ROBERTA ALUFFI BECK PECCOZ

LA RIFORMA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA IN SOMALIA

Dai concetti di adeguatezza e di parità al principio di uguaglianza

Nel 1975 la Somalia ha codificato le norme sciaraitiche in materia di matrimonio, di filiazione e di atto di ultima volontà (*al-waṣiyah*) e ha innovato radicalmente le regole che reggono la successione legittima.

La legge che ne è risultata [1] è tutta ispirata dal principio rivoluzionario dell'uguaglianza, ora sancito nell'articolo 6 della Costituzione.

La volontà di affermare compiutamente il principio di uguaglianza spinge il legislatore somalo a far diminuire la distanza che separa uomo e donna in materia di matrimonio.

La nuova legge permette alla donna maggiorenne di concludere personalmente il contratto di matrimonio (artt. 19–21).

Ridistribuisce tra i due coniugi il peso economico della vita matrimoniale, cosicché non è più l'uomo a mantenere la moglie, ma entrambi partecipano, secondo le loro possibilità, alle spese comuni (art. 28) e al mantenimento dei figli [2].

La tutela sui figli (*wilāyah*) è data ai due genitori (art. 86).

La poligamia maschile è sottoposta a controlli prima sconosciuti e il legislatore fa implicitamente intendere l'opportunità di limitare il numero massimo di mogli ammesso (art. 12).

L'uomo e la donna hanno uguali possibilità di ottenere il divorzio giudiziale (art. 43).

Regole restrittive sono infine dettate in tema di ripudio (art. 26).

Del resto sono sempre stati questi temi a attirare maggiormente l'attenzio-

[1] Legge 11 gennaio 1975, n. 23, in *Faafin Rasmi* (*Gazzetta Ufficiale*) n. 3, del 31 marzo 1975.

[2] Tracce residue dell'impostazione tradizionale per cui il marito era tenuto al mantenimento della moglie si rilevano all'articolo 44 che dispone che, se il ripudio o il divorzio hanno luogo per causa del marito, egli è tenuto a corrispondere alla moglie il mantenimento per un periodo non inferiore ai tre mesi e non superiore all'anno; se invece sono stati causati dalla donna, quest'ultima sarà condannata a versare al marito una somma non superiore al valore del *mahr*.

ne dei legislatori arabi che, nel corso del nostro secolo, hanno posto mano all'opera di codificazione dello statuto personale.

Capacità matrimoniale, poligamia, divorzio, ripudio sono stati riformati ovunque. L'approccio alla riforma è stato naturalmente assai vario. Dall'atteggiamento radicale del legislatore tunisino si va fino a quello ultraconservatore assunto di recente in Yemen del Nord. Ma anche là dove più timide sono state le riforme, il principio dell'uguaglianza tra uomo e donna è avanzato: ciò riflette l'ineludibile necessità storica di rendere anche le donne partecipi e responsabili dello sviluppo del paese.

La volontà del legislatore somalo di affermare l'uguaglianza dei cittadini ha avuto tuttavia delle manifestazioni assai originali.

È proprio su questi aspetti più caratteristici della riforma somala che la presente relazione vuole concentrarsi [3].

Il legislatore somalo non si distingue in modo particolare tra i legislatori arabi per i risultati raggiunti sulla via della parificazione di diritti tra uomo e donna. Come si è accennato, in altri paesi il principio dell'uguaglianza tra individui di sesso diverso ha infatti avuto applicazioni più complete.

La legge del 1975 si segnala piuttosto per l'abbandono di quegli istituti sciaraitici che possono fornire la base per discriminazioni sociali tra gli individui.

Il riferimento va ai tradizionali istituti della *kafā'ah*, l'adeguatezza matrimoniale, e del *mahr al-miṯl*, il *mahr* di equivalenza, cioè la somma dovuta dall'uomo alla donna a causa del matrimonio, nel caso in cui le due parti non abbiano determinato l'ammontare del *mahr* al momento del contratto.

Il legislatore somalo lascia cadere nel silenzio tanto l'adeguatezza matrimoniale che il *mahr* di equivalenza.

