

ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ

LA MODERNIZZAZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA NEI PAESI ARABI*

Sommario: 1. Modernizzazione giuridica e modernizzazione del diritto di famiglia; 2. La modernizzazione attraverso le decisioni dei giudici; 3. La modernizzazione, le leggi dello stato e i codici; 4. Le tappe della codificazione; 5. Norma legale e *šarī'ah*; 6. I metodi della riforma; 7. Comunità dei credenti e stato nazionale; 8. Il diritto musulmano entro i confini dello Stato; 9. Diritto musulmano e discriminazioni religiose; 10. Codificazione e circolazione dei modelli.

1. MODERNIZZAZIONE GIURIDICA E MODERNIZZAZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA

Il diritto di famiglia, insieme a quello delle successioni, ha rappresentato sino all'inizio di questo secolo il baluardo imprendibile del diritto musulmano. Mentre in altri settori del diritto la nominale vigenza della *šarī'ah* era già stata soppiantata dalla recezione di codici¹, la capacità giuridica, il matrimonio e la morte dei credenti continuavano a essere regolati nei modi tradizionali dal diritto musulmano.

Le controversie in materia restavano nella competenza dei *qāḍī*, mentre fiorivano i nuovi tribunali laici nazionali. Il personale giuridico destinato a occuparsi di tali materie continuava a essere preparato nelle istituzioni tradizionali, mentre erano già funzionanti nuove istituzioni di carattere universitario che davano ai giovani una preparazione giuridica moderna.

In campi diversi da quello della famiglia, la *šarī'ah* non ha opposto una resistenza altrettanto tenace alla modernizzazione: le sue regole, quando non erano già soltanto idealmente vigenti ma disapplicate nei fatti, si rivelarono visibilmente inadatte alle esigenze dello sviluppo politico, economico e sociale.

Il secolare isolamento del mondo islamico si era infranto per la contrazione delle distanze provocata dall'accelerato progresso tecnologico. I più intensi contatti con l'Europa imposero un confronto tra i due mondi; i paesi islamici, per far fronte alla nuova supremazia europea, dovevano riorganizzarsi in stati moderni, aumentare l'efficienza dell'apparato economico, burocratico e militare e adeguarsi ai principi umanitari prevalenti in Europa, così da essere accettati a pieno diritto nel consesso delle nazioni.

Il diritto penale islamico urtava la sensibilità occidentale per il largo spazio fatto alla vendetta privata, da un lato, e alla discrezionalità del sovrano, dall'altro. La procedura era per molti versi arcaica e si prestava a numerosi abusi. Inadatte a regolare i traffici commerciali moderni erano le regole sciaraitiche in materia, che infatti, per larga parte, erano disapplicate a favore di consuetudini commerciali.

Il mondo chiuso della famiglia tardò invece a essere scosso dalla modernizzazione. In quest'ambito il prestigio e l'effettività della *šarī'ah* furono sempre elevatissimi e la resistenza del diritto consuetudinario assai ridotta. Ciò può forse collegarsi al fatto che molte delle regole in materia di matrimonio e di successioni trovano la loro fonte diretta nella rivelazione coranica e dunque sono sentite come intangibili. Per spiegare il relativo ritardo della modernizzazione del

* Si ringrazia l'Autrice per aver concesso l'uso parziale dei suoi scritti, la cui versione integrale, completa di note e apparato bibliografico, si trova in ALUFFI BECK-PECCOZ R., *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Milano, Giuffrè, 1990, pagg. 226.

¹ Sulla modernizzazione del diritto musulmano in generale si vedano ANDERSON, *Law Reform in the Muslim World*, London, 1976; SCHACHT, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, 1964, pagg. 94-111; COULSON, *A History of Islamic Law*, Edinburgh, 1964, pagg. 149-225; CHEHATA, *Droit musulman. Application au Proche-Orient*, Paris, 1970; LIEBESNY, *The Law of Near and Middle East*, Albany, 1975; CASTRO, *Sistema sciaraitico, siyāsa šar'iyyah e modelli normativi europei nel processo di formazione degli ordinamenti giuridici dei paesi del Vicino Oriente*, in *Il mondo islamico tra interazione e acculturazione*, Roma, 1981, pagg. 165-202. In particolare sulla modernizzazione del diritto civile CASTRO, *La codificazione del diritto privato negli Stati arabi contemporanei*, in Riv. Dir. Civ., 1985, pagg. 387 e segg.

diritto di famiglia, occorre inoltre considerare che le potenze straniere non avevano alcun interesse particolare ad essa e che mancò quindi il ruolo di stimolo da esse svolto in altre materie. In campo civile e commerciale, ad esempio, i cittadini stranieri erano sottratti alla giurisdizione locale, e sottoposti a quella consolare, nel regime delle Capitolazioni. Essi si vedevano quindi applicare il proprio diritto, anche nei casi in cui la lite li opponesse a cittadini locali o addirittura all'amministrazione dello Stato. Tutto questo favorì l'acquisto di una certa dimestichezza da parte dei giuristi pratici locali con il diritto europeo e le sue fonti, e quando le giurisdizioni consolari furono sostituite dai Tribunali misti, vennero adottati codici misti, di modello francese². In ambito di diritto di famiglia, al contrario, le potenze europee avevano interesse a conservare lo statu quo, in cui le minoranze locali non musulmane, che esse proteggevano, godevano di un notevole grado di autonomia.

L'ora della modernizzazione scocca però infine anche per il diritto di famiglia.

È stato detto che le riforme portate dalla modernizzazione sono imposte dall'alto, rispondono ai progetti e agli ideali di una élite illuminata, ben lontana da quello che è il comune sentire delle masse³. Nonostante il ritardo esse sarebbero in un certo senso in anticipo sui tempi. Se ciò è senz'altro vero, non si può però negare che le esigenze cui il riformismo intende rispondere sono reali. Lo sviluppo economico e sociale conduce al deperimento dell'organizzazione familiare tradizionale, sulla quale erano modellate le regole sciaraitiche, e all'affermarsi della famiglia nucleare, che richiede una nuova regolamentazione. In particolare cambia la posizione della donna, chiamata a partecipare all'attività produttiva e alla vita pubblica direttamente e intensamente: diviene necessario esaltarne l'individualità e liberarla dai vincoli che il diritto tradizionale le imponeva.

D'altra parte è assai significativo esaminare le circostanze in cui è adottato il primo provvedimento di riforma del diritto matrimoniale: il decreto imperiale ottomano del 1915. L'Impero Ottomano era da un anno sceso in guerra a fianco delle potenze centrali. Le riforme del 1915, come quelle fondamentali contenute nella legge del 1917, vennero introdotte nonostante lo stato di confusione provocato dalla guerra, o forse proprio grazie ad esso. Come accade in ogni tempo e in ogni luogo, la guerra costringeva le donne, restate a curarsi della famiglia, ad assumere nuove responsabilità. Ciò portava a prestare attenzione alle loro esigenze. E tra le più urgenti da soddisfare c'era appunto quella di consentire alla moglie di chiedere lo scioglimento giudiziale del matrimonio nel caso in cui il marito fosse assente o se ne presumesse la morte. Per simili ipotesi, che potevano realizzarsi facilmente in periodi di disordine e guerra, il *fiqh* hanafita normalmente applicato nell'Impero proponeva una soluzione che suonava come beffa per la donna: per essere libera essa doveva attendere che tutti gli uomini della generazione del marito fossero morti. Ciò che si presumeva avvenire dopo novant'anni dalla data della nascita. Il decreto imperiale portò la durata di tale termine a quattro anni dalla scomparsa, o, per il caso che le notizie dell'uomo si fossero perse in tempo di guerra, a un anno dal ritorno dei combattenti. Il divorzio era però ottenibile soltanto nel caso in cui l'uomo non avesse lasciato alla moglie i mezzi necessari a garantirle il mantenimento.

2. LA MODERNIZZAZIONE ATTRAVERSO LE DECISIONI DEI GIUDICI.

Tutti i paesi arabi seguiranno, al fine di modernizzare il diritto di famiglia, la via indicata dall'Impero Ottomano nel 1915: quella delle riforme legislative.

Nel mondo arabo non avviene evidentemente quello che era successo in India, dove la modernizzazione del diritto musulmano è stata principalmente l'opera della giurisprudenza ed ha dato luogo a quel particolare sistema conosciuto come *Anglo-Muhammadan Law*. Sulla base assai ridotta costituita da due opere giuridiche hanafite, la *Hidāyah* di al-Marghinānī e le *Fatāwā al-'Ālamgiriyyah*, generazioni di giuristi inglesi o di formazione inglese hanno rielaborato le

² La linea di sviluppo qui tracciata corrisponde in particolare alla esperienza egiziana. Cfr. sul punto CASTRO, *La codificazione del diritto privato negli stati arabi contemporanei*, in Riv. Dir. Civ., 1985, pagg. 396-401.

³ SCHACHT, *Introduction*, pagg. 105-106.

antiche regole, facendo riferimento alla common law richiamata dai concetti dell' "equity, justice and good conscience". Il principio dello stare decisis e il ricorso al Privy Council hanno poi dato al sistema una caratterizzazione sua propria.

Il ruolo della giurisprudenza nella modernizzazione del diritto nel mondo arabo non è comparabile con quello enorme che essa ha svolto in India, ma neppure con quello quasi trascurabile che la caratterizzava nel sistema tradizionale. Le possibilità del *qāḍī* di incidere sullo sviluppo del diritto erano infatti quasi nulle per l'essere la sua giurisdizione di unico grado e le sue decisioni non motivate⁴.

In tutti i sistemi attuali, i giudici che decidono in materia di matrimonio o filiazione motivano le proprie sentenze. Noto è inoltre il ruolo svolto dalle corti di cassazione, che i moderni sistemi arabi hanno adottato ispirandosi al sistema giudiziario di modello francese.

È talora la stessa legge che chiama i giudici a confrontarsi con le soluzioni adottate dalla giurisprudenza nazionale e estera. Una peculiare enfasi è posta dal legislatore iracheno (CSPIRQ art. 1) sull'attività dei Tribunali "che devono essere guidati (nell'interpretazione della legge) dalle regole poste dai giudici e dalla dottrina islamica in Iraq e negli altri paesi islamici le cui leggi sono simili a quelle irachene"⁵.

E nei fatti è accaduto che la giurisprudenza araba abbia introdotto nel sistema nazionale soluzioni innovative, che possono essere originali, in relazione a questioni non regolate dal *fiqh* né dalla legislazione straniera, oppure ispirate alle soluzioni già affermatesi altrove.

La giurisprudenza egiziana aveva per esempio preso in considerazione la possibilità, assolutamente inconcepibile per i *fuqahā'*, di risarcire la moglie ripudiata senza motivo, tentando in vario modo di dare un fondamento giuridico alle pretese della donna. Tutto ciò avvenne assai prima del 1977, anno in cui la legge n. 44 dispose l'obbligatorietà del dono di consolazione (*al-mut'ah*) a favore della donna ripudiata.

