

CMC
CENTRO CULTURALE DI MILANO

ISLAM: UNA REALTÁ DA CONOSCERE

“L’Islam e il diritto di famiglia”

interviene

Silvio Ferrari

Milano
04/12/2000

©CMC

CENTRO CULTURALE DI MILANO

Via Zebedia, 2 20123 Milano
tel. 0286455162-68 fax 0286455169

www.cmc.milano.it

CENTRO STUDI SULL'ECUMENISMO

“L'islam e il diritto di famiglia”

lezione del prof. Silvio Ferrari

Vorrei dedicare gran parte della mia esposizione ad una finalità di tipo descrittivo. Vorrei cioè cercare di descrivere i caratteri fondamentali del matrimonio e del diritto di famiglia musulmano. Nel parlare di ciò avrò come punti di riferimento da un lato il matrimonio canonico, ovvero il matrimonio come regolato nel diritto della Chiesa Cattolica, dall'altro il matrimonio civile, il matrimonio disciplinato nel diritto dello Stato italiano (ma in realtà in molti stati europei o occidentali ormai il modello matrimoniale è abbastanza simile). Sicuramente già sapete dalle lezioni precedenti che quando si parla di diritto islamico si possono intendere due cose: il diritto religioso, *shari'a*, e cioè il diritto che trova il suo fondamento nel Corano e nella Sunna, cioè la raccolta di narrazioni, atti e detti di Maometto. Queste sono due fonti di diritto divino e sono le fonti fondamentali del diritto islamico inteso come diritto religioso. Si può poi parlare di diritto islamico anche in riferimento al diritto degli Stati islamici, cioè degli Stati a prevalenza musulmana (Tunisia, Algeria, ecc.), diritto che viene emanato dagli organi competenti di questi Stati. Il diritto di famiglia è essenzialmente parte del diritto religioso, è parte della *shari'a*. Ciò non significa peraltro che gli Stati musulmani non siano intervenuti su questo diritto di famiglia: in realtà lo hanno modificato più o meno profondamente (meno profondamente in Arabia Saudita, più profondamente in Tunisia, per esempio), però la base del diritto di famiglia è il diritto religioso. Quindi i punti di riferimento principali restano il Corano, la Sunna e la elaborazione che su queste fonti di diritto divino è stata effettuata.

Il matrimonio musulmano è essenzialmente un contratto consensuale concluso tra l'uomo e il rappresentante legale della donna. Normalmente non è concluso direttamente tra uomo e donna, la donna è rappresentata da un altro uomo (tornerò più avanti sul significato di questo fatto): mi interessa adesso che nella religione musulmana non esiste una nozione analoga a quella di sacramento così come essa si è sviluppata nella religione cattolica. Il matrimonio non ha nulla di sacramentale: è un contratto, anche se questo non vuol dire che sia solo una realtà profana. Può anche avere importanza sul piano religioso però non ha niente di analogo al sacramento del matrimonio. Questo ha immediatamente dei riflessi su un profilo del matrimonio, quello della indissolubilità, perché la natura sacramentale del matrimonio, così come concepita all'interno della tradizione cristiana, è un elemento importante (anche se non l'unico) della indissolubilità del matrimonio: e infatti nell'islam il matrimonio è dissolubile.

Il diritto matrimoniale musulmano, come quello civile e quello canonico, prevede una serie di impedimenti al matrimonio, cioè dei fatti che precludono la possibilità che due persone si sposino. Molti di questi impedimenti sono analoghi a quelli contenuti in altri diritti (ad esempio l'impedimento di parentela), alcuni sono più particolari: fra tutti assume grande rilievo la disparità di religione. Una donna musulmana non può sposare un uomo non musulmano: tornerò fra poco sul significato di questo fatto. A livello di impedimenti questo è sicuramente il punto dove il diritto musulmano si discosta di più dai diritti civili dell'Occidente e in parte anche dal diritto canonico. Altro elemento da tenere presente nella nostra veloce panoramica è l'importanza che nel diritto musulmano ha l'istituto del *mahr*, una quantità di denaro o di beni che l'uomo si impegna a pagare alla donna: una specie di dote, che però è portata dal marito. Da taluni questo istituto è criticato perché è letto essenzialmente come un prezzo che l'uomo paga per ottenere la disponibilità della donna (e può darsi che vi sia una radice di questo tipo, che risale al periodo pre - islamico, quando l'uomo acquistava il godimento della donna); altri sottolineano la funzione di protezione della donna che questo istituto può avere, nel senso che il pagamento della somma stabilita all'atto del matrimonio, in tutto o in parte è rinviato al momento del ripudio o al momento della morte del

