

IL MATRIMONIO NELLE LEGGI DEI PAESI ISLAMICI DEL BACINO DEL MEDITERRANEO

Il Diritto islamico rappresenta, con riferimento alla sua diffusione nel mondo, il terzo grande sistema giuridico mondiale ed è la fonte del vigente diritto positivo dei Paesi musulmani, ma ha una sua particolarità in quanto, almeno in via di principio e teorica, nell'Islam la sfera religiosa non è distinta da quella giuridica.

Con riferimento a questo principio base vanno però esaminate tre considerazioni e avvenimenti di particolare importanza che hanno sviluppato dei cambiamenti, a volte anche profondi, nel Diritto islamico:

- 1) L'avvicinarsi all'Occidente del Diritto islamico al fine di sviluppare l'economia e soprattutto rami nuovi, tipo il diritto costituzionale, commerciale, penale e delle banche per evitare una fossilizzazione che avrebbe ostacolato lo sviluppo economico dei Paesi musulmani; stessi.
- 2) La necessità pratica di dare un ordine a norme particolari, da tempo regolate dalle normative tradizionali e spesso tribali, come tutto ciò che si riferisce al matrimonio e al Diritto di Famiglia, codificandole con la conseguenza di contrapporsi alle norme tradizionali, con tutti i problemi che ne sono conseguiti a seconda anche delle scuole religiose in cui venivano ad inserirsi.
- 3) La necessità, avvicinandosi all'Occidente, di istituire Tribunali di tipo occidentale, abbandonando le figure tradizionali del qaddi e degli organismi giurisdizionali vigenti da secoli. Questi cambiamenti, come si può facilmente comprendere, si sono verificati a "macchia di leopardo", e non sono stati uguali e con la stessa forza di penetrazione in tutti i Paesi di Diritto islamico con le contraddizioni e le problematiche che sono sorte e che oggi possiamo vedere. Prima dell'avvento dell'islamismo il sistema giuridico vigente era basato sulle consuetudini, che quindi variavano notevolmente da tribù a tribù, e non esisteva un sistema giudiziario articolato con Giudici di concezione occidentale e moderna, ma le controversie erano devolute ad un arbitro (hakam), spesso il Capo della tribù o per lo meno una persona alla quale veniva riconosciuto un alto rispetto all'interno della Comunità, per le sue doti personali e di lignaggio.

LE FONTI CANONICHE DEL DIRITTO ISLAMICO

A) Le Fonti canoniche del Diritto Islamico sono:

- 1) Il Corano
- 2) la Sunnah

2 bis Hadith

- 2 a Libri Canonici del Hadith
- 2b Accettazione di un Hadith
- 2c Classificazione degli Hadith
- 2d Argomenti trattati dal hadith

- 3 La Ijma
- 4) La Qiyas

B) Le Fonti non canoniche del Diritto Islamico

- 1) L'Urf.
- 2) Le decisioni giudiziarie
- 3) Il Qanun
- 4) la Maslaba

Come notoriamente da alcuni anni si sa anche in Occidente le fonti canoniche del Diritto islamico si rapportano, e spesso si identificano, con le fonti stesse della teologia islamica; nel mondo islamico non esiste né la figura del nostro giurista né le facoltà giurisprudenziali come sono organizzate in Occidente.

Esaminiamo brevemente le Fonti canoniche del Diritto islamico e cominciamo dalla assolutamente più importante fra tutte: Il Corano (Al Qur 'han)

Il termine arabo Al Quran significa salmodiare e recitare a voce alta.

E' il Libro sacro per eccellenza rivelato dal Dio a Muhammad e si compone di 114 sure, tutte introdotte dalla formula " in nome di Dio clemente e misericordioso"

Il Quran è per il musulmano la Parola di Dio, e non del Suo profeta Muhammad, secondo la tradizione islamica fu rivelato in lingua araba e quindi l'arabo coranico è considerato una lingua sacra.

Il Corano va salmodiato in questa lingua in quanto è la Parola di Dio.

Comunque pur essendo la fonte principale del Diritto islamico, soprattutto per certe scuole rigorosamente tradizionali, il Quran dei circa 6237 versetti (sure) che lo compongono solamente circa il 12% si riferisce a argomenti giuridici.

La Sunnah

La parola araba Sunnah indica un concetto che in italiano significa "un comportamento"

Mentre la parola araba Hadith significa Tradizione trasmessa oralmente, di un detto, un fatto.

Queste due parole sono frequentemente associate per ricordare e richiamarsi alla condotta islamica del Profeta Muhammad, parole e linea di condotta che sono state trasmesse nei secoli oralmente, tramite una catena di persone qualificate, un lignaggio, degne di fede in cui il primo che cominciò la trasmissione fu testimone personalmente del fatto o del detto e apparteneva al gruppo dei primi seguaci del Profeta.

La Sunnah, molto importante si riferisce a quelle Pratiche o comportamenti in certe situazioni che furono parte integrante della Missione Profetica, avevano quindi per oggetto un comportamento di Muhammad che era ispirato da Dio.

Fu molto difficile e lo è ancora, ed è alla base di tante divisioni oggi nel mondo islamico identificare le pratiche che avessero veramente ad oggetto un comportamento o un fatto di Muhammad, quindi secondo la Tradizione islamica, ispirate da Dio e non vi fu e non vi è alcuna opinione concorde quali hadith siano da ritenersi attendibili e quali siano frutto di interpretazioni di scuole che si formarono in seguito.