D'altra parte l'opinione, oggi generalmente accettata nel mondo arabo, circa l'invalidità del ripudio sottoposto a condizione o dato per rafforzare un giuramento, e pronunciato senza l'effettiva volontà di porre termine al matrimonio, è introdotta dai giudici nel sistema degli Emirati Arabi Uniti, paese ancora oggi ai margini del processo di modernizzazione. La sezione sciaraitica della Corte di appello federale di Šarḡah⁶ si dilunga nel giustificare la propria decisione invocando molte disparate autorità. La Corte cita i *fuqahā'* che avevano sostenuto tale opinione, parte degli sciiti e alcuni zahiriti, oltre agli hanbaliti Ibn Taymiyyah e Ibn al-Qayyim; essa dà inoltre molta enfasi alla scelta del "legislatore islamico nella maggior parte dei paesi arabi e islamici", che, per ovviare allo scandalo e al dolore che alla gente derivava dalla soluzione tradizionale, adotta la nuova soluzione. Cita poi direttamente l'art. 2 della legge egiziana n. 25 del 1929, dove per la prima volta è introdotta la riforma. Quindi, come per invocare un moderno *iğmā'*, una nota richiama l'attenzione sul fatto che anche il progetto di codice unificato di statuto personale ha abbandonato la regola tradizionale. E per finire la sentenza cita la dottrina moderna, tra cui spicca l'opinione di Abū Zahrah (m. 1956).

I giudici sciaraitici svolgono poi un ruolo del tutto particolare in Israele, dove l'adattamento della *šarī'ah* all'evoluzione sociale è nei fatti rimesso a loro, non potendo e non volendo lo stato, per comprensibili motivi, intervenire troppo incisivamente sullo sviluppo del diritto islamico.

⁴ "Il *qāḍī* non motiva perciò non rende noto il punto di diritto, o ragione del decidere, da lui prescelto; il che non incoraggia il culto del precedente giurisprudenziale." [SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1990 (4ª ed), pag. 85].

⁵ Si veda il commento di ANDERSON, *A Law of Personal Status for Iraq*, in *Intern. Law Quart.*, 1960, pag. 545.

Una disposizione simile a quella irachena è contenuta nel progetto di codice arabo unificato di statuto personale, all'art. 286 lett. b: "Se in questa legge non c'è una disposizione [applicabile al caso], si decide in base alle regole della *šarī'ah* islamica più in armonia con le disposizioni della presente legge. In tutto ciò i Tribunali siano guidati dalla prassi giurisprudenziale (*al-'amal al-'arabi*)".

⁶ La sentenza è del 9/1/1984, relativa alla causa n. 42 del 1983. Essa è pubblicata in *MAFQ*, 1986, n. 4, pagg. 85-90.

3. LA MODERNIZZAZIONE, LE LEGGI DELLO STATO E I CODICI.

Nonostante l'aumentato ruolo della giurisprudenza, la modernizzazione del diritto di famiglia nel mondo arabo resta dunque principalmente affidata all'iniziativa del legislatore e allo strumento della legge statale.

La dottrina islamica tradizionale non riconosce al sovrano il potere di legiferare. La *šarī'ah* è diritto divino rivelato. L'intervento umano si limita al pio sforzo esegetico dei *fuqahā'* che rende esplicita la rivelazione e la completa là dove ciò è necessario. Al sovrano vengono riconosciuti soltanto quei poteri che sono necessari per reggere lo stato in modo conforme alla *šarī'ah*.

Tra questi poteri vi sono quelli che egli esercita nei confronti del giudice sciaraitico, ossia del *qādī*. Essi gli consentono di controllare l'effettiva applicazione della *šarī'ah* e, nei fatti, di determinarne talora la disapplicazione. Non solo egli può scegliere, nominare e licenziare a suo piacere i giudici, ma può anche delimitarne la competenza, eventualmente sottraendo a loro, e dunque alla *šarī'ah*, alcune materie. Da lui dipende l'esecuzione delle sentenze. Egli può infine, in considerazione dell'interesse generale, ordinare l'applicazione di un'opinione diversa da quella dominante, rendere obbligatorio ciò che il diritto musulmano semplicemente raccomanda o vietare ciò che non è da esso espressamente posto come obbligo.

A questi poteri tradizionali del sovrano fanno riferimento, come si vedrà meglio in seguito, i moderni legislatori, al fine di legittimare i propri interventi riformatori.

La modernizzazione tuttavia, nella maggior parte dei casi, non comporta semplicemente l'intervento legislativo su singoli punti, il quale può essere identificato con il tradizionale ordine (*al-amr*) rivolto dal sovrano ai suoi giudici, ma consiste nella riformulazione delle regole sciaraitiche e nella loro sistemazione all'interno di un codice.

L'idea della codificazione non è invero completamente estranea all'universo mentale islamico. Ibn al-Muqaffa', ministro del califfo al-Mansūr, suggeriva che al sovrano fosse riconosciuta l'autorità di scegliere, tra le regole sviluppate dai giuristi, quelle più rispondenti alle esigenze della società, di raccoglierle in codice e di renderle vincolanti per i giudici. Si sarebbe così posto rimedio al disaccordo che necessariamente era destinato a nascere dall'uso esasperato del ragionamento personale da parte dei giuristi e dalla diversità delle consuetudini locali, che influenzavano lo sviluppo delle varie scuole in quei tempi che ancora erano di formazione del sistema. Ogni sovrano avrebbe poi potuto modificare e aggiornare tale codificazione. Ibn al-Muqaffa' non era un letterato e politico. La sua proposta non ebbe seguito e rimase una delle mille possibilità di diritto musulmano irrealizzate.

I riformatori non si rifanno tuttavia a questi precedenti islamici. Davanti ai loro occhi sta l'ideale di codice proposto dall'illuminismo con le meraviglie che ovunque si attendono dalla sua adozione. Nell'esporre i motivi che hanno determinato l'adozione del testo ottomano del 1917 si dice: "[...] poiché nei Tribunali sciaraitici, che pure sono incaricati di garantire i diritti al pari degli altri Tribunali, non sempre ci sono giudici capaci di estrarre le regole dai testi di *fiqh* e di individuare, tra le altre, l'opinione prevalente, e poiché i titolari delle azioni non possono studiare le questioni relative al diritto di famiglia e valutarle preventivamente, per tutti questi motivi la raccolta dei testi di diritto di famiglia in forma di legge è un fatto stabilito, inevitabile e necessario [...] non procrastinabile di un sol giorno."⁷ Il codice dunque espone in modo chiaro ed esauriente le regole di diritto, e con ciò le rende certe.

Esso d'altra parte aveva già dato buona prova di sé nel secolo precedente come strumento pratico e efficiente per la rapida modernizzazione degli altri settori giuridici.

⁷ Il testo del memorandum che accompagna la legge ottomana del 1917 si legge, nella traduzione araba di Šākir al-Hanbalī, in *huqūq al-'ā'ilah*, Damsco, 1355/1936.

4. LE TAPPE DELLA CODIFICAZIONE.

4.1. Gli albori.

Se una data deve essere presa a segnare simbolicamente l'inizio della modernizzazione nel campo del diritto di famiglia, essa può ben essere il 1915. A quell'anno risale non soltanto il decreto imperiale (*irāda-i saniyya*) di cui si è già detto, in tema di divorzio per mancato mantenimento da parte del marito assente, ma anche un secondo decreto con cui l'Impero Ottomano legittimò la donna a chiedere lo scioglimento del matrimonio in caso di malattia grave del marito.

Presumibilmente nello stesso anno, e comunque in una data compresa tra il marzo 1915 e i primi giorni del gennaio 1916, anche il Sudan riformava la materia del divorzio giudiziale. Con la circolare n. 17, emanata dal Gran Qādī (*qādī al-Qudā*)⁸, le Corti Sciaraitiche sudanesi sono abilitate, ancora più largamente che i tribunali ottomani, a conoscere delle domande di divorzio proposte dalle mogli⁹.

I primi tentativi di modernizzare il diritto di famiglia vedono dunque la luce ad oriente e sin dall'inizio si distinguono con chiarezza quelli che saranno i due poli di riforma principali in questa prima fase. Da un lato c'è l'Impero Ottomano, dal cui crollo, alla fine della prima guerra mondiale, deriveranno alcuni degli attuali paesi arabi (Siria, Libano, Iraq e Giordania) e, attraverso le note vicende, Israele, la cui popolazione araba è in grande maggioranza musulmana. Dall'altro lato con la circolare giudiziaria del Gran Qādī emerge il riformismo dell'area egiziano-sudanese, dotato di caratteri ben spiccati.

Le riforme ottomane e sudanesi del 1915 presentano notevoli somiglianze quanto al contenuto e al metodo seguito per introdurre le innovazioni. Entrambi i provvedimenti sostituiscono regole malikite a quelle hanafite che venivano di norma applicate nei due paesi: la scuola di Abū Hanīfah era infatti la scuola ufficiale dell'Impero Ottomano, la cui sovranità sull'Egitto, al quale il Sudan era stato affidato dalla Sublime Porta, è formalmente abolita solo nel 1914. In Sudan le innovazioni dovevano risultare particolarmente bene accette alla popolazione, che appartiene in maggioranza alla scuola malikita: si sbaglierebbe però a ritenere che le riforme siano state determinate dalla volontà di riavvicinarsi alla tradizione giuridica locale. Come nell'Impero Ottomano e in Egitto, anche in Sudan il metodo seguito per legittimare le innovazioni è quello di chiamare a sostegno le opinioni conformi di giuristi o scuole diverse da quelle normalmente prevalenti, attraverso il ricorso all'eclettismo giuridico (*al-takhayyur*): la coincidenza tra la scuola il cui insegnamento meglio si adatta a giustificare la riforma e la scuola seguita dalla popolazione del paese è puramente casuale.

Le esperienze gemelle dell'Impero Ottomano e dell'area egiziano-sudanese sono tuttavia destinate a separarsi presto: infatti nel 1917, con l'emanazione della Legge ottomana sulla famiglia (*Hukukī Aile Kararnamesi / Qarār Huqūq al-āilah fil-nikāh wa al-talāq*), l'Impero Ottomano imbocca con decisione la via della codificazione del diritto di famiglia musulmano.

4.2. L'Impero Ottomano.

Come si è già detto, la Legge della famiglia del 1917 non è il primo esempio di codifica-

⁸ In Sudan le riforme sono state introdotte principalmente attraverso lo strumento della Circolare Giudiziaria (*al-manāṣirah*), che il Gran Qādī (*Qādī al-quḍā*) poteva emanare, previa approvazione del Governatore Generale, in virtù dell'art. 8 della *Sudan Law Courts Ordinance* del 1902. Le corti sciaraitiche, che normalmente decidevano in conformità alla dottrina hanafita prevalente, erano tenute a seguire la particolare opinione, hanafita o di altra scuola, indicata dalla circolare (*Sudan Mohammedan Law Courts Organisation and Procedure Regulation*, 1931, art. 53).

L'ultima circolare giudiziaria in materia di statuto personale è del 1979.

All'inizio degli anni '80, unificata la giurisdizione, l'ufficio di Gran Qādī è stato abolito e assorbito dal Chief Justice che conserva il potere di emanare circolari. V. NATALONI, *Note sul diritto sudanese. La riforma islamica del diritto penale*, in *Africa*, 1988, pagg. 337-359.

⁹ In virtù della circolare giudiziaria n. 17 la donna può ottenere il divorzio per mancata corresponsione del mantenimento (artt. 2-9), per scomparsa o assenza del marito (artt. 10-13), per maltrattamenti (*al-darar*) (art. 14, poi emendato dalla circolare n. 59 del 1973) e per dissidio (*al-tiqāq*) attraverso l'intervento di due arbitri (art. 15). La circolare regola inoltre l'esecuzione della sentenza che riconosce alla moglie il diritto al mantenimento (art. 1).

zione del diritto musulmano in epoca moderna: nel 1869-1876 le norme hanafite in materia di obbligazioni e contratti erano infatti state condensate nella *Mağallah*, meglio, seppur impropriamente, conosciuta come *Code civil ottoman*. Ma mentre nel campo del diritto civile l'idea di modernizzare il diritto attraverso la codificazione delle regole del *fiqh* fu presto abbandonata a favore della recezione di codici di modello europeo, nell'ambito del diritto di famiglia il modello ottomano ebbe immensa fortuna.

