

CAPITOLO 1

LA TRADIZIONE GIURIDICA OCCIDENTALE

SOMMARIO: 1) *Il paradigma dei diritti umani nell'era della globalizzazione*; 1.2) *La Tradizione giuridica occidentale (rule of law una costruzione stereotipata?)*.1.3) *I crittotipi: indagine sui meccanismi di creazione dell'identità giuridica*; 1.4) *Etnocentrismo e reciprocità dello sguardo antropologico*; 1.5) *Dal sistema giuridico "altro" al soggetto giuridico "altro": la questione femminile*.

1 IL PARADIGMA DEI DIRITTI UMANI NELL'ERA DELLA GLOBALIZZAZIONE

E' palese che il problema dei diritti, della loro tutela e applicazione, per la sua stessa struttura, investe in pieno non solo i profili inerenti alla costruzione dell'ordinamento giuridico. In altri termini, dietro l'individuazione e la tutela dei diritti ci sono i valori che ciascun ordinamento democratico pone quale fondamento di sé e della propria legittimazione¹, sebbene la connessione tra democrazia e diritti non sia così necessaria come quella tra democrazia ed eguaglianza².

Un primo problema, dunque, si pone sul piano storico: l'affermazione di un catalogo di diritti, e della loro garanzia, rappresenta il nucleo essenziale del costituzionalismo moderno, alla luce dell'individualismo proprio della cultura europea fin dalla prima età moderna³.

¹ Colgono appieno questo profilo gli studi di N.LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzioni* (1965-1999), tr.it., Bari, De Donato, 2002, e J.HABERMAS, *Fatti e norme. Contributo ad una teoria discorsiva della democrazia* (1992), tr.it. Milano, Guerini e ass., 1994, spec. 103 ss.; ID., *Legittimazione tramite diritti umani* (1997), tr.it. in ID., *L'inclusione dell'altro*, cit., 216 ss.

² Poiché, come sottolinea I.BERLIN, *Due concetti di libertà* (1958), Feltrinelli, Milano, 2000, p.22, "proprio come una democrazia può di fatto privare il singolo cittadino di moltissime libertà di cui egli potrebbe godere in altre forme di società, così è perfettamente concepibile che un despota orientato in senso liberale conceda ai suoi sudditi una larga misura di libertà personale...in questo senso la libertà non è connessa, a rigor di logica, alla democrazia o all'autogoverno".

³ Il che già pone un primo elemento di identificazione di questa esperienza rispetto ad altre in cui si afferma fin da principio una dimensione collettiva dei diritti, che in Europa è

Si sviluppa altresì una peculiare sensibilità per l'esigenza di una loro compiuta tutela in sede giurisdizionale, secondo una linea che scaturisce dallo stesso sorgere del costituzionalismo (a ben vedere, fin dalla *Magna Charta libertatum* del 1215)⁴.

Esso non sarebbe dunque riuscito, sul piano giuridico-istituzionale, a garantire la permanenza del nucleo fondante dello Stato di diritto, non avendo saputo impedire la negazione del principio di separazione dei poteri, né, dunque, il mantenimento del patrimonio dei diritti fondamentali tutelato dallo Stato liberale⁵.

Tutto ciò rappresenta lo sfondo del nostro problema definitorio, cui dobbiamo tornare. Qui, si deve rilevare anzitutto che il primo quesito che in tema di diritti fondamentali continua a restare senza una risposta adeguata è quello inerente alla natura dei diritti soggettivi *tout court* nonostante l'imponenza della riflessione dedicata a questo profilo essenziale, e una sterminata letteratura pluridisciplinare, la difficoltà di offrire una nozione compiuta di cosa sia un diritto soggettivo resta tuttora irrisolta. E se il concetto elementare permane incerto, sarà ancor più improbabile riuscire a definire compiutamente un'ulteriore qualità dello stesso, come la “fondamentalità”, che sia tale da tracciare, all'interno del *genus*, una specie dotata di caratteristiche particolari, come l'inviolabilità, l'imprescrittibilità, l'indisponibilità, l'inalienabilità e così via.

In sostanza, creare o riconoscere sul piano giuridico un diritto fonda una pretesa a un comportamento altrui. Ciò comportava, con l'affermazione di alcuni dogmi di diritto positivo, quali la completezza dell'ordinamento e la

superata con il passaggio dal Medioevo all'Umanesimo: sul punto, tra molti, U.ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Ed. Oasi - Città aperta, 2002, 54 ss.

⁴ Come ben rileva G.FERRARA, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e “giusto processo”*, in *Rass.parl.*, 1999, 539 ss.; sul punto anche L.BACCELLI, *Diritti senza fondamento*, in L.FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., 201 ss., ma spec. 205-206, secondo il quale il concetto di *ius* in senso soggettivo si riconnette all'esperienza giuridica medievale.

⁵ Su questi temi, tra i molti, G.VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 35 ss.; il nuovo giusnaturalismo, affermatosi nel secondo dopoguerra, e tradottosi in parte nelle Dichiarazioni internazionali sui diritti, ha avuto infatti anche il

esclusività del diritto prodotto dallo Stato, il rifiuto di qualunque “riconoscimento” di diritti preesistenti all’opera del legislatore, ovvero l’integrale disponibilità del contenuto dei medesimi da parte di questo.

Il secondo dopoguerra, e la riaffermazione dei principi essenziali dello Stato liberaldemocratico, posero le premesse per una più convincente prospettiva di realizzazione del catalogo dei diritti, arricchito, nelle carte costituzionali rigide, dai nuovi diritti sociali, e soprattutto dal pervadente valore dell’eguaglianza sostanziale, inteso anzitutto come vincolo costituzionale imposto al legislatore ordinario e come parametro effettivo di valutazione delle leggi per l’attività dei giudici costituzionali, alla luce di una sostanziale equiparazione tra norme precettive e programmatiche⁶.

Di tale processo furono espressione anche alcuni importanti documenti normativi a livello sovranazionale e internazionale, tra i quali basterà menzionare la Carta delle Nazioni Unite del 1945, la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948, la Convenzione europea dei diritti dell’uomo del 1950, i Patti internazionali sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata a Nizza nel dicembre 2000 e per quanto più nello specifico astringente al tema di ricerca la Cedaw, Convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne, di cui si parlerà diffusamente nel terzo capitolo del presente elaborato.

Peraltro, un notevole rilievo, anche per evidenziare le numerose difficoltà di assimilazione di concetti in apparenza analoghi dev’essere attribuito alle dichiarazioni di carattere “regionale” (termine qui usato nell’accezione degli internazionalisti), quali la Carta asiatica dei diritti dell’uomo, approvata dalla Commissione asiatica dei diritti dell’uomo, la Dichiarazione dei diritti

compito di fornire agli individui il riconoscimento dei diritti stessi e “il potere di usarli per opporsi a leggi di Stato ingiuste e pratiche consuetudinarie oppressive”.

⁶ Sebbene poi la struttura del catalogo dei diritti nelle carte costituzionali europee, fortemente condizionate dal momento storico, ossia dalle condizioni contingenti e dalle forze in esso egemoni, presenti più di qualche significativa differenza: sul punto D.GRIMM, *Autonomia e libertà – Riflessioni sulla tutela dei diritti fondamentali e la “commercializzazione”*, in *Nomos*, n.1/2001, 9 ss..

dell'uomo nell'Islam,: documenti certo dotati di diverso valore, ma comunque di significativo impatto culturale⁷.

Da ciò molti sono stati indotti a immaginare, e auspicare, l'avvento di un processo di costituzionalizzazione globale, estensivo cioè dei modelli culturali, giuridici e istituzionali nati dall'esperienza occidentale a tutto il resto del pianeta e il paradigma dei diritti, dopo la Carta del 1948 imputabili nell'ordinamento internazionale anche agli individui e non più soltanto agli Stati⁸, diventa così lo strumento giustificativo essenziale di quest'opera di trasformazione.

In fondo, un universalismo inteso come realizzazione di una comunità planetaria, sottomessa alle stesse regole, percorre l'intera civiltà, non solo occidentale.

La parità formale degli Stati sul piano del diritto internazionale è sempre stato un faticoso percorso in salita: perché l'egemonia delle nazioni più forti

⁷ Sulla Commissione asiatica dei diritti dell'uomo, organizzazione non governativa nata nel 1986, M.SCALABRINO, *La Carta asiatica sui diritti dell'uomo: nota informativa*, in *Riv.int. dir. Uomo*, 1999, 747 ss.; il testo della Carta è riportato *ibidem*, 773 ss.; la Carta di Banjul, approvata nel 1981 dalla XVIII Assemblea dei capi di Stato e di governo dell'Organizzazione dell'Unità Africana, si può leggere in F.BATTAGLIA, *Le carte dei diritti*, III ed. Laruffa., Reggio Calabria, 1998, 677 ss.; la Dichiarazione dei diritti dell'uomo nell'Islam, approvata al Cairo il 5 agosto 1990 dall'Organizzazione della Conferenza islamica, fortemente improntata a una dimensione religiosa dei diritti, nonché una più laica Carta Araba dei diritti dell'uomo, adottata dal Consiglio della Lega degli Stati arabi nel 1994, sono riportate in A.PACINI (a cura di), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, Ed. Fondazione G.Agnelli, 1998, nonché in appendice al recente studio di A.FLORIS, *Islam e diritti umani*, Roma, Aracne, 2002, che cita (ivi, 15 ss.) anche altri documenti simili. A tali documenti si deve ora aggiungere la Dichiarazione di Sana'a, approvata il 12 gennaio 2004 da una Conferenza di Paesi islamici organizzata dal governo yemenita e da una o.n.g. guidata da Emma Bonino: per i testi relativi, si consulti il sito <http://www.radicalparty.org>. Su questi temi S.CECCANTI, *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamentalismi e società multietniche*, Bologna, Il Mulino, 2001, spec. 33 ss. e, per la prospettiva islamica, M.KHATAMI, *Religione, libertà e democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 1999, spec.127 ss.; R.BAHLUL, *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, in *Lo Stato di diritto*, a cura di P.Costa e D.Zolo, cit., 617 ss.; una prospettiva storica della collocazione dell'individuo nella civiltà occidentale e in quella islamica è in E.GELLNER, *Le condizioni della libertà. La società civile e i suoi rivali* (1994), Ed. di Comunità, Milano, 1996, 19 ss.

⁸ Così M.IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, cit., 9 ss., il quale rileva anche (ivi, 55-56) come, cinquant'anni dopo la Dichiarazione universale, "i diritti umani sono diventati il principale articolo di fede di una cultura laica che non è disposta a concedere la propria fiducia ad altro. Sono ormai la lingua franca del pensiero morale globale, così come l'inglese è la lingua franca dell'economia globale"; ma in tal modo, anziché renderli accetti ovunque, si sortisce l'effetto opposto di sollevare dubbi nei gruppi

(gli Stati Uniti e una parte dell'Europa, almeno fino all'avvento delle potenze economiche asiatiche negli ultimi decenni) ha sempre costituito il nerbo della politica mondiale, e si è tradotta anche in termini giuridico-istituzionali nella struttura del Consiglio di sicurezza dell'Onu e di altre istituzioni consimili, fino alle più recenti e varie esperienze del FMI , del WTO.

Così, il rischio di attacchi interni o esterni (l'esigenza di sicurezza, che dopo l'11 settembre 2001 sta funzionando come argomento valido per ogni possibile limitazione delle libertà), ovvero il rispetto dei diritti umani su scala universale sono diventati, benché in forme diverse, ottimi mezzi di persuasione di una società civile sempre più perplessa sulla propria identità⁹. Si deve condividere la nota tesi di Bobbio, secondo cui ben più che il fondamento, comunque incerto, dei diritti contano la tutela concreta e l'effettiva attuazione, obiettivi tutt'altro che raggiunti anche in molti dei paesi occidentali, che pure della garanzia dei diritti stessi fanno una bandiera.¹⁰

Ma l'aspetto più rilevante è ancora una volta quello concreto: con sano spirito pragmatico, dunque, e con tesi ormai assai citata, Bobbio affermava, già quarant'anni fa, che, più che di cercarne il fondamento, "il problema relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*". E si tratta di un problema "non filosofico, ma

religiosi non occidentali, "che non si trovano affatto ad aver bisogno di un credo secolare occidentale".

⁹ Come ben rilevato anche da Y.MENY-Y.SUREL, *Populismo e democrazia* (2000), Bologna, Il Mulino, 2001, 128 ss., che, alla luce della crisi congiunta delle due dimensioni dello Stato-nazione e dello Stato assistenziale, vedono il fenomeno della globalizzazione e della crisi economica prolungata come "un'importante risorsa retorica nelle mani degli attori populistici". Peraltro, la stessa motivazione serve sempre più a proporre inquietanti limitazioni della sfera delle libertà e dei diritti individuali all'interno dei Paesi occidentali (si veda un esempio significativo nell'elogio dell'uso della tortura volta al fine di ricercare informazioni e prove utili per la lotta al terrorismo svolto da A.DERSHOWITZ, *Terrorismo* (2002), Roma, Carocci, 2002, 125 ss.); di recente, sul tema, S.RODOTA', *Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici*, in M.BOVERO (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, Laterza, 2004, 33 ss. ma spec. 53 ss.

¹⁰ Così N.BOBPIO, *L'età dei diritti* (1987), ora in ID. *L'età dei diritti* (raccolta di saggi 1964-1991), Torino, Einaudi, 1992, 45 ss.

politico”¹¹. Perché, tra l’altro, i diritti hanno un costo, anche quando si tratti dei “semplici” diritti di libertà. Ma il problema si pone in assai maggior misura allorché si tenti un’*effettiva* affermazione di diritti sul piano universale, che vada cioè al di là delle mere proclamazioni di intenti: ciò potrebbe infatti produrre, in prospettiva, una concreta riduzione del livello di garanzia reale presso le collettività per cui questo fosse già acquisito. L’espansione dei diritti in senso universale, oltre a riflettere, sul piano culturale, una concezione essenzialmente eurocentrica implica comunque, in concreto, una effettiva riduzione del livello di garanzia dei diritti, e particolarmente di quelli sociali, nei Paesi più sviluppati.

In questa prospettiva, dunque, il tentativo di universalizzazione dei diritti intenderebbe operare quale momento di costruzione di un linguaggio comune¹². Ma anche qui le difficoltà sono evidenti, poiché il paradigma dei diritti individuali appare più come effetto che come causa di un agire comunicativo di soggetti già in certa misura orientati all’intesa più che al successo¹³; in altri termini, l’esistenza stessa del concetto di diritto nasce da

¹¹ Così N.BOBPIO, *Sul fondamento dei diritti dell’uomo* (1964), ora in ID., *L’età dei diritti*, cit., 5 ss. (la citazione è tratta da p.16, con corsivi dell’a.)

¹² Il “linguaggio dei diritti” è uno dei *topoi* della cultura giuridica occidentale, particolarmente a partire dal secondo dopoguerra, ma l’ambiguità dei concetti che per esso si mediano resta un problema anche all’interno delle società occidentali: sul tema L.BACCELLI, *Il particolarismo*, cit., *passim*. Il problema si pone peraltro, in modo assai concreto, anche nel processo di costruzione dell’integrazione europea, ove in teoria dovrebbe aversi un massimo di omogeneità culturale: diritti aventi lo stesso *nomen*, tuttavia, potrebbero avere contenuti diversi nel contesto delle costituzioni nazionali e di quella europea, tuttora *in fieri*: sul punto, F.SALMONI, *La Corte costituzionale, la Corte di giustizia delle Comunità europee e la tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, a cura di P.Falzea, A.Spadaro e L.Ventura, Torino, Giappichelli, 2003, 289 ss.; sulle significative differenze di interpretazione del principio di eguaglianza tra Corte di giustizia e Corte costituzionale italiana, F.SORRENTINO, *L’eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Pol.dir.*, 2001, 179 ss., nonché F.GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2003, spec.221 ss.; sul tema, assai delicato, dei diritti politici nel processo di integrazione europea, G.FERRARA, *I diritti politici nell’ordinamento europeo*, in AA.VV., *La costituzione europea*, in *Annuario A.I.C. 1999*, Padova, Cedam, 473 ss.

¹³ Sul punto J.HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 143 ss.; dall’applicazione del principio di discorso al medium giuridico, l’autore trae tre categorie di diritti fondamentali (1- derivanti dallo sviluppo politicamente autonomo del diritto alla maggior misura possibile di pari libertà individuali; 2- derivanti dallo sviluppo politicamente autonomo dello *status di membro associato* nell’ambito d’una volontaria consociazione giuridica; 3- derivanti dalla *azionabilità* dei diritti e dallo sviluppo politicamente autonomo della *tutela giurisdizionale* individuale), in cui i singoli sono destinatari delle norme giuridiche come soggetti privati,

un'esperienza storica complessa e durevole, in cui il rapporto tra autorità (potere) e libertà (diritti) si risolve in un certo modo, che costituisce l'esito di un processo culturale e politico svolto nell'arco di secoli. Ciò implica la difficoltà estrema, se non proprio l'attuale impossibilità, di estendere l'impiego di tali modelli al di là delle aree culturali di riferimento in un contesto in cui possano essere sostenuti da un grado minimo di effettività.

1.2 LA TRADIZIONE GIURIDICA OCCIDENTALE (*RULE OF LAW*) UNA COSTRUZIONE STEREOTIPATA?

Lo "Stato di Diritto" o la "Rule of law", costituisce uno degli aspetti fondamentali dell'auto-percezione della tradizione giuridica occidentale come modello avanzato e meritevole di esportazione. A partire dal secondo dopoguerra, per la prima volta, proprio in virtù della provata resistenza della Rule of Law di fronte alle involuzioni autoritarie che sul continente avevano messo in ginocchio lo stato di diritto, una epifania del common law, il modello degli Stati Uniti d'America, ha saputo conquistare autorità planetaria. Modelli e stilemi americani cominciarono così a circolare, in virtù del notevole prestigio conquistato, nei cinque continenti, contribuendo non poco ad una certa "globalizzazione" dei modi di pensare al diritto. Se visti in un'ottica globale, la rule of law, nella tradizione legata al common law e lo stato di diritto in quella di civil law, costituiscono due variazioni su uno stesso tema di fondo: quello della superiorità di una società organizzata sub legem e non sub hominem, capace quindi di resistere alle tendenze abusive del potere costituito. Con la caduta del Muro di Berlino, si è inaugurata, anche nel diritto, una

potendole far valere gli uni verso gli altri. Queste categorie sono poi integrate da altre (4- diritti fondamentali a pari opportunità di partecipazione a processi formativi dell'opinione e della volontà, in cui i cittadini esercitano la loro autonomia politica e attraverso cui pongono diritto legittimo; 5- diritti fondamentali alla concessione di quelle condizioni di vita che devono essere garantite sul piano sociale, tecnico ed ecologico per poter utilizzare con pari opportunità, sulla base dei rapporti esistenti, i diritti sopra elencati) (ivi, 148-149). Peraltro, lo stesso Habermas si esprime, in ordine ai temi qui trattati, in senso alquanto favorevole al cosmopolitismo costituzionale, trascurando però, come detto, alcuni problemi propri dei presupposti oggettivi sottesi alle sue riflessioni teoriche: sul tema J.HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia* (raccolta di saggi, 1998-99), tr.it. Milano, Feltrinelli, 1999, spec. 29 ss.

stagione di pensiero unico nella quale la rule of law e' divenuta condizione necessaria per l' appartenenza di un modello giuridico e politico alla famiglia dei sistemi civili. La rule of law e' divenuta così una nozione giuridica globale, la cui superiorità intrinseca come modello di organizzazione politica non è stata più sottoposta a vaglio critico.

Nell'Europa moderna degli "Stati assolutisti" l'esperienza della statualità porta a identificare il governo degli uomini col governo tirannico, con la conseguenza che quando si parla di "Stato di diritto" ci si riferisce al "governo delle leggi". Ma per gli Inglesi e, soprattutto, per gli Americani, i quali non hanno conosciuto il fenomeno dello "Stato assolutista", il "rule of law" indica insieme il governo delle leggi e quello degli uomini. Così, negli anni '30 dell'Ottocento, Tocqueville nel suo scritto *La democrazia in America*¹⁴ si dice sorpreso dal ruolo centrale che in America giocano i giudici, ossia dal potere giudiziario nella vita politica.

Secondo gli insegnamenti di Montesquieu, infatti, il potere giudiziario è "nullo", nel senso che non è un potere politico, dato che il giudice deve semplicemente applicare le leggi promulgate dal monarca. Com'è noto, *Lo spirito delle leggi* di Montesquieu¹⁵ si regge sulla tripartizione tra la repubblica, il dispotismo e la monarchia. La "rule of law" della tradizione anglosassone si sostanzia dell'idea del "governo delle leggi" ma anche di quella del "governo degli uomini", nella misura in cui i custodi delle leggi sono uomini in carne e ossa.

Da quanto su enunciato si comprende come tale concezione del "diritto" possa risultare uno stereotipo, una visione semplificata, poiché necessitante

¹⁴ A. De Tocqueville, *La democrazia in America*. Utet, Torino, 1968.

¹⁵ *De l'esprit des lois* (1748), prima tr. it. a cura di Domenico Cavallari Napoli 1777; tr. it. a cura di S. Cotta, Torino, Utet, 1952 (rist.: 2004). Si veda al riguardo anche Passerin D'Entrèves, *La dottrina dello Stato, elementi di analisi e interpretazione*, Giappichelli, Torino, 1967. p. 1979 e segg. Egli riporta il pensiero di Montesquieu il quale afferma: "Autrefois chaque village en France était une capitale; il n'y en a aujourd'hui qu'une grande: chaque partie de l'Etat était un cente de puissance; aujourd'hui tout se rapporte à un centre; et ce centre est, pour ainsi dire, l'Etat meme."

di essere validamente operante in un “sistema giuridico globale”, per quei sistemi giuridici “altri”, estranei alla tradizione giuridica occidentale quali quelli di matrice islamica.

1.3 I CRITTOTIPI: INDAGINE SUI MECCANISMI DI CREAZIONE DELL'IDENTITÀ GIURIDICA

Nell'era della globalizzazione e della mondializzazione ogni soggetto può costruire un pluralità di appartenenze che derivano dalla vastità dei confini che si presentano al nostro orizzonte e dalla varietà delle relazioni che si intrecciano.

Nella costruzione di un'identità adeguata alla complessità della globalizzazione occorre operare una riconversione culturale capace di mettere al centro della scala dei valori che organizzano il mondo morale, culturale e sociale, una nuova triade opposta a quella tradizionale. Mentre la triade medievale accentuava i criteri dell'unità, appartenenza e continuità dando all'individuo un'identità omogenea quella che emerge attraverso i processi di immigrazione, mondializzazione è caratterizzata dai valori non di chiusura ma di apertura, non di difesa ma di collaborazione. L'identità, anche se necessaria sul piano educativo per la costruzione della propria immagine di sé, può anche diventare una roccaforte entro la quale ognuno di noi cerca i segni e i colori dell'appartenenza per difendere sé, ma l'identità può e deve costruirsi in un rapporto plurale che permette la diversificazione e deve garantire la possibilità della relazione aperta. L'identità non può essere difesa nel suo senso monoculturale, rigido e chiuso agli altri significati ha senso se è in stretto collegamento con la pluralità. In questo modo può svilupparsi la consapevolezza che la relazione con gli altri, la dimensione sociale, è l'elemento fondante i processi di conoscenza. L'identità¹⁶ non può essere pensata come un fissare una volta

¹⁶ MAALOUF, intellettuale libanese, arabo di origine cattolica che vive in Francia, nel suo saggio “L'identità” traccia una sorta di autobiografia: mi è stato chiesto innumerevole volte se mi sentissi più libanese o più francese e io rispondo l'uno e l'altro. Secondo lui l'identità di ogni persona è formata da una pluralità di elementi che determinano varie appartenenze, a una fede religiosa, a una nazione; a un gruppo etnico o linguistico; a una famiglia a una

per tutte una scala di valori e di significati; essa è un continuo processo di acquisizione di conoscenze, di sentimenti ed emozioni che portano a un'incessante ristrutturazione del proprio sapere, delle proprie esperienze, del modo di organizzarle e di interpretarle. È la paura dello sradicamento e del cambiamento che porta ad irrigidire alcuni fattori a discapito di altri.

L'identità tende a costruirsi nello spazio ristretto delle appartenenze. Appartenenza è ciò che appartiene a, che è relativo a, che è di pertinenza di qualcuno o qualcosa. L'appartenenza evidenzia un esser parte di qualcosa, definisce un meccanismo psicologico, sociale e culturale che agisce in duplice direzione: da un lato dà sostegno e certezze al singolo in quanto potenzia il sé, dall'altro tende all'annullamento proprio del sé perché i vincoli dell'appartenenza stemperano il pensiero individuale.

Ogni appartenenza è ritualizzata e irrazionale, è omologante, l'identità dell'individuo non si definisce soltanto nei rapporti di appartenenza, l'identità soggettiva si fonda anche sull'unicità dell'esperienza del soggetto stesso. L'identità non è un dato immutabile, anzi si costruisce e si modifica durante l'esistenza.

