

PER IL DIALOGO

IL MATRIMONIO NEL MAGHREB FRA TRADIZIONE ISLAMICA E MODERNITÀ

PREMESSA

L'approfondimento di una qualunque componente del mondo islamico, come del suo sistema giuridico, necessita di alcune precisazioni. E ciò è ancor più evidente quando ad essere considerati sono momenti quali la formazione e l'estinzione del rapporto familiare come sono regolati nelle legislazioni moderne di alcuni Paesi dell'area del Maghreb la cui analisi richiede delle puntualizzazioni.

Si deve in primo luogo tenere presente che si è di fronte ad una concezione religiosa che vede in Dio il Capo ed Unico Legislatore della Comunità dei Credenti.

Il momento più importante della dottrina islamica, risiede proprio nell'interconnessione tra fede e diritto da cui poi sorge e si articola il sistema giuridico che affonda le sue radici nel Testo Sacro rivelato. Nel *Corano* confluiscono i precetti religiosi e le norme giuridiche: sia le norme regolanti l'agire umano che le norme del credere.

La prima e fondamentale fonte del diritto islamico è dunque il *Corano*: ne deriva quindi che in siffatto sistema non esiste alcuna distinzione tra norma giuridica e norma etica — tra *ius* e *fas* secondo la terminologia derivata dalla tradizione greco-romana e poi recepita da quella giudaico-cristiana — in quanto anche le norme che regolano i comportamenti dell'uomo partono da Dio.

In una società organizzata su tali basi, la famiglia si pone come elemento aggregante, con una struttura che si delinea e si perfeziona definitivamente con l'affermazione dell'Islam.

L'Islam si è fondato sul sostrato preesistente nelle genti e nella cultura di quell'area geograficamente individuabile nella penisola

arabica, operando alcune importanti innovazioni che non possono però essere considerate mutamenti radicali della «organizzazione» familiare preislamica. Infatti si tratta di modifiche che non hanno inciso sostanzialmente sulla struttura della famiglia, ma sono state piuttosto degli adattamenti resisi necessari in relazione all'evoluzione culturale e politica del popolo arabo. Alcuni istituti, retaggio di usi primitivi, sono stati accolti anche se con motivazioni diverse; mentre sono evidenti i tentativi operati nell'intento di rendere più consoni alla dignità umana alcuni aspetti della vita condotta dai beduini.

Non va dimenticato che un notevole impulso, soprattutto dopo la scomparsa del Profeta, è stato dato al sistema giuridico islamico dall'apporto delle quattro scuole giuridiche¹ che ne hanno elaborato ed interpretato i principi, rendendone possibile la diffusione e l'applicazione pratica nella vita quotidiana, soprattutto nelle materie che sono molto importanti nell'ordinario svolgersi dell'esistenza e della vita di relazione di un popolo.

La determinazione degli istituti — e degli elementi che ne fanno parte — del diritto di famiglia risulta per l'opera di giuristi che

¹ Le scuole giuridiche nel mondo islamico sono sorte dalla graduale trasformazione delle «antiche scuole» prive di alcuna struttura organizzativa, in cui si riunivano gli eruditi di varie città, con il compito di interpretare i precetti del *Corano*.

La scuola di diritto hanafita fu fondata ad opera di Abu Hanifa (699-767), la sua dottrina è caratterizzata da una tendenza molto più liberale rispetto a quella delle altre scuole, grazie anche al frequente ricorso al *gyas*, il ragionamento analogico nel considerare la fattispecie giuridica. L'area di diffusione di questa scuola si estende ai territori che furono parte dell'Impero ottomano, in Asia, in India, in Afghanistan.

Malik ibn-Anas (710-795) diede origine alla scuola malichita. La scuola malichita si rivela particolarmente importante poiché pare che la dottrina di questa scuola corrisponda a quella della scuola medinese, scuola che rivendica una maggiore autorità in quanto Medina è stata la sede del governo di Maometto. La dottrina della scuola malichita si è diffusa nei Paesi dell'Africa settentrionale e nell'Africa orientale.