La Legge ottomana del 1917 regola esclusivamente il matrimonio e il divorzio. Essa si rivolge con norme separate, oltre che ai sudditi musulmani, anche a quelli cristiani ed ebrei: probabilmente l'Impero Ottomano intendeva in tal modo compiere un passo decisivo verso l'abolizione del regime delle Capitolazioni, che permetteva una larga intromissione delle potenze straniere negli affari interni dello Stato, con il pretesto di tutelare i diritti delle comunità non musulmane. Fatto sta che tale pluriconfessionalità resterà un tratto caratteristico della legge ottomana: nessuno dei codici arabi adottati in seguito regolerà insieme lo statuto personale di diverse comunità¹⁰ e la stessa legge ottomana, là dove sopravvive, è applicata limitatamente alle norme dirette ai cittadini musulmani.

Con l'approccio eclettico già dimostrato nei decreti del 1915, le cui disposizioni vengono riprese nel testo del 1917, il legislatore ottomano affronta tutte le questioni su cui si eserciteranno i riformatori in questo secolo: la limitazione della poligamia; il controllo del ripudio, cui si ricorreva troppo facilmente, e la necessità di combattere il fenomeno dei matrimoni precoci, con l'introduzione di un'età matrimoniale minima.

La Legge della famiglia avrà vita breve in Turchia: crollato l'Impero ottomano, il testo viene travolto dalla reazione religiosa e abrogato nel 1919. Il laico regime di Atatürk, dopo avere accantonato il progetto di adottare nuovamente una legge sul modello di quella del 1917, si risolve a regolare la materia matrimoniale all'interno del codice civile del 1926, di chiara ispirazione svizzera¹¹. Maggior successo arriderà alla legge del 1917 nelle province arabe dell'impero. Più in generale, l'idea di codificare le norme sciaraitiche in materia di diritto di famiglia si affermerà nell'insieme del mondo arabo.

4.3. L'Egitto e il Sudan

L'unica parte del mondo arabo in cui l'idea di una codificazione organica del diritto sciaraitico di famiglia non si è fino a oggi imposta è la regione egiziano-sudanese.

Ciò suona paradossale se si pensa che proprio in Egitto, nel 1875, Muhammad Qadrī Bāṣā redigeva la sua famosa condensazione dello statuto personale (*al-Ahkām al-šar'īyyah fil-ahwāl al-šakhsīyyah*), dove aveva raccolto le regole di diritto hanafita sulla famiglia e le successioni. L'opera gli era stata commissionata dal governo, ma non fu mai promulgata e conservò un carattere semiufficiale. Il suo scopo, escluso ogni intento riformatore, era semplicemente quello di rendere accessibile e più facilmente conoscibile il contenuto del diritto musulmano in materia, a vantaggio sia dei giudici dei Tribunali Misti di recente costituzione, sia in generale dei magistra-

¹⁰ L'applicazione delle regole di diritto musulmano codificate sarà di volta in volta esplicitamente limitata ai soggetti di fede musulmana, o estesa a tutti i cittadini, con l'eccezione di alcune specifiche regole, come quella della poligamia o degli impedimenti matrimoniali, da cui vengono esclusi i non musulmani. Non mancano infine casi in cui, mancando disposizioni specifiche, la norma musulmana codificata sembrerebbe applicabile su base territoriale: si tratta di leggi adottate in paesi a popolazione interamente musulmana, in cui però non si può escludere in modo assoluto la presenza di appartenenti a fedi diverse.

¹¹ La vicenda turca è un esempio paradigmatico dell'insufficienza della sola legge a imporre l'applicazione di una nuova regola giuridica.

In particolare la regola legale laica non è stata accettata dalla popolazione rurale, che continua a concludere il matrimonio secondo il diritto musulmano, o presunto tale: il contratto concluso dal tutore per il minore non è ancora scomparso dall'uso, come pure la pratica della poligamia e del ripudio unilaterale. Ripetute sanatorie sono intervenute per porre rimedio alla situazione drammatica in cui vengono a trovarsi i membri delle famiglie di fatto, specialmente sotto il profilo assistenziale e previdenziale. D'altro lato, là dove il matrimonio civile è stato accettato, esso è tuttora accompagnato da pratiche quali quella del *mahr*, che il codice civile vorrebbe abrogate. Su tali questioni si legga quanto scrivono DIRKS, *La famille musulmane turque, son évolution au vingtième siècle*, La Haye, 1969 e M. ZWAHLEN, *Le divorce en Turquie*, Genève, 1981, a cui si rimanda anche per la bibliografia.

ti che si trovavano a decidere di questioni di statuto personale. Sotto questo profilo il successo del Codice di Qadrī Bāšā è stato indiscutibile: ancor oggi è normale che la giurisprudenza egiziana e degli altri paesi di tradizione hanafita vi faccia esplicito riferimento, nel caso di lacuna dei testi di legge e di incertezze nell'interpretazione.

Nonostante l'illustre esempio di Qadrī Bāšā e i ricorrenti progetti di codificazione, l'Egitto e il Sudan non hanno a tutt'oggi adottato un testo organico ed esaustivo in materia di diritto di famiglia. Si sono limitati a intervenire su punti specifici, evitando così di giungere all'abrogazione formale della *šarī'ah*, che resta in vigore nel suo insieme.

L'omogeneità delle esperienze egiziana e sudanese non si ferma tuttavia al solo aspetto formale: anche nella sostanza, le riforme adottate in Egitto attraverso le leggi e in Sudan per mezzo delle circolari giudiziarie presentano significative somiglianze che giungono talora alla riproduzione letterale. Ciò è particolarmente evidente per il periodo che precede l'indipendenza del Sudan, nel 1956: prima di quella data la carica di Gran Qadi è stata costantemente ricoperta da un giurista egiziano, che tendeva a introdurre nel paese le riforme già adottate o in discussione in Egitto.

Le riforme introdotte in Sudan dalla circolare n. 17 sono riprese in Egitto in parte dalla legge n. 25 del 1920, che dal canto suo precede il Sudan nell'introduzione del divorzio per malattia, e in parte dalla legge n. 25 del 1929. Quest'ultimo testo comprende anche alcune norme in materia di mantenimento durante il ritiro legale (*al-'iddah*) simili a quelle già adottate in Sudan con la circolare n. 28 del 1927¹² e, d'altra parte, anticipa le riforme sudanesi in materia di ripudio, di calcolo del mantenimento, di fissazione del periodo massimo di gravidanza (circ. n. 41 del 1935).

Senza paralleli nell'esperienza egiziana e, più in generale, araba è la vicenda della riforma sudanese in materia di tutela matrimoniale (*wilāyat al-nikāh*): la circolare n. 35 del 1933, imponendo che il matrimonio sia concluso dal *walī*, adotta le soluzioni malikite, assai meno liberali di quelle allora in vigore nel paese. Alla situazione anomala, che tante polemiche ha suscitato, si è posto rimedio attraverso l'abrogazione della circolare del 1933, oggi sostituita dalla n. 54A del 1960.

La circolare n. 54A introduce inoltre per la prima volta in Sudan un'età minima per il matrimonio, sotto la quale la bambina non può essere in alcun caso sposata. L'Egitto era invece intervenuto già da tempo sul punto dichiarando che i matrimoni tra bambini, benché validi, non possono essere registrati. La mancata registrazione rende impossibile far valere in giudizio il matrimonio: per introdurre la riforma il legislatore egiziano ricorre a un espediente procedurale, inaugurando un metodo seguito talvolta anche dal Sudan.

In Egitto il decreto legge n. 44 del 1979, dichiarato incostituzionale nel 1985, e la legge n. 100 che lo ha sostituito modificano i precedenti testi del 1920 e 1929. Con le norme del 1985 oggi in vigore vengono per la prima volta adottate misure restrittive in tema di poligamia, che non hanno a tutt'oggi parallelo nel sistema sudanese.

4.4. I paesi arabi derivati dall'Impero Ottomano

Sconfitto nella prima guerra mondiale, l'Impero Ottomano con il trattato di Sèvres dell'aprile 1920 rinuncia alla propria sovranità sui territori arabi. Da quelli che erano stati i possedimenti diretti dell'Impero derivano l'Iraq, la Siria, il Libano (Grande Libano), la Giordania (Transgiordania) e la Palestina. Qui la codificazione del 1917 sopravvive al distacco dall'Impero: l'unica eccezione è rappresentata dall'Iraq, dove l'occupazione britannica aveva impedito nel 1917 l'entrata in vigore della legge ottomana della famiglia.

La legge ottomana, presto abrogata a Istanbul, è dunque destinata a regolare ancora a lungo i rapporti matrimoniali nel mondo arabo. In alcuni paesi essa sopravvive tuttora.

In Palestina l'autorità militare britannica, con la *Moslem Family Law (Application) Ordinance* del 25 settembre 1919, riafferma l'applicabilità da parte delle Corti sciaraitiche degli arti-

¹² Emendata dalla circolare n. 45 del 1936.

coli della legge ottomana relativi ai musulmani. Tale principio è ripreso dall'art. 52 del *Palestine Order in Council* del 10 ottobre del 1922, il testo con cui l'amministrazione civile britannica disegna le grandi linee del sistema giuridico della Palestina.

A sua volta Israele dichiara, con la *Law and Administration Ordinance* del 19 maggio 1948, che il diritto esistente in Palestina alla data dell'indipendenza resta in vigore (art. 46) e conserva, con la *Courts (Transition Rules) Ordinance*, il sistema giudiziario su base comunitaria per le questioni di statuto personale.

Anche se ininterrottamente applicabile, la legge della famiglia è stata però spesso ignorata dai *qāḍī* di Palestina prima e di Israele poi. Le Corti sciaraitiche si sono infatti allontanate dalle disposizioni della legge ottomana in favore di soluzioni di volta in volta più tradizionali o più riformiste, richiamandosi al diritto hanafita nella condensazione datane da Qadrī Bāṣā o ispirandosi alle esperienze di altri paesi arabi.

Anche le limitate riforme che Israele ha introdotto in materia di statuto personale sono poco seguite dalle Corti della comunità musulmana, che godono di un'amplissima autonomia. Tale è stato il destino della *Age of Marriage Law* (1950), della *Family Maintenance Law* (1959) e della *Capacity and Guardianship Law* (1962). Infine la *Women's Equal Rights Law* (1959) e la *Financial Relations Between Spouses Law* (1974) prevedono esplicitamente la possibilità per le parti di sottrarsi alle loro disposizioni, optando per la legge religiosa: ciò spiega che nei fatti siano completamente ignorate dalle Corti sciaraitiche.

Il Libano è l'altro paese in cui la legge ottomana del 1917 è ancora oggi in vigore. Il testo è applicabile ai musulmani sunniti, i cui rapporti, per le questioni di statuto personale non considerate dalla legge, sono regolati in conformità alle opinioni prevalenti del diritto di scuola hanafita. La legge ottomana è applicabile anche ai musulmani sciiti, purché compatibile con l'insegnamento della scuola ḡā'farita¹³.