I criptotipi o crittotipi sono tutti quegli elementi che concorrono a formare quell'identità su cui si fonda la mentalità del giurista di un determinato ordinamento giuridico, sono cioè quegli elementi che caratterizzano il contesto storico e l'ambiente culturale, sociale ed economico nel quale il giurista si è formato. Lo studio dei crittotipi, nell'ambito della comparazione tra diversi sistemi giuridici, consente di meglio apprendere - ed in concreto - in cosa "sistemi giuridici" distinti si avvicinano ed in cosa, invece, divergono. Per meglio definire i crittotipi occorre introdurre il concetto di "formante". Ed allora avendo a mente un ordinamento giuridico si potrà rilevare che esso consta di molteplici differenti approcci al diritto medesimo. Esiste un diritto dei "professori", la dottrina, un diritto "dei pratici", la giurisprudenza, il "diritto vivente", la prassi, la legge, ed anche la

professione ecc. l'identità cambia con il tempo e modifica in profondità i comportamenti. A. Maaluof, *L'identità*, Bompiani, 1999. S veda anche Amartya Sen, *Identità e violenza*, Laterza, Bari, 2006.

lingua. L'imitazione linguistica infatti nell'ambito del diritto è una forma di circolazione dei modelli giuridici che accompagna normalmente la recezione dei modelli giuridici, e più ancora dottrinali¹⁷.

Alcuni formanti del diritto nascono già verbalizzati ma altri non vengono espressi e vengono come detto pocanzi crittotipici. Se comparando troviamo che leggi identiche in aree diverse danno soluzioni diverse o leggi diverse in aree diverse danno soluzioni identiche, concludiamo che influisce un ulteriore criterio di decisione non verbalizzato ossia critto tipico. Le regole non verbalizzate vengono percepite e trasmesse da una generazione di giuristi alla successiva. L'insieme dei crittotipi che dominano un dato ambiente incide in modo rilevante sulla mentalità dell'ambiente in questione.

Non si può non tenere conto di questi elementi che identificano l'identità culturale, sociale ma anche e soprattutto giuridica approcciandosi al tema della presente ricerca. L'armonizzazione dei diritti della donna non può pertanto prescindere dalle specificità "cripttotiche" che hanno portato alla creazione della sua identità e percezione di sé in Oriente come in Occidente.

1.4. ETNOCENTRISMO E RECIPROCITA' DELLO SGUARDO ANTROPOLOGICO

L'etnocentrismo¹⁸ è la tendenza a giudicare le altre culture e a interpretarle in base ai criteri della propria e a proiettare su di esse il nostro concetto di evoluzione, di progresso, di sviluppo, di benessere; tendenza, questa, che

¹⁷ Sacco R., *La circulation de modèles juridiques, rapport general*, Accadémie International de droit comparè, Rapports généraux au XIIIème Congrès, Montreal, 1990, 1, Id., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*; Economica, Parigi, 1991, p.118. Sacco R., *Il diritto muto*, in "Rivista di diritto civile", 39, 1993 parte I.

¹⁸ "Il termine etnocentrismo viene abitualmente utilizzato per esprimere qualcosa di negativo e moralmente riprovevole: un senso di superiorità dei propri modi di agire e di pensare rispetto a quelli caratteristici di altre società e gruppi etnici, fonte di pregiudizi nel giudicare i comportamenti degli altri. In modo più equilibrato, si è affermato come l'etnocentrismo sia di per sé un valore positivo, in quanto è a partire dalla percezione di sé elaborata anche come identità collettiva, etnica, che noi possiamo aprirci e confrontarci al mondo. Marazzi A., *Lo sguardo antropologico*, Carocci Editori, 1999. Si veda anche MOTTA R., *L'addomesticamento degli etnodiritti*, Edizioni Unicopli, 1994.

può essere più o meno consapevole. L'etnocentrismo viene dunque definito¹⁹ come "attitudine di auto preferenza di gruppo, universalmente osservabile". Esso si manifesta come una tendenza molto forte e diffusa a "valutare ogni cosa secondo i valori e le norme proprie del gruppo di appartenenza del soggetto, come se questo gruppo facesse l'unico modello di referenza. È una tendenza a percepirsi migliori degli altri gruppi o a immaginare di essere i "soli veri esseri umani". L'etnocentrismo viene identificato con una "coppia di attitudini", le une favorevoli nei confronti del proprio gruppo sociale (l'endogruppo), le altre sfavorevoli e rivolte contro gli altri (gli esogruppi), i quali diventano "l'oggetto di pregiudizi e di stereotipi negativi, accompagnati da disprezzo o avversione". L'etnocentrismo comporta pertanto una prospettiva secondo cui tutte le società vengono collocate lungo una scala evolutiva in cui le società occidentali, civilizzate, sviluppate e modernizzate occupano il gradino più alto, mentre le società "primitive", tradizionali e sottosviluppate occupano il gradino più basso e non hanno ancora subito le necessarie trasformazioni che, attraverso uguali processi evolutivi, le innalzino al rango di società progredite, soprattutto nella direzione di una crescita economica.

L'altro²⁰ lo straniero, il diverso è stato quasi sempre considerato un pericolo e nello stesso tempo un essere inferiore. Conseguentemente anche le azioni

¹⁹Taguieff, P.A., *Cosmopolitismo e nuovi razzismi. Populismo, identità e neocomunitarismi*, Milano, Mimesis [2002], 2003.

²⁰ In questo quadro si inserisce il lavoro di SAID E. W., *Orientalismo*, Trad. di S. Galli, Bollati Boringhieri, Torino, 1991. Orientalismo" è la definizione data agli studi e alle ricerche sulle culture extra-europee. Il lavoro di Said mira a spiegare e ridefinire le modalità con cui l'Occidente rappresenta, nella sua storia, l'Oriente. Utilizzando e rielaborando il pensiero di Gramsci e Foucault, tra gli altri, Said mira a far emergere il carattere di parzialità contenuto nella nozione di Oriente, inquinata da presupposti ideologici. L'Oriente viene dunque utilizzato dalle culture di matrice europea per poter costruire la propria identità di Occidente. L'orientalismo può così essere visto come modo regolamentato di scrivere, osservare e studiare, dominato da imperativi, prospettive e inclinazioni ideologiche in apparenza costruiti a misura dell'Oriente. L'Oriente è pertanto pensato, studiato, amministrato e giudicato in modo astratto. Il nodo focale dell'analisi dello studioso è quindi l'individuazione delle connessioni che legano la produzione di teorie orientaliste in Europa e Stati Uniti con il nascere e l'ampliarsi del dominio imperialista, coloniale e neocoloniale, cosicché le teorie orientaliste sarebbero - usando un'espressione dell'autore - più veritiere in quanto espressione del dominio euroamericano piuttosto, che come discorso obiettivo sull'Oriente. Si veda altresì il lavoro di RUSKOLA T., *Legal Orientalism*, 101, Michigan Law Review, 179, 2002.

rivolte contro gli altri vengono sempre identificate come gesti di pulizia e come atti di purificazione; i verbi che vengono utilizzati per definire l'azione ne sono una eloquente testimonianza: disinfestare, ripulire, risanare, depurare, eliminare, disinquinare, derattizzare disinfettare, purificare, sterilizzare, decontaminare ecc.

L'etnocentrismo tuttavia ha adempiuto anche a funzioni sociali positive, come il favorire le tendenze e i comportamenti altruistici all'interno del gruppo di appartenenza ma ha circoscritto i legami di solidarietà solo all'interno del proprio gruppo. Esso si declina in quella forma, aggiornata e raffinata denominata eurocentrismo che, in versione europea e/o americana, ha per secoli mosso le potenze occidentali, dai crociati ai *conquistadores*²¹.

1.5 DAL SISTEMA GIURIDICO “ALTRO” AL SOGGETTO GIURIDICO “ALTRO” : LA QUESTIONE FEMMINILE

L'impostazione universalistica dei diritti fondamentali tende, per sé, a collidere con la tradizionale concezione della cittadinanza, intesa come presupposto di riconoscimento di uno *status* individuale comprendente la titolarità di un insieme più o meno ampio di diritti garantiti e di doveri sanzionati. In effetti, per il singolo la cittadinanza opera insieme come fattore di inclusione (del cittadino rispetto al gruppo) e di esclusione (del non cittadino rispetto al gruppo dei cittadini).

Il criterio distintivo dell'appartenenza (cittadinanza), anche di genere, ed in questo senso il tema dei diritti della questione femminile riveste una sua specificità, finisce con l'operare come fattore di selezione del *possibile* rispetto all'effettiva attuabilità delle garanzie inerenti all'attribuzione dei

²¹ Come narra lo stesso L.FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, Laterza, 1997, 15 ss., a proposito della teoria universalistica dei diritti umani formulata da Francisco de Vitoria, e utilizzata di fatto per legittimare la sanguinosa colonizzazione spagnola nelle Indie occidentali; sul punto anche L.BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti*, cit., 37 ss, e già C.SCHMITT, *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello "ius publicum europaeum"* (1974), tr.it. Milano, Adelphi, 1991 (II ed.1998), 104 ss.

diritti stessi svelando purtroppo l'improbabilità reale delle prospettive dell'universalismo sostanziale .

E tuttavia, il riconoscimento dell' "altro"²² implica e mantiene fermo, in sé, insieme al riconoscimento della sua pari dignità, il concetto medesimo di alterità, ossia di distinzione: il che, sul piano giuridico, rappresenta la condizione necessaria per l'attuazione effettiva di un concreto catalogo di diritti, definibili "fondamentali" .

La via dell'integrazione globale non può passare per l'omologazione, e la solidarietà, nel riconoscimento dell'Altro, non trascura la diversità, rinviando infine a una dimensione che è *insieme* collettiva e individuale, e che non può essere del tutto avulsa da un referente territoriale di definizione. Di tutto ciò occorre dunque tenere conto quando si affronta il tema della tutela dei diritti non solo con riferimento a specifiche normative sovranazionali ma anche alla luce, ed è questo il nodo gordiano del presente elaborato, delle distinzioni di genere.

²² In questo contesto, lo studio di U. Mattei e L. Nader (*Plunder when the rule of law is illegal*, Malden, Blackwell, 2008, mette in luce la visione dell' "altro" come "mancanza", intesa come assenza di modernità e di sviluppo, di conoscenza, di leggi, di trattati, di cultura della legalità. L'essenzializzazione dell' "altro" come "mancante" è in realtà funzionale al dominio occidentale sulle culture "altre", tanto da giustificare il saccheggio e lo sfruttamento di risorse dei Paesi economicamente deboli. Attraverso l'indagine diacronica del pensiero giuridico occidentale, tale studio mostra come la visione negativa dell'"altro", rispetto ai valori giuridici portanti dell'Occidente, giustifichi la necessità di trasferire modelli di legge occidentale. Diviene allora importante ragionare sulla diversità della percezione stessa del diritto e della visione sostanziale che Oriente ed Occidente ne hanno. Occorre in altri termini riflettere su quelle che possono definirsi le "ragioni non giuridiche" del diritto, ovvero quelle che attengono alle ragioni dell'etica, della politica e della morale.

CAPITOLO 2

EXCURSUS STORICO NELLA COSTRUZIONE DELL'IDENTITA' FEMMINILE

SOMMARIO: 2) *Excursus storico*; 2.1) *Condizione giuridica e presunta debolezza della donna: limitazioni giuridiche di ius publicum e di ius privatum*; 2.1.2) *La tutela mulierum: una rassegna delle fonti giuridiche*; 2.1.3) *Infirmitas sexus e levitas animi: profili di incongruenza nelle fonti giuridiche*; 2.1.4) *Il criterio giustificativo della levitas animi*; 2.1.5) *La funzione storica della tutela: un differente angolo prospettico alla luce di un dibattito dottrinale*.

2. EXCURSUS STORICO

La riflessione sul tema dei diritti umani, con riferimento alle donne, ha certamente una lunga e tortuosa storia alle spalle.

Nel Diritto Romano, la condizione giuridica della donna era analoga e quella degli schiavi: *tamquam res*²³, oggetto di contratti e di cessioni. Era l'era del diritto del *pater familias* del potere quasi sacro e illimitato. La rivincita, se così possiamo definirla, è avvenuta con l'avvento del Cristianesimo, che ha portato ad una rivalutazione della sua posizione, riconoscendo pari dignità a tutti gli esseri umani, indipendentemente dal sesso e dalla condizione: le donne e gli uomini vennero considerati, infatti, sullo stesso piano, in quanto figli di Dio.

La concezione cristiana così "anticonformista" per quel periodo venne interpretata discrezionalmente nel corso dei secoli. Si discusse, infatti sulla possibilità delle donne di possedere effettivamente un'anima e se questa permanesse oltre la morte. Questo passaggio segnò un'inversione di marcia nel cammino verso l'emancipazione della condizione femminile, evidente

²³ SAULLE M.R., *Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 1999, p.149.

soprattutto nel Medio Evo, quando i poteri delle donne furono piuttosto scarsi.

Ed è così che il processo di liberalizzazione della donna, che arriva con connotazioni particolari ai giorni nostri, passa attraverso la Rivoluzione francese, che non fa menzione di differenze tra uomo e donna, tanto che molte tra le scritture del tempo invocavano una nuova dichiarazione ad hoc. Nei documenti di quel periodo si parla, con una terminologia, in tal senso comprensiva, egualmente di *hommes* e di *citoyens*. Se, infatti, il termine *hommes* comprende maschi e femmine, esso, però evidenzia in particolare una categoria, una parte del genere umano. E così, non comprendendo necessariamente il termine *citoyens* l'uomo e la donna cittadini, sarebbe stata opportuna (ed infatti le donne contemporanee avvertirono quest'esigenza) una dichiarazione che considerasse in maniera differenziata la posizione della donna²⁴.

Anche per l'attività svolta in qualità di cultrice della materia presso la cattedra di Istituzioni di Diritto Romano dell'Università di Torino si intende enucleare qui di seguito l'esegesi dell'iter giuridico, che ha come punto di partenza lo stesso Diritto Romano, che ha condotto all'evoluzione ed al riconoscimento dei diritti civili, prima ancora che politici e giuridici, della donna.

2.1 CONDIZIONE GIURIDICA E PRESUNTA DEBOLEZZA DELLA DONNA: LIMITAZIONI GIURIDICHE DI IUS PUBLICUM E IUS PRIVATUM

Il sesso, per ciò che concerne la (capacità²⁵ giuridica)²⁶ dei singoli individui, riveste nel diritto romano un'importanza precipua. Giova ricordare che

²⁴ SAULLE M.R. *Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani*, po cit. p.150

²⁵ *Capacitas* indica puramente, in senso tecnico, la possibilità dell'acquisto *mortis causa* da parte dei soggetti non dichiarati a quest'effetto incapaci da leggi speciali. *Capax* è usato con più generico riferimento alla capacità di acquistare, ad esempio un credito, o di ricevere, ad esempio un pagamento, ovvero ad indicare capacità fisiche o psichiche di un individuo. La *capacitas* trae origine, essenzialmente, dalle disposizioni della *Lex Iulia et Papia Poppea*. La legge, che aveva come scopo principale favorire i matrimoni e

l' idoneità ad essere titolari di diritti ed obblighi è, nel diritto romano, strettamente connessa allo *status*²⁷ della persona.

incrementare le nascite, attuò una serie di imposizioni e divieti che si ripercossero nella sfera della successione ereditaria privando intere categorie di soggetti dal *capere* (la parola *capacitas*, nel suo significato tecnico, indica la capacità di prendere, *capere* appunto, l'eredità, il legato o il fedecommesso). Cfr. in proposito R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, Cedam, Padova, 1995, p. 16-37; BIONDI, *Leges divi Augusti (Acta divi augusti)*, 1946, p. 166 e seg.); Id., *Successione* cit., p.136; Id., *Diritto ereditario* cit., p. 200. Per il concetto di *capacitas* si veda P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. Successioni*, Roma, 1928, vol. VI, p. 281; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazione*, 2° ediz., Milano, 1955, p.133.

²⁶ Come è noto, nel diritto romano, manca una nozione generale ed astratta di capacità giuridica, intesa come attitudine di un soggetto ad essere, sia attivamente che passivamente, titolare di rapporti giuridici. Su quanto segue NNDI voce capacità giuridica. "Il concetto romano di capacità si specifica nei concreti rapporti, con la caratteristica di essere in genere riferito all'individuo in quanto partecipe di un gruppo sociale. Per tale motivo nel diritto privato le specifiche capacità del soggetto vengono in considerazione in funzione del suo *status*, con questo termine si indica appunto la posizione giuridica dell'uomo rispetto ad una comunità di consociati" (riguardo l'utilizzo del termine *status* nelle fonti giuridiche, si veda nota 27 del presente lavoro).

È evidente dunque che le nostre attuali categorie della capacità giuridica e di agire (di quest'ultima parleremo più avanti), risultano inadeguate a rappresentare la posizione giuridica attribuita alle *personae* nel sistema giuridico romano. È in merito sufficiente una lettura di due brani delle Istituzioni di Gaio per comprendere la nozione romana di tali categorie. *Gai* 1.148: «*Sequitur de iure personarum alia divisio nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuris sunt subiectae*». Ancora *Gai* 1,159-1,162: «*Est autem capitis deminutio prioris status permutatio. Eaque tribus modis accidit nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor, quam quidam mediam vocat, aut minima. Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit... Minor sive media est capitis deminutio, cum civitas ammittitur, libertas retinerunt... Minima est capitis deminutio, cum et civitatis et libertas retinerunt, sed status hominis commutatur; quod accidit in his qui mancipatio dantur quique ex mancipatione manumittatur; adeo quidem ut quotiens quisque mancipetur aut manumittatur, totiens capite deminuat*». Sulla capacità giuridica delle persone fisiche si veda S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, il Cigno, Firenze, 2002, rist. ed. del 1928, p. 175 sgg. Con una chiara immagine metaforica l'A. afferma che «l'astrazione "capacità giuridica" non entrò mai nelle teste romane e tanto meno poteva entrare in esse nell'età certa antica in cui si formò l'idea di *capitis deminutio*». Per un approccio dogmatico del fenomeno della personalità giuridica in diritto romano v. BETTI, *Diritto romano*, I, parte gen., Padova, 1935, p. 67 ss.

²⁷ Noti i passi in cui il termine è utilizzato non solo con riferimento alla specifica posizione di un soggetto in seno alla famiglia ed ai rapporti che in questa vengono a sussistere ma anche con riferimento alla posizione che una persona occupa in seno alla società. Così *Gai* 1.159: «*Est autem capitis deminutio prioris status permutatio, aequae tribus modis accidit, nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima*». Sul punto B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 7 nota 3. Si veda anche D.4,5,1 e D. 31, 77, 14. Ce ne fornisce la definizione il BETTI: «Si dice *status* di una persona la speciale posizione giuridica che quella persona assume, per una necessità superiore al suo interesse e indipendente dal suo volere, rispetto a una comunità di persone organizzata ad ordine giuridico, della quale fa parte. Comunità organizzate per necessità che trascendono l'interesse e l'arbitrio dei singoli e tali da costituire un ordine giuridico a sè sono per i romani la *civitas* e la *familia*». Così E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Vol I, Cedam, Padova, 1942, p.38. Emerge così quella che la dottrina moderna chiama la dimensione comunitaria dello *status* unita a quella individuale.

La spettanza della piena capacità giuridica privatistica della persona fisica si ha infatti sulla base del possesso di tre *status* personali: *libertatis*, *civitatis*, e *familiae*, la persona dunque che è al contempo libera, cittadina romana e non soggetta a potestà²⁸. Indipendentemente dalle limitazioni alla capacità giuridica fondate sullo *status* dell'individuo e derivanti dai requisiti appena menzionati, ve ne sono altre fondate sull'età, sulla sanità e sul sesso.

Si veda in proposito, P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in Rivista di Diritto civile, 1973, I, p. 203; G. ALPA, *Status e capacità*, Laterza, Bari, 1993, p.23, nota 18, il quale evidenzia come la complessità della tradizione romanistica sia riconducibile alle relazioni di interdipendenza tra il singolo e il gruppo e quindi nella relatività del rapporto. L'A. richiama sul punto lo SCHULZ, il quale, riguardo al problema del carattere nazionale dell'evoluzione giuridica romana, ritiene che non si possa dare una risposta unitaria (*error veritate simplicior*), individuando così tale complessità nella necessaria operazione di distinzione di tali relazioni "secondo i vari tempi, secondo i vari campi del diritto, a seconda che l'influenza provenga dal diritto o dalla dottrina straniera o dagli usi commerciali internazionali e a seconda che si tratti di parallelismo o di influenza", così nel capitolo «Nazione», F. SCHULZ, *I principii di diritto romano*, trad. a cura di V. ARANGIO RUIZ, Firenze, 1947, p. 109.

²⁸ Sul concetto di *potestas* F. GALLO, «*Potestas*» e «*dominium*», nell'esperienza giuridica romana, in Labeo, 1970, p. 24 e ss. Può notarsi come il discorso dell'A. sia volto all'esplicazione del concetto di *potestas* quale termine sì astratto e risalente ma volto sostanzialmente ad identificare il potere del *pater familias* sopra persona e cose. L'individuazione in età romana primitiva della signoria unitaria del *pater familias* sopra persone e cose troverebbe riscontro nella *lex Atinia* mediante la quale venne meno il divieto di usucapire le *res furtivae* soltanto se queste fossero tornate in potere del proprietario... *nisi in potestatem eius, cui surrepta est revertatur*, così D. 41,3,4,6. L'A. osserva come il termine *potestas* indicasse la signoria (o potere) del *pater familias* su persone o cose in coerenza col fatto che entrambe avrebbero potuto formare oggetto di furto. In caso contrario la *lex Atinia* non avrebbe raggiunto lo scopo per il quale venne emanata. Ancora sul punto F.GALLO, *Osservazioni sulla signoria del pater familias*, in Studi in onore di P. DE FRANCISCI vol. II, Giuffrè, Milano, 1954; pp.195-236; R. AMBROSINO, *Le applicazioni innovative della mancipatio*, in Studi ALBERTARIO 2 (1953). Sulle vicende della *lex Atinia* B. ALBANESE, *Contributo alla storia dell'interpretazione della "lex Atinia"*, Labeo 12 (1966) p. 18 ss.

Contestualmente occorre richiamare *Gai* 1,55 («*item in potestate nostra sunt liberi nostri.....*»), nell'ambito della trattazione dedicata dal giureconsulto alle *persone in potestate* rileva il par. 51: «*ac prius dispiciamus de iis, qui in aliena potestate sunt*». AL riguardo si vedano anche i par. 49 e 52. Quest'ultimo avvalora la verosimiglianza delle osservazioni del GALLO poiché ci mostra come in epoca classica il termine *potestas* indicasse il potere tanto sopra i figli che sopra gli schiavi. *Gai* 1,52: «*In potestate itaque sunt servi dominorum, quae quidam potestas iuris gentium est, nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse et quodcumque acquiritur, id domino acquiritur*».

I significati del termine potestà li ritroviamo menzionati a chiare lettere in D. 50,16,215: «*Potestatis verbo plura significatur: in personam magistratum imperium, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium. At quum agimus de noxae deditioe eum eo, servuum non defendit, praesentis corporis compiam facultatemque significamus. In lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si eius vindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Cassius aiunt*».

Relativamente a quest'ultimo aspetto sono note le consistenti limitazioni della donna sotto il profilo pubblicistico addirittura tali da tradursi in una incapacità pressoché totale. Emblematica al riguardo una celebre testimonianza ulpiana riportata in D. 50,17,2:

«*Feminae ab omnibus officiis civilibus remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratore existere*»²⁹.

Per quanto riguarda invece il profilo privatistico, la circostanza che la donna non soggetta ai vincoli derivanti dalla *patria potestas* o dalla *manus* fosse da riconoscersi come persona *sui iuris*, non impediva la presenza di numerose limitazioni sul fronte della cosiddetta capacità di agire³⁰. Su tale fronte, fino a tutta l'epoca classica, le donne *sui iuris* indipendentemente dall'età e sia che fossero nubili o sposate, furono sempre soggette a tutela, poiché, raggiunta l'età di dodici anni e divenute quindi *puberi*, uscivano dalla *tutela*

²⁹ Sotto il profilo pubblicistico, le incapacità femminili riguardavano le funzioni denominate *civilia officia*. L'espressione la ritroviamo in Paolo contemporaneo di Ulpiano, cfr. D.5,1,12,2: «*Non autem omnes iudices dari possunt ab his, qui iudicis dandi ius habent; quidam natura, quidam moribus. Natura, ut surdus, mutus, et perpetuo furiosus, et impubes, quia iudicio carent. Lege impeditur, qui Senatu motus est. Moribus feminae, et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptur est, ut civilibus officiis non fungantur*»; e D. 16,1,1,1: «*Nam sicut moribus civilia officia adempta sunt feminis, et pleraque ipso iure non velent ita multo magis adimendum iis fuit id officium, in quo non sola opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris*». Il motivo che giustificerebbe la mancata partecipazione della donna alle strutture pubbliche della *civitas* sarebbe individuabile nel carattere marcatamente militare che ebbero alle origini in Roma le istituzioni fondamentali del sistema politico. Si veda in proposito F. GORIA, *Il dibattito sull'abrogazione della lex Oppia e la condizione giuridica della donna romana*, in Atti del Convegno nazionale di studi su "La donna nel mondo antico", Torino, 1986, nota 12 p.270.

