

Sul flessibile diritto alla vita privata familiare: valori, interessi, fatti*

di

Francesco Rinaldi**

Sommario: – 1. Riflessioni introduttive. – 2. *Famiglie e vita familiare*. – 3. Sul concetto di *vita privata familiare*. – 4. Sul contesto di riferimento dei diritti umani. Brevi cenni. – 5. Matrimonio e famiglia poligamica. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Riflessioni introduttive

Il tema in indagine è, come si evince dal titolo di questo piccolo intervento, quello del *diritto alla vita privata e familiare*, contemplato dall'art. 8 della CEDU e art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, declinato quale diritto di stabilire relazioni con altri esseri umani, di sviluppare la propria personalità e quale libertà di autodeterminazione¹.

«Abbandonata l'idea» che la materia familiare dovesse appartenere ai costumi, alla morale e alla religione, la «giuridificazione» dei rapporti familiari – complessa e raramente al passo con la rapidità dei mutamenti sociali – impone un modello familiare sovranazionale, mondiale, quanto meno, dunque, verso un diritto europeo e uniforme della famiglia².

* Lo scritto segue la *relazione* tenuta in occasione del Convegno del 18 dicembre 2024, su *I diritti umani oggi. Aspetti problematici dell'esperienza costituzionale*, organizzato dall'Università di Cassino e del Lazio Meridionale, Dipartimento Economia e Giurisprudenza.

** Rtda in *Diritto privato* – Università eCampus.

¹ Cfr., al riguardo, in particolare V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, Napoli, pp. 155-165, ma v. p. 160.

² Cfr., al riguardo, E. QUADRI, in F. BOCCHINI e ID., *Diritto privato*, 7^a ed., Torino, 2018, pp. 389 e 396 e nt. 17.

In una simile prospettiva unitaria si muovono l'art. 8 della CEDU e l'art. 7 della Carta europea, nell'affermare un «diritto al matrimonio» in senso ampio³, ed ai quali si affiancano gli artt. 9 e 12 della CEDU che, a loro volta, affermano il *diritto di costituire una famiglia*; e, nella prospettiva del minore, il *diritto a crescere nella propria famiglia* e ad *avere una famiglia*.

2. Famiglie e vita familiare

Come sempre accade quando si discorre di simili diritti, è necessario mettersi d'accordo, nella società contemporanea e *posmoderna*, sul significato di «famiglia», qui intesa: sia come struttura di ordine economico, sociale e culturale; come comunità intermedia tra lo Stato⁴ e l'individuo⁵; come strumento di formazione della personalità dei suoi componenti, specialmente dei minori, personalità *in fieri*⁶; ed inoltre, sempre meno come *istituzione* e sempre di più come insieme di relazioni affettive e personali⁷, purtroppo sempre più *liquide*⁸ e precarie, come attesta la

³ Cfr. S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015, p. 109 ss.

⁴ Sembra utile ricordare, in proposito, la definizione di «Stato» offerta da P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, p. 14: «oltre che apparato di potere», «macro-comunità che si articola in un tessuto di micro-comunità».

⁵ Conseguenza del fatto che la persona rileva non solo come singolo individuo, ma pure quale appartenente a comunità, a organismi sociali. Al riguardo, G. LA PIRA, nella seduta dell'Assemblea Costituente del 9 settembre 1946, così si esprimeva: «è proprio questa diversa concezione pluralista – pluralismo economico, giuridico, politico – la concezione che corrisponde alla struttura organica del corpo sociale. Perché la realtà di questo corpo sociale non è costituita soltanto da singole persone: le persone sono naturalmente raggruppate in tanti organismi che sono elementi essenziali epperò ineliminabili del corpo sociale: la comunità familiare, quella religiosa, quella professionale – che sono altrettanti elementi costituzionali della società esistono nel corpo sociale e lo articolano e lo definiscono». Il riferimento è tratto da P. GROSSI, *op. ult. cit.*, p. 69, nt. 15, l'illustre Maestro si sofferma sulla rilevanza della *fattualità* nel diritto, sul «protagonismo dei fatti, giacché il mondo dei fatti – naturali, economici, sociali – non è il terreno inerte e sterile del volontarismo statalista e legalista dei 'moderni, consegnante nelle mani di un legislatore/demiurgo il potere di convertire (a suo libito) in diritto una realtà concepita come ammasso meramente magmatico; il mondo dei fatti è, invece, il terreno tipico della storia». Dopo aver osservato che «rilievo illuminante per i Costituenti» era stato l'aver compreso che la «società non è la piattaforma passiva e amorfa meritevole solo di essere calpestata, ma piuttosto una realtà vivace, intrisa di durevoli valori anche se percossa da una fertilissima dinamica» (v. p. 66).