Va ricordato che la comunità Drusa, che nel sistema giuridico libanese è considerata musulmana, non sottostà alla legge ottomana: là dove la legge n. 9 del 24/2/1948, relativa allo statuto personale di questa comunità, presenta una lacuna, riferimento va fatto al diritto hanafita.

In Giordania la legge ottomana del 1917 resta applicabile sino alla vigilia dell'indipendenza: nel 1947 è abrogata e sostituita con un codice provvisorio. Nel 1951 viene quindi adottata la Legge della famiglia giordana, che può a ragione essere considerata il primo codice arabo nella materia. L'originalità non è però il carattere principale del testo che, al di là dell'influenza egiziana, denuncia, già nella denominazione (*qānūn huqūq al-ā'ilah*), il proprio debito nei confronti del testo ottomano.

Nel 1976 il testo del 1951 viene abrogato e sostituito da una nuova Legge dello statuto personale, che ha a modello il codice adottato dalla Siria nel 1953. La legge viene applicata anche nella Riva Occidentale e a Gerusalemme Est, territori occupati militarmente da Israele nel 1967: le Corti sciaraitiche di quei territori infatti rifiutano il congelamento del sistema giuridico vigente al momento della guerra e la sottoposizione all'autorità militare israeliana.

La legge giordana di statuto personale è stata adottata come "legge temporanea" durante il periodo di sospensione del Parlamento (1974-1984) e dovrà dunque ora essere convertita. In tale prospettiva il *Qāḍī al-Qudā'* ha presentato diversi progetti di modifica.

Si è detto che la Siria ha emanato nel 1953 il proprio Codice dello statuto personale, abrogando così la legge ottomana. Come chiarisce la sua denominazione, il testo siriano, a differenza di quelli che lo hanno preceduto, non si limita a regolare il matrimonio e i rapporti fami-

¹³ I limiti dell'applicabilità della legge ottomana ai cittadini musulmani sono fissati dall'articolo 242 della legge n. 29 del 16 luglio 1962, relativa all'organizzazione delle giurisdizioni sciaraitiche.

Per quanto riguarda i ḡā'fariti, va ricordato che essi non sono che gli sciiti duodecimani, detti anche imamiti. La denominazione di "ḡā'fariti" è dovuta a Nādir Šāh che la creò nel XVIII sec. per ottenere il riconoscimento di una quinta scuola giuridica da parte del sovrano ottomano. Per tale scuola fa autorità l'opera di MUHAQQIQ AL-HILLI: *Šarā'ī' al-islām fi masā'il al-balāl wa-l-barām*, tradotta da QUIERRY, *Droit musulman. Recueil de lois concernant les Musulmans schyites*, Paris, 1871-1872 e da BAILLIE, *A Digest of Moohummudan Law*, London, 1869 (tr. parz.), ripubbl. a Lahore nel 1958.

liari, ma considera più in generale la materia dello statuto personale e in particolare il diritto delle successioni. Importanti modificazioni alle disposizioni del codice del 1953 sono state apportate nel 1975 in materia di *mahr*, poligamia, mantenimento e custodia del bambino.

Tra i paesi derivati dall'Impero Ottomano, l'Iraq è l'ultimo a intraprendere la codificazione del diritto di famiglia, nel 1959. La legge ottomana del 1917, come si è già ricordato, non vi è entrata in vigore, e in seguito il progetto di dotare il paese di una codificazione viene paralizzato dalla netta divisione della popolazione musulmana nelle due comunità sunnita e sciita duodecimana. Un primo progetto di codice, del 1947, tenta di mediare tra le aspettative delle due comunità ispirandosi al modello di legge multiconfessionale ottomano: accanto al nucleo di regole condivise da sciiti e sunniti, ne vengono dettate altre applicabili specificatamente ai membri delle singole comunità. Il progetto non riesce a trasformarsi in legge e occorre attendere oltre un decennio perché il governo repubblicano, instauratosi dopo il colpo di stato del 1958, nomini una nuova commissione nel febbraio del 1959. Lo scopo perseguito è ora quello dell'unificazione della nazione: si abbandona la tecnica della codificazione separata per comunità e si opta per un testo estremamente breve, di soli 88 articoli, di portata assai generale. La materia in cui le divergenze tra sciiti e sunniti sono più marcate, quella della successione legittima, è regolata dalle norme extrasciaraitiche ottomane relative alla successione nei diritti sulle terre demaniali (*amīrī*). Il 30 dicembre dello stesso anno viene pubblicato e entra in vigore il nuovo Codice dello statuto personale iracheno.

Quattro anni più tardi, con la legge n. 11 del 1963, il nuovo regime militare sostituisce le norme successorie ottomane con quelle di scuola *ḡa'farita*. Al codice sono in seguito apportate numerose e importanti modificazioni attraverso le leggi n. 21 del 1978; 72 del 1979; 57, 157 e 189 del 1980; 125 del 1981 e 34 del 1983.

4.5. I paesi del Magreb.

Nell'ultimo dopoguerra anche i paesi arabi del Magreb, che aderiscono per tradizione all'insegnamento malikita, intraprendono la codificazione delle norme sciaraitiche in materia di famiglia.

In Tunisia una prima commissione per la codificazione del diritto musulmano di famiglia è formata sotto il protettorato francese, nel 1947. Bisogna tuttavia attendere l'indipendenza del paese per vedere l'adozione della *Mağallah al-ahwāl al-šakhsiyyah* nel 1956. La *Mağallah* introduce riforme radicali, prime fra tutte l'abolizione della poligamia e l'eliminazione del ripudio: l'uomo e la donna hanno pari opportunità di ottenere lo scioglimento del matrimonio mediante ricorso al giudice.

Il numero delle materie originariamente regolate dalla *Mağallah* viene in seguito ampliato: con le leggi n. 77 del 1959 e n. 17 del 1964 sono aggiunti due capi, dedicati rispettivamente agli atti di ultima volontà e alle donazioni, che vanno a accostarsi alle successioni legittime, presenti nel codice sin dall'inizio. Il testo subisce inoltre vari emendamenti, tra il 1958 e il 1981; nel 1958 viene introdotto nell'ordinamento tunisino l'istituto dell'adozione, sconosciuto alla *šarī'ah*.

Il radicale laicismo del legislatore tunisino è rimasto insuperato nel panorama delle legislazioni arabe. Esso tuttavia, determinato dall'influenza personale dell'ex-presidente Burghiba, non è sempre stato condiviso dai giudici.

Poco dopo la Tunisia, anche il Marocco raggiunge l'indipendenza e si dota di un codice dello statuto personale: esso viene emanato a tappe, tra il 1957 e il 1958. Già nel titolo, *Mudawwanah*, che significa "raccolta", il legislatore marocchino manifesta il proprio programma di fedeltà al diritto di scuola malikita seguito nel paese. La terminologia adottata è assai tradizionale e le riforme introdotte, ispirate per lo più ai modelli proposti pochi anni prima nell'oriente arabo, sono circoscritte. Spesso il testo stenta a coordinarsi con altre leggi in vigore: in tutto ciò si riflette il peso preponderante avuto dai *fuqahā'* all'interno della commissione che ha predisposto il progetto.

Nonostante l'evoluzione sociale vissuta dal Marocco in questi ultimi tre decenni, la *Mu-*

dawwanah è restata in vigore, inalterata: gli emendamenti proposti sono stati immancabilmente respinti dal Parlamento e tre successivi progetti di riforma, del 1961, 1965 e 1981 sono rimasti senza seguito. Anche la giurisprudenza ha assunto per lo più un atteggiamento conservatore e poco incline a sviluppare nuove soluzioni.

Per lunghi anni Tunisia e Marocco restano i soli paesi del Magreb dotati di un codice dello statuto personale: solo nel 1984 infatti Libia e Algeria si risolvono a imitarli.

In effetti il legislatore libico era intervenuto in materia di capacità matrimoniale, di *wilāyah*, di divorzio per maltrattamenti (*lil-darar*) e di ripudio dietro corrispettivo (*al-khul'*) già con la legge n. 176 del 1972: quel testo, emendato nel 1978 e finalmente abrogato nel 1984, era però privo di ogni ambizione codificatrice. Un progetto di legge sul matrimonio fu presentato ai Congressi popolari di base nel 1981; assai radicale, esso era ispirato ai principi rivoluzionari formulati da Gheddafi nel Libro Verde: perfetta parità dei coniugi, libero consenso della donna al matrimonio ed eliminazione della poligamia¹⁴. La resistenza dei circoli tradizionalisti fu ferma: è davvero difficile dire se la legge n. 10 del 3/6/1984 sia lo stravolgimento di tale progetto o non rappresenti piuttosto un modello alternativo.

Il testo libico del 1984 è breve e laconico e talvolta con fuso e difficile da interpretare, come accade in materia di tutela (*al-wilāyah*). Esso è caratterizzato non solo da un deciso conservatorismo, ma anche da un certo compiacimento arcaizzante: conserva istituti desueti, come il ripudio per giuramento di astinenza (*al-ila'*) e per *zihār*, e riprende l'antica controversia sulla necessità dell'uso della lingua araba per la stipulazione del matrimonio. Va tuttavia notato che l'ostentata fedeltà alla tradizione non impedisce al legislatore libico di suggerire la diminuzione del numero massimo delle mogli da quattro a due, secondo il modello somalo.

Ultimo paese arabo del Magreb a darsi un codice dello statuto personale è stata l'Algeria nel 1984: la nuova legge della famiglia ha posto fine alla confusa situazione che regnava in materia dal 1975. Il primo luglio di quell'anno è stata infatti abrogata la legge n. 62-157 del 31/12/1962, con cui il nuovo stato indipendente prorogava fino a nuovo ordine la legislazione francese in vigore a quella data, a eccezione delle disposizioni incompatibili con la sovranità nazionale (art. 1).

Per quanto riguarda lo statuto personale, in virtù della legge del 1962 erano rimaste in vigore anche dopo l'indipendenza la legge n. 11/7/1957 sulla tutela e l'assenza, e l'ordinanza n. 59-274 del 4/2/1959, che introduceva importanti riforme in materia di matrimonio e divorzio: fissava l'età minima matrimoniale (art. 5), eliminava la tutela matrimoniale (art. 2) e vietava lo scioglimento extragiudiziale in vita dei coniugi, cioè il ripudio (art. 6).

Nell'Algeria indipendente i testi del 1957 e del 1959 si dovevano ritenere applicabili a tutti gli algerini di statuto personale musulmano, e cioè ai gruppi che nel periodo coloniale erano denominati di statuto locale: musulmani sunniti, ribaditi e Cabili. In origine invece la legge del 1957 era limitata ai musulmani sunniti (art. 173) e l'ordinanza del 1959 non riguardava gli Ibaditi (art. 10). Sin dai primi momenti dell'indipendenza si delinea dunque con chiarezza la tendenza all'unificazione del diritto su base nazionale. Essa resterà sempre la meta comune dei conservatori, riformisti e rivoluzionari che negli anni seguenti si contrapporranno sui successivi progetti di codificazione, impedendone di fatto l'adozione. In effetti i ripetuti tentativi di dare al paese un codice naufragano uno dopo l'altro. Troppo diverse erano le vie proposte per ridisegnare la nuova identità della nazione. La concezione di chi riteneva che l'islam, nella sua purezza, fosse l'elemento caratterizzante della personalità algerina si contrapponeva inconciliabilmente a quella di chi invece voleva modellare la giovane nazione su moderni ideali di socialismo.

