

UNO SGUARDO AL DIRITTO DI FAMIGLIA MAROCCHINO, ALGERINO E TUNISINO: MATRIMONIO, IMPEDIMENTI, DIVORZIO, KAFALA¹.

MAROCCO.

Il Marocco con il Codice Al-Mudawwana entrato in vigore il 5/2/2004 si pone tra i Paesi più avanzati del mondo arabo per quanto concerne la democratizzazione e la modernizzazione del Diritto di Famiglia.

Il Legislatore marocchino ha inteso precisare la conformità ai dettami dell'Islam, e quindi alcuni istituti in materia per esempio di eredità non sono stati modificati, e anche la poligamia e il ripudio sono possibili, a certe condizioni valutate dal Giudice.

Una particolarità con il nostro Ordinamento: se il matrimonio entra in crisi, e la crisi non è risolvibile si ha subito lo scioglimento del vincolo senza passare per la separazione legale. Per contro vi sono stati cambiamenti notevoli nel Diritto di Famiglia, per esempio riguardo alla responsabilità congiunta dei coniugi all'interno della famiglia e l'abbandono della regola dell'obbedienza della moglie al marito, ed è stato creato il Giudice della Famiglia.

Dagli anni 70 è stato forte l'impulso delle Associazioni femminili miranti a condividere su una base di parità i rapporti tra uomo e donna e la necessità di tutelare i fanciulli dall'abbandono. Fenomeno questo purtroppo molto diffuso al quale come vedremo si cerca di far fronte con la Kafala.

I principi innovativi della Mudawwana del 2004 sono i seguenti:

- 1) eliminata la regola dell'obbedienza della moglie al marito;
- 2) Il tutore matrimoniale (wali) non è più un obbligo, ma un diritto della donna, che può rinunciare;
- 3) l'età minima per sposarsi è fissata per entrambi a 18 anni;
- 4) il matrimonio poligamico è limitato da regole sostanziali e procedurali;
- 5) il ripudio può essere esercitato solo all'interno di una procedura giudiziaria ben precisa;

¹ Relazione dell'avv. Anna Maria Monti al convegno "Comparazioni fra il diritto di famiglia italiano e quello dei paesi islamici del mediterraneo", Genova, 13 dicembre 2012.

6) viene protetto il diritto del minore in caso di custodia, garantendogli il diritto all'alloggio, al mantenimento, all'educazione e all'istruzione religiosa.

7) la donna può chiedere il divorzio liberamente senza dover provare il danno subito

8) nel caso della nascita di un figlio da due persone non sposate il nuovo codice ammette il riconoscimento della paternità

9) Si può derogare alla regola della separazione dei beni prevedendo la possibilità per gli sposi di stipulare nel contratto di matrimonio un accordo di comunione dei beni per tutto ciò che sarà acquistato durante il matrimonio.

A differenza della precedente Legislatura è previsto l'intervento del Pubblico Ministero in tutte le azioni della Mudawwana.

VALIDITA' DEL MATRIMONIO.

L'art 10 della Mudawwana fissa delle condizioni per la validità del matrimonio:

- 1) è richiesto il consenso libero, contestuale, reciproco e senza condizioni degli sposi, che può essere espresso verbalmente o con altri gesti comprensibili;
- 2) La capacità giuridica degli sposi a 18 anni compiuti;
- 3) Accordo sulla dote nuziale(mehir), oggi nelle città ci si accorda per una dote simbolica, spesso è una somma di denaro che il marito versa alla sposa, e che diviene il suo patrimonio e che amministra da sola. Senza dote il matrimonio è viziato.
- 4) La presenza di due testimoni('adul); 5) il wali se necessario; 6) l'assenza di impedimenti legali.

GLI IMPEDIMENTI LEGALI a contrarre matrimonio sono abbastanza numerosi e si distinguono in impedimenti perpetui e temporanei.

Sono perpetui: la parentela, l'affinità, l'allattamento, assimilato alla parentela di sangue, da noi si diceva "il fratello di latte".