Una piccola curiosità: già in una collezione del IX secolo, quindi molto vicina all'epoca in cui visse Muhammad, si elencavano 300.000 Hadith di cui oggi sembra che ne siano state riconosciute come attendibili solo 8000.

In quel periodo si formarono, come ho detto, numerose raccolte di sunnah, e anche i silenzi del Profeta potevano indicare di osservare o meno un certo comportamento circa un certo evento.

L'insieme delle Sunnah costituisce la Tradizione sacra o Sunna ed è seguita dalla maggior parte dei musulmani che vengono appellati sunniti.

Sunniti e Sciti

Credo sia importante accennare molto brevemente alla differenza che intercorre tra Sciti e Sunniti.

La questione verte soprattutto sulla Guida(imamato) della Comunità islamica la Umma e chi fosse qualificato a guidarla dopo la morte di Muhammad.

Gli Sciti considerarono e continuano a ritenere che la Guida della Comunità Islamica, la Umma, spettasse a un discendente della Famiglia del Profeta.

In particolare ritenevano che la Guida fosse stata trasmessa dal Profeta a suo cugino e genero Ali.

I Sunniti ritenevano e ritengono che qualsiasi musulmano di buona capacità religiosa, in senso ampio, anche non discendente dalla Famiglia del Profeta potesse guidare la Comunità, anche se preferivano che almeno appartenesse alla Sua Tribù, i Coreisciti da Quraysh che era la tribù di Muhammad.

In seguito con l'avvento della scrittura la Tradizione orale fu messa per iscritto,

Desidero ricordare che il Corano stesso era trasmesso oralmente e imparato a memoria, poi quando il gran numero delle sure fece ritenere la necessità di trascriverlo secondo la tradizione fu uno dei primi discepoli che seguiva Muhammad a trascriverlo su foglie di palma servendosi di uno stiletto.

Rientra fra le Fonti canoniche del Diritto islamico sia il Criterio per l'accettazione di un Hadith che la Classificazione degli Hadith e gli Argomenti trattati da un Hadith.

Tralascio per economia di tempo e per non rendere pesante la relazione detti criteri, coloro che si appassioneranno a queste tematiche potranno svolgere le loro ricerche personali.

Ijma

Un'altra Fonte canonica del Diritto islamico, molto importante, ma che nei secoli ha fatto nascere numerose dispute e purtroppo alimentare l'intolleranza è la Ijma.

La Ijma, con una certa "forzatura" che Vi prego di consentirmi al fine di rendere un concetto non facile per noi occidentali può "ricordare" le sentenze pronunziate a Sezioni Unite della nostra Corte di Cassazione.

Ossia il Corano stesso e la Sunnah e le Hadith anche esaminate ed interpretate in modo accurato e con le migliori intenzioni inevitabilmente lasciavano qualche problema insoluto.

Lo stesso decorrere del tempo creava nuove situazioni di vita o le mutava e gli stessi pareri degli ulema(studiosi) non erano in grado di integrare la Parola di Dio, non ne avevano certamente l'autorevolezza.

La Umma, la Comunità dei fedeli, tramite i propri esperti si rifece ad una Tradizione della Sunnah stessa che afferma" che se la comunità dei giuristi teologici dà il suo consenso unanime"ad un certo fatto, questa interpretazione NON può essere errata.

Ma ancora oggi non è facile ritenere nella varietà del mondo musulmano quando si è in presenza di una "vera" Ijma, quali giuristi teologi sono abilitati, quanti debbano essere e come debba essere espresso il loro parere resta oggetto di aperte diatribe.

Qiyas

La Qiyas è una fonte specificamente giuridica e si valeva e si vale dell'analogia, e fu oggetto di accese controversie nella soluzione dei problemi giudiziari, in quanto si riteneva empio che il pensiero umano potesse sopperire ed addirittura ammettere una lacuna divina.

L'analogia consiste nell'applicare lo stesso metro di giudizio ad un caso in esame che per le situazioni di fatto che presenta può essere assimilato ad altro caso, molto simile, già deciso in precedenza.

La fonte analogica in un primo tempo fu estranea al Diritto islamico.

LE FONTI NON CANONICHE

L'estensione delle conquiste islamiche fu molto ampia e anche relativamente veloce, e si formarono grandi stati islamici che durarono fino al XIX secolo

Nuovi problemi si dovevano risolvere, legati allo sviluppo del commercio, e ai rapporti che intercorrevano tra le comunità locali e i dominatori islamici, rapporti il più delle volte pacifici, malgrado una certa visione bellicosa che si ha soprattutto oggi dell'Islam.

Occorreva modificare e integrare il sistema giudiziario prettamente islamico delle origini con altre realtà sociali e con altri strumenti legali e non trascurare le forti tradizioni locali.

Va ricordato però che le Fonti non canoniche che adesso brevemente esamineremo non fanno parte delle Fonti classiche islamiche di cui sopra.

