

MARIA JOSÉ CERVILLA GARZÓN\*

*Analisi dei provvedimenti giudiziari che stabiliscono gli effetti del matrimonio poligamico sul diritto alle prestazioni sociali e dell'incidenza su di essi della dottrina spagnola\*\**

*Sommario.* 1. Introduzione: il diritto alla libertà di religione e la portata del rispetto del cosiddetto 'ordine pubblico'. - 2. La recente giurisprudenza dei tribunali spagnoli in relazione al riconoscimento del diritto alle prestazioni della previdenza sociale in caso di matrimonio poligamico. - 2.1. Il diritto alla pensione di reversibilità del coniuge: la posizione della Corte Suprema. - 2.1.1. Le argomentazioni della Corte a favore. - 2.1.2. La dichiarazione del criterio contrario: l'opinione divergente alla sentenza del 24 gennaio 2018. - 2.1.3. Un caso specifico: il diritto alla pensione in caso di divorzio di uno dei coniugi. - 2.2. Il diritto alla pensione di reversibilità dei figli. - 3. Criteri dottrinali pertinenti in relazione agli effetti del matrimonio poligamico sul diritto alla pensione di reversibilità del coniuge. - 4. In conclusione.

1. *Introduzione: il diritto alla libertà di religione e la portata del rispetto del cosiddetto 'ordine pubblico'*

Il matrimonio poligamico, inteso come quello in cui è ammessa una pluralità di coniugi<sup>1</sup>, rappresenta una delle istituzioni più discusse e discutibili tra quelle che appartengono alla cosiddetta 'identità islamica', intesa quale l'insieme di pratiche dirette e indirette sulle quali si basa tale religione, come stabilito dalla *Sharia* o legge islamica originaria. Più precisamente, la citazione del Corano su cui si basa la pratica della poligamia è la seguente: «Se temete di non essere equi con gli orfani, allora, sposate le donne che vi piacciono: due o tre

---

\* Profesora Titular di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale dell'Università di Cadice.

\*\* Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del *double blind peer-review*. Studio realizzato nell'ambito del Progetto di Ricerca I+D+i DER2016-74971-P «Giurisprudenza e dottrina: l'incidenza della dottrina spagnola nelle risoluzioni giudiziali dell'ordinamento civile, penale e del lavoro».

<sup>1</sup> In tal senso, E. LÓPEZ TERRADA e A. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, *Los efectos del matrimonio poligámico en España: la pensión de viudedad*, in AA.VV., *Protección a la familia y Seguridad Social: hacia un nuevo modelo de protección socio-laboral*, Laborum, 2018, p. 297.

o quattro. E se temete di non essere giusti con loro, una sola, o le ancelle in vostro possesso; questo sarà più adatto a non farvi deviare»<sup>2</sup>. Sta di fatto che la poligamia non è solo discussa, ma anche proibita in tutti i Paesi dell'Unione europea<sup>3</sup>.

Benché tale pratica sembri essere in declino<sup>4</sup>, ancor di più dopo essere stata ulteriormente limitata dalla riforma della *Mudawana* in Paesi come il Marocco<sup>5</sup>, l'emergere dei fenomeni migratori, o meglio, la significativa ripercussione dell'immigrazione da Paesi islamici verso l'Europa<sup>6</sup>, impongono di stabilire norme di convivenza tra le culture occidentali e musulmane che rendano praticabile l'esercizio del diritto alla libertà di religione. Con questo vogliamo dire che, in seguito alla diffusione generalizzata dell'immigrazione, i casi di poligamia possono arrivare, e di fatto arrivano, nei Paesi dell'Unione europea<sup>7</sup>, ragion per cui è necessario stabilire gli specifici effetti giuridici che sarà lecito concedere per tale situazione, tenuto conto che il matrimonio si celebrerà, in origine, in un Paese in cui la poligamia è legale.

Il diritto alla libertà di religione è sancito come diritto fondamentale dall'art. 16.1 della Costituzione Spagnola, che viene sviluppato dalla Legge Organica 7 del 5 luglio 1980, sulla

<sup>2</sup> Sūra 4, versetto 3.

<sup>3</sup> In Spagna rappresenta un reato ai sensi dell'art. 217 del Codice Penale. In Italia, è un reato ai sensi dell'art. 556 del Codice Penale.

<sup>4</sup> Lo sostengono, tra gli altri, P. JUÁREZ PÉREZ, *Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 23, 2012, p. 4, A. AZNAR DOMINGO e A. VALENZUELA MARTÍN, *El matrimonio musulmán y su eficacia en España*, in *Actualidad Civil*, n. 7-8, 2018, p. 8 e M.D. ORTIZ VIDAL, *El matrimonio poligámico y su eficacia jurídica en España: el esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la pensión de viudedad*, in *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n. 424, luglio 2018, p. 69.

<sup>5</sup> Approvata con Legge 70-03 (Codice della famiglia). In merito al suo contenuto, M.D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN, *El derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el derecho español*, Grupo Difusión, 2010. I principali limiti sono: l'uomo che voglia sposarsi con un'altra donna deve presentare una richiesta di autorizzazione presso il Tribunale, indicare le motivazioni eccezionali che la giustificano e accompagnarla con una dichiarazione relativa alla situazione finanziaria; il matrimonio potrà essere celebrato solo se la futura moglie è stata avvisata dal giudice del fatto che il futuro marito è già sposato con un'altra donna e dopo aver ottenuto il suo consenso; il giudice non autorizzerà la poligamia qualora abbia il timore che in questo modo si possa creare un trattamento iniquo tra le mogli, nel senso che il mantenimento, l'alloggio, la convivenza, ecc. devono essere uguali per tutte. Attualmente sono 47 i Paesi che riconoscono la poligamia. Di questi 47 Paesi, 27 hanno una popolazione a maggioranza musulmana, e sono: Afghanistan, Algeria, Bahrein, Bangladesh, Burkina Faso, Egitto, Emirati Arabi Uniti, Indonesia, Iraq, Iran, Kuwait, Libano, Libia, Malesia, Mali, Marocco, Mauritania, Niger, Oman, Pakistan, Qatar, Senegal, Sierra Leone, Somalia, Sudan, Siria e Yemen. Non tutti sono Stati musulmani. Per esempio, il Senegal, il Mali, l'Indonesia e il Bangladesh sono Stati laici, anche se la maggioranza della popolazione professa la religione islamica.

<sup>6</sup> V. i dati del rapporto «Europe's growing muslim population» dell'Istituto «Pew Research Center», in M.J. CERVILLA GARZÓN, *Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema español de Seguridad Social*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 1, 2019, p. 241 ss.

<sup>7</sup> Colpisce il caso dell'Italia, Paese nel quale, secondo quanto riportato dalla stampa spagnola, nell'anno 2016 c'erano più di 20.000 matrimoni poligamici che la legge non può perseguire (fonte: [https://www.abc.es/sociedad/abci-italia-20000-matrimonios-poligamos-pero-no-puede-castigar-201608162044\\_noticia.html](https://www.abc.es/sociedad/abci-italia-20000-matrimonios-poligamos-pero-no-puede-castigar-201608162044_noticia.html)).

libertà religiosa. Secondo quanto contenuto in quest'ultima, in Spagna il diritto di esercitare le pratiche proprie di tutte le confessioni religiose viene pienamente riconosciuto, senza che le convinzioni religiose possano costituire un motivo di disuguaglianza o discriminazione<sup>8</sup>. Nel diritto alla libertà di religione viene inclusa la professione di fede scelta liberamente e la pratica degli atti di culto, ricevere l'assistenza spirituale della propria confessione, celebrare le proprie festività e i propri riti matrimoniali<sup>9</sup>. Ma, ai fini di analizzare l'argomento che abbiamo sollevato, in questa norma viene integrato, come limite fondamentale di tale diritto, la tutela del cosiddetto 'ordine pubblico' nei seguenti termini: «Ha come unico limite la tutela del diritto degli altri all'esercizio delle libertà pubbliche e dei diritti fondamentali, così come la salvaguardia della sicurezza, della salute e della moralità pubblica, elementi costitutivi dell'ordine pubblico protetto dalla legge nell'ambito di una società democratica».

A livello dell'Unione europea, nell'art. 10.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è sancito, altresì, il riconoscimento del diritto alla libertà di religione: «Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti». E, allo stesso modo, l'art. 17 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea stabilisce che «l'Unione rispetta e non pregiudica lo status di cui le chiese e le associazioni o comunità religiose godono negli Stati membri in virtù del diritto nazionale». D'altro canto, già nell'ambito del diritto derivato, la Direttiva 2000/78/CE, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, obbliga tutti gli Stati membri a evitare qualsiasi tipo di discriminazione, diretta o indiretta, relativa a disposizioni, criteri o pratiche che possano causare svantaggi particolari a persone di religione o convinzioni personali<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Art. 1.1.

<sup>9</sup> Art. 2.1 a) e b).

<sup>10</sup> Art. 2.2 b).

La posizione dell'Unione europea in materia di libertà di religione potrebbe apparire alquanto asettica o poco interventista<sup>11</sup>, nel senso di non voler intervenire di fronte a possibili limitazioni poste alla stessa da parte degli Stati membri, visto che è possibile concedere liberamente, alle diverse comunità religiose, status diversi. Bisogna tener conto, tuttavia, dell'interpretazione che la Corte di Giustizia dell'Unione europea formula riguardo al concetto di 'religione protetta', al fine di verificare che, in effetti, possono esistere delle limitazioni in termini analoghi a quelli previsti dall'ordinamento giuridico spagnolo.

