

Ar2

Rosa Anna Pelliccia

Il diritto di famiglia islamico



Copyright © MMXII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/ A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-5443-7

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2012

Indice

- 7 *Premessa*
- 11 **Capitolo I**
Matrimonio e famiglia nel diritto islamico
- 1.1. Il matrimonio islamico, 11 – 1.2. Gli Impedimenti matrimoniali, 13 – 1.3. I soggetti e il consenso, 17 – 1.4. La capacità matrimoniale e il matrimonio precoce, 19 – 1.5. La dote, 21 – 1.6. Le modalità della celebrazione, 24.
- 27 **Capitolo II**
Invaldità e scioglimento del matrimonio
- 2.1. Le cause di scioglimento del matrimonio, 27 – 2.2. Il Ripudio, 29 – 2.3. Forme e motivi di ripudio, 31 – 2.4. Il divorzio, 34 – 2.5. La normativa italiana sullo scioglimento del matrimonio, 37 – 2.6. Gli effetti patrimoniali dello scioglimento del vincolo matrimoniale, 40.
- 43 **Capitolo III**
Il diritto islamico e l'ordinamento giuridico italiano
- 3.1. Prospettive di comparazione, 43 – 3.2. Gli impedimenti matrimoniali nel diritto civile italiano, 45 – 3.3. La famiglia musulmana e la poligamia, 47 – 3.4. Diritti e doveri dei coniugi tra Shari'ah e Costituzione italiana, 50 – 3.5. Il rapporto tra genitori e figli, 55 – 3.6. Kafalah e protezione del minore , 58.
- 63 **Capitolo IV**
Famiglie immigrate, famiglie musulmane, tra integrazione e pregiudizio
- 4.1. Il fenomeno dei matrimoni misti. Profili giuridici, 63 – 4.2. Società e famiglia multiculturale: sviluppi del diritto internazionale privato, 66 – 4.3. Soluzioni possibili. Il principio dell'ordine pubblico attenuato, 72.

6 Indice

77 *Bibliografia*

Premessa

La società italiana detiene una presenza significativa di popolazioni di varia provenienza e con differenti tradizioni culturali.

Dai mutamenti che il fenomeno dell'immigrazione evidentemente genera a livello sociale discende la difficoltà che le istituzioni locali, nonché il singolo cittadino, incontrano nel riconoscimento delle differenti categorie tecnico-giuridiche a cui si ispirano le diverse tradizioni giuridiche.

La tematica diventa sempre più attuale e rilevante in tutte le società occidentali e comincia ad interessare in misura sempre maggiore l'Italia.

Nel nostro Paese sono presenti importanti componenti di tradizione islamica, che intrattengono differenti forme di rapporto con il contesto locale, rappresentando oggi una componente stabile della società, che si compone di famiglie immigrate, famiglie italiane e sempre più spesso di famiglie che si costituiscono nel territorio italiano.

Le maggiori difficoltà che si incontrano sono certamente legate al riconoscimento, talvolta anche alla sola comprensione, di modelli sociali e di istituti giuridici chiaramente diversi da quelli a cui si ispira la cultura occidentale, in particolar modo rispetto ai rapporti familiari e matrimoniali.

È necessario dunque, in via preliminare, osservare più da vicino gli istituti tipici del diritto di famiglia islamico, in un'ottica prevalentemente comparatistica rispetto ai modelli cui si ispirano le società occidentali, e tra queste quella italiana.

Nelle pagine che seguono, dopo alcune precisazioni, soprattutto in merito alla definizione dei concetti basilari del diritto di famiglia musulmano, tra cui quello del matrimonio, l'accezione che il termine famiglia assume all'interno del testo coranico, la questione della poligamia e della capacità matrimoniale, si tenterà di mettere a confronto le questioni che investono i principi e l'etica del matrimonio rispetti-

vamente secondo il diritto islamico, il diritto canonico ed, in primo luogo, rispetto all'ordinamento giuridico italiano.