Non è casuale che l'affermarsi dell'ideale rivoluzionario di uguaglianza dei cittadini al di là della loro appartenenza all'uno o all'altro dei diversi gruppi gentilizi determini il deperimento di tali istituti.

Essi infatti rappresentano, nel sistema del diritto musulmano, il riconoscimento di irriducibili differenze sociali.

La *kafā'ah* è l'adeguatezza del fidanzato alla fidanzata. Per il diritto musulmano, il matrimonio concluso nonostante l'inadeguatezza dello sposo non è valido, o comunque può essere rescisso (*yufsaḫ*) [4].

[3] Si tralascia la questione della successione legittima, benché le soluzioni elaborate in proposito dal legislatore somalo siano veramente uniche.

L'affermazione incondizionata dell'uguaglianza tra uomo e donna ha sconvolto il tradizionale assetto della materia. L'unico tratto sciaraitico ancora riconoscibile è rimasto, paradossalmente, l'esclusione del diritto di rappresentazione. Esclusione per nulla addolcita dai correttivi usualmente adottati dai moderni legislatori negli altri paesi, come ad esempio l'atto di ultima volontà obbligatorio (*al-waṣiyyah al-wāǧibah*).

[4] In particolare, per la scuola sciafiita, si legga quanto dice l'autore del *Minhāǧ al-ṭālibīn* nel

I criteri secondo cui l'adeguatezza del fidanzato va valutata sono, nelle parole del *Tanbīh*, «la nascita, la religione, la professione e la libertà», o, nelle parole di al-Nawawī, «l'essere esente da vizi [...], la libertà [...], la nascita [...], l'onestà [...] e il mestiere».

Dunque la nascita e la professione esercitata sono sempre rilevanti, nell'insegnamento sciafiita, per decidere dell'adeguatezza dell'uomo alla donna che egli desidera come sposa [5].

Nella legge somala nessun accenno è fatto alla *kafā'ah* [6].

L'assoluto silenzio sul tema dell'adeguatezza matrimoniale non è però sufficiente da solo a provare l'intenzione del legislatore di abbattere gli steccati che separano i diversi gruppi sociali. Sarebbe infatti passibile anche di un'interpretazione diversa.

Guardiamo ai paesi arabi nel loro complesso: sono rari i legislatori che, come quello somalo, hanno completamente abolito l'istituto dell'adeguatezza matrimoniale [7]; tuttavia il deperimento più o meno accentuato della *kafā'ah* è un fenomeno generalizzato. Esso si registra anche là dove non vi sono spinte particolaristiche da vincere per affermare l'unità dello Stato o dove l'ideologia dominante non è il socialismo.

In effetti il deperimento della *kafā'ah* può, in certi casi, essere un semplice aspetto della più generale decadenza della figura del *walī al-nikāḥ*.

La donna tende ovunque a emanciparsi dalla tutela esercitata su di lei dagli agnati: è ormai completamente eliminata la *wilāyat al-iǧbār*, il potere di costrizione al matrimonio. L'opposizione del *walī* al matrimonio, ove ancora esercitabile, perde in efficacia. La donna può concludere personalmente il contratto

libro del matrimonio: «Se uno dei *walī* la sposa [a un uomo non adeguato] con il suo consenso, ma senza il consenso degli altri *walī* di pari grado, [il matrimonio] non è valido, e, secondo un'altra opinione, è valido, ma essi possono chiederne la rescissione (*al-fasḫ*). Le due opinioni si applicano al matrimonio concluso dal padre per la figlia vergine, impubere o pubere, con un uomo non adeguato. Secondo l'opinione prevalente [tale matrimonio] è nullo, secondo l'altra è valido, e la pubere ha la facoltà di optare [per la rescissione], mentre l'impubere ce l'ha quando raggiunge la pubertà».

[5] E' noto che in genere per i giuristi musulmani il *nasab*, cioè la nascita, discriminava solo tra arabi e non arabi e tra arabi appartenenti a diverse tribù.

