

CAPITOLO PRIMO

Il matrimonio islamico e la poligamia

1. La religione ed il diritto islamico: introduzione

Il termine *Islam* indica, letteralmente, la totale sottomissione alla volontà di Dio¹.

Come è noto, l'*Islam*, come l'Ebraismo e il Cristianesimo, è una religione monoteistica che si basa sulla rivelazione di Dio agli uomini. La sua ascesa è legata alla predica di Maometto nel VI secolo d. C. nella penisola araba, considerato il fondatore della religione islamica.

Nel 610 Maometto, affermando di operare in base a una Rivelazione ricevuta direttamente da Dio, attraverso il messaggero celeste, poi identificato con l'Arcangelo Gabriele, ha cominciato a predicare una religione monoteista basata sul culto esclusivo di Dio, unico e indivisibile².

Come l'Ebraismo e il Cristianesimo, l'*Islam* è suddiviso al suo interno in più componenti, le cui principali sono il Sunnismo e lo Sciismo. Nel Sunnismo si distinguono, a loro volta, quattro principali scuole giuridico religiose, le quali si differenziano tra loro per gli strumenti usati per l'interpretazione delle fonti islamiche ed il cui nome ha origine dal loro fondatore: *Hanafita* da *Habū Ḥanīfa*, *Malikita* da *Mālik Ibn Hanas*, *Sciafiita* da *Muhammad al-Shāfi'ī* e *Hambalita* da *Ahmad Ibn Hanbāl*³.

¹ Vedi A. Predieri, *Šarī'a e Costituzione*, Laterza, Roma, 2006, p. 63. Per lo studio del diritto islamico si veda, in generale, Ferrari S. (a cura di), *Islam ed Europa*, Carocci, Roma, 2006; L. Ammann, *La nascita dell'Islam*, Il Mulino, Bologna, 2006; V. Colombo, Gozzi G. (a cura di), *Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani nell'area del Mediterraneo*, Il Mulino, Bologna, 2004; P. Balta, *L'Islam*, Armando Editore, Roma, 2006; P. Branca, *I musulmani*, Il Mulino, Bologna, 2000; Campanini M., *Il Corano e la sua interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

² F. Castro, *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, in Enciclopedia Giuridica, vol. XI, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989, p. 6 e C.A. Nallino, voce su *Novissimo Digesto*, Torino, 1982, p. 850.

³ Per lo studio delle scuole si veda Castro F., *Corso elementare di diritto musulmano*, Giappichelli Editore, Venezia, 1978, p.88; Schacht J., *Introduzione al diritto musulmano*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995, p. 33, Traduzione di Paola P. Guazzotti e E. Lanfranchi; M. Ruocco, *Il mondo arabo*, Pendragon, Roma., 1998, p. 33 e sgg.; Verdelli G. (a cura di), *Introduzione alla storia del pensiero musulmano*, Marsilio Editore, Venezia, 1994, p. 83.

Maometto si presenta ai fedeli come profeta e legislatore⁴: la religione islamica, diversamente dal culto cattolico e dalle altre professioni, non disciplina soltanto la relazione tra l'uomo e Dio, ma influenza ogni singolo aspetto della vita dei fedeli e consta di un sistema di regole che hanno un fondamento divino⁵.

Si afferma, a tal riguardo, che *“la religione è qualcosa che abbraccia sia la nostra religione sia la nostra politica, è la regola di vita, legge”*⁶.

Il sistema normativo musulmano è, pertanto, interamente *rivelato*. Così come è stato osservato, *“a tale concezione è affatto estranea l'idea della produzione del diritto ad opera della ragione e della volontà umana; il diritto è espressione della volontà di Dio, resa nota ai fedeli attraverso la missione del Profeta: l'intera costruzione del sistema normativo musulmano è ‘ricavata’ dai precetti fondamentali e non ne rappresenta che lo sviluppo necessario, già contenuto in potenza, in tutta la sua estensione, nelle premesse fondamentali. Al di fuori della volontà divina non può esservi diritto data appunto l'assoluta inidoneità della ragione umana produrlo”*⁷.

Sul piano sistematico risulta indistinta la sfera giuridica dalla sfera politica, e questo, così come è stato affermato, *“vuol dire che non è solo la religione, o meglio è una religione ma con una visione peculiare della vita familiare e sociale, che regge un diritto matrimoniale, un diritto successorio, un diritto penale con evidenti riflessi in ogni manifestazione del vivere sociale”*⁸.

Il diritto islamico si identifica, pertanto, nella legge religiosa islamica, la *Shari'a*, definita *“la Parola divina, il precetto dato da Allāh, sovrano e legislatore della Comunità musulmana”*⁹, e, da ciò deriva che il termine *Islām* indica sia la religione monoteistica fondata da Maometto, sia il sistema politico, sociale e culturale che si identifica con essa.

Le società islamiche si contraddistinguono, pertanto, *“per un nascere religioso-politico segnato da un dna specifico di indistinzione tra le due categorie”*¹⁰.

⁴ Vedi G. Moroni Romano, *Dizionario di erudizione ecclesiastica*, Venezia, Vol. XLII, Tipografia Emiliana, Venezia, 1840, p. 217.

⁵ Così S. Ferrari, *Introduzione al diritto comparato delle religioni*, Il Mulino, Bologna, 2008, e S. Ferrari, *Lo spirito dei diritti religiosi*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 28.

⁶ Così F. Peirone, *Islam*, Queriniana, Brescia, 1981, p. 33.

⁷ P. Bellini, *Per una sistemazione canonistica delle relazioni tra diritto della Chiesa e diritto dello Stato*, Pellegrini Editore, Cosenza, 2006, p. 113.

⁸ P. Picozza, G. Rivetti, *Religione, cultura e diritto tra globale e locale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 72.

⁹ Così C. A. Nallino, *Sistema religioso* (voce Islamismo), in *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere ed arti*, vol. XIX, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1951, p. 605.

¹⁰ Così R. Bettini, *Sociologia del diritto islamico*, Franco Angeli, Milano, 2004, p. 14

Il diritto islamico prescrive tutte le regole di vita di ogni musulmano, a prescindere della nazione e della etnia di appartenenza¹¹. Le prescrizioni sono divise in tre grandi categorie, ossia i doveri culturali e rituali (in arabo *'ibadat*), i rapporti giuridico civili (in arabo *mu'amalat*), e le norme penali (in arabo *ukubat*).

*L'Islam è, pertanto, "religione, civiltà, cultura e codice di vita, che abbraccia tanto la sfera personale quanto quella politica e sociale. Si realizza nella comunità dei credenti (ummah), applicando i principi del messaggio rivelato. Si presenta come fede con caratteristiche di universalità e, per sua definizione, riassume e completa tutte le rivelazioni precedenti che Dio ha trasmesso agli uomini tramite i Profeti"*¹².

Oggi l'*Islam* è la prima religione nel Medio Oriente, nel Nord Africa ed in alcune zone dell'Asia meridionale¹³, ma come si vedrà più avanti per quanto riguarda l'istituto della poligamia, vari e mutevoli sono gli approcci dei vari Stati nazionali.

1.1. Le fonti del diritto islamico

La *Shari'a*, ossia la legge sacra che non è elaborata dagli uomini ma è imposta da Dio, è interpretata dal diritto islamico a partire dalle sue fonti tradizionali. Così come è stato osservato, *"la fonte di produzione della Sharia è la volontà di Allah, quest'ultima può assumere varie forme di rivelazione affinché il credente musulmano possa averne cognizione e possa adempiere il dovere di osservarla. l'individuazione tali forme di rivelazione è stato oggetto di studio da parte del giurista Shafi' ed ha dato luogo alla ricostruzione delle fonti del diritto islamico"*¹⁴.