L' URF

- 1) La prima fonte non canonica che incontriamo è l'urf, che vuol dire consuetudine. Oggi vi sono Paesi di Diritto islamico retti da un Diritto consuetudinario non islamico, come l'Indonesia, che peraltro esula dalla presente trattazione, e Paesi di Diritto islamico in cui l'Urf pare esclusa dalle fonti stesse del Diritto.
- 2) L'Urf si richiama a periodi storico sociali antecedenti la formazione del Diritto islamico di alcuni territori, ed integra, in qualche caso il Diritto Islamico Ufficiale. Nelle campagne, lontano dai grandi centri urbani dove vi è meno Cultura l'Urf può essere molto forte. Nel diritto matrimoniale che andremo ad esaminare l'Urf per esempio varia da tribù a tribù, da luogo a luogo e può stabilire il termine entro cui il marito deve pagare la dote alla sposa, e questo termine varia col variare dell'Urf a seconda del posto in cui si conclude il contratto matrimoniale.

LE DECISIONI GIUDIZIARIE

Le decisioni giudiziarie integrano le Fonti non canoniche del Diritto islamico e in particolare il consuetudinario. e queste pronunce variavano e variano a seconda delle scuole a cui si riferiscono: I Malakiti si rapportavano alle decisioni emanate a Medina, gli Hanbaliti e Hanafiti a quelle irachene e gli Shafiiti a quelle della Mecca.

L'evento della Fuga di Muhammad (egira nel 622) dalla Mecca a Medina creò una divisione nel Diritto islamico, una più attinente ad una società di mercanti, l'altra ad una società di nomadi, di beduini.

QANUN

A seguito della rapida espansione delle conquiste del mondo islamico si formarono regni ed imperi e alcune forme rudimentali di parlamento che portarono come ultima fonte non canonica del Diritto Islamico al Decreto (qanun) del Sovrano del singolo Paese in cui regnava, con la conseguenza di creare una doppia giurisdizione: il Cadì giudice monocratico religioso continuò ad applicare la Legge sacra, il tribunali laici il Qanun, da cui il nostro termine giuridico "canone". con tutte le controversie che si possono immaginare.

MASLABA

Un ultimissima Fonte di Diritto non canonico formatasi in tempi recenti si rapportò e prese in considerazione il concetto di “pubblico interesse”.

In Tunisia, per esempio, ricorrendo al concetto della Maslaba si introdusse un limite alla poligamia (avere più mogli) considerando che ragionevolmente era impossibile che un uomo le trattasse tutte e quattro nello stesso modo, soprattutto economico, e quindi essendo impossibile assicurare a tutte uno stesso trattamento economico, ciò era contrario al dettame del Corano, che consente in via di principio di avere fino a quattro mogli, se l'uomo può trattarle tutte nello stesso modo, ed era anche contraria al pubblico interesse e alla nuova società che si evolveva e si stava formando.

LA DONNA E LA SHARI'A'

Ontologicamente parlando l'Islam riconosce la parità escatologica tra l'uomo e la donna, recita un versetto del Corano: “Io non permetto che il bene, da chiunque di voi, maschio o femmina, sia fatto vada perduto. Tutti voi siete uguali” ma in diverse disposizioni sempre contenute nel Corano si legge che: “gli uomini sono un gradino più in alto delle donne”.

Parlare del matrimonio nel Diritto islamico non può esimerci di accennare alla Shari'a', la Legge islamica sacra che è composta dal Corano e dalle Sunnah ed è un insieme di norme religiose, giuridiche sociali con numerosi doveri che il buon mussulmano deve rispettare, e per il mussulmano rigoroso rappresenta la più assoluta e completa sottomissione dell'uomo a Dio.

La Shari'a' organizza tutta la vita della persona, sia individuale che collettiva.

La Shari'a' è molto forte nei Paesi integralisti, negli ambienti rurali e tra le fasce di popolazione con minore cultura.

I diritti di una donna in una grande città sono regolati dagli Statuti personali riformati e dalle leggi spesso abbastanza laiche dello Stato, ma a poche centinaia di chilometri dai grandi centri, nelle piccole comunità, nei villaggi e nelle tribù la Shari'a' ha una grande forza, come del resto la consuetudine, come già detto e gli usi tribali.

E' da chiarire che, considerato che il Diritto islamico si differenzia in circa 60 Paesi in cui è vigente, non esiste un unico “tipo” di donna mussulmana.

Lo status, i diritti, il ruolo della donna variano moltissimo e la stessa Legge Sacra è stata interpretata, attraverso i secoli, in modo diverso a seconda che intervenisse il pensiero sunnita o scita, o le diverse scuole coraniche nei vari Paesi.

Probabilmente è nella famiglia che si nota, secondo la Shari'a', la più grande differenza tra l'uomo e la donna, una famiglia spesso patriarcale retta da regole e consuetudini arcaiche e rigidissime, in cui come ai tempi degli antichi romani, il pater familias aveva diritto di vita e di morte.

La patria potestà spetta esclusivamente al padre e secondo la Shari'a' il marito ha il ta' dib', ossia un vero e proprio diritto di correzione sulla propria moglie, che gli consente anche mezzi coercitivi anche violenti.

Detto diritto, come vedremo è stato abolito dalle leggi laiche in alcuni Stati, ma anche in questi, nelle campagne la Shari'a' riprende forza.

Ed è considerata nel Corano e quindi nella Shari'a' l'ammissibilità della poligamia ossia la possibilità per l'uomo di avere fino a quattro mogli, anche se oggi in alcuni Stati è espressamente vietata o resa molto difficoltosa.

In pratica secondo la Legge Sacra la posizione della donna è molto subordinata a quella dell'uomo, anche per interpretazioni integraliste e per permettere a certe élites di mantenere una loro posizione

di potere acquisita attraverso i secoli e mantenere le distanze dall'Occidente nei casi in cui ciò è loro conveniente.