marito, ovvero al momento in cui il matrimonio si scioglie. Il *mahr* ha allora la funzione di tutelare la donna, una funzione di deterrente nei confronti di ripudi troppo avventati da parte del marito e una funzione, in caso di morte del marito, di procurare un minimo di sostentamento alla donna.

Dove le cose cominciano a complicarsi è nel campo dei diritti e dei doveri tra i coniugi, e questo perché nella tradizione musulmana i due coniugi non hanno gli stessi diritti e gli stessi doveri. C'è un versetto del Corano che esprime bene questa diversità e la sua ragione: il versetto dice che gli uomini sono preposti alle donne, a causa della preferenza che Allah concede agli uni rispetto alle altre, e perché gli uomini spendono per le donne i loro beni. Da questo versetto si ricava con sufficiente chiarezza quali sono i ruoli che nella tradizione musulmana spettano all'uomo e alla donna all'interno della famiglia. L'uomo ha il compito primario di mantenere e di proteggere la donna e quindi di assicurare la guida e l'unità della famiglia. Ma l'autorità di cui l'uomo gode per queste finalità deve essere esercitata nell'interesse della moglie e dei figli, che sono i membri più deboli della compagine familiare e quindi hanno diritto alla protezione del marito e del padre. I diritti e i doveri quindi non sono uguali, e non lo sono perché secondo la tradizione musulmana l'uomo e la donna non sono uguali in natura. C'è una differenza *in rerum natura* che si rispecchia nel diritto. La donna quindi ha il dovere di ubbidire al marito, almeno finché il marito non le chieda qualcosa di contrario alla religione musulmana, e ciò implica una serie di conseguenze concrete: ad esempio che la donna possa svolgere una attività lavorativa soltanto con il consenso del marito, che la donna debba seguire il marito nella sua residenza, ecc. Tutto questo non vuol dire però che la donna sia priva di diritti: è più esatto dire che la moglie non ha diritti pari a quelli del marito. Probabilmente l'idea che la donna sia priva di diritti era l'idea che vigeva nell'Arabia pre-islamica, dove la donna era l'oggetto di un contratto matrimoniale stipulato tra il futuro marito da una parte e il padre della donna dall'altra. Da questo punto di vista l'islam determina un progresso nella posizione della donna: in un altro versetto il Corano dice che le donne hanno diritti equivalenti ai loro doveri, ma gli uomini sono loro superiori. La donna è quindi titolare del proprio patrimonio, può acquistare, vendere, stare in giudizio senza l'autorizzazione del marito, non è tenuta a utilizzare i propri beni per il mantenimento della famiglia (questo è compito del marito), ha diritto di successione (succede nel patrimonio del marito in caso di morte di questi). In altre parole, entrambi i coniugi hanno diritti, ma non diritti uguali: e questa è senza dubbio una differenza rilevante rispetto al diritto civile contemporaneo di tutto l'Occidente, che è invece basato sull'idea di assoluta uguaglianza di diritti e di doveri tra uomo e donna.

Questa disparità di posizione tra i coniugi si riflette anche in relazione ai figli. Al padre spetta mantenere ed educare i figli, amministrandone i beni finché i figli sono minori. Il padre rappresenta legalmente i figli e a lui competono tutte le decisioni fondamentali, ad esempio quelle relative all'istruzione, al tipo di lavoro, al matrimonio, ecc. Se il padre è nell'incapacità di esercitare queste funzioni, questi poteri non passano alla madre, ma ad un parente maschio del padre o a un tutore sempre di sesso maschile nominato dal padre stesso. Questo avviene in coerenza con l'idea che l'uomo ha compiti specifici che non possono essere svolti da una donna. Alla madre spetta invece la custodia e la cura dei figli piccoli, quello che noi chiamiamo allevamento dei bambini. In caso di assenza o incapacità della madre, questa funzione non passa al padre, ma passa ad una parente di sesso femminile della madre. Ritorna quell'idea che in natura, e quindi anche nel diritto, le funzioni dell'uomo e della donna sono diverse.