⁶ Cfr. P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, Napoli, 2021, p. 85 ss., ma v. p. 87; R. MARRAMA, in *Famiglia Servizi Società, I quaderni dell'I.P.E.*, Napoli, 1991, p. 113.

⁷ Cfr. M.R. MARELLA, *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 233 ss. L'a. utilizza il termine «stratificazione» per descrivere «quel fenomeno per il quale le relazioni familiari non

varietà delle realtà familiari, ad esempio il fenomeno delle famiglie multireligiose e *multiculturali*, conseguenza dei fenomeni migratori, volontari e involontari. In quanto relazione affettiva, per quanto precaria, tende ad assumere maggiore rilevanza il rapporto di convivenza, a prescindere dal matrimonio, e, con esso, il legame genitoriale, che si arricchisce di nuovi significati⁹.

L'art. 8 ha svolto un ruolo determinante verso l'inclusione nella sua «sfera di garanzia» di ogni relazione sentimentale e sessuale, in quanto rientranti nel concetto di *rispetto della vita privata familiare*, ponendo l'attenzione sulla distinzione e autonomia tra i due concetti: «vita familiare» e «famiglia», in senso tradizionale di unione tra eterosessuali¹⁰.

sono, o non sono più, regolate esclusivamente dal diritto di famiglia, ma conoscono un'incidenza importante del diritto comune, del diritto dei contratti e della responsabilità civile, soprattutto». L'a., in nt. 1, muove specifico riferimento a D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 137 ss., rilevando che: «alle radici del nuovo diritto di famiglia è una trasformazione profonda del senso stesso delle relazioni familiari che Davide Messinetti riconduce al tramonto della centralità degli status e all'affermazione di istanze di tutela (e di autorealizzazione) dell'identità personale dei membri della famiglia all'interno della famiglia stessa». In questa prospettiva, v. pure R. MONTINARO, *Società multiculturali e diritto delle relazioni familiari: itinerari di una ricerca*, in G. CATALDI e ID. (a cura di), *Società multiculturali e diritto delle relazioni familiari*, Napoli, 2021, p. 267 ss., ma v. p. 282 ss.

⁸ Per dirla con Z. BAUMAN, *Amore liquido. Sulla fragilità dei legami affettivi* (2006), Roma-Bari, 2018, p. 6 ss.

⁹ In argomento, v.: P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, cit., p. 85 ss.; M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in F. MACARIO e M. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale del diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, 2017, p. 139 ss.; ID., *Ultima lezione del corso di diritto di famiglia*, in *Jus civile*, 2020, 3, p. 812 ss.; E. QUADRI, *Diritto privato*, cit., p. 475 ss. Anche il Cinema ce lo ricorda spesso, ci si riferisce al recente, bel film *Anatomia di una caduta* di Justine Triet, Palma d'Oro a Cannes 2023, sulla metamorfosi del rapporto di coppia. Nel caso della rappresentazione cinematografica, si tratta di una coppia con un figlio ipovedente. Nella direzione indicata nel testo, la Corte costituzionale (v. le note decisioni n. 138 del 2010 e n. 170 del 2014, in *giurcost*) e la Corte EDU (decisione del 21 luglio 2015) erano intervenute, onde ritenere contrario all'art. 8 CEDU il ritardato intervento del legislatore nel porre fine allo stato di incertezza nell'assicurare adeguata protezione alle coppie omosessuali. Intervento che si è, poi, realizzato con la legge Cirinnà, legge n. 76 del 2016, in materia di unioni e convivenze. Senza omettere di ricordare la decisione della Corte EDU del 24 giugno 2010, nel noto caso *Schalk e Kopf c. Austria*, che aveva già manifestato come non vi fossero ostacoli tra la Convenzione EDU e l'estensione dell'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali, in considerazione dell'art. 12 della CEDU, che afferma il *diritto al matrimonio* e il *diritto di fondare una famiglia*, senza limitazioni o distinzioni di genere, ferma la discrezionalità di regolamentazione dello Stato membro. In argomento, cfr. V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, cit., p. 160.