³⁰ Per ciò che concerne la capacità di manifestare una volontà giuridicamente rilevante e quindi in genere di compiere atti giuridici, essa è riconosciuta dai romani alle persone fisiche anche se non hanno personalità giuridica. La capacità di agire viene riconosciuta a coloro che, nel comune sentire sociale, abbiano raggiunto una maturità intellettuale sufficiente a rendersi conto della portata degli atti che compiono a meno che, tale possibilità, non venga menomata dall'insorgere di circostanze attinenti alla sfera mentale e caratteriale dell'individuo. Di tale menomata capacità risultano provviste le donne per ragioni ascrivibili alla *levitas animi* (si legge in *Gai* 1.144 1.190), alla *infirmitas et imbecillitas sexu* (le espressioni ricorrono in D.16,1,2,3, D.49,14,18, D.22,6,9, D.48,16,1,10, D.27,10,9, D.16,1,2,2). In diritto romano dunque, la capacità di agire può essere esclusa o diminuita da cause attinenti all'età (*impuberes e minores XXV annis*), al sesso (donne), ai vizi della sfera mentale (pazzi) e caratteriali (*prodigi*). Così M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, p.156. In proposito si veda anche L.GAROFALO, *Acquisto del possesso e capacità di agire*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1987, I, 1, p. 657-660.

impuberum per sottoporsi alla *tutela mulierum* che era perpetua. La donna per effetto della tutela muliebre non poteva compiere autonomamente atti di disposizione del proprio patrimonio o assumere obbligazioni. Per compiere tali atti era necessario l'intervento del tutore il quale non gestiva il patrimonio della donna poiché il suo compito era di mera assistenza (in altri termini di controllo) giacché prestando *l'auctoritas*³¹ integrava con quest'ultima la volontà espressa dalla donna.

Dalla tutela muliebre però, già per le leggi delle XII tavole, erano escluse per antichissima tradizione le Vestali³² e, a partire da Augusto, per la legge

³¹Ulpiano ci dice che le donne non possono obbligarsi se non per mezzo dell'*auctoritas* tutoria, Ulp. 11,27: «*Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidam in his rebus si lege legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotio gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem mancipii alienent. Pupillis autem hoc amplius etiam in rerum nec mancipii alienatione tutoris auctoritate opus est*». Senza l'*auctoritas* tutoria la donna sui iuris non poteva compiere i seguenti atti: intentare una *legis actio* o un *legitimum iudicium*, obbligarsi, adire una eredità, alienare una *res mancipi* e in genere compiere un qualunque negozio di diritto civile. Per l'adizione Ulp. 11,22, per la manomissione Ulp.11,17, per la costituzione di usufrutto Paul. Frag. Vat. 45, per l'usufrutto Gai 2,47, per il testamento Gai 1,192, nota in ambito testamentario l'ammonizione gaiana di Gai 2,118: «*Observandum praetera est, ut si mulier, quae in tutela est faciat testamentum, tutore auctore facere debeat: alioquin inutiliter iure civili testabitur*».

Da età classica l'*auctoritas* potrà essere espressa liberamente: D. 26,8,3 (Paul.ad Sab.): «*Etiamsi non interrogatus tutor auctor fiat, valet auctoritas eius, quum se pro v a r e d i c i t i d, quod agitur; hoc est enim auctorem fieri*». Anticamente l'*auctoritas* tutoria andava prestata nelle forme stabilite, parrebbe verosimile che alla domanda *auctor es?* il tutore rispondesse *auctor sum*.

³²In Gai 1,130 si enuncia chiaramente che le donne cessavano di essere sottoposte alla *patria potestas* divenendo Vestali: «*Praetera exeunt liberi virilis sexus de patris potestate si Flamines Diales inaugurentur, et femini sexus si Virgineas Vestales capiantur*». Si tratta di un privilegio connesso al sacerdozio, prova ne è l'enunciazione contenuta in Gai 1,145 nella quale si specifica che, a seguito della nomina testamentaria del tutore per i figli puberi, la tutela cessa per i figli maschi con il raggiungimento della pubertà. A tale forma di tutela cessavano di essere sottoposte le donne, in forza della legge Julia e Papia Poppea, purchè avessero partorito più figli e, secondo un antico costume, (*quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt*) quelle donne che fossero divenute vestali. Dalla *patria potestas* sono svincolate anche le Vestali per un privilegio loro accordato e riconducibile all'*honor sacerdotii*. Così Gai 1.145: «*Itaque si quis filio filiaque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerit, filius quidam desinit, habere tutorem, filia vero nihilominus in tutela permanet: tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppea iure liberorum a tutela liberantur feminae. Loquimur autem exceptis virginibus Vestalibus, quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt: itaque etiam lege XII tabularum cautum est*». Per l'origine normativa della regola sull'esonazione della tutela per le vestali ed i relativi problemi inerenti la datazione della *lex Papia de Vestalium lectione* si veda O. SACCHI, *Il privilegio dell'esonazione dalla tutela per le vestali* (Gai 1,145). *Elementi per una datazione tra innovazioni legislative ed elaborazione giurisprudenziale*, RIDA, L, 2003, p. 332. Si veda inoltre GUIZZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta*, Napoli, 1968. A suffragare quanto enunciato, le fonti letterarie

menzionano la fuoriuscita delle Vestali, non appena condotte nel tempio di Vesta, dalla *patria potestas* e il conseguente acquisto della facoltà di fare testamento. Così leggiamo in *Gell.* 1,12,9: «*Virgo autem Vestalis, simul est capta atque in atrium Vestae deducta et pontificibus tradita est, eo statim tempore sine emancipatione ac sine capitis minutione e patris protestate exit et ius testamenti faciendi adipiscitur*». Il riconoscimento dello *ius testamenti faciendi* troverebbe riscontro nella preventiva fuoriuscita delle Vestali dalla famiglia d'origine e quindi nel venir meno delle aspettative successorie legate ai rapporti agnatizi, così P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum, I. Profili funzionali*, Torino, 1976, p.23. L'ipotesi dell'A. parrebbe verosimile dalla lettura di *Gell.*1,12,18: «*Praetera in commentariis Labeonis, quae ad duodecim tabulas composuit, ita scriptum est: Virgo Vestalis neque heres est cuiquam intestato, neque intestatae quibusquam sed bona eius in publicum redigi aiunt* ». Sul punto G. ARON, *Les Vestales et le Flamme de Jupiter*, in *NRH* 28 (1904) p. 17, parla chiaramente di protezione della famiglia agnatizia: «Si l'on accorde à la vestale la faculté de tester c'est sans doute dans une pensée de faveur pour elle, mais c'est en même temps aussi parce que la raison qui avait fait interdire aux femmes le testament, la protection de la famille agnatique, n'existait plus ici. Les vestales étaient sorties de la famille et n'avaient plus d'agnats». L'A. specifica in nota 2 p. 17, *ibidem*, che: «L'exclusion des droits de succession comme la faculté de tester accordée aux vestales n'étaient pas sans importance pratique à raison des richesses quelles pouvaient posséder. Dès l'origine on leur a attribué un traitement sur les biens du trésor public (Tit-Live, I, 20) ». Così Liv. I,20: «...*Tum sacerdotibus creandis animum adiecit, quamquam ipse plurima sacra obibat, ea maxime quae nunc ad Dialem flaminem pertinet. Sed quia in civitate bellicosa plures Romuli quam Numae similes reges putabat fore iturosque ipsos ad bella, ne sacra regia vicis deserentur, flamines Iovi adsidium sacerdotem creavit insignique eum veste et curuli regia sella adornavit. Huic duos flamines adiecit, Marti unum, alterum Quirino, virginesque Vestae legit, Alba oriundum sacerdotium et genti conditoris haud alienum. Iis, ut adsiduae templi antistites essent, stipendium de publico statuit, virginitate aliisque caerimoniis venerabiles ac sanctas fecit.* ». Livio riferendo i provvedimenti presi da Numa in merito all'istituzione di collegi sacerdotali afferma che egli consacrò delle vergini al servizio di Vesta e perché fossero custodi a vita del tempio assegnò loro uno stipendio pubblico. La stessa fonte menziona il possesso di schiavi, *Liv* 8,15,7(8): «*Eo anno Minucia Vestalis, suspecta primo propter mundio rem iusto cultum, insimulata deinde apud pontifices ab indice servo, cum decreto eorum iussa esset sacris abstinere famuliamque in potestate habere, facto iudicio viva sub terram ad portam Collinam dextra viam stratam defossa Scelerato campo; credo ad incesto id ei loco nomen factum* ». Nel passo appena citato, l'accusa rivolta alla Vestale Minucia di delazione di uno schiavo ne presuppone implicitamente il possesso. Contestualmente Igino attribuisce alle Vestali il possesso di fondi, così infatti leggiamo nel *De cond. agrorum* 117,5: «*Virginum quoque Vestalium et sacerdotum quidam agri vectigalibus redditi sunt locatim...* ».

Parrebbe così lecito pensare che le Vestali non solo potessero possedere un patrimonio ma anche che il suo ammontare fosse tutt'altro che trascurabile. Cfr. inoltre HERMANN, *Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la république romaine*, cit., p.16 : «Il est clair que la différence de traitement consiste dans le fait que la Vestale pouvait agir sans tuteur, alors qu'une autre femme aurait dû être assisté, et ceci nous confirme dans l'idée que l'institution de la tutelle féminine est d'ordre uniquement patrimonial. Rien n'était plus naturel que d'en affranchir la Vestale, dont tous les liens d'agnation étaient rompus et qui se trouvait donc sui iuris». Riguardo la menzionata facoltà spettante alla Vestale di testare a seguito della sua fuoriuscita dalla famiglia d'origine Cicerone nel *De rep.* III,10,17, così si esprime: «*Genera vero si velim iuris, institutorum, morum consuetudinumque describere, non modo in tot gentibus varia, sed in una urbe, vel in hac ipsa, milliens mutata demonstrarem, ut hic iuris noster interpret alia nunc Manilius iura dicat esse de mulierum legati set hereditatibus, alia solitus sit adulescens dicere nondum Voconia lege lata; quae quidam ipsa lex utilitatis virorum gratia rogata in mulieres plena est iniurie. Cur enim pecuniam non habet mulier? cur virgini Vestali sit heres, non sit matri suae? cur autem, si*

Papia Poppea, ne furono esonerate anche le donne provviste del *ius liberorum*, quelle donne cioè che avessero procreato un certo numero di figli (*trium vel quattuor liberorum iure*)³³. I modi di costituzione della tutela muliebre erano tripartiti e pertanto questa poteva essere testamentaria, legittima³⁴ e dativa.³⁵ La tutela legittima³⁶ era quella esercitata dall'*adgnatus proximus*³⁷ cosicché, nel caso in cui il testatore non avesse

pecuniae modus statuendus fuit feminis, P. Crassi filia posset habere, si unica patri esset, aeris milliens salva lege, mea triciens non posset...?». Citando la *lex Voconia*, la quale limitava la capacità delle donne di essere istituite eredi (nello specifico essa vietava che i legati fossero superiori alla quota trasmessa per eredità stabilendo così che le donne non potessero ricevere, sia per legato che per eredità, non più della metà dell'effettivo asse patrimoniale) Cicerone si domanda provocatoriamente perchè una donna non dovrebbe avere un patrimonio o perchè possa succedere nell'eredità ad una Vestale e non alla propria madre. Gli interrogativi sollevati dal passo succitato sull'incapacità di testate della donna sottoposta a tutela, diversamente dalla Vestale che ha tale facoltà (privilegio, come già detto, riconducibile all'*honor sacerdotii*), parrebbero così ricondursi non ad una generale incapacità della donna per natura bensì ad una particolare situazione contingente alle aspettative successorie degli agnati. Ciò risulta ancor più verosimile dalla lettura di Paolo, D. 16,1,1,1: «*Nam sicut moribus civilia officia adempta sunt feminis et pleraque ipso iure non valent, ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris*». Il giurista, nell'enunciare l'interdizione per le donne allo svolgimento delle attività denominate *civilia officia*, menziona unitamente la grave limitazione, introdotta dal senatoconsulto Velleiano, concernente la loro capacità di inserirsi nel mondo degli affari e nello specifico di assumere obbligazioni nell'interesse altrui, così D.16,1,1: «*Velleiano Senatusconsulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo feminae intercederent*». Il motivo addotto per tale limitazione è riconducibile al rischio di perdita delle loro sostanze, così appunto D.16,1,1,1: «*... ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris*». Esisteva certamente per la Vestale una forma di sottoposizione al controllo maschile, questo però, come abbiamo visto, era del tutto sganciato da ragioni di ordine patrimoniale, ma connesso al venir meno del voto di castità a cui le sacerdotesse di Vesta erano vincolate. Si veda al riguardo, E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma. Il castigo delle vestali come paradigma del castigo delle donne comuni*, Rizzoli, Milano, 1991, p. 136 ss.

³³ Gai 1,194: «*Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium liberorum iure, libertinae vero quattuor, si in patroni liberorumve eius legitima tutela sint; nam et ceterae quae alterius generis tutores habent, velut Atilianos aut fiduciarios, trium liberorum iure tutela liberantur*».

³⁴ Gai 1,155: «*Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII agnati sunt tutores; qui vocantur legitimi*».

³⁵ Gai 1,154: «*Vocantur autem hi, qui nominatim testamento tutores dantur, dativi; qui ex optione sumuntur, optivi*».

³⁶ Gai. 1,164: «*Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum qui proximus grado sunt...*». Gai.1,155 (Tab.5,6, FIRA 1, p. 39) «*Quibus testamento quidam tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi*».

³⁷ Chiarificante per la sfera di competenza della tutela agnatizia Gai 2.47: «*Mulieris quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore (autore) traditae essent: idque ita lege XII Tabularum (cautum erat)* » , Gai 1,157 : «*Sed olim quidam, quantum ad legem XII tabularum attinet, etiam feminae agnatos habebant*

designato nel testamento i tutori alle donne puberi a lui sottoposte sarebbero divenuti tali gli agnati. La tutela della donna era in origine, come attestato dalle fonti, testamentaria o legittima. Il tutore veniva quindi designato o per testamento, da colui che sulla donna esercitava la *patria potestas*, oppure in assenza di designazione testamentaria diveniva tutore l'erede legittimo ovvero l'*adgnatus proximus*³⁸. Ciò che più preme al momento porre in luce è che la terza forma di tutela esercitata sulla donna: mi riferisco alla tutela dativa, nella quale il magistrato nominava il tutore in difetto di tutori testamentari o legittimi, se pur di nomina magistratuale³⁹, fosse di fatto esercitata previa indicazione della donna stessa⁴⁰. Ciò parrebbe dimostrare quanto marginale fosse la funzione protettiva esercitata dall'istituto tutelare femminile. Fu probabilmente l'impossibilità di evolversi in un *munus*, in un ufficio con funzione protettiva, a causarne il progressivo isterilirsi. La tutela delle donne rimase infatti in vigore fino al tempo di Diocleziano⁴¹ pertanto,

tutores, set postea lex Caudia lata est, quae, quod ad feminas attinet, (agnatorum) tutelas sustulit, itaque masculus quidam fratrem puberem, aut patrum habet tutorem; feminae vero talem habere tutorem non intelleguntur».

³⁸ Così Gai 1,164: «Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum qui proximo gradu sunt...»; D.26,4,9: «Si plures sunt adgnati, proximus tutelam nanciscitur et, si eodem gradu plures sint, omnes tutelam nanciscuntur».

³⁹ Essa fu introdotta dalla *lex Atilia* (210 a.c.) e dalla *lex Iulia et Titia* (131 a.c.) ce ne danno notizia le fonti giuridiche così Gai 1,185: «Si cui nullus omnino tutor sit ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur; in provinciis vero a praesidibus provinciarum leges Iulia et Titia.».

⁴⁰ Ecco alcune ipotesi in cui subentrava il tutore dativo della donna: il senatoconsulto menzionato nei passi seguenti permise alle donne di chiedere un altro tutore in luogo di quello legittimo o testamentario assente così Ulp. 11,22: «Item ex senatoconsulto tutor datur muliebri ei, cuius tutor habest, preterquam si patronus sit, qui habest. Nam in locum patroni absentis alter peti non potest, nisi ad hereditatem adeundam et nuptias contrahendas. Idemque permisit in pupillo patroni filio»; Gai 1,173: «Praetera senatoconsulto mulieribus permissum est in absentis tutoris locum alium petere; quo petito prior desinit; nec interest quam longe haberit is tutor».

⁴¹ La tutela muliebre era un istituto antichissimo che sopravviveva ancora in età classica ma come residuo storico di cui non si riusciva trovare una giustificazione razionale nonostante si adducesse come pretesto l'inferiorità del sesso femminile che si concretizzava, come si è visto, nella *levitas animi*, nell'*infirmitas consilii*, nell'*infirmitas sexus* attribuendo pertanto all'istituto la funzione di sorveglianza della "debolezza" e della "leggerezza" del sesso femminile, e quando una *lex Claudia*, del tempo dell'imperatore Claudio, sopprime la tutela muliebre legittima dell'*agnatus proximus*, la tutela delle donne, fatta eccezione per la tutela legittima del patrono e del *parens manumissor* – che non vennero abolite – si svuotò di ogni sostanziale contenuto, riducendosi ad una pura formalità. Della presenza della tutela muliebre nella costituzione di Diocleziano (293 d.c.) ce ne dà notizia il BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1946 cit. p.220.

le motivazioni addotte nelle fonti giuridiche che ne giustificano l'esistenza e che ben si identificano nelle espressioni già richiamate⁴², andrebbero così ad inficiare la natura stessa dell'istituto che non avrebbe dovuto svuotarsi della sua funzione primigenia, quella protettiva appunto, a causa del "semplice" decorso del tempo.

2.1.2 LA TUTELA MULIERUM: UNA RASSEGNA DELLE FONTI GIURIDICHE

È proprio dall'utilizzo di espressioni quali *infirmitas*⁴³, *imbecillitas sexus*⁴⁴ o alla richiamata⁴⁵ *levitas animi* di cui i giuristi romani parlano spesso per qualificare il sesso femminile e volte a identificare la posizione della donna relativamente alla sfera di azionabilità dei propri diritti, che vorrebbe prendere le mosse un mio spunto di riflessione in ordine al significato e valore da assegnarsi alle diverse espressioni che valgono, o dovrebbero

⁴² Si veda nota 30 p.19 del presente lavoro.

⁴³ L'espressione la ritroviamo in D.16,1,2,3 «*Se ita demum iis subvenit, si non callide sint versatae. Hoc enim Divus Pius et Severus rescripserunt; nam deceptis, non decipientibus opitulatur. Et est graecum Severi tale Rescriptum ... Infirmi tas enim feminarum, non calliditas auxilium demeruit*»; Marcian. D.49,14,18 «*Deferre non possunt mulieres propter sexus infirmitatem; et ita sacris Constitutionibus cautum est*»; Paul. D. 22,6,9 «*Regula est, iuris quidam ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantia non nocere. Videamus igitur, in quibus speciebus locum habere possit, ante praemisso, quod minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est, quo et in feminis in quibusdam causis, propter sexus infirmitatem dicitur; et ideo sicubi non est delictum, sed iuris ignorantia, non laeduntur. Hac ratione, si minor viginti quinque annis filiofamilias crediderit, subvenitur ei, ut non videatur filiofamilias credidisse*»; D. 48,16,1,10: «*.....Atquin Papinianus respondit, mulierem, quae idcirco ad falsi accusationes non admitteretur, quod suam suorumve iniuriam non persequeretur, desistentem, Senatoconsulto Turpiliano non plecti. Num ergo et in ceteris idem responsurus sit? Quid enim interest, propter sexus infirmitatem, an propter turpitudinem, temporisve finem ad accusationem aliquam non admittatur?.....* »; D.27,10,9: «*.....Multoque magis id servari aequum est, si etiam factus est curator, per quem bona distraherentur, quamvis nondum explicato eo negotio decesserit; namet tunc ex integro alius curator faciendus est, neque heres prioris curatoris onerandus, quum accidere possit, ut negotio vel propter sexus, vel propter aetatis infirmitatem, vel propter dignitatem maiorem minoremve, quam in priore curatore spectata erat, habilis non sint; possint etiam plures heredes ei existere, neque aut per omnes id negotium administrari expediat, aut quidquam dici possit, cur unus aliquis ex his potissimum onerandus sit.*».

⁴⁴ Tale espressione ricorre solo in D. 16,1,2,2: «*Verba itaque Senatoconsulti exutiamus, prius providentia amplissimi ordinis laudata, quia opem tulit mulieribus propter sexus imbecillitatem multis huiusmodi casibus suppositis atque obiectis*».

⁴⁵ Si veda nota n. 30 p.19 del presente lavoro.

valere, a qualificare la presunta debolezza del sesso femminile in relazione alla richiamata capacità di agire.

Nel passo ulpiano riportato in D. 50,4,3,3 leggiamo che il sesso stesso vieta alle che vengano affidati loro carichi e onori:

«Corporalia munera feminis ipse sexus denegat, quominus honores, aut munera iniungantur».

Nel legame *sexus - corpora* evidenziato in questo passo, è effettivamente contenuto un implicito riferimento a casi nei quali questi divieti non risultano giustificati almeno esclusivamente, dalla debolezza del sesso derivante da tale legame espresso appunto nella parte iniziale del passo (*corporalia munera feminis ipse sexus denegat*), ma da un altro e più complesso ordine di considerazioni.

È infatti il proseguo del passo di Ulpiano (*quominus honores, aut munera iniungantur*) ad aprire la via ad altre ipotesi che vanno ben oltre il semplice richiamo alla natura del sesso femminile in sè

e per sè considerato⁴⁶. Ancora dalla lettura di D.27,10,9⁴⁷ si evince che l'enunciazione di inidoneità della donna ad assumere le funzioni di

⁴⁶ Due passi riportati qui di seguito e attribuiti al giurista Paolo evidenziano come, in merito alla necessità di attribuire un tutore anche alla donna pubere, in concreto, rilevassero elementi diversi dalla natura quali per esempio le regole di costume o la salvaguardia degli interessi patrimoniali della famiglia. Così si esprime il giurista Paolo in D. 50,1,12,1: *«Non autem omnes iudices dari possunt ab qui iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur ne iudices sint, quidam natura, quidam moribus. Natura, ut surdus mutus: et perpetuo furiosus et impubes, quia iudicio carent. Lege impeditur, qui senatus motus est. Moribus feminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est non civilibus officiis non fungantur».* Ancora Paolo in D. 16,1,1,1: *«Nam sicut moribus civilia officia adempta sunt feminis et pleraque ipso iure non valent, ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris».*

⁴⁷ *«Cuius bonis distrahendis curatores facere senatus permisit, eius bona creditoribus vendere non permisit, quamvis creditores post id beneficium bona vendere mallent: sicut enim integra re potestate ipsorum est utrum velint eligendi, ita cum aliorum elegerint, altero abstinere debent. Multoque magis id servanda aequum est, si etiam factus est curator, per quem bona distraherentur, quamvis nondum explicato eo negotio decesserit. Nam et tunc ex integro alius curator faciendus est neque heres prioris curatoris onerandus, cum accidere possit, ut negotio vel propter sexum vel propter aetatis infirmitatem vel propter dignitatem maiorem minoremve, quam in prore curatore spectata erat, habilis non sit, possint etiam plures heredes ei existere neque aut per omnes id negotium administrari expediat aut quicquam dici possit, cur unus aliquis ex his potissimus onerandus sit».*

“*curator*” viene collegata all’idea di una *infirmetas* eminentemente biologica “*propter sexus infirmitatem*” scandisce il passo del Digesto.

In D. 26,1,16⁴⁸, Gaio, pur affermando che la tutela è un compito che spetta al maschio, parrebbe affidare al *plerumque* l’ammissione della relatività della norma. Tale passo, pur non contestando la regola per la quale la tutela è un compito di spettanza maschile, provvedendo ad attenuarne la rigidità, grazie all’uso del *plerumque*, parrebbe riconoscerne la non esclusività. Per il giurista l’idoneità ad assumere tale incarico è per lo più (*plerumque*) riconosciuta al maschio avvalorando il sospetto di un implicito, velato riconoscimento della capacità della donna a gestire la tutela⁴⁹.

Ancora *Gai 10 ad.I.Iul. et Pap.*, D. 50. 16. 152:

«*Hominis appellatione tam feminae quam masculum contineri non dubitatur*».

Il giurista afferma che la parola *homo* comprende entrambi i generi sia quello femminile che quello maschile. La peculiarità di tale enunciazione è ravvisata nella sequenza femmina - maschio ove il termine femmina precede appunto il termine maschio. Nel linguaggio abituale dei giuristi romani la disposizione normale dei due generi è quella maschio - femmina (segno di una *societas* nella quale il “valore” maschio precede il “valore” femmina⁵⁰). L’idea di Gaio di invertire i due termini facendo precedere la femmina al maschio parrebbe sovvertire tale ordine così da indurre a pensare ad una contestuale inversione del valore summenzionato. Di fatto però sequenze antitetiche a quella contenuta nell’ultimo passo considerato compaiono nello stesso Gaio⁵¹ palesando il sospetto di un Gaio partecipe di una ideologia

⁴⁸ «*Tutela plerumque virile officium est. Et sciendum est nullam tutelam hereditario iure ad alium transire: sed ad liberos virilis sexus perfectae aetatis descendunt legitimae, ceterae non descendunt*».

