ponendosi nella prospettiva di questa diversa "visione del mondo"¹¹⁵, ci si chiede se la moglie poligama si reputi ingiustamente legata a un uomo che ha più mogli e quindi bisognerebbe di vedersi riconosciuto un diritto di eguaglianza che abbia per effetto quello di recidere il legame coniugale¹¹⁶. Si imporrebbe, allora il secondo quesito: può la donna, volontariamente, determinarsi a una scelta culturale "contrastante" con il valore della parità tra i sessi? Soprattutto se la negazione di questa scelta culturale¹¹⁷ e, nel caso del matrimonio poligamico, la negazione del suo *status* coniugale possa essere avvertito come una indebita ingerenza nella propria vita privata e familiare?

Nella dinamica integrativa della personalità umana, «[d]urante l'infanzia e l'adolescenza, la persona acquisisce progressivamente coscienza del proprio "io", della propria identità»¹¹⁸. A differenza dell'identità sessuale, intesa come coscienza di identità psico-biologica del proprio sesso, l'identità di genere costituisce la «coscienza dell'identità psico-sociale e culturale del ruolo che le persone di un determinato sesso svolgono nella società»¹¹⁹. In funzione di questa identità, «le persone vivono in società in modo concorde ai modelli culturali corrispondenti al proprio sesso»¹²⁰. Se si concorda con questa considerazione, la negazione dell'esistenza del legame familiare, si risolverebbe nella negazione dell'identità stessa della persona.

¹¹⁰ Per i riferimenti giurisprudenziali si rinvia a V. ZENO ZENCOVICH, *Art. 8. Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 307 ss. Cfr. anche S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., spec. *Art. 8*, 297 ss.

¹¹¹ S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., spec. *Art. 12*, 450 ss.

¹¹² In tema di matrimonio poligamico si vedano, tra gli altri già citati, N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose: un percorso costituzionale*, cit.; ID., *Poligamia e principi del diritto europeo*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2002, 227 ss.; A. MASHHOUR, *Islamic Law and Gender Equality- Could There be a Common Ground?: A study of Divorce and Polygamy in Sharia Law and Contemporary Legislation in Tunisia and Egypt*, in *Hum. Rights Quart.*, 2005, 562 ss.; D. STRAZZARI, *Diritti fondamentali, istanze culturali religiose e "preferenze nazionali". Riflessioni sul case-study belga*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2014, 1204 ss.; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Matrimonio poligamico, order public y extranjeria*, in *Actualidad laboral*, 2003, 581 ss.

¹¹³ In argomento M. PUGLIESE, *La condizione della donna e il matrimonio nel Diritto islamico*, in *St. stor. e religiosi*, 2001, 199 ss. Cfr. anche 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>, 58 ss.; L. MANCINI, *Società multiculturali, pluralismo normativo e diritto: il caso del matrimonio islamico*, in G. ZANETTI (a cura di), *Elementi di etica pratica*, cit., 50 ss.; S.H. NASR, *Islam*, in A. SHARMA (a cura di), *Religioni a confronto*, Milano, 1996, trad. it., 427 ss.

Sotto altra prospettiva, si veda B. TURNER, *Cittadinanza, multiculturalismo e pluralismo giuridico: diritti culturali e teoria del riconoscimento critico*, cit., 77 ss. L'Autore sostiene che bisogna «evitare di supporre pregiudizialmente che qualcosa chiamato "Islam" non conceda alle donne gli stessi diritti concessi da quel qualcosa chiamato "Occidente"; sia nell'Islam che in Occidente vi sono discussioni più o meno infinite su come dovrebbero essere trattate le donne (...). Né la common law, né la shari'a rappresentano un sistema statico, omogeneo o coerente; al proprio interno, vi sono sempre delle contestazioni» (91).

¹¹⁴ Sulla posizione della donna nel diritto di famiglia islamico si veda E. CAMASSA, *Uguali e diverse: donne islamiche e diritto di famiglia*, in *Archiv. giur.*, 2013, 267 ss.

¹¹⁵ In dottrina è stato opportunamente osservato che, nonostante la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia mostrato un chiaro orientamento nel ritenere come vi sono degli elementi di opposizione fondamentale tra l'ordine pubblico europeo e l'Islam, sarebbe erroneo considerare le decisioni della Corte come delle espressioni di ostilità intrinseca nei confronti dell'Islam: non esisterebbe alcuna incompatibilità tra l'Islam e l'ordine pubblico europeo, bensì con un certo islam fondamentalista. Così Y. BEN ACHOUR, *L'Islam et la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Rev. gen. dr. int. pub.*, 2007, 387 ss.

¹¹⁶ Vale la pena ricordare che nella maggior parte dei Paesi di tradizione musulmana, la possibilità di contrarre un matrimonio poligamico è subordinata all'accettazione della moglie che ben potrebbe opporre il proprio rifiuto, esercitando così il proprio diritto a manifestare una scelta culturale.

¹¹⁷ Così F. BELVISI, *Il matrimonio islamico e l'inclusione sociale*, cit., 47 ss.

¹¹⁸ P. GIANNITI, *Problematiche connesse alla tendenza espansiva dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione europea: la Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 218 ss., spec. 248.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*.

In dottrina non sono mancate voci che hanno sostenuto la rinunciabilità di alcuni diritti umani¹²¹, ad esempio quello dell'uguaglianza nel caso del ripudio. A parere di chi scrive su tale rinunciabilità si può far leva anche per il caso del matrimonio poligamico. Come già sostenuto in altra sede¹²², poiché la formazione della famiglia è storicamente avvenuta in contesto socio-culturale che legittima la poligamia, se la donna chiede il riconoscimento del proprio *status* coniugale e, *a contrario*, sia garantito (in condizioni idonee ed effettive) il diritto di rifiutare la poligamia; e tale richiesta sia determinata sulla base del libero consenso, ovvero sia «salvaguardato il fondamento volontario della scelta culturale»¹²³, la donna dovrebbe vedersi riconosciuto il proprio *status*¹²⁴. D'altra parte non è qui in discussione solo, o principalmente, la tutela della famiglia, ma il diritto del singolo a «formarla per costituire una peculiare modalità di vita, [pertanto] non è definito un modello familiare dal quale desumere una disciplina»¹²⁵. «In questa prospettiva, non solo l'etica, ma anche l'antropologia assume un forte radicamento soggettivo: i valori in quanto non oggettivi sono relativi al soggetto che li pronuncia»; «l'assolutizzazione della volontà del singolo e del suo desiderio i cui diritti rivendicati (...) sono conciliabili con l'idea di una "famiglia" considerata il prodotto della storia e della società»¹²⁶.

Una diversa soluzione potrebbe essere avvertita come «una rinuncia traumatizzante alla propria cultura d'origine»¹²⁷. Come ha sostenuto Amra Bone¹²⁸, «the government cannot ask Muslims not to have more than one wife. People have a right to decide for themselves,» implying that British Muslims are free to operate outside UK law, as a rule unto themselves and the Sharia courts they feel are legitimate»¹²⁹.

Dirimenti ci sembrano, in proposito, alcune indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Innanzitutto la Corte, con riferimento alla sfera privata e familiare della persona (in particolare la sfera sessuale), tutelata dall'articolo 8 della Convenzione, ha dichiarato che una limitazione della stessa non può essere giustificata con la circostanza che «larga parte dell'opinione pubblica esprim[a] giudizi di forte riprovazione morale verso [certe] pratiche»¹³⁰, in quanto «pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a "democratic society" (...). Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of minorities and avoids any abuse of a dominant position»¹³¹.

In secondo luogo, la nozione di «vita privata» abbraccia anche il diritto della persona all'autodeterminazione: l'origine etnica, gli *status* personali e familiari costituiscono parte dell'identità personale e sociale, nonché dell'integrità psicologica dell'individuo, pertanto ricadono nella sfera di applicazione dell'articolo 8 e meritano, pertanto, ai fini della loro tutela, anche la garanzia della loro continuità nello spazio¹³².

In quest'ottica, la limitabilità dei diritti fondamentali di una persona è questione che attiene interferenza di una volontà (privata o autoritativa) esterna al titolare del diritto. Se la limitazione assume la diversa forma della «consapevole autolimitazione», la valutazione dei contrapposti interessi in gioco mostra in maniera evidente un diverso atteggiarsi degli elementi che vanno posti in bilanciamento, venendo in rilievo la libera scelta della persona.

¹²¹ G. CARELLA, *Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in ID. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009, 67 ss.; ID., *La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani*, cit., 429 ss.; P. PIRRONE, *I diritti umani e il diritto internazionale privato e processuale tra scontro e armonizzazione*, cit., 3 ss.

¹²² V. PETRALIA, *Ricongiungimento familiare e matrimonio poligamico. Il riconoscimento di valori giuridici stranieri e la tutela delle posizioni deboli*, cit.

¹²³ Così F. BELVISI, *Il matrimonio islamico e l'inclusione sociale*, cit., il quale riconnette al fondamento volontario della scelta culturale il conseguente diritto di cambiare appartenenza culturale (diritto di *exit*).

¹²⁴ Soluzione condivisa da R. TORFS, *Lo statuto giuridico dell'Islam in Belgio*, in S. FERRARI (a cura di), *L'Islam in Europa*, cit., 213 ss.

¹²⁵ N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, 329 ss., spec. 340.

¹²⁶ F. CRISTOFARI, *Chiavi di lettura del principio famiglia e identità di genere*, Torino, 2011, 43-44.

¹²⁷ S. FERRARI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *L'Islam in Europa*, cit., 3 ss., spec. 11. Nello stesso senso, ma con argomentazioni diverse, A. BRADNEY, *Lo statuto giuridico dell'Islam nel Regno Unito*, in S. FERRARI (a cura di), *L'Islam in Europa*, cit., 171 ss.

¹²⁸ UK's first female Sharia council judge.

¹²⁹ *The Times*, 3 July 2015.

¹³⁰ V. ZENO ZENCOVICH, *Art. 8. Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, cit., 307 ss.

¹³¹ Corte eur. dir. uomo, 13 agosto 1981, nn. 7601/76, 7806/77, *Young, James and Webster v. The United Kingdom*, paragrafo 63.

¹³² Sull'obbligo degli Stati di riconoscere gli *status* personali acquisiti all'estero, anche in modo non conforme alle norme del foro, si veda Corte eur. dir. uomo, 28 settembre 2009, n. 76240/01, *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*.

D'altra parte una politica che intenda scoraggiare una certa pratica dovrebbe essere perseguita «only by the combined action of social polizie (...), counselling support, educational and law»¹³³. Un approccio rigido rischierebbe solo di peggiorare la condizione della donna¹³⁴.