¹⁰ Cfr. V. BALDINI, *op. cit.*, p. 161 e nt.76.

3. Sul concetto di *vita privata familiare*

Nell'art. 8 della CEDU e 7 della Carta europea, la tutela della «vita privata familiare» assume un significato proprio, a sé, in termini di protezione dell'intimità dei legami familiari, del gruppo familiare e dei suoi componenti¹¹.

Il concetto di «vita privata», *privacy* o riservatezza, si è notevolmente ampliato, arricchendosi di nuove virtualità, nella direzione dell'autodeterminazione, nel senso di impedire interferenze altrui, anche da parte dei pubblici, poteri nella propria sfera privata e familiare¹².

Una recente, significativa applicazione di questo fondamentale diritto umano è offerta da Cass. 3 aprile 2024, n. 8744¹³, che ha ritenuto leso il diritto alla vita familiare in caso di situazioni troppo restrittive del diritto di visita e di frequentazione dei genitori verso i figli in caso di crisi coniugale, in quanto di pregiudizio al diritto alla *bigenitorialità*.

Pure la complessa problematica della maternità surrogata o gestazione per altri – si ricordi il noto caso *Mennesson* – è riconducibile alla violazione dell'art. 8 CEDU, in relazione all'interesse superiore del minore, pregiudicato nel suo diritto alla vita privata e familiare dalla situazione di incertezza circa il suo *status filiationis*¹⁴.

4. Sul contesto di riferimento dei diritti umani. Brevi cenni

Non ci si può esimere da un cenno almeno al contesto generale dei diritti umani¹⁵, nel quale s'inserisce il fondamentale diritto in questione, espressione di principi e

¹¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4^a ed., Napoli, 2020, pp. 108, 112 ss. e 347 ss. L'illustre Maestro propone: l'esempio dell'immagine, ritratto della famiglia (v. art. 10 c.c. e art. 97, comma 1, della legge sul diritto d'autore); il segreto epistolare della famiglia (art. 93 l.a.).

¹² Fondamentali, in argomento, le riflessioni di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 397, per il quale: «nel diritto al rispetto della vita privata e familiare si manifesta soprattutto il momento individualistico, il potere si esaurisce sostanzialmente nell'escludere interferenze altrui (tutela statica, negativa)». In sostanza, nel «rivitalizzare» pure il diritto di proprietà, quale strumento di tutela dell'intimità della vita privata e familiare, l'unica possibilità di protezione appare, in effetti, l'«isolamento» (ID., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, 2^a ed., Milano, 2012, pp. 23, 103 e 113).

¹³ In questa *Rivista*.

¹⁴ Sia consentito, in proposito, rinviare a F. RINALDI, *Giustizia, famiglia ed eguaglianza: due madri, due padri ed il «figlio dell'uomo»*, in questa *Rivista*, 2020, 1, p. 1401 ss.