Nei confronti della donna, soprattutto poco istruita, spesso analfabeta nelle campagne, la coercizione più forte è forse quella psicologica, di violare qualcosa di sacro e di essere esclusa dalla Umma, dalla comunità dei credenti e quindi anche dai mezzi di sostentamento che il più delle volte appartengono all'uomo.

Ma anche nei confronti della Shari'a sono esistiti ed esistono spazi per discutere, riflettere, confrontarsi e talvolta una attenta ed equilibrata lettura del Corano stesso mitiga la rigidità e durezza di certe disposizioni date troppo spesso e con disinvoltura per scontate.

Se la donna appartiene alla comunità Sciita i maschietti stanno con la madre fino a due anni, le femmine fino a sette anni, una giurisprudenza, contestata, ma più recente permette di tenerli più a lungo, ma se la donna si risposa perde il diritto ai figli e questi le sono tolti.

Un tempo, alla morte del padre, quando venivano oltrepassati detti termini di età dei figli, e la madre li aveva in custodia, gli stessi dovevano andare con i parenti del padre, non dalla madre, ma durante la guerra Iran-Iraq, visto il gran numero di vedove fu concesso il diritto di tenere i figli e la reversibilità dello stipendio del marito, senza che i parenti di questo, almeno legalmente potessero interferire.

Questo diritto ottenuto dopo una guerra tragica dalle donne è oggi riconosciuto a tutte le donne che perdono il marito.

Nella comunità sunnita prevale il diritto della madre su quello del padre, almeno in teoria, in caso di figlio maschio la madre può occuparsene fino a sette o nove anni, se è una femmina fino alla maggiore età della stessa.

Un'egiziana ottiene in genere l'affidamento dei figli salvo che il marito dimostri che non è adatta oppure se si risposa.

I tribunali tunisini valutano caso per caso.

In Algeria la custodia dei figli spetta in genere alle madri e i padri hanno diritto di visita, al compimento dei dieci anni i maschi vanno a vivere col padre, mentre le figlie rimangono con la madre fino al matrimonio.

In caso di morte del coniuge le donne algerine hanno automaticamente diritto alla custodia dei figli. Però nel mondo musulmano, come spesso da noi, le donne che ottengono la custodia dei figli difficilmente riescono a farsi pagare dall'ex marito l'assegno di mantenimento. Per se stesse e spesso anche per i figli.

Non si può certo parlare di eguaglianza tra uomo e donna e vi sono fortissimi ostacoli, soprattutto religiosi, consuetudinari e tribali che ostacolano il cambiamento delle leggi.

Vi segnalo una particolarità che appartiene al mondo musulmano: la madre decade dalla custodia dei figli se si risposa con un uomo proibito (ossia un non musulmano), infatti mentre un uomo può sposare una donna del Libro, la Bibbia, ossia una donna cristiana o ebrea ciò non è ammesso per la donna che deve sposare un musulmano, al fine anche di garantire che i figli siano musulmani e educati nella religione musulmana.

Se nel caso di una donna non musulmana che abbia avuto l'affidamento dei figli si crea il timore che li allontani dalla religione del padre musulmano, ciò è motivo per toglierle i figli.

Comunque è molto difficile, in un Paese islamico, che una donna non convertita all'Islam possa ottenere l'affidamento dei figli, sempre per il timore che non li educi nella religione islamica o, come spesso accade, voglia tornare nel suo Paese di origine.

Il padre rimane sempre il tutore legale per tutte le decisioni riguardanti i figli e va ricordato che raramente il Governo Italiano ha la possibilità di intervenire nelle diatribe, spesso pesanti, circa la possibilità della madre occidentale di vedere i figli, in quanto vi sono Stati islamici che non hanno ratificato le convenzioni internazionali.

Sarebbe opportuno tentare di prevenire queste penose situazioni, soprattutto con un'informazione corretta dei diritti che spetteranno o meno a ciascun coniuge, le persone di religione diversa spesso

si sposano con troppa leggerezza senza essere informate che in caso di fallimento del matrimonio vi possono essere, soprattutto per la donna, problematiche molto pesanti.

Qualora poi la donna non convertita andasse ad abitare nel Paese di origine del marito è opportuno mantenere contatti col proprio consolato, informandolo se cominciano a sorgere dei problemi, far iscrivere i figli anche sul proprio passaporto e non farlo confiscare dal marito, come spesso accade.

Evitare di sollevare questioni legali di divorzio davanti ai Tribunali Islamici, che difficilmente le affiderebbero i figli, ma aspettare di essere tornata in Italia, davanti ad un Giudice Italiano.

Non abbandonare mai il tetto coniugale in quanto ciò, in certi Paesi islamici, potrebbe essere valido motivo per il marito di effettuare il ripudio.

Ricordiamo ancora una volta che, purtroppo, quasi tutti i Paesi islamici non hanno ancora ratificato la Carta Internazionale sui Diritti dei Bambini, quindi le leggi italiane o occidentali sull'affidamento e sulla libertà di espressione del minore non saranno mai riconosciute dai Tribunali islamici.

Ripeto una corretta informazione preventiva potrebbe far valutare meglio e con più razionalità l'intenzione, rispettabilissima, di sposare una persona di religione islamica o occidentale.