3. L'Unione europea e la poligamia: una piccola postilla

L'Unione non si è impegnata in una propria definizione del concetto di famiglia¹³⁵, così da rendere possibile l'apprezzamento di una pluralità di contesti e di forme familiari¹³⁶, in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹³⁷. Tale affermazione, tuttavia, va calibrata con un dato: con la direttiva relativa al ricongiungimento familiare¹³⁸, l'Unione europea ha dovuto fornire alcuni elementi minimali per identificare quali siano i soggetti considerabili membri della famiglia (definiti in via generale "familiari") ai fini del ricongiungimento familiare.

In questo quadro, un particolare disposizione (quella contenuta nell'articolo 4, paragrafo 4, comma 1) stabilisce che 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.

La norma, dalla portata estremamente chiara, solleva alcuni elementi di criticità. Non si tratta di una manifestazione del principio secondo il quale gli Stati hanno il diritto di controllare l'ingresso di cittadini non nazionali sul loro territorio¹³⁹, e che il rispetto della vita privata e familiare non possa essere interpretato nel senso che esso implichi per uno Stato membro l'obbligo generale di consentire il ricongiungimento familiare sul proprio territorio¹⁴⁰, che peraltro si presta a critiche nella misura in cui dovesse portare a un eccessivo sacrificio del diritto fondamentale della persona. La questione che qui interessa porre all'attenzione è un'altra. Innanzitutto la disposizione limita la sopra richiamata pluralità dei modelli familiari¹⁴¹ e, da questo punto di vista, sarebbe da verificare la legittimità di una simile operazione da parte dell'Unione¹⁴², la quale avrebbe cominciato a utilizzare gli strumenti a propria disposizione per favorire, se non imporre, «il livellamento dei modelli normativi»¹⁴³. In dottrina è stato sostenuto che «non è pensabile che la normativa comunitaria possa intaccare modelli culturali radicati (...). Ove vi sia contrasto tra tali modelli nei diversi Paesi è inevitabile che il risultato interpretativo della medesima previsione comunitaria sia differente nei diversi contesti nazionali, al di là di qualsiasi tentativo di operare per la creazione di un modello culturale uniforme»¹⁴⁴, atteso che il diritto di famiglia, come ricordato sopra¹⁴⁵, continui a rappresentare una competenza inalienabile del livello di governo nazionale e che gli Stati continuano ad essere «best placed to assess and respond to the needs of society»¹⁴⁶.

In secondo luogo, esso risolve in maniera categorica e una volta per tutte, quel tanto auspicato bilanciamento di interessi tra ordine pubblico internazionale (nella specie, il principio di parità tra i sessi) e tutela della vita privata e familiare, secondo un'impostazione che potrebbe risultare estremamente lesiva di posizioni giuridiche che sarebbero invece da tutelare: «la mancata autorizzazione al ricongiungimento,

¹³³ R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Polygamy in Europe*, in *Derecho y Religión*, 2006, 209 ss.

¹³⁴ D. LOCHAK, *La double peine des épouses de polygames*, in *Dr. social*, 2006, 1032 ss.

¹³⁵ In argomento, si veda, in generale, I. QUEIROLO, *Globalizzazione e diritti umani: verso una sempre più completa tutela multilivello dei diritti fondamentali nell'Unione europea?*, in I. QUEIROLO - A.M. BENEDETTI - L. CARPANETO (a cura di), *La tutela dei soggetti deboli tra diritto internazionale, dell'Unione europea e diritto interno*, cit., p. 17 ss.

¹³⁶ D. RINOLDI, *Una little family of Nations? Integrazione europea, circolazione internazionale di persone, legami familiari*, in ID. (a cura di), *Questioni di diritto delle migrazioni*, cit., 3 ss.; nonché, più di recente, ID., *Dignità nel diritto e diritto alla dignità (Dignità dell'uomo e famiglia umana fra particolarità e universalità dei diritti)*, cit., 197 ss.

¹³⁷ In argomento C. CAMPIGLIO, *Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli statuari ai giorni nostri*, cit., 97 ss.

¹³⁸ Direttiva del Consiglio del 22 settembre 2003, 2003/86/CE, in *GUUE* del 3 ottobre 2003, L 251, 12 ss. In argomento ancora D. RINOLDI, *Dignità nel diritto e diritto alla dignità (Dignità dell'uomo e famiglia umana fra particolarità e universalità dei diritti)*, cit., 197 ss.

¹³⁹ Corte giust., 27 giugno 2006, in causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*.

¹⁴⁰ Che, peraltro, con una simile disposizione viene fortemente limitato.

¹⁴¹ Rimane da vedere se tale pluralità debba essere riferita solo ai modelli familiari "europei" o possa essere estesa a modelli "stranieri".

«[I]l campo semantico del diritto al ricongiungimento familiare è strettamente legato al significato di *famiglia* e a quello di *familiare*»: così R. SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa "tradizione". I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico*, cit., 533 ss.

¹⁴² Sulle incursioni dell'Unione europea nell'ambito del diritto di famiglia si rinvia a S. Ninatti, *Famiglia e integrazione europea*, cit., 1011 ss.

¹⁴³ F. MOSCONI, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 305 ss.

¹⁴⁴ N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, cit., 329 ss., spec. 333.

¹⁴⁵ Vedi *supra* nel testo, all'altezza di nota 106, nonché la predetta nota.

¹⁴⁶ Corte eur. dir. uomo, 15 marzo 2012, n. 25951/07, *Gas and Dubois v. France*, paragrafo 69.

giustificata dal principio monogamico di ordine pubblico, comporta il *totale* sacrificio di diritti fondamentali, segnatamente di quelli all'unità della famiglia e al rispetto della propria vita privata e familiare»¹⁴⁷ e avrebbe l'effetto di favorire il loro abbandono da parte del marito.

Tali brevi considerazioni inducono seriamente a dubitare sulla compatibilità di tale disposizione con il fondamentale diritto della persona alla tutela della vita privata e familiare che appare come un'azione indiretta di "sradicamento" di elementi di identità di una cultura con strumenti estremamente invasivi della sfera privata della persona e della sua libertà di autodeterminazione.

II. LA POLIGAMIA "MORMONA"

1. La poligamia tra freedom of religion e tutela della privacy: premessa

Il fenomeno della poligamia che abbiamo definito mormona e che ha impegnato la dottrina e la giurisprudenza statunitense e canadese già dall'Ottocento presenta dei tratti assolutamente peculiari rispetto alla poligamia cd. islamica. A differenza di quest'ultima, la famiglia poligamica mormona non costituisce un "modello di importazione", ma si sviluppa come fenomeno autoctono di una minoranza all'interno della cultura dominante¹⁴⁸. Si tratta infatti di comunità che, fondamentalmente per ragioni di credo religioso, praticano la poligamia, all'interno delle quali si vengono a costituire gruppi familiari sulla base di un fondamento "meramente" religioso al quale non corrisponde alcun riconoscimento giuridico.

A cagione della sua origine religiosa, l'analisi del fenomeno è stata attratta entro l'ambito di applicazione della *freedom of religion*, ma soprattutto ha messo in rilievo considerazioni in ordine al diritto alla *privacy*, nonché in relazione all'autonomia della persona di costruire liberamente le proprie relazioni sociali.

La giurisprudenza statunitense in materia di poligamia si è sviluppata intorno alle norme che, al fine di contrastare il fenomeno, hanno di volta in volta e in diversa e crescente misura criminalizzato tale pratica¹⁴⁹. L'avversione per essa aveva portato alla criminalizzazione, nello Stato dello Utah, non solo della poligamia, ma anche del concubinato: si cominciò a seguire il criterio in base al quale non era necessario, al fine di dimostrare l'esistenza di un legame familiare poligamico, fornire elementi formali, ma era sufficiente comprovare la mera coabitazione con donne ulteriori rispetto alla "prima" moglie¹⁵⁰.

Lo storico caso in tema di poligamia sottoposto al vaglio della Corte Suprema degli Stati Uniti fu il caso *Reynold v. United States*¹⁵¹: un esponente della Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni, accusato per bigamia e condannato nei gradi di giudizio inferiori, fece ricorso alla Corte Suprema sostenendo che la sua condotta non avrebbe dovuto essere condannata, in quanto manifestazione del proprio credo religioso. La Corte fu dunque chiamata a valutare se la criminalizzazione della poligamia costituisse illegittima ingerenza in alcuni diritti fondamentali della persona, in particolare sulla *freedom of religion*, come sancita nel I emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, nonché il diritto alla *privacy*, coperta dal XIV emendamento, inteso come «freedom to form intimate sexual relationships» e la libertà «from government-imposed morality and the right to autonomy in forming sexual and familial relationships»¹⁵².

La Corte propendette verso la soluzione che faceva prevalere gli interessi pubblici rispetto alle istanze di tutela della persona, statuendo che «the common law has always defined marriage as monogamous, and to

¹⁴⁷ R. SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa "tradizione". I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico*, cit., 533 ss. Cfr. C. Campiglio, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, cit., 21 ss.; F.R. FANTETTI, *Ricongiungimento familiare, libertà di circolazione ed ordine pubblico*, cit., 611 ss.

¹⁴⁸ Per alcuni cenni storici si veda B. CARMON HARDY, *Solemn Covenant: The Mormon Polygamous Passage*, in *Amer. Hist. Law Rev.*, 1993, 1325 s.

¹⁴⁹ Anche se le misure di contrasto non si sono limitate al campo penale. Al fine di sostenere la posizione di vulnerabilità delle donne e dei bambini furono anche prospettate disposizioni che obbligavano gli uomini a provvedere finanziariamente alle mogli ulteriori o concubine e disposizioni che prevedevano altresì forme di sostegno pubblico. Tuttavia tali disposizioni rimasero sempre allo stadio delle mere proposte.

¹⁵⁰ Nel caso *Cannon v. United States*, la United States Supreme Court precisò che la mera coabitazione rientrava nel regime di penalizzazione della poligamia in quanto «[b]igamy and polygamy might fail of proof, for want of direct evidence of any marriage, but cohabitation with more than one woman (...) was susceptible of the proof here given (...) the exhibition of all the indicia of a marriage, a household, and a family, twice repeated» (decision of 14th December 1985, 116 U.S. 55). Ai fini della perseguibilità delle condotte era rilevante *the outward semblance*. In argomento S.L. EICHENBERGER, *When for better is for worse: Immigration Law's gendered impact on foreign polygamous marriage*, in *Duke Law Jour.*, 2012, 1067 ss.; M.I. STRASSBERG, *Scrutinizing polygamy: Utah's Brown v. Buhman and British Columbia's Reference Re: Section 293*, in *Em. Law Jour.*, 2015, 1815 ss.

¹⁵¹ Supreme Court of the United States, decision of 1st October 1878, 98 U.S. 145, *Reynolds v. United States*.