In questo clima di accesi contrasti, l'unico testo che l'Assemblea riesce ad approvare è la legge Khemisti-Stefanini del 29 giugno 1963, diretta a regolare in via generale l'età e la prova del matrimonio: essa è l'unica legge che, in quanto posteriore al 31/12/1962, rimane in vigore

¹⁴ Gheddafi, nel suo Libro Verde, propugna il ritorno all'autenticità rivoluzionaria della Rivelazione coranica, che va liberata dalle incrostazioni del *fiqh*, prodotto dello sforzo umano, storicamente determinato. Sui risultati a cui un simile recupero porta in materia di matrimonio si legga AL-ASSIOUTY, *Coran contre fiqh - A propos du mariage selon le Livre Vert de Mu'ammār al-Qaddhāfi*, in AAN, 1979, pagg. 13-39.

anche dopo il 1975. Da tale data l'assenza di leggi in materia è quasi totale e i giudici fanno diretto riferimento al diritto musulmano, in virtù dell'art. 1 del codice civile di nuova adozione¹⁵.

La legge della famiglia (*qānūn al-usrah*) del 1984 viene quindi a porre termine a una situazione piuttosto ingarbugliata, imponendo soluzioni di compromesso che dispiacciono soprattutto ai progressisti. Il testo della legge è composto di 224 articoli, che assai succintamente regolano una grande varietà di materie: oltre al matrimonio e al divorzio, anche la tutela e l'assenza, le successioni legittime, e, insieme all'atto di ultima volontà, la donazione e la fondazione pia (*al-waqf*).

4.6 Yemen del Sud¹⁶ e Somalia

Spesso il mare, anziché dividere i paesi che si affacciano alle sue sponde, li unisce. È questo il caso del Golfo di Aden: i territori oggi facenti parte della Somalia e della Repubblica Araba Democratica dello Yemen sono da sempre legati da intense comunicazioni. Nonostante la non completa omogeneità linguistica essi rappresentano un'area culturale omogenea, almeno sotto il profilo giuridico: entrambi aderiscono infatti alle dottrine di scuola sciafiita.

Le evidenti affinità sono state ulteriormente enfatizzate dall'adesione di entrambi i paesi - per un certo periodo - al socialismo scientifico. In questo contesto si è assistito alla adozione quasi contemporanea di due leggi in materia di famiglia e di statuto personale. Tali testi, con i loro evidenti tratti di somiglianza, vengono a identificare una nuova area di modernizzazione.

La via alla codificazione è aperta dallo Yemen del Sud che il 27 gennaio 1974 adotta la legge della famiglia (*qānūn al-usrah*). Il legislatore adempie così all'obbligo, impostogli dalla costituzione del 1970, di adottare una legge per regolare i rapporti familiari in armonia con i principi rivoluzionari. Le disposizioni sciaraitiche sono infatti passate al vaglio dei principi di uguaglianza tra uomo e donna: si afferma che uomo e donna sono uguali in relazione alla conclusione del contratto di matrimonio, che non è più concluso dal tutore matrimoniale della sposa; che marito e moglie partecipano in proporzione alle loro possibilità alle spese del matrimonio e della vita comune e che la donna non deve più la tradizionale obbedienza all'uomo. L'uguaglianza tra uomo e donna non è invece realizzata in materia di scioglimento del matrimonio.

Anche l'uguaglianza sociale preme al legislatore del 1974: viene eliminato il concetto di adeguatezza matrimoniale (*al-kafā'ah*), è posto un limite massimo all'ammontare del mahr che l'uomo paga in occasione del matrimonio e sparisce l'istituto del *mahr al-mitl*, per cui, in mancanza di determinazione, la prestazione del marito va quantificata in relazione alla situazione sociale della donna.

Sul tema della poligamia infine il legislatore sud-yemenita adotta una soluzione originale: posto che il regime normale è quello monogamico, eccezionalmente viene ammessa la bigamia (art. 11).

Le grandi linee della legge yemenita sulla famiglia sono riprese l'anno seguente dal legislatore somalo. La legge somala dello statuto personale che tuttavia, a differenza di quella dello Yemen, ha codificato anche le regole sciaraitiche in materia di atto di ultima volontà (*al-wasiyah*) e di successione legittima. Proprio in quest'ultimo ambito il legislatore somalo introduce la perfetta parità di uomo e donna, in termini assoluti che non hanno l'eguale in alcuna altra codificazione araba, compresa la tunisina.

La legge somala è assai più analitica di quella dello Yemen e ammette il ricorso, in caso di lacuna, alle opinioni prevalenti di scuola sciafiita: nessuna norma del genere è prevista dal legislatore sud-yemenita.

¹⁵ Il c. II art. 1 del Codice del 5/7/1975 dispone che "in mancanza di una disposizione legale, il giudice decide secondo i principi del diritto musulmano e, in mancanza, secondo gli usi. In caso di necessità, fa ricorso al diritto naturale e alle regole di equità".

¹⁶ Mentre il presente libro era in corso di stampa, lo Yemen del Sud e lo Yemen del Nord si sono uniti. L'unificazione degli ordinamenti giuridici non è però ancora avvenuta.

4.7. La penisola araba

A parte lo Yemen del Sud, anche alcuni altri paesi della penisola araba hanno codificato di recente lo statuto personale. Varie sono le cause del ritardo con cui i paesi dell'area si accingono alla modernizzazione del diritto.

Negli anni delle grandi riforme dell'Impero Ottomano, molti paesi si trovavano già sotto il controllo della Gran Bretagna. Lo Yemen del Nord, il Neged e i luoghi Santi di Mecca e di Medina facevano parte dell'Impero, ma con statuti speciali, che li sottraevano alla dipendenza diretta da Istanbul e all'applicazione delle nuove leggi. Nel periodo tra le due guerre, in seguito al prevalere della dinastia Saudita sulla Hashemita, la maggior parte della penisola viene riunita nel Regno dell'Arabia Saudiana, in cui la *šarī'ah* troverà sempre il più strenuo difensore. L'atteggiamento ortodosso e conservatore del regno saudiano si riflette, se pur parzialmente attenuato, anche negli altri stati dell'area.

Il primo paese a codificare il diritto di famiglia è lo Yemen del Nord. Dopo l'adozione nel 1976 di disposizioni dirette a favorire il matrimonio, nel 1978 viene promulgata la legge sulla famiglia (*qānūn al-usrah*). Il legislatore yemenita adempie così almeno parzialmente all'obbligo impostogli dalla costituzione permanente del 1970 di codificare le regole sciaraitiche relative a tutti i rapporti tra le persone (*mu'āmalāt*).

La legge segue fedelmente il *fiqh* di scuola zaidita, cui aderisce la maggioranza della popolazione del paese. Il principale scopo della codificazione sembra infatti proprio quello di unificare il diritto applicabile nel paese, a spese dei diritti minoritari, sciafiita e ismailita, e del diritto consuetudinario. Quasi assenti dalla legge sono invece le riforme, così che il testo yemenita può senza incertezze essere definito come il più conservatore tra quelli oggi in vigore. Basti pensare che la legge del 1978 non proibisce il matrimonio delle bambine, ma introduce l'età minima per il matrimonio dei soli maschi, e che non si cura di fissare una durata massima alla gestazione e rimette la questione al parere che il medico esprime sul singolo caso.

Anche la lingua utilizzata dal legislatore yemenita è assai particolare e impone il ricorso ai trattati classici di *fiqh*, dato che i dizionari giuridici normali non sono sufficienti a illuminarla.

Nel 1984 è infine il Kuwayt a dotarsi di un codice dello statuto personale. Il legislatore si ispira in questo caso principalmente alla dottrina giuridica malikita, tranne che per le parti dedicate alle disposizioni di ultima volontà e alla successione legittima, chiaramente tributarie del modello delle leggi egiziane, di ascendenza hanafita.

Caratteri propri del codice del Kuwayt sono l'analiticità, il linguaggio assai tradizionale e un cauto riformismo: nessuna innovazione è introdotta in tema di conclusione del contratto, di poligamia e di ripudio, il quale resta sottratto a qualsiasi controllo giudiziario.

Le leggi nord-yemenita e del Kuwayt possono dunque essere considerate tra le più conservatrici e legate al tradizionale *taqlīd*.

4.8. Progetti di unificazione

Nel 1988 il Consiglio dei Ministri Arabi della Giustizia ha approvato il "Documento del Kuwayt", che contiene il progetto di codice arabo unificato dello statuto personale, primo parziale risultato del programma di codificazione uniforme interaraba a base sciaraitica, varato a Rabat nel 1977.

La prima commissione incaricata della redazione di tale progetto era stata nominata nel 1982, in base alle direttive che il Consiglio aveva dettato l'anno precedente a San'ā' e terminò i propri lavori nel 1985. Una seconda commissione, allargata a un numero maggiore di paesi, modificò il primo progetto sulla base delle osservazioni che gli stati membri della Lega Araba avevano avanzato sul progetto del 1985.

Il Documento del Kuwayt rappresenta la revisione approfondita di tale seconda versione.

Rispetto alle versioni precedenti quella definitiva adottata in Kuwayt propone soluzioni alquanto moderate. L'interesse del progetto di codice unificato risiede nel fatto che esso rappresenta bene le opinioni medie che risultano generalmente accettabili dall'insieme dei paesi arabi. Molto significativa è ad esempio l'ammissione da parte della commissione di avere fatto ricorso

in alcune occasioni all'*iğtihād*, lo sforzo ermeneutico condotto sulle fonti prime della *šarī'ah*: il Corano e la Sunnah. Ciò significa che l'idea modernista della riapertura del *bāb al- iğtihād* è ormai diffusamente accettata.

Il progetto presenta motivi di interesse anche dal punto di vista linguistico. Nel corso dei lavori le diverse tradizioni giuridiche musulmane si sono scontrate, dando luogo a dilemmi irrisolvibili. Così l'attribuzione patrimoniale dovuta dall'uomo alla donna a causa del matrimonio è stata chiamata di volta in volta *mahr*, secondo l'uso hanafita, o *sadāq*, come vogliono i malikiti.

Il progetto non ha invece rilevanza pratica: è infatti estremamente improbabile, se non del tutto impossibile, che alcun paese arabo conformi la propria legislazione al progetto di codice unificato.

5. NORMA LEGALE E ŠARĪ'AH

È stato detto che il diritto musulmano è incompatibile con la codificazione; che ogni tentativo di ridurlo in codice non può che snaturarlo e sottilmente distorcerlo¹⁷.

Con simili affermazioni si è voluto richiamare l'attenzione sul fatto che il diritto musulmano è caratterizzato da un suo proprio metodo più che dal contenuto delle regole.

Se infatti un certo limitato numero di regole è proprio ed esclusivo del diritto musulmano, bisogna pur ammettere che per la maggior parte esse non possono vantare altrettanta originalità e che spesso è facile individuare la loro consonanza con norme di altri sistemi. Non va dimenticato inoltre che regole inconciliabili, e persino opposte, sono considerate sciaraitiche a pari titolo. Si pensi, per restare nell'ambito del diritto matrimoniale, che mentre la scuola hanafita ammette che la donna stipuli personalmente il proprio contratto di matrimonio, i giuristi appartenenti alle altre scuole richiedono l'intervento del tutore matrimoniale (*al-walī*), a pena di invalidità del contratto.