Le fonti del diritto islamico (in arabo *usūl al-fiqh*), si distinguono in fonti primarie, ossia il *Corano*, la *Sunnah*, l'*Iğmā'* ed il *Qiyās*, e fonti secondarie, ossia

¹¹ Così P. F. Cuzzola, *Il diritto Islamico*, Primiceri Editore, Milano, 2013, p. 8.

¹² Touring club italiano, *Libia: Tripoli, Bengasi, Ghadames, l'Akakus e il Deserto del Fezzan, Leptis, Sahbatran, Cirene*, 2006, p. 44.

¹³ Per un'analisi tanto accennata quanto basica, si rimanda a uno dei tanti studi sui numeri delle religioni nel mondo, come ad esempio quello di *adherents.com*

¹⁴ A. Diurni (a cura di), *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 220. Per l'analisi delle fonti si rimanda a R. Aluffi Beck-Peccoz, *Il Matrimonio. Diritto ebraico, canonico ed islamico: un commento alle fonti*, Giappichelli, Torino, 2006; R. Tariq, *Essere musulmani europei: studio delle fonti islamiche alla luce del contesto europeo*, Troiana (EN), Città aperta, 2002.

l'Urf, l'*Amal*, il *Qanun* e la *Maslaba*¹⁵.

La fonte prima del diritto islamico è il *Corano* (in arabo *Qu'ān*), testo sacro della religione islamica. I musulmani credono che esso sia stato rivelato da Dio a Maometto per mezzo dell'arcangelo Gabriele nella notte del destino e che in seguito gli sia stato rivelato più in dettaglio nei successivi periodi della sua vita.

Il testo contiene, pertanto, la raccolta delle rivelazioni che sono state ricevute da Maometto ed è stato trascritto per la prima volta dopo la sua morte da alcuni suoi discepoli¹⁶.

Per i musulmani, il *Corano* è la “*parola di Dio*” che conoscono attraverso il profeta Maometto¹⁷. Il libro è diviso in 114 capitoli, che prendono il nome di *Sūre*, ossia righe, suddivise in 6235 versetti (in arabo *ayah*), dei quali circa 500 contengono precetti giuridici.

Il *Corano*, oltre ad essere un testo sacro, è vincolante per i musulmani che lo considerano una legge. Ogni versetto contiene un comando o un divieto e da ogni versetto deriva una regola legale particolare (in arabo *hukm*)¹⁸.

Ulteriore fonte canonica del diritto islamico è la *Sunnah*¹⁹ che rappresenta il secondo testo normativo ed è composta dalle *Ahadith o Hadi*, che raccoglie gli insegnamenti e le azioni del Profeta che indirizzano la condotta dei musulmani.

La *Sunnah* versa in un rapporto di complementarità con il Corano, dal momento che quest'ultimo ordina ai credenti musulmani di obbedire a Maometto e pertanto di obbedire alla *Sunnah* che ne raccoglie gli insegnamenti²⁰.

In riferimento alla veridicità ed all'autorevolezza dei narratori, le tradizioni sono divise in *Sunnah sahīh*, che rappresenta la tradizione perfetta; *Sunnah hasan*, che rappresenta la tradizione di perfezione minore ed infine la *Sunnah da'if* che ha carattere esemplificativo e non normativo.

¹⁵ Vedi F. Castro, *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, in Enciclopedia Giuridica, vol. XI, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989,

¹⁶ In merito all'analisi del contenuto del Corano si rimanda a D. Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, Roma, Istituto per l'Oriente, 1926, p. 25 e sgg in cui si legge che “*il suo contenuto è assai vario essendovi precetti morali, esortazioni, racconti biblici, polemiche, minacce contro gli avversari della nuova fede e qua e là varie disposizioni di ordine giuridico*”.

¹⁷ Diversamente dalla Bibbia, che consta di racconti scritti dagli uomini che espongono quello che hanno visto e sentito. Per una attenta analisi delle differenze tra il Cristianesimo e l'Islam, si rimanda a F. Boespflug, *La caricatura e il sacro. Islam, ebraismo e cristianesimo a confronto*, Vita e Pensiero, Milano, 2006.

¹⁸ Vedi G. Crespi, G. Samir Eid, *L'Islam: Storia, Fede, Cultura*, Mondadori Store, Milano, 2013.

¹⁹ Per l'analisi della Sunna si rimanda, ex multis, a F. Castro, *Corso elementare di diritto musulmano*, cit., p. 34. e W. Montgomery Watt, *Breve storia dell'Islām*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 75, in cui l'autore afferma che “*esso consiste di un elenco di persone che hanno verbalmente trasmesso il testo, personaggi affidabili e degni di fede*”.

²⁰ Così M. Campanini, *Il Corano e la sua interpretazione*, cit., p. 1958.

Dopo il *Corano* e la *Sunnah*, nel panorama delle fonti subordinate, vi è la *Iğmā*²¹, utilizzata per approfondire e sviluppare l'interpretazione delle fonti scritte, *Corano e Sunna*, che rappresenta il consenso o l'opinione concorde della Comunità in una data epoca e su un dato argomento che rientri nel campo della *Sharī'a*.

L'accordo della comunità è fonte di diritto in quanto se la comunità (c.d. *fuqaha*) dà il suo generale consenso ad una teoria, questa non può essere considerata errata. Celebre, a tal riguardo, la dichiarazione del Profeta *Muhammad* "la mia comunità non si troverà mai d'accordo su un errore"²².

Infine, tra le fonti secondarie vi è il *Qiyās*, specificamente giuridica, che è basata sull'analogia e rappresenta il sillogismo nella logica e la deduzione del linguaggio tecnico-giuridico.

Il *Qiyās* consiste nell'applicazione della analogia ad un caso o atto nuovo o non ancora esaminato, non menzionato nel *Corano* o negli *Ahadīth* della *Sunnah*.

Alle fonti canoniche indicate se ne affiancano altre estranee al novero di quelle classiche, frutto dell'elaborazione legislativa e giudiziaria, che hanno permesso al diritto islamico di essere applicabile anche alle società moderne.

Altra fonte normativa è l'*Urs*²³, che significa consuetudine e si distingue in consuetudine generale (in arabo *Urf āmm*), consuetudine particolare (in arabo *Khāss*) o consuetudine locale (in arabo *Mahallī*). Affinché possa essere invocata è necessario che non sia in violazione con la *Sharī'a*, che sia accettata dalla maggior parte dei consociati, che non abbia effetto retroattivo e non sia contraria all'accordo delle parti.

Al riguardo si è osservato che "oggi vi sono Paesi di diritto islamico retti da diritto consuetudinario non islamico, e Paesi di diritto islamico in cui l'*Urs* pare escluso dalle fonti stesse del diritto. L'*Urs* richiama periodi storico-sociali antecedenti la formazione del diritto islamico di alcuni territori, ed oggi è diffuso soprattutto nelle regioni rurali"²⁴.

Altra fonte non primaria che integra quelle del diritto islamico, ed in particolare il diritto consuetudinario, è l'*Amal*, ossia le decisioni giudiziarie,

²¹ Si rimanda a David Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, cit., p. 33 e sgg.

²² Ibidem.

²³ Vedi F. Castro, *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XI, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989, p. 302, in cui l'autore afferma che "in alcune regioni del mondo islamico essa ha addirittura prevalso sulla *Sharī'a*; così in talune regioni berbere del Maghreb e in Indonesia, dove il *fiqh*, non ha avuto la forza di scalzare il precedente sostrato giuridico".

