



Famiglia
La costruzione religiosa del legame sociale
Ciclo di lezioni 2007/08

ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ*
Università di Torino

Matrimoni di origine divina
Fonti e interpretazioni del diritto di famiglia nell'islam**

15 gennaio 2008

Il matrimonio islamico è, nel senso che dimostrerò, un matrimonio di origine divina. In quanto tale, è un matrimonio religioso. La definizione può apparire scontata, banale. Ma merita un qualche commento. Accade infatti che sia messa in dubbio, contestata. Negare al matrimonio islamico la natura religiosa può dipendere da premesse diverse, ma in ogni caso ambigue.

Può dipendere innanzi tutto da una definizione eccessivamente ristretta del matrimonio religioso. Se infatti per matrimonio religioso si intende un sacramento, in linea con le tradizioni cristiane, è senz'altro vero che il matrimonio islamico non è un matrimonio religioso, perché non è un sacramento. L'islam, così come altre religioni, non conosce alcun atto di culto che faccia partecipare in qualche modo il fedele a una realtà divina soprannaturale. Nella tradizione islamica il matrimonio è un contratto, un accordo, un patto. Si tratta tuttavia di un contratto disciplinato da regole che vengono fatte discendere da fonti divine: la parola stessa di Dio, contenuta nel Corano, e la *sunna*, cioè la tradizione profetica, formata dai racconti (*hadīth*) di singoli episodi della vita di Muhammad. Essi narrano gli atti, le parole e i silenzi del Profeta, che hanno valore normativo in quanto divinamente ispirati.

* Testo pubblicato in: *Famiglia. La costruzione religiosa del legame sociale*, Modena, 2008, pp. 159-179. Copyright Fondazione Collegio San Carlo di Modena

** Tutte le citazioni dal *Corano* sono date nella traduzione italiana di Alessandro Bausani, Sansoni, Firenze 1955.

L'equivoco sulla natura religiosa o meno del matrimonio islamico è alimentato poi dall'abitudine a contrapporre il matrimonio religioso al matrimonio civile di Stato. Nella maggior parte dei Paesi musulmani questa contrapposizione non esiste: il matrimonio islamico si presenta come matrimonio di Stato, nel senso che i due coincidono. In quei Paesi il matrimonio gestito dallo Stato e rilevante di fronte a esso non è un atto "civile" e "laico". Se infatti assumiamo che il matrimonio civile sia un matrimonio cieco a ogni considerazione di carattere religioso, è da escludere che tale possa essere considerato il matrimonio di Stato nei Paesi musulmani. L'appartenenza religiosa dei soggetti coinvolti nella conclusione del matrimonio è un dato sempre rilevante. Per il diritto di quegli Stati è necessario innanzi tutto conoscere la religione cui appartiene lo sposo e la religione cui appartiene la sposa. Esistono infatti impedimenti matrimoniali legati alla differenza di culto: all'uomo musulmano è proibito il matrimonio con una donna non musulmana, salvo che si tratti di una cristiana o di un'ebrea. Viceversa, alla donna musulmana è proibito, senza eccezione alcuna, il matrimonio con un non musulmano. Anche per i testimoni l'appartenenza religiosa è rilevante: essi devono essere musulmani, salvo che la sposa sia cristiana o ebrea, nel qual caso il testimone può essere anch'esso rispettivamente cristiano o ebreo. Lo stesso vale ovviamente per il tutore matrimoniale (*walī*) della donna, quando la sua presenza è necessaria. Una donna musulmana infatti non può essere rappresentata nel matrimonio da un non musulmano. E ancora è rilevante l'appartenenza religiosa del giudice che applica le regole dello Stato, ispirate al diritto musulmano. La giurisprudenza marocchina rifiuta l'*exequatur* alla sentenza straniera, resa in applicazione di norme del diritto marocchino, per il fatto che il giudice non è musulmano. In quei Paesi siamo dunque in presenza di un matrimonio di Stato che però non è affatto cieco di fronte alla religione. Accanto al matrimonio di ispirazione islamica, lo Stato può riconoscere altre forme religiose di conclusione del matrimonio; ma il cittadino che non appartenga all'islam o a una delle religioni riconosciute (cioè il cristianesimo e l'ebraismo), oppure il cittadino che rifiuti di qualificarsi religiosamente, non può sposarsi.