Un terzo punto su cui vorrei soffermarmi in questa rapida carrellata sul matrimonio e il diritto di famiglia musulmano è lo scioglimento del matrimonio. Sono tre le cause di estinzione di un matrimonio: una è ovvia, la morte di uno dei coniugi. Sulle altre due bisogna ragionare un po' di più. Innanzitutto il ripudio: l'uomo (soltanto l'uomo, non la donna) ha diritto di ripudiare la propria moglie. La disciplina del ripudio è complessa, ma sostanzialmente il ripudio consiste in una dichiarazione unilaterale dell'uomo (che dice alla moglie "io ti ripudio"), dichiarazione che non ha bisogno di essere motivata e che è efficace anche se la donna non ne è a conoscenza, è efficace in se stessa. Il ripudio può essere revocato, ma quando il marito ha ripudiato per tre volte la moglie non può più riprenderla con sé e il matrimonio resta sciolto. Il ripudio nelle legislazioni degli Stati

musulmani contemporanei è stato in vario modo limitato: in Tunisia è stato soppresso, in altri paesi è stato introdotto l'obbligo di informazione della moglie oppure di compensazioni economiche a suo favore; in altri casi si è previsto che il ripudio sia pronunciato di fronte ad un tribunale, quindi soggetto a un controllo giudiziale. La moglie non può ripudiare il marito. Può porre termine alla relazione coniugale con il consenso del marito: è il caso di ripudio consensuale, per cui in sostanza è la moglie che chiede al marito di essere ripudiata e il marito pronuncia il ripudio per venire incontro ai desideri della moglie, talvolta dietro un compenso (ad esempio tramite la rinuncia al *mahr*). Altrimenti la donna può ricorrere al tribunale e chiedere il divorzio e questa è la terza causa di scioglimento del matrimonio musulmano. Il divorzio è pronunciato dal tribunale su richiesta della moglie quando ne esistono i presupposti, fissati dalla legge. La spiegazione di questa disparità di posizione fra uomo e donna (l'uomo può ripudiare, la donna deve ricorrere al giudizio del tribunale) è offerta dagli autori musulmani richiamando la situazione di debolezza fisica e psichica della donna rispetto all'uomo e confermando quell'idea di cui ho già parlato secondo cui la donna è il soggetto naturalmente più debole e quindi non può essere posta in posizione di parità giuridica con l'uomo.

Un ultimo elemento che caratterizza il matrimonio musulmano, e anche quello di cui si parla più spesso, è la poligamia: l'uomo ha il diritto di avere fino ad un massimo di quattro mogli contemporaneamente. Gli autori musulmani giustificano e addirittura sostengono la superiorità del modello poligamico rispetto al modello monogamico con una serie di ragioni, alcune delle quali non prive di fondamento. Bisogna però aggiungere che nella legislazione recente degli Stati musulmani anche l'istituto della poligamia è stato limitato: in Tunisia è stato soppresso, in altri paesi il secondo matrimonio è sottoposto all'autorizzazione del tribunale o al consenso della prima moglie. La prima moglie può introdurre nel contratto matrimoniale una clausola di monogamia (impegno dell'uomo a non risposarsi) e la violazione di questa clausola implica il diritto della donna di ottenere il divorzio. Queste limitazioni sono basate su un riferimento al Corano stesso, hanno un fondamento nel diritto religioso: c'è un versetto nel Corano che impone al marito di trattare con giustizia tutte le mogli, tutte cioè hanno diritto ad ottenere lo stesso trattamento da parte dell'uomo, non soltanto a livello economico, ma anche a livello di affetti e preferenze. Questa idea è stata utilizzata nel mondo islamico da alcuni avversari della poligamia secondo cui, essendo impossibile che l'uomo tratti allo stesso modo tutte le sue mogli, il versetto del Corano non può essere rispettato e ciò giustifica la limitazione o la soppressione della poligamia.