²⁴ M. Blasi, G. Sarnari, *I matrimoni e le convivenze "internazionali"*, Linea Professionale, Torino, 2013, p. 338.

composta da formulari, pareri legali astratti (in arabo *fatāwa*), soluzioni di fattispecie concrete.

La peculiarità consiste nel fatto che è la dottrina a fissare per scritto la prassi e, pertanto, l'*Amal*²⁵ è il frutto dell'elaborazione giudiziaria e dottrinale.

In seguito all'espandersi del mondo islamico e della costituzione di regni e imperi, è stato introdotto una nuova fonte del diritto islamico, ossia il *Qanun*, il decreto emanato dal sovrano.

Il sovrano come persona non è considerato padrone del diritto, ma è al servizio dello stesso e, pertanto, viene riconosciuto come fonte legittima di applicazione del diritto islamico. Ciò ha comportato una doppia giurisdizione, in quanto il giudice monocratico religioso continua ad applicare la legge sacra, mentre i Tribunali laici applicano il decreto²⁶.

Infine vi è la *Maslaba*²⁷, principio generale al quale si fa ricorso per giustificare comportamenti non previsti dalla legge coranica ma che questa considera compatibili.

2. Il matrimonio islamico

Nel sistema giuridico islamico il diritto di famiglia riveste un ruolo centrale e all'interno di esso un ruolo di primo piano è assunto dal matrimonio (in arabo *nikāh*).

Si è osservato, a tal riguardo, che *“ciò è legato al fatto che questi settori del diritto sono dei campi dove più deciso risulta l'intervento normativo della legge divina. Molte delle norme che regolano il matrimonio e i rapporti familiari trovano, infatti, la loro fonte diretta nella rivelazione coranica. Anzi, dei versetti a contenuto normativo presenti all'interno del testo sacro, la gran parte attiene proprio alla materia delle relazioni familiari. Il diritto di famiglia è oggetto nel Corano di una disciplina abbastanza esauriente”*²⁸.

²⁵ Ibidem

²⁶ Ibidem

²⁷ Per un'analisi del complesso istituto, che non si delinea in pieno per motivi di brevità attinenti al lavoro in questione, si rimanda a *L'urbanisme dans l'Occident musulman au Moyen Âge aspects juridiques* di P. Cressier, María Isabel Fierro Bello - 2000 - Education, p. 129.

²⁸ A. Bertaina, *L'Islam è il grande Jihad*, Street Lib, 2017, p. 57 in cui si legge che *“tuttavia le norme presentano una formulazione vaga, scura, che solo raramente risulta adeguata far comprendere la*

I musulmani decidono di unirsi in matrimonio e di costruire la vita coniugale nel rispetto di quanto rivelato da Dio²⁹.

Differentemente dal matrimonio nel diritto romano, considerato un *consortium omnis vitae*, e di quello cristiano, che è un sacramento, il vincolo matrimoniale è prima di tutto un contratto di diritto civile³⁰ a tempo indeterminato, che può essere contraddistinto da aspetti religiosi quali la lettura del Corano o l'invocazione ad Allah.

Nonostante il matrimonio non sia considerato un sacramento, è indubbiamente un atto lodevole, visto con grande favore perché esso rende anzitutto la donna lecita all'uomo ed è volto alla procreazione³¹, favorendo così la crescita demografica della comunità islamica³², tanto da essere ritenuto un obbligo per ogni musulmano adulto, sessualmente capace ed in possesso dei mezzi richiesti per sposarsi³³.

È considerato, inoltre, un atto solenne, poiché consente ai fedeli di vivere in pace rispettando i comandamenti di Allah³⁴, e religioso, in quanto viene delineato nel Corano che, al versetto 21 della Sura XXX, prevede che *“ed è un Suo segno aver creato da voi per voi delle spose, affinché abbiate fiducia in loro, e pone fra voi amore e misericordia. Ecco, certo, dei segni per genti che riflettono”*³⁵.

È stato osservato, a tal proposito, che *“avendo il profeta condannato rigorosamente il celibato, il matrimonio per un musulmano è un dovere religioso. Si può quindi assumere che anche il matrimonio con rito islamico è un matrimonio religioso”*³⁶.

volontà divina, ciò si deve aggiungere che, per quanto concerne questa materia, nel Testo Sacro sono quasi del tutto assenti formulazioni tecniche relative agli effetti giuridici di fatti o atti rilevanti”.

²⁹ Per l'analisi del matrimonio islamico si veda *ex multis*, G. Caputo, *Introduzione al diritto islamico, I concetti generali, la famiglia, le successioni*, Giappichelli Editore, Torino, 1990; G. Vercellin, *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 1996; R. Aluffi Beck-Peccoz, *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico ed islamico: un commento alle fonti*, Torino, 2006; Zilio Grandi I. (a cura di), *Matrimoni e matrimoni misti nell'ordinamento italiano e nel diritto islamico*, Marsilio Editore, Venezia, 2006; Dakouri S., *La donna araba tra presenza e assenza*, Marietti, Genova, 2008; F. Botti, *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, Bononia University Bologna, 2009.

³⁰ Così V. Abagnara, *Il matrimonio nell'Islam*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, p. 7.

³¹ Il fine del matrimonio islamico consiste nell'assicurarsi una discendenza con la protezione e la legittimazione dei rapporti sessuali tra i coniugi. Così si legge in D. Peari, W. Mensk, *Muslim Family Law*, Londra, 1998, p. 139,

³² Così G. Boni, *Il matrimonio tra cattolici e islamici, Studi giuridici*, LV, III, Città del Vaticano, 2002, p. 100.

³³ Cfr. R. Aluffi Beck-Peccoz, *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico ed islamico: un commento alle fonti*, Torino, 2006, p. 206.

³⁴ F. Zamboni, *Islam e diritto di Famiglia tra passato e presente*, n. 51 – marzo 2012 (LXXXXII).

³⁵ G. Mandel, *Il Corano*, Torino, 2006, p. 203.

³⁶ Così N. Colajanni, *Per un diritto di libertà di religione costituzionalmente orientato*, in *Dir. Ecc.*, 2007, p. 93.

L'islam favorisce il matrimonio islamico ed è contrario all'unione extra-coniugale (in arabo *zinā*, ossia adulterio o fornicazione)

Il matrimonio è essenzialmente un contratto privato attraverso il quale l'uomo acquista con la dote il diritto a mantenere lei e la prole³⁷.

Il matrimonio è preceduto dal fidanzamento, in cui entrambe le parti esprimono la volontà di contrarre il matrimonio e stipulano un contratto prematrimoniale. In ogni momento i contraenti possono recedere dalle promesse, fermo il diritto dei contraenti avanzare domanda di risarcimento danni per gli eventuali danni subiti.

Il contratto prematrimoniale si conclude per mezzo di un'offerta (in arabo *Ijab*) ed una accettazione (in arabo *qabul*).

Il matrimonio e l'eventuale scioglimento del vincolo sono stati modificati profondamente dal profeta Maometto che ha innovato profondamente tale istituto della società preislamica.

Si osserva, ad esempio, che nel diritto islamico classico, prima dell'avvento di Maometto, vi fosse una grande promiscuità tra uomini e donne³⁸, che le unioni fossero libere e non figlie del matrimonio e che la famiglia avesse natura matriarcale, in considerazione della circostanza che la parentela si trasmetteva in linea femminile.