¹⁵ Cfr. A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, p. 3 ss.

diritti immutabili e inviolabili della persona, che costituiscono l'identità costituzionale o *Kulursystem*¹⁶ di un Ordinamento, il *Menschenbild*, fondato sul principio personalista¹⁷. Non ci si può soffermare, per comprensibili ragioni di sintesi, sulla natura di tali diritti, sul contesto multiculturale o «multicomunitario»¹⁸ delle fonti multilivello (nazionali, sovranazionali, internazionali) che li riguardano; né sulla varietà degli approcci interpretativi¹⁹. Ci si limita, pertanto, solo ad osservare che il diritto alla vita privata e familiare sconta, come accade, in generale, per i diritti umani, una nozione indeterminata e controversa, che si riverbera sulle difficoltà nel chiarire l'esatto contenuto e delimitazione di questo diritto, dando luogo spesso a equivoci e fraintendimenti e, in alcuni casi, a pericolose ipostatizzazioni, prodotte anche dall'eccessiva proliferazione di diritti umani fondamentali²⁰.

¹⁶ «Non neutrale dal punto di vista dei valori», «nella prospettiva della più piena realizzazione dell'istanza personalista delineata in Costituzione» (così, in maniera particolarmente significativa, V. BALDINI, «*Che cosa è un diritto fondamentale*». *La classificazione dei diritti fondamentali: profili storico-teorico-positivi*, in questa *Rivista*, 2016, p. 1 ss., ma v. pp. 10 e 20). Osserva, inoltre, l'illustre a. la «relazione bifronte-antagonista e, nel contempo, pragmatico-funzionale» dei diritti fondamentali «con il potere pubblico».

¹⁷ In relazione alla nostra Costituzione, non si può omettere il riferimento a: G. DOSSETTI, *La ricerca costituente 1945-1952*, a cura di A. Melloni, Bologna, 1994, p. 102 ss.; ID., *I valori della Costituzione*, Napoli, 2005, *passim*, con Prefazione di F.P. CASAVOLA; e a G. LA PIRA, *La casa comune. Una Costituzione per l'uomo*, a cura di U. De Siervo, Firenze, 1979, p. 152 ss.

¹⁸ Cfr. Z. BAUMAN, *Voglia di comunità*, Roma-Bari, 2008, p. 105 ss., il quale, nel ricordare il pensiero di A. TOURAINE, *Faux et vrais problèmes, in une société fragmentée? Le multiculturalisme en débat*, Paris, 1997, osserva che il «multiculturalismo», quale «rispetto per la libertà di scelte culturali tra una varietà di offerte culturali», «chiede rispetto per il diritto degli individui a scegliere il proprio modo di vita e le proprie fedeltà». Il «multicomunitarismo», invece, «presume che la fedeltà degli individui sia qualcosa di scontato, determinata dalla realtà dell'appartenenza comunitaria e dunque da non includere nel negoziato». In argomento, v. pure AA.VV., in V. BALDINI (a cura di), *Multiculturalismo*, Padova, 2012.

¹⁹ Non si nasconde la personale preferenza per l'autorevole impostazione, in generale, di Luigi Ferrajoli.

²⁰ Al riguardo, cfr. le interessanti riflessioni di V. FERRARI, *Diritto che cambia e diritto che svanisce*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2009, p. 37 ss., ma v. p. 47 ss.: «il processo di moltiplicazione, specificazione e positivizzazione in forma di legge scritta dei diritti umani può essere visto come un ulteriore segno di resistenza del diritto nella società contemporanea. I diritti umani vengono teorizzati da molti come una sorta di norma di chiusura posta a limitare la sovranità di ogni legislatore e a garantire dal rischio di slittamento autoritario dei singoli sistemi giuridici, contro il risorgere del *Führerprinzip*, contro il capriccio o la tirannia delle maggioranze o delle minoranze governanti. E non vi è dubbio che questo sistema, entrato nella cultura comune, abbia esplicito effetti positivi: è grazie all'esistenza di un accordo universale sul principio democratico di maggioranza che il regime di *apartheid* in Sudafrica non è

In effetti, quando discorriamo di simili diritti, dovremmo chiederci, innanzitutto, «a cosa ci obbligano», quali «doveri», cioè, «ci impongono»²¹: il «dovere socializza il soggetto, lo pone necessariamente in contatto con gli altri, trasfigura l'individuo in persona»²².