⁴⁹ Si veda al riguardo: T. MASIELLO, *La donna tutrice: modelli culturali e prassi giuridica fra gli Antonini e i Severi*, Jovene, Napoli, 1979.

⁵⁰ Così R. QUADRATO, *Hominis appellatio e gerarchia dei sessi*, BIDR, III°serie, vol. 33-34, Giuffrè, Milano, 1992-1993, cit. p. 309-310.

⁵¹ Al riguardo il QUADRATO, *Ib.*, cit. p. 310 nota 4 evidenzia come il SOLAZZI, *Gaio, op.cit* p.291 e ss. registri con molta cura tali passaggi sequenziali individuandone l’antiteticità.

patriarcale, maschilista o antifemminista⁵². Tale capovolgimento (“disordine dei sessi” lo definisce il Solazzi) paventa come verosimile l’idea che i passi enunciati possano attestare che l’utilizzo nelle fonti giuridiche di espressioni come *levitas animi*, *infirmitas*, *imbecillitas*, *fragilitas sexus*, utilizzate per qualificare lo stato di subordinazione giuridica della donna, sia di fatto strumentalmente volto ad attribuirne la ragione giustificativa ad un criterio generale ed astratto come quello della debolezza o leggerezza naturale del sesso femminile. Le espressioni *infirmitas*, *imbecillitas sexus*, *infirmitas consilii* e la stessa *levitas animi* sono ritenute, come vedremo, dei luoghi comuni, delle motivazioni di comodo completamente avulse dalla realtà concreta⁵³

2.1.3 INFIRMITAS SEXUS E LEVITAS ANIMI⁵⁴: PROFILI DI INCONGRUENZA NELLE FONTI GIURIDICHE

⁵² Si veda al riguardo L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino 1976 p. 248 e ss. *Contra* P. ZANNINI, *Gaio «Antifemminista»?*. cit. p. 294 ss.

⁵³ F.SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., p. 181 ss., il quale fa notare che, se veramente la tutela delle donne fosse stata motivata dall’*infirmitas sexus*, la concessione dell’esenzione della tutela alle donne provviste del *ius liberorum*, non le avrebbe certo dotate della possibilità di rimuovere l’*infirmitas* per natura, “the *ius liberorum* would have been a punishment and not a reward, since the granting of the *ius liberorum* could not possibly remove this infirmity”.

⁵⁴ La ragione della presenza in Roma di un istituto quale quello della tutela muliebre risiederebbe, a detta di talune fonti giuridiche e letterarie, nella presunta debolezza o leggerezza per natura del sesso femminile. Essa viene qualificata *levitas animi* unicamente da Gaio. Così *Gai* 1,144: «... *Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse*»; *Gai* 1,190: «...*nam quae vulgo creditur, quia levitatem animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutotum auctoritate regi...*». J. BEAUCAMP in *Le vocabulaire de la faiblesse féminine*, nota l’assenza nell’opera gaiana di tutti e tre i termini latini (*infirmitas*, *imbecillitas*, *fragilitas*) che vengono solitamente impiegati per descrivere la condizione femminile. Scevola in D. 4,4,24,2 utilizza il termine *levitas* parlando di *iuvenili levitate* e identificandola ragionevolmente con un’immaturità giovanile, così D.4.4.24.2: «D. 4,4,24,2: «*Scevola noster aiebat: si quis, iuvenili levitate ductus, omiserit vel repudiaverit hereditatem vel bonorum possessionem, siquidem omnia in integro sint, omnimodo audiendus est; si vero iam distracta ereditate et negotiis finitis ad paratam pecuniam laboribus substituti veniat, repellendus est; multoque parcius ex hac causa heredem minoris restituendum esse*». La più parte delle fonti giuridiche già menzionate e delle fonti letterarie riportate seguitamente parlano al riguardo di *infirmitas sexus* e in un solo caso, D.16,1,2,2 (vedi nota precedente), di *imbecillitas sexus*. Così *Cic. Mur.* 12,27: «*mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt*»; *Liv* 34,2,2 (che riferendo il pensiero di Catone il censore, parla di «*manus perentium, fratrum, virorum*» in rapporto alla «*impotentia muliebris*»). Riguardo le

Nelle fonti giuridiche romane tale presunta debolezza viene in più modi richiamata. Già si è detto dell'espressione *infirmitas sexus*, che sembrerebbe quella più ricorrente nel linguaggio comune⁵⁵.

L'espressione non ricorre invece in Gaio che utilizza l'espressione *levitas animi* in due passi delle sue Istituzioni (1,190 e 1,144) riguardanti rispettivamente la tutela delle donne puberi e la tutela testamentaria.

In *Gai* 1,190 leggiamo:

«Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur. Nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur, et aequum erat, eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera, mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit, auctoritatem suam; saepe etiam inuitus auctor fieri a praetore cogitur».

In tale passo si enuncia che, riguardo al principio che sottopone a tutela le donne anche puberi, nessuna valida ragione pare sorreggerlo (*nulla pretiosa*

richiamate espressioni *infirmitas* e *imbecillitas sexus* contrapposte alla nota espressione utilizzata da Gaio, *levitas animi*, si può osservare come esse vengano spesso accostate per uniformità di significato nel qualificare presumibilmente un'analoga posizione giuridica pur essendo tutt'altro che sinonimiche. Se pur non si può parlare al riguardo di *gradatio* semantica sembrerebbe evidente una sorta di "antagonismo lessicale" volto a qualificare la presunta debolezza del sesso femminile. È certamente vero che in uno dei molteplici significati che possono assumere, nello specifico quello di incostanza - instabilità, i due termini sono accostabili ma letteralmente *infirmitas* è traducibile con infermità, debolezza, impotenza. *Levitas* è piuttosto leggerezza intesa come volubilità e pertanto riconducibile in qualche modo alla *iuvenili levitate* richiamata da Scevola. Si veda E. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, ed. Perin anast., 1965. Non è trascurabile che il BERGER, *The encyclopedic dictionary of roman law*, Philadelphia, 1953, qualifichi l'*infirmitas* come "the weakness of an individual because of his age (or sex). It is given as a reason for guardianship or curatorship over a person under a certain age over women" e l'*imbecillitas* come "mental or physical weakness which may deprive a person of the ability to conclude a legal transaction". In tal senso le nozioni di *infirmitas* e *imbecillitas* proposte dal BERGER, parrebbero ricondursi ad una "incapacità" che ricomprende non solo la sfera psicologico-emotiva ma anche quella fisica. Da ciò ne deriverebbe una capacità della donna depotenziata per natura e incompatibile con la *levitas animi* che attiene al profilo psicologico-emotivo.

⁵⁵ Si veda al riguardo il lavoro svolto da R. QUADRATO, *Infirmitas sexus e levitas animi: il sesso "debole" nel linguaggio dei giuristi romani*, in AA. VV., *Scientia iuris e linguaggio nel sistema giuridico romano* (a cura di F. NISI e R. ORTU), Giuffrè, Milano, 2001.

*ratio suasisse videtur*⁵⁶) poiché la donna di età matura (*perfectae aetatis*) è

⁵⁶Il GORIA ritiene che la valutazione della portata critica del discorso gaiano sarebbe ravvisabile in massima parte nell'interpretazione che si dà del *ferè nulla pretiosa ratio*. “ Il tipo di critica rivolta alla tutela sulle donne ravvisabile appunto nell'assenza pressochè totale di una *ratio* che abbia qualche valore - procede l'A.- deve far ritenere che Gaio non volesse limitarsi a criticare la motivazione addotta a sostegno della tutela muliebre ma che volesse esprimere un giudizio di valore negativo sull'istituto stesso”. Così F. GORIA, *Osservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle Istituzioni di Gaio*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista* (Atti del Convegno torinese 4-5 maggio, in onore di S. ROMANO), Milano 1981, cit. pag 279 e ss.

Il richiamo al valore della *ratio* enunciata dal GORIA pone in luce l'esigenza di ricercare una qualche giustificazione razionale che oggettivizzi la necessità di sottoporre a tutela le donne puberi. D'altro canto il non poter far rientrare nell'ordine stesso delle cose (*naturalis ratio*) un istituto quale quello della tutela muliebre, fa sì che la necessità di un tutore permanente per la donna non possa ricondursi semplicemente alla pretesa *levitas animi* tanto più che una simile giustificazione è ascrivibile ad una mera prassi sociale (*nam que vulgo creditur* leggiamo in *Gai* 1, 190). Diversamente dalla tutela muliebre, l'elemento della *naturalis ratio* è assolutamente rilevante per la tutela degli impuberi, poiché rientra nell'ordine stesso delle cose che l'impubere sia sottoposto a tutela. In altre parole, l'esigenza del *pater familias* di provvedere per testamento alla tutela dei propri figli impuberi è universalmente riconosciuta come ufficio protettivo. Tutto ciò evidenzia la discrasia esistente tra i criteri giustificativi adottati per i due istituti, la *levitas animi* per la tutela muliebre e la *naturalis ratio* per la tutela degli impuberi. Al riguardo la lettura di *Gai* 1,189: «*Sed impuberes quidam in tutela esse omnium civitatum iure contingit, quia id n a t u r a l i r a t i o n i c o n v e n i e n s e s t , u t i s q u i p e r f e c t a e a e t a t i s n o n s i t , a l t e r i u s t u t e l a r e g a t u r . N e c f e r e u l l a c i v i t a s e s t , i n q u a n o n l i c e t p a r e n t i b u s l i b e r i s s u i s i m p u b e r i b u s t e s t a m e n t o t u t o r e d a r e ; q u a m v i s s u p r a d i x i m u s , s o l i c i v e s R o m a n i v i d e a n t u r l i b e r o s s u o s i n p r o t e s t a t e h a b e r e*», apre una breccia offrendo nuovi elementi per la comprensione di tale discrasia poiché la tutela muliebre, diversamente da quella degli impuberi, non solo non è suscettibile di essere ricompresa nei diritti di altri popoli così come si evince dalla lettura di *Gai* 1,189 ma, laddove esiste, si presenta con caratteristiche del tutto diverse dalla tutela delle donne così come concepita nel sistema giuridico romano, mi riferisco alla «quasi tutela» dei Bitini così come enunciata da *Gai* 1,193: «*Apud peregrinos non similiter, ut apud nos, in tutela sunt feminae; sed tamen plerumque quasi in tutela sunt: ut esse lex Bithynorum, si quid mulier contrahat, maritum auctorem esse iubet, aut filium eius puberem*». Il nodo focale del discorso è però senza dubbio ravvisabile nell'interpretazione di *Gai* 1,190. Il SOLAZZI, *Infirmas aetatis e infirmas sexus*, Modena, 1930 cit. p. 1 e ss., ne dà il tenore sostenendo l'impossibilità di conciliare la critica della tutela muliebre contenuta in (*ferè nulla pretiosa ratio suasisse videtur*) con l'inciso successivo (*et aequum erat eas tutorum auctoritate regi*). L'A. si esprime in questi termini: mentre in *Gai* 1,190 si “confessava” di non vedere la ragione che potesse giustificare la tutela sulle donne puberi e quella volgarmente addotta dalla *levitas animi* sembrava *magis speciosa videtur quam vera*, in Ulpiano, *Tit. ULp. 11,1*, di ragioni se ne adducono due, la *sexus infirmitas* e la *forensium rerum ingorantia*. Nel passo infatti leggiamo: «*Tutores constituuntur tam masculis quam feminis; sed masculis quidem impuberibus dumtaxat propter aetatis infirmitatem; feminis autem tam impuberibus quam puberibus, et propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ingorantia*».

Dal passo si evince che si danno tutori tanto ai maschi quanto alle femmine. Ma ai maschi solo se impuberi, per la debolezza inerente all'età, mentre alle femmine tanto se impuberi quanto se puberi, sia per la debolezza inerente al sesso sia per la loro inesperienza nelle cose del foro. L'A. considera spuria la proposizione “*feminis autem tam impuberibus quam puberibus et propter sexus infirmitatem et propter rell*” palesando così i dubbi circa la reale volontà gaiana emergente in *Gai* 1,190 di critica dell'istituto della tutela muliebre. Probabilmente la menzione dell'aggettivo impubere accostato sia ai maschi che alle femmine (*masculis impuberibus....feminis impuberibus*) deve aver indotto l'A. a pensare

capace di amministrare da sola i propri affari (*ipsae sibi negotia tractant*). La convinzione del comune sentire (*nam quae vulgo creditur*) il quale ritiene opportuno che le donne, esposte come sono ad essere raggirate per leggerezza di spirito, vengano governate da un tutore, è ascrivibile - si legge nel passo - ad una ragione piuttosto apparente che vera (*magis speciosa videtur quam vera*) poiché le donne puberi agiscono sempre di persona nella tutela dei propri affari e solo in certi casi e per pura formalità il tutore vi aggiunge l'autorizzazione (*mulieres, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant: et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam*). Ci troviamo pertanto di fronte a un istituto non riconducibile, neppure in astratto, ad una valida giustificazione razionale⁵⁷. Gaio riconosce dunque la speciosità della motivazione comunemente addotta per legittimare la tutela sulle donne puberi e sotto il profilo testamentario avvia il discorso sulla tutela già in *Gai* 1,144 nel quale leggiamo:

«*Permissum est itaque parentibus, liberis, quos in potestate sua habent, testamento tutores dare: masculini quidem sexus impuberibus etiam; feminini autem puberibus, veteres enim voluerunt, feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter a n i m i l e v i t a t e m in tutela esse*».

Riguardo la tutela presa in considerazione nel passo gaiano sopracitato, nel quale si “concede” agli ascendenti di nominare nel testamento tutori ai figli in loro potestà (cioè soltanto agli impuberi se maschi, e se femmine anche

che le femmine impuberi fossero soggette a tutela non “*propter sexus infirmitatem*”, ma per la stessa ragione dei maschi, cioè “*propter aetatis infirmitatem*”.

⁵⁷ Condivisibile il pensiero del FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica dall'età arcaica al principato*, 2. ed., Torino, Giappichelli, 1992, p. 92, per il quale Gaio fotografa la tutela muliebre nel momento del suo definitivo declino, quando in realtà le donne dell'alta società romana trattavano direttamente i loro affari e spesso, l'intervento tutorio, aveva una funzione puramente formale, *dicis gratia* (l'inciso *dicis gratia* ben sta ad indicare come l'*auctoritatis interpositio* avesse ormai perduto, nella specie, ogni effettivo valore e non rilevasse che sul piano esteriore, ossia come mero requisito di validità formale dell'atto compiuto dalla donna) anche perchè, di fronte all'ingiustificato diniego di prestare l'*auctoritas*, la donna poteva postulare l'intervento del *praetor* e costringere il tutore a prestare il suo consenso (*saepe etiam invitus auctor fieri a pretore cogitur*).

alle *puberi*), si precisa che sono i *veteres* ad aver stabilito che le donne anche se *puberi* (*perfectae aetatis*) dovessero essere comunque sottoposte a tutela *propter animi levitatem*. Dalla lettura del passo si avverte la distanza che il giurista frappone tra sé ed il pensiero dei *veteres* quasi a volerne evidenziare la “distanza”, dubbio che la lettura di *Gai* 1,192 parrebbe avvalorare:

«Sane patronorum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelleguntur eo, quod hineque ad testamentum faciendum neque ad res Mancipi alienandas neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, praeterquam si magna causa alienandarum rerum Mancipi obligationisque suscipiendae interveniat; eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut, quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab ereditate neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat».

Dal passo emergono piuttosto gli aspetti potestativi della *tutela mulierum* così da risultare esplicite le aspettative degli agnati sul patrimonio della donna⁵⁸ (...*eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut, quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent...*).

2.1.4 IL CRITERIO GIUSTIFICATIVO DELLA LEVITAS ANIMI

Nell'elenco delle fonti giuridiche sinora prese in considerazione, pur non omettendo di evidenziare la distonia tra l'utilizzo di *infirmitas sexus*, e *levitas animi* (espressione quest'ultima utilizzata solo nei sopraccitati passi *gaiani*), l'assioma per la quale la donna sarebbe per natura incapace di compiere validamente atti negoziali senza l'intervento del tutore è sì

⁵⁸ Il SAVIGNY, F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, 1888 cit. p. 426, sembrerebbe in proposito sgombrare il campo da ipotetici dubbi così esprimendosi: «Le donne *puberi* erano incapaci di molti atti, ma questa stessa loro incapacità era solamente artificiale, creata non nel loro interesse, ma nell'interesse dei loro agnati o patroni, per i quali essa doveva costituire il mezzo volto ad impedire, nella maggior parte dei casi, la perdita o la diminuzione della futura eredità intestata delle donne, così come si evince dalla lettura di *Gai* 1,190-192»

apertamente contestata da Gaio che ritiene assente la discriminazione della donna imputabile alla natura, in effetti, tornando su *Gai* 1,190 la richiamata *levitas animi* femminile è espressamente attribuita alla *ratio quae vulgo creditur*, ma tale enunciazione, per quanto possa evidenziare l'intento di affievolire (mi si conceda l'utilizzo del termine) un dogma giuridico (non saprei come altrimenti definirlo), che vede la donna incapace di operare autonomamente nel mondo del diritto, non enuncia il motivo che sorregge l'esigenza di una perpetuità della tutela sulla donna.

Sembrerebbe che il limite di un simile approccio possa ravvisarsi paradossalmente nella contestazione della tesi di una inferiorità femminile con l'esplicita dichiarazione della falsità della motivazione dei *veteres* e del *vulgus* poiché si tratta di motivazione non *vera* ma *speciosa*.

In altri termini, se da un lato non lascia alcun dubbio la non sottesa intenzione gaiana di affrancarsi da un dogma giuridico (come pocanzi definito) così ben radicato nella cultura giuridica romana, per altro verso è la motivazione che la sorregge che può risultare ambigua.

Si tratta di comprendere il significato di *magis speciosa videtur quam vera* poiché la *ratio* della debolezza femminile presente in *Gai* 1,190 parrebbe incontrare un limite nel significato che il giurista attribuisce a tali parole tradotte come "luogo comune" o "motivo piuttosto apparente che reale". Ciò importa una considerazione: se la *ratio* della pretesa *levitas animi* che giustifica la tutela delle donne anche puberi troverebbe la sua giustificazione in un mero luogo comune, ne discende che ciò che è considerato apparente piuttosto che reale presuppone un criterio arbitrario, stereotipato di giudizio. Se così non fosse occorrerebbe domandarsi perché tale *levitas animi* viene definita dal giurista, che ne riconosce la speciosità, come più apparente⁵⁹

⁵⁹ Gaio utilizza il termine *speciosa*. *Speciosus* è ciò che colpisce lo sguardo per il bell'aspetto esteriore. In sostanza una bella apparenza, un'apparenza accattivante ma non vera. Si veda in proposito il VIR p. 437. Così il termine *speciosus* nelle fonti giuridiche: D.50,16,100 «*S p e c i o s a p e r s o n a s accipere debemus clarissimas personam utriusque sexus item eorum, quae ornamentis senatoriis utuntur*»; D 18,1,43: «*Ea, quae commendandi causa in venditionibus dicuntur si palam appareant, venditorem non obligant, veluti si dicat s e r v u m s p e c i o s u m, domum bene aedificatam; at si dixerit hominem literatum, vel artificem, praestare debet, nam hoc ipso pluris vendit* ».

che reale (*magis speciosa quam vera*). Ciò che è apparente è in qualche modo anche visibile, evidente, non la *levitas animi* che, *lato sensu* intesa come una sostanziale immaturità di un soggetto, parrebbe una condizione comune agli esseri umani indipendentemente dal sesso⁶⁰.

L'utilizzo dell'aggettivo accostato alla donna perderebbe così la sua valenza neutra per assumerne ingiustificatamente un'altra più peculiare perché utilizzata per descrivere la condizione specifica della donna e non degli individui in generale.

Ingiustificatezza di cui è prova la speciosità della motivazione riconosciuta da Gaio, si trattava per il giurista di un "naturale" ordine delle cose salvo poi non saperlo correttamente spiegare e sistematizzare e che indurrebbe ad occuparsi del tema da un diverso angolo prospettico.

2.1.5 LA FUNZIONE STORICA DELLA TUTELA: UN DIFFERENTE ANGOLO PROSPETTICO ALLA LUCE DI UN DIBATTITO DOTTRINALE.

Per individuare gli aspetti principali di una ricerca in tema di tutela della donna, è forse il caso di porre maggiore attenzione sul significato attribuito dai romani al termine tutela. Le principali tematiche che emergono dallo studio di questo istituto possono spiegarsi da un angolo prospettico privilegiato che è quello storico.

La definizione di tutela, così come pervenutaci nella stesura generale della compilazione giustiniana, ce la fornisce il giurista Paolo in D.26,1,1:

«Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civile data ac permissa⁶¹».

⁶⁰ Il QUADRATO, *Ibidem*, cit. p.191 rileva l' utilizzo del vocabolo (nella forma dell'aggettivo e del sostantivo) per la donna, *mulier* in D.24,3,22,6 e per il minore in D.4,4,24,2.

⁶¹Della celebre definizione del giurista Servio Sulpicio Rufo e riferita da Paolo in D.26,1,1, emergerebbe quella che è la funzione potestativa della tutela come comprensiva di quella protettiva. La tutela, come enunciato da Servio, è dunque una forza ed un potere su una

Questa la ritroviamo nelle Istituzioni imperiali:

I. 13,1: «...*Est autem tutela, ut Servius definivit, ius⁶² ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa*».

Una prima difformità di vedute parrebbe individuabile nelle diverse versioni testuali in cui è riportata la definizione della quale ci sono pervenute tre stesure: la matrice serviana, quella paoliana⁶³ che ne riferisce il discorso e la stesura generale della compilazione giustiniana.

Tale definizione viene riproposta, come è ragionevole pensare, nella più autorevole manualistica istituzionale di riferimento ed è proprio qui che gli studiosi hanno dibattuto circa l'interpretazione del passo in oggetto non essendovi, al riguardo, univocità dottrinale nel ritenervi presente il segno *vel sexum*, posto che alcuni autori, fra cui in ultimo anche il Betti⁶⁴, lo hanno

persona libera, conferita ed accordata dal diritto civile, per proteggere chi, a causa dell'età, non è in grado di difendersi da solo.

⁶² La fonte enuncia *ius* in luogo di *vis* presente in D.26,1,1. Si potrebbe presumere che lo *ius* sia inteso come comprensivo della *vis*. Della nozione di *ius* come potere, anzi come potere assoluto su persone e cose sottoposte alla *potestas* del *pater familias*, ci riferisce ampiamente il PROVERA, G. PROVERA, *Introduzione al corso di istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1983, p. 18 sgg. Si vedano in proposito le osservazioni del GALLO, p. 18 nota 28 del presente lavoro.

⁶³ Trovo confortanti al riguardo le parole del TALAMANCA che, analizzando il lavoro del MASCHI, (C.A. MASCHI, *Il diritto romano nella prospettiva storica della giurisprudenza classica*, Giuffrè, Milano, 1966), così si esprime: «...E' proprio all'interno del dibattito giurisprudenziale che non rileva - per Paolo - la possibilità di individuare una dialettica storica, che prevale il momento della sincronia, della contemporaneità di una discussione che, al suo tempo, si svolgeva ormai - a partire da Q. Mucio - da più di tre secoli ». M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, BIDR, 1977, cit. p. 226, n. 49. L'A. evidenzia come nei luoghi citati dal MASCHI (si tratta di Paul., 1,54 *ad. Ed.*, D.41,2,3, I-3; 1,5 *ept. Alf. dig.*, D.12, 6, 36; 1,7 *ad Plaut.*, D. 47,2,67 pr., e *h.l.*, 2-4; 1. II *ad ed.*, D.4, 3, 18, 3; 1. 32 *ad ed.*, D.19, 4, I; 1. 5 *ad Plaut.*, D.19,4,2) si evidenzia la consapevolezza fra quella che può chiamarsi una prospettiva storica e la caratteristica propria del <<*Juristenrecht*>> romano, quella di rappresentarsi come presente, contemporaneo un dibattito dottrinale che invece si scaglionava in un arco di tempo che talora può interessare più secoli.

Sulla metodologia paoliana entrambi gli autori paiono concordi nel ritenere che questa sia improntata alla sincronia di cui, come riferisce il TALAMANCA, cit. p.225, il punto finale, relativo al diritto vigente, si pone come conclusivo.

È pur vero che nei passi oggetto di tale attenzione non è menzionato D. 26,1,1., ritengo tuttavia verosimile che il *mudus operandi* del giurista non possa non essere improntato alla univocità di metodo e che possa essere stato lo stesso giurista ad aver espunto il segno *vel sexum* poiché non avvertiva la necessità di far emergere le funzioni dell'istituto in una prospettiva storica.

⁶⁴ Si pone dunque un problema sullo stato originario del testo poiché più studiosi hanno ritenuto che originariamente fosse presente nella definizione di tutela il segno *vel sexum*.

ritenuto non genuino provvedendo così all'integrazione del segno considerato originariamente presente nella definizione serviana⁶⁵. Spia di una ipotetica volontà di attualizzarne il contenuto omettendo tale segno, alla luce di un sistema giuridico che al tempo di Paolo non individuava più la tutela muliebre come istituto vitale e validamente operante, parrebbe il tempo imperfetto (*definivit*) del verbo, presente in I. 13,1, che lascerebbe supporre il discorso storico.