Per come interpreta la Corte di Giustizia dell'Unione europea il concetto di 'religione protetta', essa include sia il cosiddetto 'forum internum', ovvero il fatto stesso di avere convinzioni, che il 'forum externum', ovvero la manifestazione pubblica della fede religiosa<sup>12</sup>. Però ciò non toglie, a giudizio della Corte, che possano essere stabilite delle disposizioni, dei criteri o delle pratiche che comportino uno svantaggio in funzione della religione professata, nel caso in cui siano giustificate, oggettivamente, da una 'finalità legittima'<sup>13</sup>. Proprio tale finalità è quella che può avere una relazione diretta con le limitazioni stabilite dalla Legge Organica 7/1980 in Spagna, nel senso che l'esercizio del diritto alla libertà di religione non può andare contro l'ordine pubblico, e verrà considerato legittimo limitare qualsiasi pratica religiosa che produca tale effetto. Analogamente, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>14</sup>, che riconosce all'art. 9 il diritto alla libertà di coscienza e di religione di tutte le persone, inclusa «la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti», può tuttavia essere oggetto di restrizioni qualora sia necessario per la «protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica».

In definitiva, la legislazione dell'Unione europea non impedisce che il diritto alla libertà di religione e, pertanto, il diritto a esercitare le pratiche proprie di tutte le confessioni religiose, possa essere limitato dagli Stati membri per ragioni di 'ordine pubblico'. In tal senso si intende

---

<sup>11</sup> A. M. RODRÍGUEZ ARAUJO, *Iglesia y organizaciones no confesionales en la Unión Europea: el art. 17 del TFUE*, Eunsa, Madrid, 2012, p. 226.

<sup>12</sup> Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 14 marzo 2017 nel caso *Asma Bougnaoui e l'Associazione per la tutela dei diritti dell'uomo (ADDH) contro Micropole SA*.

<sup>13</sup> Art. 2.2 b) i).

<sup>14</sup> Elaborata dal Consiglio d'Europa a Roma il 4 novembre 1950.

il contenuto della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che all'art. 9 afferma che la libertà di «manifestare» la propria religione può essere oggetto di restrizioni nell'interesse della protezione dell'ordine e della morale pubblica».

Determinante, adesso, è puntualizzare in che cosa consiste 'l'ordine pubblico' come possibile limitazione del diritto alla libertà di religione e, pertanto, degli effetti giuridici che la poligamia può avere. Tutto ciò tenendo presente che il Codice Civile spagnolo non lo definisce.

La dottrina lo considera come l'insieme delle convinzioni basilari della società, che si radica nell'organizzazione e nell'ordinamento giuridico<sup>15</sup>, o come l'insieme dei valori fondamentali e delle convinzioni principali e irrinunciabili di una società sulla quale questa fonda il proprio ordinamento giuridico<sup>16</sup>. Tali definizioni rimangono su un piano piuttosto astratto, mentre la Corte Suprema ha precisato ulteriormente la portata del termine, fornendo un collegamento con il rispetto dei diritti e delle libertà riconosciute dalla nostra Costituzione. In base alla dottrina iniziale, in virtù della quale era «l'insieme dei principi giuridici, pubblici e privati, politici, economici, morali e anche religiosi, che sono assolutamente obbligatori per la salvaguardia dell'ordine sociale in un Paese e in un'epoca determinata»<sup>17</sup>, la stessa evolve fino a considerare che i diritti fondamentali riconosciuti siano di ordine pubblico<sup>18</sup>. La Corte Costituzionale sostiene che «il rispetto dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche garantite dalla Costituzione rappresenta un elemento fondamentale dell'ordine pubblico»<sup>19</sup>.

Pertanto, qualunque pratica religiosa che violi i diritti costituzionali, ad esempio il principio di pari opportunità e non discriminazione, può essere considerata contraria all'ordine pubblico e privata di qualsiasi effetto giuridico. L'asserzione secondo cui la poligamia è

---

<sup>15</sup> J.A. RODRÍGUEZ GARCÍA, *Poligamia: libertad religiosa y discriminación de la mujer*, in AA.VV., *Derecho de familia y libertad de conciencia en los Países de la Unión Europea y el Derecho comunitario*, Università dei Paesi Baschi, 2001, p. 752.

<sup>16</sup> I. ZURITA MARTÍN, *La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español*, in *Actualidad Civil*, n. 1, 2012, p. 6, e J. SOUTO PRIETO, *La poligamia y sus efectos en el ordenamiento jurídico español*, in AA.VV., *Derecho social y Administración Pública*, Giunta della Galizia, 2013, p. 141.

<sup>17</sup> Sentenza della Corte Suprema del 5 aprile 1966. Analogamente, A. ACEDO PENCO, *El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia*, in *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n. 14-15, 1997, p. 382.

<sup>18</sup> Sentenze della Corte Suprema del 2 novembre 1990 e del 9 luglio 1992.

<sup>19</sup> Sentenza del Tribunale Costituzionale 19 del 5 marzo 1985.

contraria all'ordine pubblico trova fondamento nella contrapposizione con la morale pubblica, la dignità della donna e soprattutto, con il principio di pari opportunità e di non discriminazione sanciti dalla Costituzione Spagnola nell'art. 14<sup>20</sup>. È evidente che questo succede dal momento che solo l'uomo ha la possibilità di avere diverse mogli, e non viceversa. Inoltre, ai fini di quanto stabilito dalla Corte Suprema, non solo implica la disuguaglianza e la sotto-missione della donna all'uomo, ma 'ripugna' all'ordine pubblico spagnolo<sup>21</sup>.

Anche nel contesto internazionale la poligamia è ritenuta contraria all'ordine pubblico. Solo per citare un esempio, appare eloquente il contenuto della Risoluzione del Parlamento europeo «sull'immigrazione femminile: ruolo e condizione delle donne immigrate nell'Unione europea»<sup>22</sup>, che invita, espressamente, gli Stati membri a garantire che tutte le azioni violente commesse contro donne e bambini, in particolare i matrimoni forzati, la poligamia, i cosiddetti delitti d'onore e le mutilazioni genitali femminili, siano punite con sanzioni efficaci e dissuasive, e a sensibilizzare maggiormente le autorità di polizia e giudiziarie su tali questioni<sup>23</sup>. Vengono messi, in questo modo, sullo stesso piano la poligamia e altri reati considerati particolarmente gravi, per quanto riguarda situazioni che meritano un particolare rifiuto, il che evidenzia che, se esiste un ordine pubblico a livello comunitario, senza dubbio è contrario a tale situazione. Inoltre, si esorta la Commissione a considerare la possibilità di un bando dei matrimoni poligamici, e si nota con preoccupazione che i matrimoni poligamici sono stati riconosciuti come legali in alcuni Stati membri<sup>24</sup>. A livello di Direttive comunitarie, in merito al possibile esercizio del diritto al ricongiungimento familiare in caso di matrimoni poligamici, la Direttiva 2003/86/CE, del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, stabilisce che «in caso di matrimonio poligamico, se il

---

<sup>20</sup> Sono diversi gli autori che fanno riferimento a queste tre circostanze considerandole determinanti. Tra gli altri, v. J.A. LEONES SALIDO, *Pensión de viudedad del cónyuge y modelos de familia*, in *Diario La Ley*, n. 7453, 2010, p. 7, M. LEMA TOME, *El matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España*, in *Migraciones Internacionales*, n. 2, luglio-dicembre 2003, p. 163, A. FERNÁNDEZ-CORONADO, *Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 85, gennaio-aprile 2009, p. 132, e M.D. ORTIZ VIDAL, *El matrimonio poligámico y su eficacia jurídica en España: el esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la pensión de viudedad*, cit., p. 71.

<sup>21</sup> Su tutte, la Sentenza della Corte Suprema del 19 giugno 2008, ric. 6358/2002, relativa al diniego di cittadinanza spagnola a un contraente di matrimonio poligamico, per mancanza di sufficiente integrazione nella società spagnola.

<sup>22</sup> 2006/2010 (INI).

<sup>23</sup> Paragrafo 35.

<sup>24</sup> Paragrafo 36.

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»<sup>25</sup>.

Ma, a maggior ragione, rispetto a tale divieto può giocare un ruolo il cosiddetto ‘ordine pubblico internazionale’, quando sono norme straniere quelle che hanno consentito l’origine di tali pratiche (come succede nel caso della poligamia). L’art. 12.3 del Codice Civile stabilisce che «in nessun caso, qualora risulti contraria all’ordine pubblico, potrà essere applicata la legge straniera». Pertanto, tale articolo impedisce l’applicazione di una legge straniera inerente, come nel caso del matrimonio in sede di applicazione del diritto comune della persona dei contraenti al momento di contrarlo e non quello del luogo di residenza abituale, se viola i principi essenziali e i diritti costituzionali dell’ordinamento giuridico del foro. In conclusione, la poligamia, sulla base di entrambi i criteri, solleva una chiara questione giuridica tale da non produrre effetti nel nostro ordinamento giuridico in nessun campo.

La suddetta inefficacia può essere evitata solamente nel caso in cui venga applicato, al caso concreto, l’ordine pubblico attenuato’, ovvero, il fatto di attribuire effetti giuridici ‘periferici’ a leggi straniere che, di per sé, minacciano l’ordine pubblico stabilito, considerando che tali effetti non producono un danno rilevante alla società, non danneggiano nessuno in particolare e contribuiscono alla costruzione di una giustizia formale. Tale eccezione non esiste solamente in Spagna, ma anche in diversi Paesi dell’Unione europea, e con essa i tribunali intendono che il concetto di ordine pubblico non è rigido, ma che può essere reso maggiormente flessibile in base alle circostanze concomitanti al caso concreto e nel momento in cui si producono i presupposti sopra citati. Avvalendosi di tali argomenti, Paesi come la Francia o il Belgio hanno riconosciuto alcuni diritti ai coniugi in caso di matrimonio poligamico<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Art. 4.4.