Il diritto musulmano classico concepiva il matrimonio come un vero e proprio contratto a prestazioni corrispettive in cui soggetti dello scambio erano l'uomo e il *Wali*³⁹, mentre la donna ne costituiva l'oggetto⁴⁰.

Il matrimonio si stipulava in occasione di un accordo concluso tra il padre della sposa e lo sposo che versava la dote alla famiglia della donna per il godimento fisico della donna.

Nel Libro Sacro, invece, la dote diviene un dono nuziale della sposa che le consente una eventuale indipendenza nell'ipotesi di decesso o ripudio dello sposo.

In merito alle fonti che disciplinano il matrimonio, il *Corano* e la *Sunnah* lo reputano un istituto consigliato e doveroso (in arabo *fard*) o necessario (in arabo *wājib*) per l'uomo che può mantenere economicamente una moglie⁴¹ e incitano il

³⁷ Così Kowal Janusz, *Matrimonio e famiglia in una società multireligiosa e multiculturale*, in un discorso pronunciato all'università Pontificia Gregoriana nel 2011

³⁸ Cfr. G. Caputo, *Introduzione al diritto islamico*, Torino, 1990, p. 82

³⁹ Si rimanda al prosieguo dell'elaborato per l'analisi del *Wali*.

⁴⁰ D. Scolart, *La Cassazione e il matrimonio somalo*, (Commento a Cass., 2 marzo 1999, n. 1739), in *Quad. diritti Pol. Eccl.*, 1999, p. 783 e sgg

⁴¹ Dal Corano, Sura XXIV, 33 "E coloro che non hanno i mezzi per sposarsi cerchino la castità, finché

fedele a sposarsi⁴². Il vincolo coniugale è, invece, disonorevole (in arabo *makrūh*) nell'ipotesi in cui lo sposo non sia sicuro di rendere felice la sposa, mentre è vietato (in arabo *harām*) ove sussistono le ipotesi disciplinate di impedimento al matrimonio (in arabo *Vercellin*)⁴³.

L'*Islam*, a dimostrazione dell'importanza che assume il matrimonio, proibisce ogni rapporto sessuale al di fuori del matrimoniale ed il concubinato⁴⁴ e sancisce la pena della flagellazione con cento colpi di frusta per il per il reato di fornicazione⁴⁵⁴⁶

L'oggetto dell'accordo concerne, in riferimento allo sposo, sia i diritti di godimento sessuali e di autorità maritale nei riguardi della donna, mentre, con riferimento alla sposa, il diritto alla dote nuziale obbligatoria (in arabo *mahr*)⁴⁷, ed il diritto al mantenimento (in arabo *nafaqa*).

Secondo la *Sharī'ah*, il matrimonio è un contratto formale che se formato validamente non può essere impugnato dai contraenti, se non per gravi motivi.

In merito alla forma del matrimonio, ai fini della validità del vincolo matrimoniale, non è necessaria una celebrazione pubblica. Non si richiedono riti o cerimonie religiose, in quanto, *“il recitare la fātīhah o primo capitolo del Corano in occasione del contratto è semplice usanza di molti Paesi musulmani”*.

Affinché il matrimonio sia valido occorre, invece, che si celebri dinanzi a due testimoni che siano presenti alla lettura del contratto.

È richiesto che i testimoni siano puberi, liberi, musulmani e di sesso maschile.

Nell'ipotesi in cui sia celebrato un matrimonio misto, uno dei testimoni potrebbe essere un cristiano o un ebreo.

Dio non li arricchisca con la Sua Grazia”.

⁴² V. Vacca (a cura di), *Al-Buḥārī. Detti e fatti del Profeta dell'Islam*, Torino, 1982, p. 493.

⁴³ Per l'analisi degli impedimenti al matrimonio si rimanda al par. 1.5 di questo elaborato.

⁴⁴ Così Ida Zilio-Grandi (a cura di), *Dizionario del Corano*, Milano, 2007, p. 656.

⁴⁵ Si veda B. Scarcia Amoretti, *Il Corano*, Roma, 2009, p. 211. Il Corano, Sura XXIV, .2 prevede che *“la fornicatrice ed il fornicatore siano puniti con cento colpi di frusta ciascuno, né vi trattenga la compassione che provate per loro dall'eseguire la sentenza di Dio, se credete in Lui e nell'Ultimo Giorno; e che un gruppo di credenti sia presente al castigo”*.

⁴⁶ *Se le vostre donne avranno commesso azioni infami [fornicazione o adulterio] portate contro di loro quattro testimoni dei vostri. E se essi testimonieranno, confinate quelle donne in una casa finché non sopraggiunga la morte o Allah apra loro un'uscita”* (Corano 4,15).

⁴⁷ R. A. Beck-Peccoz, *Il matrimonio nel diritto islamico, in Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico ed islamico: un commento alle fonti*, Torino, 2006, p. 251. C. Caputo, *Introduzione al diritto islamico*, Torino, 1990, che a p. 90 afferma che *“la dote non è l'equivalente del prezzo per l'acquisto di una cosa, ma è una garanzia per il futuro della donna: potremmo dire – metaforicamente – una sorta di assicurazione volontaria preconstituita in contemplazione dei rischi del matrimonio”*.

Gli elementi essenziali affinché il vincolo matrimonio sia valido e conforme alla *Sharī'ah* sono: la capacità giuridica dei contraenti, l'intervento del tutore (in arabo *Walī*), il consenso e la costituzione del donativo nuziale (in arabo *Mahr*).

2.1. La capacità giuridica dei contraenti e l'intervento del tutore (*Walī*)

Nel diritto islamico, le parti del contratto matrimoniale non sempre coincidono con i coniugi. Occorre, a tal riguardo, distinguere tra capacità di essere titolare di un rapporto matrimoniale, che si acquista con la nascita, e la capacità di contrarre matrimonio, che si acquista con raggiungimento della pubertà, fissata normalmente nei 15 anni per l'uomo e nei 9 anni per la donna, presumendoli in ogni caso puberi rispettivamente a 15 e 12 anni.

Si osserva che *“questa indicazione è rimasta tale negli ordinamenti giuridici di quei Paesi che si rifanno alla tradizione in senso stretto (tra cui Arabia Saudita, Iran, Somalia e la Mauritania). Nella maggior parte degli Stati di diritto islamico, invece, l'età del matrimonio è stata innalzata a 18 anni per l'uomo e a 16 anni per la donna, escludendo l'applicazione del diritto religioso. Prima del raggiungimento dell'età legale, occorre il consenso del Wali, si indica con questo termine il padre, il nonno paterno, il fratello maggiore, lo zio paterno, qualche loro discendente. In mancanza di parenti di sesso maschile, il giudice può dare il consenso alle nozze”*⁴⁸.

Ove non ci sia il consenso o autorizzazione giudiziale, il matrimonio eventualmente celebrato può essere successivamente annullato⁴⁹.

In riferimento al *consenso* espresso dalle donne, differenti sono le posizioni assunte dalle scuole giuridiche.

Per la scuola *Hanafita* e per gli *Sciiti Duodecimani*, la ragazza maggiorenne è libera di sposarsi, mentre per le Scuole *Malikita*, *Sciafita* e *Hanbalita*, è sempre necessario il consenso del *Walī*⁵⁰.

⁴⁸ A. Giraudo, *Impedimento di età nel matrimonio canonico (Can. 1083). Evoluzione storica e analisi delle problematiche attuali della dottrina e della prassi*, Roma, 2007, p. 356.