Dibattito non di poco conto se si considera che di tale definizione emergerebbe il carattere potestativo che un'ampia parte della dottrina ritiene riconducibile anche alla forme di tutela che sulla donna si esercitavano e che avvalorerebbe l'ipotesi secondo la quale le teorie addotte⁶⁶ nel giustificarne

Tra questi il BETTI, E. BETTI, *Istituzioni di diritto privato*, Cedam, Padova, 1942 cit. p. 64, così si esprime: « La tutela è definita da Servio Sulpicio e ancora da Paolo quale *vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem <vel sexum> sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*». Il termine ancora, su cui l'autore stesso insiste proponendo la definizione, lascerebbe supporre che non sia del tutto convinto che la titolarità della definizione sia riconducibile ad un solo autore, al solo Servio, ma che vi possa essere una stesura autonoma riconducibile al giurista Paolo.

Il PEROZZI, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Vol. I, Roma, 1928, p. 459, ritiene che furono i compilatori ad omettere il segno *vel sexum* dalla definizione serviana. Dello stesso parere P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1946. Così l'A.: «*Vel sexum* aggiungeva certamente il testo genuino», cit. p. 218; HUVELIN, *Cours élémentaire de droit roman*, Paris, 1927, cit. p.345: « *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem(a j u t o n s: s e x u m v e) sua sponte se defendere nequit, iure civile data ac permissa*». *Contra* M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, p.162 il quale, nell'enunciare la definizione di tutela la propone così come pervenutaci dalle fonti e quindi sprovvista del segno *vel sexum*. L'A. non scorge dunque nel testo segni di interpolazione soppressiva del segno, non ritiene in altri termini che i compilatori lo abbiano estromesso e qualifica il testo come non corrotto ipotizzando che, nella matrice serviana, si manifesti probabilmente una tensione fra la normativa risalente e la funzione dell'istituto considerato nel suo complesso quale si andava delineando in seguito all'introduzione della tutela dativa. Dello stesso avviso il FERRINI a cui, le omissioni attribuite ai compilatori giustinianei non paiono probabili, C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1953. In merito alla definizione di tutela l'A. così si esprime: « Di regola si ritiene che la definizione serviana comprendesse ogni specie di tutela e che nelle fonti giustinianee che la riportano, sia stata ridotta a significare l'unica tutela conosciuta nel diritto nuovo (*ad tuendum eum eamve, qui propter aetatem vel sexum*, ecc.). La cosa è dubbia, poiché la *tutela mulierum* ha conservato il suo carattere originario (soprattutto lo conservava ai tempi di Servio) e non è tanto un rapporto di protezione, quanto un potere nell'interesse di chi lo esercita».

⁶⁵ *Contra* LENEL, *Pal. Paul.*556, per il quale il frammento è intatto.

⁶⁶ Sul punto F.GALLO, *Osservazioni sulla signoria unitaria del pater familias in epoca arcaica*, cit. p.195 n.1 e 2 e p. 196, ben chiarifica la dicotomia dottrina e la offre al lettore così sostanziandola: da un lato la teoria politica della natura originaria della signoria del *pater familias* nell'impostazione ricevuta dal DE VISCHER, *Mancipium et res Mancipi*, SDHI, II, 1936, p. 263 sgg. e formulata dal BONFANTE in *Res Mancipi e nec Mancipi*,

l'esistenza non sarebbero antitetiche bensì esprimerebbero una diversa scelta valoriale di approccio al tema. In altri termini, la teoria funzionale porrebbe l'accento sul dato soggettivo della persona destinataria della tutela, in quella economica, l'accento verrebbe posto sulle conseguenze patrimoniali dell'istituto. Tali teorie non parrebbero pertanto confliggere ma farebbero emergere piuttosto quelle che ragionevolmente si potevano configurare più come le conseguenze dell'istituto che non le cause posto che, l'impostazione patriarcale della società romana fosse, alla luce di quanto sinora enunciato, di tutta evidenza.

Roma, 1888, nella quale non poteva non confluire l'aspetto potestativo, dall'altro quella economica che configurava tale signoria alla stregua di un diritto di proprietà enunciata dallo HUVELIN, *Cours, op. cit* p. 236 e sposata dall'ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, Discorso inaugurale letto nella R.Università di Messina il 24/11/1913, p.16 sgg. e dal KASER, *La famiglia romana arcaica*, in "Conferenze romanistiche", Annali triestini vol. XX 1950, p. 45 sgg. Sul punto l'ARANGIO RUIZ, *op cit* p. 16 così si esprime: «...In un ambiente esclusivamente agricolo, l'accentramento della proprietà in colui che ha ereditato la terra, cioè il *pater*, è, prima che un principio giuridico, un fatto; la soggezione dei figli al padre, che è quindi nei rapporti patrimoniali assoluta, non può ripercuotersi con altrettanta energia nei rapporti personali; effetto di questo stato di cose, e insieme causa della sua durezza, è la chiusura della famiglia, in cui il ciclo economico della produzione della distribuzione e del consumo si compie senza ricorso ad estranei». Dello stesso tenore lo HUVELIN *op.cit.* p.236: «De même, lorsqu'un enfant ou une femme en puissance ont commis un délit, leur sujet l'action de vol, comme il le ferait contre le *quidam* qui détiendrait injustement son cheval ou son boeuf. Il est donc avéré que les membres de la famille sont traités comme objets de propriété. Dans la préhistoire romaine, le droit de propriété du chef sur les membres de la famille et sur les biens de la famille est toujours conçu de la même façon, et muni des mêmes attributs. Mais, à la longue, une discrimination s'opéra. On tendit, sous l'influence de besoins économiques et d'idées morales nouvelles, à traiter un peu différemment les choses et les divers être, objets de propriété. Et l'on distingua diverses sortes de pouvoirs ou, comme on dit, de puissances (*potestatis*), que le chef peut exercer sur le personnel et le matériel familial. On sépara ainsi: 1) la *manus*, puissance du mari sur la femme. On dit que celle -ci est *in manus*; 2) La *patria potestas*, puissance du père sur ses enfants et descendants; 3) La *dominica potestas*, puissance du maître sur les esclaves; 4) Le *dominium*, puissance du propriétaire sur les biens matériels.». E'opportuno citare in quest'ambito l'ipotesi sostenuta dal Bonfante circa la priorità storica della successione testamentaria su quella *ab intestato* dalla quale discenderebbe che la funzione primigenia del testamento fosse quella di designare il successore del *pater familias*, il più degno scelto nell'ambito dei sottoposti alla sua potestà, trasmettendogli l'insieme dei poteri costituenti la sovranità sul gruppo familiare, ossia l'*hereditas* cui era, secondo l'A. intimamente connessa la tutela. Per la dottrina riconducibile a tale ipotesi si veda C. FAYER, *La familia romana*, L'ERMA, Roma, 1994, cit. p. 380 nota 6.

Il riferimento a tale ipotesi è volto ad evidenziare come l'A., pur circoscrivendo la sfera di competenza della *potestas* del *pater familias* all'ambito successorio, parrebbe ritenere verosimile l'idea di una tutela rientrante nei poteri costituenti tale sovranità.

La visione maschilista che affluisce nell'impostazione romana, come studiando il tema mi è parso di comprendere, fondava la propria visione di sostanziale coincidenza tra maschio e potere. Parrebbe pertanto verosimile ritenere che l'esplicito riferimento alla tutela degli impuberi, nella definizione di tutela, che leggiamo D.26,1,1 e I.13,1, vi fosse perchè ascrivibile ad una necessità giustificabile rispetto alla tutela del sesso che evidentemente non lo era. Pertanto l'ipotetica omissione delle fonti di tale forma di tutela troverebbe così una possibile spiegazione nell'incapacità di giustificarne una forma di controllo permanente alla luce dell'esercizio sovrano del potere *del pater familias*. Nei riguardi dell'impubere la tutela aveva invece carattere transitorio poiché legato alla durata della sua impubert  e dunque giustificato e soprattutto giustificabile dalla *naturalis ratio*.

Da qui tutti i testi delle fonti che hanno dato vita alle diverse moderne teorie interpretative del fenomeno.

CAPITOLO 3

SISTEMI DI CONTROLLO INTERNAZIONALI E MECCANISMI DI GARANZIA PER LA TUTELA DEI DIRITTI DELLE DONNE

SOMMARIO : 3) *Metodi di protezione dei diritti fondamentali di ogni essere umano; 3.1) Definizione del soggetto di diritto: chi è la donna nell'ordinamento internazionale? 3.1.1) Diritti umani delle donne; 3.2) CEDAW: la Convenzione Internazionale sui diritti delle donne.*

3 I METODI DI PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI DI OGNI ESSERE UMANO

Considerate le categorie dei diritti tutelati, occorre prendere in esame i meccanismi procedurali, ossia gli strumenti e le norme di diritto internazionale preposti a garantirne l'attuazione o a ricorrere contro uno Stato presunto responsabile di violazioni.

Bisogna ammettere che non esistono forti meccanismi di garanzia sul piano internazionale⁶⁷ per dissuadere gli Stati dalla loro naturale reticenza ad

⁶⁷ Termini come: Dichiarazione, Accordo, Trattato, Convenzione, ricorreranno spesso nella trattazione dell'argomento preso in esame.

La Dichiarazione è di per sé un atto privo di forza vincolante: gli Stati facenti parte delle nazioni Unite infatti, sono liberi o meno di conformarvisi. Al riguardo vi sono tesi di carattere opposto.

L'Accordo è l'incontro di volontà di due o più soggetti internazionali mediante il quale essi pongono a sé stessi norme di condotta con l'impegno di osservarle.

Nella prassi diplomatica l'Accordo è designato con varie espressioni: Trattato, Convenzione, Protocollo ecc...L'espressione utilizzata è irrilevante circa l'effetto giuridico del negozio. Nella sfera dei diritti umani il termine maggiormente utilizzato è Convenzione.

La procedura normale di stipulazione dei Trattati attraversa quattro stadi: la negoziazione, la firma dei plenipotenziari, la ratifica dei capi di Stato e lo scambio o il deposito di ratifiche. Nella negoziazione ciascun Stato invita individui muniti di pieni poteri (plenipotenziari), rilasciati dal rispettivo capo di Stato, a stendere il testo del trattato dibattendone gli articoli e concordandone il tenore.

Compilato il testo definitivo del trattato si giunge alla firma dei plenipotenziari; essa non ha valore di impegno giuridicamente vincolante ma soltanto di attestazione del testo concordato. Subentrata la firma, spetta al Parlamento di ciascun Stato autorizzare il Capo di Stato a rilasciare l'atto di ratifica. Esso è un atto solenne con cui lo Stato a mezzo dell'organo supremo (capo dello Stato), dichiara di voler osservare i dettami del Trattato. Se il Trattato è plurilaterale (ed una Convenzione internazionale a difesa dei diritti umani è

adempiere obblighi che loro stessi hanno assunto. Gli Stati “difficilmente sono disponibili ad accettare che un organo internazionale al di sopra delle parti venga a sindacare il modo in cui essi abbiano adempiuto agli obblighi assunti e pronunci una sentenza che li condanni a prestare un risarcimento a un individuo leso”.⁶⁸ A livello universale esistono, tuttavia, una serie di meccanismi più flessibili, non per questo completamente valutabili con connotati negativi o pessimistici⁶⁹. In termini generali, il diritto internazionale ha sviluppato una serie⁷⁰ di metodi di promozione e protezione dei diritti di ogni essere umano. Il primo metodo consiste nelle procedure di ricorso da parte di individui che asseriscono violazioni di loro diritti: si tratta, per esempio, della facoltà per un individuo di ricorrere presso la Corte europea dei diritti dell'uomo o presso il Comitato per i diritti dell'uomo⁷¹ istituito con il Patto universale sui diritti civili e politici del 1966.

In secondo luogo, vanno considerate le procedure di ricorso interstatali. Si intende far riferimento ancora una volta al Comitato dei diritti dell'uomo, sorto all'interno del *Covenant* sui diritti civili e politici del 1966, che, previa dichiarazione di accettazione da parte dello Stato, può esaminare le comunicazioni con le quali uno Stato lamenta l'inadempimento di altro

nella più parte dei casi un Trattato plurilaterale), diviene efficace e validamente operante con il deposito delle ratifiche.

⁶⁸ SCOVAZZI T., *Corso di diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2000, op. cit. p.73.

⁶⁹ Rimane lo stesso vera ed efficace la metafora che il sistema operante sul piano internazionale è privo di “denti” (meccanismi procedurali) capaci di “mordere” gli Stati: manca un efficace sistema sanzionatorio, *ibid.*, o, come scrive CONFORTI: “nessun artificio dialettico è in grado di negare l'eterna verità... e cioè il fatto che la Comunità internazionale nel suo complesso non dispone di mezzi giuridici per reagire efficacemente in caso di violazione di norme internazionali”, CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Edizione Scientifica Napoli, 1997 cit p. 9.

⁷⁰ Si è ripresa la casistica riportata da VAN BUEREN G., *The International Law on the Rights of the child*, Dordrecht, Martino Nijhoff Publishers, 1995cit., p. 378.

⁷¹ Il Comitato per i diritti dell'uomo, disciplinato dagli articoli 28 e sgg. del Patto sui diritti civili e politici (1966), operante dal 1977, è composto da diciotto membri eletti a titolo individuale per un mandato quadriennale rinnovabile ed è competente a ricevere, oltre a quelli statali, anche ricorsi individuali (facoltà sancita dal Protocollo facoltativo, del dicembre 1966, ed esercitabile solo nei confronti degli Stati che abbiano ratificato questo documento, vale a dire circa la metà degli Stati già parti del Patto). MARINI L., *Prime valutazioni sul finanziamento del Comitato*, in BEGHE' LORETI A. (a cura di), op. cit., p. 335. Per il testo degli articoli, LUZZATTO R., POCAR F. *Codice di diritto internazionale pubblico*, Giappichelli Editore, 1998., op. cit., p. 160-161e pag. 165.

Stato agli obblighi derivanti dal *Covenant*. Terminato l'esame delle comunicazioni, il Comitato redige "considerazioni", trasmesse allo Stato interessato o all'individuo leso. In entrambi i casi, però, la procedura non sfocia mai in atti vincolanti, ma in rapporti e in tentativi amichevoli di composizione.

Non meno importanti sono i rapporti delle O.N.G. a cura di esperti imparziali comprendenti indagini su asserite violazioni.

Fondamentale ai fini di questa breve analisi è l'istituzione di organismi internazionali che accolgono rapporti sulle misure che gli Stati hanno adottato per conformarsi alla legislazione internazionale sui diritti umani. Ne è un esempio il Comitato sui diritti del fanciullo, sorto in seno alla CRC⁷², che raccoglie ed esamina i rapporti provenienti dagli Stati parti della CRC stessa. Un ultimo modo per l'attuazione dei diritti umani è rappresentato dalla fornitura di consulenza e assistenza tecnica per aiutare gli Stati a portare la loro protezione e promozione a livello degli standard internazionali. In questo ambito, va ricordata l'opera di organi e agenzie specializzate delle Nazioni Unite quali: UNICEF, UNDP (Programma delle Nazioni Unite per lo sviluppo), WHO (Organizzazione mondiale della sanità). Bisogna specificare, però, che gli Stati beneficiano dell'assistenza dell'UNICEF, per esempio, soltanto se vi acconsentono; essi devono anche elaborare programmi di assistenza tecnica, sottoponendoli al Fondo delle Nazioni Unite per l'infanzia perché siano approvati e quindi eseguiti. Per l'attuazione dell'assistenza, l'UNICEF stipula con gli Stati beneficiari accordi bilaterali, veri e propri accordi internazionali.⁷³

⁷² La Convenzione sui diritti dell'infanzia è stata approvata nel 1989 ed è in vigore il 2 settembre del 1990. Verrà abbreviata in **CRC**, dall'inglese *Convention on the Right of the Child*. La si cita in quanto intimamente connessa, per ovvie ragioni, alla tutela, nelle Convenzioni Internazionali, dei diritti della donna.

⁷³ Secondo GAJA, il carattere internazionale di questi accordi si giustifica per il fatto che il Fondo opera come organo di un soggetto che sono le NU, organizzazione, a sua volta, composta da Stati membri, fra i quali è di regola compreso anche lo Stato beneficiario, che partecipa all'accordo in doppia veste, GAJA G., *ivi*, p. 415. Il Fondo, come gli altri organismi, è dotato di personalità giuridica; sulla questione della personalità giuridica internazionale e di diritto interno delle organizzazioni internazionali, vedi CONFORTI B., *Diritto internazionale*, cit., pp. 27-28.

Esplacitati i metodi volti a rendere operativa la tutela dei diritti di ogni essere umano, è bene precisare che in questo capitolo si analizzeranno nel dettaglio i meccanismi procedurali, a tutela dei sopramenzionati diritti circoscrivendone l'indagine ai diritti oggetto della presente tesi ovvero quelli relativi alla Convenzione "guida" in tema di diritti della donna: la Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne *Convention for the Elimination of all forms of Discrimination Against Women (CEDAW)*.

3.1 DEFINIZIONE DEL SOGGETTO DI DIRITTO : CHI E' LA DONNA NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE?

Una volta introdotta la figura della donna nella storia, è indispensabile domandarsi: chi è la donna che traspare nel diritto degli Stati, negli atti internazionali che la riguardano? Quale protezione riceve dal diritto internazionale generalmente riconosciuto dagli Stati? Esistono norme consuetudinarie in suo favore? Si tenterà di dare una risposta a queste domande nelle pagine seguenti.

3.1.1 I DIRITTI UMANI DELLE DONNE

Nell'evoluzione del movimento globale delle donne, il termine "diritti umani delle donne" ha avuto un notevole impatto come strumento per l'attivismo politico. Ha rappresentato, infatti, un punto di convergenza, un terreno comune, al di là dei confini geografici, per la realizzazione di concrete strategie politiche volte al cambiamento ed ha facilitato la creazione di strategie collaborative, formate dall'interazione tra punti analitici e pratiche politiche, per la promozione e la difesa dei diritti umani in una dimensione specificatamente di genere. Nel tracciare un breve cenno storico sulle origini dei networks di solidarietà di genere su larga base internazionale e, quindi, sull'idea di prospettiva di genere dei diritti umani, si deve risalire alla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1948.

La Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo del 1948⁷⁴, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite esprime ciò che è stato considerato il consenso fondamentale di tutti i popoli rispetto ai diritti umani, in relazione a questioni quali la sicurezza della persona, la schiavitù, la tortura, la protezione da parte della legge, la libertà di movimento e di parola, la libertà di religione e di assemblea, nonché i diritti alla sicurezza sociale, al lavoro, alla salute, all'educazione, alla cultura ed alla cittadinanza. La Dichiarazione esprime chiaramente il concetto che tali diritti umani si applicano egualmente a tutti, "*senza distinzione di alcun tipo quale la razza, il colore della pelle, il sesso, la lingua od altro status*" (Art. 2), fino al Protocollo aggiuntivo alla Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, i diritti delle donne sono stati oggetto di un lento processo di espansione e ridefinizione. Sia la Dichiarazione Universale del 1948 che i successivi patti attuativi sui diritti civili e politici e su quelli economici sociali e culturali, sancendo il divieto di discriminazione di sesso e l'uguaglianza di diritti individuali di uomini e donne, formulano i diritti in modo quanto più possibile neutro, sì che le violazioni possano essere parimenti perseguite nel caso che la vittima sia donna o uomo.

Una delle ragioni che ha marginalizzato le donne rispetto al meccanismo internazionale dei diritti umani e che ha indebolito la loro cittadinanza è la divisione "pubblico"/"privato". Poiché la sfera "pubblica" è considerata come il focus dell'interazione fra Stato e cittadini, l'abuso in tale relazione è stato considerato al centro della tutela dei diritti umani. Perciò, per quei cittadini - in maggioranza maschi - che predominano nella sfera pubblica la preoccupazione primaria si è rivolta agli abusi dei diritti civili e politici a cui essi sono più spesso vulnerabili, quali la violazione del diritto di parola, la detenzione arbitraria, la tortura durante la detenzione, l'esecuzione sommaria. Nel mentre le donne hanno potuto appellarsi alla macchina internazionale dei diritti umani quando si sono trovate in situazioni simili,

⁷⁴ Rossi Doria A., "Diritti delle donne e diritti umani" in AA.VV., *Dichiarazione*

alcune delle loro esperienze, specificatamente legate al genere hanno avuto scarsa visibilità all'interno della definizione prevalente di "abuso". Questo perché le donne sono tradizionalmente intese come legate alla sfera "privata", concernente la casa e la famiglia ed il cittadino "tipico" viene descritto come maschio: la nozione dominante di abuso dei diritti umani ha avuto implicitamente l'uomo come archetipo. Il genere è un fattore significativo nelle decisioni dei governi di intervenire in quella che si definisce la sfera "privata" allo scopo di perseguire le violazioni dei diritti umani. Le violazioni dei diritti umani delle donne compiute all'interno della famiglia, magari anche in nome della religione e della cultura, sono state occultate dalla santità della sfera cosiddetta "privata".

Solo con l'irruzione sulla scena del movimento femminista degli anni '70, questa visione tradizionale è posta in discussione grazie alla definizione di un nuovo approccio noto come "women in Development" (WID) che sottolinea come non si possa parlare di sviluppo escludendo l'ottica di una partecipazione piena della donna che, finalmente, cessa di essere vista solo come passiva beneficiaria di politiche di aiuto e di assistenza.

È sostanzialmente su questo orientamento che si incardina la sequenza delle quattro conferenze sulla donna convocate dall'Onu nel ventennio 1975/95 e, soprattutto, il lancio da parte dell'Assemblea Generale dell'Onu del decennio delle donne 1976-1985⁷⁵. La definizione degli abusi perpetrati alle donne nell'ambito dei diritti umani stabilisce inequivocabilmente che gli Stati sono responsabili della loro cessazione e il concetto di universalità degli stessi sfida la pretesa che la denuncia delle violenze contro le donne possa essere limitata da specifiche definizioni culturali o religiose sul ruolo femminile nella società.

universale dei diritti dell'uomo 10 dicembre 1948 Ediesse, Roma 2006 pp. 63-94.

⁷⁵ D. De Lorenzi e s. Saccaridi, *Dizionario – Atlante dello sviluppo umano*, pubblicazione dell'associazione "differenze culturali e non violenza" finanziata dall'Unione Europea nell'ambito del progetto "archivio e sviluppo". Litografia IP, Firenze, settembre 2003, p.98.

La dichiarazione di Vienna del 1993⁷⁶ e il programma d'azione che fu il prodotto della conferenza quale segnale d'accordo della comunità internazionale sullo stato dei diritti umani, attesta inequivocabilmente che: “*I diritti umani delle donne e delle bambine sono un'inalienabile integrale ed indivisibile parte dei diritti umani universali*” (Dichiarazione di Vienna I,18, 1993).

La tutela dei diritti umani delle donne ha ricevuto un impulso significativo grazie agli strumenti internazionali e all'impegno profuso dalle Nazioni Unite nel loro riconoscimento e nell'elevamento dei relativi standard.

Successivamente la Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (*Convention for the Elimination of all forms of Discrimination Against Women- CEDAW*) adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18.12.1979 ed entrata in vigore il 3.9.1981, di cui si parlerà più dettagliatamente nel paragrafo sottostante, ha costituito la più estesa carta mondiale dei diritti delle donne e stabilito gli standard di uguaglianza a cui si riferiscono le donne del mondo. Identificando le discriminazioni più evidenti in tutte le principali aree di diritti civili economici sociali e politici, essa impegna gli Stati membri ad eliminarle e a promuovere, in aggiunta, l'uguaglianza di opportunità attraverso misure positive. Nonostante sia una delle Convenzioni più ratificate dagli Stati, l'aggiornamento sullo stato delle ratifiche è fornito da una apposita tabella inserita nel paragrafo successivo, le riserve, le inadempienze e le violazioni sono così generalizzate che si è reso necessario aggiungere un Protocollo opzionale, che, dalla sua entrata in vigore nel 2001, consente ad associazioni non governative e ad individui di denunciare, le violazioni esistenti nei diversi Stati, alla apposita Commissione, la quale è, a sua volta, abilitata a condurre indagini sul caso e a formulare raccomandazioni al governo responsabile.

Fino alla Conferenza di Vienna del 1993, i diritti umani garantiti dalla Dichiarazione Universale e dalle principali Convenzioni Onu sono stati,

⁷⁶ *Dichiarazione di Vienna sui diritti umani*, adottata dalla Conferenza Mondiale sui diritti

tuttavia, interpretati in modo tale che le violazioni dei diritti delle donne che avvengono in famiglia tra "privati" individui sono state rese invisibili e considerate come al di là della supervisione dello stato. A questo proposito ha scritto Charlotte Bunch⁷⁷ (Executive Director of the Center for Women's Global Leadership): *“Ovviamente i diritti umani delineati dalla Dichiarazione Universale sono intesi come applicati alle donne. Tuttavia, la tradizione, il pregiudizio, l'interesse sociale, economico e politico si sono combinati per escludere le donne dalla definizione prevalente della "generalità" dei diritti umani, ed hanno relegato le donne a significanti di un interesse "secondario" o "specifico" all'interno del quadro. Tale marginalizzazione delle donne nel mondo dei diritti umani si è originata come riflesso dell'ineguaglianza di genere nel mondo ed ha un terribile impatto sulle vite delle donne. Essa ha contribuito a perpetuare, e financo a condonare, uno status subordinato femminile.”*

Solo dall'approccio nuovo e dalla riconcettualizzazione operata in seno alla Conferenza Mondiale sui Diritti Umani di Vienna del 1993, che nella sua Dichiarazione conclusiva afferma: *"i diritti umani delle donne e delle bambine sono un'inalienabile, integrale ed indivisibile parte dei diritti umani universali"*, scaturisce il riconoscimento delle forme specifiche di violenza contro le donne come violazione dei loro diritti umani.

umani dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, 25 giugno 1993.