FRAGILITA' DEI MATRIMONI MISTI

Da quanto esposto in via panoramica si può osservare che vi sono forti differenze culturali e di vita che rendono difficile, anche se non impossibile, la durata di un matrimonio fra un occidentale e una persona di religione mussulmana, soprattutto quando è il marito ad essere mussulmano, anche perchè spesso l'uomo mussulmano tende ad imporre abitudini di vita non accettabili da una donna occidentale, e vivendo in un Paese occidentale soffre della diversità culturale e sociale che non gli riconosce quel potere che ha sulla moglie nel suo Paese di origine..

In Italia, dagli ultimi dati, si evidenzia che l'80% dei matrimoni misti fallisce.

IL MATRIMONIO NEI PAESI DEL BACINO DEL MEDITERRANEO

Esaminiamo ora più in dettaglio l'istituto del matrimonio nei Paesi del Magreb, che comprende i Paesi...verso "dove tramonta il sole" seconda una espressione araba, ossia il Marocco, l'Algeria, la Tunisia, la Libia, l'Egitto, poi vedremo brevemente la normativa della Giordania, e del Libano che non fanno parte dei Paesi magrebini. Ho limitato a questi Paesi l'esame della normativa dato il tempo a disposizione.

Si può dire in linea di massima che per tutti detti Paesi la famiglia è un'istituzione divina, nikah, ed è l'unica unione legittima tra i sessi.

Il matrimonio è un dovere sia religioso che civile per il mussulmano, non è visto in modo favorevole il celibato e tanto meno la donna nubile, che spesso rimane emarginata dalla società, in quanto non "produce", termine brutto ma veritiero, figli e rimane spesso priva di mezzi di sostentamento.

L'uomo mussulmano può sposarsi se è in grado di pagare il dono nuziale, la dote, se ha mezzi per mantenere la famiglia, anche se la moglie dovesse essere ricchissima, e tema di cadere in "tentazione" rimanendo celibe.

E' il curatore matrimoniale del futuro sposo, il wali, che chiederà per lui la mano della sposa all'agnato, parente maschio più prossimo alla sposa, tramite un intermediario il khatrib.

E' vietato chiedere in matrimonio

- 1) una donna già fidanzata con un altro, salvo che questi sia un non mussulmano o persona immorale

2) e la donna che sia nel periodo legale di ritiro, idda, per vedovanza(che dura circa tre mesi) o per ripudio.

Il fidanzato e l'intermediario hanno di solito diritto di vedere il viso e le mani della futura sposa, è il rito dell'esibizione delle bellezze, e il rito, anche molto bello, delle decorazioni con l'hennè, la pianta dalla quale si estrae il colore bruno-nero per fare decorazioni rituali.

E' riprovevole per chi non ha un lavoro per mantenersi chiedere una donna in sposa, ed è peccato per chi soffre di impotenza o non è in grado di mantenere la moglie, anche se ricca.

Elementi essenziali del matrimonio

Elementi essenziali del matrimonio sono: la capacità delle parti, il loro consenso, l'espressione del consenso, l'oggetto del contratto: il dono nuziale.

Il diritto malakita che vige nel Magreb dall'Egitto al Marocco, statuisce che per validamente stipulare il contratto di matrimonio occorre che gli sposi abbiano la capacità giuridica.

Gli impedimenti che la vietano sono: impedimenti da vincolo di sangue, parentela, affinità e allattamento, ossia in certi casi essere stati allattati dalla stessa donna:

Impedimenti riguardanti un precedente matrimonio per la donna, e per l'uomo, l'impossibilità di sposare più di quattro mogli, ma come si è detto la poligamia in alcuni Stati è stata abolita o resa molto difficile.

L'esistenza del triplice ripudio, l'uomo non può risposare la donna che ha ripudiato per tre volte, salvo che questa si sia risposata e poi divorziata, allora il primo marito può risposarla.

La differenza di religione: ossia una donna mussulmana non può sposare un uomo non mussulmano, mentre un uomo mussulmano può sposare un'ebrea o una cristiana.

Il contratto di matrimonio viene poi firmato dai futuri sposi e dal curatore matrimoniale, il wali, che è un vecchio istituto arabo, il contratto di matrimonio senza il wali non è valido e il wali deve essere mussulmano, di sesso maschile pubere e sano di mente.

La donna è esclusa dall'assumere l'ufficio della curatela in quanto il wali è un ufficio pubblico.

L'espressione del consenso al matrimonio.

L'espressione del consenso è molto semplice ed effettuata dal wali e che lo sposo o chi lo rappresenta dichiara di accettare ed mostri il dono nuziale.

Il consenso della sposa deve essere chiaramente manifestato se:

è già stata sposata o non è più vergine, se è stata emancipata, se è orfana, se il contratto di matrimonio comprende beni mobili o immobili determinate, in questo caso è considerato una compravendita.

Il consenso deve essere dato con volontà definitiva e non sottoposto a termine o condizione.

L'OGGETTO DEL CONTRATTO MATRIMONIALE

L'oggetto del contratto matrimoniale nei riguardi della donna è tutto ciò che il marito le deve, una somma o beni mobili o immobili, sotto forma di dono nuziale, il mahr o sadaq, ed è un'antica consuetudine preislamica, praticamente il costo della sposa pagato ai parenti maschi.

Per quanto riguarda il marito l'oggetto del contratto sono i diritti che acquisisce sulla donna, sul corpo della donna e il diritto di correzione per esempio, con il contratto matrimoniale.