Adesso vorrei, dopo questa veloce panoramica, provare a trarre un paio di riflessioni riassuntive del problema. La prima riguarda il punto della disparità giuridica tra uomo e donna, basata su una disparità esistente in natura. È un punto che, come già detto, differenzia il diritto musulmano non solo dagli odierni diritti civili occidentali, ma anche dall'odierno diritto canonico, fondati sulla parità tra uomo e donna. Una nota di cautela: questa situazione di disparità fra uomo e donna non era sconosciuta al mondo occidentale fino a non molto tempo fa. Nel secolo scorso in Inghilterra la donna non poteva gestire il proprio patrimonio o non poteva svolgere attività lavorativa senza il consenso del marito. Anche il diritto canonico ha conosciuto nella sua lunga vicenda periodi in cui è stata affermata una disparità di posizione tra uomo e donna. I rapporti tra marito e moglie sono stati tradizionalmente assimilati a quelli tra Cristo e la Chiesa e questo ha condotto all'affermazione che il marito è capo della moglie come Cristo è capo della Chiesa; da qui il passo ad una disparità di tipo giuridico è stato breve. Bisogna però aggiungere che negli ultimi 100-150 anni vi è stata una profonda evoluzione, tanto negli ordinamenti civili del mondo occidentale quanto nel diritto canonico, che hanno rivalutato e sottolineato gli elementi di parità tra uomo e donna utilizzando, nel caso del diritto canonico, elementi interni alla tradizione della Chiesa per affermare questa parità. Tutto ciò non è avvenuto nell'ambito del diritto islamico: potrà mai avvenire questa evoluzione? La nostra esperienza storica indurrebbe a rispondere affermativamente, però nessuno può dire quando e come e ci sono margini di incertezza anche sulla possibilità di questa evoluzione.

Il secondo punto importante è l'incidenza della religione sulla acquisizione e sulla perdita dello status coniugale e familiare. Come ho già detto, una donna musulmana non può sposare un uomo

non musulmano. L'uomo musulmano può sposare una donna cristiana o una donna ebrea ma non può sposare una donna politeista, pagana, appartenente ad altre religioni. La religione ebraica e quella cristiana sono in qualche misura riconosciute dalla religione e dal diritto musulmani, le altre religioni no. La differenza di fede religiosa costituisce un impedimento che preclude la celebrazione del matrimonio. Non solo: la conversione del coniuge musulmano ad un'altra religione (il musulmano diventa cristiano, per esempio) o comunque l'apostasia del coniuge musulmano dall'islam determina lo scioglimento immediato del matrimonio, anche contro la volontà dei coniugi. Non può mai esservi una donna musulmana soggetta all'autorità e alla guida di un uomo non musulmano.

Queste ipotesi sono sconosciute nell'ambito del diritto civile: la religione non ha rilievo sullo statuto matrimoniale o familiare. Non sono invece ipotesi sconosciute nell'ambito del diritto canonico, che però le regola normalmente in termini più flessibili: per esempio un matrimonio tra un cattolico e un non cristiano non è proibito ma è soggetto ad una dispensa, ad una autorizzazione della Chiesa. Nel caso in cui due persone non cristiane si sposino e poi una di esse si converta al cristianesimo, è possibile che il loro matrimonio sia sciolto quando la parte non convertita rifiuti di continuare la convivenza con la parte diventata cristiana. Nell'ambito del diritto canonico, quindi, la religione è rilevante in campo matrimoniale e familiare, però in termini molto più flessibili che non nel diritto musulmano.

Il diritto musulmano prevede poi altre conseguenze della disparità di religione. Per esempio la donna che abbandona la fede musulmana e si converte ad un'altra religione perde ogni diritto sul *mahr*. La madre non musulmana può essere privata della custodia dei figli, anche quando sono piccoli, se esiste il timore che possa crescerli in una fede diversa da quella musulmana. La tutela di un minore può essere affidata soltanto ad un musulmano. Il non musulmano non ha diritti di successione nei confronti di un musulmano (e viceversa). Sono tutte ipotesi queste che ormai da tempo non hanno più cittadinanza nei diritti civili dei paesi dell'Occidente e neppure nel diritto canonico.