⁴⁹ *Ibidem*

⁵⁰ Cfr P. Donati, G. C., Blangiardo, *Identità e varietà dell'essere famiglia: il fenomeno della Pluralizzazione*, San Paolo, 2001, p. 327, J. Lamçe, *Marriage Requirements in the Classic Doctrine of the Islamic Sunni Schools*, in *Academic Journal of Interdisciplinary Studies* MCSER Publishing, Roma, VO. 3, Marzo 2014, p. 3 e sgg.

In alcuni Stati, invece, secondo il tradizionale sistema *Malikita*, il *Wali* può concedere in moglie la figlia anche in assenza del suo consenso.

Il *Wali* deve essere un uomo musulmano e deve godere della capacità giuridica e di agire. Si ritiene che *“secondo i Malichiti, il Wali può essere un ebreo o un cristiano qualora la futura sposa dovesse appartenere, rispettivamente, alla religione ebraica o a quella cristiana. L’esercizio della tutela matrimoniale avviene secondo un ordine di chiamata stabilito dalla Shari’ ah (figlio, padre, fratello germano, fratello consanguineo, figlio del fratello germano, figlio del fratello consanguineo, avo paterno, agnati maschi, qāddī, vicino)”*⁵¹.

Ed ancora, il tutore matrimoniale o rappresentante legale della sposa durante la registrazione dell’atto di matrimonio, è una figura necessaria per alcune scuole giuridiche, per altre, invece, è considerato indispensabile in occasione del primo matrimonio e non per le vedove o le donne divorziate che vogliono risposarsi.

Si ritiene che *“questa condizione è comprensibile in una società patriarcale, dove l’età matrimoniale molto bassa richiede una certa tutela e dove il matrimonio è considerato più un fatto sociale tra due famiglie o due tribù che non un fatto individuale o una scelta personale”*⁵².

Si ritiene, inoltre, *“se è vero da un lato che la donna non può essere più costretta al matrimonio, è anche vero, dall’altro lato, che non le è ancora stato concesso, ad oggi, di contrarre le nozze autonomamente senza l’assistenza del wali, la volontà del quale concorre, parallelamente a quella della donna, alla scelta del coniuge. Quindi possiamo dedurre come la donna non abbia potere decisionale e come la figura femminile sia sempre un grado inferiore rispetto a quella dell’uomo, anche se il Corano ha, per alcuni aspetti, rivalutato la donna soprattutto sul piano religioso. Se pensiamo infatti al matrimonio preislamico, dove la donna veniva considerata un oggetto concesso dal padre al marito dietro compenso e dove la poligamia non aveva limiti e la prostituzione era imposta, allora la rivalutazione della donna diventa palese”*⁵³.

A prescindere dalle differenze delle scuole giuridiche, al fine della celebrazione di un valido matrimonio, lo sposo deve essere pubere, di religione musulmana, in possesso delle capacità fisiche e mentali ed avere la piena disponibilità dei propri beni per la dote e per il mantenimento della moglie.

⁵¹ P. Fortunato Cuzzola, *Il diritto islamico*, Roma, 2013, p. 72.

⁵² Così K. Janusz, K. Mirjam, nel discorso già citato p.196.

⁵³ F. Zamboni, *Islam e diritto di Famiglia tra passato e presente*, cit.

È proibita la celebrazione del matrimonio con un uomo impotente a generare, in quanto l'impotenza comporta l'invalidità del matrimonio e con un uomo affetto da malattia mentale⁵⁴.

La donna deve godere delle capacità fisiche e mentali, essere pubere, e musulmana, anche se quest'ultimo requisito non è essenziale⁵⁵.

2.2. Il consenso (*Ijmā'*) e il donativo nuziale (*Mahr*)

Elemento essenziale del vincolo matrimoniale è senz'altro lo scambio reciproco dei consensi.

Secondo il diritto musulmano, *“come per ogni contratto che si rispetti, il matrimonio deve essere concluso con la manifesta volontà di entrambe le parti, che non necessariamente coincidono con gli sposi. Sulla base di quanto previsto dalla shari'a, ogni individuo può essere titolare di un rapporto matrimoniale, anche il bambino appena nato. Ovviamente in quest'ultimo caso vi sarà qualcuno che obbligatoriamente lo farà per lui, ovvero il tutore matrimoniale (wali), che solitamente è il padre e che come tale ha il diritto di esercitare il cosiddetto potere di costrizione (wilayat al-igbar), che di regola cessa al momento in cui il figlio raggiunge la maggiore età. Tale regola è propria della scuola hanafita e hanbalita. Ma ad esse fanno eccezione quella malikita e sciafiita, per le quali la verginità della donna comporta ulteriormente l'esercizio del potere di costrizione al matrimonio, poiché essere illibate significa non avere alcuna esperienza di vita e quindi incapacità ad essere titolari di interessi personali e patrimoniali che sono parti fondamentali del nikāh. Tuttavia il potere di costrizione è stato eliminato dalle moderne legislazioni, anche il Regno del Marocco, che all'articolo 4 del proprio codice di famiglia manteneva l'igbar (potere di costrizione) nel caso di condotta impropria da parte della donna, ha eliminato tale istituto l'8 marzo 2004”*⁵⁶.

In riferimento alla forma del consenso, questo non è vincolato e può essere desunto anche dal silenzio della donna.

⁵⁴ Vedi G. M. Piccinelli (a cura di), *Il Modello Islamico*, Torino, Giappichelli, 2007, p.37.

⁵⁵ Dal Corano, Sura V, .5, *“E vi sono permesse come mogli le donne credenti e oneste, come anche le donne caste di quelli cui fu dato il Libro prima di voi, purché versiate loro la dote, vivendo castamente senza fornicare e prendervi amanti! E chi rinnega la fede, andrà in rovina ogni sua opera e, nell'aldilà, sarà fra chi perde”*.

⁵⁶ F. Zamboni, *Islam e diritto di famiglia tra passato e presente*, cit.

La forma scritta del consenso è richiesta, invece, nell'ipotesi in cui la donna non sia più vergine o sia stata emancipata dal padre o sposi uno schiavo.

Fino a quando la donna o l'uomo non raggiungano la pubertà, così come già evidenziato, il padre o l'agnato più vicino (*Wali*) può costringerli a contrarre matrimonio e pertanto non è rilevante il consenso da questi espressi.

Oggi la maggior parte degli Stati arabi proibisce sia i matrimoni precoci che la costrizione al matrimonio, secondo quanto disposto dal Corano⁵⁷.

Come si è visto sopra, invece, fermo è il concorso di volontà del *Wali* nella scelta dello sposo.

Anche laddove venga riconosciuto alla donna il diritto di contrarre personalmente matrimonio, il relativo contratto può essere impugnato dal *Wali* per inadeguatezza dello sposo o esiguità del donativo nuziale e sciolto giudizialmente, ciò a tutela di una presunta incapacità valutativa che si ritiene possa danneggiare la donna.

Il *Mahr*, o donativo nuziale, dopo la capacità giuridica dei contraenti, l'intervento del tutore (*Walī*) ed il consenso (*Ijmā'*), costituisce il quarto elemento essenziale del contratto matrimoniale e la sua assenza ne comporta, dunque, la nullità.

Il Corano, infatti, recita che *“vi è permesso cercare [mogli] utilizzando i vostri beni in modo onesto e senza abbandonarvi al libertinaggio. Così come godrete di esse, verserete loro la dote che è dovuta”*⁵⁸.