<sup>26</sup> I. ZURITA MARTÍN, *La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español*, cit., p. 9, con citazione delle sentenze della *Cour de cassation* del 6 luglio 1988, caso Baaziz, del 28 gennaio 1958 e del 30 gennaio 1980, e della *Cour de appel* di Lieja, del 23 aprile 1970, nelle quali si stabilisce il diritto a percepire le pensioni, il diritto agli alimenti, il diritto a percepire dei risarcimenti in caso di morte accidentale del coniuge o i diritti di successione.

2. *La recente giurisprudenza dei tribunali spagnoli in relazione al riconoscimento del diritto alle prestazioni della previdenza sociale in caso di matrimonio poligamico*

Nell'ordinamento giuridico spagnolo, il divieto della poligamia ha, in primo luogo, un'origine costituzionale, infatti abbiamo già commentato il fatto che si tratta di una circostanza che viola l'art. 14 nel momento in cui accresce una palese condizione di disparità di trattamento tra uomini e donne. Trovano altresì applicazione gli artt. 9.2, nel quale si esortano i poteri pubblici a rendere reale ed efficace l'uguaglianza tra gli individui, l'art. 10.1 che stabilisce, come fondamento dell'ordine politico, la dignità della persona, e l'art. 32.1, nel quale è contenuto il diritto di uomini e donne di contrarre matrimonio con piena uguaglianza davanti alla legge. Ancor più in concreto, la normativa di grado inferiore vieta, chiaramente, la poligamia. Così, il Codice Civile spagnolo stabilisce che non possono contrarre matrimonio coloro i quali siano legati dal vincolo matrimoniale (art. 46 2°)<sup>27</sup>, se così fosse, il matrimonio sarebbe considerato nullo (art. 73 2°). D'altro canto, la Legge 4 dell'11 gennaio 2000, sui diritti e le libertà degli stranieri in Spagna e la loro integrazione sociale, vieta il ricongiungimento di più di un coniuge sul territorio spagnolo, malgrado il suo diritto della persona consenta tale forma di matrimonio (art. 17.1 a). E, come massimo enunciato del rifiuto che la questione causa all'ordinamento giuridico spagnolo, si configura come reato nel Codice Penale che «Chiunque contragga un secondo o un successivo matrimonio, nella consapevolezza che ne esiste uno precedente» (art. 217).

In virtù di quanto esposto nei precedenti paragrafi, l'applicazione dell'eccezione di 'ordine pubblico attenuato' sarebbe ciò che potrebbe portare i tribunali a concedere degli effetti, sul piano del riconoscimento delle prestazioni della previdenza sociale, al matrimonio poligamico. Perché, anche nel caso in cui esista una norma giuridica che lo prevede (come nel presente caso), la sua applicazione verrà sempre mediata attraverso 'l'ordine pubblico' che regge il nostro intero ordinamento, e che impedisce che si sviluppino gli effetti previsti dal diritto straniero. Non esiste, dunque, nessun impedimento per concludere che un matrimonio poligamico non dovrebbe avere effetti in termini di riconoscimento delle prestazioni sociali.

---

<sup>27</sup> Sulla stessa linea, l'art. 252 del Regolamento della Legge dello Stato Civile stabilisce che «Non è possibile iscriverne il matrimonio canonico o civile contratto qualora uno qualsiasi dei coniugi risulti già legittimamente sposato».



Vediamo, qui di seguito, la posizione dei tribunali, in tal senso, e anticipiamo che, in effetti, 'l'ordine pubblico attenuato' ha dispiegato tutti i suoi effetti in relazione al riconoscimento del diritto alla pensione di reversibilità del coniuge.

### *2.1. Il diritto alla pensione di reversibilità del coniuge: la posizione della Corte Suprema*

Per quel che riguarda il numero di possibili soggetti beneficiari della pensione di reversibilità del coniuge, il panorama normativo in Spagna è il seguente:

- La legge generale sulla previdenza sociale fa riferimento, al singolare, al fatto che chi ha diritto alla pensione è «il coniuge superstite»<sup>28</sup>. Possiamo affermare, dunque, che la normativa spagnola non prevede la possibilità che possano essere corrisposte diverse pensioni a differenti beneficiari, con la sola eccezione della ripartizione della pensione prevista per i casi di separazione, nullità o divorzio, dato che non contempla l'esistenza di più coniugi<sup>29</sup>. Perciò, se applicassimo solamente tale norma, il rigetto del diritto alla pensione di reversibilità a beneficio di tutti i coniugi superstiti, in caso di poligamia, in pratica, non sarebbe in discussione.

- La convenzione bilaterale Spagna-Marocco sulla previdenza sociale<sup>30</sup> prevede, all'art. 23, le seguenti disposizioni: «La pensione di reversibilità dovuta a un lavoratore marocchino sarà corrisposta, ove applicabile, in parti uguali e in via definitiva tra coloro che risultano essere, ai sensi della legislazione marocchina, i beneficiari di tali prestazioni». La vigente convenzione, tuttavia, non contempla nel proprio campo di applicazione quei lavoratori che fanno parte dei regimi speciali di previdenza sociale per i dipendenti pubblici<sup>31</sup>. Ciò significa che dovrebbe essere presa in considerazione, come normativa direttamente applicabile per stabilire il riconoscimento del diritto alla pensione per i dipendenti pubblici, solo il contenuto della legge sui pensionati statali. In maniera analoga, la convenzione sulla previdenza sociale tra il Regno Unito e la Tunisia prevede, all'art. 24 intitolato «pensione di reversibilità condizionale», che «In caso esista più di una vedova avente diritto, la pensione ai superstiti verrà redistribuita tra loro in parti uguali». L'evidente contrasto di queste disposizioni con il

---

<sup>28</sup> Art. 219.1.

<sup>29</sup> Art. 220.

<sup>30</sup> Sottoscritta a Madrid l'8 novembre 1979 e ratificata il 5 luglio 1982.

<sup>31</sup> All'art. 2.1 A) 2) si estende il proprio ambito al settore agricolo, marittimo, dell'estrazione del carbone, ai dipendenti delle ferrovie, ai lavoratori domestici, agli autonomi, ai rappresentanti di commercio, agli studenti, agli artisti, agli scrittori di libri e ai toreri.

contenuto generale della legge generale sulla previdenza sociale, nonché il fatto che, trattandosi di convenzioni bilaterali, la loro applicazione sia prioritaria, ma presumibilmente contraria all'ordine pubblico spagnolo, è esattamente ciò che ha causato una forte controversia in materia di giurisprudenza e dottrina, di fronte alle richieste di pensione di reversibilità per tutte le vedove sposate in regime di poligamia.

Al giorno d'oggi possiamo affermare che la Corte Suprema possiede già una dottrina consolidata in favore del riconoscimento al diritto alla pensione di reversibilità per tutti i coniugi superstiti in caso di matrimonio poligamico, espressa attraverso le sentenze del 24 gennaio 2018 e del 17 dicembre 2019<sup>32</sup>, che hanno suscitato non poche discussioni sulla loro ammissibilità giuridica.

Prima di tali sentenze non esisteva un criterio unanime nei provvedimenti giudiziari che erano stati emessi in merito. Nella stessa sentenza del 24 gennaio 2018 vengono sintetizzate le diverse ipotesi interpretative che venivano applicate dai tribunali, come segue:

a) Un gruppo di sentenze prevedeva che solamente uno dei due coniugi poteva percepire la pensione<sup>33</sup>. Il fondamento giuridico prevalente è che i matrimoni successivi al primo sono nulli perché contrari all'ordine pubblico spagnolo, il che tende a dimostrare che, da una parte, la legislazione spagnola non permette di riunire più di un coniuge<sup>34</sup> e, d'altra parte, che le risoluzioni della Direzione Generale dei registri e del notariato vietano l'iscrizione al registro dello Stato Civile di tali matrimoni<sup>35</sup>. Viene anche utilizzato, come argomento, il contenuto dell'Accordo di cooperazione tra il Governo spagnolo e la Commissione islamica di Spagna<sup>36</sup>, poiché tale accordo non permette l'applicazione della giurisprudenza islamica nel caso in cui sia contraria alla Costituzione Spagnola, e vi si differenzia chiaramente, tra la coscienza del credente musulmano e la condizione di cittadino dello Stato, che obbliga all'osservanza di requisiti civili.

<sup>32</sup> Ric. 98/2017 e 679/2017, entrambi della Sala del contenzioso amministrativo.

<sup>33</sup> Sentenze delle Corti Supreme di Giustizia di Catalogna, 30 giugno 2003, ric. 2864/2002 (per un cittadino del Gambia), 27 febbraio 2018, ric. 6942/2017 (per un cittadino del Gambia), 27 settembre 2017, ric. 4088/2017 (per un cittadino del Senegal), e 25 aprile 2016, ric. 768/2016 (per un cittadino del Gambia), Comunità Valenziana, 6 giugno 2005, ric. 1558/2005 (per un cittadino del Messico),

<sup>34</sup> Legge Organica 4 dell'11 gennaio 2000, sui diritti e le libertà degli stranieri in Spagna e la loro integrazione sociale, art. 17.1 a).

<sup>35</sup> Su tutte, le Risoluzioni del 14 maggio 2001, 3 dicembre 1996 e 8 marzo 1995.