La natura religiosa del matrimonio islamico appare evidente in quei contesti in cui il matrimonio islamico è distinto e diverso dal matrimonio "civile" di Stato, come è il caso della Turchia. La Turchia è un Paese a schiacciante maggioranza musulmana, dove però il legislatore, nel dettare le regole sul matrimonio, si è ispirato al Codice civile svizzero, e quindi al modello di matrimonio civile come normalmente inteso in Europa. In Turchia è normale che gli sposi, dopo aver concluso il matrimonio di fronte allo Stato, aggiungano ad esso il vincolo annodato secondo le regole religiose islamiche, cui socialmente è attribuita grande importanza. Lo stesso si può osservare in quei Paesi europei, come ad esempio l'Italia, che non danno riconoscimento al matrimonio concluso in forma islamica: è frequente che i musulmani accompagnino al matrimonio civile quello islamico, il cosiddetto "matrimonio in moschea", o che concludano semplicemente un matrimonio religioso, avendo una consapevolezza più o meno chiara del fatto che si tratta di un matrimonio irrilevante per lo Stato.

Il matrimonio islamico è dunque religioso in quanto ha origine divina, perché le regole che lo disciplinano sono tratte da fonti divine o divinamente ispirate. Quest'affermazione vale per l'insieme della Legge sacra dell'islam, la *šarī'a*, ma assume una particolare pregnanza in relazione alle regole sul matrimonio, su cui le fonti si diffondono con abbondanza. Soltanto le regole sulla successione ereditaria hanno basi coraniche altrettanto numerose, estese e dettagliate. Gli altri settori del diritto islamico non possono vantare una situazione analoga. È probabilmente a causa del rilievo che la regolamentazione del matrimonio assume già nelle fonti sacre che questo istituto è sentito come particolarmente importante nella vita di un musulmano. Non è un caso che nel mondo islamico le regole in materia matrimoniale abbiano

sempre goduto di un alto grado di effettività. Né è sorprendente che, quando nel XIX secolo gli Stati del mondo musulmano hanno intrapreso con determinazione una vigorosa attività legislativa tesa a dare, attraverso i codici, una regolamentazione razionale e moderna dei rapporti nella società, il settore del diritto di famiglia abbia offerto una resistenza singolarmente tenace ai tentativi di codificazione e di riforma, così da essere l'ultimo a venirne toccato.

Oggi comunque la codificazione è generalizzata anche in questo ambito. Ogni singolo Stato definisce autoritativamente quale versione del diritto di famiglia islamico sia da applicare entro i suoi confini. Mentre quindi in passato, per conoscere la regolamentazione del matrimonio, si sarebbe fatto ricorso ai trattati di diritto musulmano – cioè alle opere di dottrina che, partendo dalle fonti del Corano e della *sunna*, ne estraevano le qualificazioni giuridiche dei singoli atti dei credenti – oggi il riferimento va alle leggi dello Stato. Le leggi dello Stato diventano una fonte, essa stessa oggetto di interpretazione. Si pongono quindi problemi inediti: si innescano dinamiche interpretative del tutto nuove, che vanno a sovrapporsi a quelle antiche. Corano e *sunna* sono riconosciuti come le fonti del diritto su cui si è affaticata una dottrina plurisecolare; ad essi si aggiungono però nuove fonti, costituite dalle leggi, sulle quali si esercitano i giudici. Ci si può naturalmente chiedere quale sia il rapporto tra le fonti divine e le fonti statali e tra l'interprete attuale e il *corpus* di interpretazioni stratificatesi nel passato, cioè in che misura l'interprete attuale conosca e faccia ricorso alle interpretazioni passate. Questo tipo di interrogazione fa emergere una complessità che molto spesso, parlando genericamente del diritto islamico come di un diritto divino, si stenta a immaginare.

Dati i limiti di questo contributo, è opportuno concentrare selettivamente l'attenzione su alcuni istituti delicati del diritto matrimoniale islamico, che si trovano al centro del dibattito che infiamma oggi i Paesi arabi. Si tratta di istituti centrali nella costruzione del modo di concepire la coppia e la famiglia: la *wilāya*, o tutela matrimoniale, la poligamia, il mantenimento della moglie e lo scioglimento del matrimonio. La loro analisi svela i diversi approcci dei legislatori alle fonti classiche e i metodi adottati dagli interpreti per destreggiarsi tra il patrimonio giuridico religioso e i testi di legge contemporanei.