Preliminarmente si precisa che il diritto islamico, in quanto diritto religioso, è vincolante per tutti i musulmani, indipendentemente dalla loro nazionalità. Per questo, i problemi di compatibilità maggiori sorgono quando gli elementi propri del matrimonio islamico si vogliono contestualizzare all'interno dell'ordinamento italiano.

Il conflitto tra i valori e i principi giuridici costitutivi dell'ordinamento giuridico nazionale, con ordinamenti di natura confessionale, come quelli in cui vige il diritto islamico, è evidente ed inevitabile. Se solo si vuole accennare alla natura poligamica del matrimonio musulmano, come alle varie forme di scioglimento del vincolo matrimoniale, tra cui quella del ripudio, ed accostare questi aspetti, fondamentali per comprendere la natura del modello matrimoniale presente nei paesi islamici, al principio di uguaglianza tra i sessi, costituzionalmente garantito in Italia, il contrasto risulta indiscutibile. La difficoltà sta proprio nel riconoscimento normativo di tali modelli matrimoniali nel territorio nazionale, poiché esprimono valori tanto lontani da non poter essere condivisi dall'ordinamento.

Norme e valori si intrecciano e convivono, reclamano un riconoscimento delle differenze culturali; ma questo non può avvenire finché da un lato non si impara a comprendere la vera natura dei singoli istituti giuridici islamici, interpretandone la ratio in maniera esatta, e finché, dall'altro lato, non si vada incontro ad una modernizzazione del diritto di famiglia musulmano. Voler comprendere a tutti i costi la reale natura degli istituti giuridici del diritto islamico partendo da una comparazione di questi con categorie giuridiche tipiche del diritto occidentale non aiuta.

Pertanto, nelle prossime pagine verranno dapprima analizzati i singoli aspetti del modello matrimoniale musulmano, partendo dalla definizione dei requisiti indispensabili ai fini della validità del contratto di matrimonio, così come inteso dall'Islam. Dai soggetti che concorrono a formare la volontà contrattuale, dunque le modalità del consenso e la figura del *wali*; il *mahr*, ovvero il donativo nuziale, come parte dell'oggetto del contratto; le varie tipologie di impedimenti matrimoniali, fino alle modalità della celebrazione. Tutto questo distinguendo tra diritto classico, con la conseguente necessità di separare le interpretazioni che le quattro scuole canoniche del diritto islamico

sunnita hanno elaborato nel tempo, e le numerose riforme del diritto di famiglia attualmente in vigore in alcuni Paesi a maggioranza islamica.

Nelle parti successive, il tema diventa quello del rapporto tra i coniugi e di quello che essi hanno con i figli, dei doveri del marito e di quelli della moglie. Tutto questo raffrontato con la realtà occidentale ed in particolare con quella italiana. Si affronta poi la questione dello scioglimento del matrimonio, dunque del divorzio e del ripudio, delle loro rispettive cause e degli effetti che ne scaturiscono.

Sotto il profilo strettamente giuridico si analizzerà, da ultimo, la possibilità di un eventuale dialogo tra Istituzioni locali e Comunità islamiche, in una prospettiva seppure difficile di regolamentazione dei rapporti.

Nel consegnare alla stampa questo mio scritto, tappa di un percorso di ricerca intrapreso già durante gli studi universitari, desidero ringraziare quanti tra maestri, colleghi, amici e familiari mi hanno incoraggiato ed accompagnato con disponibilità ed interesse al confronto.

La mia più sentita riconoscenza va, in modo particolare, alla prof.ssa Maria D'Arienzo, docente di diritti confessionali presso l'Università degli Studi di Napoli, Federico II, guida indispensabile per la mia formazione, alla quale devo un sostegno costante ed un attento supporto nell'intera stesura del testo.

Non posso tralasciare di menzionare altresì l'Avv. Maurizio Bianco, Consigliere dell'Ordine degli Avvocati di Napoli, cui devo una preziosa lettura critica del manoscritto, seguita da una pertinente e stimolante recensione dello stesso.