Il vero tratto distintivo del diritto musulmano è dunque il suo metodo, il suo particolare stile nell'individuazione e nella formulazione della regola di diritto. Se questo metodo è correttamente seguito, nell'assenza di un'autorità che possa giudicare dei risultati, ogni soluzione è ugualmente legittima. Il metodo è quello elaborato dal *fiqh*, la scienza giuridica musulmana; la sua legittimità posa sul prestigio dei giuristi musulmani, i *fuqahā'*, e sulla considerazione in cui è tenuta la loro attività. Prestigio e considerazione sociale si traducono nel concetto di *iğmā'*, consenso.

Il consenso dei giuristi garantisce l'autenticità delle fonti prime del diritto musulmano, la rivelazione coranica e la tradizione profetica, che della prima è commento e integrazione. Esso garantisce inoltre l'infallibilità della dottrina che su tali fonti è stata elaborata nei primi secoli dell'egira e a cui i giuristi successivi devono attenersi.

Il metodo di individuazione della norma giuridica musulmana impone quindi di partire dalle opinioni espresse dai dottori che hanno interpretato il Corano e la *sunna*: occorre ben padroneggiare le tecniche che permettono di orientarsi nella letteratura giuridica di ogni scuola, per valutare l'importanza e l'autorità relativa delle diverse fonti e quindi individuare l'opinione prevalente sulla questione che interessa.

Con la codificazione il metodo peculiare del diritto musulmano pare divenire inutile, obsoleto. Non sembra però d'altra parte che né i legislatori, né ancor meno gli interpreti, siano disposti a considerare la regola sciaraitica codificata alla stregua di una qualsiasi norma legale. Essi non rinunciano alla sua islamicità. È legittimo tuttavia chiedersi in che cosa consista tale islamicità.

In realtà la tensione tra il diritto musulmano, quale si è realizzato storicamente, e la legge statale è per la maggior parte del tempo latente. Infatti, quando la regola della legge corrisponde esattamente a quella sciaraitica tradizionalmente applicata, le questioni poste dalla codificazione non vengono percepite.

¹⁷ SCHACHT, *Problems of Modern Islamic Legislation*, in SI, 1960, pag. 108; MAYER, *The Šarī'a: a Methodology or a Body of Substantive Rules?*, (datt.) University of Pennsylvania, s.d., pag. 1.

Nel mondo islamico è oggi considerato normale essere governati da codici e leggi. Anche quando più radicalmente l'islam ha rivendicato la propria individualità culturale nei confronti dei modelli occidentali, non è giunto al ripudio del codice. Al contrario, la legge statale è divenuta paradossalmente il più efficace strumento delle recenti politiche di islamizzazione.

D'altra parte l'opinione pubblica araba annette enorme importanza al fatto che le relazioni giuridiche, e in particolare le relazioni familiari, siano regolate in modo conforme alla *šarī'ah*. Quindi l'idea di una legge, o di un codice, islamici, non scandalizza, ma piuttosto conforta le coscienze.

Se però la norma codificata si allontana da quella sciaraitica tradizionale, diviene ineluttabile affrontare la spinosa questione dei rapporti tra la legge statale e la *šarī'ah*.

I tipi più radicali di riforma possono dar luogo a veri e propri atti di disobbedienza nei confronti della legge dello stato. Si pongono qui i problemi squisitamente politici che percorrono tutta la storia dell'islam: il potenziale conflitto tra la sottoposizione alla legge di Dio e la soggezione al sovrano, la legittimazione del sovrano e il diritto di rifiutargli obbedienza.

Ma, per limitarsi al piano più strettamente tecnico giuridico, si deve notare che a volte la discrepanza tra regola legale e regola sciaraitica pone semplicemente una questione di interpretazione. L'interprete è chiamato a scegliere tra diversi percorsi da seguire.

Si prenda ad esempio il caso del *nasab*, la relazione giuridica che lega il padre al figlio. Per il diritto musulmano essa deve necessariamente fondarsi sulla filiazione legittima. Non poco hanno faticato i *fuqahā'* per conciliare tale rigido principio con regole operative ispirate a una maggiore pietà per il destino dei bambini nati fuori dal matrimonio. Oggi molti dei testi legislativi in vigore non fanno alcun cenno, né diretto né indiretto, alla necessità che il *nasab* si fondi sulla filiazione legittima. Un interprete che ponesse veramente la legge al primo posto tra le fonti del diritto potrebbe ignorare il principio sciaraitico e con ciò risolvere senza sforzo e con rigore logico alcuni problemi tra i più insidiosi del diritto musulmano. Eppure ciò non avviene. Gli interpreti fanno costante riferimento all'impostazione che al problema diede il *fiqh*, anche se in questo caso non pare possa configurarsi una lacuna nel testo legislativo, unica ipotesi per cui è legalmente previsto il ricorso alla *šarī'ah*.

Dunque la codificazione non ha consumato, esaurito il carattere islamico della regola di diritto, che continua a rimandare a qualche cosa di esterno alla legge. Ma in che cosa consiste l'islamicità e qual è il metro con cui la si misura?

Per rispondere a queste domande può essere di grande utilità far riferimento alle relazioni e ai memorandum con cui spesso i legislatori accompagnano i testi dei codici.

Essi infatti illustrano i punti sui quali la legge si discosta dal diritto tradizionalmente applicato e cercano di giustificare le innovazioni. Le relazioni si propongono di persuadere della legittimità dell'intervento riformatore del legislatore: devono quindi far ricorso ad argomentazioni che abbiano qualche speranza di essere comunemente accolte. I metodi di riforma che il legislatore rivendica come legittimi riflettono le comuni concezioni riguardanti i criteri da seguire per individuare l'islamicità della norma e le relazioni che intercorrono tra il diritto islamico e la legge statale.

6. I METODI DI RIFORMA.

Gli interventi riformatori maggiormente rispettosi della *šarī'ah* e dei criteri tradizionali di identificazione della norma islamica sono quelli ispirati al metodo degli espedienti procedurali. Senza interferire con la validità teorica delle norme tradizionali, essi si limitano a impedirne l'applicazione, con l'ordinare ai giudici di prescindere in presenza di determinate circostanze. È soprattutto il legislatore egiziano a ricorrere a questo metodo, che si basa sul potere tradizionalmente riconosciuto al sovrano di limitare la competenza dei *qādī*. Come si espone più diffusamente altrove, la legge egiziana vieta nei fatti i matrimoni precoci con il renderli non conoscibili per i giudici. Accorcia altresì il termine massimo di gravidanza, stabilito dal diritto hanafita in due anni, disponendo che, in caso di opposizione, non è accolta la domanda tendente a far at-

tribuire al bambino, nato oltre l'anno dallo scioglimento del matrimonio, i diritti di figlio. Sempre il legislatore egiziano interviene su un'altra questione collegata alla durata massima della gestazione, ovvero quella della durata del periodo di ritiro legale. È noto che per il diritto musulmano in seguito allo scioglimento del matrimonio, per qualunque causa, la donna deve osservare un periodo di astinenza dai rapporti sessuali e di ritiro: la *'iddah*. La funzione del ritiro legale è quella di evitare dubbi sulla paternità del bambino, e, in subordine, di concedere al marito un periodo di ripensamento durante il quale può riprendere con sé la moglie. Per tutto questo periodo la donna deve essere mantenuta dal marito e conserva i diritti successori nei suoi confronti. La durata della *'iddah* è in genere fissata in tre cicli mestruali o in tre mesi. Se tuttavia la donna è incinta, essa resta in ritiro legale sino al parto: quindi, viste le presunzioni accolte dal diritto hanafita, la donna potrebbe pretendere di conservare i propri diritti di moglie per ben due anni. Per evitare abusi, il legislatore dispone che nessuna domanda di mantenimento avrà udienza se relativa a una *'iddah* superiore a un anno dalla data del ripudio; né si conoscerà di alcuna domanda relativa a diritti successori derivanti dal matrimonio di una donna ripudiata il cui marito sia morto dopo più di un anno dalla data del divorzio.

Sui poteri tradizionali del sovrano musulmano sono basati anche altri metodi di riforma. La dottrina giuridica classifica ogni possibile azione umana, distinguendo non soltanto gli atti obbligatori da quelli vietati, ma anche, tra gli atti leciti, quelli indifferenti o riprovevoli. Orbene, il sovrano può legittimamente ordinare quanto per la dottrina è semplicemente raccomandabile e, d'altra parte, vietare ogni atto, tranne quelli obbligatori. Richiamandosi a tale principio, il legislatore siriano ha introdotto il risarcimento a favore della donna ripudiata arbitrariamente, rendendo obbligatorio il dono di consolazione, che secondo la dottrina era semplicemente raccomandabile attribuire alla donna ripudiata¹⁸.

Un'altra via di riforma che, almeno nelle sue forme più moderate, è rispettosa delle prerogative della *šarī'ah* è quella del metodo eclettico. Può accadere che il legislatore, nel codificare la *šarī'ah*, giudichi che la regola da applicare in base ai criteri di individuazione posti dal *fiqh* non risponda all'interesse generale. Ordina quindi ai giudici di sostituirla con un'altra, corrispondente a un'opinione giuridica diversa. Ciò rientra nella facoltà del sovrano di sciogliere il giudice dall'obbligo di attenersi rigorosamente all'opinione dominante della propria scuola di appartenenza su punti determinati.

L'eclettismo (*talfīq o takhayyur*) può esprimersi all'interno della singola scuola giuridica: l'opinione dominante è sostituita con una delle opinioni minoritarie. Il legislatore ottomano si era affidato completamente a questo metodo quando aveva condensato nella *Mağallah* il diritto civile hanafita; continua a fare un largo uso nella legge della famiglia del 1917. Molte delle riforme che introduce corrispondono all'opinione dominante nelle scuole non hanafite; ma prima che alla loro autorità il legislatore richiama a fondamento delle proprie scelte giuristi hanafiti le cui soluzioni non sono normalmente accettate. Così, per esempio, a giustificare l'esclusione del potere del *wālī* di provocare lo scioglimento del matrimonio per insufficienza del *mahr*, il memorandum di accompagnamento alla legge invoca l'autorità di Abū Yusuf e Šaybānī, accennando incidentalmente al fatto che questa è anche l'opinione di Malik e di Šāf'ī.

Le opinioni di scuole diverse vengono invece in primo piano quando, ad esempio, si tratta di escludere la validità del ripudio dato con espressione metaforica o del matrimonio concluso con violenza: allora il richiamo diretto è fatto all'opinione di Šāf'ī.

La scelta di adottare l'opinione prevalente di un'altra scuola ha giustificato riforme di

¹⁸ Per quanto riguarda il secondo corno della questione, cioè la possibilità per il legislatore di vietare qualunque atto che non sia obbligatorio, va segnalato che le maggiori discussioni si sono concentrate sulla legittimità di proibire su tale base la poligamia che, come è noto, è dal diritto musulmano permessa. Il memorandum ottomano si schiera nettamente a favore della legittimità di un eventuale divieto: se il legislatore non lo adotta, è soltanto per considerazioni di opportunità. Le argomentazioni ottomane sono fatte proprie dalla Corte suprema israeliana, che, basandosi, tra l'altro, anche su di esse, respinge la tesi che il divieto di poligamia sancito dalla legge di quel paese con sanzioni penali violi il diritto di libertà religiosa. La presa di posizione della Corte suprema provoca la reazione del Presidente della Corte sciaraitica d'appello che sostiene che la libertà religiosa deve comprendere la libertà di fare sia ciò che la religione comanda, sia ciò che semplicemente permette.

grande momento del diritto hanafita: la legittimazione della moglie a chiedere il divorzio giudiziale, originariamente quasi assente, è stata modellata sulle soluzioni malikite. D'altra parte è ormai generalizzata in tutti i sistemi l'ammissibilità delle stipulazioni accessorie nel contratto di matrimonio, ispirata al diritto di scuola hanbalita.