La scuola sciafeita fu fondata da Muhammad al Shafii (767-820) cui va il merito di aver codificato il *fiqh*, la giurisprudenza, tentando di conciliare la *Sunna* del Profeta con le tesi dei dotti di diverse città. La scuola sciafeita è diffusa nell'Arabia meridionale, in Africa orientale, in Indonesia e in una parte dell'Egitto.

Infine, la scuola hanbalita fondata da Ahmad ibn-Hanbal è la scuola più conservatrice in quanto riconosce come fonte esclusiva del diritto musulmano il *Corano* e gli *Hadîts*. La scuola è diffusa soltanto in Arabia Saudita.

Per un maggiore approfondimento cf. W. Montgomery Watt - A.T. Welch, *L'Islam Maometto e il Corano*, collana «Storia delle Religioni» 4, Milano 1981, pp. 276 ss.

hanno saputo adattare detti istituti, interpretando i precetti del *Corano* alle esigenze del Popolo arabo.

Grande preminenza viene data al matrimonio, di cui si analizzano le singole componenti: dalla formazione fino alla possibile cessazione del rapporto, regolandone ogni singolo aspetto con una inclinazione che tende a privilegiare in primo luogo la stabilità del rapporto tra i coniugi, tenendo sempre presente la finalità ultima da ravvisarsi nella tutela della famiglia come tutela dell'intera comunità.

Dal rapporto familiare visto piuttosto in funzione della collettività che non dei due coniugi, derivano quelle situazioni particolari che caratterizzano la famiglia islamica e che inducono a ravvisare situazioni discriminanti, soprattutto per la donna, oltre ad una costante disparità nei diritti e doveri dei coniugi. Esempi immediati possono essere la poligamia, il diritto di ripudio unilaterale concesso al marito, la limitata capacità d'agire della donna.

Ma al di là di considerazioni più largamente di tipo culturale che richiedono un necessario riferimento agli usi e alle tradizioni del popolo arabo, si è portati a credere che l'esistenza di tali istituti, di tali modi di vivere, si fondi innanzitutto su motivazioni di carattere economico, poiché obiettivo primario è la salvaguardia della famiglia.

E bisogna aggiungere che laddove il diritto riconosciuto diviene abuso si ravvisa un certo tentativo di porre alcune limitazioni: come è reso evidente nel *Corano* a proposito dei precetti che regolano il ripudio e relativamente alle limitazioni imposte al regime poligamico.

Questi tentativi rivolti alla tutela della persona, oltre che in primo luogo a quella della famiglia, sono evidenti in maniera macroscopica nelle legislazioni vigenti nei singoli Paesi dell'area maghrebina.

I. IL SUPERAMENTO DELLA TRADIZIONE ISLAMICA

Lo *Statuto Personale*² si evolve in seguito alle esigenze del mondo moderno ed alle prese di coscienza di nuovi valori, cercando

² Per *Statuto Personale* si intende quel complesso di norme emanato dall'autorità competente per un particolare gruppo o confessione religiosa, disciplinanti in particolare le materie (rapporti di famiglia, matrimonio, successioni, donazioni) che più direttamente riguardano la capacità di agire di coloro cui si riferiscono.

anzitutto di stabilire una eguaglianza di diritti e doveri tra uomo e donna.

Al di là della promozione e della tutela della donna e del bambino, si tratta di una nuova visione della famiglia, e ogni Stato maghrebino ha adattato i *Codici di Statuto Personale* alle condizioni di vita odierne, sforzandosi di imprimervi proprie caratteristiche essenziali: può pertanto rilevarsi che oggi i *Codici* rappresentino un compromesso tra i valori della famiglia classica e quelli della attuale *struttura familiare*; tra le tradizioni musulmane e le inevitabili recezioni delle legislazioni straniere soprattutto europee; tra gli apporti delle dottrine delle scuole giuridiche della tradizione musulmana e l'iniziativa legislativa espressa dai rispettivi ordinamenti interni.