Il mahr, o dono nuziale è un elemento essenziale del contratto di matrimonio, escluderlo significherebbe rendere nullo il contratto stesso.

Il mahr deve essere determinato nel contratto, anche dagli sposi, se non è determinato il suo ammontare può essere rimesso anche ad un terzo o a un giudice.

Firmato il contratto di matrimonio la donna acquisisce la piena proprietà del dono nuziale, che può essere pagato interamente al momento della stipulazione o in parte in un momento successivo, in questo caso si tratta di un credito a termine che la sposa acquista e che viene denominato kali. L'omissione dell'indicazione del pagamento del kali rende il contratto rescindibile fino a quando il matrimonio non sia stato consumato, altrimenti sarà il giudice ad assegnare al marito un termine obbligatorio entro il quale il kali deve essere pagato. Il corredo della sposa, che rimane di sua proprietà esclusiva deve essere acquistato con un parte del dono nuziale in contanti.

PROVA DEL MATRIMONIO

Altro elemento essenziale del contratto di matrimonio nel diritto malikita, ossia in tutto il Nord Africa, è dare al contratto matrimoniale una dovuta pubblicità, una specie delle nostre pubblicazioni di matrimonio, in quanto è proprio la pubblicità che distingue l'unione legittima, unica ammessa nel mondo islamico tra un uomo e una donna, dalle unioni libere o dalla prostituzione, chiamata zina, che è una ,permettetemi l'espressione, parodia di matrimonio, che può durare anche un'ora, al fine di "consentire" la prostituzione oppure quando le condizioni economiche delle famiglie sono tragiche il padre può vendere per un certo periodo una figlia, contro il pagamento di un prezzo che viene assimilato al dono nuziale, ma tutto ciò non ha assolutamente nulla a che vedere col contratto di matrimonio, come ben si può capire. Al contratto di matrimonio devono presenziare, di regola, due testimoni di credo mussulmano, maschi, puberi e sani di mente.

ELEMENTI CHE DETERMINANO LA NULLITA' DEL MATRIMONIO

Come si evince dal titolo del presente capitolo, la mancanza di uno dei seguenti elementi rende nullo il contratto di matrimoni, e li riassumerò brevemente:

Si hanno due ipotesi:

A) nullità assoluta del contratto di matrimonio nei seguenti casi:

- 1) esistenza di un impedimento legale, parentela o l'allattamento, infatti i due sposi non devono essere stati allattati dalla stessa donna.
- 2) Incapacità dei coniugi, se il marito ha già quattro mogli, e se la donna è già sposata;
- 3) Se il matrimonio viene contratto a tempo, si cadrebbe nell'ipotesi della zina, e non di un vero contratto matrimoniale che non deve essere sottoposto a limiti di tempo
- 4) contratto matrimoniale di un uomo con una donna che lo stesso ha già ripudiato tre volte, infatti dopo tre ripudi detto istituto diviene definitivo.
- 5) Se il contratto matrimoniale viene stipulato con una donna in ritiro per vedovanza, al fine di determinare la paternità di un eventuale nascituro;
- 6) nullità del contratto matrimoniale stipulato da un uomo mussulmano con una donna politeista e quello di un uomo ebreo o cristiano con una donna mussulmana.

La nullità non può essere sanata è il Giudice dichiarerà nullo il matrimonio sia consumato che non consumato.

B) Rescindibilità del contratto matrimoniale, tra altri diversi casi indicati dal diritto malikita qualora

- 1) il termine per il pagamento del dono nuziale è troppo lontano;
- 2) non viene indicata la data per il pagamento del saldo

- 3) il dono nuziale è esplicitamente escluso dal contratto, ciò talvolta può determinare, come si è detto, la nullità del contratto.
- 4) Il contratto di matrimonio contiene delle clausole contrarie all'istituto stesso, per esempio non fare vita in comune o che il marito non avrà l'obbligo di mantenere la moglie.

In questi casi e altri troppo lunghi da esporre il contratto matrimoniale potrà essere rescisso su domanda di uno dei contraenti e con decisione di un giudice.

Si precisa che il matrimonio è perfetto quando avviene lo scambio dei consensi nei modi fissati dalle legge, la consumazione del matrimonio non è necessaria per la validità dello stesso.e per la perfezione del vincolo, infatti qualora il coniuge uomo decedesse prima della consumazione la moglie non dovrebbe sottoporsi al ritiro legale,e acquisterebbe diritti successori sull'eredità del marito.

La consumazione del matrimonio è di massima importanza quando si dovesse determinare l'attribuzione della paternità al marito.

La paternità può essere presunta quando la donna ha coabitato nella casa del marito ed entrambi erano in grado di avere rapporti sessuali, quando la donna abbia avuto il domicilio per più di un anno nel domicilio del marito.

IL MATRIMONIO IN MAROCCO

In Marocco il matrimonio è regolato dallo Statuto personale che si chiama Mudawwana, che significa raccolta, è stata pubblicata fra il 1957 e il 1959.

Modifiche sono state introdotte sia nel 1993 sia nel 2003.

L'età matrimoniale per contrarre matrimonio è fissata a 15 per le donne e 18 per gli uomini.

Vige la separazione dei beni e la donna ha la capacità giuridica di disporre personalmente dei suoi beni.

E' stato introdotto recentemente il divorzio consensuale e ,anche se a volte solo sulla Carta, il principio di non discriminazione fra uomo e donna.