<sup>36</sup> Approvato dalla Legge 26 del 10 novembre 1992.

b) Un altro gruppo di sentenze, stabiliva che tutti i coniugi avrebbero potuto essere beneficiari, con un importo calcolato in proporzione al periodo di convivenza<sup>37</sup>. In tali sentenze i tribunali sostengono che i vincoli matrimoniali contratti sono validi secondo quanto previsto nell'art. 49.2 del Codice Civile, modalità applicabile al riconoscimento del matrimonio celebrato tra stranieri e presso autorità straniere fuori dal territorio spagnolo, secondo il diritto delle persone<sup>38</sup>. D'altra parte ci si rivolge, logicamente, ai fini di salvaguardare l'eccezione prevista dall'art. 12.3 del Codice Civile, all'applicazione dell'ordine pubblico attenuato, benché ciò preveda necessariamente l'applicazione di norme del diritto interno qualsiasi siano gli elementi internazionali concomitanti<sup>39</sup>. Per quel che concerne il criterio di ripartizione della pensione di reversibilità del coniuge nel periodo di convivenza, i tribunali rilevano che è necessario applicare per analogia l'attuale art. 200 della legge generale sulla previdenza sociale<sup>40</sup>, in assenza di previsioni in materia.

c) Infine, un altro criterio adottato era che tutti i coniugi fossero beneficiari in parti uguali, indipendentemente dalla data di matrimonio<sup>41</sup>. Tali sentenze presentano un'argomentazione giuridica debole, basata solamente sulla validità dei matrimoni contratti ai sensi dell'art. 49.2 del Codice Civile, ma senza riflettere sulla possibile violazione dell'ordine pubblico spagnolo. Tuttavia, la critica più rilevante che si può muovere, è che non precisano come applicare tale criterio a cittadini di Paesi che non sia lo stesso Regno del Marocco e che, dunque, non rientrano nel campo di applicazione della Convenzione Spagna-Marocco sulla previdenza sociale, origine di tutta questa problematica, se si considera che la legge generale sulla previdenza sociale contempla una ripartizione proporzionale in caso di situazioni di crisi coniugale da cui derivano diversi benefici.

---

<sup>37</sup> Sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia della Galizia, 2 aprile 2002, ric. 4795/1998 (per un cittadino del Senegal), e Opinione Divergente alla sentenza della Corte Suprema di Giustizia della Catalogna, 30 giugno 2003, ric. 2864/2002 (per un cittadino del Gambia).

<sup>38</sup> Ritengono che nella legislazione spagnola non esista un trattamento specifico di tali matrimoni e che, dunque, questa lacuna normativa deve essere coperta con l'integrazione analogica di tale disposizione.

<sup>39</sup> Con citazione della Sentenza della Corte Suprema del 22 novembre 2017, nella quale si sostiene che tale definizione ammette 'inflexioni'.

<sup>40</sup> È il criterio della ripartizione che viene utilizzato in caso di distribuzione dell'importo della pensione se si sono prodotte situazioni di separazione, nullità o divorzio, e si mantiene il diritto alla pensione per il coniuge e i coniugi superstiti.

<sup>41</sup> Tribunale per la legislazione in materia sociale di La Coruña, 13 luglio 1998 (per un cittadino del Senegal) e sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia dell'Andalusia, di giovedì 30 gennaio 2003, ric. 934/2002 (per un cittadino del Marocco), e 18 giugno 2015, ric. 591/2015 (per un cittadino del Marocco).

Le due risoluzioni della Corte Suprema risolvono una fattispecie pressoché identica: dei soldati del Reggimento del Genio del Governo del Sahara Occidentale che fanno parte, in quanto tali, dell'esercito spagnolo e che versano i contributi per il regime speciale di previdenza sociale dei dipendenti pubblici, che hanno contratto matrimonio con due donne, generano una pensione di anzianità sulla base di tale regime di previdenza sociale e le cui mogli, dopo il decesso, presentano richiesta per la relativa pensione di reversibilità del coniuge ai sensi della legge sui pensionati statali<sup>42</sup>, che all'art. 38 stabilisce chi avrà diritto alla pensione di reversibilità ovvero: «Il coniuge superstite del dante causa che trasmette i diritti passivi». Sono identiche anche le argomentazioni a favore utilizzate in entrambe le sentenze, dal momento che quella del 2019 è, in sostanza, una copia dei criteri formulati per quella del 2018. La differenza maggiore risiede nell'opinione divergente inclusa nella sentenza del 24 gennaio 2018, contraria al riconoscimento del matrimonio poligamico, che però non viene replicata nella sentenza successiva, per cui sembra che il tribunale decida di eliminare la difformità riguardo al tema. E in questo momento lascia, senza dubbio, campo libero a critiche.

La sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid, Sala del contenzioso amministrativo, di martedì 18 ottobre 2016, che è quella che viene impugnata e che causa il ricorso alla Corte Suprema in Cassazione per la dottrina, argomenta la mancata concessione del diritto alla pensione di reversibilità in base a tre considerazioni chiave. Prima di tutto, che la condizione di bigamia è vietata dal Codice Penale. In secondo luogo, che la legge sui pensionati statali, all'art. 38, prevede solamente la condizione di monogamia per il riconoscimento del diritto alla pensione, dal momento che i possibili beneficiari vengono enunciati al singolare. Infine, riprende la dottrina della Corte Suprema in cui si rifiuta la nazionalità spagnola in caso di poligamia, e si esplicita la contrapposizione tra la poligamia e l'ordine pubblico spagnolo e si stabilisce che ciò implica una condizione di diseguaglianza tra donne e uomini e la sottomissione delle prime ai secondi.

L'ordinanza della Corte Suprema del 21 marzo 2017, stabilisce che il ricorso in Cassazione viene presentato nell'interesse della legge, e definisce perfettamente le principali questioni giuridiche che questo tema solleva e che deve risolvere:

---

<sup>42</sup> Il cui Testo Consolidato viene approvato tramite Regio Decreto Legislativo 670 del 30 aprile 1987.

- Se l'accertamento di una condizione di poligamia impedisce, per ragioni di 'ordine pubblico', il riconoscimento del diritto alla pensione di reversibilità nel regime dei pensionati statali.

- Se l'art. 23 della Convenzione sulla previdenza sociale tra Spagna e Marocco è applicabile al fine di ampliare la condizione di beneficiarie della pensione di reversibilità, nel regime dei pensionati statali, a tutte le mogli sposate nella condizione di poligamia.

- In caso affermativo, quale dev'essere il criterio per calcolare l'importo della pensione, se dividerla in parti uguali o in proporzione al tempo di convivenza di ciascuna moglie.

#### *2.1.1. Le argomentazioni della Corte a favore*

La Corte Suprema motiva la legittimità del riconoscimento della pensione di reversibilità a tutte le vedove in base a due argomentazioni principali: l'estensione del concetto di 'ordine pubblico' e il significato determinante del contenuto dell'art. 23 della Convenzione bilaterale Spagna-Marocco sulla previdenza sociale<sup>43</sup>.

Prima di tutto, la Corte sostiene che 'l'ordine pubblico' può essere definito come «l'insieme dei principi e delle istituzioni fondamentali nell'organizzazione sociale di un Paese e che ne ispirano l'ordinamento giuridico». E, concordemente con la stessa giurisprudenza della Corte, analizzata nei paragrafi precedenti, secondo cui tali principi derivano dai diritti e dalle libertà riconosciute dalla Costituzione Spagnola, sostiene che l'art. 12.3 del Codice Civile, nel momento in cui accoglie l'eccezione di ordine pubblico, lo fa sulla base del sistema di valori costituzionali e di quelli sanciti nei Trattati Internazionali. Tuttavia, a giudizio della Corte Suprema, il fatto che l'art. 23 della Convenzione Spagna-Marocco sulla previdenza sociale preveda la possibilità di riconoscere il diritto alla pensione nel caso di coesistenza di diverse vedove presuppone già che tale possibilità non sia contraria all'ordine pubblico. Pertanto, ritiene che l'eccezione dell'art. 12.3 del Codice Civile, non sia applicabile alla luce delle circostanze della suddetta Convenzione nel nostro ordinamento giuridico.

---

<sup>43</sup> Lo stesso criterio viene mantenuto in successive sentenze dei Tribunali Superiori di Giustizia, su tutte, le sentenze di Madrid, dell'8 e del 15 marzo 2018 (ric. 781/2016 e 885/2015).

In definitiva, la poligamia non viene ritenuta contraria ‘all’ordine pubblico’ essendo, tale possibilità, prevista in una Convenzione bilaterale internazionale firmata dallo Stato spagnolo.

Inoltre, a suo avviso, nemmeno il fatto che la stessa Corte abbia negato il riconoscimento della cittadinanza spagnola in caso di poligamia, è un ostacolo a considerarla come contraria a tale principio, poiché ritiene che se così fosse, verrebbero soddisfatte fattispecie completamente diverse<sup>44</sup>.

A nostro avviso, l’argomentazione dei provvedimenti giudiziari che negano il diritto alla pensione per tutte le vedove per ragioni di ordine pubblico può essere confutata in modo efficace, perfino quando la poligamia è contraria, senza alcun dubbio, all’ordine pubblico perché discriminatoria. Per farlo possiamo utilizzare lo stesso argomento, ovvero, che il fatto che le donne non possano percepire la pensione di reversibilità e, in questo modo, rimangano abbandonate, rappresenta a sua volta una situazione di disparità di trattamento. Nel caso della poligamia ciò avviene, soprattutto, in occasione del ricongiungimento familiare, poiché è l’uomo colui che può decidere a quale delle coniugi causare tale danno, e ciò implica una grave violazione al principio di pari opportunità e non discriminazione costituzionalmente riconosciuto e che, di conseguenza, forma parte dell’ordine pubblico spagnolo secondo la nozione prevista dalla Corte Suprema.