In Tunisia, in Marocco e — con procedimenti e tempi diversi — in Algeria le riforme si realizzano definitivamente con l'accesso all'indipendenza dalla dominazione coloniale francese.

La famiglia in questi Paesi, per i soggetti di fede musulmana, è retta dai principi coranici applicati secondo l'interpretazione delle scuole giuridiche in maniera alquanto rigorosa. Il dominio religioso è così radicalmente affermato che l'apparato dello Stato si mostra del tutto impotente per ciò che riguarda il diritto di famiglia, lasciando la regolamentazione della materia familiare alle varie confessioni e la competenza nella giurisdizione matrimoniale ai tribunali religiosi.

Il definirsi della struttura giuridico-politica dei nuovi Stati nella fisionomia dello Stato moderno così come maturata nelle esperienze europee e più ampiamente occidentali, crea dei profondi mutamenti, considerata ormai la non più adeguata rispondenza delle leggi religiose — siano islamiche, mosaiche o della tradizione cristiana — alle nuove esigenze di società pluralistiche che realizzano tale connotazione soprattutto riguardo ai diritti e doveri fondamentali della persona umana.

La creazione di una organizzazione giudiziaria quale uno dei poteri dello Stato, esige d'altronde che vengano predisposti per ciò che riguarda lo *Statuto Personale* nuovi testi più chiari e accessibili tanto ai giudici quanto ai cittadini: la redazione di appositi *Codici* comporta necessariamente una riforma del diritto tradizionale per renderlo conforme alle aspirazioni di ogni Popolo.

Infatti una panoramica generale sui Paesi musulmani mostra che lo *Statuto Personale* tradizionale se continua ad essere generalmente applicato, in alcuni Paesi musulmani è già stato sostituito — mentre in altri sono in corso tentativi di sostituzione — con uno *Statuto Personale* moderno che riflette la fisionomia e la forma di governo assunte dai nuovi Stati. Non si tratta più di *Statuto Personale* strictu senso, inteso cioè come appartenenza del soggetto alla propria religione — solo il Libano presenta ancora tale situazione giuridica «confessionale»³ — ma del tentativo di unificare i diversi Statuti e conseguentemente i tribunali per giungere alla creazione di un *Codice unico di Statuto Personale*.

Questa «situazione giuridica» definita «laica», molto simile all'esperienza giuridica occidentale, mette in atto una separazione tra giurisdizione civile e giurisdizione religiosa, abolendo quest'ultima ed estendendo il *Codice di Statuto Personale* a tutti i cittadini, indipendentemente da qualsiasi appartenenza a gruppi o confessioni religiose. Naturalmente nell'articolato panorama del mondo islamico questo fenomeno ha confini limitati, poiché solo Turchia, Costa d'Avorio, Mali e Tunisia hanno operato tale scelta, mentre la maggior parte dei *Codici* e delle leggi emanate in materia di *Statuto Personale* negli altri Paesi musulmani ricalca per lo più le norme ossequianti la tradizione islamica seppure nel tentativo di adeguarsi agli impulsi che promanano da una lenta ma inesorabile evoluzione.

1. Il matrimonio

Se si fa riferimento all'area maghrebina, più direttamente influenzata da motivi di ordine storico e di contiguità geografica dall'esperienza dell'Europa, emerge che nei *Codici* moderni la disciplina del matrimonio non diverge, in linea di massima, dai canoni fondamentali del diritto classico. Se si fa eccezione per il *Codice tunisino di Statuto Personale* — *Majalla* — che si presenta più innovativo in alcune materie, si può affermare che i legislatori degli Stati

³ Cf. M. Borrmans, *Statut Personnel et droit familial en pays musulmans*, in «Proche-Orient Chretien», tome XXIII (1973), pp. 136 ss.

del Maghreb abbiano codificato i precetti coranici posti alla base del diritto di famiglia musulmano.