Si parla di dote, nella giurisprudenza occidentale, dove assume un significato diverso a seconda delle tradizioni; nell'Islām, invece, la dote (in arabo *Mahr*; *Saduqāt*, *Sadaqah*, *Agr*, *faridah*), prevista già nel Corano (IV, 4), è sempre obbligatoria⁵⁹.

Il *Mahr* è un dono obbligatorio da parte dell'uomo, che, per la scuola giuridica *Malichita* deve essere versato in contanti all'atto del matrimonio, mentre negli altri casi costituisce una promessa obbligatoria⁶⁰.

⁵⁷ L'Adīṭ prevede che *“se un uomo dà in sposa sua figlia mentre lei è contraria, allora tale matrimonio è invalido. Raccontò Ismā'il che il padre della donna la diede in sposa nonostante fosse già stata sposata e nonostante ella detestasse ciò. Così andò dal Messaggero di Dio, Iddio lo benedica e gli dia eterna salute, ed egli dichiarò nullo il matrimonio”*.

⁵⁸ H. R. Piccardo (a cura di), *Il Corano*, 1994.

⁵⁹ E. Rivero, *Islam: morale e dottrina: il sistema etico-giuridico e il pensiero*, Firenze, 2005, p. 60.

⁶⁰ A tal riguardo, come si legge nel Corano 4:20, *“E date alle vostre spose la loro dote. Se graziosamente esse ve ne cedono una parte, godetevela pure e che vi sia propizia. “La dote è un diritto esclusivo della moglie e non è lecito al marito se si separa dalla moglie con divorzio che lui solo decide, riprendersi o toccare la dote che si era impegnato a darle”*.

La dote era prevista durante il periodo preislamico ma si differenziava dall'istituto vigente in quanto era un dono dello sposo alla famiglia della sposa e solo una parte della dote era diretta alla sposa.

Oggi la dote spetta esclusivamente alla donna al fine di sostenerla ove il marito la ripudi o venga a mancare⁶¹, differenziandosi, pertanto, dall'istituto della dote della tradizione occidentale.

Le scuole giuridiche *Hanafita* e *Malichita* indicano il valore sotto il quale la dote non può scendere ed il matrimonio non si considera valido. Anche se il donativo deve essere generalmente pagato al momento della stipulazione del contratto, spesso è consuetudine stipulare che una metà sia pagata subito ed il resto ad un termine indicato (in arabo *kali*).

Si ritiene che *“il pagamento della dote è condizione essenziale per la validità del matrimonio. Non è sufficiente che il contratto la nomini, ma occorre che ne specifichi la quantità, che dovrà essere in rapporto con la condizione sociale della donna e la condizione economica del marito. La dote appartiene alla donna, ma è solo la consumazione del matrimonio che conferisce alla donna il diritto al suo uso. Ci sono fatti che annullano il diritto alla dote: l'adulterio, l'apostasia, il restare incinta prima del matrimonio. Tutti i codici che si ispirano alla scuola hanafita (Giordania, Siria, Iraq, Kuwait) fanno esplicita menzione della dote. I tre codici d'ispirazione Marikita (Tunisia, Algeria, Marocco) fanno della dote un elemento costitutivo del matrimonio. Il codice di statuto personale tunisino (art. 3) afferma che il matrimonio è formato “dal consenso degli sposi, dalla presenza di due testimoni e della fissazione di una dote”. Tutte le scuole sono però d'accordo nell'abbandono il principio del versamento di una quantità minima. Il pagamento della dote ha dato luogo a molte interpretazioni diverse ma, di fatto, nessun giurista musulmano ha mai affermato che il matrimonio è una vendita. È vero che esiste una analogia tra la vendita e l'unione coniugale, ma è una similitudine, non una identità. È vero anche che la dote era un'istituzione molto antica che momento ereditò e cerco di modificare. Maometto tentò di trasformare la famiglia patriarcale in una famiglia coniugale. La tecnica giuridica entra in modo parziale limitato a certificare che si tratta di un atto che sta sul confine tra il diritto rituale diritto*

⁶¹ Vedi in tal senso A. Bausani, *Il Corano. Introduzione, traduzione e commento*, Milano, 1988, p. 54 e sgg.

contrattuale. *Il matrimonio musulmano non comporta nessuna comunità dei beni.*”⁶².

Il matrimonio è, pertanto, un contratto di diritto civile che non può essere sottoposto né ad un termine, né a condizioni, concluso tra lo sposo e il *Wali*, ed ha ad oggetto l'autorità maritale, da un lato, il diritto al *Mahr* e al mantenimento, dall'altro⁶³.

3. L'invalidità del matrimonio islamico

La nullità del matrimonio islamico deriva dai vizi del *Mahr*, dalla mancanza di uno degli elementi essenziali del contratto, come il consenso, dalla presenza di vizi redibitori come l'impotenza⁶⁴, dalla presenza di un o per difetto di forma.

Il matrimonio è altresì nullo se sono presenti nel contratto alcune clausole che si pongono in contrasto con il significato del matrimonio⁶⁵.

La *Sharī'ah* prevede in maniera espressa le cause che determinano la nullità del vincolo coniugale. Talvolta, un elemento è considerato causa di nullità o di annullabilità a seconda delle diverse scuole giuridiche⁶⁶.

Andando per ordine, gli impedimenti rappresentano anzitutto cause di nullità del contratto matrimoniale.

Il matrimonio islamico anzitutto non può essere celebrato con i *mahārim*, ossia le persone che non si possono sposare. Inoltre, determinano la nullità del matrimonio la consanguineità, l'affinità e la parentela di latte⁶⁷.

⁶² G. Crespi, G. Samir Eid, *L'Islam: Storia, Fede, Cultura*, Milano, 2013. p. 150.

⁶³ A. Negri, *Sistemi giuridici nel mondo*, Torino, 2016, p. 302.

⁶⁴ Piccinelli G. M. (a cura di), *Il Modello Islamico*, Torino, 2007, p. 50.

⁶⁵ F. Castro, *Corso elementare di istituzioni di diritto musulmano*, cit., p. 53 e sgg.

⁶⁶ Ad esempio, così come già indicato, l'assenza del *Walī* comporta l'annullamento del matrimonio, secondo la scuola *Malichita*, mentre determina la nullità del vincolo coniugale per quella *Sciafi'ita*. In F. Castro, *Il Modello islamico*, Torino, 2007

⁶⁷ Can. 1091 - §1. Nella linea retta della consanguineità è nullo il matrimonio tra tutti gli ascendenti e i discendenti, sia legittimi sia naturali. §2. Nella linea collaterale il matrimonio è nullo fino al quarto grado incluso. §3. L'impedimento di consanguineità non si moltiplica. §4. Non si permetta mai il matrimonio, se sussiste qualche dubbio che le parti sian consanguinee in qualunque grado della linea retta o nel secondo grado della linea collaterale.

Can. 1092 - L'affinità nella linea retta rende nullo il matrimonio in qualunque grado.

Can. 1094 - Non possono contrarre validamente il matrimonio tra loro nella linea retta o nel secondo grado della linea collaterale, quelli che sono uniti da parentela legale sorta dall'adozione.

Nella prima ipotesi è proibito il matrimonio dell'uomo con le sue ascendenti e discendenti, con le sue sorelle e le discendenti all'infinito dei suoi fratelli e delle sue sorelle, le zie paterne e materne.

Nella seconda ipotesi è proibito il matrimonio con le mogli degli ascendenti e dei discendenti di qualsiasi grado.

È impedito, nell'ultima ipotesi, il matrimonio tra chi è stato allattato dalla stessa nutrice, o balia, perché, secondo la tradizione musulmana, tra i due si instaura una parentela "*di latte*"⁶⁸.