⁷⁷ I Diritti Umani delle donne, gennaio 2001, di Charlotte Bunch (Executive Director of the Center for Women's Global Leadership) e Samantha Frost (Docente di Women's Studies al Department of Kresge College, University of California), 1997. Traduzione e adattamento di Maria G. Di Rienzo.

3.2. CEDAW⁷⁸: LA CONVENZIONE INTERNAZIONALE SUI DIRITTI DELLE DONNE

La Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, (*Convention for the Elimination of all forms of Discrimination Against Women- CEDAW*) è stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18.12.1979 (con 130 voti a favore e 10 astensioni). Il 17 luglio 1980, alla cerimonia speciale dell Conferenza mondiale di Copenaghen, firmarono la CEDAW 64⁷⁹ Stati. Il 3 settembre 1981 è entrata in vigore in tempi record rispetto a ogni precedente trattato sui diritti umani.

Tale convenzione rappresenta il più ampio trattato internazionale sui diritti delle donne, spaziando dalle tematiche sui diritti in materia di lavoro e quelle relative alla maternità, alla salute, all'istruzione, alla parità tra i coniugi.

Con la ratifica della CEDAW gli Stati assumono precisi obblighi perché le donne possano godere in concreto dei loro diritti fondamentali: non solo devono introdurre modifiche normative che rimuovono le situazioni di disegualianza, ma devono anche e soprattutto promuovere un cambiamento culturale per il riconoscimento della libertà di scelta della donna e della tutela della sua integrità psicofisica. La CEDAW obbliga infatti gli Stati che l'hanno sottoscritta a riconoscere l'uguaglianza giuridica tra uomini e donne, abolire le leggi discriminatorie, contrastare la violenza di genere, eliminare gli stereotipi associati ai ruoli tradizionali di uomini e donne nella famiglia e nella società, istituire tribunali e istituzioni pubbliche per assicurare una protezione effettiva contro al discriminazione.

Quasi venti anni dopo l'entrata in vigore della CEDAW, il 15 ottobre 1999, l'Assemblea generale dell'ONU ha adottato il relativo Protocollo

⁷⁸ Cedaw - Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne:http://www.dirittiumani.donne.aidos.it/bibl_3_attori/a_organ_i_trattati/c_comit_cedaw.html

⁷⁹ Il prospetto dello stato delle ratifiche al 2012 è riportato nella tabella qui di seguito. È opportuno sottolineare che l'Italia ha ratificato la CEDAW il 10 giugno 1985 ed ha aderito al protocollo opzionale il 29 ottobre 2002.

facoltativo, che ha allineato la Convenzione ai principali testi internazionali in materia di diritti umani e ha fornito più chiare possibilità di ricorso in caso di violazioni. Il Protocollo infatti definisce due diverse procedure di intervento: 1) una procedura di denuncia, utilizzabile sia da singole donne che da gruppi di donne per denunciare al Comitato sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne i casi di violazione delle norme stabilite dalla Convenzione; 2) una procedura d'indagine, che conferisce al Comitato il potere di condurre indagini sui casi di violazioni gravi o sistematiche dei diritti umani delle donne nei paesi che hanno sottoscritto il Protocollo facoltativo.

Il Protocollo facoltativo è entrato in vigore dopo un solo anno dall'adozione, il 22.12.2000.

Diversamente da altri importanti documenti prodotti dalle conferenze internazionali, che rappresentano impegni di tipo politico, essa ha un carattere vincolante per gli Stati che la sottoscrivono. Dalla sua approvazione ci sono voluti venti anni di attesa e cinque di lavoro, il gruppo fu costituito nel 1994, perché venisse conclusa la redazione del protocollo facoltativo, che consente alle donne, nei casi di violazioni gravi, di ricorrere e far valere in campo internazionale i diritti affermati dalla Convenzione. La Convenzione CEDAW ribadisce la norma della Dichiarazione universale contro le discriminazioni in base al sesso, e integra in un testo organico tutti gli standard relativi alle donne, già contenuti nei trattati internazionali esistenti all'epoca, essa però si spinge oltre. Nel suo preambolo, si riconosce in primo luogo che nonostante i numerosi sforzi delle Nazioni Unite per promuovere i diritti umani delle donne e l'eguaglianza fra uomini e donne, “*le donne continuano ad essere oggetto di gravi discriminazioni*”. Si afferma, inoltre, sempre nel preambolo, che “*la discriminazione contro le donne viola i principi dell'eguaglianza dei diritti e del rispetto della dignità umana, ostacola la partecipazione delle donne alla vita politica, sociale, economica e culturale del loro paese in condizioni di parità con gli uomini, intralcia la crescita del benessere della società e della famiglia e rende più*

difficile un pieno dispiegarsi delle potenzialità delle donne per il bene del proprio paese e dell'umanità."

La Convenzione, insomma, richiede agli Stati di eliminare tutte le forme di discriminazione contro le donne, nell'esercizio di tutti i diritti civili, politici, economici, sociali e culturali. Essa indica anche le misure programmatiche che gli Stati devono attuare per raggiungere l'eguaglianza fra donne e uomini. Secondo la CEDAW, gli Stati sono tenuti ad operare per il raggiungimento dell'eguaglianza non solo nella vita pubblica, ma anche in quella privata, e in particolar modo nella famiglia.

Nel portare avanti gli obiettivi della Convenzione, gli Stati sono autorizzati ad adottare misure temporanee, le cosiddette "azioni positive", da mantenere in vigore fino a che non si sarà ottenuta una piena uguaglianza fra donne e uomini. La CEDAW consta di 30 articoli, i primi 16 riguardano le azioni specifiche che devono essere intraprese dagli Stati che hanno ratificato la Convenzione per rendere attivi i principi enunciati nella Convenzione all'interno delle legislazioni nazionali. Dalla lettura di questi articoli emerge la volontà di garantire le donne da ogni forma di discriminazione in tutti i campi del sociale: vita politica e pubblica (art. 7); rappresentanza (art. 8); nazionalità (art. 9), educazione (art.10); occupazione (art.11); salute (art. 12); uguaglianza di fronte alla legge (art.15); matrimonio e famiglia (art. 16). Gli articoli 17-30 descrivono invece le procedure per implementare i contenuti della Convenzione.

I sette Stati membri dell'ONU che non hanno ratificato la Convenzione sono: gli Stati islamici quali (Iran, Somalia, Sudan) o le piccole nazioni insulari del Pacifico (Nauru, Palau, Tonga). Gli Stati Uniti hanno firmato ma non ancora ratificato la Convenzione.

Ciò che induce a riflettere è ovviamente quest'ultima mancata ratifica da parte di una nazione come gli Stati Uniti d'America⁸⁰.

⁸⁰ Durante tutta la campagna presidenziale del 2008, il presidente Obama, il vice presidente Joe Biden e il segretario di Stato Hillary Clinton hanno sostenuto la Cedaw. Tra gli altri sostenitori di rilievo, un posto a parte merita Harold Koh, preside della facoltà di Legge di Yale, nominato consulente legale del Dipartimento di Stato, e in questa veste legittimato ad esprimere il suo parere ufficiale. Koh aveva dichiarato in precedenza che la Cedaw è silente

Il fatto che l'amministrazione Obama abbia messo la CEDAW tra i primi trattati da ratificare e gli ostacoli posti da una potenza che, riprendendo la sistematicità offerta nel primo capitolo di questa tesi, è certamente rientrante nella prospettiva eurocentrica del diritto, significa che, anche in nazioni conosciute come "socialmente e giuridicamente avanzate", i diritti tutelati dalla Convenzione su citata incontrano tutt'oggi, nel 2012, forti ostacoli, per ciò che concerne la loro tutela e applicazione, nella prassi non solo sociale e culturale del Paese ma anche in quella giuridica.

Un paese come gli USA fatica evidentemente a garantire per esempio quanto sancito dall'art. 12 della CEDAW: *Gli Stati prenderanno tutte le misure adeguate per eliminare la discriminazione nei confronti delle donne nel campo delle cure sanitarie al fine di assicurare loro, in condizioni di parità con gli uomini, i mezzi per accedere ai servizi sanitari, compresi quelli che si riferiscono alla pianificazione familiare.*

Nonostante quanto disposto nel paragrafo I del presente articolo gli stati forniranno alle donne, durante la gravidanza, al momento del parto e dopo il parto, i servizi approvati, e, se necessari gratuiti, e un'alimentazione adeguata sia durante la gravidanza che durante l'allattamento.

Ed ancora il principio di uguaglianza tra uomo e donna è sancito per esempio nell'art. 7: *"Gli Stati parti prendono ogni misura adeguata ad eliminare la discriminazione nei confronti delle donne nella vita politica e pubblica assicurando loro: di votare in tutte le elezioni, di prendere parte all'elaborazione della politica dello Stato; di rappresentare i loro governi a livello internazionale (art.8); di avere a disposizione le medesime condizioni di orientamento professionale, accesso agli studi rispetto agli*

sul tema dell'aborto e che la sua ratifica non incide su come ciascun paese decide di occuparsi di diritti riproduttivi. In trentanni di vita, tuttavia, un buon numero di pareri giuridici che criminalizzano l'aborto citano la Convenzione come responsabile di ispirare le leggi per l'interruzione di gravidanza dei Paesi dove è stata ratificata. Ecco perché molte attiviste dei diritti delle donne, degli Stati Uniti e degli altri Paesi, guardano con preoccupazione al processo di ratifica degli USA alla luce della riserva sull'aborto inserita nel 2002. Per essere ratificato, un trattato ha bisogno di 67 voti del Senato, e basta solo un voto contrario di un senatore, per qualunque motivo, per mettere alle corde l'intero voto. <http://femminicidio.blogspot.it>. Gli Stati Uniti verso la ratifica della Cedaw.

uomini (art.10); diritto ad usufruire della medesima opportunità di impiego, inclusa l'adozione dei medesimi criteri in materia di selezione unitamente al diritto alla parità di remunerazione (art 11).

La tabella riportata seguitamente fornisce il quadro giuridico sullo stato di applicazione delle richiamata CEDAW nella prospettiva non solo eurocentrica ma altresì globale dello stato di implementazioni dei principi e dei diritti enunciati dalla stessa nelle singole Nazioni.

Campo di applicazione al 6 marzo 2012⁸¹

Stati partecipanti	Ratifica Adesione (A) Dichiarazione di successione (S)		Entrata in vigore	
Afghanistan	5 marzo	2003	4 aprile	2003
Albania	11 maggio	1994 A	10 giugno	1994
Algeria	22 maggio	1996 A	21 giugno	1996
Andorra	15 gennaio	1997 A	14 febbraio	1997
Angola	17 settembre	1986	17	1986

⁸¹ Il testo, in francese e inglese, può essere consultato sul sito Internet dell'Organizzazione delle Nazioni Unite: <http://treaties.un.org/> oppure ottenuto presso la Direzione del diritto internazionale pubblico (DDIP), Sezione Trattati internazionali, 3003 Berna. Fino al 30 giu. 1997, la Convenzione è stata applicata a Hong Kong sulla base di una dichiarazione d'estensione territoriale del Regno Unito. A partire dal 1° luglio 1997, Hong Kong è divenuta una Regione amministrativa speciale (RAS) della Repubblica popolare di Cina. In virtù della dichiarazione sino-britannica del 19 dic. 1984, gli accordi che sono stati applicati a Hong Kong prima della sua retrocessione alla Repubblica popolare di Cina rimangono applicabili anche nella RAS. Dal 27 apr. 1999 al 19 dic. 1999, la Convenzione era applicabile a Macao in base a una dichiarazione d'estensione territoriale del Portogallo. Dal 20 dic. 1999, Macao è diventata una Regione amministrativa speciale (RAS) della Repubblica Popolare Cinese. In virtù della dichiarazione cinese del 19 ott. 1999, la Convenzione è applicabile anche alla RAS Macao dal 20 dic. 1999.

		A	ottobre	
Antigua e Barbuda	1° agosto	1989 A	31 agosto	1989
Arabia Saudita	7 settembre	2000	7 ottobre	2000
Argentina	15 luglio	1985	14 agosto	1985
Armenia	13 settembre	1993 A	13 ottobre	1993
Australia	28 luglio	1983	27 agosto	1983
Austria	31 marzo	1982	30 aprile	1982
Azerbaijan	10 luglio	1995 A	9 agosto	1995
Bahamas	6 ottobre	1993 A	5 novembre	1993
Bahrein	18 giugno	2002 A	18 luglio	2002
Bangladesh	6 novembre	1984 A	6 dicembre	1984
Barbados	16 ottobre	1980	3 settembre	1981
Belarus	4 febbraio	1981	3 settembre	1981
Belgio	10 luglio	1985	9 agosto	1985
Belize	16 maggio	1990	15 giugno	1990
Benin	12 marzo	1992	11 aprile	1992
Bhutan	31 agosto	1981	30	1981

			settembre	
Bolivia	8 giugno	1990	8 luglio	1990
Bosnia e Erzegovina	1° settembre	1993 S	6 marzo	1992
Botswana	13 agosto	1996 A	12 settembre	1996
Brasile	1° febbraio	1984	2 marzo	1984
Brunei	24 maggio	2006 A	23 giugno	2006
Bulgaria	8 febbraio	1982	10 marzo	1982
Burkina Faso	14 ottobre	1987 A	13 novembre	1987
Burundi	8 gennaio	1992	7 febbraio	1992
Cambogia	15 ottobre	1992 A	14 novembre	1992
Camerun	23 agosto	1994	22 settembre	1994
Canada	10 dicembre	1981	9 gennaio	1982
Capo Verde	5 dicembre	1980 A	3 settembre	1981
Ceca, Repubblica	22 febbraio	1993 S	1° gennaio	1993
Ciad	9 giugno	1995 A	9 luglio	1995
Cile	7 dicembre	1989	6 gennaio	1990

Cina	4 novembre	1980	3 settembre	1981
Hong Kong	14 ottobre	1996	13 novembre	1996
Macao	19 ottobre	1999	20 dicembre	1999
Cipro	23 luglio	1985 A	22 agosto	1985
Colombia	19 gennaio	1982	18 febbraio	1982
Comore	31 ottobre	1994 A	30 novembre	1994
Congo (Brazzaville)	26 luglio	1982	25 agosto	1982
Congo (Kinshasa)	17 ottobre	1986	16 novembre	1986
Corea (Nord)	27 febbraio	2001 A	29 marzo	2001
Corea (Sud)	27 dicembre	1984	26 gennaio	1985
Costa Rica	4 aprile	1986	4 maggio	1986
Côte d'Ivoire	18 dicembre	1995	17 gennaio	1996
Croazia	9 settembre	1992 S	8 ottobre	1991
Cuba	17 luglio	1980	3 settembre	1981
Danimarca	21 aprile	1983	21	1983

			maggio	
Dominica	15 settembre	1980	3 settembre	1981
Dominicana, Repubblica	2 settembre	1982	2 ottobre	1982
Ecuador	9 novembre	1981	9 dicembre	1981
Egitto	18 settembre	1981	18 ottobre	1981
El Salvador	19 agosto	1981	18 settembre	1981
Emirati Arabi Uniti	6 ottobre	2004 A	5 novembre	2004
Eritrea	5 settembre	1995 A	5 ottobre	1995
Estonia	21 ottobre	1991 A	20 novembre	1991
Etiopia *	10 settembre	1981	10 ottobre	1981
Figi	28 agosto	1995 A	27 settembre	1995
Filippine	5 agosto	1981	4 settembre	1981
Finlandia	4 settembre	1986	4 ottobre	1986
Francia * **	14 dicembre	1983	13 gennaio	1984
Gabon	21 gennaio	1983	20 febbraio	1983

Gambia	16 aprile	1993	16 maggio	1993
Georgia	26 ottobre	1994 A	25 novembre	1994
Germania	10 luglio	1985	9 agosto	1985
Ghana	2 gennaio	1986	1° febbraio	1986
Giamaica	19 ottobre	1984	18 novembre	1984
Giappone	25 giugno	1985	25 luglio	1985
Gibuti	2 dicembre	1998 A	1° gennaio	1999
Giordania	1° luglio	1992	31 luglio	1992
Grecia	7 giugno	1983	7 luglio	1983
Grenada	30 agosto	1990	29 settembre	1990
Guatemala	12 agosto	1982	11 settembre	1982
Guinea	9 agosto	1982	8 settembre	1982
Guinea equatoriale	23 ottobre	1984 A	22 novembre	1984
Guinea-Bissau	23 agosto	1985	22 settembre	1985
Guyana	17 luglio	1980	3 settembre	1981
Haiti	20 luglio	1981	3 settembre	1981

Honduras	3 marzo	1983	2 aprile	1983
India	9 luglio	1993	8 agosto	1993
Indonesia	13 settembre	1984	13 ottobre	1984
Iraq	13 agosto	1986 A	12 settembre	1986
Irlanda	23 dicembre	1985 A	22 gennaio	1986
Islanda	18 giugno	1985	18 luglio	1985
Isole Cook	11 agosto	2006 A	10 settembre	2006
Isole Marshall	2 marzo	2006 A	1° aprile	2006
Israele	3 ottobre	1991	2 novembre	1991
Italia	10 giugno	1985	10 luglio	1985
Kazakistan	26 agosto	1998 A	25 settembre	1998
Kenya	9 marzo	1984 A	8 aprile	1984
Kirghizistan	10 febbraio	1997 A	12 marzo	1997
Kiribati	17 marzo	2004 A	16 aprile	2004
Kuwait	2 settembre	1994 A	2 ottobre	1994
Laos	14 agosto	1981	13 settembre	1981

Lesotho	22 agosto	1995	21 settembre	1995
Lettonia	14 aprile	1992 A	14 maggio	1992
Libano	16 aprile	1997 A	21 maggio	1997
Liberia	17 luglio	1984 A	16 agosto	1984
Libia	16 maggio	1989 A	15 giugno	1989
Liechtenstein	22 dicembre	1995 A	21 gennaio	1996
Lituania	18 gennaio	1994 A	17 febbraio	1994
Lussemburgo	2 febbraio	1989	4 marzo	1989
Macedonia	18 gennaio	1994 S	17 novembre	1991
Madagascar	17 marzo	1989	16 aprile	1989
Malawi	12 marzo	1987 A	11 aprile	1987
Malaysia	5 luglio	1995 A	4 agosto	1995
Maldive	1° luglio	1993 A	31 luglio	1993
Mali	10 settembre	1985	10 ottobre	1985
Malta	8 marzo	1991 A	7 aprile	1991

Marocco	21 giugno	1993 A	21 luglio	1993
Mauritania	10 maggio	2001 A	9 giugno	2001
Maurizio	9 luglio	1984 A	8 agosto	1984
Messico	23 marzo	1981	3 settembre	1981
Micronesia	1° settembre	2004 A	1° ottobre	2004
Moldova	1° luglio	1994 A	31 luglio	1994
Monaco	18 marzo	2005 A	17 aprile	2005
Mongolia	20 luglio	1981	3 settembre	1981
Montenegro	23 ottobre	2006 S	3 giugno	2006
Mozambico	21 aprile	1997 A	16 maggio	1997
Myanmar	22 luglio	1997 A	21 agosto	1997
Namibia	23 novembre	1992 A	23 dicembre	1992
Nauru	23 giugno	2011 A	23 luglio	2011
Nepal	22 aprile	1991	22 maggio	1991

Nicaragua	27 ottobre	1981	26 novembre	1981
Niger	8 ottobre	1999 A	7 novembre	1999
Nigeria	13 giugno	1985	13 luglio	1985
Norvegia	21 maggio	1981	3 settembre	1981
Nuova Zelanda	10 gennaio	1985	9 febbraio	1985
Niue	10 gennaio	1985	9 febbraio	1985
Oman	7 febbraio	2006 A	9 marzo	2006
Paesi Bassi	23 luglio	1991	22 agosto	1991
Aruba	23 luglio	1991	22 agosto	1991
Curaçao	23 luglio	1991	22 agosto	1991
Parte caraibica (Bonaire, Sant'Eustachio e Saba)	23 luglio	1991	22 agosto	1991
Sint Maarten	23 luglio	1991	22 agosto	1991
Pakistan	12 marzo	1996 A	11 aprile	1996
Panama	29 ottobre	1981	28 novembre	1981
Papua Nuova Guinea	12 gennaio	1995 A	11 febbraio	1995
Paraguay	6 aprile	1987	6	1987

		A	maggio	
Perù	13 settembre	1982	13 ottobre	1982
Polonia	30 luglio	1980	3 settembre	1981
Portogallo	30 luglio	1980	3 settembre	1981
Qatar	29 aprile	2009 A	29 maggio	2009
Regno Unito	7 aprile	1986	7 maggio	1986
Georgia del Sud e Isole Sandwich del Sud	7 aprile	1986	7 maggio	1986
Isola di Man	7 aprile	1986	7 maggio	1986
Isole Falkland	7 aprile	1986	7 maggio	1986
Isole Turche e Caicos	7 aprile	1986	7 maggio	1986
Isole Vergini britanniche	7 aprile	1986	7 maggio	1986
Rep. Centrafricana	21 giugno	1991 A	21 luglio	1991
Romania	7 gennaio	1982	6 febbraio	1982
Ruanda	2 marzo	1981	3 settembre	1981
Russia	23 gennaio	1981	3	1981

			settembre	
Saint Kitts e Nevis	25 aprile	1985 A	25 maggio	1985
Saint Lucia	8 ottobre	1982 A	7 novembre	1982
Saint Vincent e Grenadine	4 agosto	1981 A	3 settembre	1981
Salomone, Isole	6 maggio	2002 A	5 giugno	2002
Samoa	25 settembre	1992 A	25 ottobre	1992
São Tomé e Príncipe	3 giugno	2003	3 luglio	2003
Seicelle	5 maggio	1992	4 giugno	1992
Senegal	5 febbraio	1985	7 marzo	1985
Serbia	12 marzo	2001 S	27 aprile	1992
Sierra Leone	11 novembre	1988	11 dicembre	1988
Singapore	5 ottobre	1995 A	4 novembre	1995
Siria	28 marzo	2003 A	27 aprile	2003
Slovacchia	28 maggio	1993 S	1° gennaio	1993
Slovenia	6 luglio	1992 S	25 giugno	1991

Spagna	5 gennaio	1984	4 febbraio	1984
Sri Lanka	5 ottobre	1981	4 novembre	1981
Sudafrica	15 dicembre	1995	14 gennaio	1996
Suriname	1° marzo	1993 A	31 marzo	1993
Svezia	2 luglio	1980	3 settembre	1981
Svizzera	27 marzo	1997	26 aprile	1997
Swaziland	26 marzo	2004 A	25 aprile	2004
Tagikistan	26 ottobre	1993 A	25 novembre	1993
Tanzania	20 agosto	1985	19 settembre	1985
Thailandia	9 agosto	1985 A	8 settembre	1985
Timor-Leste	16 aprile	2003 A	16 maggio	2003
Togo	26 settembre	1983 A	26 ottobre	1983
Trinidad e Tobago	12 gennaio	1990	11 febbraio	1990
Tunisia	20 settembre	1985	20 ottobre	1985
Turchia	20 dicembre	1985	19	1986

		A	gennaio	
Turkmenistan	1° maggio	1997 A	31 maggio	1997
Tuvalu	6 ottobre	1999 A	5 novembre	1999
Ucraina	12 marzo	1981	3 settembre	1981
Uganda	22 luglio	1985	21 agosto	1985
Ungheria	22 dicembre	1980	3 settembre	1981
Uruguay	9 ottobre	1981	8 novembre	1981
Uzbekistan	19 luglio	1995 A	18 agosto	1995
Vanuatu	8 settembre	1995 A	8 ottobre	1995
Venezuela	2 maggio	1983	1° giugno	1983
Vietnam	17 febbraio	1982	19 marzo	1982
Yemen	30 maggio	1984A	29 giugno	1984
Zambia	21 giugno	1985	21 luglio	1985
Zimbabwe	13 maggio	1991 A	12 giugno	1991

CAPITOLO 4

L'ISLAM E I DIRITTI UMANI⁸²: LA FIGURA DELLA DONNA NEI VERSETTI CORANICI

SOMMARIO : 4) *Le concezioni musulmane e occidentali del diritto; 4.1) Gli elementi fattuali del diritto musulmano e del diritto occidentale; 4.2) La compatibilità del “sistema” islamico e il “sistema” internazionale nella tutela dei diritti umani ; 4.2.1) La Dichiarazione islamica universale dei diritti dell'uomo, 1981; 4.2.2) La Dichiarazione del Cairo dei diritti dell'uomo nell'Islam, 1990; 4.2.3) La Carta araba dei diritti dell'uomo, 1994; 4.3) Il contesto africano; 4.3.1) La Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, 1981; 4.3.2) La Carta africana dei diritti e il benessere dei bambini, 1990; 4.4.) La figura della donna nei versetti coranici.*

4 LE CONCEZIONI MUSULMANE E OCCIDENTALI DEL DIRITTO

In apertura di questa seconda parte del mio lavoro, mi preme dichiarare di essere consapevole del fatto che l'approccio ad uno studio sul confronto tra le concezioni occidentali e le concezioni musulmane del diritto non può non essere profondamente condizionato dal mio essere occidentale, dal mio essere donna europea, italiana, che vive nel 2012. Sono infatti convinta che uno degli errori in cui più facilmente si incorre, nell'avvicinarsi per le più diverse occasioni di studio al mondo musulmano, sia quello di proporre letture che non tengono conto della complessità che caratterizza la civiltà musulmana (come, del resto, tutte le civiltà), e dell'influenza determinante che gioca, in questi tentativi di lettura, la propria identità culturale di riferimento.