Due dunque mi sembrano i punti su cui le differenze sono più nette: il rilievo del fattore religioso nella definizione degli statuti matrimoniali e la disparità di posizione giuridica tra uomo e donna. Vorrei concludere affrontando un ultimo argomento: il problema dei matrimoni misti, problema che ha una certa attualità. "Matrimoni misti" è una espressione generica, può configurare almeno due ipotesi che vanno trattate distintamente. Matrimonio misto è il matrimonio fra due persone di religione differente, per esempio un cattolico e un musulmano. Questo non interessa al diritto civile: interessa al diritto canonico e a quello musulmano. Per il diritto canonico un matrimonio con disparità di culto può essere celebrato previa una dispensa dell'autorità ecclesiastica: questa dispensa è rilasciata se la parte cattolica si impegna a fare il possibile per evitare che dal matrimonio con un non cristiano derivi la perdita della fede cristiana per sé o per i figli che possono nascere da quel matrimonio. È un impegno a fare tutto il possibile: nessuna promessa è chiesta al soggetto non cattolico, il quale semplicemente deve essere a conoscenza che il coniuge cattolico ha assunto quest'impegno. Con l'espressione matrimoni misti si può intendere anche un'altra cosa, cioè il matrimonio di due persone che hanno una cittadinanza differente e quindi sono soggetti a leggi statali differenti. È il caso tipico di una italiana che sposa un marocchino piuttosto che un egiziano o un tunisino. Normalmente, se la convivenza matrimoniale si svolge in Italia, si applica a questo matrimonio misto il diritto italiano. Inoltre fa ostacolo alla applicazione del diritto marocchino (piuttosto che egiziano o tunisino) in Italia un principio importante, che è il principio di ordine pubblico: cioè il giudice italiano si rifiuterà di applicare la norma straniera, anche quando dovrebbe essere applicata al caso specifico, se tale norma è contrastante con i valori di fondo del diritto italiano. Al posto della norma straniera è in questi casi applicata la corrispondente norma italiana: è un criterio di difesa dei valori di un gruppo sociale che tutti gli ordinamenti giuridici in varie forme prevedono. Questo però non basta a risolvere tutti i problemi. Facciamo l'ipotesi che il musulmano che ha celebrato il matrimonio con una italiana muoia senza lasciare testamento. Se la donna italiana non è musulmana, non ha diritto di succedere al marito. La legge che regola la

successione è la legge di nazionalità del marito e le leggi dei paesi islamici solitamente non permettono, in obbedienza al precetto religioso musulmano, la successione tra due soggetti di religione diversa. Facciamo un secondo esempio un po' più complesso: il caso in cui questa coppia marito marocchino o egiziano – moglie italiana celebri il matrimonio e poi divorzi. Il giudice italiano affida i figli alla madre: se figli per un qualsiasi motivo si trovano o vengono portati nello Stato di cui il padre è cittadino, la madre avrà grandissime difficoltà a far rispettare la sentenza italiana che le ha dato l'affidamento dei figli. Quella sentenza infatti non troverà applicazione nello Stato musulmano in quanto contraria al principio del diritto musulmano che la potestà sui figli spetta al padre (alla madre spetta solo la custodia dei figli piccoli e anche questa può esserle tolta se non è musulmana e se vi è il pericolo che i figli possano essere educati in una fede religiosa diversa da quella musulmana). Allora la madre si trova nell'alternativa di non vedere più i figli o di convertirsi all'islam in modo tale da non perdere i suoi diritti, riconosciuti soltanto ai musulmani. È questa è ovviamente un'alternativa incompatibile coi principi fondamentali e i valori di fondo del nostro diritto.

Un'ultima osservazione di carattere generale. Personalmente ho la sensazione che si vada verso una pluralizzazione delle forme di convivenza tra uomini e donne, che la presenza crescente di una comunità musulmana su territorio italiano sia un elemento che contribuirà a introdurre forme diverse di famiglia, di matrimonio, di convivenza. Il rilievo che va acquistando il diritto di famiglia e il matrimonio musulmano è un tassello di un mutamento più ampio che investe altri fenomeni: il riconoscimento delle unioni civili, il riconoscimento delle unioni omosessuali, le forme di convivenza non regolate né in forma religiosa né in forma civile. C'è tutto un processo di trasformazione dei modelli di convivenza tra uomo e donna e la presenza della comunità musulmana si inserisce con le sue peculiarità all'interno di questo processo di transizione che dobbiamo cercare di gestire nel modo migliore.