Sono temporanei:

- a) il matrimonio con una donna già ripudiata tre volte(occorre che la donna si risposi con altro uomo, poi se divorziano può allora risposare il precedente marito che l'aveva ripudiata tre volte....se vuole....);
- b) il matrimonio di una donna con un non mussulmano, si supera con la conversione dell'uomo all'Islam. La donna mussulmana non può cambiare religione (neanche l'uomo) in quanto è considerato reato di apostasia che in alcuni Paesi è punito anche con la pena di morte.
- c) malattia che impedisca la vita matrimoniale;
- d) matrimonio poligamico con due donne tra cui esiste un legame di parentela(non si possono sposare due sorelle);
- e) esistenza di un precedente matrimonio (impedimento che vale sola per la donna, essendo ammessa la poligamia per l'uomo).

La Mudawana abroga la figura del capo famiglia e riconosce agli sposi pari valore nella famiglia, infatti è stato abolito il diritto all'obbedienza che spettava al marito.

La tutela matrimoniale (wilaya) ossia l'obbligo per la donna di farsi assistere da un curatore nella stipula del contratto di matrimonio è abolita, se la donna è maggiorenne.

Può essere autorizzato dal Giudice il matrimonio di due minorenni, valutate le circostanze.

Il matrimonio poligamico ha il suo fondamento primario nel Corano, già di fatto il precedente Codice aveva limitato l'esercizio della poligamia, anche proibendola ualora potesse derivarne un danno per le mogli, e la prima moglie poteva inserire una clausola di rinuncia al matrimonio per danno subito.

Oggi l'art. 40 della Mudawwana vieta la poligamia ualora si tema una mancanza di euità, e la vieta altresì uando la prima moglie abbia inserito nel contratto la clausola di non accettarla.

La poligamia oggi cessa di essere un diritto dell'uomo di sua esclusiva volontà, occorre l'autorizzazione del Tribunale e dimostrare di avere rendite tali da mantenere due o più mogli, ma non più di 4.

In pratica la poligamia non è autorizzata dal Tribunale se non viene individuata una circostanza eccezionale ed oggettiva (la procreazione) e se il marito dispone di un reddito tale da mantenere due famiglie

SCIoglimento DEL VINCOLO MATRIMONIALE.

L'art. 78 della Mudawwana afferma che il diritto a chiedere il divorzio spetta sia alla sposa che allo sposo secondo le condizioni che li riguardano, sottoposti al controllo del Giudice.

E' un diritto che spetta ad entrambe le parti, ha carattere giudiziale, come del resto il ripudio di cui all'art. 79.

Infatti il ripudio ex art. 78 della Mudawwana, che è il diritto del marito e della moglie a ripudiare il coniuge si svolge con la presentazione di un'istanza di autorizzazione rivolta al Tribunale competente e con due testimoni. E' un istituto che rappresenta un retaggio storico sociale, ma

La novità è che il nuovo Codice riconosce anche alla donna di chiedere il ripudio e potrà esercitare tale diritto dimostrando di aver subito un danno morale o finanziario. Non è più rimesso all'arbitrio esclusivo dell'uomo, ma valutato dal Giudice e come ho detto anche la donna può ripudiare il marito.

La novità più particolare della Mudawwana del 2004 è il divorzio consensuale, che ha un particolare riguardo a tutelare l'unità della familiare e i diritti dei figli minori.

Infatti quando vi sono figli il Tribunale svolge tre tentativi di conciliazione a un mese di distanza ciascuno, e qualora non vadano a buon fine si procederà a dichiarare il divorzio.

I principali tipi di divorzio sono:

- 1) il divorzio consensuale; 2) per disaccordo o disunione della coppia, 3) per domanda di uno o dell'altro coniuge; 4) per mancato mantenimento, 5) per pregiudizio subito, comportamento infamante ecc. proprio perchè si basa su doveri e diritti reciproci.

Particolare è l'istituto del divorzio dietro compenso(khol), simile al ripudio, che poneva però la sposa in una condizione ben poco tutelata, ed esposta all'arbitrio del marito non essendovi nessun controllo giudiziario.

Oggi se i coniugi non trovano l'accordo per il compenso lo deciderà il Giudice valutando le condizioni di entrambi.

E' degno di nota far osservare che è stato creato il “Fondo Assistenza Famiglia” dalla legge finanziaria del 2011, al fine di assicurare i diritti alla donna divorziata senza mezzi di sostentamento, e proteggere i bambini contro l'abbandono in seguito al divorzio dei genitori.