¹⁵² In argomento J. RICHARDS, *Autonomy, Imperfect Consent, and Polygamist Sex Rights Claims*, in *Calif. Law Rev.*, 2010, 197 ss.

change these rules ‘woul be a return to barbarism’» sulla base dell’idea che «religious liberty can never become a licence to violate general criminal law» e che «monogamous marriage ‘is the cornerstone of civilization’»¹⁵³.

Tale orientamento trovò successiva conferma nel caso *Potter v. Murray City*¹⁵⁴, nel quale la Court of Appeals (Tenth Circuit) statui che «the State had a compelling interest in promoting monogamy because it is “the bedrock upon which our culture is built”»¹⁵⁵.

Con una recente pronuncia¹⁵⁶, la Corte distrettuale dello Utah, rivalutando gli elementi in conflitto il cui bilanciamento aveva finora portato a dichiarare la legittimità delle norme incriminatrici della poligamia, ha dichiarato lo statuto sulla poligamia incostituzionale per violazione della libertà religiosa e del diritto alla tutela della sfera privata della persona, in tal modo discostandosi dalle precedenti pronunce.

In particolare la Corte ha ritenuto che, per quanto attiene *the freedom of religion*, la pratica della poligamia si fonderebbe su una scelta religiosa e il regime di penalizzazione della poligamia sarebbe non neutrale in quanto diretto a punire le convivenze religiose e non invece quelle laiche¹⁵⁷.

Al fine di comprendere i percorsi giuridici seguiti dai vari giudicanti, occorre preliminarmente esaminare gli elementi che sono entrati nella valutazione dei giudizi, al fine di verificare la legittimità di misure invasive di alcune libertà fondamentali della persona.

1.1. Tutela della sfera privata della persona e imperfect consent

La principale motivazione oggi addotta a favore della poligamia dai suoi sostenitori fa leva sul diritto alla *privacy* nelle relazioni intime tra persone adulte e consenzienti. Richiamando la giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti nel caso *Lawrence v. Texas*¹⁵⁸, nel quale era in discussione la *Texas Sodomy Law*, è stato sostenuto che, così come tale legge aveva illegittimamente interferito con la condotta sessuale privata di adulti consenzienti (nel caso di specie del medesimo sesso), allo stesso modo le leggi che proibiscono la poligamia violerebbero il diritto alla *privacy* della persona.

In questa ricostruzione «the notion of protected liberty and privacy rights to make decisions about consensual, private sexual behavior between adults taps into the powerful sex rights notions of autonomy, freedom from state intervention, and sexual self-determination (...) [and] involv[e] the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one’s own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life»¹⁵⁹.

L’invio di tale sfera privata di autonomia della persona ha indotto i giudici a ritenere, peraltro, che «the notion that majority moral disapproval alone is not enough to provide a rational basis for a statute»¹⁶⁰.

Situandosi sul terreno della libera determinazione della persona nella propria sfera privata, i critici della poligamia hanno, al contrario, sostenuto che le donne sarebbero costrette alle relazioni poligamiche da pressioni religiose e sociali; pertanto le pratiche poligamiche sarebbero confliggenti con il “sex rights principles of autonomy” e la “gender equality”¹⁶¹. Inoltre, nelle isolate comunità poligamiche, le donne

¹⁵³ In argomento J. WITTE Jr., *The Legal Challenges of Religious Polygamy in the USA*, in *Eccles. Law Jour.*, 2009, 72 ss.

¹⁵⁴ United States Court of Appeals, Tenth Circuit, decision of the 30th April 1985, n. 84-1813, *Potter v. Murray City*.

¹⁵⁵ In argomento J. RICHARDS, *Autonomy, Imperfect Consent, and Polygamist Sex Rights Claims*, cit., 197 ss.

¹⁵⁶ United States District Court of Utah, decision of 13th December 2013, n. 2:11-cv-0652-CW, *Brown v. Buhman*.

¹⁵⁷ Per una critica a questa ricostruzione si rinvia a M.I. STRASSBERG, *Scrutinizing polygamy: Utah’s Brown v. Buhman and British Columbia’s Reference Re: Section 293*, cit., 1815 ss. L’Autrice sostiene che «both religious marital relationships and nonreligious marital relationships can be found to be common law marriages under the Utah common law marriage statute».

¹⁵⁸ Supreme Court of the United States, decision of 26th June 2003, 539 U.S. 558, *Lawrence et al. v. Texas*. In argomento J. RICHARDS, *Autonomy, Imperfect Consent, and Polygamist Sex Rights Claims*, cit., 197 ss.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ In argomento si rinvia a S.L. EICHENBERGER, *When for better is for worse: Immigration Law’s gendered impact on foreign polygamous marriage*, cit., 1067 ss.

In dottrina è stato denunciato che, dietro l’affermata necessità di assicurare l’*equality gender*, in realtà le leggi contro la poligamia nascondono l’intento di contrastare la teocrazia separatista dei mormoni: «the statutes went far beyond criminalizing polygamy, depriving Mormon men and women of voting and other citizenship rights to achieve the larger goal of preventing the traitorous establishment of a separatist theocracy in Utah», pertanto sarebbero venute meno le ragioni che legittimerebbero la penalizzazione della poligamia: così M.M. ERTMAN, *Race treason: the untold story of America’s ban on polygamy*, in *Col. Jour. Gender and Law*, 2010, 289 ss. Cfr. anche K.M. DAYNES, *More Wives than One: Transformation of the Mormon Marriage System – 1840-1910*, Urbana, 2008; S. BARRINGER GORDON, *The Mormon Question: Polygamy and Constitutional Conflict in Nineteenth-Century America*, Chapel Hill, 2002.

avrebbero un limitato accesso all'istruzione e alle informazioni circa la vita che si svolge al di fuori delle loro comunità. In altre parole, la mancanza di informazioni sulle possibili alternative di vita non consentirebbe alle stesse l'esercizio di scelte consapevoli¹⁶². Conseguentemente non sarebbe possibile riconnettere l'esercizio della pratica poligamica a una libera determinazione della persona.

A fronte di tali contrapposti argomenti, si tratta quindi di stabilire quando una scelta scaturisca da un'autonoma e libera determinazione della persona. A tal proposito è stato avanzato un ulteriore argomento: «while women in polygamy may have some social, religious, or cultural pressures constraining their free choice, this concern with limitations on autonomy and imperfect consent is not unique to women in polygamous cultures. Further, they argue that such limits do not make the right to exercise that imperfect consent any less vital» e che «[i]n some senses, the term “imperfect consent” may be misleading because it implies that there exists such a thing as “perfect consent,” a choice made with complete freedom and no external pressure or coercion»¹⁶³.

È incontestabile che nessuna persona possa dirsi del tutto svincolata da pressioni esterne¹⁶⁴, pertanto l'accertamento dell'esistenza di un libero consenso della persona richiede allora di stabilire quando tali pressioni siano «so extreme as to render choice meaningless» e quale sia il livello di informazioni sufficiente «about their options for forming other kinds of relationships or leaving polygamous communities»¹⁶⁵. Peraltro, entrambe le forme di matrimonio, monogamico e poligamico, «assigned men and women rights and responsibilities based on their status. (...) In short, status and contract played key roles in both monogamy and polygamy»¹⁶⁶.

1.2. Autodeterminazione della persona nelle relazioni sessuali: il discrimen tra poligamia e relazioni omosessuali

Sulla base del diritto fondamentale della persona di determinarsi liberamente nelle proprie relazioni sessuali, come affermato nel caso *Lawrence v. Texas*, e di non subire intrusioni nella propria sfera privata da parte dello Stato, nemmeno per imporre la morale dominante nella comunità, è stato sostenuto che tutte le argomentazioni addotte a favore del riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso sarebbero valide anche per sostenere la legittimità della poligamia¹⁶⁷.

Al fine di confutare tale prospettiva, sono stati messi in luce rilevanti aspetti che ne smentirebbero in radice la validità. In particolare, la poligamia sarebbe antitetica rispetto al matrimonio inteso come «means of furthering individual fulfillment». Infatti, la poligamia sarebbe radicata «in an economic-dependency model of marriage». Attualmente, il modello normativo di matrimonio propende verso una posizione di *equality* tra uomini e donne¹⁶⁸. Di fronte a tale evoluzione sociale, il matrimonio tra persone dello stesso sesso costituirebbe una naturale estrinsecazione del principio di parità tra persone, mentre la poligamia andrebbe nella direzione esattamente opposta¹⁶⁹.

Un secondo argomento forte a sostegno della non equiparabilità tra poligamia e matrimoni tra persone dallo stesso sesso farebbe leva sul fondamentale diritto al matrimonio: gli omosessuali aspirano a vedersi riconosciuto un diritto del quale invece i poligami già godono: «[b]ecause sexual orientation is an immutable characteristic, gay and lesbian couples should have the same rights to marry as heterosexuals - anything less wholly denies them the right to marry. Polygamists, under the current structure, are not denied the right to marry someone, just the right to marry someone and anyone»¹⁷⁰. Pertanto le coppie dello stesso sesso

¹⁶² In argomento J. RICHARDS, *Autonomy, Imperfect Consent, and Polygamist Sex Rights Claims*, cit., 197 ss. Cfr. anche S.L. EICHENBERGER, *When for better is for worse: Immigration Law's gendered impact on foreign polygamous marriage*, cit., 1067 ss.

¹⁶³ J. RICHARDS, *Autonomy, Imperfect Consent, and Polygamist Sex Rights Claims*, cit., 197 ss.

¹⁶⁴ In dottrina è stato rilevato che per coloro che vivono in un gruppo religioso chiuso, minoritario, al margine della società, come è il caso dei mormoni fondamentalisti, l'identità sociale ha la tendenza a confondersi con l'identità del gruppo. In argomento D. CASONI - L. BRUNET, *Processus groupal d'idéalisation et violence sectaire*, in *Dev. soc.*, 2004, 75 ss.

¹⁶⁵ J. RICHARDS, *Autonomy, Imperfect Consent, and Polygamist Sex Rights Claims*, cit., 197 ss.

¹⁶⁶ M.M. ERTMAN, *Race treason: the untold story of America's ban on polygamy*, cit., 289 ss.

¹⁶⁷ G.W. DENT Jr., *The Defense of Traditional Marriage*, in *Jour. Law Pol.*, 1999, 581 ss. In senso contrario, R.K. KHALSA, *Polygamy as a red herring in the same-sex marriage debate*, in *Duke Law Jour.*, 2005, 1665 ss.

¹⁶⁸ R.K. KHALSA, *Polygamy as a red herring in the same-sex marriage debate*, cit., 1665 ss.

¹⁶⁹ M.I. STRASSBERG, *Distinction of form or substance: monogamy, polygamy and same-sex marriage*, in *North Car. Law Rev.*, 1997, 1501 ss. Nello stesso senso A.D. DAVIS, *Regulating polygamy: intimacy, default rules, and bargaining for equality*, in *Col. Law Rev.*, 2010, 1955 ss.