Rosa Anna Pelliccia

Matrimonio e famiglia nel diritto islamico

1.1. Il matrimonio islamico

Per il diritto islamico il matrimonio è un contratto. È “*un vincolo consensuale che si perfeziona mediante la lettura pubblica degli elementi di un accordo esplicito, che consistono nell’offerta, fatta dalla sposa, che agisce tramite il suo delegato, o curatore matrimoniale, e nell’accettazione da parte dello sposo o del suo delegato. La nozione di sacramento è estranea all’Islam, ma questo non significa che il matrimonio rappresenti una realtà esclusivamente profana*”¹. L’assenza di una consacrazione sacerdotale infatti ha lasciato pensare spesso ed erroneamente che il matrimonio islamico non avesse alcun carattere religioso e si traducesse solo nella magra applicazione di norme di diritto civile. È questa l’interpretazione prodotta da una lettura degli istituti del diritto musulmano ancorata a definizioni e modelli giuridici di matrice occidentale, in grado di marcare inevitabilmente la distanza concettuale percepita da chi proviene da una cultura di base eurocentrica, e minando la comprensione della reale natura degli istituti giuridici del diritto musulmano.

È necessario, pertanto, ai fini di una più esatta qualificazione di tali modelli giuridici, analizzare dapprima la natura del diritto islamico quale diritto religioso.

Non è configurabile infatti, nei Paesi a maggioranza islamica, alcuna distinzione tra ambito temporale e ambito spirituale, come può facilmente rinvenirsi, invece, in Occidente. Tutto quanto sia di religioso diventa al tempo stesso di diritto, poiché questi due aspetti

1. AHMAD 'ABD AL-WALIYY VINCENZO, *Islam. L'altra civiltà*, Mondadori, Milano, 2002, pag 116.; Cfr. SILVIO FERRARI, GIANCARLA PEROTTI BARRA, *I Matrimoni islamo-cattolici in Italia. Aspetti giuridici e pastorali*, San Paolo, Alba, 2003, pag.24.

nemmeno si accompagnano, ma sono uno il riflesso dell'altro; può dirsi che è la religione a diventare diritto e viceversa².

Per queste ragioni, analizzare correttamente le categorie giuridiche tipiche del diritto islamico significa abbandonare ogni forzatura rispetto ad una comparazione azzardata delle stesse con gli istituti propri del diritto occidentale. Per lo stesso motivo, nessuna interpretazione che voglia partire dal solo profilo tecnico-giuridico, né da quello unicamente sacramentale può portare ad un risultato corretto.

A tale proposito, il fatto stesso che il matrimonio musulmano non abbia nulla di analogo alla nozione di sacramento, come si è sviluppata nella religione cattolica, riflette immediatamente su uno dei profili del matrimonio, quello della indissolubilità, poiché la natura sacramentale dell'unione tra uomo e donna, così come concepita dalla tradizione cristiana, prevede la non dissolubilità del vincolo matrimoniale; il matrimonio islamico, invece, è per natura dissolubile.

Per i musulmani, il matrimonio è una realtà naturale voluta dal Creatore e regolata dalla legge divina, anche se non appartiene alle *ibadât*³. La grande maggioranza dei giurisperiti considera il matrimonio come un "atto consigliato". Esso rappresenterebbe un rimedio contro le relazioni extraconiugali, stante il fatto che l'uomo non può vivere senza relazioni sessuali.⁴ Il celibato è escluso dal Corano e dalla Sunna, dovendosi seguire il modello di vita di Muhammad, che era sposato. Il Corano e la Sunna infatti raccomandano con insistenza il matrimonio, quale unico mezzo per assicurare la pace sociale e per moltiplicare il

2. "Una parte delle prescrizioni religiose sono anche norme giuridiche in quanto disciplinano rapporti sociali, fanno parte di ordinamenti giuridici vigenti, sono applicate dall'apparato statale e dotate di sanzioni terrene" Vedi per approfondimenti ALESSANDRA FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale: pluralismo normativo e immigrazione*, Laterza, Bari, 2001, pag. 118.