E' mantenuto nel Codice il “ritiro legale” (idda) per la donna, e il periodo di lutto vedovile. E' prevista una pensione alimentare che viene stabilita sulle entrate medie dell'obbligato, sulla situazione economica del beneficiario, del costo della vita e degli usi e costumi dell'ambiente sociale della persona beneficiaria.

Vige il regime della separazione dei beni.

La Mudawwana del 2004 rimane fedele alla Tradizione islamica in base alla quale la “hadana”, lo custodia sui figli prevede fin dal concepimento di proteggere e preservare la prole da tutto ciò che possa nuocergli, istruirlo ed educarlo nell'Islam. La madre alleva il figlio, lo custodisce lo cura, il padre si occupa della sua educazione, dell'istruzione anche religiosa e su tutti gli aspetti materiali e sociali della vita.

In caso di dissoluzione del vincolo matrimoniale è tornato in vigore il principio classico dell'affidamento prioritario alla madre sino all'età di 15 anni sia per i maschi che per le femmine.

Il padre ha la patria potestà sui figli, e in caso di morte del medesimo passa alla madre maggiorenne.

Vi sono vari tipi di tutele, legale, testamentaria e di nomina giudiziaria a seconda delle circostanze di fatto.

KAFALA.

L'istituto della kafala è tipico del diritto del mondo arabo.

L'adozione, come la intendiamo noi, non è ammessa in quanto la discendenza viene riconosciuta solo per vincoli di sangue, è vietata e nessun diritto parentale si trasmette al bambino. Ciò vale per tutti i Paesi musulmani ad eccezione, mi risulta, della Turchia, della Somalia e del Libano.

A tutelare il minore abbandonato, e purtroppo vi sono ogni anno molti bambini abbandonati, nati spesso da madri non sposate, provvede l'istituto della kafala, che trae la sua origine dal Corano, che non ammette la scissione integrale dei legami tra il minore e la sua famiglia di origine.

Il verbo “takafala” in arabo marocchino significa: “prendersi cura di un orfano”, occupandosi delle sue necessità e dell'educazione e dell'istruzione.

Con la Kafala il genitore adottivo(kafil) prende in custodia il minore adottato(makfoul) fino al compimento della maggiore età senza alcun vincolo di filiazione e senza la rottura dei rapporti giuridici con la famiglia di origine.

La kafala può essere giudiziaria o consensuale, la prima è stabilita dal Giudice e riguarda i bambini abbandonati, di cui il più delle volte non si conoscono i genitori naturali.

La kafala consensuale riguarda i bambini i cui genitori sono noti, l'atto viene redatto da un notaio.

In entrambi i casi la kafala può essere revocata a richiesta dei genitori naturali.

La kafala consensuale tradizionalmente era usata all'interno della famiglia patriarcale, il bambino appena nato veniva consegnato a un genitore sterile e senza figli maschi. Spesso però uesto istituto veniva praticato dalle famiglie benestanti per prendere in casa bambine povere che venivano sfruttate come domestiche in cambio di denaro o altro ai genitori naturali.

La kafala giudiziaria è più vicina al concetto occidentale di adozione o meglio di affidamento, si tratta infatti di accogliere un minore abbandonato, senza vincolo di filiazione, di istruirlo ed educarlo.

Mi pongo e vi pongo una domanda: visti i casi in cui il minore adottato, secondo la nostra legge, al compimento della maggiore età spesso cerca i genitori naturali o la madre naturale, mi domando se la kafala giudiziaria del Marocco sia più vicina a quei principi di etica che forse non permettono del tutto, al di là delle leggi, una rottura definitiva dei vincoli di sangue.

ALGERIA

In Algeria il Codice della Famiglia del 27/2/2005 statuisce che il matrimonio è un contratto fra un uomo e una donna, avente lo scopo di fondare una famiglia basata sull'affetto, sul reciproco aiuto e di proteggere moralmente i coniugi e i legami familiari.

La capacità di contrarre matrimonio si ha con il compimento di 19 anni sia per l'uomo che per la donna, il Giudice può autorizzare in certi casi il matrimonio del minore prima dell'età legale.

Particolarità da osservare, i futuri sposi devono presentare un documento medico, emesso da non più di tre mesi, attestante che essi non sono affetti da nessuna malattia che pregiudicherebbe il matrimonio.