L'incerto statuto di simili diritti si rivela nell'uso incerto del linguaggio: diritti o principi fondamentali²³, diritti umani, costituzionali, inviolabili, sovranazionali, universali²⁴. E, troppo spesso, all'«enfasi» delle parole «corrisponde la pochezza delle realizzazioni»²⁵.

5. Matrimonio e famiglia poligamica

Un'ipotesi emblematica, nel contesto delle riflessioni qui proposte, è quello della poligamia: matrimoni e famiglia poligamici. Com'è noto, tra i requisiti del matrimonio e impedimenti alla celebrazione²⁶, vi è la «mancanza di stato libero»²⁷, ovvero l'esistenza di un precedente vincolo matrimoniale, a conferma della scelta monogamica operata dal nostro Ordinamento. Si tratta di una invalidità insanabile²⁸.

sopravvissuto. Ed è il vessillo della cultura giuridica in molti paesi, soprattutto in America latina»; tuttavia, prosegue l'a., «tutto ciò è vero e sarebbe difficile negarlo. Ma non si possono nemmeno ignorare i segni, neppure tanto sporadici, che indicano tendenze opposte a quella appena descritta e che sembrano preannunciare l'avvento di società nelle quali il diritto, come strumento istituzionalizzato e universale di controllo sociale, verrà, se non a scomparire, almeno a indebolirsi».

²¹ Così, in maniera particolarmente significativa, S. WEIL, *La prima radice* (1943), trad. it., Milano, 1990, p. 13. La citazione è tratta da G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, 2022, p. 341 ss., ma v. p. 342 e nt. 6.

²² Così, l'illustre storico, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., p. 14.

²³ Allorché si discorre di «principi», non può essere omesso il riferimento a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, I, *Metodi e tecniche*, e II, *Fonti e interpretazione*, 4^a ed., Napoli, 2020, *passim*.

²⁴ Cfr. G. ZACCARIA, *Postdiritto*, cit., p. 341 ss.

²⁵ Così, S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, p. 26.

²⁶ Cfr. artt. 84-89 c.c.

²⁷ Cfr. art. 86 c.c.

²⁸ Cfr. art. 117 c.c. e ss.

Il discorso andrebbe esteso al matrimonio putativo²⁹, senza omettere di considerare che tale requisito riguarda anche l'unione civile; ed inoltre, che la bigamia è un reato, un «delitto contro il matrimonio»³⁰.

Il nostro Ordinamento fonda, dunque, il matrimonio sul consenso e sull'esclusività dell'unione, quindi, monogamica.

Non mancano dissensi, ovvero aperture al «poliamore»³¹, alla luce dei mutamenti, forse, meglio dire sconvolgimenti sociali, tanto da indurre alcuni a ritenere la famiglia un «fossile vivente», per quanto «necessario»³².

La Corte EDU³³ aveva già avuto occasione di statuire che gli Stati non possono essere obbligati a riconoscere la poligamia, in considerazione dei propri valori e principi fondanti, che costituiscono lo «zoccolo duro» dei valori identitari dello Stato.

Insomma, il valore della monogamia non sembra poter essere messo da parte, anche là dove ciò possa comportare il sacrificio di altri interessi fondamentali.

Merita, dunque, la nostra attenzione e riflessione la questione se la relazione poligamica costituisca o meno una «forma di libera realizzazione della personalità degli individui»³⁴.

La risposta ad una simile questione non sembra poter prescindere da un'indagine sulla clausola generale dell'ordine pubblico interno e internazionale, onde poter accertare se l'apertura, nel caso concreto verso relazioni poligamiche, possa o meno

²⁹ Cfr. artt. 128, 129 e 129 bis c.c.

³⁰ Cfr. art. 556 c.p.

³¹ In argomento, v. AAVV., in E. GRANDE e L. PES (a cura di), *Più cuori e una capanna*, Torino, 2018; U. MATTEI, *Il poliamore e i beni comuni. Primi riflessioni*, in *Principi, regole, interpretazione, contratti e obbligazioni, famiglie e successioni, Scritti in onore di Giovanni Furguele*, II, Mantova, 2017, p. 105.