La protezione di tutte le vedove, può di conseguenza, non essere considerata tanto un supporto all’istituto della poligamia ma piuttosto una difesa del diritto alla non discriminazione della donna da un altro punto di vista. Tale protezione, inoltre, non comporta l’alterazione dell’equilibrio finanziario del sistema della previdenza sociale, poiché non ne altera le spese. E infatti, l’unica cosa che non ha una soluzione legale è quella dell’importo modesto che la pensione di reversibilità raggiungerà una volta avvenuta la ripartizione. E non ce l’ha perché il principio di sufficienza delle pensioni incide sull’importo della pensione calcolata che, in base a quanto previsto dalla legge generale sulla previdenza sociale, è unico e non può essere equiparato a quello della pensione di reversibilità per figli orfani che invece prevede diversi beneficiari. Non sembra accettabile, in nessun caso, l’applicazione delle regole della

---

<sup>44</sup> In merito, E. LA SPINA, *Más allá del (ir)refutable nexa poligamia-desintegración social en la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo*, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 48, 2014.

pensione per i figli orfani a quella per il coniuge, dal momento che la situazione che la determinerebbe costituisce reato.

In secondo luogo, in relazione all'efficacia dell'art. 23 della Convenzione Spagna-Marocco sulla previdenza sociale nella fattispecie concreta che viene posta, la Corte Suprema ritiene, come ipotesi iniziale, che la sua rimessione generica «ai sensi della legislazione marocchina» presuppone l'ammissione della probabile esistenza di diversi beneficiari della pensione di reversibilità, in applicazione della legislazione del paese in cui sono stati celebrati validamente i matrimoni ai sensi del diritto della persona del dante causa.

D'altro lato, e in relazione alla questione più complessa sollevata, ovvero l'esclusione dell'applicazione della Convenzione per i lavoratori integrati nei regimi speciali per funzionari nel sistema spagnolo della previdenza sociale, il suo criterio è che tale norma non è direttamente applicabile. Quindi, l'efficacia dell'art. 23 viene stabilita nei seguenti termini che, vista la sua rilevanza, riportiamo letteralmente: «Lo utilizziamo come criterio di interpretazione valido perché si tratta di una disposizione contenuta in una norma di grado superiore del nostro ordinamento giuridico e perché in gioco vi è il principio di pari opportunità sancito dalla nostra Costituzione e dalla Legge Internazionale sui diritti umani sottoscritta dalla Spagna». Pertanto, sostiene che, in via interpretativa e persino quando non sia una norma applicabile direttamente al caso giudicato, la condizione di beneficiarie della pensione di reversibilità del coniuge può essere estesa alla seconda moglie e a quelle successive in caso di matrimonio poligamico valido ai sensi del diritto delle persone.

A nostro avviso, se la Convenzione Spagna-Marocco sulla previdenza sociale si applica alle condizioni di poligamia, sia per i Paesi come per i regimi di previdenza sociale coinvolti, tenendo conto del contenuto dell'art. 96 della Costituzione Spagnola, questa è una norma applicabile direttamente e, di conseguenza, si deve procedere al riconoscimento della pensione, rimosso l'ostacolo dell'ordine pubblico. Però quando, o il diritto della persona non proviene dal Marocco, oppure la pensione viene riconosciuta da un regime non incluso nella Convenzione (come succede nel caso sollevato dinanzi alla Corte Suprema), la soluzione adottata dalla Corte Suprema, animata dalle migliori intenzioni con il fine di non creare una condizione iniqua tra le vedove a seconda del loro Paese di origine, continua a integrare una

tecnica giuridica dubbiosa. E ciò accade perché il ricorso adottato in via interpretativa dovrebbe basarsi su una norma giuridica concreta, integrata nell'ordinamento giuridico spagnolo, la cui interpretazione viene messa in discussione. E ciò non è possibile poiché non esiste una norma tale da presentare una redazione poco chiara, visto che l'art. 219.1 della legge generale sulla previdenza sociale risulta perfettamente comprensibile, anche quando non applicabile a situazioni come quella analizzata.

Pertanto, la sentenza della Corte Suprema ha sollevato la necessità imprescindibile di trovare una soluzione legislativa a tale questione, senza causare disparità di trattamento in base al Paese di origine dei beneficiari e proteggendo sia il diritto della persona di ciascuno, sia il diritto alla dignità e all'uguaglianza.

Nel concedere tale efficacia giuridica all'art. 23 della Convenzione tra Spagna e Marocco, ovviamente si attribuisce anche legittimità al criterio ivi contenuto in relazione alla ripartizione dell'importo della pensione di reversibilità tra le diverse beneficiarie. Abbiamo già visto come i provvedimenti giudiziari precedenti variavano dalla ripartizione proporzionale al tempo di convivenza o in parti uguali. A giudizio della Corte la ripartizione dev'essere esattamente come previsto dalla suddetta norma, ovvero, in parti uguali tra tutte le beneficiarie, tenuto conto che non risulta nessuna rottura del vincolo matrimoniale prima del decesso del dante causa nei casi a giudizio. Non condividiamo tale criterio che suffraga la dottrina della Corte Suprema. A nostro avviso, dovrebbe essere senz'altro modificato o, in ogni caso, esserne limitata l'applicazione alle circostanze nelle quali ha effetto e non in qualsiasi caso (che poi è ciò che cerca di garantire con la sua dottrina la Corte Suprema). E questo perché non si capisce la differenza di trattamento in relazione alla soluzione offerta dal nostro ordinamento giuridico per le situazioni di crisi coniugale ai sensi dell'art. 220 della legge generale sulla previdenza sociale. La ripartizione proporzionale si giustifica perché, in funzione del tempo durante il quale si è avuta la convivenza, la necessità di mantenere dei benefici economici aumenta in relazione alla durata della stessa. Ed è uguale sia che il vincolo matrimoniale si sia rotto sia che continui ad essere vigente.



2.1.2. *La dichiarazione del criterio contrario: l'opinione divergente alla sentenza del 24 gennaio 2018*

Una risoluzione così discutibile, più dal punto di vista giuridico che da quello della giustizia materiale su cui si regge il merito della stessa, include anche un'opinione divergente, sottoscritta da due magistrati<sup>45</sup>, dalla quale emerge un parere totalmente discrepante.

Il merito del contenuto dell'opinione divergente evidenzia una netta condanna della poligamia e una palese considerazione sul fatto che tale pratica è contraria all'ordine pubblico trattandosi di una forma di matrimonio che è fondata sulla base costitutiva di un reato. Si fa riferimento, a tal fine, all'orientamento della giurisprudenza che, in precedenza, aveva negato il diritto alla pensione alle seconde e alle successive vedove.

D'altro lato, nell'opinione divergente si fa riferimento a un'importante questione, che si ricollega a quanto commentato nei precedenti paragrafi, relativa al forte impatto dell'immigrazione che è in corso dai Paesi islamici. Quindi, si afferma che milioni di persone che attualmente vivono legalmente in Spagna provengono da Paesi di religione musulmana, e che la situazione sociale, al momento di sottoscrivere la Convenzione, era molto diversa. Per questa ragione, viene indicata la necessità di consentirne l'integrazione. Detto questo, a giudizio dei magistrati firmatari questo limita la nostra cultura e il nostro sistema di valori, che trovano riscontro nell'ordine pubblico costituzionale a tutela della dignità della donna. Sia detto per inciso che non possiamo non sottolineare che probabilmente i magistrati dimenticano che è proprio in base a tale dignità che la condizione delle vedove, che potrebbero rimanere prive di tutela, preoccupa.

I magistrati firmatari affermano che attraverso tale pronunciamento «si stanno a poco a poco aprendo dei varchi che indeboliscono i nostri segni di identità». Ed è vero che la poligamia non è esattamente una condizione compatibile con la difesa dei diritti della donna, che invece contraddistingue l'attuale ordine pubblico, però non lo è nemmeno il fatto di promuovere la loro vulnerabilità economica, soprattutto nel momento in cui rimane nelle mani dell'uomo.

Tale visione della poligamia come contraria all'ordine pubblico è ciò che induce i magistrati firmatari a ritenere che la Convenzione Spagna-Marocco sulla previdenza sociale non deve essere 'espansiva', ma deve essere interpretata in modo 'restrittivo'. Perciò, la sua

---

<sup>45</sup> Sollevata da José Luis Requero Ibañez, condivisa da Jorge Rodríguez Zapata Pérez.

applicazione non deve soddisfare fattispecie non protette dal suo ambito di applicazione, come le pensioni che provengono dalla legge sui pensionati statali. È ovvio che ciò comporta che le norme in essa stabilite non possono essere applicate ai rapporti tra la Spagna e altri Paesi e di conseguenza, che in quei casi il matrimonio poligamico non deve dar luogo al diritto di più di una pensione di reversibilità.

Infine, vogliamo sottolineare la ‘premonizione’ che fanno i magistrati, nel momento in cui manifestano la loro preoccupazione perché «una volta fatto questo passo, il successivo sarà ampliare ad altre fattispecie ancor più inaccettabili». Vale a dire che è stata soddisfatta la loro aspettativa di ‘vis espansiva’ di tale criterio, così come messo in luce da sentenze successive quali la sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Catalogna, del 13 marzo 2018<sup>46</sup>. In quel caso, la Corte replica il suo contenuto e le proprie argomentazioni, ma per una fattispecie per cui il contenuto della Convenzione tra Spagna e Marocco sulla previdenza sociale non è direttamente applicabile poiché il matrimonio poligamico è stato celebrato in Gambia.