Si consideri la questione della *wilāya*: scorrendo le ultime annate dei quotidiani di Marocco e Algeria, i due Paesi che hanno più di recente riformato i propri codici della famiglia, è facile rilevare che essa ha polarizzato l'opinione pubblica, concentrando su di sé un'attenzione inspiegabile se non fosse per l'alto valore simbolico della posta in gioco. Quello della tutela matrimoniale è un tema diffusamente trattato dai giuristi musulmani. Esso riguarda nella normalità dei casi la sposa, che, secondo l'opinione più diffusa, non può concludere personalmente il proprio contratto di matrimonio, ma deve essere rappresentata da un parente, designato dalla *šarʿa*: il padre o, in altri casi, il figlio, il fratello o lo zio. La *wilāya* può tuttavia riguardare anche lo sposo che, per un qualunque motivo, non abbia la capacità di concludere il matrimonio.

Sempre al capitolo della *wilāya* andava ricondotta la questione dei matrimoni precoci, oggi più comunemente etichettati come matrimoni combinati o forzati. Il diritto musulmano classico ammetteva infatti i matrimoni di bambini, senza riguardo all'età: è evidente che in un matrimonio precoce la volontà matrimoniale è espressa dal *walī*, che si sostituisce completamente all'interessato. Possiamo tuttavia tralasciare completamente questo problema, ormai inattuale: nei Paesi arabi, e più in generale nei Paesi musulmani, i legislatori hanno infatti introdotto un'età matrimoniale minima, prima della quale il matrimonio non può essere assolutamente concluso, nemmeno dal *walī*. Il principio è profondamente acquisito dai

musulmani, che oggi trovano difficile credere che fosse ignorato dalla dottrina classica.

Resta invece immutato nella maggior parte dei Paesi il problema del consenso al matrimonio della donna. Secondo la maggior parte dei giuristi classici, la donna, anche se perfettamente matura, deve comunque essere rappresentata, non potendo concludere personalmente il contratto di matrimonio. Solo i giuristi di scuola hanafita ammettono la validità del matrimonio concluso dalla donna. Nemmeno loro peraltro impongono che sia la donna a esprimere il consenso, e anzi considerano preferibile la conclusione mediante *walī*. Il matrimonio, sia esso concluso dall'interessata o dal suo rappresentante, è comunque perfettamente valido.

La divergenza tra i giuristi classici sul matrimonio concluso dalla sposa è dunque massima. Ma, sorprendentemente, non è facilmente spiegabile sulla base delle fonti. Le fonti poste alla base delle due regole opposte non suonano decisive; in certi casi poi addirittura coincidono. La soluzione accolta dalla maggioranza dei giuristi, secondo la quale l'intervento del *walī* è necessario alla valida conclusione del matrimonio, veniva giustificata sulla base di un versetto coranico molto famoso, che vedremo successivamente richiamato anche ad altro proposito, ossia il versetto 34 della IV *sūra*, che proclama che «gli uomini sono preposti alle donne». Malgrado l'assenza di qualsiasi riferimento esplicito alla conclusione del matrimonio, molti giuristi lo hanno ritenuto decisivo sulla questione. Ad esso accostavano peraltro alcune tradizioni profetiche, secondo le quali il Profeta avrebbe detto: «la donna non dà in sposa la donna, né si sposa da sé», e anche, più esplicitamente: «non c'è matrimonio senza *walī*».

Tra i racconti profetici ve n'è poi uno invocato per sostenere entrambe le tesi. Secondo questo *hadīth*, il Profeta ha detto che «la donna senza marito ha su di sé più diritto di quanto ne abbia il suo *walī*». In altre parole, l'autodeterminazione della donna supera il potere del *walī* a decidere il suo destino. Gli hanafiti ne deducono che, se è vero che il *walī* può concludere il contratto di matrimonio, tanto più può farlo personalmente la donna. Per i sostenitori della tesi opposta, il detto profetico significa invece semplicemente che il *walī*, il cui intervento resta necessario, non può concludere il contratto senza essersi prima accertato del consenso dell'interessata e tanto meno contro la sua volontà. Il diritto del *walī* non è negato, ma temperato con quello incompressibile della donna.