³² Cfr. E. ROSSI, *Un fossile vivente (e necessario): la famiglia tra disciplina costituzionale e mutamenti sociali*, in *Rivista AIC*, 2022, 2, p. 53 ss.

³³ *Grand Chambre* 7 febbraio 2012, n. 4066/08.

³⁴ Cfr. R. MONTINARO, *Società multiculturali e diritto delle relazioni familiari: itinerari di una ricerca*, cit., p. 283; E. BILOTTI, *Principio monogamico, norma personalista e rilevanza di rapporti poligamici di fatto*, *ibidem*, in *Società multiculturali e diritto delle relazioni familiari*, cit., p. 131 ss.; G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 3, p. 821 ss.; M. GRONDONA, *Il matrimonio poligamico*, in G. FERRANDO (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, I, Bologna, 2007, p. 495 ss.; A. NICOLUSSI, *Matrimonio, filiazione e unioni non coniugali: quale futuro per i rapporti etico-sociali*, in *Jus*, 2015, 2, p. 5 ss.

dar luogo a violazioni di principi fondamentali identitari dell'Ordinamento³⁵. Concetto polisemico, questo dell'ordine pubblico³⁶, espressione dell'appartenenza ad una comunità, quella internazionale, intesa in «tutto ciò che trascende i limiti di

³⁵ Rivela una mutazione genetica del concetto di *ordine pubblico* la vicenda della maternità surrogata, nel contrasto tra concezioni interne e sovranazionali. Si ricordi Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, che accoglie una definizione molto ampia di *ordine pubblico internazionale*, a differenza della Sezione I (v. Cass., 30.9.2016, n. 19599); Corte Costituzionale (v. Corte cost., 10 marzo 2021, n. 33 e Corte cost., 23 febbraio 2022, n. 79); Corte E.D.U., 10 aprile 2019. Si manifestano diverse concezioni di ordine pubblico interno e internazionale: da concezioni *difensive*, che facevano «sostanzialmente coincidere le due nozioni» di *ordine pubblico interno e internazionale*, «orientata alla salvaguardia dell'identità e della coerenza interna dell'ordinamento, nonché alla difesa delle concezioni morali e politiche che ne costituivano il fondamento», estendendo la valutazione «ai principi informatori dei singoli istituti» desunti dalle «norme imperative che li disciplinano» e lasciando, così, «ben poco spazio all'efficacia di provvedimenti stranieri»; a concezioni *promozionali*, influenzate dal «diritto sovranazionale e dal recepimento dei principi delle convenzioni internazionali, per la quale le regole di ordine pubblico vanno individuate non soltanto nei principi costituzionali interni ed europei, ma anche nella normativa ordinaria, quale strumento di attuazione dei valori consacrati in Costituzione, e la conseguente necessità di tener conto, nell'individuazione dei principi di ordine pubblico, del modo in cui i predetti valori sono concretamente incarnati nella disciplina dei singoli istituti» (citando dalle sez. un. del 2019).