È sintomatico di una realtà che poggia su una salda fede che — se pur pervasa da una spinta verso una modifica dei costumi e della cultura, tipicamente occidentalizzante — rimane ancorata alla tradizione araba, caratterizzante in modo singolare ed unico i popoli che ne fanno parte.

Quindi il dato obiettivamente ricavabile è che si è di fronte ad una codificazione del diritto musulmano secondo l'interpretazione malichita. E questo nonostante molti studiosi siano di parere opposto, palesando straordinarie innovazioni nel diritto dei Paesi islamici ed offrendo suggestive argomentazioni come fondamento⁴.

L'esempio della Tunisia è di per sé sufficiente a dimostrare come nonostante le aperture verso una concezione della laicità dello Stato, evidenziata da «coraggiose» scelte anche nel campo del diritto di famiglia, il diritto tradizionale continui ad essere alla base della scienza giuridica e consequenzialmente della attività legislativa espressa dagli organi deputati a tale funzione.

L'aver adottato la tecnica della codificazione — che si è visto dovuta all'influenza occidentale, soprattutto francese — non può non essere considerato positivamente in rapporto ad una maggiore attenzione al rispetto dei diritti e libertà fondamentali della persona e dimostra un notevole sforzo innovativo dei Paesi islamici verso l'elaborazione di una sistematica giuridica propria, che nel rispetto delle tradizioni sia inserita con coerenza nel contesto storico, politico e culturale di ognuno di essi.

Le definizioni date dai *Codici di Statuto Personale* del Marocco e della Tunisia sul matrimonio denotano una chiara ispirazione al diritto musulmano malichita dal momento che contengono la disciplina giuridica del matrimonio secondo la dottrina tradizionale.

È evidente l'intento di dare all'istituzione matrimoniale il carattere di una unione stabile e duratura — mai indissolubile — aven-

⁴ Cf. C. Chehata, *L'évolution moderne du droit de la famille en pays d'Islam*, in «Revue Des Etudes Islamique», XXXVII (1969); M. Charfi, *Le droit tunisien de la famille entre l'Islam e la modernité*, in «Revue Tunisien» De Droit (1973); E. Pannella, *Riforma della famiglia nei paesi musulmani del Maghreb*, «Vita Sociale» (1973); B. Atallah, *Le droit de la famille dans les pays de l'Afrique du Nord*, in «Introduction à l'Afrique du Nord Contemporain», Paris 1975.

te come fine la procreazione e fondata sulla lealtà e sulla fedeltà, obblighi questi che riguardano però solo la donna. Nei Paesi islamici, infatti, è solo la moglie che può commettere adulterio. Non è considerato tale, lo stesso comportamento messo in atto dall'uomo.

Il matrimonio musulmano, inserito nella categoria dei contratti, deve essere costituito mediante il consenso dei due coniugi ed è un contratto rivestito di una certa solennità, la stessa che esiste ancora nei Paesi Nord-Africani, in cui sotto l'influenza occidentale si è organizzato un apparato di stato civile che prevede l'iscrizione dei cittadini nei registri delle nascite, dei matrimoni e dei decessi. Conseguo a questa innovazione amministrativa, che lo scambio dei consensi debba avvenire alla presenza di due testimoni, dinanzi ad un ufficiale dello stato civile designato a celebrare il matrimonio, o dinanzi ad un giudice ovvero un notaio che si incarichi di trasmettere una copia dell'atto all'ufficiale di stato civile ⁵.

I *Codici* moderni hanno vietato il matrimonio dei minori, stabilendo una età minima che oscilla tra i diciotto e i venti anni per l'uomo e tra i quindici e i diciassette per la donna. Inoltre i legislatori stabiliscono che il matrimonio tra due soggetti che non abbiano raggiunto la maggiore età sia subordinato all'autorizzazione del tutore legale; solo nel caso in cui questi opponga un ingiustificato rifiuto, l'autorizzazione alla stipulazione del contratto matrimoniale viene data dal giudice, sempre tenendo presenti i premienti interessi degli sposi ⁶.