Ciò viene controllato dal notaio o dall'Ufficiale di Stato Civile oltre il fatto che siano stati svolti tutti gli esami medici e che i fidanzati siano stati informati di eventuali fattori di rischio che pregiudicherebbero il matrimonio. (Tare ereditarie, malattie trasmissibili sessualmente ecc).

Per contro sia il Notaio che l'Ufficiale di Stato Civile non possono rifiutare il matrimonio per ragioni mediche, se gli sposi vogliono contrarlo; nell'atto di stato civile si dà menzione che erano stati informati dei rischi eventuali.

E' ammessa la poligamia nei limiti di ciò che prevede la sharia' (fino a 4 mogli tutte trattate nello stesso modo) e il motivo per cui si chiede di contrarre un secondo matrimonio deve essere giustificato.

Occorre che lo sposo presenti una domanda di autorizzazione al Giudice e la prima moglie ne deve essere formalmente informata come del resto la futura moglie deve conoscere lo stato di coniugato del fidanzato, il Giudice accerterà i giusti motivi che possono avallare la richiesta dello sposo e si accerterà che questi abbia i mezzi per offrire una condizione di assoluta uguaglianza di trattamento alle due spose.

In caso di dolo ciascuna delle due donne può chiedere il divorzio. Il secondo matrimonio è annullato, prima della consumazione, se lo sposo non abbia ottenuto l'autorizzazione del Giudice.

CONDIZIONI DI VALIDITA' DEL MATRIMONIO

Il contratto di matrimonio si basa sul consenso degli sposi;

occorre la capacità a contrarre matrimonio, 19 anni compiuti, la dote, il wali per la sposa, due testimoni, la mancanza di impedimenti legali.

La dote è come sempre di proprietà esclusiva della moglie e il suo pagamento può essere immediato o a termine.

La consumazione del matrimonio o il decesso del coniuge dà diritto alla sposa al pagamento integrale della dote. La sposa ha diritto alla metà in caso di divorzio prima della consumazione.

GLI IMPEDIMENTI al matrimonio sono assoluti o temporanei.

Assoluti: sono la parentela, l'affinità, l'allattamento.

La “Donna proibita” temporaneamente è:

la donna già sposata, la donna in ritiro legale a seguito di divorzio o vedovanza; la donna ripudiata tre volte dallo stesso coniuge; è vietato avere per spose contemporaneamente due sorelle; il matrimonio di donna musulmana con uomo non musulmano.

Tutti i matrimoni contratti con una delle “donne proibite” sono dichiarati nulli prima della consumazione, i figli però saranno considerati legittimi.

Vige il regime della separazione dei beni, tuttavia gli sposi possono stabilire nell'atto di matrimonio o in un atto successivo la comunione dei beni.

SCIoglimento DEL MATRIMONIO

Il matrimonio si rompe o per divorzio o per decesso di un coniuge.

Il divorzio può essere consensuale o a domanda della sposa nei limiti previsti dalla legge.

Il divorzio viene pronunciato dal Giudice dopo diversi tentativi di conciliazione che devono svolgersi entro un periodo di tre mesi.

La ripresa della convivenza con la sposa durante i tentativi di conciliazione non necessita di altro matrimonio, mentre chiaramente occorre dopo la sentenza di divorzio.

L'uomo che abbia divorziato tre volte dalla sua sposa, non la può più risposare, se non dopo che la medesima sposatasi con altro uomo si sia poi divorziata o il nuovo marito sia deceduto prima della coabitazione.

La donna divorziata o vedova ha diritto a una pensione alimentare durante il ritiro legale e può restare nella ex casa coniugale.

Il diritto di custodia dei figli spetta prima alla madre poi al padre, ma cessa al compimento dei 10 anni per i maschietti, e al compimento dell'età per il matrimonio per le femmine.

In caso di divorzio il padre deve assicurare un alloggio valido per i figli e provvedere al mantenimento.

TUNISIA

Per stipulare validamente il contratto matrimoniale in Tunisia occorre il consenso degli sposi, la presenza di due testimoni onorati e la fissazione della dote a favore della donna.

L'età per contrarre il matrimonio è stabilita per entrambi a 18 anni, il Giudice in casi speciali può autorizzare i fidanzati a contrarre matrimonio ad età inferiore.