³⁶ La concezione dell'*ordine pubblico* è spesso rivolta alla *sicurezza sociale e giuridica*, in funzione di garanzia di «diritti civili e sociali». Si osserva, al riguardo, che l'*ordine pubblico* appartiene all'«area materiale di competenza esclusiva dello Stato», perché è in questione l'*identità costituzionale* dello Stato (così, V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in questa *Rivista*, 1, 2020, p. 590 ss.), si consideri, ad esempio, il principio di *laicità* (v. S. PRISCO, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2009, p. 1 ss.; A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Napoli, 1992, p. 3 ss.). L'assenza di riferimenti all'*ordine pubblico* in Costituzione e la diversa impostazione, in argomento, tra il *codice civile* e le *leggi di pubblica sicurezza*, rendono particolarmente arduo il compito dell'interprete, come osserva G. CORSO, voce *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1057 ss.: «l'ordine pubblico di cui parla il codice civile segna un limite di efficacia agli atti giuridici di uno Stato estero (legge, sentenza, atto amministrativo) o alle manifestazioni di autonomia negoziale dei privati: opera cioè sul piano del possibile giuridico, precludendo la formazione e l'applicazione di nuovo diritto che si ponga in contrasto con esso. L'ordine pubblico previsto dalla legge di pubblica sicurezza incide invece sulla sfera del lecito giuridico: come limite ad una attività materiale (riunione, spettacolo) che non produce nuovo diritto, ma costituisce manifestazione di libertà». Sulla funzione e sul ruolo dell'*ordine pubblico* nel sistema del codice civile, fondamentali le riflessioni di G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1038 ss., il quale pone l'attenzione sull'utilità delle discussioni in argomento, «nell'aver diradato le nebbie da cui il concetto era avvolto» (p. 1051); J. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963, p. 352 ss.; G. PANZA, *Buon costume e buona fede* (1973), rist., Napoli, 2013, p. 107 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 728 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 10 ss. La clausola generale dell'*ordine pubblico* è identificata, piuttosto che in «un principio», nella composizione di «principi e regole che ne sono espressione», quali, ad esempio, la *laicità*, da G. PERLINGIERI, in ID. e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 29 ss., i quali indagano diverse significative fattispecie: maternità surrogata, matrimoni tra omosessuali, *Kafalah*, poligamia, danni punitivi, divieto di patti successori.

una determinata comunità statale», per essere «società» o «comunità universale», comprendendo, quindi, «l'intero genere umano, prescindendo dal modo in cui è politicamente organizzato»³⁷.

Nell'indagine proposta è destinata ad assumere valore la clausola generale dell'ordine pubblico come limite all'esercizio del potere pubblico ed alla discrezionalità del giudicare³⁸: due interpreti ed *esecutori* protagonisti delle regole dell'ordine pubblico sono, difatti, la *pubblica amministrazione*, esposta, con i privati, ad eventuali sanzioni; ed i *giudici*, chiamati ad interpretarle. Senza neppure omettere di considerare che, nel contesto in esame, le regole dell'*ordine pubblico* e del *buon costume* potrebbero, al contrario, risultare «ostacoli giuridici» al principio di eguaglianza³⁹.

Sarà, quindi, necessario ben comprendere come operi il principio di eguaglianza, inteso anche in termini di ragionevolezza, proporzionalità e meritevolezza degli interessi⁴⁰, in riferimento alla discriminazione delle «mogli altre», destinate a restare prive di riconoscimento e protezione. Ad esempio, è ritenuto discriminatorio il divieto, imposto agli Stati membri, di autorizzare il ricongiungimento familiare di coniugi ulteriori rispetto a quello che già convive e risiede con il coniuge in uno Stato membro⁴¹.

Il principio monogamico sembra, dunque, assumere valore e portata di principio di ordine pubblico europeo⁴², così da poter determinare il sacrificio di altri diritti

³⁷ Così, R. QUADRI, *Corso di diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1966, p. 11 ss., che raccoglie le lezioni del Maestro tenute presso l'Accademia di diritto internazionale dell'Aja nel 1964, le cui riflessioni in materia di *ordine pubblico* restano fondamentali; Id., *Applicazione della legge in generale*, in Scialoja e Branca, Bologna, 1974, in materia di principio di legalità.

³⁸ Cfr. G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico*, cit. p. 1040.

³⁹ Così, S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., p. 12.

⁴⁰ In proposito, v. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2016, p. 16 ss.

⁴¹ Ci si riferisce all'art. 4, comma 4, della direttiva CE 22/9/2003/86. In argomento, v. R. SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di differente tradizione. I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 533 ss.