In Marocco e Algeria prevale l'insegnamento della scuola giuridica malikita, che ritiene valido il matrimonio soltanto se concluso dal *walī*. Negli anni più recenti, la regola è stata fatta oggetto da parte delle donne di attacchi tanto violenti e appassionati da spingere i legislatori a intervenire per modificarla. Già nel 1993 il legislatore marocchino aveva voluto sottrarre la donna al potere dei parenti diversi dal padre, stabilendo che la donna orfana potesse concludere personalmente il contratto di matrimonio. La discriminazione che così si creava tra le donne in base alla circostanza estrinseca che i padri fossero vivi o morti al momento del matrimonio fu, per la sua irragionevolezza, aspramente criticata da molti. Oggi il nuovo codice della famiglia (*Mudawwanat al-usra*), entrato in vigore nel 2004, stabilisce che la *wilāya* è un diritto della donna, che la maggiorenne esercita secondo la propria scelta e il proprio interesse: può concludere personalmente il matrimonio oppure darne incarico al padre o a un parente (artt. 24-25). In questo modo la legge marocchina riconosce che il matrimonio è ormai da intendersi soltanto come unione di due individui, e non più come alleanza di due famiglie. Nel matrimonio-alleanza il *walī*, il parente maschio più prossimo della donna, era il legittimo rappresentante della famiglia; a questo titolo partecipava alla conclusione del matrimonio: era portatore di un interesse familiare, che allo stesso tempo comprendeva e superava l'interesse individuale della sposa. È dunque difficile sopravvalutare

l'importanza simbolica della riforma in materia di *wilāya*, per gli effetti che produce sull'equilibrio tra diritti individuali e diritti collettivi da un lato, e sul rapporto di subordinazione della donna ai poteri maschili dall'altro.

Proprio l'ordine fondato sulla preminenza maschile ha rappresentato in Algeria la posta più importante degli accesi dibattiti sviluppatisi sulla questione della *wilāya*. La soluzione finalmente adottata nel 2005, con l'*ordonnance* che modifica la legge della famiglia del 1984, non è tuttavia chiara e lineare come quella del Marocco. Essa è frutto di un compromesso, forse inevitabile in assenza di un'autorità comparabile a quella del Re del Marocco che, nella sua qualità di Comandante dei credenti (*amīr al-mu'minīn*), si vede riconosciuta la decisione ultima sulle questioni che rientrano nella sfera religiosa. La necessità di mediare tra posizioni di fatto inconciliabili ha condotto il legislatore algerino a una costruzione contorta. Da un lato la legge proclama che il matrimonio è concluso mediante lo scambio del consenso degli sposi (art. 9), suggerendo che la sposa non può essere sostituita nell'espressione della volontà matrimoniale. Dall'altro dichiara che il *walī*, scelto liberamente dalla donna maggiorenne anche al di fuori della cerchia dei parenti, deve essere presente al contratto (artt. 10-11). I giuristi algerini discutono quindi del ruolo di questo *walī*: è quello di un testimone, che va ad aggiungersi ai due richiesti tradizionalmente, o è una figura investita di qualche altra funzione? Quanto poi al matrimonio concluso senza *walī*, la legge dispone che esso vada sciolto, ma solo nei casi in cui la sua presenza sia necessaria (art. 33): se ne deduce che esistano casi in cui la presenza del *walī*, benché prescritta dalla legge, non è necessaria per la validità dell'atto.

La *wilāya* ci offre l'esempio di un istituto governato da fonti incerte, per individuazione e contenuto, che nel contesto attuale lasciano ampio spazio di azione ai legislatori e agli interpreti. Diverso è il caso della poligamia: le fonti, di individuazione sicura e di significato certo, in epoca contemporanea vengono rivisitate.

Il matrimonio islamico è un matrimonio poligamico, o meglio poliginico: l'uomo può avere fino a quattro mogli, la donna non può avere che un marito. Il principio della tetraginia si fonda su un versetto coranico: «se temete di non esser equi con gli orfani, sposate allora di fra le donne che vi piacciono, due o tre o quattro, e se temete di non essere giusti con loro, una sola, o le ancelle in vostro possesso; questo sarà più atto a non farvi deviare» (IV, 3). Il testo, se si eccettua l'oscuro riferimento iniziale agli orfani, su cui non è qui il caso di soffermarsi, appare di immediata comprensione: per evitare di avere rapporti sessuali illeciti, i credenti sono esortati a sposare fino a quattro donne; ma, se temono di non essere in grado di praticare la giustizia tra le mogli, è meglio per loro limitarsi a una sola, potendo comunque praticare il concubinato legale con le loro schiave.