Può tuttavia accadere che la soluzione auspicata dal legislatore non trovi alcun sostegno né nella scuola tradizionalmente prevalente nel paese, né in altre.

I legislatori cercano allora di puntellare le innovazioni con l'opinione di giuristi isolati o appartenenti a scuole di diritto estinte. Mentre il nome di un grande giurista è da solo sufficiente a legittimare l'introduzione di una riforma, occorre affastellare numerose citazioni se l'autorità dei giuristi è meno incontestata. Si veda come esempio l'elenco lunghissimo di autorità che il memorandum del codice del Kuwayt cita a sostegno del divieto di pronunciare contestualmente più di un solo ripudio: Ibn Taymiyyah, che attribuisce l'opinione a alcuni compagni di Abū Hanīfah, di Mālik e di Ahmad Ibn Hanbal; Ibn al-Qayyim; alcune decine di giuristi di Toledo, di scuola malikita; alcuni giuristi di Cordova, tra cui Asbag Ibn al-Habbāb, Muhammad Ibn Taqī Ibn Muhallid e Muhammad Ibn 'Abd al-Salām al-Huṣnī e Ibn Zinbā; la scuola zahirita; Ibn 'Abbās, al-Zubayr, Ibn 'Awf, 'Alī, Ibn Mas'ūd, 'Ikrimah; Tāwūs; Halās Ibn 'Amrū, e Muhammad Ibn Muqātala.

Tale uso del metodo eclettico fuori dai confini delle scuole classiche sarebbe illegittimo secondo i principi tradizionali: infatti le opinioni isolate o quelle di giuristi appartenenti ad antiche scuole estinte non sono coperte dall'*iğmā'* il che equivale a dire che il *fiqh* non ne riconosce la validità.

Il consenso, il criterio con cui il *fiqh* distingue la regola islamica da quella che islamica non è, è travolto. La dottrina tradizionale conserva tuttavia una sua atecnica autorità e il fatto di reperire un'opinione, per quanto erratica, a sostegno del dettato della legge resta confortante.

Raggiunti, e superati, i limiti estremi di flessibilità della dottrina medioevale, i legislatori non rinunciano a avanzare sulla via delle riforme e a dimostrarne il sostanziale accordo con il diritto musulmano.

La prospettiva con cui si guarda ai risultati dell'enorme sforzo interpretativo dei dottori medioevali cambia radicalmente. Inizialmente i legislatori motivavano le riforme con la decadenza dei costumi e la corruzione dei tempi. Le mutate condizioni sociali non permettevano agli individui di conformarsi agli elevati standard morali che informavano il diritto musulmano. Essi erano portati ad abusare dei diritti che loro riconosceva la dottrina tradizionale e quindi il legislatore si veniva a trovare nella necessità di ricorrere a tutti i poteri che gli spettavano per ovviare alla situazione e ricondurre alla retta applicazione del diritto, magari scegliendo quelle regole che meglio si adattassero a regolare la sciaguratezza umana.

Con l'andar del tempo all'idea che la società sia inadeguata al diritto musulmano si sostituisce quella che siano le regole tradizionali a essere inadatte allo sviluppo sociale e alle sue esigenze. Soltanto la cecità dell'uomo può avergli fatto confondere il diritto musulmano con l'insieme delle regole dettate dalla dottrina medioevale, l'eterno con ciò che, per la sua natura contingente, va abbandonato al mutare delle circostanze.

Dice il Corano (II, 185): "Iddio desidera agio per voi, e non disagio". Come potrebbe dunque esigere che l'uomo si adegui a regole obsolete, fonti unicamente di pena?

Per conoscere la via tracciata da Dio all'uomo occorre tornare a interpretare direttamente il Corano, fonte rivelata, eterna e inesauribile del diritto musulmano. Trascurando la mediazione del *fiqh* medioevale, superflua e talvolta fuorviante, si deve seguire la via del *neo-iğtihād*, il rinnovato sforzo esegetico della dottrina.

All'affermarsi della nuova dottrina va in particolare ascritto il merito delle riforme introdotte in materia di poligamia: non tanto del singolo meccanismo ideato per tenere sotto controllo il dilagare del fenomeno, ma di aver creato, mediante un'interpretazione restrittiva dei versetti coranici, un clima adatto all'introduzione di forti limitazioni a quello che normalmente era considerato un diritto indiscutibile dell'uomo.

Allo sviluppo della nuova dottrina è inoltre affidato il successo di quelle particolari inno-

vazioni che le leggi introducono sotto forma di omissione. La norma sciaraitica che il legislatore considera anacronistica e superata viene semplicemente omessa nel corso della codificazione. Si evitano così lo scandalo e le polemiche che potrebbero conseguire a un rigetto esplicito della norma sciaraitica, lasciando al contempo la possibilità all'interprete di discostarsi dal diritto tradizionale. Come ha ben dimostrato l'esempio sopra illustrato in materia di stabilimento della paternità, finora l'interprete non ha mai ritenuto che, per il semplice fatto di non essere inclusa nella legge, la norma sciaraitica cessi di essere vigente. Se però il silenzio della legge riguarda una regola che la moderna dottrina ritiene estranea al nucleo irrinunciabile ed eterno del diritto musulmano, l'innovazione mediante omissione ha qualche possibilità di imporsi. Occorre cioè che la nuova dottrina rimpiazzì l'antica.

7. COMUNITÀ DEI CREDENTI E STATO NAZIONALE.

La norma sciaraitica tradizionale ha natura religiosa ed è perciò applicabile ai musulmani: a tutti i musulmani e soltanto a loro. Non importa che l'unità politica dell'islam, dopo i primi gloriosi anni, si sia disgregata e che i musulmani siano stati sottoposti al potere di sovrani diversi, spesso in lotta tra loro. La *šarī'ah* non conosce i confini che senza tregua vengono tracciati e cancellati dalla storia; essa regge l'intera comunità dei credenti, la *ummat al-mu'minīn*. In considerazione del carattere universalistico della religione islamica, essa potrebbe potenzialmente reggere l'intera umanità.

Con la codificazione, la norma sciaraitica viene collegata allo stato-nazione (*al-dawlah*): in che modo la tradizionale natura personale della norma sciaraitica si coordina con il criterio di applicabilità su base territoriale, che è caratteristico della norma statale?

La questione presenta diversi risvolti. Da un lato la codificazione nega la potenziale universalità della norma che, in quanto codificata e nei termini in cui è codificata, dovrebbe essere applicata ai soli cittadini dello stato. D'altro lato, all'interno dei confini dello stato, la codificazione va nella direzione di una progressiva unificazione del diritto applicabile ai cittadini che, se portata alle sue estreme conseguenze, comporterebbe la eliminazione di ogni conflitto interpersonale.

In nessuna di queste due prospettive la norma sciaraitica ha tuttavia perso del tutto la propria natura personale.

Nell'ambito dei rapporti tra cittadini musulmani di stati diversi, la tensione tra comunità di fede e stato nazionale è tuttora irrisolta. Lo straniero musulmano non è considerato del tutto straniero dal giudice arabo. Può accadere così che gli venga applicata la norma nazionale del giudice anziché quella sua propria, come imporrebbero le norme di conflitto per le materie di stato e di rapporti di famiglia¹⁹.

Emblematico è il caso del Marocco: il *dhahīr* del 24 aprile 1959 prevedeva la competenza delle Corti Sciaraitiche per le questioni di statuto personale che coinvolgevano stranieri musulmani. Questi erano di conseguenza sottoposti automaticamente alla *šarī'ah*, o più precisamente alla codificazione di diritto malikita che è rappresentata dalla *Mudawwanah*. Ciò avveniva anche quando nel loro paese, la Turchia, ad esempio, o la Francia, il diritto musulmano è stato abbandonato o non ha mai avuto applicazione.

Lo stesso vale per la Giordania, dove ogni musulmano è sottoposto all'applicazione della *šarī'ah*, a prescindere dalla sua cittadinanza.

Anche in assenza di una norma specifica, il musulmano straniero può vedersi applicato il diritto statale del giudice. Ciò accade quando il giudice ritiene che le riforme apportate alla *šarī'ah* dal legislatore straniero siano incompatibili con l'ordine pubblico del proprio stato. L'ordine pubblico statale si identifica in tal modo con un preteso ordine pubblico musulmano. In Egitto ad esempio si ritiene che la proibizione del ripudio o della poligamia privi il musulma-

¹⁹ I paesi arabi hanno di regola adottato la cittadinanza come criterio di collegamento in materia di statuto personale secondo il modello euro-continentale.

no di un diritto fondamentale, e in quanto tale viene disapplicata.

Il fatto che i cittadini stranieri siano di religione musulmana può avere un'imprevista influenza sulla scelta del diritto da applicare anche nei paesi in cui la *šarī'ah* è stata profondamente riformata. In Tunisia per esempio è stato notato che i giudici sono assai più liberali nell'applicare il diritto straniero laico, o di origine cristiana o ebraica, piuttosto che le norme tradizionali della *šarī'ah* vigenti all'estero, le quali vengono talvolta disapplicate, sempre in nome dell'ordine pubblico. È accaduto ad esempio che un giudice di prima istanza abbia rifiutato l'applicazione delle regole marocchine in materia di ripudio, considerandole incompatibili con il divieto che dell'istituto viene fatto nell'ordinamento tunisino. In un simile caso è evidente il coinvolgimento emotivo del giudice nella definizione del concetto di ordine pubblico; in esso si trovano riflesse le sue più intime convinzioni circa l'evoluzione che il diritto musulmano deve prendere sulla via della modernizzazione.

8. IL DIRITTO MUSULMANO ENTRO I CONFINI DELLO STATO.

La codificazione delle norme sciaraitiche tende a uniformare il diritto applicabile nell'ambito del territorio statale. Essa conduce di regola alla eliminazione dei conflitti interpersonali di leggi tra musulmani, e, potenzialmente, a quella dei conflitti tra musulmani e aderenti ad altre religioni.

Nel sistema sciaraitico tradizionale, data la coesistenza di diverse scuole giuridiche, era possibile che sorgessero conflitti di legge anche all'interno della comunità musulmana. Ogni individuo era libero di aderire a una qualsiasi delle quattro scuole giuridiche sunnite, al cui diritto si trovava di conseguenza sottoposto. Egli poteva inoltre decidere, in relazione a una questione determinata, di abbandonare le regole della propria scuola di appartenenza e di sottomettere i propri atti alle prescrizioni di un'altra scuola, che egli considerasse migliori, e, in pratica, più adatte a realizzare i fini che egli si proponeva.

Oggi la scelta della regola più ragionevole, più adatta a regolare i rapporti di famiglia, non è più lasciata all'individuo, ma, come si è visto, è effettuata direttamente dal legislatore. Le norme del codice sono applicabili a tutti i cittadini musulmani. La rilevanza della loro particolare adesione all'una scuola o all'altra è ormai limitata alle questioni di culto.

L'unificazione del diritto ha travolto anche la fondamentale contrapposizione tra sunniti e sciiti: in Iraq il codice, applicabile indistintamente a tutti i musulmani²⁰, media tra il diritto *ḡa'farita* e quello sunnita, prevalentemente hanafita; in Yemen del Nord la legge della famiglia, modellata sul *fiqh* zaidita, è applicabile anche alla popolazione sciafiita che vive sulla costa.