Vige il ripudio, diritto esclusivo maschile, con la riforma del 1993 è stata abolita la costrizione matrimoniale della donna da parte del padre o del tutore, ma resta un particolare diritto che spetta al tutore di costringere una donna a sposarsi se teme che la stessa possa tenere una condotta immorale, e ciò si presta a molti abusi.

E' lecita la poligamia anche se la donna nel contratto di matrimonio può chiedere che sia inserita la clausola che il marito si limiti ad una sola moglie, ed eventualmente riconoscerle il diritto di chiedere lo scioglimento del matrimonio qualora contravvenisse a detto impegno contrattuale.

Altrimenti la questione può essere rimessa ad un Giudice che può anche valutare il danno che potrebbe avere subito la prima moglie.Occorre il permesso del marito perchè la donna possa lavorare all'estero pena l'annullamento del matrimonio.

Vi sono molte applicazioni contraddittorie ed espedienti che consentono di violare la normativa più moderna e più favorevole alla donna.

IL MATRIMONIO IN ALGERIA

In Algeria la Costituzione all'art. 28 stabilisce l'uguaglianza fra uomo e donna, e l'art. 2 statuisce che l'Islam è la religione dello Stato.

Il Codice della famiglia è stato redatto su un'interpretazione del Diritto islamico in base alle quattro scuole canoniche del diritto islamico.

Gli sposi possono contrarre matrimonio la donna a 18 anni e l'uomo a 21.

Vi sono diritti e doveri reciproci e la donna può disporre dei propri beni economici.

Vige il predominio del marito nelle relazioni familiari, vi è sempre per la donna il tutore matrimoniale, rimane la poligamia, ma deve essere accettata dalla moglie precedente e rimane il ripudio che è tolto al potere del marito e deve essere deciso da un Giudice.

La donna divorziata perde la custodia dei figli, l'adozione è proibita ed è proibito il matrimonio fra una donna mussulmana e un non mussulmano.

Il lavoro femminile fuori di casa, nei villaggi e classi sociali meno scolarizzate può essere considerato abbandono del tetto coniugale e quindi consente al marito di chiedere anche il ripudio. C'è l'obbligo della moglie che ha la custodia del figlio di educarlo nella religione islamica.

IL MATRIMONIO IN TUNISIA

La legislazione della Tunisia deriva da un pensiero positivista laico il Codice di Statuto Personale del 1956, riformato ancora nel 1993 risente ancora della religione islamica ma è in buona parte una legislazione laica.

L'uomo è sempre il capo famiglia, ma sono stati introdotti concetti moderni, ossia che fra i coniugi deve vigere la benevolenza, e la solidarietà reciproca.

Il matrimonio si fonda sul consenso degli sposi e non c'è costrizione.

L'età minima per contrarlo è di 17 anni per la donna e 20 per l'uomo, è vietata la poligamia, trasgredire a questo divieto può comportare una ammenda pecuniaria o addirittura il carcere.

E' stato abolito il ripudio ed è stato introdotto il divorzio consensuale.

La riforma del 1993 ha introdotto il Giudice della Famiglia, con possibilità conciliative e che può prendere provvedimenti provvisori in caso di divorzio.

E' stato abolito il dovere di obbedienza della moglie e introdotto il rispetto reciproco dei diritti matrimoniali.

Vige la separazione dei beni e la donna può gestire da sola il suo patrimonio.

Con la riforma effettuata nel 1993 è stata ammessa l'adozione da parte di coniugi sposati, è anche possibile l'adozione da parte della vedova o della divorziata se l'interesse dell'adottando lo consente.

Il contratto di matrimonio deve essere ufficialmente registrato

Nel caso di divorzio la custodia dei figli spetta alla moglie, ma nel caso di matrimonio misto, con marito tunisino e mussulmano la custodia spetta al padre.

Alcuni giuristi affermano che la donna può avere un domicilio diverso dal marito in caso di lavoro fuori casa, ma è controverso.

IL MATRIMONIO IN LIBIA

Il diritto di famiglia libico si fonda sulla legge libica in materia di matrimonio del 1984, e alcune novità sono state introdotte dalla legge n.22 del 1991 e n.9 del 1993.

Qualora in un caso in esame si presenti una situazione non regolata da detta legge la lacuna viene colmata dalla Legge Sacra, la Sharia'

Sia la donna che l'uomo possono sposarsi a 20 anni, devono essere sani di mente e puberi.

Il matrimonio può essere in certi casi celebrato con l'età della sposa più bassa, ma deve essere autorizzato dal Giudice.

Non si può costringere una ragazza a sposarsi contro al sua volontà, da un punto di vista legale, ma sappiamo quanto siano forti i condizionamenti psicologici familiari e sociali.

In Libia una donna mussulmana non può sposare un uomo non mussulmano.

E' proibito il matrimonio con una donna politeista.

La moglie deve occuparsi del benessere fisico e spirituale del marito, e qualora lo stesso non abbia mezzi economici mentre la donna possieda dei beni, deve provvedere al mantenimento della famiglia al posto del marito.

E' consentita la poligamia, ma il numero delle moglie è limitato a due, con la possibilità della prima moglie di chiedere al Giudice lo scioglimento del matrimonio del marito con la seconda moglie.