Il consenso dei futuri coniugi, secondo la regola generale del diritto islamico, deve essere integrato da quello del *wali*, il curatore matrimoniale, la cui presenza è per alcuni giuristi necessaria per

⁵ È importante rilevare che la Tunisia è l'unico tra gli Stati magrebini, e uno dei pochi tra tutti i Paesi islamici, ad avere ratificato il 24 gennaio 1968 la *Convenzione sulla nazionalità della donna sposata*, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 29 gennaio 1957 ed entrata in vigore l'11 agosto 1958 e la *Convenzione sul consenso, l'età minima e la registrazione dei matrimoni*, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 7 novembre 1962 ed entrata in vigore il 9 dicembre 1964.

⁶ Cf. *Codice tunisino di Statuto Personale — Majalla — (Codice Tunisino)*, articolo 6; *Codice marocchino di Statuto Personale — Mudawwana — (Codice Marocchino)*, articolo 9; *Codice di Famiglia algerino (Codice algerino)*, articolo 7, paragrafo 2.

la validità del contratto, mentre secondo altri serve ad integrare il consenso espresso dalla donna.

Il *Codice tunisino* a questo proposito crea un divario con la tradizione classica del diritto musulmano, riconoscendo la validità del matrimonio costituito dal consenso degli sposi ⁷.

Con questa norma il legislatore ha inteso abolire l'obbligo di ricorrere alla volontà di un terzo — il *wali* appunto — per integrare il consenso della donna. Nello stesso tempo è stato abolito il diritto di coazione del padre sulla figlia, dimostrando maggiore sensibilità nei confronti delle donne ritenute così capaci di poter decidere per la propria vita.

La validità del matrimonio deve essere sostenuta, inoltre, dalla assenza di impedimenti che possano ostacolarne la formazione.

Le norme degli *Statuti Personali* che disciplinano gli impedimenti matrimoniali non sono differenti da quanto prescrive il diritto musulmano tradizionale, i legislatori hanno soltanto codificato l'elaborazione dottrinale dei giuristi svolta sulla base dei precetti coranici.

Si riscontrano notevoli divergenze dalla dottrina classica soltanto nel *Codice tunisino* in cui è sancita l'abolizione della poligamia ⁸. La Tunisia è l'unico Paese arabo che ha soppresso la poligamia, fondando la ragione della proibizione sul versetto 43 della IV Sura del *Corano*: «Sposate pure due, tre, quattro donne di cui siete innamorati: ma se temete di diventare ingiusti sposatene una sola» ⁹.

Il termine «ingiusto» può essere inteso tanto sul piano economico, quanto sul piano affettivo: ingiustizia nel creare condizioni di vita diverse tra le co-spose, tendendo a determinare privilegi fortemente dannosi per la vita coniugale.

Ma la preoccupazione principale è rivolta alla famiglia che deve essere sostenuta economicamente dal capo-famiglia.

In situazioni di indigenza è fatto esplicito divieto prendere più mogli, al fine di evitare la creazione di nuclei familiari cui è impossibile assicurare un sostegno economico adeguato alle esigenze.

⁷ *Codice Tunisino*, articolo 3: «Il matrimonio è costituito dal consenso degli sposi» (nostra traduzione).

⁸ *Ibid.*, articolo 18: «La poligamia è vietata» (nostra traduzione).

⁹ *Il Corano* (introduzione, traduzione e commento di F. Peirone), 2 voll., Milano 1982.

Si deve sottolineare che non si mette in discussione l'aspetto etico della poligamia. Non si tratta di giustificare o meno la liceità che l'uomo sposi due, tre o quattro donne. Il problema riguarda piuttosto l'aspetto economico in funzione di migliori livelli di vita per i membri della Comunità musulmana.