3. Le *ibadât* sono le cinque obbligazioni religiose previste dall'Islam: la testimonianza di fede, le preghiere rituali, il digiuno durante il mese di Ramadan, l'elemosina, il pellegrinaggio alla Mecca. Per approfondimenti sulla religione islamica vedi AHMAD 'ABD AL-WALIYY VINCENZO, *op. cit.*, pag. 56.

4. "Nell'Islam la sessualità è sana e normale, tutto è permesso, eccetto la sodomia e l'omosessualità. Un hadith paragona l'atto sessuale coniugale all'elemosina, cioè all'adorazione di Dio. La sessualità significa che l'uomo accetta il dono di Dio nella sua interezza, nel cuore e nel corpo, pur nella responsabilità di dominare le pulsioni e gli istinti (...)". Per approfondimenti vedi *L'Islam e la sessualità* in BARBARA GHIRINGHELLI, AUGUSTO NEGRI, *I matrimoni cristiano-islamici in Italia: gli interrogativi, il diritto, la pastorale*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2008, pag. 58.

numero dei credenti⁵. Il termine che designa il matrimonio è *nikah*, che significa unione sessuale dell'uomo con la donna, o meglio, del marito con la moglie. Scopo principale del matrimonio è il possesso sessuale lecito della donna da parte dell'uomo, essendo la fornicazione condannata e sanzionata.

Il matrimonio, in quanto contratto, richiede che siano rispettate quattro condizioni ai fini della sua validità: l'assenza di impedimenti, che possono essere di natura temporanea o permanente; il consenso delle parti; la stipulazione di una dote; la forma della celebrazione.

1.2. Gli Impedimenti matrimoniali

Tra le condizioni di validità del contratto matrimoniale, quella dell'assenza di impedimenti rappresenta un aspetto di centrale importanza. Si distinguono impedimenti di natura permanente e temporanea.

Tra i primi compare l'impedimento di parentela; è proibito infatti il matrimonio tra l'uomo e le sue ascendenti e discendenti in linea diretta, le sue sorelle, le nipoti, le zie e le prozie, in linea collaterale⁶. Immediatamente conseguente al primo, l'impedimento di alleanza ne rappresenta quasi un prolungamento. In questo caso ad essere proibito è il matrimonio dell'uomo con le parenti acquisite, come la suocera, le cognate, ed anche le donne vedove, ripudiate o divorziate dei propri ascendenti e discendenti. È proibito anche il matrimonio poligamico con due sorelle o con la zia e le sue nipoti. Anche la figlia adottiva è considerata parente acquisita. Tale impedimento nasce proprio dalla parentela per adozione⁷. Tuttavia, ad oggi, quello dell'adozione è un

5. Il Corano dice: *"e unite in matrimonio quelli fra voi che sono celibi e gli onesti fra i vostri servi e le vostre serve; e se saran poveri certo Dio li arricchirà della Sua grazia. (...)"*. (Corano, XXIV, 32).

6. *"in linea collaterale, l'impedimento non sussiste all'infinito (...) l'impedimento tuttavia sussiste fino al momento in cui il primo matrimonio non è disciolto, perchè è permesso sposare una sorella dopo l'altra, la zia dopo la nipote. Ecco allora che l'affinità perde il suo carattere di impedimento permanente"*. VINCENZO ABAGNARA, *Il matrimonio nell'Islam.*, Esi, Napoli, 1996, pag 30.

7. *"Per quel che concerne l'istituto in epoca pre- islamica, ed il relativo impedimento che ne scaturisce, tutto si basa su un aneddoto (...) Si racconta che un giorno Maometto si recò a casa di Zaid, suo figlio adottivo, in assenza dello stesso. Lo accolse la moglie che credendo che Maometto la desiderasse, viste le attenzioni che le rivolgeva, riferì tutto a Zaid. Così Zaid si affrettò a ripudiare*

istituto che non esiste più nel diritto musulmano, scomparendo con esso anche tale classe di impedimento⁸. Secondo la religione musulmana, anche l'allattamento genera un legame simile alla parentela tra il bambino allattato e la nutrice, suo marito e tutta la loro parentela, tanto da potersi legalmente considerare il bambino come figlio loro. Il latte dunque è assimilato al sangue⁹ e così il vincolo che ne consegue.