Esistono tuttavia delle eccezioni alla scomparsa dei conflitti infracomunitari, che sono rappresentate dai sistemi del Libano e del Kuwayt.

Per quanto riguarda il Libano, mentre il giudice sunnita decide sulla base delle opinioni prevalenti della scuola hanafita, fatta eccezione per i casi regolati dalla legge ottomana del 1917, il giudice *ḡa'farita* applica agli sciiti le regole di diritto *ḡa'farita* non incompatibili con le disposizioni della stessa legge. Anche la comunità drusa è sottoposta al proprio diritto particolare.

In Kuwayt le diversità di scuola continuano a essere rilevanti all'interno dello stesso mondo sunnita. Il codice del 1984 è infatti applicabile soltanto a coloro ai quali si applicava il diritto *malikita*, a esclusione di chiunque altro, che resta soggetto al proprio diritto personale (CSPKWT, art. 346 lett. a).

L'unificazione su base territoriale del diritto applicabile agli individui di diversa fede è assai più rara dell'unificazione all'interno della comunità musulmana.

Come è facilmente prevedibile, nei sistemi in cui si conservano le tradizionali contrapposizioni tra i musulmani aderenti alle varie scuole, anche le comunità religiose diverse da quella islamica godono di ampia autonomia. Così in Libano Cattolici, Ortodossi, Protestanti ed Ebrei

²⁰ Non soltanto a tutti i musulmani, ma, secondo quanto previsto dall'art. 2 CSPIRQ, "a tutti gli iracheni, a eccezione di coloro che ne sono esentati da una legge speciale". Nei fatti sono sottoposti a un proprio diritto i cattolici, gli armeni ortodossi, i siriani ortodossi e gli ebrei.

regolano le relazioni familiari secondo il diritto loro proprio, amministrato da organi giudiziari comunitari.

Negli altri sistemi, il diritto musulmano codificato, pur essendo applicabile a tutti i musulmani, non è di regola applicabile a tutti i cittadini: ne rimangono esclusi gli appartenenti alle comunità religiose riconosciute dallo Stato. Il diritto proprio di ogni comunità può venire amministrato da giudici confessionali, come avviene in Giordania, ovvero dai tribunali statali, come è il caso dell'Egitto e della Siria.

Più raro è il caso in cui il diritto musulmano, una volta codificato, venga dichiarato applicabile a tutti i cittadini dello Stato. In Tunisia la *Mağallah*, inizialmente applicabile ai soli musulmani, venne estesa indistintamente a tutti i cittadini nel 1957, con la soppressione dei tribunali rabbinici e con l'abrogazione delle norme transitorie che regolavano in origine lo statuto personale dei cittadini né musulmani né ebrei. Una soluzione simile a quella originaria della Tunisia vale per il Marocco. In Algeria è l'articolo 221 che stabilisce l'applicabilità della legge a tutti i cittadini algerini. In Egitto l'applicazione del diritto musulmano all'intera popolazione, senza distinzione di fede, è limitata alla materia successoria.

Non mancano infine casi, come quello della Libia, dello Yemen del Sud o della Somalia, in cui la questione relativa all'applicabilità del diritto musulmano codificato a individui di confessione differente non è affrontata, per la contingente corrispondenza tra la comunità islamica e l'insieme dei cittadini dello Stato.

9. DIRITTO MUSULMANO E DISCRIMINAZIONI RELIGIOSE.

Anche nei sistemi in cui la *šarī'ah* codificata è virtualmente applicabile a tutti i cittadini, l'appartenenza religiosa dell'individuo continua a conservare una certa rilevanza. In tutti i codici, indipendentemente dal criterio secondo il quale vanno individuati i destinatari della legge, vengono infatti recepite alcune norme sciaraitiche chiaramente discriminatorie nei confronti dei non musulmani, la principale delle quali è l'impedimento matrimoniale derivante dalla diversità di fede.

È noto che la *šarī'ah*, in base all'appartenenza religiosa, classifica gli individui in tre diverse categorie: i musulmani, gli appartenenti a una delle religioni del Libro, e cioè cristiani ed ebrei (*al-kitābiyyūn*), e i pagani o idolatri²¹. Il musulmano può sposare una cristiana o un'ebrea, essendogli soltanto proibito di unirsi in matrimonio con una pagana²². La musulmana, al contrario, non può che sposare un correligionario: le è proibito il matrimonio tanto con i pagani che con gli appartenenti alle altre religioni del Libro²³.

Qui la discriminazione religiosa, che si accompagna a quella sessuale, rappresenta un grave attentato alla libertà di matrimonio. L'ostacolo al matrimonio rappresentato dalla diversità di fede è tanto profondamente radicato nel sentire dei musulmani da essere correntemente ritenuto rilevante anche in un paese come la Tunisia, il cui codice non vi fa cenno e che ha aderito

²¹ Si può distinguere ancora una quarta categoria comprendente gli apostati (*al-murtadd*), i musulmani che hanno rinnegato la fede. Il loro destino è per la *šarī'ah* quello della morte civile, la perdita di ogni diritto, inclusi quelli che derivano dal matrimonio. Le leggi attuali non fanno cenno all'apostasia, con l'unica eccezione della legge nord-yemenita.

²² Dice il Corano (V, 5): "Vi sono permesse, come mogli, le donne oneste di fra le credenti, come anche le donne oneste di fra coloro cui fu dato il Libro prima di voi".

²³ Il principio è basato su due versetti coranici: "O voi che credete! Quando vengono a voi delle credenti emigrate, esaminatele: Dio meglio conosce la Fede loro. Che se le conoscerete credenti non rinviatete ai negatori della fede, poiché costoro non son leciti a esse, né esse lecite a loro ... " (LX, 10) e "Non date spose donne credenti a idolatri, finché essi non abbian creduto, perché lo schiavo credente è meglio di un uomo idolatra, anche se questi vi piaccia" (II, 221). Secondo l'interpretazione tradizionale il termine idolatra (*al-mušrik*) adoperato in quest'ultimo versetto comprenderebbe anche cristiani ed ebrei. Infatti nella traduzione letterale esso significa associatore, indica cioè chi accomuna nel culto altri a Dio, come farebbero ad esempio i cristiani con il concetto di Trinità.

La proibizione riguardante il matrimonio della musulmana è ripresa espressamente da quasi tutti i testi di legge. Si vedano LFOTT art. 58; CSPSIR art. 48 n. 2; CSPIRQ art. 13; MUD art. 29 n. 5; LFYN art. 26; LFLJB art. 12 lett. b-c; LFALG art. 31; CUSP art. 30 nn. 7-8.

alla Convenzione di New York sul consenso al matrimonio, l'età minima matrimoniale e la registrazione dei matrimoni.

Se poi l'impedimento sopravviene, perché ad esempio la donna cristiana, sposata con un correligionario, si converte all'islam senza che il marito la segua, il matrimonio deve essere sciolto.

La fede dei coniugi è anche rilevante in materia di custodia dei figli. Se il matrimonio si scioglie, i bambini in tenera età vengono affidati di regola alla madre, affinché ne curi la crescita. Il diritto della madre non musulmana a custodire i figli avuti dal marito musulmano è però più fiavole di quello della musulmana. Se vi è timore che la madre allontani i figli dalla religione paterna, essi le vengono tolti. Talora poi le leggi escludono la donna non musulmana dal prolungamento del periodo di custodia dei figli, che il giudice può disporre nell'interesse di questi ultimi.

Si noti infine che la legge libica (art. 14) richiede che il *walī* matrimoniale della sposa sia di religione musulmana; e che la legge algerina (art. 118) vieta che il bambino abbandonato possa essere affidato a un non-musulmano²⁴.

10. CODIFICAZIONE E CIRCOLAZIONE DEI MODELLI

Apparentemente la codificazione frantuma la *šarī'ah* in una miriade di sistemi giuridici nazionali. Questa impressione è certamente più forte per un osservatore interno che per chi guardi dall'esterno, da dove sono evidenti le caratteristiche costanti e la sostanziale unità del fenomeno della modernizzazione al di là delle pretese di originalità e unicità delle singole esperienze nazionali.

A dare la misura della sostanziale unità del sistema è l'intensissima circolazione dei modelli legali che caratterizza la modernizzazione del diritto di famiglia. Sono le stesse commissioni legislative a indicare espressamente le leggi tenute presenti nel proprio lavoro. Nel memorandum di accompagnamento al codice siriano si citano ad esempio, oltre al codice di Qadrī Bāšā, alla dottrina hanafita e a un progetto privato dovuto al giurista siriano al-Tantawī, la legge ottomana e le leggi egiziane.

Se si considerano poi direttamente i testi di legge, l'organizzazione che danno alla materia e le loro singole norme, le affinità sono numerose e evidenti.

Non ogni coincidenza di soluzioni è però addebitabile alla circolazione dei modelli legali: bisogna infatti tenere conto che anche la comune esperienza giuridica premoderna di due paesi, la loro adesione a una medesima scuola giuridica classica, si riflettono necessariamente nei testi legali. Di circolazione di modelli legali si tratta quando in una legge si ritrova una soluzione innovativa rispetto al diritto previgente, che sia già stata adottata da un legislatore straniero.

Fluida e assai intensa è la circolazione di modelli legali all'interno di un'area di tradizione giuridica omogenea, data la "vicinanza" dei sistemi. Nell'Oriente arabo, di tradizione hanafita, si assiste dapprima alla diffusione del modello della legge ottomana, il quale è seguito dal legislatore giordano del 1951 e, in parte, da quello siriano. Quindi si impone il prestigio dell'esperienza egiziana: la Siria fonde e coordina i vari testi egiziani nel codice del 1953, favorendone la recezione in Giordania nel 1976.

Venendo a epoca più recente, le evidenti affinità tra la legge sud-yemenita e la parte del codice somalo dedicata alla famiglia sono in parte dovute alla comune adesione sciafiita, in parte alla circolazione del modello sud-yemenita in Somalia.

La circolazione non tarda però a superare i confini che la cultura giuridica tradizionale tracciava tra le varie regioni del mondo arabo. Emblematico è il caso del Kuwayt, che per la parte dedicata alla famiglia si ispira alla esperienza marocchina della *Mudawwanah*, e per la

²⁴ L'affidamento di cui qui si parla è quello dell'istituto sciaraitico della *kafālah*. Il bambino abbandonato (*al-laqīl*) viene affidato a una persona che si assume la responsabilità di allevarlo ed educarlo: non si tratta di adozione, proibita dal diritto musulmano, e dunque tra i soggetti non si stabilisce alcun rapporto di tipo familiare. La *kafālah* è attualmente regolata soltanto da tre dei quattro legislatori magrebini. Oltre l'algerino, il tunisino (artt. 77-80) e il libico (art. 60).

parte sulle successioni riprende fedelmente le soluzioni egiziane attraverso la mediazione siriana.

Non è dato di sapere se alla circolazione di modelli legali si accompagni anche quella delle soluzioni giurisprudenziali o dottrinali. Vi sono tuttavia circostanze favorevoli a un intenso scambio tra le esperienze dei paesi arabi. Innanzi tutto la comunanza di lingua; inoltre, per alcuni paesi e per alcuni periodi, si ha testimonianza di una circolazione di giuristi: in mancanza di personale locale, si ricorre a giuristi provenienti da altri paesi arabi come giudici o insegnanti.