¹⁷⁰ R.K. KHALSA, *Polygamy as a red herring in the same-sex marriage debate*, cit., 1665 ss.

sarebbero discriminate, diversamente dai poligami, nella misura in cui non è riconosciuto loro il medesimo diritto riconosciuto a coppie eterosessuali di sposarsi.

Infine, il matrimonio tra persone dello stesso sesso condividerebbe i tratti salienti della relazione coniugale monogamica: in particolare si fonderebbe sulla «solemn statutory obligation of exclusivity»¹⁷¹.

Tali argomenti sono certamente validi, ma non risolutivi in quanto non rispondano alla questione centrale: tra il diritto alla pari dignità morale e giuridico e il diritto alla libera determinazione della persona, la quale nel caso di specie compie una scelta contrastante con la *gender equality*, rimane da stabilire quale interesse prevalga e in quale misura.

1.3. La poligamia portata dall'immigrazione negli Stati Uniti: cenni

Negli Stati Uniti, alla questione della poligamia autoctona si è affiancata anche la questione delle famiglie poligamiche di origine straniera, in particolare le famiglie di origine musulmana e le famiglie di origine cinese.

La soluzione seguita è stata quella di non riconoscere tali matrimoni nemmeno a fronte del fatto che essi erano (o sono tuttora) legali nel luogo di celebrazione del matrimonio. Da tale soluzione ne è conseguita l'impossibilità per gli immigrati, ma anche per i rifugiati politici, di non poter ricongiungersi con le proprie mogli: il mancato riconoscimento della relazione poligamica ha determinato l'impossibilità di concedere alle mogli un titolo di ingresso derivativo, pertanto queste non hanno potuto godere di un titolo di permanenza nel territorio¹⁷².

Questa posizione di chiusura è stata ancora più dura rispetto ai flussi migratori provenienti dalla Cina. Le pratiche cinesi del concubinato e della poligamia era viste come riflesso di una *slave-like mentality* in contrasto con un ordinamento fondato sulla democrazia partecipativa. Poiché i figli degli immigrati cinesi sarebbero divenuti cittadini americani, il rischio era che queste pratiche si sarebbero radicate nel tessuto sociale americano. Proprio per evitare che ciò accadesse sono state emanate leggi a livello federale¹⁷³ volte a evitare l'ingresso di seconde mogli e concubine nel territorio degli Stati Uniti¹⁷⁴. Lo "strumento" del matrimonio è stato utilizzato come filtro ai flussi migratori anche per perseguire fini diversi rispetto a quello di salvaguardare l'istituto del matrimonio monogamico. Oggi tale controllo sui matrimoni continua a operare, ma per il diverso scopo di contrastare i matrimoni fittizi, contratti al solo fine di entrare nel territorio degli Stati Uniti o di acquisirne la cittadinanza. Attraverso questo controllo, «[i]mmigration officials and courts continue to inscribe cultural norms or stereotypes of marriage onto new immigrants»¹⁷⁵.

In tempi più recenti, tuttavia, al fine di non contravvenire all'interesse dei membri della famiglia a esercitare il diritto alla riunificazione familiare, la legge sull'immigrazione è stata modificata e la definizione di famiglia è stata resa più flessibile, rimpiazzando quella di famiglia nucleare. Inoltre, la giurisprudenza ha fatto ricorso alla dottrina della "putative-spouse" al fine di riconoscere il diritto delle mogli a ricongiungersi con il proprio nucleo familiare¹⁷⁶.

2. La persistente penalizzazione della poligamia in Canada

Anche la giurisprudenza canadese si è mossa sullo stesso terreno della giurisprudenza statunitense.

L'introduzione del reato di poligamia in Canada si inserisce in un preciso contesto storico: a partire dalla penalizzazione negli Stati Uniti di tutte le forme di coabitazione illegale, interi gruppi di mormoni

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² Tale approccio è stato fortemente criticato in quanto al marito che immigra viene conferito l'enorme potere di scegliere quale tra le mogli portare con sé. Inoltre, se il marito decide di abbandonare qualcuna delle proprie mogli che, eludendo la legislazione sull'immigrazione, sia riuscita a entrare nel territorio, questa non avrebbe strumenti di ricorso contro il marito. In definitiva, tale approccio, invece di scoraggiare la poligamia avrebbe l'effetto di indurre i poligami a vivere in maniera sommersa e a perpetuare situazioni di abusi e prevaricazioni. In argomento S.L. EICHENBERGER, *When for better is for worse: Immigration Law's gendered impact on foreign polygamous marriage*, cit., 1067 ss.

¹⁷³ «The regulation of marriage and morality played a pivotal role in the federalization of immigration law»: così K. ABRAMS, *Polygamy, Prostitution, and the Federalization of Immigration Law*, in *Col. Law Rev.*, 2005, 641 ss.

¹⁷⁴ In particolare il *Page Act* del 1875, la prima legge federale sull'immigrazione che vietava l'ingresso di immigrati considerati indesiderabili.

¹⁷⁵ K. ABRAMS, *Polygamy, Prostitution, and the Federalization of Immigration Law*, cit., 641 ss.

¹⁷⁶ In argomento S.L. EICHENBERGER, *When for better is for worse: Immigration Law's gendered impact on foreign polygamous marriage*, cit., 1067 ss.

hanno cominciato a emigrare in Canada. Per fronteggiare questo movimento migratorio, soprattutto perché le pratiche matrimoniali dei mormoni erano considerate inaccettabili da un punto di vista morale, fu introdotto il reato di poligamia¹⁷⁷. La giurisprudenza canadese è stata così chiamata a valutare la compatibilità della norma incriminatrice della poligamia rispetto alla *Canadian Charter of Human Rights and Freedoms*. Tuttavia i recenti esiti a cui è pervenuta sono diversi rispetto a quelli cui sono giunti i giudici statunitensi. A differenza della sentenza resa nel caso *Brown c. Buhman*, la Corte suprema della Colombia britannica ha dichiarato la legittimità della norma penale incriminatrice della poligamia contenuta nella *Section 293* del codice penale canadese¹⁷⁸. Il *Chief Justice*, Robert Bauman, pur affermando che la norma viola la libertà religiosa dei mormoni fondamentalisti, ha preso atto che il contrapposto interesse della tutela delle donne e dei bambini prevale sull'esercizio di tale libertà.

Poiché la libertà religiosa protegge non solo la libertà di coscienza, ma anche la pratica religiosa, nella misura in cui la poligamia costituisca una pratica religiosa essa dovrebbe essere protetta dalla *Canadian Charter of Human Rights and Freedoms*. La decisione (libera e consapevole) di costruire una relazione poligamica costituirebbe una decisione fondamentale facente parte della sfera di autonomia personale costituzionalmente protetta della persona rispetto alla quale lo Stato non avrebbe potere di interferenza¹⁷⁹. Poiché i giudici non sarebbero in grado di agire come arbitri dei dogmi religiosi, una pratica religiosa sarebbe tale nella misura in cui essa si fondi su una concezione personale della persona (che non sia, però, fittizia o arbitraria).

Tuttavia la libertà religiosa su cui tale scelta di fonda non è assoluta, ma va posta in bilanciamento con altri rilevanti interessi, pubblici o privati. Il giudice canadese ha ritenuto che «[h]aving found s. 293 to infringe both s. 2(a)^[180] and s. 7^[181] of the *Charter*^[182], [he must] to apply the *Oakes* test to each infringement»¹⁸³.

In dottrina non c'è unanimità su quali siano gli interessi che legittimano una limitazione della sfera privata della persona. Secondo la teoria del moralismo giuridico, il fatto che un comportamento sia immorale sarebbe sufficiente per giustificare la sua criminalizzazione. Al contrario, secondo la tesi del pregiudizio, il potere legislativo è molto più ristretto e solo un comportamento che causa un pregiudizio ad altri o alla società potrebbe essere penalizzato¹⁸⁴.

I giudici della Corte suprema della Colombia Britannica si sono situati in questa seconda prospettiva e hanno ritenuto che la decisione di formare una famiglia poligamica possa essere considerata una questione fondamentale e personale da tutelare. Il fatto che tale forma di unione possa essere giudicata, nella concezione dominante, moralmente repressibile, sarebbe irrilevante nella determinazione dell'estensione di tale libertà¹⁸⁵. La scelta dei contrapposti interessi con i quali effettuare il bilanciamento è caduta, quindi, su

¹⁷⁷ La *Section 293* del codice penale canadese così recita:

Polygamy

(1) Every one who:

(a) practises or enters into or in any manner agrees or consents to practise or enter into

(i) any form of polygamy, or

(ii) 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, or

(b) celebrates, assists or is a party to a rite, ceremony, contract or consent that purports to sanction a relationship mentioned in subparagraph

(a) (i) or (ii),

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

Evidence in case of polygamy

(2) Where an accused is charged with an offence under this section, no averment or proof of the method by which the alleged relationship was entered into, agreed to or consented to is necessary in the indictment or on the trial of the accused, nor is it necessary on the trial to prove that the persons who are alleged to have entered into the relationship had or intended to have sexual intercourse.

¹⁷⁸ Supreme Court of British Columbia, decision of the 23th November 2011. Per un commento alla sentenza si veda J. BENEDET, *Marital Rape, Polygamy, and Prostitution: Trading Sex Equality for Agency and Choice?*, in *Rev. Constit. Study*, 2013, 161 ss. Cfr. anche S.G. DRUMMOND, *Polygamy's Inscrutable Criminal Mischief*, in *Osgoode Hall Law Jour.*, 2009, 317 ss.; M.-P. ROBERT - S. BERNATCHEZ, *La criminalisation de la polygamie soumise à l'épreuve de la Charte*, in *Rev. gén. dr.*, 2010, 541 ss.

¹⁷⁹ M.-P. ROBERT - S. BERNATCHEZ, *La criminalisation de la polygamie soumise à l'épreuve de la Charte*, cit., 541 ss.

¹⁸⁰ Freedom of conscience and religion as a Fundamental Freedom: «Everyone has the following fundamental freedoms: (a) freedom of conscience and religion».

¹⁸¹ Life, liberty and security of person: «Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice».

¹⁸² Canadian Charter of Rights and Freedoms.

¹⁸³ Supreme Court of British Columbia, decision of the 23th November 2011, cit., paragrafo 1329.

¹⁸⁴ In argomento M.-E. GUILBAULT, *Les valeurs de la communauté et la justification de l'action gouvernementale en matière criminelle et pénale*, in *Rev. Barreau Québec*, Printemps 2009, 1 ss. Sulla teoria del pregiudizio cfr. anche J.S. MILL, *De la liberté*, Gallimard, Paris, 1990; H. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968.