⁸² Ci siamo limitati a utilizzare il termine “diritti”, senza menzionare il termine “doveri”. In effetti, tutto ciò costituisce un diritto per qualcuno è nello stesso tempo un dovere per qualcun altro (ad esempio il diritto per i sudditi corrisponde al dovere per il governante; il diritto per il padre equivale al dovere per il figlio; il diritto per la sposa è tutt'uno con il dovere per lo sposo e, viceversa, il diritto per il governante coincide con il dovere per i sudditi e così via). Dal momento che i diritti dell'uomo nell'Islam riguardano l'insieme degli individui, indipendentemente dalla loro posizione e dalle loro relazioni, ne deriva che ciò che da un lato è un diritto dall'altro è un dovere.

Tenterò allora, per quanto mi è possibile, di procedere allo studio della comparazione tra le concezioni occidentali e le concezioni musulmane del diritto senza presunzione di possedere la chiave di lettura migliore. A mio avviso, ciò che manca in questo momento al dibattito che si svolge su più piani e a più livelli in merito alla compatibilità tra la civiltà occidentale e la civiltà musulmana, è il tentare con determinazione la via del dialogo e del confronto. Adottare la prospettiva del confronto, e non dello scontro, significa infatti aver già accettato come valore la diversità culturale.

Ritengo l'analisi di questo confronto una tappa fondamentale per poter ragionare riguardo l'oggetto della tesi: quali diritti per la donna nel mondo islamico? Ragionare allora circa la diversità della percezione stessa del "diritto", della "sua" natura sostanziale che oriente ed occidente hanno, mi sembra una premessa doverosa. Ritengo inoltre sia fondamentale affrontare uno studio di comparazione tra concezioni di diritto partendo dalla convinzione che il diritto sia un sistema "aperto". Il diritto infatti è caratterizzato da una strutturale apertura al mondo esterno di quelle che possono definirsi le "ragioni non giuridiche" quelle cioè che attengono alle ragioni dell'etica, della politica e della morale.

Ragionare del concetto di diritto significa ragionare della natura stessa del diritto, e nella controversia attorno al concetto di diritto, il problema principale pare risiedere nel rapporto tra diritto e morale. È questa in effetti la problematica attorno alla quale può ruotare anche la comparazione tra concezioni musulmane e concezioni occidentali di diritto, poiché anche i dibattiti interni al mondo arabo - musulmano vertono sulla possibilità di scindere il piano morale di riferimento, che nel caso dell'Islam è religioso, dal piano strettamente giuridico.

Rispetto alla problematica del rapporto tra diritto e morale, nel dibattito occidentale si distinguono essenzialmente due contrapposte posizioni nello spazio tra le quali sono possibili numerose forme intermedie: la concezione positivista e la concezione non positivista o giusnaturalista del diritto.

La concezione positivista si basa sostanzialmente, come è noto, sulla separazione tra diritto e morale, ritenendo che il concetto di diritto non

debba includere elementi morali e che non vi sia alcuna connessione tra ciò che il diritto impone e ciò che la giustizia esige. All'interno di questa posizione si possono riconoscere molteplici tesi di studiosi di diritto⁸³.

Rispetto alle teorie positiviste, le divergenze con la maggioranza delle teorie musulmane sembrano inconciliabili. La maggioranza di queste ultime sostiene infatti che il diritto debba dare valore e obbligatorietà ai contenuti che propone la morale, cioè la legge islamica.

Le teorie non positivistiche o giusnaturalistiche occidentali invece sostengono la tesi della connessione tra diritto e morale, secondo la quale è necessario che la definizione del concetto di diritto includa elementi morali. Due sono le tesi principali: una tesi secondo la quale si danno principi morali e di giustizia universalmente validi e conoscibili per mezzo della ragione umana; una tesi sulla definizione del concetto di diritto secondo la quale una norma o un sistema normativo non possono essere qualificati come giuridici se contraddicono tali principi morali o di giustizia.

A mio parere, la quasi totalità delle teorie musulmane sul concetto di diritto si avvicina alle teorie giusnaturalistiche occidentali, poiché quasi tutte le teorie musulmane, seppur con diverse sfumature, fanno un forte riferimento alla presenza nel diritto di elementi morali: anche le più laiche e positiviste infatti, come dicevo, si rivolgono ad un'idea di giustizia in ordine alla quale costruire un sistema giuridico definito.

⁸³ Secondo ALEXY per esempio la tesi succitata è raggruppabile in due insiemi principali: al primo appartengono i concetti di diritto propriamente ispirati alla efficacia sociale, in particolare le teorie sociologiche e realistiche del diritto; al secondo appartengono i concetti di diritto primariamente ispirati alla statuizione (cioè la positività conforme all'ordinamento), ovvero le teorie analitiche, cioè gli orientamenti di teoria del diritto interessati all'analisi logica e concettuale delle strutture formali utilizzate nelle pratiche giuridiche. ALEXY R., *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997. ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998.

NINO C. S. sostiene invece che l'espressione "positivismo giuridico" sia fortemente ambigua, poiché raggruppa posizioni talmente diverse che rischiano esse stesse di essere in disaccordo: si attribuiscono infatti al positivismo giuridico le tesi dello scetticismo etico, del giuspositivismo ideologico, del formalismo giuridico, del giuspositivismo metodologico e concettuale. Un'altra posizione, quella del realismo giuridico, si può riassumere nell'espressione "un atteggiamento scettico nei confronti delle norme giuridiche". Questo scetticismo come scrive HERBERT L. HART H., nei confronti delle norme è una specie di reazione estrema contro un atteggiamento opposto: il formalismo nei confronti delle norme e dei concetti giuridici. NINO C.S., *Introduzione all'analisi del diritto*. Giappichelli, Torino, 1996. HART H.L., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1991.

Nel confronto tra teorie giusnaturalistiche occorre principalmente chiedersi quale sia il fondamento della morale alla quale si riferisce e quali gli elementi fattuali che comunque una concezione giusnaturalistica del diritto contempla. Per quanto riguarda l'occidente, se tutti i giusnaturalisti concordano sulle due tesi principali sopraesposte, essi discordano invece circa l'origine dei principi morali e di giustizia; si distinguono così diverse concezioni⁸⁴.

Ma questo excursus storico-filosofico è solo la prima tappa del percorso intrapreso, poiché, il profondo legame tra sfera spirituale e materiale costituisce, dal punto di vista dell'occidente, la più marcata diversità con il mondo islamico. La separazione tra Stato e Chiesa in occidente ha reso possibile il recupero del ruolo sociale della religione e la diffusione di valori etici laici, ritenuti quasi sempre patrimonio delle grandi conquiste dell'uomo moderno.

La modernità delle società occidentali è, secondo la nostra visione riconducibile al processo di secolarizzazione delle istituzioni, rese oggi capaci di offrire ai propri cittadini ordinamenti giuridici e modelli di convivenza sociale basati sui principi democratici di tolleranza e non discriminazione, sul riconoscimento e la tutela dei diritti civili, politici e religiosi. La produzione di norme giuridiche non più ispirata al diritto divino

⁸⁴ Il giusnaturalismo ideologico, il cui principale rappresentante è Tommaso D'Aquino, sostiene che il diritto naturale è quella parte dell'ordine eterno stabilito da Dio che è conoscibile per la ragione umana. Il giusnaturalismo volontarista, invece, sviluppatosi attorno al XIII secolo, fa riferimento alla volontà provvidenziale di Dio. Il giusnaturalismo razionalista poi, originatosi con il movimento illuminista e che vede in Kant e Spinoza due dei suoi più illustri esponenti, ritiene che il diritto naturale derivi solamente dalla natura e dalla struttura della ragione umana. Una derivazione del giusnaturalismo razionalista occidentale è la concezione storicista di autori come per esempio Savigny, che critica come ingenua la pretesa di ricavare norme universalmente valide dallo sviluppo della storia umana, essendo invece questa determinante da una serie di fattori irrazionali. Un'altra corrente giusnaturalista invece, diffusasi soprattutto in Germania, si fonda sulla natura delle cose: questa concezione sostiene in generale che certi aspetti della realtà possiedono forza normativa e costituiscono una fonte giuridica alla quale il diritto positivo deve adeguarsi. FERRAIOLI L., *La sovranità sul mondo moderno*, Laterza, Roma-Bari, 1997. HEBERMAS J., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano, 1996. ROMANO B., "Funzione, scopo ed eguaglianza del diritto nella società complessa", in *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, LXXV, 1998, pp.46-83.

è di conseguenza ritenuta la base per l'edificazione di istituzioni moderne e democratiche.

Appare subito chiaro che il legame tra religione e politica è, dal punto di vista islamico, indissolubile, visto che l'Islam è contemporaneamente una religione, un modello di ordinamento giuridico, un disegno politico, una proposta di società civile. I principi dell'Islam reggono la vita del musulmano nella sua interezza. La separazione tra la sfera temporale e quella religiosa, almeno sul piano ideale, semplicemente non esiste, perché il messaggio del Profeta Maometto, improntato al concetto fondamentale dell'unità, si irradia su tutti i piani del vivere dell'uomo: sul piano religioso un unico Dio, Allah; sul piano sociale e politico una unica realtà, la *Umma*, la comunità islamica indivisibile; sul piano giuridico una unica legge, quella ispirata dal Corano la *Shari'a*.

Esiste nella religione islamica un progetto politico disegnato dalla legge Divina che, proprio per questo, non si limita a regolamentare i comportamenti religiosi del musulmano, ma mira a fornirgli le norme per guidarlo nei suoi rapporti sociali e i principi etici cui ispirare la sua condotta pubblica⁸⁵. Il comportamento più sacrilego per il musulmano è la rottura del principio unitario: punizioni eterne per chi difende il politeismo contro la *shahada*, la professione di fede che afferma che non c'è Dio all'infuori di Dio, Allah, l' "Unico", il "Solo"; sanzioni gravi per chi provoca rotture nella *Umma*, nella quale l'individuo è chiamato a realizzare il progetto politico propagato dall'Islam improntato ai principi inviolabili di equità, solidarietà e giustizia.

⁸⁵ L'Islam riserva in realtà poca importanza agli aspetti di culto che riguardano il foro interno della coscienza del credente e il suo rapporto con Dio, e molta più rilevanza invece alle questioni del vivere sociale. La percezione dello Stato islamico come Stato teocratico generalmente diffusa in occidente, si scontra con una religione che, come sostiene SCARCIA B.M., *Il mondo dell'Islam*, Roma 1988, p. 39, è- paradossalmente- laica, per lo scarso peso attribuito dai precetti coranici alle questioni di credo, ridotte all'essenziale, e l'importanza che invece assume la legge come sistema di regolamentazione della vita civile. Questo "apparente paradosso si avvicina alla realtà islamica molto più che il parlare di teocrazia".

4.1 GLI ELEMENTI FATTUALI DEL DIRITTO MUSULMANO E DEL DIRITTO OCCIDENTALE

L'idea di una definizione in ambito islamico dei diritti dell'uomo pone un primo fondamentale problema: si tratta ancora una volta di termini conosciuti in occidente. Va premesso infatti che per i musulmani, la fonte primaria del diritto è il Corano⁸⁶, una scrittura rivelata da Dio a Maometto⁸⁷. Per comprenderla e contemplarla i musulmani si basano generalmente su una seconda fonte, la tradizione di Maometto (*Sunna*) che è l'insieme delle parole, dei fatti e delle approvazioni esplicite o implicite attribuite a Maometto, come riportate nelle tradizioni (*hadith*). L'importanza della *Sunna* discende dal fatto che Maometto è considerato il modello perfetto di musulmano e l'interprete per eccellenza della volontà divina⁸⁸. Da queste due fonti i dottori della legge islamica (*fuqaha*) hanno creato, con l'aiuto di un metodo deduttivo e interpretativo (*usul al-fiqh*: principi di diritto), un sistema giuridico musulmano costituito da norme che regolano i rapporti tra uomini e i rapporti di questi ultimi con Dio. Tuttavia, la circostanza che il vero titolare dei diritti sia Allah e lui solo non ha significato nella teologia islamica l'annullamento delle libertà dell'uomo, e la sua piena dignità resta garantita dal Corano non meno di quanto facciano gli altri testi sacri.

A priori, il fatto che l'idea dei diritti umani abbia, nello spirito dell'uomo arabo - musulmano, un carattere sacro e un'origine divina non ha niente di inaccettabile in sé. Anche la concezione occidentale dei diritti umani poggia su una visione trascendente dell'uomo, che valorizza la dignità della persona e presuppone che gli uomini nascano liberi e uguali e che il dominio e lo

⁸⁶ Il termine Corano, in arabo *qur'an*, indica "proclamazione", "ripetizione ad alta voce", "recitazione". VERCELLIN G., *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 1996, p. 52.

⁸⁷ Nella *sura* 97 si narra il momento della rivelazione divina: secondo la tradizione, l'arcangelo Gabriele, recante in mano un rotolo di stoffa, appare in sogno a Maometto, in ritiro in meditazione sul monte Hira. Da questo momento, Maometto diventa il Profeta: le *sure* (parti o capitoli) del Corano contengono le rivelazioni ricevute da Maometto nell'arco di tutta la sua vita.

sfruttamento derivino non dalla “natura”, ma dalla società. Tale presupposto metafisico ha origini molteplici, fra le quali le più importanti, ma non le uniche, sono costituite da credenze religiose. Certamente le filosofie, comprese quelle pagane, hanno contribuito in maniera non trascurabile alla cristallizzazione del concetto di dignità umana; lo stesso ha fatto il pensiero giuridico, che aveva rapidamente raggiunto un alto grado di maturità senza essere necessariamente legato alla religione; infine, non dobbiamo trascurare l'influenza delle arti e delle letterature nella lenta formazione dell'idea di un essere umano come entità autonoma i cui diritti devono essere protetti. Resta il fatto che le credenze religiose, e specialmente le tre religioni monoteiste, hanno giocato un ruolo essenziale nell'affermare il valore assoluto dell'individuo, e che il loro impatto morale è stato certamente il motore essenziale del lungo movimento secolare da cui sono nati i diritti umani, in quanto ideale e nello stesso tempo realtà concreta.

Da questo punto di vista la particolarità dell'Islam, rispetto al giudaismo e la cristianesimo, consiste nel desumere la valorizzazione dell'uomo dall'idea che egli sia il “luogotenente di Dio” (*halifat Allah*) sulla Terra. Questa valorizzazione della persona umana è assoluta e non è legata alla razza, al sesso o alla condizione sociale, bensì alla persona in quanto tale in virtù della relazione privilegiata che la unisce al suo Creatore. In altre parole, l'Islam suppone che l'uomo abbia una natura peculiare, le cui grandi linee sono definite da Corano, e dalla quale derivano i suoi diritti: l'uomo che è stato designato vicario di Dio sulla Terra non può essere perseguitato né trattato ingiustamente, e neppure essere vittima di discriminazioni a causa della sua razza, del suo colore o di alcuna altra sua caratteristica.

Precisando questo fondamento religioso dei diritti umani nell'Islam, un autore contemporaneo rileva che << L'uomo, e di conseguenza i diritti umani, ha una dimensione sacra, la quale non è altro che la parte del soffio divino che egli porta in sé. Ora, quando si parla dei diritti umani, si

⁸⁸ Dice il Corano: << avete, nel Profeta di Dio, un bell'esempio >> (33:21, v. anche 53:2-5 e 16:44). Spesso esige obbedienza a Maometto: << Chi obbedisce al Profeta obbedisce a Dio >> (4:59 e 59:7).

dimentica che solo questa dimensione sacra ad essi conferita dalla fede religiosa permette di garantirli e assicurarli. Niente è più pregiudizievole al concetto di uomo del fatto di considerarlo come facente parte del mondo animale; ciò finisce con il sottometterlo alle leggi della natura, mentre egli è in realtà il signore della natura⁸⁹>>.

Ritroviamo qui l'idea, comune alla maggior parte degli apologeti della teoria islamica dei diritti umani, che la sacralizzazione di tali diritti da parte del Corano ne sia la migliore garanzia. Il problema, come si può vedere, consiste nel fatto che i diritti di quella creatura mortale e mutevole che è l'uomo, derivando da un'essenza eterna, hanno la loro sanzione soltanto nell'aldilà, come il bene e il male per la religione. Ora, in mancanza di sanzioni in questo mondo, che cosa può dissuadere, ad esempio, un governante di poca fede a violare questi diritti? Lo stesso Abu Rida, autore del passo citato aggiunge:<< Dio ha creato l'uomo a sua immagine. In altre parole colui che rispetta l'uomo rispetta il suo creatore>>. Dunque, bisogna vigilare sui diritti umani per rispetto verso il Creatore, con ciò presupponendo il regno della fede; una società senza fede, che non ha per finalità il rispetto, non saprà che farsene dei diritti umani. Da questo punto di vista, la sola società che rispetta i diritti umani è quella da cui sono per sempre spariti gli interessi, le ambizioni e le passioni temporali, ma che soprattutto teme la collera di Dio. Tale concezione ideale, peraltro, non dice in quale modo, nelle società storiche concrete le cui classi dirigenti non si distinguono in modo particolare per la purezza della loro fede, i cittadini potranno far rispettare i loro diritti.

Sul piano del diritto pubblico, i diritti di Dio comportano doveri dei governati e dei governanti. Ciò consacra, nella visione islamica dei diritti

⁸⁹ ABU RIDA Muhammad Abd al-Hadi, *Nazrat al Qur'an li-makanat al-insan fi-l-kawn wa li-huquqihi* (Il punto di vista del Corano sullo statuto dell'uomo nell'universo e sui suoi diritti), comunicazione al III° incontro Islamo-Cristiano, Tunisi, maggio 1982, p.24. Secondo questo testo, negare il carattere sacro dell'uomo equivale ad affermare la sua "animalità", come se non esistesse una terza possibilità, quella fatta propria da tutte le dichiarazioni moderne dei diritti umani, secondo la quale l'uomo dispone di diritti in quanto tale, cioè non in quanto essere sacro o in quanto animale, ma in quanto essere mortale, fallibile e perfettibile o, se si vuole, in perpetua tensione per sfuggire all'animalità e accedere, con il suo lavoro, a una sorta di sacralità.

dell'uomo, un diritto che l'occidente non ha mai istituzionalizzato, quello di sovvertire l'ordine costituito quando il potere non è esercitato in conformità alla legge⁹⁰.

Il problema resta comunque quello della fonte di legittimazione dei diritti umani, riproponendo l'antico dibattito, per dirla in termini occidentali, fra giusnaturalisti e positivisti sull'origine delle leggi. Come abbiamo detto, nella concezione islamica la Legge ha origine divina, è stata rivelata in via definitiva al Profeta, ponendo su Maometto il sigillo dei profeti e con questo rendendo la sua Legge eterna e immutabile.

Tornando all'attualità, si comprende meglio come qualsiasi produzione giuridica che voglia avere la consacrazione della legittimità agli occhi dei musulmani debba richiamarsi alla Legge Divina. Ed è così che essa si impone nei principi costituzionali su cui fondare le "proprie" istituzioni, quanto negli atti internazionali delle organizzazioni arabo-islamiche, e, come si vedrà successivamente, nelle Dichiarazioni sui diritti dell'uomo che esse hanno prodotto, nelle quali la fonte del diritto resta, in modo esplicito o implicito, principalmente la Legge Divina, la *Shari'a*. Qui, ancora una volta, si pone il problema: quale legge Divina?

Da un punto di vista prettamente musulmano, non si potrebbe parlare di diritto nel senso che noi occidentali diamo al termine, perché esso è parte di un unico sistema di regole religiose ed etiche. La *Shari'a*, che nel senso etimologico più esteso significa la via indicata da Dio, considera solo "capitoli" differenti, ma non situati su piani differenti << le regole della preghiera e di culto e le norme in materia di successione; i principi etici per

⁹⁰ Il Corano proclama che l'obbedienza è dovuta, secondo la seguente gerarchia, da Allah, alla Legge proclamata dal Profeta e all'autorità: << O voi... che credete! Al Dio obbedite e al suo *rasul* (profeta) e a chi tra voi detiene il potere>>, Corano, IV:59. Il diritto di resistenza risiede inoltre nel principio coranico della *Hisba* (il diritto- dovere di cui è titolare singolarmente ogni individuo della *Umma* di ordinare il bene e impedire il male, Corano, III: 110 e XXII: 41) al quale fanno ricorso i gruppi islamici radicali nel proclamare il loro appello alla lotta contro i governanti islamici "corrotti". Questo è il primo vero significato della *jihad* (guerra santa), ossia, secondo un *hadit* del Profeta, il dovere di proclamare la verità e di lottare contro l'oppressione e l'ingiustizia. Impegno rivolto per prima cosa contro i regimi stessi dei Paesi islamici. Su questo tema PRUVOST L., *Declaration Universelle des droits de l'homme dans l'Islam et la Charte internationale de droits de l'homme*, in Islamochristiana, Roma, 1983, p.155.

la salvezza dell'anima e le norme contrattuali; il diritto di guerra, il diritto penale e il digiuno. Questa unitarietà della Legge Islamica, derivante direttamente dal concetto di unicità di Dio, rappresenta il vero punto focale dell'Islam⁹¹>> e allo stesso tempo viene considerata da molti studiosi dell'Islam il più serio impedimento ad una piena evoluzione del sistema islamico verso una concezione moderna dei diritti dell'uomo.

In realtà non è affatto vero che un'evoluzione nel corso dei secoli non ci sia stata, e che non si sia sviluppato in ambito islamico un diritto nel senso tecnico del termine. In tal senso una divisione tra sfera religiosa e sfera giuridica esiste almeno dall'epoca dei quattro califfi illuminati (*rashidun*).

La produzione giuridica, avvenuta secondo un sistema razionale di interpretazione delle fonti, man mano che si è sviluppata ha modificato il *corpus juris* islamico, discostandosi in maniera minore o maggiore dalla teoria del sistema unico. Il principio dell'evoluzione giuridica è d'altronde uno dei cardini della teoria del diritto islamico che considera *l'igtihad* (sforzo interpretativo), assieme all'*igmà* (consenso) le basi su cui edificare le nuove regole giuridiche per consentire il continuo adattamento del diritto ai cambiamenti sociali⁹².

Attualmente i termini sono, in sintesi, i seguenti: la *shari'a*, complesso di norme islamiche basate sulle fonti coraniche e le successive produzioni giuridiche elaborate dai dotti musulmani a cui ancora oggi è riservato il diritto di interpretazione dei testi, costituiscono le fonti del diritto inviolabile e immutabile.

Di conseguenza qualsiasi codificazione dei diritti umani deve essere fatta in conformità alla *shari'a* peraltro già sufficiente a garantire la tutela delle libertà fondamentali.

⁹¹ BAUSANI A., *L'Islam*, Milano 1992, p. 37 e 67.

⁹² Non è casuale che tutta la scuola di pensiero favorevole ad una piena evoluzione del diritto islamico per accedere ad una concezione più ampia dei diritti umani, rivolga un appello alla riapertura della porta dell'*igtihad*, chiusa nel x secolo della nostra era dai giuristi islamici per il timore che i testi sacri fossero sottoposti ad ogni genere d'interpretazione e contaminazione, dietro questo, di vedere minata l'autorità degli *ulema*. L'importanza di questo tema è tale che l'intero dibattito sui diritti umani diventa inevitabilmente anche il dibattito sul ruolo della *shari'a*.

Questa la posizione più intransigente difesa da numerosi commentatori ed attualmente espressa dai regimi politici più conservatori, rappresentati, nel mondo arabo, dai Paesi del Golfo. Per i moderati, i cosiddetti “esponenti dell’Islam liberale”, quando si parla di legge sacra e inviolabile, si tratta di tenere ben distinte le fonti principali (essenzialmente il Corano e la *Sunna*)⁹³ e la giurisprudenza (*fiqh*). La confusione tra questi due elementi genera le più grandi strumentalizzazioni a tutto danno dei diritti umani. La critica è rivolta soprattutto ai governi più conservatori e ai dotti islamici che forniscono una chiave di lettura delle fonti sacre molto spesso non in linea con lo spirito coranico. Le violazioni dei diritti umani avvengono dunque prima ancora che sotto il profilo del diritto internazionale, riguardo alla Legge⁹⁴ islamica che i conservatori dicono di difendere.