IL MATRIMONIO IN EGITTO

In Egitto per la donna sposarsi è praticamente obbligatorio, pena la riprovazione il rifiuto sociale. A volte nelle campagne le bambine di 12 anni si sposano, anche se la legge vieta il matrimonio fino al compimento dei 16 anni di età, ma spesso con sotterfugi la legge è violata.

Se la donna non diviene madre vi è un forte rigetto sociale, ed sono principi preislamici che interferiscono col vero e proprio diritto islamico.

Nelle campagne intorno al corso del Nilo, nei villaggi le donne hanno in media 5/6 figli, nelle città ne hanno in media 3.

La natalità in Egitto è quindi molto alta e ha creato sia la megalopoli del Cairo che altri problemi di vario genere e sociali.

Oggi c'è la possibilità per la donna di chiedere il divorzio, prima vi era solo il ripudio del marito. C'è una fortissima analfabetizzazione della popolazione femminile, nel 2000 circa il 47% della popolazione femminile non sapeva né leggere né scrivere, con tutti i problemi di strumentalizzazione ed emarginazione che ne derivano.

Il marito deve provvedere all'acquisto o all'affitto della casa coniugale e il mantenimento della moglie e dei figli..

Gli stipendi sono molto bassi quindi i giovani si sposano tardi e per avere una vita sessuale ricorrono al matrimonio temporaneo di cui abbiamo accennato, anche se non è legittimo e in caso di gravidanza si avranno figli illegittimi

Il rischio di questi matrimoni temporanei comporta un problema molto grave per la donna, se poi il matrimonio temporaneo non sfocia in quello legittimo la sposa non è più vergine, e questo è un elemento ancora molto importante nel matrimonio.

Può capitare che la sposa non vergine scoperta al momento del matrimonio legittimo sia respinta dal marito, e uccisa dalla propria famiglia in quanto l'avrebbe disonorata.

Ciò avviene spesso nelle periferie, nelle campagne e negli strati più miseri della popolazione.

IL MATRIMONIO IN GIORDANIA

Per contrarre il matrimonio in Giordania occorre che la sposa abbia compiuto i 15 anni e lo sposo i 16 anni; una ragazza che non abbia compiuto i 18 anni non può sposare un uomo più anziano di lei di 20 anni.

L'unica forma di emancipazione della donna dalla propria famiglia, avviene solo tramite il matrimonio, per la legge giordana la donna è assimilata ai minori, quindi soggetta al padre o al tutore.

E' richiesto per il matrimonio il consenso della sposa, ma è difficile capire quando c'è veramente un libero consenso della sposa.

Le ragazze sono molto pressate o costrette psicologicamente a contrarre matrimonio con l'uomo scelto dalla famiglia.

Il marito deve essere in grado di pagare il dono nuziale ed avere la capacità economica a contrarre il matrimonio, la perdita di questa capacità dopo il matrimonio non comporta nessuna decadenza.

La moglie deve obbedire al marito, seguirlo dove lui crederà di fissare il domicilio, se rifiutasse al marito è concesso il diritto al ripudio e la moglie perde i suoi, già limitati, diritti

In certi casi previsti dalla legge la donna può chiedere che siano inserite alcune clausole che limitano il diritto del marito su di lei, può chiedere che il marito non la porti fuori dal Regno, che non prenda altre moglie o riservarsi il diritto di divorziare.

Il marito può chiedere che sia inserita la clausola che la moglie non lavori fuori casa.

Queste clausole che limitano leggermente il diritto del marito trovano applicazione nei contratti matrimoniali di persone istruite, le donne delle classi meno abbienti, spessissimo analfabete non ne conoscono neanche l'esistenza.

La donna ha l'affidamento dei figli ma non la patria potestà che spetta sempre al padre, e l'affidamento dura fino a quando non sono adolescenti., e le donne e i bambini possono per legge, avere il passaporto solo con un atto scritto del marito o del tutore che approvano, quindi per le donne giordane è molto difficile viaggiare liberamente.

IL MATRIMONIO IN LIBANO

Il Libano è caratterizzato da un ordinamento democratico e dal riconoscimento delle libertà pubbliche.

Vi si ritrovano 18 confessioni e la sua costituzione è laica.

Il Libano proprio per questa sua democraticità vi sono stati da sempre matrimoni misti, e si contano 10 Statuti personali a seconda della confessione religiosa: maronita, cattolica, greco ortodossa, druso, scita, sunnita, isrealita, assiro, armeno evangelica ed altri.

Il Libano ha firmato nel 1948 la Carta dei Diritti dell'Uomo che proclama l'uguaglianza fra uomo e donna.

Permangono limitazioni ai diritti della donna a causa dell'influenza islamica e soprattutto in caso di divorzio occorre guardare il credo confessionale degli sposi in quanto vi sono numerosissime differenti soluzioni a seconda dello Statuto personale.

Il Libano non ammette il matrimonio civile, ma data la grande varietà dei credi religiosi presenti, fra i giovani, al fine di ovviare a molte difficoltà viene scelto il matrimonio civile andando a contrarlo a Cipro.

La Legge libanese consente di scegliere lo Statuto personale più confacente alle proprie esigenze, e questo ha creato una situazione di grande confusione e diatribe tra gli stessi giudici e gli avvocati.

In quanto rimane difficile capire quale normativa applicare ai casi che si presentano.

Comunque anche in Libano vige il divieto islamico per la donna di sposare un uomo di altra confessione.

Avv. Anna Maria Monti. Foro di Genova.