La scuola sciafiita si distinse per lo sviluppo analitico della dottrina del *nasab* come base dell'adeguatezza matrimoniale, anche con riferimento alle popolazioni estranee alla penisola araba. Essa riconosceva l'esistenza di consuetudini (*al-'urf*) locali in grado di stabilire una gerarchia tra le diverse tribù, così come accadeva all'interno della penisola araba. Sul punto si veda Abū Zahra, *al-Aḥwāl al-šaḫṣiyyah*, il Cairo, 1957 (3ª ed.), p. 158.

[6] L'articolo 90 dice che il tutore nominato nel testamento deve essere *kuf'*: con ciò non si richiede la sua adeguatezza sociale, ma la sua attitudine, anche fisica, all'esercizio dell'ufficio. Il tutore testamentario deve essere *par negotio*, sufficiente, all'altezza dell'incarico.

[7] Non è un caso che si tratti dei legislatori che hanno assunto un atteggiamento radicale nei confronti della riforma delle norme sciaraitiche: il tunisino, l'iracheno, lo yemenita del Sud e, in ultimo, l'algerino.

di matrimonio anche nei paesi, come la Somalia, in cui ciò non era tradizionalmente ammesso.

Nel caso della Somalia, dietro l'abolizione della *kafā'ah*, si indovina però chiaramente l'intenzione del legislatore di battersi contro distinzioni sociali obsolete, incompatibili con il nuovo ordine rivoluzionario, piuttosto che il fisiologico decadimento di certe antiche regole.

A tale conclusione si è indotti dall'osservazione che l'abolizione della *kafā'ah* si accompagna a quella del *mahr al-miṯl*.

L'eliminazione del *mahr* di equivalenza è assai più significativa che quella della *kafā'ah*.

Con la sola eccezione della legge dello Yemen del Sud del 1974 [8], nessuno dei moderni testi di legge arabi tralascia infatti di codificare le tradizionali regole sul *mahr* di equivalenza [9].

Si sbaglierebbe a sottovalutare il significato della omissione di ogni accenno al *mahr al-miṯl*, osservando che l'intera questione del *mahr* è marginale nella legge somala del 1975. E' vero che l'articolo 24 n. 3, in rottura con tutta la tradizione della *šarī'ah*, introduce un limite massimo al valore del *mahr* e lo fissa a un livello alquanto basso (1000 scellini somali). Ma proprio questa imposizione tradisce la preoccupazione del legislatore di controllare il fenomeno, di evitare eccessivi oneri all'uomo che intende formare una famiglia e di eliminare, anche nelle sue manifestazioni esteriori, ogni traccia di obsolete differenziazioni sociali. Esso è quantificato con riguardo allo stato della donna. Equivale infatti a quanto usualmente si verserebbe per sposare una donna di pari condizione.

Dice al-Nawawī a proposito del *mahr al-miṯl*: «la sua base principale è la nascita [...] vengono anche presi in considerazione l'età, lo stato mentale, la ricchezza, la verginità, la deflorazione».

Come l'adeguatezza matrimoniale, anche il *mahr al-miṯl* ha dunque attinenza con l'appartenenza sociale della donna. Per la sua determinazione si deve infatti in ultima analisi fare riferimento al *nasab*, cioè alla nascita della donna.

[8] Legge n. 1 dell'anno 1974, pubblicata in *al-Ǧarīdah al-rasmiyyah*, n. 9 il 27/2/1974.

[9] A questo proposito, va notato che la mancata menzione del *mahr* di equivalenza non è che una delle numerose similitudini esistenti tra i testi somalo e sud yemenita. Le due leggi sono spesso vicine anche per il tenore letterale delle norme. Si confrontino, a riprova, le definizioni che del matrimonio danno rispettivamente l'art. 4 comma 1 della legge somala e l'art. 1 di quella yemenita. Assai simili sono anche gli articoli dedicati a regolare i casi in cui è ammessa la poligamia (rispettivamente art. 13 della legge somala e 11 di quella yemenita).

Fonti dirette nella legge yemenita si riconoscono anche alle norme somale in materia di capacità matrimoniale (art. 16), di partecipazione alle spese del matrimonio e della vita comune (artt. 28 e 31) e di divorzio giudiziale (art. 43).