¹⁸⁵ In quest'ottica, la commissione di riforma del diritto penale canadese, sulla base della considerazione che il diritto penale debba essere utilizzato con moderazione e non dovrebbe servire a orientare la morale della comunità, aveva raccomandato l'abrogazione della norma

altri elementi: «[t]o constitute a justifiable limit on a right or a freedom, the objective of the impugned measure must advance concerns that are pressing and substantial in a free and democratic society»¹⁸⁶.

A parere del giudice, la disposizione in contestazione avrebbe come obiettivo, da un lato «the prevention of harm to women, to children and to society»¹⁸⁷; dall'altro la salvaguardia del matrimonio monogamico¹⁸⁸ «for all of the reasons that have seen the ascendance of monogamous marriage as a norm in the West»¹⁸⁹, pertanto la penalizzazione della poligamia sarebbe legittima nella misura in cui è uno strumento di contrasto a questi danni¹⁹⁰ e «[m]oving to minimal impairment, (...) s. 293 minimally impairs religious freedom»¹⁹¹. Infatti, anche se «for some, especially fundamentalist Mormons, the interference with a sincerely held belief represented by the prohibition in s. 293 is very significant [therefore] (...) some fundamentalist Mormons do choose to live monogamously without sacrificing their religious beliefs[:] (...) polygamy in Islam is not mandated, although it is permitted by the Qu-ran»¹⁹².

La Corte ha concluso che gli effetti negativi della poliginia sarebbero endemici e strettamente correlati alla sua pratica¹⁹³, pertanto, la norma perseguirebbe obiettivi legittimi e sarebbe proporzionata agli scopi perseguiti¹⁹⁴. In definitiva, questi risulterebbero prevalenti rispetto ai contrapposti interessi in gioco.

Tuttavia, proprio perché la *ratio* della disposizione sarebbe quella di tutelare, tra gli altri, le donne e i bambini, esorbiterebbe dagli scopi perseguiti «by criminalizing young persons between the ages of 12 and 17 who marry into polygamy or a conjugal union with more than one person at the same time»¹⁹⁵.

Per comprendere la posizione assunta dalla Corte, occorre richiamare il dato secondo il quale, come denunciato da alcuni rapporti governativi, le giovani ragazze appartenenti alle comunità mormone sarebbero assoggettate a una cultura che le costringerebbe al matrimonio precoce, alla maternità ripetuta e a una situazione sociale che le priverebbe delle loro libertà fondamentali¹⁹⁶. Ma proprio su questo dato si attesta la principale critica alla sentenza e, in generale, alla politica di penalizzazione della poligamia: se lo scopo della disposizione sarebbe quello di proteggere le donne, le quali sarebbero viste come le vittime della condotta poligamica, non si spiega perché anch'esse siano assoggettate dalla sanzione penale. Soprattutto rimane aperta la questione della proporzionalità di simili norme incriminatrici per tutte quelle unioni poligamiche vissute con serenità¹⁹⁷.

3. *Il test di legittimità delle limitazioni legittime alla sfera privata della persona*

Come è emerso dall'esame delle pronunce che sono state brevemente analizzate, l'esame della legittimità delle norme che penalizzano la poligamia passa attraverso la valutazione degli interessi statali posti in bilanciamento con il diritto della persona a non subire interferenze nella propria sfera privata.

Gli interessi nazionali che sono stati storicamente utilizzati dalla giurisprudenza sono diversi. Si possono richiamare la necessità di non alterare le condizioni sociali attorno a cui ruota una società monogamica, soprattutto nell'ottica che la poligamia perpetua le disuguaglianze di potere tra uomini e donne e sarebbe antitetica alla concezione moderna di uguaglianza generale¹⁹⁸; il rischio di dispotismo governativo che sarebbe connaturato alla pratica poligamica; l'interesse dello Stato «in maintaining its network of laws»,

incriminatrice della poligamia perché essa appariva estranea ai valori e alla struttura giuridica canadesi. In argomento M.-P. ROBERT - S. BERNATCHEZ, *La criminalisation de la polygamie soumise à l'épreuve de la Charte*, cit., 541 ss.

¹⁸⁶ Supreme Court of British Columbia, decision of the 23th November 2011, cit., paragrafo 1330.

¹⁸⁷ *Ibidem*, paragrafo 1331.

¹⁸⁸ L'approccio muta se la poligamia è praticata da immigrati stranieri. In questi casi, in alcune province del Canada (ad esempio l'Ontario) un uomo o una donna sono considerati sposi anche se il matrimonio è poligamico, a condizione che esso sia stato celebrato validamente in un ordinamento che riconosce la poligamia, al fine di riconoscere loro alcune o tutte le posizioni giuridiche connesse allo *status* di coniuge. In argomento J.D. PAYNE - M.A. PAYNE, *Canadian Family Law*, Toronto, 2013.

¹⁸⁹ Supreme Court of British Columbia, decision of the 23th November 2011, cit., paragrafo 1332.

¹⁹⁰ *Ibidem*, paragrafo 1335.

¹⁹¹ *Ibidem*, paragrafo 1341.

¹⁹² *Ibidem*, paragrafo 1348.

¹⁹³ In argomento M.I. STRASSBERG, *Scrutinizing polygamy: Utah's Brown v. Buhman and British Columbia's Reference Re: Section 293*, cit., 1815 ss.

¹⁹⁴ Supreme Court of British Columbia, decision of the 23th November 2011, cit., paragrafo 1345.

¹⁹⁵ *Ibidem*, paragrafo 1357.

¹⁹⁶ M.-A. PELLAND - D. CASONI, *Vicissitudes de l'identité sociale et allégation d'entorses aux lois chez un groupe de mormons polygames canadiens*, in *Dév. soc.*, 2010, 49 ss.

¹⁹⁷ In argomento M.-P. ROBERT - S. BERNATCHEZ, *La criminalisation de la polygamie soumise à l'épreuve de la Charte*, cit., 541 ss.

¹⁹⁸ J. Richards, *Autonomy, Imperfect Consent, and Polygamist Sex Rights Claims*, cit., 197 ss.

«in preventing the perpetration of marriage fraud», «in preventing the misuse of government benefits associated with marital status»¹⁹⁹; il ripudio sociale della poligamia²⁰⁰.

Si tratta di interessi che, in dottrina, sono stati ritenuti non così importanti o addirittura infondati²⁰¹.

Gli unici interessi che invece sembrano mantenere la propria “vitalità” in questa operazione di bilanciamento sarebbero quello della tutela delle donne da inevitabili pressioni psicologiche e sociali, nonché quello connesso della loro tutela e della protezione dei bambini dagli abusi che si registrerebbero nelle comunità poligamiche. La natura chiusa di queste comunità rafforzerebbe il potere coercitivo delle autorità religiose sul tessuto sociale sul piano educativo, politico, sociale ed economico. Le giovani donne sarebbero, in questo contesto, indottrinate alla pratica della poligamia e non sarebbero in grado di sostenere e/o contrastare tale coercizione psicologica anche per la difficoltà di allontanarsi dalle loro comunità, quindi verrebbero indotte al matrimonio in età molto precoce²⁰².

I critici della poligamia denunciano inoltre che lo sfruttamento sessuale e la violenza domestica nelle comunità poligamiche sarebbero endemiche. Sarebbe ancora la natura chiusa di queste comunità a fornire un ambiente favorevole alla perpetuazione di queste tipologie di reati e a renderne difficile, sul piano del loro contrasto, l'accertamento.

Dal canto loro gli attivisti poligamici rilevano che gli abusi sessuali e la violenza domestica costituiscono fenomeni presenti in tutte le comunità; il fatto che tali fenomeni si registrino anche nelle comunità poligamiche indica semplicemente che queste non sarebbero immuni da problemi sociali più ampi.

La denunciata mancanza di dati empirici certi sulla base dei quali verificare la maggiore ricorrenza di questi fenomeni nelle famiglie poligamiche rispetto a quelle monogamiche rende arduo sostenere la tesi della natura endemica di certi fenomeni delittuosi all'interno delle comunità poligamiche. Ad ogni modo, il contrasto a questi crimini attraverso la penalizzazione della poligamia potrebbe risultare un modo di procedere molto approssimativo. Non manca chi fa rilevare che lo strumento per contrastare tali reati non sarebbe quello di criminalizzare la poligamia, ma quello di perseguirli attraverso le disposizioni criminose che penalizzano i singoli fatti di reato²⁰³. Ciò varrebbe, *a fortiori*, se si prendono in considerazione quelle famiglie poligamiche che sono integrate nella comunità “principale” e vivono la poligamia in condizione positive²⁰⁴, senza che all'interno di esse si registri alcun evento delittuoso. Negata qualsiasi rilevanza alla disapprovazione morale della società, le Corti americane si sono orientate, nelle loro ultime pronunce, sulla teoria del pregiudizio²⁰⁵: nella misura in cui un fatto cagiona un pregiudizio alla società, lo Stato è legittimato a imporre limitazioni alla sfera privata della persona e, nel caso di specie, anche alla sua *freedom of religion*. Al contempo andrebbe verificato fino a che punto una scelta di vita, fondata su credenze religiose, possa dirsi effettuata in piena autonomia e consapevolezza e «what extent does free exercise jurisprudence allow consideration of the way in which religious belief can be combined with autonomy-denying and -destroying

¹⁹⁹ Si rinvia ancora a M.I. STRASSBERG, *Scrutinizing polygamy: Utah's Brown v. Buhman and British Columbia's Reference Re: Section 293*, cit., 1815 ss.

²⁰⁰ In ordine a questo elemento, sul quale si sono fondati i giudici nel caso *Reynolds v. United States* cit., è stata denunciata l'ideologia di inferiorità razziale sottesa alla pronuncia. Così M.I. STRASSBERG, *Scrutinizing polygamy: Utah's Brown v. Buhman and British Columbia's Reference Re: Section 293*, cit., 1815 ss.

La disapprovazione sociale nei confronti della poligamia veniva rinvigorita anche da *antipolygamy fictions*. In argomento S. BARRINGER GORDON, *A war of words: revelation and storytelling in the campaign against Mormon polygamy*, in *Chicago-Kent Law Rev.*, 2003, 739 ss.

²⁰¹ M.I. STRASSBERG, *Scrutinizing polygamy: Utah's Brown v. Buhman and British Columbia's Reference Re: Section 293*, cit., 1815 ss. L'Autrice rileva che nei principali casi portati all'attenzione dei giudici statunitensi, questi non sono stati in grado di giustificare quali fossero le ragioni sulla base delle quali la poligamia dovesse essere considerata come dannosa per la società.