In questo modo appare evidente quanto fosse particolarmente rilevante il contenuto della sentenza del 24 gennaio 2018 della Corte Suprema, visto che viene utilizzata come criterio per tutte le situazioni relative al matrimonio poligamico, indipendentemente dal Paese che lo consente. È paradossalmente in base al contenuto di una Convenzione internazionale che non era direttamente applicabile, né nel suo caso, né in altri casi in cui il diritto della persona dei contraenti corrisponda a Paesi che non siano il Marocco, così come accade nella presente sentenza. Tale situazione, senza dubbio priva di qualsiasi logica giuridica, porta a esigere una soluzione che venga direttamente dallo stesso ordinamento giuridico spagnolo e che eviti l’enorme impatto di una Convenzione bilaterale. E tutto ciò considerando che, con la sentenza del 2019, la Corte Suprema ribadisce ulteriormente il proprio criterio, poiché non include nessuna opinione divergente in dissenso.

### 2.1.3. *Un caso specifico: il diritto alla pensione in caso di divorzio di uno dei coniugi*

Può accadere che, dopo un matrimonio poligamico, abbia luogo il divorzio con uno dei coniugi e, in caso di decesso del soggetto dante causa, l’ex coniuge voglia fare richiesta di pensione di reversibilità. Di fatto, già in più di un’occasione è stata avanzata tale richiesta

---

<sup>46</sup> Sezione in materia sociale, ric. 368/2018.

dinanzi ai Tribunali Superiori di Giustizia spagnoli, i quali hanno sempre risolto con una posizione coincidente nel senso che hanno sempre riconosciuto il diritto sia ai coniugi che agli ex coniugi. Non esiste un pronunciamento della Corte Suprema perché sembra che esista un livello di consenso molto grande, per questi casi, in merito alla posizione giuridica da adottare.

In relazione al concetto di ‘ordine pubblico’ analizzato in precedenza, in questi casi bisogna considerare che il divorzio nella legge islamica può essere stato originato da una condizione assolutamente contraria ai principi e valori che disciplinano gli ordinamenti giuridici europei, come per esempio il cosiddetto ‘ripudio’<sup>47</sup>. In tali circostanze, la considerazione della donna assume un ruolo estremamente umiliante e lesivo della dignità, poiché la rottura del vincolo coniugale avviene su iniziativa del marito senza che le mogli possano disporre di altrettante agevolazioni per poter rompere unilateralmente il loro matrimonio visto che la cessione di tale diritto dipende dal marito<sup>48</sup>. In questo modo, quest’ultimo è libero di privare dei propri diritti in materia di prestazioni sociali l’ex coniuge, una situazione che evidenzia una palese condizione di disparità di trattamento tra uomini e donne. Soprattutto in base a tali considerazioni, i Tribunali Superiori di Giustizia, nelle rispettive sentenze del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid del 29 luglio 2002<sup>49</sup> e del Tribunale Superiore di Giustizia di Catalogna, del 23 aprile 2018<sup>50</sup>, risolvono le fattispecie nelle quali, appunto, i mariti hanno divorziato dalle richiedenti la pensione in base alla figura del ‘ripudio’.

Tuttavia la questione sulla quale si focalizzano le sentenze summenzionate, riguarda il calcolo della ripartizione della pensione per le beneficiarie in questi casi, tenuto conto che è

---

<sup>47</sup> Art. 78 e ss. del Codice di famiglia del Marocco. Per un’analisi del suo regime giuridico, su tutti A. QUIÑONES ESCÁMEZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, K. BERJAQUI e M. TAGMANT, *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de derecho privado*, Volume I, FIIAPP, 2009, p. 136 ss.

<sup>48</sup> Art. 89 del Codice di famiglia. Prima dell’approvazione della nuova *Mudawana* la condizione della donna era ancor più umiliante poiché non le era permesso richiedere la risoluzione unilaterale del matrimonio, mentre il marito poteva sciogliere il matrimonio senza causa e senza nemmeno avviare un’azione legale. V. M.D. ORTIZ VIDAL, *El repudio en el código de familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 2, 2014, p. 11 ss. Come spiega M.D. CERVILLA GARZÓN, *La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 10, marzo 2018, p. 146 ss., per la legge islamica il ripudio è la forma più autentica per porre fine al matrimonio, attualmente è diventata più garantista poiché la sua legittimità è condizionata da un’autorizzazione precedente dell’autorità giudiziaria, ma presenta ancora una mera apparenza di uguaglianza.

<sup>49</sup> Ric. 3180/2002.

<sup>50</sup> Ric. 1147/2018.

necessario combinare due circostanze: la ripartizione in parti uguali prevista dalle Convenzioni bilaterali sulla previdenza sociale del Marocco e della Tunisia e la recente giurisprudenza della Corte Suprema, nonché la ripartizione proporzionale al tempo di convivenza prevista, in caso di crisi coniugale, dalla legge generale sulla previdenza sociale<sup>51</sup>.

I tribunali scelgono come criterio di applicare, di concerto, le disposizioni normative, in modo che il 50% previsto riconosciuto a ciascuna moglie viene ridotto in proporzione al tempo di convivenza intercorso fino alla data di scioglimento del vincolo matrimoniale per quella che risulta divorziata al momento del decesso. Questo perché a loro giudizio l'art. 23 non prevede un rinvio in blocco alla legge islamica e di conseguenza risulta applicabile la legislazione spagnola per quanto attiene al meccanismo di ripartizione della pensione nei casi di crisi coniugale.

I tribunali tuttavia dimenticano che in questo modo si determina un'incongruenza giuridica, dovuta alla complessità stessa dell'art. 23 della Convenzione e che rafforza la nostra ipotesi che sia necessario modificarla. Il motivo è che la rigida applicazione di tale norma obbligherebbe a non riconoscere alcun diritto alla pensione per la moglie divorziata, perché così è previsto nella legislazione marocchina a cui la norma stessa rimanda<sup>52</sup>. E tali provvedimenti omettono la questione, estrapolando dal suo contenuto ciò che è favorevole alle mogli, ma non ciò che le danneggia. Non stiamo dicendo che il risultato non sia giusto, è evidente infatti che, se il divorzio ha efficacia legale in Spagna, l'ex coniuge deve avere diritto alla pensione. È chiaro però che esiste la necessità di non obbligare i tribunali a modificare il senso delle norme giuridiche applicabili per non creare danni ingiustificati, per mancanza di una regolamentazione giuridica coerente. Di fatto, lo stesso Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid segnala nella risoluzione di essere cosciente delle difficoltà che tale interpretazione implica, ma ritiene che con essa si ottiene come risultato l'assoluta mancanza di protezione del coniuge divorziato.

---

<sup>51</sup> Art. 220.

<sup>52</sup> Dice letteralmente: «Tra coloro che risultino, ai sensi della legislazione marocchina, essere le beneficiarie».

## *2.2. Il diritto alla pensione di reversibilità dei figli*

Nell'analizzare il diritto alle pensioni di reversibilità di tutti i figli che il dante causa ha avuto con tutte le mogli superstiti, qualora abbia contratto matrimonio poligamico, riaffiora automaticamente l'applicazione di un principio adottato ripetutamente dai tribunali spagnoli, ovvero quello di superiore interesse del minore<sup>53</sup>. Tuttavia, indipendentemente dall'applicazione di tale principio, la normativa contenuta nella legge generale sulla previdenza sociale relativa ai possibili beneficiari della pensione di reversibilità dei figli orfani può essere applicata a tutti i figli del soggetto dante causa. Quindi, l'art. 224.1 della legge generale sulla previdenza sociale prevede che «avranno diritto alla pensione di reversibilità per i figli orfani, secondo il principio di uguaglianza, ciascuno dei figli del dante causa, qualsiasi sia la natura della parentela». E la condizione che siano beneficiari 'secondo il principio di uguaglianza' presuppone che, per il sistema di previdenza sociale spagnola, la natura della relazione tra il dante causa e la madre dei minori sia completamente irrilevante. Inoltre, anche nel caso di figli che provengono dalla stipulazione di un contratto di maternità surrogata fuori dal territorio spagnolo, che attualmente il nostro ordinamento giuridico considera nullo<sup>54</sup>, la Corte Suprema riconosce il diritto alle prestazioni previdenziali come la maternità<sup>55</sup>.

È possibile trarre la conclusione, dai pochi provvedimenti giudiziari che si sono pronunciati rispetto a tale questione, che il diritto alla pensione di reversibilità per tutti i figli orfani nati dallo stesso dante causa, anche quando sono stati concepiti in regime di poligamia, è indiscutibile<sup>56</sup>. Inoltre, i tribunali estendono il diritto a tale pensione al caso molto più

---

<sup>53</sup> Il Parlamento europeo, rispondendo alle domande sulle azioni intraprese nel quadro dell'Unione europea sulla poligamia e sulla situazione delle donne e dei bambini interessati (E-3321/10, risposte in forma scritta realizzate da Marielle de Sarnez), ha dichiarato, in relazione alla situazione dei bambini, la necessità di tenere sempre presente il loro superiore interesse, anche quando l'adozione di norme sul regime matrimoniale non rientra nella sua competenza.

<sup>54</sup> Legge 14 del 26 maggio 2006, relativa alle tecniche di riproduzione umana assistita, art. 10: «1. Si dichiara la nullità assoluta del contratto nel quale viene stipulata la gravidanza, dietro compenso o no, a carico di una donna che rinuncia alla maternità a favore del contraente o di un terzo».

<sup>55</sup> Malgrado l'opposizione della Corte Suprema all'iscrizione dei minori presso l'anagrafe: v. le risoluzioni del 25 ottobre 2016, ric. 3818/2015 e del 13 marzo 2018, ric. 2059/2016. Al riguardo, su tutti I. ALZAGA RUIZ, *Maternidad subrogada y prestaciones sociales*, in *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 134, 2018.