La religione islamica, così come quella cattolica, vieta il matrimonio in linea retta all'infinito e in linea collaterale, ma l'*Islam* se ne differenzia in quanto consente il matrimonio celebrato tra cugini⁶⁹, per motivi economici e familiari, e considera anche la parentela di latte causa di impedimento al matrimonio. Il Corano, pertanto, considera alla stregua della parentela consanguinea la parentela di latte, così come le legislazioni vigenti in Tunisia (art. 17); Iraq (art. 16); Marocco (art. 28), Siria (art. 35), Algeria (artt. 27, 28, 29)⁷⁰.

Sono, inoltre, impedimenti che causano la nullità del matrimonio, per la donna l'esistenza di un precedente vincolo matrimoniale o l'essere incinta, mentre, per l'uomo, l'esistenza di un precedente triplice ripudio, il trovarsi in uno stato di malattia mortale, l'infermità di mente ed il quinto matrimonio.

Infine, un impedimento alla celebrazione del vincolo coniugale è rappresentato dalla differenza di religione.

Si è rilevato, a tal riguardo, come "*la donna è nella potestà del marito e gli deve obbedienza: il matrimonio misto della musulmana porterebbe un non musulmano a esercitare autorità sul musulmano. Inoltre, mentre il marito musulmano, per definizione, rispetta la religione della moglie non musulmana, alla cui base riconosce una rivelazione precedente all'Islām, l'uomo non musulmano non porterebbe lo stesso rispetto alla religione della moglie musulmana (...). Se la donna musulmana per seguire il marito nella sua fede, lasciasse l'Islām, commetterebbe apostasia*"⁷¹.

⁶⁸ Cfr., AA.VV., *Codice di diritto canonico*, Roma, Unione editori cattolici italiani, 1984, p. 649.

⁶⁹ Prader, G., *Il diritto matrimoniale islamico e il problema del matrimonio fra donna cattolica e musulmano*, in *Migrazioni e diritto ecclesiale*, 1992, p.145-146.

⁷⁰ E. Scabini, P. Donati, *La famiglia in una società multietnica*, Milano, 1993, p. 128.

⁷¹ R. A. Beck-Peccoz, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico ed islamico: un commento alle fonti*, Torino, 2006, p. 200

L'annullabilità del vincolo coniugale è determinata, invece, dai vizi del consenso e del *mahr*, l'apposizione di clausole che si pongano in contrasto con il fine del matrimonio e l'assenza del *Wali*.

Possono determinare, inoltre, lo scioglimento del vincolo matrimoniale il ripudio (in arabo *talāq*), è infatti proibito alla donna di contrarre matrimonio con l'uomo che l'aveva ripudiata con *li'ān*⁷², il divorzio giudiziale in presenza di gravi motivi (in arabo *tafrīq*), il divorzio per mutuo consenso (in arabo *khul'*), la conversione, l'apostasia e la morte di uno dei coniugi.

3.1. Lo scioglimento del matrimonio: il ripudio (*talāq*) e il divorzio (*tafrīq-khul'*)

Il ripudio è lo scioglimento del matrimonio provocato dalla dichiarazione unilaterale del marito.

Il diritto musulmano riconosce, pertanto, al marito il diritto di porre fine al matrimonio mediante una semplice dichiarazione verbale. Ne consegue che la disuguaglianza giuridica tra i coniugi all'interno del matrimonio si manifesta in tutta la sua portata nel momento dello scioglimento del legame⁷³.

A tal riguardo è stato osservato che *“pare assai singolare che il matrimonio, contratto consensuale, possa essere sciolto da una delle parti senza il consenso dell'altra: ma il diritto islamico ritiene che il matrimonio si fonda essenzialmente sulla maritalis affectio, sulla volontà che hanno le parti di costituire tra loro una convivenza permanente; quando questa volontà viene meno da parte di uno dei contraenti, cioè di «colui che dispone del vincolo», sembra al legislatore che non si possa costringerlo a perseverare in una comunione di vita cui viene a mancare l'elemento più importante dal punto di vista morale. Inoltre il matrimonio conferisce al marito una certa superiorità e dei diritti speciali sulla persona della moglie”*⁷⁴.

L'istituto è previsto esplicitamente dal Corano che ne regola in maniera dettagliata le modalità e i tempi.

⁷² Nel diritto islamico il termine *li'ān* si riferisce al giuramento del marito ripetuto 4 volte, attraverso il quale egli la accusa la moglie di adulterio senza l'onere di prove legali o testimoni oculari. J. Schacht, “LI'AN” in *The encyclopaedia of Islam*, nuova edizione, Vol. 5, Leiden E.J Brill, p. 730

⁷³ Così Angelo Licastro, *La questione della riconoscibilità civile del divorzio islamico al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea (a margine della pronunzia del 20 dicembre 2017, C-372/16)*.

⁷⁴ D. Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafita*, cit., pp. 253.

Le condizioni affinché il ripudio sia valido sono il potere di ripudiare, l'intenzione, la possibilità e l'uso di una formula. Inoltre, il ripudio deve essere possibile, nel senso che non può essere pronunciato se non in corso di matrimonio. Pertanto, è inammissibile sia il ripudio formalizzato prima della conclusione del matrimonio, sia il ripudio che segua dopo la dissoluzione del matrimonio.

L'efficacia della dichiarazione non è subordinata alla serietà del motivo che la provoca, né alla conoscenza della donna.

Il ripudio può essere revocabile⁷⁵ o irrevocabile⁷⁶, a seconda della formulazione.

Si ha ripudio revocabile quando l'uomo usa parole normali, non accompagnate da espressioni volte a rafforzare la formulazione stessa.

Per la sua validità è richiesto che sia formulato durante lo stato di purezza della donna e che sia pronunciato prima di ogni relazione coniugale. In presenza di queste condizioni il ripudio non comporta lo scioglimento del matrimonio ma obbliga la donna ripudiata a seguire in un periodo di continenza.

Il periodo di ritiro legale (in arabo *'idda*) è concepito per consentire al marito di riflettere e per scongiurare la *turbatio sanguinis*⁷⁷ e la sua durata viene generalmente individuata in tre periodi di purezza mestruale, ossia tre *Kur*.

Se il periodo di continenza si conclude senza che il marito abbia ritrattato il ripudio, il vincolo coniugale si considera sciolto ed il ripudio diviene irrevocabile.

Si ha, invece, il ripudio irrevocabile quando questo viene pronunciato prima della consumazione del matrimonio.

Il ripudio è stato conservato in tutte le sue codificazioni, ad eccezione della *Magallah* tunisina. La tendenza dei Paesi Islamici è stata quella di limitare l'applicazione di tale istituto a causa dell'instabilità che comporta alla vita coniugale, mentre alcuni Paesi Islamici, come *Sudan*, il *Kuwait* e lo *Yemen*, si sono mostrati restii ad apportare modifiche alla *talak*⁷⁸.

Spesso, sotto l'espressione "ripudio" viene nella pratica nascosto lo scioglimento del matrimonio in seguito ad un accordo tra coniugi e lo scioglimento risultante da sentenza. Pertanto un solo vocabolo giuridico è usato per designare delle operazioni diverse. La spiegazione di questa anomalia, secondo gli studiosi, "è data dalla storia. Se è vero, infatti, che Maometto ha cercato di attenuare la

⁷⁵ In merito al ripudio revocabile vedi G. Prader, *Il matrimonio nel mondo*, Padova, 1970, p. 36 e 37.