Le somiglianze dei due testi si spiegano per la spiccata affinità ideologica e di tradizione giuridica tra i due paesi, che si affacciano sulle opposte rive del Golfo di Aden.

Solo questo può spiegare la determinazione altrimenti incomprensibile del legislatore a eliminare l'istituto.

A tal fine, l'articolo 24 n. 2 impone l'obbligo di determinare, nel rispetto dei limiti legali, il *mahr* al momento della stipulazione del contratto. Si esclude così l'eventuale ricorso, per mancata convenzione delle parti, al concetto di *mahr al-miṯl*.

L'obbligo di determinare il *mahr* al momento della conclusione del contratto di matrimonio è estraneo alla tradizione sciafiita. Per l'autore del *Tanbīh*: «è raccomandabile non concludere il matrimonio senza *ṣadāq*»; e al-Nawawī spiega che «la sua determinazione nel contratto è d'uso, ma è lecito che essa manchi».

La regola somala attuale somiglia piuttosto alla dottrina della scuola malikita, che considerava il *mahr* un elemento essenziale del matrimonio, la cui presenza è necessaria per la valida conclusione del contratto [10].

Neppure i giuristi malikiti però riuscivano a fare completamente a meno del concetto di *mahr al-miṯl*, come sembra invece fare oggi la legge somala.

Ad esempio, essi concordavano con i giuristi delle altre scuole sulla regola per cui dalla consumazione del matrimonio invalido deriva l'obbligo per l'uomo di pagare il *mahr*.

Per i giuristi malikiti l'invalidità del contratto può essere causata, tra le altre ipotesi, proprio dalla mancata stipulazione del *mahr* nel contratto. In questo caso il marito è obbligato a versare per l'appunto il *mahr* di equivalenza.

Che cosa dispone oggi la legge somala circa il matrimonio invalido? L'articolo 23 non menziona tra i suoi effetti né il *mahr*, né tanto meno il *mahr al-miṯl*.

Probabilmente il legislatore, nel suo puntiglioso impegno a bandire dalla legge ogni accenno al *mahr al-miṯl*, ha sacrificato in parte anche il *mahr* al raggiungimento di tale risultato. Pur di non nominare il *mahr* di equivalenza tra i possibili effetti del contratto invalido, ha evitato di menzionare il *mahr*.

In tal modo il principio dell'uguaglianza sociale tra i cittadini è forse stato rafforzato.

Si è però certamente indebolito il principio fondamentale della *šarī'ah* per cui «il coito nell'Islam è sempre accompagnato o dal pagamento del *mahr* o dalla pena *ḥadd*».

In tutti i casi in cui il rapporto sessuale non è punibile a titolo di fornicazione, va accompagnato dal pagamento del *mahr*, determinato o di equivalenza.

Il *mahr* è quindi l'indice esterno della non punibilità del rapporto.

Meno lapidariamente, il *Tanbīh* dice: «Chi ha rapporti con una donna per

[10] Va notato tuttavia che la legge somala impone la determinazione del *mahr* al momento della stipulazione del matrimonio ma non lo considera tra gli elementi essenziali (*arkān*) del contratto, che sono elencati all'articolo 6.

errore scusabile, o in seguito a matrimonio invalido o chi costringe una donna alla fornicazione, è obbligato a pagare il *mahr* di equivalenza. Ma se lei lo ha assecondato nella fornicazione, non è tenuto al *mahr*».

La completa eliminazione di ogni riferimento al *mahr* di equivalenza segnala la volontà del legislatore di ignorare le possibili differenze sociali esistenti tra i cittadini.

La conseguente omissione del *mahr* dal numero degli effetti del contratto invalido indica invece un altro fenomeno. Indica che, nel considerare il diritto matrimoniale sciaraitico, non è più percepita la fondamentale opposizione *mahr*/pena *ḥadd*, corrispondente all'altra opposizione tra punibilità e non punibilità del rapporto sessuale [11].