<sup>56</sup> Il Tribunale per la legislazione in materia sociale di La Coruña, nella sentenza del 13 luglio 1998, sancisce in modo esplicito che «dimostrata la parentela dei richiedenti con il defunto, soddisfano i requisiti richiesti ai sensi dell'art. 175 LGSS». Si può addirittura dedurre che è il criterio seguito dall'Istituto nazionale della previdenza sociale. Quindi, la sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Catalogna del 25 aprile 2016, indica che per gli antecedenti di fatto, alla richiesta della pensione di reversibilità per il coniuge e per i figli, della richiedente,

complesso, per via della difficoltà di stabilire la natura della parentela tra il dante causa e i minori, ovvero il loro affidamento secondo i postulati della ‘Kafala’ islamica, un istituto sconosciuto nel diritto di famiglia spagnolo<sup>57</sup>.

Nemmeno nelle convenzioni in materia di previdenza sociale siglate con il Marocco o con la Tunisia esistono ostacoli per l'estensione del diritto, poiché, per quel che riguarda la pensione di reversibilità del coniuge, rilevano solamente alcuni dettagli, nei termini già analizzati. In altri Paesi, come per esempio nel caso dell'Italia nella convenzione di sicurezza sociale stipulata con Tunisi<sup>58</sup>, si è voluto limitare, in modo esplicito, il numero di minori che possano avere diritto alla pensione. Di conseguenza, tale convenzione contiene un limite discutibile del diritto a quattro minori<sup>59</sup>.

### *3. Criteri dottrinali pertinenti in relazione agli effetti del matrimonio poligamico sul diritto alla pensione di reversibilità del coniuge*

Per quel che riguarda la posizione della Corte Suprema rispetto al diritto alla pensione di reversibilità del coniuge quando sussistono tutti i matrimoni, alla data del decesso del soggetto dante causa, la sua giurisprudenza, così come succede con i principi giuridici, ha mantenuto una posizione contraddittoria tra la difesa del diritto alla pensione per tutti i coniugi e il diniego di qualsiasi effetto alle condizioni di poligamia. Possiamo comunque affermare che prima della pubblicazione delle sentenze della Corte Suprema che abbiamo commentato in precedenza, la posizione prevalente fosse quella adottata dalla stessa nei suoi provvedimenti, ovvero, la difesa del diritto alla pensione di tutti i coniugi e l'applicazione del già analizzato ‘ordine pubblico internazionale attenuato’. In tal senso, facciamo notare che, alla fine, la dottrina ha potuto esercitare un certo grado di influenza sul criterio adottato dalla Corte Suprema.

---

la Risoluzione dell'Istituto nazionale della previdenza sociale ha respinto solamente la pensione di reversibilità del coniuge.

<sup>57</sup> Non è assimilabile direttamente all'adozione, all'affidamento o alla tutela, anche se presenta finalità simili: l'educazione e la protezione dei minori in situazione di abbandono. Sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid del 31 gennaio 2008, ric. 2423/2007. V. M.P. DIAGO DIAGO, *La kafala islamica en España*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 1, 2010, p. 142 ss.

<sup>58</sup> Ratificata con Legge del 7 ottobre 1986, recepita il 7 dicembre 1984.

<sup>59</sup> Art. 24.1: «Le disposizioni del presente articolo, relative al diritto alle prestazioni ai sensi della legislazione italiana a beneficio dei familiari residenti in Tunisia, comportano il versamento degli assegni familiari veri e propri, destinati alla moglie e ad un massimo di 4 figli, ad esclusione di qualsiasi maggiorazione».

Rispetto alle posizioni mantenute dalla dottrina in merito al tema analizzato, possiamo distinguere tra diversi problemi giuridici per i quali è stato stabilito il proprio criterio. Di conseguenza, in termini generali si è discusso se si deve riconoscere o no il diritto alla pensione per tutti i coniugi, se si deve dare un'interpretazione più ampia del contenuto delle convenzioni bilaterali sulla previdenza sociale, sottoscritte tra la Spagna e il Marocco o la Tunisia, oppure no, se il meccanismo di ripartizione deve essere in parti uguali tra tutti i coniugi o no, se bisogna ottemperare all'applicazione del principio di sufficienza delle pensioni e, per ultimo, sulla necessità di riservare per tale questione un trattamento normativo.

Prima di tutto, in merito alla valutazione globale sull'opportunità o meno di riconoscere efficacia giuridica alla poligamia rispetto al diritto alla pensione di reversibilità del coniuge, la dottrina prevalente ha adottato un criterio favorevole e ha stabilito che, da un lato, l'ordine pubblico internazionale non dovrebbe essere applicato in modo così rigido, dall'altro, che la tutela e la salvaguardia dei diritti della parte più debole devono prevalere, come nel caso del coniuge che altrimenti si vedrebbe privato dei diritti economici.

La difesa del principio di non discriminazione e di protezione per tutti i coniugi è stata formulata, tra gli altri, da López Mosterio<sup>60</sup> che sostiene che la concessione della pensione a uno solo dei coniugi, anche se a quello dei due che risiede in Spagna mentre l'altro soggiorna all'estero, «risulta chiaramente discriminatoria nei confronti degli altri coniugi legali». L'opinione di Lema Tomé<sup>61</sup> è che se il nostro ordinamento giuridico protegge la coscienza e le sue manifestazioni, «deve utilizzarla per tutelare i diritti della parte più debole, in questo caso di due donne, ed evitare di incorrere nella mancanza di protezione di una di loro». Su questa stessa linea, Fernández-Coronado<sup>62</sup> difende l'applicazione del principio di uguaglianza e sostiene che «in questo modo si cerca di evitare di ledere il diritto di pari opportunità e non discriminazione di una delle parti, che si verificherebbe come conseguenza di un ingiusto risultato nel diritto spagnolo, senza che ciò comporti, nel modo più assoluto, un cambiamento nella valutazione illegale della sua natura».

Per quel che riguarda l'interpretazione dell'applicazione del concetto di 'ordine pubblico', diversi autori si sono espressi nel senso di intercedere per una necessaria attenuazione

---

<sup>60</sup> *La poligamia y algunas prestaciones de la Seguridad Social*, in *Aranzadi Social*, n. 19, 2001, p. 3.

<sup>61</sup> Cit., p. 168.

<sup>62</sup> Cit., p. 146.

dello stesso e per l'attuazione 'dell'ordine pubblico attenuato'. Così, Souto Prieto<sup>63</sup> afferma che il matrimonio poligamico non potrà mai essere iscritto nel registro civile, ma che verrà applicato tale concetto per produrre altri effetti secondari, tra i quali il riconoscimento del diritto alla pensione di reversibilità del coniuge. Questo perché «non viene danneggiata la struttura sociale e nemmeno l'INSS (Istituto Nazionale della Sicurezza Sociale) o altri soggetti, mentre viene tutelata la dignità della seconda moglie». Si sono espressi in termini analoghi Beltran de Heredia<sup>64</sup> e Soto Moya<sup>65</sup>.

Dopo che la Corte Suprema ha pubblicato la sentenza del 24 gennaio 2018, anche altri autori hanno deciso di sostenerne il principio, per cui la seconda sentenza del 2019, priva di un'opinione divergente, potrebbe avere il supporto di tale corrente dottrinale che ne consolida le argomentazioni. Così, Valverde Martínez Carrascosa e González<sup>66</sup> difendono, con vari argomenti, il principio che non costituisce alcun danno significativo alla struttura fondante né alla coesione della società spagnola la tendenza innegabile ad applicare la legge del foro alla formazione del matrimonio<sup>67</sup> e la constatazione che fare ricorso all'applicazione dell'ordine pubblico internazionale è un principio giusto, equo, imparziale e conforme al diritto. Anche Ortiz Vidal elogia il contenuto della sentenza, sulla base del fatto che, da una parte, ritiene che il riconoscimento del valore giuridico della poligamia non comporta, in nessun caso, il sostegno né l'incentivazione di tale istituto nel nostro Paese<sup>68</sup>. D'altro lato, la Corte Suprema in proposito ha suggerito un'interpretazione estensiva dei concetti di 'matrimonio legittimo' e 'coniuge legittimo', una prospettiva di apertura che l'autrice plaude perché, parole sue, permette di «dare una risposta alle necessità sociali che esige la società occidentale del XXI secolo», anche se ciò dovesse obbligare a 'prender le distanze' dalla lettera della normativa applicabile<sup>69</sup>.

---

<sup>63</sup> Cit., p. 150 ss.

<sup>64</sup> *La pensión de viudedad y la ley 40/2007: anatomía de un divorcio*, in *Actualidad Laboral*, n. 19, 2012, p. 6.

<sup>65</sup> *Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad de varios cónyuges coetáneos del causante*, in *Bitácora Millennium*, n. 3, 2016, p. 13.

<sup>66</sup> *Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 2, 2018.

<sup>67</sup> Entrambi a p. 726.

<sup>68</sup> Cit., p. 77.

<sup>69</sup> P. 86.



Contro la validità dei matrimoni poligamici, sotto tutti gli aspetti, si sono pronunciati De No Vazquez<sup>70</sup> e De La Flor Fernández<sup>71</sup>, la quale sostiene che «la poligamia non può essere diversamente considerata nell'ambito della sicurezza sociale». Concorda con lo stesso ragionamento Díaz Aznarte<sup>72</sup>, che afferma che la stessa condotta non può essere considerata un reato dal Codice Penale e, contemporaneamente, avere effetti per la previdenza sociale. A titolo aggiuntivo, sostiene che così si ledono i diritti fondamentali e che consentire nel XXI secolo che la poligamia produca effetti giuridici è inaccettabile. E Perez Vaquero<sup>73</sup> precisa che l'ordine sociale «non può continuare ad agire come un verso libero rispetto alle altre giurisdizioni»<sup>74</sup>, senza che si possa ricorrere all'art. 41 della Costituzione Spagnola in merito alla necessaria tutela della famiglia, visto che si tratta di un principio basilare della politica sociale ed economica dello Stato.