²⁰² Connessi a questo problema vi sarebbero gli effetti nocivi, sul piano della salute, dovuti a una precoce attività sessuale e alle gravidanze ripetute a brevi intervalli di tempo; sul piano socio-economico, le mogli poligame avrebbero un limitato accesso all'istruzione e quindi si registrerebbe un più basso livello di alfabetizzazione e una minor presenza nel mondo del lavoro, soprattutto perché gli uomini eserciterebbero un maggiore controllo sulle scelte delle donne, aumentando la disuguaglianza di genere e minando l'autonomia femminile. Tutti questi elementi darebbero registrare nelle donne alti tassi di insoddisfazione coniugale, bassi livelli di autostima, disturbi depressivi e altri problemi di salute mentale. In argomento M.I. STRASSBERG, *Scrutinizing polygamy: Utah's Brown v. Buhman and British Columbia's Reference Re: Section 293*, cit., 1815 ss.

²⁰³ J. RICHARDS, *Autonomy, Imperfect Consent, and Polygamist Sex Rights Claims*, cit., 197 ss.

²⁰⁴ Come rileva Davis, «some wives in polygamous union report the development of genuine friendship. Our culture embraces a dyadic model of romantic intimacy. Polygamy offers a different model of companionate marriage, one in which spousal bonds do not necessarily rest on sexual attraction. Fundamentalist Mormons might not be the only one who disdain classic companionate marriage (...) It is to say that there are alternative visions of intimacy, affection, and family, intentional or incidental, that marital multiplicity might facilitate. (...) Polygamy is not for everyone, and probably not for most. But then, marriage is not for some at all. The question is not whether any of us would enter plural marriage, but whether we should prohibit other from doing so»: così A.D. DAVIS, *Regulating polygamy: intimacy, default rules, and bargaining for equality*, cit., 1955 ss.

²⁰⁵ In argomento J. RICHARDS, *Autonomy, Imperfect Consent, and Polygamist Sex Rights Claims*, cit., 197 ss.

practices to render individuals incapable of asserting or exercising their rights to avoid participation in the religious practice»²⁰⁶.

Nonostante i più recenti orientamenti giurisprudenziali sembrano muoversi nella medesima direzione, i risultati ai quali sono pervenuti potrebbero apparire contrastanti. Da un lato, la Corte suprema della Colombia britannica ha fatto salva la norma incriminatrice della poligamia ritenendo che gli effetti endemici registrati nelle comunità mormone sarebbero strettamente correlati alla sua pratica. Dall'altro lato, nel caso *Brown v. Buhman*, la Corte distrettuale dello Utah ha, al contrario, ritenuto che la penalizzazione della poligamia non costituirebbe uno strumento necessario per il perseguimento degli interessi dello Stato. Tale diverso epilogo, tuttavia, si spiega perché secondo i giudici distrettuali, la pubblica accusa non avrebbe fornito idonei elementi atti a dimostrare i danni alla società correlati alla pratica della poligamia²⁰⁷.

Accanto a questo dato, i giudici avrebbero inoltre fatto leva sulla portata discriminatoria della norma incriminatrice nella misura in cui con essa verrebbero perseguite le famiglie poligamiche mormone, la cui pratica ha un fondamento religioso, e non anche invece la convivenza adultera²⁰⁸.

I due diversi esiti dipendono, in realtà, non da una diversa visione degli interessi in gioco, bensì dal diverso dato empirico che sembra essere stato risolutivo in entrambe le due pronunce: l'esistenza o meno di un pregiudizio per la società la cui prevenzione costituisce un interesse dello Stato prevalente rispetto alla tutela di contrapposti fondamentali interessi individuali e tali contrapposti interessi sono stati identificati nella *freedom of religion* e nel diritto della persona a costruire in piena autonomia le proprie relazioni private e familiari.

4. La poligamia tra depenalizzazione e riconoscimento

Le "vicende" della famiglia poligamica mormona presentano dei tratti del tutto peculiari. Come già anticipato, si tratta di un fenomeno autoctono che manifesta una pressante aspettativa di riconoscimento. Al pari delle coppie omosessuali che chiedono di poter accedere all'istituto giuridico del matrimonio, anche le coppie poligamiche fanno valere questa aspettativa.

Appare evidente che la depenalizzazione della poligamia non costituisce affatto riconoscimento giuridico della famiglia poligamica. La Corte distrettuale dello Utah, se da un lato ha dichiarato che le norme penali che puniscono le convivenze poligamiche sono lesive della sfera privata della persona e della libertà religiosa, dall'altro ha statuito che non vi è alcun diritto fondamentale a praticare la poligamia. Per quell'ordinamento il matrimonio poligamico su base religiosa rimane un mero fatto che, tuttavia, ha perso la sua rilevanza penale: la sentenza si è limitata a stabilire il diritto di adulti consenzienti a vivere la loro vita privata come preferiscono.

Si tratta, in buona sostanza, di vedere in che misura le norme di uno Stato possono imporre una certa morale nella costruzione dei rapporti interpersonali.

Nella regione europea, una convivenza poligamica, pur non essendo riconosciuta giuridicamente come formazione familiare, è perfettamente legale: nessuno potrebbe essere perseguito penalmente per il fatto di convivere con più donne.

Rispetto al matrimonio poligamico mormone vengono in rilievo il diritto alla libertà di autodeterminazione della persona, il diritto alla tutela della vita privata e familiare, il diritto alla libertà religiosa, ma la dinamica sarà tutta interna all'ordinamento, non ponendo questioni di riconoscimento di istituti giuridici stranieri.

In questa prospettiva, preso atto della depenalizzazione, il mancato riconoscimento dello *status* coniugale non integra alcuna violazione del diritto all'autodeterminazione della persona²⁰⁹, così come invece

²⁰⁶ M.I. STRASSBERG, *Scrutinizing polygamy: Utah's Brown v. Buhman and British Columbia's Reference Re: Section 293*, cit., 1815 ss.

²⁰⁷ Come si evince dal testo della sentenza. In ordine a questo aspetto M.I. STRASSBERG ha parlato di «impact of the incomplete litigation in *Brown*» e di impossibilità per la Corte «to appreciate the extent of the harm sought to be»: così M.I. STRASSBERG, *Scrutinizing polygamy: Utah's Brown v. Buhman and British Columbia's Reference Re: Section 293*, cit., 1815 ss.

²⁰⁸ Fortemente critica nei confronti di tale pronuncia è M.I. STRASSBERG, la quale insiste sugli effetti negativi della poligamia, richiamandosi alla recente pronuncia della Corte suprema della Colombia in ordine alla legittimità della Section 293 del codice penale canadese. L'Autrice parla di apparente fallimento degli interessi dello Stato e denuncia la necessità «to remedying this deficit». Così ancora M.I. STRASSBERG, *Scrutinizing polygamy: Utah's Brown v. Buhman and British Columbia's Reference Re: Section 293*, cit., 1815 ss.

²⁰⁹ In senso contrario è stato sostenuto che «[t]o arrive at the legalization of polygamy, polygamists should also argue the right to marry is a fundamental, basic right. (...) Forty years of state and federal jurisprudence have developed to stand for the proposition that marriage is a civil and fundamental right. With or without the legalization of same-sex marriage, polygamists can make a colorable legal argument that they have a fundamental right to marry regardless of marital status. (...) Under the marriage and liberty cases, polygamists have two options to pursue when challenging the ban on polygamy. Under *Lawrence* and its progeny, polygamists can argue that they have a liberty interest

è stato sostenuto rispetto alla famiglia poligamica islamica. Ciò in quanto, salvaguardata la sfera privata della persona da illegittime interferenze dello Stato, quest'ultimo rimane libero di riconoscere o meno effetti legali ai matrimoni celebrati con rito religioso²¹⁰.

Rimane tuttavia aperta una questione: la depenalizzazione della poligamia non ha fatto venir meno l'esigenza di tutela delle mogli poligame, laddove si voglia accedere alla tesi che queste potrebbero "subire" un contesto che limita fortemente la loro libertà di autodeterminazione.

Al fine di aumentare il "potere di contrattazione" delle parti deboli del rapporto matrimoniale nei rapporti poligamici, in dottrina è stata avanzata l'ipotesi di introdurre «a private ordering system derived from commercial partnership norms»²¹¹. Secondo questa tesi, premessa la necessità di depenalizzare la pratica della poligamia, non basterebbe lasciare ai privati la "regolamentazione" dei loro rapporti interpersonali laddove si registrano delle posizioni di vulnerabilità di alcuni soggetti rispetto ad altri: «[o]f course, ending the prohibition on plural marriage is a preliminary and crucial question. Yet, (...) decriminalization is a precursor to legalization, but the latter is distinct, entailing formal recognition and positive regulation»²¹². Sarebbe il campo delle successioni a costituire un valido esempio «of the fragility and instability of purely private ordering among intimates»²¹³.

La vulnerabilità delle donne nei rapporti poligamici sarebbe legata alla «serial and open-ended nature of polygami's multiplicity»: «polygamy's serial entrances and exits means that these unions are constantly forming and constantly dissolving, which engenders substantial uncertainty and vulnerability for plural spouses». Questa posizione di vulnerabilità potrebbe essere migliorata apportando una serie di correttivi.

Poiché nelle relazioni intime è piuttosto raro che le parti disciplinino con accordi prematrimoniali o post-nuziali (ove consentiti) i loro rapporti intimi, sarebbe necessario introdurre delle regole di *default* così come avviene nelle relazioni commerciali. Al pari delle *associations*, i matrimoni poligamici sarebbero caratterizzati da *open-ended and serial multiplicity*, la quale altererebbe continuamente la configurazione dell' "associazione matrimoniale" e i diritti dei singoli membri, generando delle posizioni di vulnerabilità, per l'instabilità intrinseca del gruppo, soprattutto alle mogli che avrebbero un ridotto "potere contrattuale".

Il principale correttivo che le regole di *default* dovrebbero imporre sarebbe l'attribuzione di un diritto di veto alla moglie (o alle mogli) rispetto alla celebrazione di ulteriori matrimoni. Naturalmente il diritto di veto avrebbe senso solo se si parta dal presupposto che, al pari di un accordo commerciale nel quale adulti consenzienti manifestano il loro consenso sulla base della loro capacità di agire (connessa al raggiungimento di una età minima) e sulla base di un livello minimo di informazioni, anche nel matrimonio, e soprattutto prima della celebrazione dello stesso siano garantite queste condizioni. In quest'ottica, inoltre, la natura monogamica o la (potenziale successiva) natura poligamica del matrimonio dovrebbe essere definita *ex ante*, con connesso divieto di conversione se non con il consenso di tutte le parti in causa.

I fautori di questa tesi ritengono che le disegualianze, l'insoddisfazione e lo sfruttamento che si registrano all'interno delle famiglie poligamiche sarebbero «a result not of polygamy per se – that is, of an essential defect with form of intimacy – but of regulatory failure. There is no good reason why we could not recognize and regulate polygamy to ameliorate many of its illiberal aspects»²¹⁴.