Nel versetto non mancano tuttavia spunti sufficienti a sollecitare l'attenzione degli interpreti classici. Alcuni giuristi discutono – la questione è invero retorica, dato che la risposta era nota e condivisa da tutti – se il limite di quattro mogli fosse tassativo, oppure se “due o tre o quattro” non alludessero a un'enumerazione infinita. I commenti si dilungavano tuttavia soprattutto nel definire in dettaglio i criteri cui ispirare la giustizia da praticare nei rapporti con le mogli. La giustizia era intesa in senso materiale, concreto. A ogni moglie andava attribuito lo stesso trattamento: il marito doveva mantenere tutte le mogli allo stesso modo, riservando ad ognuna un appartamento, dando ad ognuna lo stesso numero di vestiti e lo stesso tipo di cibo, disponendo per ognuna lo stesso servizio e, cosa non meno importante, passando con ognuna a turno un ugual numero di notti. Una concezione inflessibile di giustizia distributiva spingeva i giuristi di scuola zaydita a precisare che anche i riposini pomeridiani andavano ripartiti con equità.

In epoca contemporanea gli interpreti ridefiniscono la base coranica della poligamia, mediante un inedito collegamento del versetto appena citato (IV, 3) e il versetto 129, sempre della IV *sūra*, che recita: «anche se lo desiderate, non potrete agire con equità con le vostre mogli». Dalla lettura combinata dei due versetti, risulta che Dio ammette la pratica della poligamia soltanto se il marito non teme di essere ingiusto con le mogli, ma nello stesso tempo afferma che, anche con la miglior buona volontà, un uomo non è in grado di soddisfare tale condizione. Se dunque la poligamia è permessa, ma solo nel rispetto di una condizione impossibile, significa che è virtualmente proibita. È questo un esempio di rinnovamento dell'*iğtihād* classico, cioè dell'attività di interpretazione che permette di estrarre dalle fonti del diritto la qualificazione giuridica ed etico-religiosa delle azioni. Il suo risultato è sensibilmente diverso dalle conclusioni delle interpretazioni classiche, basate esclusivamente sul primo versetto; naturalmente i giuristi non ignoravano l'esistenza del secondo, ma ritenevano che il riferimento alla giustizia e all'equità avesse nei due passi significati diversi e non correlati. La giustizia prescritta è quella di carattere materiale ed estrinseco che abbiamo visto, quella impossibile da realizzare è quella dell'affetto: è impossibile amare due donne allo stesso modo, anche desiderandolo. La novità consiste dunque nell'equiparare nel significato i due riferimenti alla giustizia, che in passato erano tenuti distinti.

Fino a oggi solo la Tunisia, tra tutti i paesi arabi, ha proibito per legge la poligamia; ovunque tuttavia prevale nei suoi confronti un atteggiamento restrittivo dei legislatori. Essa è sottoposta a controlli e ad autorizzazioni, da rilasciare solo in presenza di circostanze più o meno eccezionali. Lo sposo può impegnarsi a non sposare altre mogli, optando così per un regime monogamico. Anche in assenza di stipulazione specifica, la poligamia è spesso considerata dalla legge causa di divorzio, per cui la donna il cui marito si risposa può chiedere al giudice lo scioglimento del proprio matrimonio.

Tutte queste innovazioni, nella loro diversità, sono introdotte dai legislatori sotto la scorta della nuova interpretazione dei versetti coranici. Ciononostante, esse hanno spesso incontrato l'ostilità e la resistenza dei giudici, restii a leggere il testo di legge prescindendo dal tradizionale quadro della dottrina giuridica religiosa. Si è già ricordato che la Tunisia ha vietato per legge la poligamia. In origine, il divieto era formulato nei termini di una disposizione penale: chiunque concluda il matrimonio essendo già sposato o concluda il matrimonio con chi è già sposato è punito con reclusione e ammenda (art. 18 del codice dello statuto personale). Alcuni interpreti, da posizioni conservatrici, davano di tale norma la lettura più restrittiva possibile. Argomentavano che il legislatore, sfavorevole alla pratica della poligamia, cercava in modo del tutto legittimo di disincentivarla mediante lo strumento della repressione penale. Tuttavia la legge dello Stato non è in grado di porre nel nulla ciò che è valido per la Legge sacra (*šarī'a*): non a caso essa afferma che la poligamia è vietata (*mamnū*), evitando di ricorrere al termine "proibita" (*harām*), proprio del discorso giuridico-religioso. Se quindi qualcuno desidera concludere un matrimonio poligamico, ragionavano gli interpreti conservatori, dovrà sì sottostare alla pena prevista dallo Stato, ma il suo matrimonio resterà valido, e lo Stato dovrà tenerne conto. Di fronte a simili argomentazioni, il legislatore fu costretto a intervenire, inserendo espressamente la poligamia fra le cause di nullità del matrimonio (art. 21 del codice dello statuto personale), affinché nessun giudice potesse più sostenere che il matrimonio poligamico, benché penalmente sanzionabile, fosse valido.