Questa realtà per altro è presente nei Paesi islamici al punto che, pur non operando scelte simili a quella tunisina, anche il legislatore marocchino pone un limite alla poligamia.

Un altro aspetto inerente alla disciplina della dote che nei *Codici* maghrebini è conforme ai principi del diritto malichita: la costituzione del *mahr*¹⁰ è condizione di validità del contratto matrimoniale. Quindi, il contratto deve contenere la determinazione di una dote da pagare alla donna nei tempi e nei modi previsti dal diritto musulmano tradizionale.

Anche le norme che determinano gli effetti del matrimonio nei Paesi maghrebini si rifanno all'insegnamento della scuola malichita.

Il legislatore tunisino riprende il regime della separazione dei beni esistente nel sistema malichita riguardo al patrimonio dei coniugi. Inoltre l'autonomia patrimoniale della donna subisce una limitazione perché anch'ella deve contribuire con il suo patrimonio alle necessità della famiglia.

La partecipazione della donna alla conduzione della vita familiare con il proprio patrimonio indica ancora una volta come l'interesse preminente per il legislatore tunisino, sia lo sviluppo e la salvaguardia del nucleo familiare.

Non si deve ravvisare in questo intervento un interesse maggiore per la donna: se così fosse stato, si sarebbero dettate norme per disciplinare la gestione del suo patrimonio. Il fatto che questa goda di assoluta libertà indica soltanto che non c'è affatto interesse verso i suoi atti, se non quando questi pregiudichino direttamente gli interessi della famiglia: infatti è solo in questo caso che è prevista la necessaria autorizzazione del marito.

Può comunque dirsi che la normativa che regola il matrimonio vigente nei Paesi del Maghreb oggi presenta in generale una

¹⁰ In lingua araba, il *Mahr* è la dote che deve costituirsi per la validità del contratto matrimoniale.

conformità con la tradizione classica musulmana fatta eccezione per la sola legislazione della Tunisia caratterizzata da una spinta evolutiva, quasi a volersi prospettare un futuro prossimo in sintonia con il modello occidentale.

2. Il ripudio e il divorzio: il particolare caso della Tunisia

Una riflessione si impone riguardo alle norme che disciplinano i modi di estinzione del rapporto giuridico matrimoniale, che nei *Codici* dei Paesi maghrebini presentano alcune importanti peculiarità.

La tendenza verso un'apertura riformista è rilevata ancora una volta nella legislazione tunisina in cui si abolisce esplicitamente ogni forma di ripudio, mentre gli altri *Codici* uniformemente continuano a contemplare, nel rispetto del diritto islamico tradizionale, il ripudio unilaterale.

La *talaq* — privilegio esclusivo dell'uomo di porre fine al matrimonio, senza il consenso della donna e senza la necessità del ricorso al giudice — ancora oggi è, dunque, largamente presente nelle società musulmane del Maghreb.

Più ampiamente l'istituto continua ad essere contemplato nelle legislazioni dei Paesi islamici, resistendo ad ogni tentativo di riforma, soprattutto perché spesso tali Paesi mancano di adeguati strumenti legislativi per limitare l'uso indiscriminato del ripudio e le gravi conseguenze che ne derivano sul piano dei rapporti familiari.

Infatti, se si escludono i Paesi che l'hanno completamente abolito, il ripudio, nei *Codici* della maggior parte dei Paesi musulmani non è stato modificato, anzi viene definito un privilegio che l'Islam riconosce all'uomo.

La Tunisia si pone dunque come l'unico Paese nell'area maghrebina che abbia operato una radicale rivoluzione riguardo al diritto tradizionale, riconoscendo il divorzio come unico mezzo per porre fine al rapporto matrimoniale.