Si tratta certamente di una posizione assolutamente originale che, tuttavia, presta il fianco ad alcune critiche. Appare piuttosto impraticabile l'idea in base alla quale per l' "ingresso" e l' "uscita" delle mogli ulteriori dovrebbe applicarsi la regola dell'unanimità di tutti i membri del nucleo familiare. Mentre alle mogli si potrebbe riconoscere un diritto di veto rispetto alla celebrazione di ulteriori matrimoni, solo al marito spetterebbe l'iniziativa di contrarre un ulteriore matrimonio o di sciogliersi dal legame con una delle mogli. Ma soprattutto sarebbe impensabile che per lo scioglimento di uno dei vincoli possa richiedersi il consenso di tutti: in una associazione, tutti i membri, una volta entrati a far parte della stessa, intrattengono un rapporto contrattuale con ciascuno degli altri membri oltre che con la generalità di loro. Nel rapporto

and autonomy in their choices of who to marry. Under the marriage cases, polygamists can argue marriage is a fundamental basic right. The first challenge is subject to rational basis or some level of heightened scrutiny, while the second challenge requires an analysis under heightened/strict scrutiny. Either way, states will want to put forth compelling state interests to ensure their ban on polygamy is upheld: così E. LARCANO, *A "Pink" Herring: The prospect of Polygamy Following the Legalization of Same-Sex Marriage*, in *Connecticut Law Rev.*, 2006, 1065 ss.

²¹⁰ Con riferimento alla regione europea, in questo senso si è pronunciata la Commissione europea dei diritti dell'uomo nella sua decisione del 18 dicembre 1974, *X c. Repubblica federale tedesca*. In argomento si rinvia a R. TOSI, *Art. 12. Diritto al matrimonio*, in S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 367 ss.

²¹¹ A.D. DAVIS, *Regulating polygamy: intimacy, default rules, and bargaining for equality*, cit., 1955 ss.

²¹² *Ibidem*; nonché R.A. POSNER, *Sex and Reason*, Cambridge, 1992.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ *Ibidem*.

matrimoniale poligamico, la moglie è legata al marito, non anche nei confronti delle mogli ulteriori. Il matrimonio viene celebrato con il marito (sotto condizione, se previsto, del “nullaosta” delle altre mogli), non da tutti i membri del nucleo familiare. Ne consegue, logicamente, da un lato che al diritto di veto non potrebbe essere associato il diritto (successivo) delle mogli di revocare il “nullaosta”²¹⁵; dall’altro, che il marito, invece, potrebbe sempre ottenere lo scioglimento del legame.

III. CONCLUSIONI

Nonostante la diversità di argomenti, di approcci e di soluzioni avanzati rispetto ai temi della poligamia islamica e di quella mormona, un dato ci pare accomunare l’analisi dei due fenomeni: in ultima analisi, l’elemento dirimente del contrasto tra interessi contrapposti sta nella necessità di apprestare tutela al soggetto debole del rapporto, ovvero alla moglie “ulteriore”, sia in termini di principio (garanzia della pari dignità della donna rispetto all’uomo²¹⁶), sia in termini di tutela da concreti eventi pregiudizievoli.

Tale tutela, tuttavia, a parere di chi scrive, non va apprestata rispetto agli abusi e alle discriminazioni. Per contrastare questi, un ordinamento giuridico dovrebbe approntare gli strumenti, rispettivamente repressivi e promozionali, diretti a combattere singole condotte giuridicamente rilevanti (dal punto di vista penale o civile) e non penalizzando indiscriminatamente (come avviene per le convivenze poligamiche “mormone”) o disconoscendo (come invece succede per la famiglia poligamica di matrice islamica) la formazione familiare poligamica, e, conseguentemente frustrando contrapposte aspettative e istanze di tutela.

Il vero obiettivo, invece, dovrebbe essere quello di tutelare il diritto della donna all’autodeterminazione, pur se orientato da un punto di vista culturale o religioso. Solo predisponendo le idonee condizioni che consentano alla donna di costruire liberamente, e in maniera consapevole, le proprie relazioni private e familiari, si potrà parlare di tutela effettiva della donna rispetto a qualsivoglia forma di prevaricazione, privata, sociale ed anche statale.

²¹⁵ Semmai vi si potrebbe riconnettere, laddove fosse necessario esplicitarlo, il diritto di *exit*.

²¹⁶ Come propugnato dalla giurisprudenza e dalla dottrina europee, a prescindere dalla verifica di effettive situazioni di prevaricazione o abuso.

BIBLIOGRAFIA

- ABRAMS K., *Polygamy, Prostitution, and the Federalization of Immigration Law*, in *Col. Law Rev.*, 2005.
- AÏT-EL-KADI Z., *Le Conseil d'Etat précise les régies du regroupement familial pour les polygames*, in *Actualite Juridique - Droit Administratif*, 2010.
- ALUFFI BECK-PECCOZ R., *Polygamy in Europe*, in *Derecho y Religión*, 2006.
- ANELLO G., *Libertà di religione, matrimonio islamico e "diritto alla famiglia"*, in *Rass. dir. civ.*, 2000.
- BACCELLI L., *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Roma, 1999.
- BAHLUL R., *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, in P. COSTA - D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Milano, 2003.
- BARATTA R., (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010.
- BARRINGER GORDON S., *A war of words: revelation and storytelling in the campaign against Mormon polygamy*, in *Chigaco-Kent Law Rev.*, 2003.
- BARRINGER GORDON S., *The Mormon Question: Polygamy and Constitutional Conflict in Nineteenth-Century America*, Chapel Hill, 2002.
- BARTOLE S. - DE SENA P. - ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012.
- BARTOLE S. - OLIVETTI RASON N. - PEGORARO L. (a cura di), *La tutela giuridica delle minoranze*, Padova, 1998.
- BAUMAN Z., *Dentro la globalizzazione: le conseguenze sulle persone*, Roma, 2000.
- BELVISI F., *Il matrimonio islamico e l'inclusione sociale*, in G. ZANETTI (a cura di), *Elementi di etica pratica*, Roma, 2011.
- BEN ABID S.E., *La Sharīa fra particolarismi e universalità*, in S. FERRARI (a cura di), *L'Islam in Europa* Bologna, 1996.
- BEN ACHOUR Y., *L'Islam et la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Rev. gen. dr. int. pub.*, 2007.
- BENEDET J., *Marital Rape, Polygamy, and Prostitution: Trading Sex Equality for Agency and Choice?*, in *Rev. Constit. Study*, 2013.
- BERTI F., *Esclusione e integrazione: uno studio su due comunità di immigrati*, Milano, 2000.
- BISCHOFF J.M., *Le mariage polygamique en droit international privé*, in *Travaux du comité français de Droit international privé*, vol. II, Paris, 1980.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, 1990.
- BOURDELOIS B., *Effets en France du mariage polygamique prononcé à l'étranger*, in *Journ. dr. int.*, 2007.
- BOURDELOIS B., *Le mariage polygamique en droit international privé français*, Paris, 1993.
- CALÒ E., *I riflessi dell'immigrazione islamica sul diritto di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2009.
- CAMASSA E., *Uguale e diverse: donne islamiche e diritto di famiglia*, in *Archiv. giur.*, 2013.
- CAMMARATA R. - MANCINI L. - TINCANI P. (a cura di), *Diritti e culture*, Torino, 2014.
- CAMPIGLIO C., *Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli statuari ai giorni nostri*, in G. CATALDI - V. GRADO (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, Napoli, 2014.
- CAMPIGLIO C., *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999.
- CAMPIGLIO C., *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'Occidente europeo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990.
- CARMON HARDY B., *Solemn Covenant: The Mormon Polygamous Passage*, in *Amer. Hist. Law Rev.*, 1993.
- CANIVET G., *La convergence des systèmes juridiques du point de vue de droit privé français*, in *Rev. int. dr. comparé*, 2003.
- CARDIA C., *Introduzione storico giuridica alla Carta*, in P. GIANNITI (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione europea: la Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna-Roma, 2013.
- CARELLA G., *La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli, 2010.
- CARELLA G., *Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in ID. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009.
- CARLIER J.Y., *Diversité culturelle et droit International privé. De l'ordre public aux accommodements reciproques?*, in G. CATALDI - V. GRADO (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, Napoli, 2014.
- CASONI D. - BRUNET L., *Processus groupal d'idéalisation et violence sectaire*, in *Dev. soc.*, 2004.
- CASSONE G., *Considerazioni sugli istituti della poligamia e del ripudio nell'ordinamento italiano*, in *Riv. not.*, 1987.
- CESAREO V., *Società multietniche e multiculturalismi*, Milano, 2000.
- CIBELLA N., *Immigrazione ed integrazione*, in *Aff. soc. int.*, 2002.
- CHIARA G., *Tutela dell'unità familiare e favor minoris nella legislazione sull'immigrazione*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino, 2010.
- CHIRICO A., *Libertà religiosa e identità culturale dell'Europa*, in *Dir. fam. pers.*, 2006.
- CLERICI R., *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. dir.*, 2009.
- COLAIANNI N., *Eguaglianza e diversità culturali e religiose: un percorso costituzionale*, Bologna, 2006.
- COLAIANNI N., *Poligamia e principi del diritto europeo*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2002.
- COLOMBO E., *Le società multiculturali*, Roma, 2002.
- CORBETTA F., *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale italiano*, in *Dir. imm. citt.*, 2000.
- CRISTOFARI F., *Chiavi di lettura del principio famiglia e identità di genere*, Torino, 2011.
- DAL LAGO A., *Non persone*, Milano, 1999.
- DAQUANNO C., *Multiculturalismo e compatibilità (riflessi normativi e giurisprudenziali in Europa)*, in *Eur. dir. priv.*, 2003.
- D'ARIENZO M., *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano* in *Dir. fam. pers.*, 2004.
- DAVIS A.D., *Regulating polygamy: intimacy, default rules, and bargaining for equality*, in *Col. Law Rev.*, 2010.
- DAYNES K.M., *More Wives than One: Transformation of the Mormon Marriage System - 1840-1910*, Urbana, 2008.
- DENT G.W.Jr., *The Defense of Traditional Marriage*, in *Jour. Law Pol.*, 1999.
- DEPREZ J., *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel*, in *Recueil des cours*, 1988.
- DI GAETANO L., *I diritti successorali del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica*, in *Giust. civ.*, 1999.
- DI PLINIO G., *Il costituzionalismo e la Shari'a*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino, 2010.
- DONATI P., *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>.
- DRUMMOND S.G., *Polygamy's Inscrutable Criminal Mischief*, in *Osgoodo Hall Law Jour.*, 2009.
- EICHENBERGER S.L., *When for better is for worse: Immigration Law's gendered impact on foreign polygamous marriage*, in *Duke Law Jour.*, 2012.