A un certo velamento od offuscamento delle fonti vengono talora sottoposte le regole sul mantenimento della moglie, allo scopo di depotenziarne l'impatto sul principio di eguaglianza tra coniugi. Nel matrimonio islamico i coniugi non si trovano sullo stesso piano. Il Corano, al versetto II, 228, a proposito delle mogli recita: «esse agiscono coi mariti come i mariti agiscono con loro, con gentilezza». I rapporti tra i coniugi sono dunque ispirati a una piena

reciprocità, che non si accompagna tuttavia all'uguaglianza; il testo infatti prosegue affermando che «gli uomini sono un gradino più in alto, e Dio è potente e saggio». La preminenza del marito è rafforzata dal già citato versetto IV, 34, là dove dice che «gli uomini sono preposti alle donne», e ne spiega il motivo: «perché Dio ha prescelto alcuni esseri sugli altri e perché essi donano dei loro beni per mantenerle». La subordinazione della donna all'uomo, in particolare all'interno del rapporto matrimoniale, è dovuta al fatto che il marito mantiene la moglie. Nella costruzione dei giuristi, l'obbligo del marito di mantenere la moglie ha il suo corrispettivo nell'obbligo della moglie di obbedire al marito. Di conseguenza, quando la moglie compie un atto di insubordinazione, cessa l'obbligo del marito di mantenerla. L'obbligo maschile di mantenere la moglie, oltre che i figli, e l'obbligo femminile di obbedire sono entrambi espressione della posizione di capo della famiglia occupata dal marito.

Il principio della preminenza maschile, che informa l'intera costruzione giuridica della famiglia, è difficile da scalzare completamente. Si possono cancellare alcune sue manifestazioni, ma la sua eliminazione radicale comporterebbe il collasso dell'insieme delle regole che disciplinano i rapporti matrimoniali.

Un legislatore arabo che più di altri si è sforzato di armonizzare le regole islamiche in materia di matrimonio con il principio della uguaglianza tra i coniugi così come internazionalmente sancito è stato quello del Marocco. Il codice della famiglia del 2004 offre un eloquente esempio di quanto l'impresa possa rivelarsi difficile: il testo non fa alcun riferimento alla posizione di capo della famiglia dell'uomo, né alla subordinazione e al conseguente dovere di obbedienza della moglie; dichiara anzi solennemente che il marito e la moglie sono corresponsabili della gestione degli affari familiari e dei figli (art. 51, n. 3 del codice della famiglia). Allo stesso tempo, conserva la regola per cui il marito deve mantenere la moglie, corredata dalla sanzione tradizionale del divorzio giudiziale in caso di inadempimento (art. 102 del codice della famiglia). In nessun conto è tenuta la realtà sociale, che vede normalmente le donne svolgere un'attività lavorativa retribuita e contribuire alle spese della famiglia. Evidentemente il legislatore non ha voluto privare la donna di un diritto che tradizionalmente le era riconosciuto, deteriorando così in modo palese la sua posizione. Ha piuttosto scommesso sull'allentamento del rapporto, fondato sul testo coranico, tra diritto al mantenimento e dovere di obbedienza. L'effettiva disponibilità dei giudici a seguire il legislatore e ad applicare il codice indipendentemente dalle fonti tradizionali è facile da misurare: sarà inversamente proporzionale alla loro propensione ad ammettere che i mariti inadempienti, citati per il divorzio, adottino la strategia di difesa tradizionale, asserendo di aver cessato i pagamenti a causa dell'insubordinazione delle mogli.

L'ultimo istituto da sottoporre a esame è quello dello scioglimento del matrimonio: sarà l'occasione per osservare un processo di rivivificazione delle fonti tradizionali operato da legislatori contemporanei preoccupati di migliorare la posizione della donna al momento dello scioglimento del matrimonio. Ciò conduce all'adeguamento, talvolta espressamente ricercato, delle legislazioni arabe allo standard internazionale di uguaglianza e non discriminazione della donna in ogni momento della vita matrimoniale. Secondo il diritto islamico, le possibilità che il marito e la moglie hanno di provocare la fine del matrimonio sono assai diverse. Tale disparità è conservata nei codici nazionali durante tutto il XX secolo.