Di nessuna precisazione necessita l'impedimento di sposare una persona vincolata da un altro matrimonio; viceversa, l'impedimento per apostasia del congiunto. Se uno dei coniugi musulmani, infatti, si converte ad un'altra religione commette reato di apostasia (*ridda*), punito con la pena di morte. Più precisamente, a prescindere dall'esecuzione o meno della pena, l'apostata è considerato civilmente morto, la sua successione ereditaria viene aperta, il suo matrimonio è dichiarato nullo, è privato dei figli e gli è proibito il matrimonio con ogni altro musulmano. Anche citando il Corano si noterà come agli apostati è minacciata la punizione divina eterna, ma non sono comminate loro pene terrene.

È altresì impedito, dunque proibito, ai padroni di sposare i propri schiavi. L'uomo può tuttavia prendere le proprie schiave come concubine.

In ultimo, l'impedimento cosiddetto "per non equivalenza" di condizioni tra i nubendi. Tale impedimento vuole tutelare la condizione della donna: l'origine, la condizione sociale, la ricchezza, la professione dello sposo non possono essere inferiori a quelle della donna.

la propria moglie al fine che il Profeta potesse sposarla, e così il matrimonio ebbe luogo. Ma questa unione scandalizzò un centro tradizionalmente abituato a considerare la nuora dell'adottante come sua figlia. Maometto allora riportò la situazione alla normalità dichiarando di aver ricevuto la visita dell'angelo Gabriele, il quale gli avrebbe rivelato il nuovo versetto, dal quale si evincerebbe che quella era stata una concessione fatta a lui, ma che da quel momento in poi continuava ad essere interdetto quel tipo di matrimonio". VINCENZO ABAGNARA, *op. cit.*, pag. 31.

8. "Il diritto islamico ha definito l'istituto del patrocinio (*kafala*) grazie al quale un uomo può farsi carico di un minore, provvedendo al suo mantenimento e alla sua educazione. Il ragazzo non assume il nome del padre, né eredita da lui, benché il patrono possa stabilire una donazione a suo favore in vita o un legato, dopo la sua morte, non superiore ad un terzo dei suoi beni". BARBARA GHIRINGHELLI, AUGUSTO NEGRI, *op. cit.*, pag. 23.

9. "Per la scuola *malikita*, l'impedimento sussiste se l'allattamento è avvenuto entro il venticiesimo mese dalla nascita; per l'*hanafita* entro il ventiquattresimo mese; per la *safi'ita*, se il bambino ha preso il latte dal seno della balia per cinque volte". MARIA D'ARIENZO, *Matrimonio e famiglia nell'Islam e in Italia. Problemi giuridici*, in AA.Vv., a cura di ANTONIO FUCILLO, *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso*, Giappichelli, Torino, 2007, pag. 109.

Si passi ora agli impedimenti che hanno invece natura solo temporanea, che possono cioè scomparire con il venir meno di alcune condizioni. Gli impedimenti dell'uomo e della donna si possono, questa volta, distinguere nettamente. L'uomo musulmano infatti non può sposare una donna pagana o politeista; può però sposare una donna "della religione del Libro", ovvero la donna ebrea o cristiana. La donna musulmana non può che sposare un musulmano. In particolare, nel caso in cui una donna musulmana voglia sposare un non musulmano, il suo matrimonio sarà considerato *"non esistente negli Stati islamici, e costituendo atto di apostasia, è perseguibile penalmente"*¹⁰. Questo perché la donna viene considerata facilmente influenzabile dal marito, che potrebbe convincerla a convertirsi alla sua religione. Si noti inoltre come i figli partoriti da madre musulmana, unita ad un uomo di differente religione non apparterrebbero alla religione musulmana, ma a quella paterna¹¹. Viceversa, i figli nati dall'unione tra un uomo musulmano ed una credente in una religione del Libro, sono musulmani, e la madre ebrea o cristiana può conservare la propria fede¹². È la possibilità di conversione che rende l'impedimento temporaneo, in particolare per l'uomo non musulmano che vuole sposare una donna musulmana; se questi si converte, l'impedimento cessa. Si noti, in ultimo, come solo il codice tunisino, che pure fa eccezione su molti altri aspetti, non menzioni tale divieto.