È difficile valutare nei suoi significati prossimi e remoti l'innovazione introdotta dal legislatore tunisino. Ad una prima lettura sembra che possa situarsi al di fuori della dottrina elaborata dai giuristi malichiti, mentre nello stesso tempo una diversa considera-

zione delle norme relative al divorzio consente di cogliere in esse nient'altro che i tradizionali modi di scioglimento del vincolo: la sola novità è nel ricorso alla giurisdizione del giudice.

Invero forse, né l'una, né l'altra considerazione possono rilevarsi appropriate, sebbene entrambe contengano elementi senz'altro veritieri.

Alla mente del legislatore il divorzio è considerato una conseguenza del fallimento della vita in comune e pone fine ad una situazione insostenibile e gravosa per entrambi i coniugi ¹¹. È comunque certo che l'intervento del giudice — ogni qualvolta il divorzio sia richiesto da entrambi i coniugi o da uno di essi — risponda all'esigenza di quanti, giuristi e autori aspiravano ad una riforma del sistema di famiglia soprattutto in materia di divorzio, viste anche le istanze dei movimenti femminili fautori di molteplici rivendicazioni ¹².

Il legislatore tunisino ha previsto anche il procedimento di conciliazione ¹³ esteso a tutte le forme di divorzio compreso il divorzio consensuale, superando così sia la disposizione del *Corano* che stabilisce il procedimento di conciliazione nel solo caso di separazione dei coniugi, sia l'elaborazione dottrinale malichita che la prevede nel caso in cui la donna non abbia prodotto, accanto alle sue accuse nei confronti del marito, la prova testimoniale.

L'articolo 31 del *Codice tunisino*, regola il divorzio giudiziario facendo ricorso a quegli elementi alla base dell'istituto che per la dottrina malichita sono causa di «pregiudizio» subito dal coniuge che presenta l'istanza di divorzio. Sono tradizionalmente causa di pregiudizio i comportamenti anomali del coniuge, alcuni atteggiamenti assunti nei riguardi del partner ed anche la condizione sociale.

¹¹ Cf. M. Borrmans, *Divorce et abus du droit en Tunisie. A propos de l'article 31 du Code du Statut Personnel*, in «Revue de l'Institut des Belles Lettres Arabes», XXX (1967), p. 232.

¹² Cf. Al-Tahir al haddad, *Imrâ'atu-nâ fi l-sari'a wa-l-mugtama*, [traduzione di M. Matafarrij], riportato in M. Borrmans, *Documents sur la famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, in «Oriente Moderno», vol. LIX (1979), p. 34.

¹³ Il procedimento di conciliazione è previsto nel *Corano* al versetto 35 della IV Sura: «Se temete che due coniugi vogliano divorziare, andate in cerca di un arbitro da parte della famiglia di lui e di un altro da parte della famiglia di lei. Se la coppia desidera riconciliarsi, il Dio è capace di ristabilire tra loro l'intesa».

Il concetto di pregiudizio nella *Majalla* è esteso anche ai vizi redibitori ¹⁴. In questo caso il danno non deriva da una serie di atti compiuti dal coniuge, ma da situazioni fisiche o psichiche che si manifestano nel coniuge, generalmente dopo la stipulazione del contratto di matrimonio, prima o dopo la consumazione del matrimonio.

In questo modo il legislatore consente al marito di usufruire del divorzio giudiziario con la possibilità di ottenere anch'egli un risarcimento dei danni.

È evidente che viene lasciata alla libera discrezionalità del giudice una dettagliata valutazione dei fatti per stabilire l'ammontare del risarcimento in conformità con il principio che prevede la massima libertà per la sua valutazione.

Anche per il divorzio consensuale ¹⁵, preso in considerazione dallo stesso articolo 31, il legislatore introduce un'altra importante innovazione, in quanto la sentenza del tribunale scioglie il matrimonio, senza che sia necessaria la compensazione versata dalla moglie al marito secondo i dettami del diritto classico.