L'uomo scioglie il matrimonio nel modo più semplice, con la dichiarazione di ripudio. Gli è sufficiente pronunciare una formula (“io ti ripudio” o equivalente) per porre termine alla vita matrimoniale. Il ripudio è un atto extra-giudiziale. Non vi è necessità di motivarlo, né di farlo giungere a conoscenza dell'interessata perché esso sia efficace. L'uomo può conferire ad altri la

facoltà di ripudiare la moglie. I legislatori introducono alcune correzioni, dirette ad attenuare gli aspetti più urtanti del ripudio; in genere prevedono un qualche controllo da parte del giudice, che tuttavia non modifica l'essenza dell'atto, né riduce in modo significativo la sua distanza dal tipico rimedio femminile: il divorzio giudiziale.

Per provocare la fine del matrimonio, la donna non ha altra scelta che quella di chiedere lo scioglimento al giudice: deve presentare domanda motivata, sopportare gli alti costi e i lunghi tempi del giudizio e riuscire a convincere il giudice dell'esistenza di una delle cause tassative di divorzio: il mancato pagamento del mantenimento da parte del marito, a cui abbiamo già fatto cenno, la sua malattia o assenza, o ancora i maltrattamenti cui la sottopone. Il rischio di vedere rigettata la domanda è tutt'altro che remoto. Queste sono le più liberali tra le regole classiche in tema di divorzio. Non va infatti dimenticato che i giuristi di scuola hanafita ammettevano il divorzio solo in caso di malattia del coniuge, arrivando così ad annullare quasi completamente le possibilità della donna di liberarsi dal matrimonio.

Il divorzio giudiziale non può vantare fonti nel Corano, né nella *sunna*. È stato piuttosto un'elaborazione dei giuristi, che lo hanno sviluppato seguendo il modello dei rimedi previsti in generale per il contratto. Così come i vizi della merce comportano lo scioglimento della compravendita, la malattia del coniuge esistente al momento del contratto apre la via del divorzio. Così come l'inadempimento degli obblighi scaturenti dal contratto ne determina lo scioglimento, il mancato pagamento del mantenimento, l'assenza e i maltrattamenti sono causa di divorzio.

Il divorzio, grazie alle codificazioni novecentesche, si è generalizzato, diffondendosi anche nei paesi di tradizione hanafita. Ciò nondimeno, la differenza tra la posizione dell'uomo e quella della donna è restata importante. Per ridurla, i legislatori attivi in questo inizio di secolo recuperano istituti che, nonostante il rango delle loro fonti, erano in passato trascurati e passati sotto silenzio.

Un primo esempio è quello del *khul'*, la cui fonte è riconosciuta nel versetto II, 229 del Corano, che recita, rivolto ai fedeli: «non vi è lecito riprendervi nulla di quello che avete loro dato, a meno che ambedue non temano di non poter osservare le leggi di Dio, ché se temono di non poter osservare le leggi di Dio, non sarà peccato se la moglie si riscatterà pagando una somma». Sono state date diverse interpretazioni del versetto. È a tutti evidente che esso prevede che, se la moglie offre la restituzione del *mahr* che il marito le ha attribuito con il matrimonio, il marito può accettare l'offerta e ripudiarla. I due coniugi si accordano per un ripudio dietro corrispettivo: in cambio della libertà, la moglie rinuncia a un proprio diritto. Esistono invece divergenze circa la situazione che si viene a creare se il marito non è disposto ad accettare l'offerta fattagli dalla moglie. Per alcuni, il ripudio non può essere imposto al marito; per altri questi non può rifiutarsi di ripudiare la moglie, o meglio, non può opporsi allo scioglimento del matrimonio disposto dal giudice. Quest'ultima opinione equivale ad ammettere un vero e proprio divorzio, che può essere pronunciato contro la volontà del marito.