L'uomo non può sposare la donna che ha ripudiato¹³ tre volte: è il cosiddetto impedimento da terzo ripudio. Se l'uomo ripudia la moglie tre volte, questa non sarà lecita per lui, non potrà diventare sua schiava né concubina, fino a che ella non sposi un uomo diverso da lui. È dunque necessario soffermarsi, seppur brevemente, poiché in seguito largamente approfondito, sul concetto di ripudio e sulle relative conseguenze. Il ripudio è diritto unilaterale del marito, che può quindi porre fine al rapporto liberamente, senza ricorso al giudice. È revoca-

10. VINCENZO ABAGNARA, *op. cit.*, pag. 33.

11. ROBERTA ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in AA.VV., *Il Matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, a cura di SILVIO FERRARI, Giappichelli, Torino; 2006, pag. 201.

12. Per approfondimenti vedi MARIA D'ARIENZO, *op. cit.*, pag. 109-110.

13. *Il ripudio rappresenta "una forma di dissoluzione del legame matrimoniale i cui elementi essenziali vanno riassunti nell'unilateralità della dichiarazione (...) e nell'extragiudizialità dell'atto"*. GIOVANNA SILVA, *Ripudio marocchino e diritto di famiglia francese*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, anno V, n. 2, Angeli, Milano, 2003, pp. 34-52.

bile entro un lasso di tempo dalla dichiarazione di ripudio, di circa tre mesi, detto “periodo di continenza”, ovvero *'idda*. Se il marito lascia spirare il tempo della *'idda*, il ripudio diventa irrevocabile; viceversa, se il marito revoca il ripudio durante la *'idda*, la vita coniugale riprende senza la necessità di dover stipulare un nuovo contratto matrimoniale. Durante il periodo della *'idda*, la donna dimora nella casa del marito, ha diritto al mantenimento, e conserva i diritti successori in caso di morte di costui. Le ragioni della *'idda* sono da ricercare, da un lato, nella volontà di accertarsi della paternità di una eventuale gravidanza in corso, dall'altro lato, nella possibilità di lasciare a disposizione del marito un congruo termine per riflettere sulle ragioni che lo avrebbero spinto alla decisione di ripudiare la moglie, ed eventualmente di revocarne la dichiarazione.

Se il marito, nel corso del tempo, ripudia tre volte la stessa moglie, il ripudio diventa irrevocabile. Tuttavia, il Corano concede ancora una possibilità al marito di riprendere la moglie. Occorre, come già detto, che questa venga sposata da un altro uomo, che il nuovo matrimonio sia consumato e che la donna venga ripudiata. Allora il primo marito potrà riprenderla con un nuovo contratto matrimoniale. In questo senso l'impedimento è temporaneo.

Altre specie di impedimenti temporanei sono: l'impedimento per poligamia, poiché tale possibilità è limitata a quattro mogli, e se l'uomo ne ripudia una, può sostituirla con un'altra; l'impedimento per vedovanza. In quest'ultimo caso, è prevista per la donna la *'idda*, durante la quale non può rimaritarsi. L'impedimento è temporaneo perché terminato il tempo di continenza¹⁴, la donna può risposarsi.

14. *" la donna che al tempo dello scioglimento del matrimonio è in stato di gravidanza, non può sposarsi prima di aver partorito. Quando non vi è stato di gravidanza, il tempo di attesa per la vedova è di quattro mesi e dieci giorni, per la divorziata di tre periodi mestruali se ha ancora le regole, e di un anno se non le ha (...). Vedi per approfondimenti VINCENZO ABAGNARA, op. cit, pag. 36.*