⁷⁶ Vedi F. Castro, *Corso elementare di diritto musulmano*, Venezia, p. 68 e sgg.

⁷⁷ Così A. Bausani, *Il Corano. Introduzione, traduzione e commento*, Milano, 1988, p. 26

⁷⁸ R. Aluffi Beck-Peccoz, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi Arabi*, cit., p. 112.

supremazia del marito, prevedendo accanto al ripudio unilaterale da parte di quest'ultimo anche il mutuo accordo tra i coniugi e la possibilità di richiesta di divorzio da parte della donna, nella prassi dell'Islam ha finito con il prevalere, contro lo stesso dato scritturario, l'antica tradizione patriarcale. Conseguentemente, nelle ipotesi di mutuo accordo tra i coniugi, sotto il profilo formale, si sono usate negli atti di divorzio delle espressioni che presentano il divorzio consensuale come un ripudio da parte del marito e analogamente nei casi di divorzio giudiziale, sotto il profilo formale, anche quando la richiesta è della moglie il divorzio viene presentato come un ripudio imposto dal giudice al marito e, dunque, in ultima analisi, non come un ripudio del marito"⁷⁹.

È questa è la ragione di fondo per la quale i giuristi musulmani hanno sempre usato la parola "*talak*" con cui si intende il ripudio da parte del marito. Pertanto, le numerose figure sono state ricondotte all'interno della "*talak*".

La donna può porre fine al matrimonio con il divorzio. È soltanto la moglie che, secondo il diritto islamico, può proporre domanda di divorzio. Ma ciò è giustificato dalla possibilità riconosciuta al marito di ripudiare la moglie.

La donna può rivolgersi al giudice o concordare lo scioglimento con il coniuge, e nel caso in cui il marito accetti, dovrà rinunciare a qualsiasi forma di indennizzo e rinunciare alla possibilità di ricevere gli alimenti⁸⁰.

La moglie ha una possibilità ridotta di ricorrere al divorzio, contro la possibilità illimitata del marito di porre fine al vincolo coniugale.

Le cause di divorzio ammesse in modo concorde delle scuole giuridiche sono l'evirazione, la castrazione e l'impotenza.

Ulteriori cause sono l'assenza del marito ed il mancato mantenimento del marito.

Le scuole di pensiero hanno negli ultimi anni, ampliato le possibilità concesse alla donna di ricorrere al divorzio in presenza di un dissenso insanabile tra i coniugi o se la moglie fornisca la prova di un danno causato dal marito⁸¹.

Anche consensualmente i coniugi possono porre fine all'unione coniugale.

I coniugi hanno l'obbligo di esperire un tentativo di riconciliazione dinanzi ad un giudice prima di avanzare la pratica di divorzio.

⁷⁹ Ibidem

⁸⁰ A. Maoz, *Matrimonio e divorzio nel diritto islamico*, in *Daimon*, 2/2002, p. 231.

⁸¹ M. Blasi, G. Sarnari, *I matrimoni e le convivenze "internazionali"*, Giappichelli, p. 346.

Il divorzio costituisce dunque l'alternativa finale, a cui si deve ricorrere solo dopo aver tentato di riconciliarsi in qualsiasi modo, in quanto, nonostante sia considerato lecito, non è benvisto nei Paesi islamici⁸².

La donna, in seguito allo scioglimento del matrimonio, deve rispettare un periodo di ritiro legale (in arabo *'idda*) prima di contrarre nuovamente matrimonio, al fine di verificare che non sia incinta, per evitare che la donna intrattenga una relazione in maniera avventata e per consentire ai coniugi di riprovare a riprendere la relazione coniugale e consentire all'uomo di far ritorno alla vita coniugale (in arabo *ruju*), entro il periodo previsto dalla *'idda*⁸³.

4. Il carattere poligamico del matrimonio islamico

Avendo finora delineato il quadro giuridico di riferimento nel quale collocare il matrimonio islamico, occorre ora passare al tema della presente trattazione, ossia a quella caratteristica di questo istituto che consiste nella possibilità, prevista dal Corano per il solo uomo, di avere fino a quattro mogli legittime.

Tale tipo di unione poligamica è definita "*matrimonio monoandrico poliginico simultaneo*"⁸⁴ in quanto è consentito solo all'uomo di sposarsi con più donne ed è consentita nella maggior parte dei Paesi musulmani ed in numerose zone dell'Asia e dell'Africa. In particolare, in Africa la poligamia è legale in ventisei Stati (ad eccezione della Turchia e della Tunisia). Tuttavia, in Nigeria è consentito avere più mogli solo in alcune regioni del nord. In Asia la poligamia è, invece, consentita in ventisei Stati. È, invece, proibita nel Kurdistan iracheno e nel Rojava. India, Filippine, Singapore, Malesia e Sri Lanka consentono la poligamia solo ai fedeli di religione musulmana.

La poligamia si fonda direttamente sul Corano, il quale prevede: "*Se temete di essere ingiusti nei confronti degli orfani sposate allora due o tre o quattro tra le*

⁸² A puro titolo esemplificativo cit. "*Se una donna teme l'infedeltà o l'indifferenza di suo marito, allora non sarà male per essi che si mettano d'accordo fra loro, in pace, poiché la riconciliazione è la miglior cosa*" (Corano, 4:128)

⁸³ V. Abagnara, *Il matrimonio nell'Islam*, Napoli, 1996, p. 83 e sgg.

⁸⁴ C. Campiglio, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. Dir. Int. Priv.*, 2008, p. 46.

donne che vi piacciono; ma se temete di essere ingiusti, allora sia una sola o le ancelle che le vostre destre possiedono, ciò è più atto ad evitare di essere ingiusti”⁸⁵.

È stata la tradizione ad indicare il numero delle donne che l'uomo ha la possibilità di sposare: quattro donne da poter sposare simultaneamente. A tal riguardo, si narra che Maometto abbia chiesto ad un nuovo fedele di decidere quattro mogli tra le dieci che già aveva e di divorziare dalle altre⁸⁶.

4.1. Introduzione: la poligamia nella storia e nelle religioni

Nell'antichità, il numero delle mogli era proporzionato alle condizioni economiche del marito ed era pertanto un indice di ricchezza e prerogativa di coloro che appartenevano ad un elevato rango sociale. Per tal ragione la poligamia non è stata mai largamente praticata nell'antichità.

La poligamia era quindi praticata già in tempo anteriore alla nascita dell'Islam.

In Egitto, la poligamia era praticata dai Faraoni i quali potevano avere numerose mogli, ma, all'infuori della famiglia reale, la poligamia era rara e gli egiziani vengono definiti, al pari dei greci, come monogami.

Fin dagli inizi del III millennio a. C., in Babilonia, il codice di Hammurabi consente, a determinate condizioni, la poligamia (ad esempio in caso di sterilità della prima moglie).

La poligamia ricorre nell'antichità anche presso gli Ebrei e persino nel Medioevo: nella *Torah* non si proibiva la poligamia, ma si vietava soltanto di prendere due sorelle come moglie allo stesso tempo. Nel libro di Samuele è menzionato, invece, che Davide avesse numerose mogli, mentre nel libro dei re si accenna che Salomone avesse settecento mogli libere e trecento schiave.

Anche i Persiani avevano molte mogli legittime. I connubî degli dei greci con parecchie dee e donne sono stati interpretati come indizio di poligamia dei Greci primitivi.

⁸⁵ Corano 4,3

⁸⁶ Cfr. D. Santillana, *Istituzioni di Diritto Musulmano malikita con riguardo anche al sistema sciafiita*, Roma, 1938, p. 206.