La codificazione delle norme sciaraitiche in materia di statuto personale comporta il loro mutamento. Esse mutano non solo per le riforme operate dai codificatori su punti specifici, ma anche per il semplice fatto di venire isolate dall'insieme della *šarīʿah*.

In particolare, gli stretti legami esistenti tra il diritto penale e il diritto matrimoniale si allentano. Ciò si osserva con chiarezza proprio nella materia delle invalidità del contratto di matrimonio.

Nella legge somala il fenomeno è particolarmente evidente. Ma in tutti i testi legislativi arabi si nota lo stesso fenomeno.

Per la *sarīʿah*, il discorso sul contratto invalido ruota intorno al momento della consumazione. Se il matrimonio non è consumato, esso non produce alcun effetto. Ma se la consumazione ha luogo, la prima preoccupazione dei giuristi è quella di valutarne la liceità e la punibilità. Quanto meno giustificabile è giudicato il comportamento delle parti, tanto minori sono gli effetti che dal contratto derivano.

Nel processo di modernizzazione l'unità della *šarīʿah* si spezza. Alcuni suoi frammenti si trovano inseriti in sistemi diversi. I vecchi legami si allentano e se ne stringono di nuovi.

I moderni legislatori, abbandonata l'impostazione penalistica della materia, tendono ad avvicinare l'invalidità del contratto di matrimonio all'invalidità del contratto in generale. Gli effetti che possono prodursi sono tanto più importanti e numerosi, quanto più il contratto concluso si avvicina al tipo previsto dalla legge. In certe leggi, come per l'appunto quella somala, non è neppure richiesta la consumazione perché il contratto invalido produca i suoi effetti [12].

[11] La necessità, dettata dalla *šarīʿah*, che la consumazione del matrimonio invalido sia accompagnata comunque dal pagamento del *mahr*, è invece presente alla mente del legislatore tunisino, che pure ha voluto eliminare il concetto di *mahr* di equivalenza. L'articolo 22 della Maǧalla stabilisce che dalla consumazione del matrimonio invalido deriva il diritto della donna al *mahr* fissato nel contratto di matrimonio o dal giudice. Nulla è detto sui criteri che il giudice deve seguire per la fissazione del *mahr*.

[12] L'irrilevanza della consumazione è solo apparente. L'articolo 23 non adotta la espressione

Le ragioni della ideologia rivoluzionaria hanno dunque sostituito, là dove era necessario, la logica interna della *šarī'ah*.

L'adeguatezza matrimoniale e il *mahr* sono stati sacrificati all'affermazione dell'unità nazionale, fondata sull'uguaglianza dei cittadini [13].

La plausibilità di questa tesi è confermata dallo stesso legislatore che all'articolo 1, elencando i criteri da seguire nell'interpretazione della legge, menziona, dopo le opinioni dominanti della scuola sciafiita, «i principi generali della *šarī'ah* islamica» e, sullo stesso piano, «(i principi) della giustizia sociale» (*al-adālah al-iğtimā'iyyah*).

recepita in tutti i moderni testi legislativi e non specifica che i possibili effetti del matrimonio invalido si producono solo nel caso di consumazione.

Tuttavia, gli effetti previsti possono prodursi solo se tra i due coniugi c'è stato rapporto. Ciò è evidente per lo stabilimento del rapporto di filiazione.

Per quanto riguarda l'obbligo della donna a osservare il periodo di ritiro legale (*'iddah*), è l'articolo 49 che specifica che esso non sussiste prima della consumazione.

Anche le proibizioni da affinità si stabiliscono solo in seguito a consumazione, ai sensi dell'articolo 11.

[13] Sotto questo profilo la legge n. 3 del 1975 si colloca nella linea di lotta contro le strutture tribali che il legislatore della Somalia rivoluzionaria ha inaugurato nel 1970, con la legge di protezione sociale.

Sul sostegno dato dall'Islam alla lotta contro le strutture tribali in Somalia si veda quanto scritto dallo Šayḫ 'Abd al-Raḥman Ḥusayn Samantar in *Mawqif al-islām min taṭawwur al-muğtama'āt*, s. l., s. d., pp. 43–52.