Ma la più importante novità dell'articolo 31 della *Majalla* rispetto al diritto musulmano classico risiede senza dubbio nella previsione della richiesta di divorzio da parte di uno dei due coniugi senza che un motivo ne giustifichi l'istanza. Si può presumere che ricorrano a questo genere di divorzio coloro che non siano in grado di provare il pregiudizio che derivi loro dalla vita coniugale; coloro i quali obbediscano a motivi estranei alla vita matrimoniale che siano causa di conflitto tra i coniugi e non possano essere rivelati per timore o per pudore.

Si tratta quindi di un divorzio *sui generis*, a dimostrare ancora una volta l'applicazione del principio di uguaglianza tra moglie e marito, con l'attribuzione alla moglie del diritto di decidere di rompere il matrimonio anche a costo di versare un'indennità al marito sotto forma di un risarcimento dei danni.

Risarcimento che così come è nella previsione della *Majalla*, diviene un freno alle numerose richieste di divorzio, anche perché

¹⁴ Per vizi redibitori si intendono quei vizi sconosciuti all'atto della celebrazione del matrimonio che determinano, una volta manifestatisi, la risoluzione del contratto di matrimonio.

¹⁵ *Codice Marocchino*, articolo 56.2.3

la valutazione del fatto e l'ammontare della somma deve essere stabilita caso per caso dal giudice.

E la giurisprudenza considera il coniuge che in applicazione dell'articolo 31 rompe il legame coniugale, reo di fare cattivo uso dei suoi diritti, superando i limiti che gli sono riconosciuti e abusando dell'esercizio del potere concessogli.

Considerata come un tentativo di frenare i frequenti casi di scioglimento del vincolo matrimoniale, l'applicazione troppo liberale dell'articolo 31, proprio perché pone i due coniugi in una situazione di completa uguaglianza, rischia invece di provocare un consistente numero di divorzi. Per questo motivo il giudice applica a questo articolo la teoria dell'«abuso del diritto»¹⁶. Il danno, la situazione gravosa che il coniuge sostiene di subire, per poter essere valutata deve dunque essere giustificata, in caso contrario l'istanza comporta un abuso del diritto che si configura nella richiesta di divorzio.

La completa libertà di iniziativa e la perfetta uguaglianza tra uomo e donna sono dunque i due principi ispiratori della legislazione tunisina in materia di divorzio. Questo grande rispetto verso la libertà dei coniugi è allo stesso tempo temperato dal principio della stabilità della famiglia.

La normativa prevista all'articolo 31, così come l'articolo 32 che prevede il procedimento di conciliazione, dimostra che, pur nel rispetto delle libertà dei coniugi, si tende a tutelare e a promuovere la stabilità della famiglia opponendo alcuni limiti alla loro iniziativa quanto alla eventualità di dissoluzione del vincolo matrimoniale.

Ciò che va rilevato è che non si tratta di limiti insuperabili, che riducono a pure e semplici forme senza valore i principi affermati: non sono infatti espliciti divieti. Il risarcimento dei danni è inserito in perfetta sintonia con la libertà di iniziativa dei coniugi. Può essere ravvisato invece un tentativo di porre l'uomo di fronte ad una scelta consapevole e razionale che va al di là del valore del risarcimento.

¹⁶ Cf. M. Borrmans, *Divorce et abus...*, cit., pp. 259.

È dunque notevole la portata della legislazione tunisina tendente alla promozione della famiglia e alla sua stabilità, come pure ad una maggiore libertà e autonomia dei membri che la compongono.

Promozione che deve necessariamente compiersi nel rispetto delle tradizioni socio-culturali e giuridiche dell'identità propria di ogni popolo, e nello stesso tempo aprirsi verso le nuove realtà del mondo contemporaneo, da cui recepire valori ed elementi comuni da tradurre in quegli strumenti giuridici necessari a garantire nella giusta dimensione il pieno sviluppo di ogni persona umana.

ANNAMARIA PALANTONI