L'Art. 12 dello Statuto Personale afferma che la dote può essere costituita da una lecita somma di denaro e appartiene alla sposa. Il marito se non ha consegnato la dote non può pretendere la consumazione del matrimonio.

Dopo la consumazione, se la dote non è stata consegnata, la donna può chiedere il pagamento, ma il mancato pagamento non costituisce motivo di divorzio.

Anche nel diritto tunisino vi sono impedimenti al matrimonio che possono essere perpetui o provvisori:

gli impedimenti perpetui si riferiscono alla parentela, all'affinità, all'allattamento e al triplo divorzio.

Gli impedimenti provvisori riguardano :

l'esistenza di un matrimonio non sciolto, la mancata scadenza del ritiro legale per la donna.

Particolare impedimento perpetuo è l'allattamento, nel diritto islamico l'allattamento si assimila alla relazione di parentela e di affinità, ma vale solo per il bambino allattato, non per i suoi fratelli e sorelle, ed è considerato come figlio della nutrice e del suo coniuge...per ciò non può sposare una sorella o fratello "di latte".

L'allattamento costituisce impedimento solo se effettuato nei primi due anni di vita del bambino.

In Tunisia la poligamia è vietata, chi dovesse contrarre matrimonio prima dello scioglimento del precedente è passibile di arresto fino ad un anno e al pagamento di una forte ammenda.(bigamia)

Incorre nella stessa pena colui che abbia contratto valido matrimonio con nuovo coniuge e per contro continui la coabitazione col primo coniuge.

E' proibito, come già abbiamo detto il matrimonio con una donna da cui si sia divorziato tre volte.

In base all'art. 23 dello Statuto Personale della Tunisia il marito, capo della famiglia, deve provvedere alle necessità del coniuge e dei figli in proporzione ai suoi mezzi e se la donna possiede beni deve contribuire al mantenimento della famiglia.

I coniugi si devono trattare con reciproco rispetto e il marito non ha nessun potere di amministrazione sui beni della moglie.

Durante la vita matrimoniale le contestazioni fra i coniugi possono essere portate davanti ad un Giudice, ce nomina due arbitri che tenteranno di riconciliare i coniugi.

Il matrimonio si scioglie per divorzio che può essere pronunciato solo da Tribunale.

Il divorzio può essere:

- 1) consensuale; su richiesta di uno dei due che lamenta un pregiudizio; su richiesta del marito o della moglie senza specificare i motivi.
- 2) Può essere previsto un assegno di mantenimento a favore della moglie proporzionato al tenore di vita a cui è abituata e può essere aumentato o diminuito a seconda delle circostanze.

L'assegno di mantenimento diviene un debito che entra nel passivo della successione e in caso di decesso del divorziato deve essere liquidato pacificamente se possibile o giudizialmente in un'unica soluzione tenuto conto dell'età della beneficiaria.

Il rito del divorzio prevede un tentativo di conciliazione da parte del Giudice e 3 tentativi se vi sono figli minori.

Se il divorzio è pronunciato prima della consumazione del matrimonio, la donna ha diritto alla metà della dote fissata. E' previsto per la divorziata o la vedova il ritiro legale che può variare a seconda dei casi.

Una particolarità : il marito povero non deve gli alimenti, e il divorzio verrà egualmente pronunciato. Se la donna era al corrente della situazione di povertà del marito prima della celebrazione, non avrà diritto a chiedere il divorzio.

Se la donna è in grado di mantenersi può chiedere il divorzio.

Il credito di mantenimento non si prescrive.

Viene garantito il mantenimento dei figli fino alla maggiore età (18 anni) e fino al compimento dei loro studi ma non oltre i 25 anni. La figlia ha diritto al mantenimento fino a che non sia in grado di mantenersi o si sposi.

La custodia dei figli durante il matrimonio è di entrambi i genitori.

Il titolare del diritto di custodia di una confessione religiosa diversa dalla mussulmana, ossia del padre del bambino, potrà tenere il bambino non oltre il compimento dei 5 anni di età, non si applica la disposizione se la madre è di altra religione del Libro, ossia cristiana o ebrea.

In caso di divorzio la custodia dei figli può essere affidata ad uno dei genitori come a una terza persona in caso di necessità.