Nel recuperare il *khul'*, i legislatori intervenuti più di recente sullo scioglimento del matrimonio scelgono soluzioni diverse. Le leggi egiziana (art. 20 della legge n. 1 del 2000) e algerina (art. 54, legge della famiglia) dispongono che, in mancanza di accordo tra i coniugi, il giudice dichiara sciolto il matrimonio. Il *khul'* prescinde dalla volontà del marito; è un vero e proprio divorzio la cui domanda, a differenza che nelle altre ipotesi di divorzio, non può essere rigettata dal giudice, una volta accertata l'effettiva disponibilità della moglie a restituire il *mahr*. La soluzione sarà tanto più efficace nel rafforzare la posizione della donna, quanto minore è il valore attribuito nell'uso corrente al *mahr*. È chiaro infatti che, se quest'ultimo è di scarsa importanza o simbolico, la donna non avrà difficoltà a offrirne la restituzione in qualsiasi momento. Se viceversa il *mahr* è rappresentato da una somma importante, in molti casi la donna, avendola spesa o impegnata in un investimento sfortunato, non sarà in grado di riscattarsi.

Il codice della famiglia del Marocco (artt. 115 e ss.) dispone invece che, se il marito non dà il proprio consenso al *khul'*, il matrimonio non può essere sciolto (artt. 94 e ss.). L'effetto riequilibratore tra la posizione della donna e quella dell'uomo è da questa legge affidato alla procedura dello *šiqāq*. Ancora una volta si tratta di un istituto che trae la propria fonte dal Corano, che, al versetto IV, 35, recita: «se temete una rottura fra marito e moglie, nominate un arbitro della parte di lui e uno della parte di lei, e se i due coniugi desiderano riconciliarsi, Dio metterà armonia fra loro, poiché Dio è sapiente e di tutti ha notizia». In caso di dissidio tra i coniugi, si nominano i due arbitri delle famiglie, che cercano di riconciliare i coniugi. Se non ci riescono, accertano a chi vada imputata la colpa dei dissapori. Se il colpevole è il marito, il matrimonio viene sciolto senza altre conseguenze. Se colpevole è la moglie, il matrimonio è sciolto e la donna è obbligata a restituire il *mahr*. La legge marocchina inquadra l'attività degli arbitri all'interno di una procedura giudiziaria, che deve concludersi nel termine massimo di sei mesi con l'inevitabile dichiarazione di scioglimento del matrimonio.

Conviene ribadire che sia il *khul'*, sia lo *šiqāq*, così efficaci nel garantire alla donna un'uscita semplice e veloce dal vincolo matrimoniale, sono regolati, in modo esplicito e dettagliato, direttamente dal Corano. Il rango della fonte non ha loro garantito tuttavia centralità nelle pratiche, né nell'attenzione degli interpreti. Questo è vero non solo nei paesi in cui le leggi statali non hanno formalmente recepito i due istituti, ma anche in Egitto, dove, in via teorica, le leggi dello Stato hanno carattere eccezionale e la *šarī'a* resta applicabile *in complexu* alle questioni di statuto personale. I giudici egiziani avrebbero potuto riconoscere il *khul'* anche prima del 2000, ma è stata necessaria l'entrata in vigore della legge per convincerli a farlo. In Marocco, la resistenza di alcuni giudici ad applicare correttamente le disposizioni del nuovo codice sullo *šiqāq* ha indotto il Ministero della giustizia a organizzare appositi corsi di aggiornamento, per chiarire che in nessun caso è possibile negare lo scioglimento del matrimonio. Non è possibile secondo la legge dello Stato, ma neppure secondo le disposizioni sciaraitiche, che sul punto sono fedelmente recepite dal legislatore. È evidente dunque che un ruolo importante nel determinare il risultato dell'interpretazione è giocato, oltre che dall'interazione tra fonti statali e fonti religiose, dalle particolari idiosincrasie dell'interprete e, non da ultimo, dalla sua appartenenza di genere.

L'atteggiamento assunto dai legislatori degli Stati contemporanei di fronte alle fonti classiche, cruciale nel processo di legittimazione del loro operato, è assai variabile: per introdurre un'innovazione si può riscoprire una fonte, fino a quel momento trascurata; attribuire un significato nuovo a una fonte da sempre frequentata; scegliere opportunisticamente tra fonti concorrenti o ancora evitare di enfatizzare alcune fonti, nel tentativo di attenuarne l'impatto. Altrettanto diversificate sono la disponibilità e la capacità degli interpreti di leggere il testo di legge prescindendo dal contesto più ampio delle elaborazioni classiche della Legge sacra. Questi dati variano da ordinamento a ordinamento, ma anche, all'interno dello stesso ordinamento, a seconda dell'epoca e delle preferenze e della sensibilità personali degli interpreti. Tutte le strategie, nella loro diversità, appaiono tese a permettere ai legislatori e agli interpreti di porre il proprio operato nel solco di una tradizione giuridica ininterrotta e di entrare a farne parte integrante.