In secondo luogo, in merito alla necessità di attribuire o meno un'interpretazione estensiva (o analogica) alla convenzione sulla previdenza sociale tra Spagna e Marocco, così come intesa e applicata dalla Corte Suprema nelle sue sentenze, in modo che non si applichi solamente a fattispecie che possono ricondursi a tale convenzione, ma che ispiri anche l'interpretazione delle norme interne della previdenza sociale spagnola, autori come Juarez Perez<sup>75</sup> condividevano tale criterio, sostenendo che tale formula risulta adeguata per produrre giustizia materiale. La soluzione della sentenza del 24 gennaio 2018 viene applaudita anche da Valverde Martínez e Carrascosa González<sup>76</sup>, con argomentazioni simili. Al contrario, altri autori hanno sollevato dubbi, giuridicamente parlando, circa la praticabilità di tale soluzione, come nel caso di López Terrada e Martínez Pozuelo<sup>77</sup>.

Infine, il discutibile sistema di ripartizione delle pensioni tra i diversi coniugi utilizzato dalla Corte Suprema, invece, è stato contestato dalla dottrina, che fondamentalmente ha

---

<sup>70</sup> *Poligamia y pensión de viudedad*, in *Actualidad Laboral*, n. 13, 2004, p. 22.

<sup>71</sup> *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Siviglia, 2002, p. 161.

<sup>72</sup> *Protección social de la población inmigrante y poligamia, ¿hacia una nueva configuración de la pensión de viudedad?*, *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, 2001, p. 769.

<sup>73</sup> *Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad, en España y en la Unión Europea*, in *Aranzadi Doctrinal*, n. 1, 2015, p. 7.

<sup>74</sup> Nella stessa ottica in *Las pensiones de la poligamia*, in *Derecho y Cambio Social*, n. 19, 2009, p. 1, si afferma che è sorprendente che alla poligamia siano stati attribuiti effetti giuridici.

<sup>75</sup> *Jurisdicción española y poligamia islámica: un matrimonio forzado?*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 23, 2012, p. 41.

<sup>76</sup> *Cit.*, p. 729.

<sup>77</sup> *Los efectos del matrimonio poligámico en España: la pensión de viudedad*, *cit.*, p. 309.

voluto mettere in risalto l'incomprensibile diversità di trattamento con il regime giuridico stabilito dalle norme spagnole per le situazioni relative alle crisi coniugali. Ragionano in tal senso Díaz Aznarte<sup>78</sup> e Molina Hermosilla<sup>79</sup>: infatti, come sostiene quest'ultima, si riesce a «ottenere una maggiore protezione economica, nel caso di concorso di richiedenti, per chi è rimasto per più anni in tale situazione». Souto Prieto<sup>80</sup>, tuttavia, sostiene la teoria successiva della Corte Suprema, asserendo che un trattamento diversificato tra i diversi coniugi non si capirebbe. In generale, in merito alla questione, la dottrina non palesa in modo così chiaro la propria posizione a favore del principio della Corte Suprema, come succede per l'ammissione generale del pagamento delle molteplici pensioni di reversibilità.

La relazione tra la questione esaminata e il principio di sufficienza delle pensioni è un tema che non viene esaminato, nelle sue sentenze, dalla Corte Suprema. Tuttavia, la dottrina invece ha utilizzato tale argomento, in alcuni casi (Díaz Aznarte<sup>81</sup>), con lo scopo di stabilire che il criterio adottato dalla Corte potrebbe violare tale principio.

Infine, in ripetute occasioni la dottrina ha fatto emergere la necessità di proporre un trattamento normativo della questione, per evitare l'incertezza del diritto e per evitare che sia necessario applicare delle interpretazioni della stessa legge generale sulla previdenza sociale tanto forzate. Tra gli altri, possiamo citare Lema Tomé<sup>82</sup> e Juárez Pérez<sup>83</sup>.

Per quanto attiene al criterio dei Tribunali Superiori di Giustizia in merito al diritto alla pensione di reversibilità, nel momento in cui si è verificata la rottura di alcuni dei vincoli del matrimonio prima della data di morte del soggetto dante causa, la dottrina, in diverse occasioni, non si è espressa e, allo stesso modo, possiamo osservare delle posizioni contraddittorie. Possiamo, pertanto, concludere che l'incidenza della dottrina non è così evidente. A sostegno del rendere efficace la figura del 'ripudio', per evitare la mancanza di protezione dei coniugi coinvolti, Cervilla Garzón<sup>84</sup> sostiene che, anche se il ripudio in quanto tale è lesivo del principio di uguaglianza e non discriminazione, ci sono tre circostanze che giocano a

---

<sup>78</sup> Cit., p. 767.

<sup>79</sup> *Poligamia del trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges supervivientes*, in *Aranzadi Social*, n. 298, 2001, p. 4.

<sup>80</sup> Cit., p. 154.

<sup>81</sup> Cit., p. 769.

<sup>82</sup> Cit., p. 167.

<sup>83</sup> Cit., p. 41.

<sup>84</sup> Cit., p. 153 ss.

favore del riconoscimento della sua efficacia da parte dell'ordine pubblico spagnolo. La prima è il fatto che esista, durante il suo iter, un controllo giudiziario, visto che la sua validità dipende da una preventiva autorizzazione giudiziaria. La seconda è l'obbligo della citazione giudiziaria alla moglie per garantirne i diritti economici. La terza, ovvero quella, che a nostro giudizio, risulta veramente determinante, è il fatto che deve essere la moglie ad assumere l'iniziativa di iniziare il procedimento di riconoscimento del divorzio in Spagna (*exequatur*), poiché mette in evidenza la sua volontà che la rottura del vincolo matrimoniale abbia efficacia<sup>85</sup>. Nella direzione opposta, Martín Jiménez<sup>86</sup> afferma che non esiste un'argomentazione definitiva e convincente per rifiutare l'applicazione della legge straniera, prevista dalla Convenzione sulla previdenza sociale tra Spagna e Marocco, ai casi di poligamia, poiché si rifiuta l'applicazione della norma che nega i diritti alla sposa divorziata. A suo giudizio, il nesso della soluzione nell'interpretazione integrativa, congiunta e sistematica delle norme applicabili, non è valido.

#### 4. *In conclusione*

La poligamia non sta producendo effetti negativi nel riconoscimento del diritto alla pensione di reversibilità del sistema spagnolo della previdenza sociale, almeno non sulla base dell'esistenza di una norma giuridica interna, ma piuttosto alla discutibile applicazione della Convenzione Spagna-Marocco sulla previdenza sociale in via interpretativa e alla consolidata giurisprudenza della Corte Suprema. Una situazione giuridica così anomala richiede un intervento da parte del legislatore in modo da unificare il criterio da seguire in merito al Paese nel quale si contrae il matrimonio, in relazione al regime di previdenza sociale che deve riconoscere la pensione e in relazione al criterio di ripartizione da seguire nelle situazioni di crisi coniugale. Una normazione che, riteniamo, deve garantire la tutela del principio di uguaglianza e non discriminazione.

La posizione della dottrina in materia, prima della pubblicazione delle sentenze della Corte Suprema, è stata contraddittoria, al pari delle risoluzioni dei tribunali ordinari. Tuttavia diversi autori sono stati, sostanzialmente, d'accordo nelle loro argomentazioni con l'Alta

---

<sup>85</sup> In questo senso l'Ordinanza della Corte Suprema del 21 aprile 1998 ne riconosce l'efficacia, *exequatur* n. 1360/1997.

<sup>86</sup> *Reparto de la pensión de viudedad en supuestos de poligamia*, in *Aranzadi Social*, n. 7119, 2002, p. 2.

Corte in merito alla difesa del mantenimento del diritto alla pensione di reversibilità per tutti i coniugi. Addirittura possiamo dire che la maggioranza abbia sostenuto il criterio della Corte, espresso nella prima sentenza del 24 gennaio 2018. Sembra, quindi, che, anche senza una posizione dottrinale completamente unanime, dottrina e giurisprudenza si siano date la mano per concedere l'efficacia giuridica a una situazione contraria all'ordine pubblico, nell'interesse della tutela economica delle donne sposate in regime di poligamia.

Anche rispetto alle pensioni di reversibilità ai figli orfani non vengono rilevati effetti negativi, ma, in questo caso, non viene rilevato un principio legale discutibile, né occorre ricorrere all'applicazione di una convenzione bilaterale, visto che, oltretutto, in base alla tutela del superiore interesse del minore si tratta di un principio giuridicamente necessario. Anche la dottrina, inoltre, ha sostenuto tale criterio.

*Abstract*

In questo studio viene svolta un'analisi sul possibile effetto che la conclusione di un matrimonio poligamico può avere sul diritto alle prestazioni di previdenza sociale in Spagna, considerando che la sua ammissibilità è compatibile con l'identità islamica, ma contraria a principi costituzionali essenziali come il diritto alla non discriminazione. E questo tenendo conto dell'insieme delle prestazioni coperte dal sistema spagnolo e con particolare attenzione ai criteri dei tribunali in relazione alle pensioni più controverse, quali sono quelle di reversibilità del coniuge e le pensioni di reversibilità di tutti i figli, mettendo in evidenza l'impatto dei criteri dottrinali sul loro contenuto.

*Abstract*

In this study we carry out an analysis on the possible effect that the conclusion of a polygamous marriage can have on the right to social security benefits in Spain, considering that its admission is part of the Islamic identity but is contrary to essential constitutional principles such as the law non-discrimination. And this taking in to account all the benefits covered by the Spanish system and with particular attention to the criteria of the courts in

relation to the most controversial pensions, such as those widowhood and orphan allowances, warning of the impact of doctrinal criteria on their content.

Cadice, gennaio 2021.