⁴² Pare significativo ricordare il recente tentativo operato in Francia di assorbire il buon costume nell'ordine pubblico. In proposito, v. S. PAGLIANTINI, che così titola l'*Introduzione* alla ristampa della seconda edizione (1914) della *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano* di Francesco Ferrara, Napoli, 2022: *Lex perfecta, trionfo dell'ordine pubblico e morte presunta del buon costume*:

fondamentali, quali il diritto all'unità familiare e il diritto al rispetto della vita familiare, di conseguenza, soccombenti.

Noti, in proposito, i contrasti in giurisprudenza sul concetto di ordine pubblico e, nel caso concreto, sulla possibilità o meno di scarificare l'interesse del minore a non essere separato dalla madre⁴³, in ragione del rischio di dare ingresso a vicende poligamiche.

6. Considerazioni conclusive

Come si ha avuto occasione di osservare anche in altre situazioni, ad esempio, nel caso della maternità surrogata e della c.d. «famiglia mafiosa»⁴⁴: *best interest* del minore, dignità, laicità costituiscono «super principi», ma sempre da calare e verificare nelle singole vicende concrete, onde rifuggire da ragionamenti astratti, dogmatici e aprioristici, soprattutto quando si discute di ordine pubblico⁴⁵.

Anche nella «voglia» e nel bisogno di «comunità»⁴⁶, che altro non è se non bisogno di umanità, vale sempre quell'insegnamento che invita alla prudenza e a discorrere di libertà, ma «con ordine»⁴⁷.

La persona va tutelata e protetta, specialmente il minore, a prescindere dal modello, dal «figurino» familiare prescelto; va sempre ricercato il migliore interesse per il minore e per la persona in generale, nel caso specifico e concreto di conflitto tra interessi meritevoli quali identità culturale, libertà religiosa, interesse del

appunti per una ristampa della Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano, p. 9 ss. Non può omettersi, in argomento, il riferimento a P. FEMIA, *Buon costume e lotta di classe. Lotmar, Weber e la "Kadijustiz"*, in ID., *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, 2021.

⁴³ Ammette la possibilità di sacrificare questo interesse del minore, Cass., 28 febbraio 2013, n. 4983; diversamente da Trib. Bologna, ord., 12 marzo 2003, entrambe in *Dejure online*.

⁴⁴ Sia consentito rinviare a F. RINALDI, *Giustizia, famiglia ed eguaglianza: due madri, due padri ed il «figlio dell'uomo»*, cit., p. 1401 ss.; ID., «Famiglia mafiosa» e decadenza dalla responsabilità genitoriale, tra diritti di unità e di autonomia della famiglia e diritti di personalità del minore: percorsi rieducativi e non sanzionatori nella relazione familiare, in questa *Rivista*, 2, 2019, p. 1 ss.

⁴⁵ Cfr. G. PERLINGIERI, in ID. e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., p. 116 ss.; G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, cit., p. 847 ss.

⁴⁶ Con le parole di Z. BAUMAN, *Voglia di comunità*, cit., v. p. 87 ss.

⁴⁷ Cfr., in proposito, G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, cit., *passim*.

minore e della persona: i diritti individuali fondamentali, dello *status personae*, prevalgono sui diritti delle comunità e dei gruppi.

Nel fenomeno multiculturale delle «famiglie», i diritti appaiono indivisibili e rendono, dunque, necessario un approccio unitario e non di separazione.

Si ricordi il triste caso di Saman Abbas, uccisa dal padre e dagli zii per aver rifiutato il matrimonio combinato⁴⁸; e lo straordinario «romanzo» di Thrity Umrigan, *Il canto dei cuori ribelli*, su Meena Mustafa, indù, che fa causa ai fratelli per averle ucciso il marito, solo perché era musulmano, peraltro nel tentativo di uccidere anche la sorella provocandole terribili sfregi: la storia di Meena non avrà un lieto fine e lascerà sola la piccola figlia Abru, che significa «onore».

Il rischio di ipostatizzazioni in materia è, soprattutto nel caso dei minori, ma in generale in presenza di soggetti vulnerabili, quello di renderli vittime due volte.

⁴⁸ Cfr. Cass., pen., 4 agosto 2021, n. 30538, in *DeJure online*.