- ERTMAN M.M., *Race treason: the untold story of America's ban on polygamy*, in *Col. Jour. Gender and Law*, 2010.
- FACCHI A., *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari, 2001.
- FANTETTI F.R., *Ricongiungimento familiare, libertà di circolazione ed ordine pubblico*, in *Fam., pers. e succes.*, 2010.
- FEDERICO V., *La Francia si interroga sulla poligamia*, in *Quad. cost.*, 2012.
- GALOPPINI A., *Ricongiungimento familiare e poligamia*, in *Dir. fam.*, 2002.
- GANNAGE L., *L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs*, in *Travaux du comité français de droit international privé*, Paris, 2006-2008.
- GEERTZ C., *Interpretazione di culture*, Bologna, 1987.
- GIANNITI P., *Problematiche connesse alla tendenza espansiva dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione europea: la Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna-Roma, 2013.
- GRASSANO P., *Del rapporto del matrimonio islamico con l'ordinamento italiano*, in www.sepel.it/articoligrassano.htm.
- GRASSANO P., *La poligamia ed i suoi riflessi sulla validità del matrimonio contratto tra soggetti appartenenti a sistemi monogamici e poligamici*, in *Stato civ. it.*, 2004.
- GRAULICH P., *Nota a Appello Liegi 23 aprile 1970 – Cassazione 1 marzo 1973*, in *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1975.
- GROSSI P., *Universalismo e particolarismi nel diritto*, Napoli, 2011.
- GROSSO E., *La protezione dei diritti costituzionali nella prospettiva multiculturale*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino, 2010.
- GUOLO R., *Modelli di integrazione culturale in Europa*, in http://www.italianieuropei.it/images/iniziative/schoolfilosofia/materiali2010/IE_Modelli%20Di%20Integrazione%20Culturale%20In%20Europa_Guolo.pdf.
- GUILBAULT M.-E., *Les valeurs de la communauté et la justification de l'action gouvernementale en matière criminelle et pénale*, in *Rev. Barreau Québec*, Printemps 2009.
- HÄBERLE P., *Il giurista europeo di fronte ai compiti del nostro futuro costituzionale*, Resoconto redatto da A. De Petris e G. Repetto, in <http://static.luiss.it/semcost/index.html?dirittifondamentali/resoconti/200302.html~right>.
- HALL S., *Il soggetto e la differenza. Per un'archeologia degli studi culturali e postcoloniali*, Roma, 2006.
- HANNERZ U., *La diversità culturale*, Bologna, 2001.
- HOLLEAUX G., *Nota a Cassazione francese, sentenza del 19 dicembre 1963*, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1963.
- IGNATIEFF M., *The Tanner Lectures on Human Values*, 2000, in http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/i/ignatieff_01.pdf.
- JAMBU-MERLIN R., *Nota a Cassazione francese, sentenza del 28 gennaio 1958*, in *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1958.
- KACZYNSKI G.J., *Processo migratorio e dinamiche identitarie*, Milano, 2008.
- KHALSA R.K., *Polygamy as a red herring in the same-sex marriage debate*, in *Duke Law Jour.*, 2005.
- KYMLICKA W., *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999.
- KYMLICKA W., *Le sfide del multiculturalismo*, trad. it., in *Il Mulino*, 1997.
- LABRIOLA S., *I diritti fondamentali della persona: il diritto alla identità*, in *Riv. dir. pubb. Sc. Pol.*, 2002.
- LAGARDE P., *La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française*, in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, 1993.
- LARCANO E., *A "Pink" Herring: The prospect of Polygamy Following the Legalization of Same-Sex Marriage*, in *Connecticut Law Review*, 2006.
- LA TORRE M., *Universalità e relatività dei diritti fondamentali. Diritti dell'uomo, diritti delle donne, diritti «culturali»*, in *Ragion pratica*, 2004.
- LEGHISTA G., *Orientarsi nelle retoriche del multiculturalismo*, in *Aut Aut*, 2002.
- LIPARI N., *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006.
- LOCHAK D., *La double peine des épouses de polygames*, in *Dr. social*, 2006.
- MALATESTA A., *Cultural diversity and private International law*, in *Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009.
- MANCINI L., *Società multiculturale, pluralismo normativo e diritto: il caso del matrimonio islamico*, in G. ZANETTI (a cura di), *Elementi di etica pratica*, Roma, 2011.
- MANISCALCO M.L., *Islam Europeo: sociologia di un incontro*, Milano, 2012; M. MARTINIELLO, *Gestire la diversità culturale e identitaria*, in *Il Mulino*, 2000.
- MARLETTA M. – PARISI N. (a cura di), *Multiculturalismo e Unione europea*, Torino, 2008.
- MASHHOUR A., *Islamic Law and Gender Equality- Could There be a Common Croud?: A study of Divorce and Polygamy in Sharia Law and Contemporary Legislation in Tunisia and Egypt*, in *Hum. Rights Quart.*, 2005.
- MEZIOU K. - MEZGHANI A. - BEN ACHOUR S. (eds.), *Polygamie et répudiation dans les relations internationales: Actes de la table ronde organisée à Tunis le 16 avril 2004*, Tunis, 2006.
- MILL J.S., *De la liberté*, Gallimard, Paris, 1990.
- MONTANARI A. – UNGARO D. (a cura di), *Globalizzazione, politica e identità*, Catanzaro, 2004.
- MORMILE L., *Attuazione dei diritti fondamentali e multiculturalismo: il diritto all'identità culturale*, in *Fam., pers. e successioni*, 2004.
- MOSCONI F., *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005.
- MOSCONI F., *Exceptions to the operation of choice of Law Rules*, in *Recueil des cours*, 1989, vol. V.
- NASCIMBENE B., *Il minore straniero e le norme sull'immigrazione*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989.
- NASR S.H., *Islam*, in A. SHARMA (a cura di), *Religioni a confronto*, Milano, 1996, trad. it.
- NINATTI S., *Famiglia e integrazione europea*, in P. GIANNITI (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione europea: la Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna-Roma, 2013.
- OBERTO G., *Matrimoni misti, ordine pubblico e principi sovranazionali*, in I. QUEIROLO - A.M. BENEDETTI - L. CARPANETO (a cura di), *La tutela dei soggetti deboli tra diritto internazionale, dell'Unione europea e diritto interno*, Roma, 2012.
- PACE E., *L'islam in Europa: modelli d'integrazione*, Roma, 2010.
- PACKER H., *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968.
- PASTORE F., *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia in Francia e in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 1993.
- PAYNE J.D. – PAYNE M.A., *Canadian Family Law*, Toronto, 2013.
- PELLAND M.-A. – CASONI D., *Vicissitudes de l'identité sociale et allégation d'entorses aux lois chez un groupe de mormons polygames canadiens*, in *Dév. soc.*, 2010.
- PETRALIA V., *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.
- PIRRONE P., *L'ordine pubblico di prossimità tra tutela dell'identità culturale e rispetto dei diritti dell'uomo*, in G. CATALDI - V. GRADO (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, Napoli, 2014.

- PIRRONE P. (a cura di), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Torino, 2011.
- POSNER R.A., *Sex and Reason*, Cambridge, 1992.
- PUGLIESE M., *La condizione della donna e il matrimonio nel Diritto islamico*, in *St. stor. e religiosi*, 2001.
- QUEIROLO I., *Globalizzazione e diritti umani: verso una sempre più completa tutela multilivello dei diritti fondamentali nell'Unione europea?*, in I. QUEIROLO - A.M. BENEDETTI - L. CARPANETO (a cura di), *La tutela dei soggetti deboli tra diritto internazionale, dell'Unione europea e diritto interno*, Roma, 2012, p. 17 ss.
- RICCI C., *Diritti fondamentali, multiculturalismo e diritto alla diversità culturale: appunti a margine - della Convenzione Unesco sulla protezione e promozione della diversità culturale*, in *Dir. uomo*, 2007.
- RICHARDS J., *Autonomy, Imperfect Consent, and Polygamist Sex Rights Claims*, in *Calif. Law Rev.*, 2010.
- RIGAUX F., *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, in *Recueil des cours*, 1989.
- RINOLDI D., *Dignità nel diritto e diritto alla dignità (Dignità dell'uomo e famiglia umana fra particolarità e universalità dei diritti)*, in AA. VV., *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche, Università Cattolica del S. Cuore, 2010, n. 2.
- ROBERT M.-P. – BERNATCHEZ S., *La criminalisation de la polygamie soumise à l'épreuve de la Charte*, in *Rev. gén. dr.*, 2010.
- ROSSOLILLO G., *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, 2009.
- RUDE-ANTOINE E., *La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français: une question théorique controversée*, in *Journ. anthrop.*, 1997.
- SANTARSIERE V., *Matrimonio islamico e successione del coniuge*, in *Archiv. civ.*, 1999.
- SENIGAGLIA R., *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa "tradizione". I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico*, in *Eur. dir. pri.*, 2014.
- STRASSBERG M.I., *Scrutinizing polygamy: Utah's Brown v. Buhman and British Columbia's Reference Re: Section 293*, in *Em. Law Jour.*, 2015.
- STRASSBERG M.I., *Distinction of form or substance: monogamy, polygamy and same-sex marriage*, in *North Car. Law Rev.*, 1997.
- STRAZZARI D., *Diritti fondamentali, istanze culturali religiose e "preferenze nazionali". Riflessioni sul case-study belga*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2014.
- TAYLOR C., *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Milano, 1993.
- THERBORN G., *Lo spettro del multiculturalismo*, trad. it., in *Il Mulino*, 1996.
- TOSI R., *Art. 12. Diritto al matrimonio*, in S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.
- TOULLIER A., *Les tergiversations du droit de la protection sociale face à la polygamie*, in *Dr. social*, 2007.
- TURNER B., *Cittadinanza, multiculturalismo e pluralismo giuridico: diritti culturali e teoria del riconoscimento critico*, in *Post filosofie*, 2005.
- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA M., *Matrimonio poligàmico, order public y extranjería*, in *Actualidad laboral*, 2003.
- VIGNA C. - ZAMAGNI S. (a cura di), *Multiculturalismo e identità*, Milano, 2002.
- VIOLA F., *L'universalità dei diritti umani: un'analisi concettuale*, in F. BOTTURI - F. TOTARO (a cura di), *Universalismo ed etica pubblica*, Milano, 2006.
- VITALE E., *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Torino, 2000.
- VIVIANI A., *L'identità personale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2013.
- WITTE J.Jr., *The Legal Challenges of Religious Polygamy in the USA*, in *Eccles. Law Jour.*, 2009.
- ZAGREBELSKY G., *Una riflessione sul multiculturalismo*, in *Dir. uomo*, 2007.
- ZENO ZENCOVICH V., *Art. 8. Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.
- ZOLLETTO D., *Gli equivoci del multiculturalismo*, in *Aut aut*, 2002.
- ZOLO D., *Fondamentalismo umanitario*, in *Jura Gentium*, <http://www.juragentium.org/forum/ignatief/it/zolo.htm>.