In breve, gli islamismi moderati non disconoscono l’autorità del testo rivelato, ma liberano il testo rivelato all’autorità dei religiosi⁹⁵. Sostenendo che il diritto islamico prodotto nel corso dei secoli non è affatto di origine divina, i più modernisti si spingono ancora oltre, fino a considerare la possibilità di rinnovare la *shari’a* partendo dallo stesso Corano. Facendo ricorso all’*ijtihad*, alcuni autorevoli studiosi islamici⁹⁶ propongono una lettura finalista del Libro attraverso la quale è possibile distinguere nello stesso Corano quanto Dio ha rivelato per il governo della società all’epoca della nascita e della prima espansione dell’Islam (in particolare le *sure* del periodo medinese), e quanto rappresenti lo Spirito della legge, volto a stabilire principi etici e valori immutabili (soprattutto le meccane), e nel

⁹³ È vero che le fonti principali del diritto islamico sono il Corano e la *Sunna* (tradizione che raccoglie l’insieme del contegno del Profeta o *hadit*: detti e fatti del Profeta), ma ad esse si affiancano l’*Igma* (*consensus*) e il *Fiqh*, che nel suo significato più tecnico viene considerata la scienza del diritto religioso o anche la giurisprudenza. Ma nel senso più complesso è “l’estrarre dalle radici e dalle fonti le norme relative alla qualificazione sciaraitica delle azioni”. F. Castro, *Il diritto Musulmano*, in *Digesto*, Torino 1990, p. 17.

⁹⁴ Ogni volta che nel testo ci si riferisce alla *shari’a*, il termine italiano corrispondente avrà l’iniziale maiuscola (Legge) e spesso sarà seguito dall’aggettivo islamica.

⁹⁵ ALDEEB S., *I diritti dell’uomo e la sfida dell’Islam*, “Rivista internazionale diritti dell’uomo”, 1999, cit., p. 124.

⁹⁶ I principali autori di questa corrente sono M. Talbi, M.M. Taha, A. An Na’im. Una sintesi del pensiero riformatore di questi autori è pubblicata in A. PACINI (a cura di), *Dossier Mondo Islamico, L’Islam e il dibattito dei diritti dell’Uomo*, Torino 1998. In

quale esiste tutta la carica interiore per organizzare la società moderna e per scorgere le fonti giuridiche dei diritti dell'uomo universalmente riconosciuti. Le concezioni laiche presenti nei movimenti modernisti, sebbene marginali, contribuiscono ad ampliare il dibattito mirando a sganciare completamente il ruolo dello Stato dall'invasione del diritto islamico e ad emancipare le società civili proclamandone i diritti fondamentali sulla scia delle conquiste moderne e democratiche. << Lungi dall'opporsi all'Islam, i sostenitori del punto di vista laico non fanno che sottolineare il fatto che fondare i diritti umani sul testo sacro apre il varco ad ogni sorta di esegesi contraddittoria, con il risultato finale di perdere questi diritti⁹⁷>>.

Lo scenario dell'Islam contemporaneo si arricchisce infine del contributo della corrente del radicalismo. Sebbene talvolta associati all'islamismo tradizionale e conservatore per il richiamo persistente alla *shari'a*, lungi dal rappresentare un unico movimento, i gruppi islamici si collocano nel dibattito in una dimensione propria. Come posizione dottrinale comune assumono la richiesta del ripristino totale della *shari'a*, quale sintomo e segno della islamicità degli ordinamenti giuridici. Il diritto islamico è stato l'unico sistema che ha retto le società islamiche fino a quando non vi è penetrato il diritto positivo delle potenze occidentali che ha profondamente trasformato gli ordinamenti giuridici e l'organizzazione politica. In quest'ottica il ritorno alla *shari'a*, che per buona parte degli osservatori del fenomeno del risveglio islamico assume un significato di acritico ritorno al passato, per i gruppi islamici diventa proposta rivoluzionaria di cambiamento, laddove il vero cambiamento coincide con il recupero dell'Islam dalle radici⁹⁸.

L'intera discussione sui diritti umani è così filtrata alla luce della rigorosa garanzia che qualsiasi codificazione dei diritti debba essere sottoposta al

particolare l'articolo di AN NA'IM A. A. , *Il conflitto fra la shari'a e i moderni diritti dell'uomo: proposta per una riforma dell'Islam*, p. 103.120.

⁹⁷ ZAKARIYA F., *Filosofia dei diritti dell'uomo e mondo musulmano*, in PACINI A. (a cura di) , op. cit., p.160.

⁹⁸ AL NAYFAR H, *La Shari'a e la legge umana: ripresa tradizionale o rinnovamento della vita islamica?*, Dossier Mondo Islamico. Dibattito sull'applicazione della *shari'a*, cit., p. 71-75.

vaglio della compatibilità con il diritto islamico e non certo con il diritto internazionale. In sintesi, appare chiaro che accogliere pienamente la dottrina sui diritti dell'uomo ha per gli arabi implicazioni dirette sul piano degli ordinamenti giuridici e pone la questione della riforma della *shari'a*.

I diritti umani nell'Islam costituirebbero insomma un dato immutabile, acquisito una volta per tutte, insofferente di ogni tentativo di evoluzione. Questa caratteristica, che dimostrerebbe, secondo i suoi sostenitori, la superiorità della concezione islamica dei diritti umani, finisce in realtà per privarla di quegli elementi importanti, grazie ai quali l'occidente è giunto alla concezione moderna dei diritti umani. Quest'ultima, benché sia stata elaborata a partire da una premessa trascendente, cioè da una certa rappresentazione della natura umana, è, in larga misura, empirica; essa infatti è stata costruita lentamente, nel corso di una storia conflittuale, e appunto perché questi diritti sono stati conquistati a viva forza, prima di essere fissati dalle leggi, essi sono ormai dati acquisiti, che non possono essere rimessi in discussione da interpretazioni arbitrarie o fallaci.

Niente di tutto ciò risiede nella concezione islamica dei medesimi diritti. Coloro che si ostinano a sostenere che l'intero complesso sciaraitico è intoccabile si trovano opposti a quanti, mantenendo distinte le fonti sacre della Legge dall'evoluzione del sistema giuridico intendono dimostrare che la riforma è possibile, oltre che legittima.

La circostanza che nell'Islam non esista una gerarchia ecclesiastica, e il carattere sacro della legge, hanno fatto sì che non lo Stato, ma la scienza giuridica dei dottori della legge ha giocato il ruolo del legislatore. Solo nell'epoca più recente gli ordinamenti statali si sovrappongono agli *ulema* nell'esercizio di questo potere, restringendo o meno il raggio di azione della *shari'a*, e scrivendo un capitolo ancora non chiuso nella storia millenaria del diritto islamico.⁹⁹

⁹⁹ SCHACHT J., *Introduzione al diritto islamico*, Edizioni Fondazioni Giovanni Agnelli, Torino 1997. Edizione originale *An introduction to Islamic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1964 Oxford University Press.

A questo punto diviene particolarmente importante l'affermazione di Joseph Shacht secondo la quale la storia del diritto musulmano è determinato dal contrasto tra teoria e prassi. Il diritto musulmano in effetti possiede un numero impressionante di concetti giuridici che nella maggior parte dei casi non hanno un contenuto positivo, poiché non derivano dalla realtà concreta della vita giuridica, ma da elaborazioni astratte. Inoltre, spesso non vi è un'antitesi tra concetti, ma una transizione per gradi da un concetto all'altro, con le corrispondenti gradazioni di effetti giuridici che questi producono. Strettamente connesso a questo sistema è il metodo casistico del diritto musulmano tradizionale: non si fa astrazione di regole generali, ma si cerca di stabilire una serie graduale di casi.

Queste particolarità derivano dalla caratteristica centrale del diritto musulmano riguardante la qualificazione di tutti gli atti e rapporti umani secondo cinque categorie: obbligatorio, raccomandato, indifferente, repressibile, proibito. Queste cinque categorie trovano la loro giustificazione nel fine ultimo della Legge rivelata che è il benessere dell'essere umano, identificabile con la soddisfazione di cinque interessi generali: gli interessi riguardanti la religione, l'anima, la stirpe e il denaro.

Il procedimento di astrazione delle regole generali propria del diritto occidentale non ha corrispondenti nel diritto musulmano. La questione fondamentale del diritto musulmano infatti non consiste nell'identificazione dei principi normativi in ordine ai quali costruire un sistema, ma nel comprendere "cosa cerca la *shari'a*" per ogni situazione, caso particolare, permettendo così di adattare, modificare, o derogare se necessario, quanto disposto dalla Legge rivelata.

Sembra mancare in effetti nel pensiero musulmano un dibattito simile a quello che in occidente si sviluppa attorno al concetto di "norma fondamentale" intesa come norma che è fonte comune della validità delle norme di un ordinamento giuridico.

Se il pensiero musulmano ritenesse coincidere la "norma fondamentale" con la legge islamica e con lo scopo principale del benessere dell'essere umano, ci si scontrerebbe con il fatto che nella maggior parte delle Costituzioni dei

Paesi arabo-musulmani la legge islamica è considerata solo una delle fonti della legge, e in alcune Costituzioni non è nemmeno menzionata. Questo a testimonianza di come sia necessario procedere con estrema cautela, senza dimenticare quanto il panorama geopolitico del mondo arabo-musulmano sia estremamente variegato e complesso e come ogni Stato arabo-musulmano presenti caratteristiche di originalità e particolarità non sempre generalizzabili.

A sostegno di queste considerazioni si può addurre ad esempio il fatto che numerosi intellettuali musulmani¹⁰⁰ sostengono che la scelta della forma di governo, nella religione musulmana, è lasciata agli uomini, poiché la legge islamica non prescrive niente a riguardo tranne la *sura* cioè il sistema della consultazione, che per alcuni autori può essere considerato come il fondamento della democrazia musulmana.

Se si accetta così il principio della libertà di scelta nell'organizzazione politica dello Stato, diviene di fondamentale importanza dare definizione del concetto di sovranità e della titolarità della stessa: questo è infatti uno dei nodi centrali del dibattito interno al mondo musulmano. Secondo la corrente islamista la sovranità appartiene a Dio, così come il potere legislativo e la Nazione. Si può ritenere questa concezione nei modelli di Costituzione

¹⁰⁰ Per quanto riguarda la concezione dello Stato, HERMASSI M., ad esempio spiega come in ambito musulmano sia in atto un tentativo di uscire dalle file dell'ormai sterile contrapposizione tra la corrente laicista musulmana, sostenitrice della separazione tra Stato e religione, e la corrente islamista, che invece auspica la fusione tra Stato e religione. Il movimento intellettuale riformista musulmano, a partire da Mohammed Abooh, ha elaborato in questa direzione una posizione in grado di promuovere una grande trasformazione in sintonia con la concezione dinamica dell'Islam. Secondo questa corrente di pensiero, occorre infatti distinguere le questioni riguardanti il dogma e la fede dai problemi riguardanti invece i rapporti tra gli uomini: la legislazione deve quindi mutare in conformità al mutare delle circostanze e dell'interesse della comunità. Trasposta a livello politico, questa tesi vedrebbe l'Islam e i musulmani legati a dei valori ideali, come la democrazia, la giustizia, ecc... ma liberi di applicarli in funzione delle circostanze storiche e sociali mutevoli per definizione. Una abbondante letteratura è impegnata a dimostrare che la democrazia è sancita da un'interpretazione corretta del messaggio del Profeta: *l'Ijtihad* e *l'Idjma* sono letti come principi che promuovono una legislazione progressista e la *sura* come il principio che stabilisce la responsabilità costituzionale del governo. Secondo questa tesi, la Legge rivelata e la Tradizione del Profeta si dimostrerebbero interessate in primo luogo all'identità e non all'organizzazione. HERMASSI M., "De la théorie de l'Etat en Islam", in AMOUR A. e CONAC G., *Islam et Droits de l'homme*, Economica, Paris, 1994, pp. 24-41.

proposti dai movimenti islamisti, che hanno come denominazione comune la negoziazione della sovranità del popolo.

Le Costituzioni dei paesi arabo-musulmani in realtà non ripercorrono questi schemi e si differenziano molto l'una dall'altra. La loro genesi è particolare, poiché sembra essere quasi in tutti i casi una genesi di "derivazione": infatti gli strumenti della Dichiarazione, come proclamazione di diritti, e della Costituzione non sono tipici del diritto musulmano ma del diritto occidentale. I numerosi documenti e le varie dichiarazioni emananti dalle principali istituzioni islamiche- Organizzazione della Conferenza Islamica, Consiglio Islamico d'Europa, Lega Islamica Mondiale, Accademia delle Ricerche Islamiche¹⁰¹-, pur riconoscendo gli sforzi fatti dalla comunità internazionale (all'interno dell'ONU e dell'UNESCO) a favore della promozione dei diritti umani, tendono a dimostrare la superiorità della legislazione islamica in materia sulle altre legislazioni umane, dal momento che si ritiene che la Legge islamica contenga, più di ogni altra dottrina giuridica, morale o politica, i fondamenti divini dei diritti dell'uomo.

Il dibattito in tema di Costituzione nel mondo islamico ha caratteri profondamente diversi rispetto al dibattito occidentale in materia di costituzionalismo, caratteri spesso accomunati da una sorta di sentimento di estraneità rispetto ad uno strumento "importato" e non avvertito profondamente come proprio.

Tre sembrano essere gli atteggiamenti che principalmente gli Stati arabo-musulmani presentano nei confronti dell'idea di Costituzione. Il primo atteggiamento è di ostilità assoluta e si può riassumere in uno slogan lanciato dai "fratelli musulmani" e poi fatto proprio da molti gruppi islamisti: "nessuna Costituzione oltre il Corano". Il secondo atteggiamento è di subordinazione della Costituzione alla religione. La Costituzione non è la legge delle leggi e non ha supremazia rispetto alla religione. Il terzo atteggiamento è di strumentalizzazione della Costituzione con l'integrazione

¹⁰¹ Si veda il *Progetto di costituzione islamica*, elaborato dall'Accademia delle Ricerche islamiche del Cairo, in *Al-Azhar Magazine*, aprile 1979 (testo arabo pp. 1092-1100, trad.ingl. pp. 151-159, in particolare il titolo IV << Diritti e libertà individuali >>, artt. 5-17).

in essa del dogma religioso : Islam come religione di stato, Islam religione dello Stato, la Legge islamica fonte unica o principale o una delle fonti della legislazione.

In conclusione, è interessante accennare brevemente alla teoria del “diritto mite”, elaborata nell’ambito del costituzionalismo occidentale, in riferimento ad alcune caratteristiche proprie delle Costituzioni arabo-musulmane.

Il concetto di “mitezza”, secondo Gustavo Zagrebelsky¹⁰² è l’elemento caratterizzante delle Costituzioni moderne. La Costituzione, in questa immagine, diventa come “ il liquido nel quale le sostanze che vi sono versate- i concetti- mantengono la propria individualità e coesistono senza urti distruttivi, ma anche entro certi limiti di oscillazione, e, comunque, senza che mai un solo componente possa sopraffare o eliminare gli altri”.

Negli Stati arabo-musulmani invece, le Costituzioni sembrano avere il compito di realizzare un “progetto” predeterminato di vita della comunità/società e non sembrano invece rappresentare la “possibilità” di vita comune, in quanto insieme di regole che ne stabilisce i termini e le modalità.

Zagrebelsky sottolinea come una Costituzione “mite”, che mira all’integrazione attraverso “l’intreccio di valori e procedure comunicative”, sia indispensabile in una società “pluralista” e rappresenti l’unica ipotesi che permetta di evitare effetti altrimenti catastrofici. Occorrerebbe chiedersi però come questo carattere di “pluralità” sia presente nelle società degli Stati arabo-musulmani, società che sembrano presentare delle caratteristiche sociali ed economiche profondamente diverse da quelle degli Stati occidentali.

Ci si può rendere facilmente conto, in effetti, di come, affrontando temi quali le concezioni di diritto, e quindi di Stato e di Costituzione, inevitabilmente ci si imbatta nel prendere in considerazione le strutture socio economiche degli Stati in esame. In un confronto tra Stati occidentali

¹⁰² ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

e Stati musulmani le differenze socio-economiche emergono evidentissime, in termini di rapporto tra ricchezza e povertà, di sviluppo, di tasso di alfabetizzazione e di scolarità, di organizzazione militare. Viene utile a questo proposito sottolineare che molti degli Stati arabo-musulmani appartengono ancora alla triste categoria del “Terzo Mondo”.

Senza ricorrere ad una visione materialista della storia, con l'economia come unica giustificazione e spiegazione degli avvenimenti, è comunque necessario prendere coscienza di come anche nel caso dell'Islam e del mondo arabo-musulmano, le istituzioni, l'organizzazione dello Stato, le scelte, le filosofie e il diritto siano influenzate da una pluralità di fattori contingenti, nei confronti dei quali, tra l'altro, l'occidente ha, in termini storici e attuali, delle responsabilità enormi.

In una prospettiva di questo genere, numerose sono le questioni rispetto alle quali anche l'occidente (non solo il mondo musulmano) è chiamato a mettersi in discussione profondamente.

L'urgenza quanto mai attuale dell'imparare a vivere la diversità non come semplice folklore, ma come possibilità di partire da punti di vista diversi e di percorrere sentieri e strade differenti per raggiungere obiettivi che possono essere comuni, non può prescindere dalla coscienza della “corresponsabilità” che permea l'evoluzione delle culture e delle civiltà.

4.2 COMPATIBILITA' TRA IL “SISTEMA” ISLAMICO E IL “SISTEMA” INTERNAZIONALE NELLA TUTELA DEI DIRITTI UMANI

Sul piano mondiale, i documenti dell'assemblea generale delle Nazioni Unite sono la fonte principale dei diritti dell'uomo. Ad essi si aggiungono i documenti adottati da altre Organizzazioni internazionali, quali l'ILO, l'OMS, il CICR. Nessuno di essi fa riferimento a Dio. I diritti dell'uomo ivi riconosciuti non trovano la loro ragion d'essere in un comandamento divino. Nel preambolo, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo richiama fra gli scopi perseguiti dall'Assemblea generale quelli di realizzare “la più

alta aspirazione dell'uomo", che consiste "nell'avvento di un mondo in cui gli esseri umani godano della libertà di parola e di credo e della libertà dal timore e dal bisogno"; di incoraggiare "lo sviluppo di rapporti amichevoli tra le Nazioni". L'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo afferma che "tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti". L'art. 2.1 precisa che "ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione".

La concezione islamica dei diritti dell'uomo è influenzata dalla concezione di legge più sopra evidenziata; la legge non è cioè opera dell'uomo ma di Dio, è superiore ad ogni altra legge, e, di conseguenza, i diritti dell'uomo sono subordinati alla legge islamica. Inoltre l'Islam opera una specie di rivoluzione culturale definendo lo statuto della persona umana in sé e non soltanto in relazione (di dipendenza e di obbedienza) a Dio. L'uomo proclama il Corano (II,30) è nominato << luogotenente (*halifa*) di Dio sulla Terra¹⁰³>>.

Più della metafora dell'uomo "creato a immagine di Dio" (che d'altronde è assolutamente incompatibile con i dati coranici), il concetto di luogotenenza di Dio è il fondamento, nell'Islam, dell'uguale dignità dei "figli di Adamo" (di tutti i figli di Adamo). Questo è un principio essenziale di ogni dichiarazione dei diritti dell'uomo. Essere luogotenente di Dio comporta responsabilità e obblighi soprattutto riguardo ai diritti di Dio ma conferisce anche alcuni diritti che sono i diritti umani. Diritti di Dio- diritti dell'uomo: questa coppia dialettica costituisce uno dei dati fondamentali del pensiero giuridico classico.

Sul piano delle relazioni internazionali esterne al sistema islamico, la discussione verte essenzialmente sulla richiesta da parte dell'occidente di adeguare le legislazioni interne dei paesi arabo-islamici agli standard internazionali di trattamento dei diritti umani. La prima questione

¹⁰³ Ecco un passaggio di questo importantissimo brano << E quando il tuo Signore disse agli Angeli: " Ecco io porrò sulla Terra un mio Vicario">> (trad. it. BAUSANI A., Garzanti, Milano, 2001, p.6).

controversa riguarda la resistenza da parte degli Stati arabo-islamici verso gli impegni della Dichiarazione universale del 1948 e dei successivi strumenti giuridici prodotti nell'ambito delle Nazioni Unite per la tutela dei diritti umani. I termini del dibattito non si allontanano dai temi classici della polemica verso l'occidente. La Dichiarazione del 1948 ha nella sua stessa denominazione la pretesa di universalità ma essa fu il prodotto di una elaborazione intellettuale e politica di un numero ridotto di Stati. È significativa al riguardo la posizione espressa dall'Arabia Saudita nel Memorandum del 1970, nel quale, in risposta alla richiesta ufficiale dell'ONU riguardante la situazione dei diritti umani nel Regno Saudita, vengono spiegate le motivazioni del rifiuto alla notazione della Dichiarazione del 1948 e sottoscrizione dei Patti del 1966. Il testo del Memorandum ribadisce che il rifiuto saudita non esprime indifferenza agli obiettivi di salvaguardia della dignità dell'uomo delle carte internazionali quanto piuttosto “la volontà irremovibile di proteggere, garantire e salvaguardare la dignità dell'uomo in virtù del dogma islamico rivelato da Dio e non in virtù di legislazioni ispirate da considerazioni materialiste e perciò soggette a continui cambiamenti”¹⁰⁴.

Alcune norme e principi dei documenti internazionali sono – secondo i sauditi – in contrasto con la *shari'a* e per questo inaccettabili.

Le argomentazioni saudite sul piano teorico tentano di giustificare i temi delle riserve avanzate da Riyad (libertà di coscienza, diritti della donna, e libertà sindacali), sul piano pratico si limitano a ribadire che l'Islam ha “una

¹⁰⁴ Memorandum del governo dell'Arabia Saudita concernente la dottrina dei diritti dell'uomo nell'Islam e la sua applicazione nel territorio del regno arabo-saudita indirizzato alle organizzazioni internazionali interessate (riprodotto in: Dossier Mondo Islamico. *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'Uomo*, cit., p.35). In particolare, sono tre le riserve specifiche avanzate da Riyad: la possibilità per i musulmani di cambiare religione; il matrimonio di una donna musulmana con un non musulmano (mentre è riconosciuto all'uomo il diritto di formare una famiglia con una donna non musulmana); il diritto di formare sindacati per i lavoratori. In breve, si tratta di tre aspetti che toccano il cuore dei diritti universali dell'uomo: il riconoscimento della libertà di coscienza, la libertà di scelta matrimoniale (artt. 16 e 18 della Dichiarazione universale del 1948), la libertà di associazione per difendere i diritti del lavoratore (art. 8 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966). Viene infine precisato che la contestazione saudita verso le carte internazionali “concerne alcuni aspetti pratici e non i principi fondamentali relativi alla dignità, alla libertà e alla coesistenza pacifica e armoniosa fra gli uomini”.

concezione diversa dei mezzi con cui assicurare il rispetto della dignità umana”¹⁰⁵. Essi affermano in tal modo uno dei principi che diventeranno centrali nel dibattito con l'occidente, ossia quello dei diritti alla specificità culturale come difesa della propria identità, in opposizione al principio di universalità dei diritti invocato dalle organizzazioni internazionali. Anche se il tema della specificità culturale diventa un modo per sottacere le violazioni delle principali libertà civili che ancora avvengono in numerosi Paesi islamici, il Memorandum apre tuttavia la strada ad una serie di riflessioni che si svolgeranno negli anni successivi nelle quali si registrano significativi progressi¹⁰⁶.

Differente è la posizione di numerosi altri osservatori che intendono invece dimostrare la perfetta compatibilità, o complementarità, tra le Dichiarazioni universali delle Nazioni Unite e la visione islamica dei diritti dell'uomo. L'accento è posto, in misura maggiore o minore, su alcuni punti essenziali. In primo luogo il discorso viene affrontato in termini di teoria del diritto. Il punto iniziale da considerare è la perfetta simmetria tra cultura islamica e quella occidentale nella concezione della dignità umana come il pilastro e la fonte di tutti gli altri diritti fondamentali universali. Se la Dichiarazione universale del 1948 pone la salvaguardia della dignità dell'uomo in apertura del proprio testo (art. 1), e per gli Stati liberali occidentali è il primo obbligo costituzionale da far rispettare, il Corano proclama la dignità inerente alla persona umana, e perciò essa rappresenta un diritto inalienabile. I sostenitori dell'apertura del sistema islamico all'universalità dei diritti desumono da due versetti del Libro Sacro, in particolare, l'inviolabilità e l'universalità di tale principio: “E Noi già molto onorammo i figli di Abramo” (Corano XVII: 70). Ancora più significativo il richiamo del Corano alla pari dignità degli esseri umani, poiché insegna loro che i migliori possono distinguersi (i più nobili tra di voi) solo per maggiore religiosità: “O uomini, in verità

¹⁰⁵ Memorandum, cit., p.34.

¹⁰⁶ Tra gli anni '70 e '80 si susseguono una serie di incontri internazionali tra giuristi europei e giuristi dei paesi arabo-islamici. In particolare a Riyad nel 1972; nel Kuwait nel 1980, dove si comincia a sviluppare un'aperta critica sulla prassi vigente nei paesi islamici riguardo al trattamento dei diritti umani. Sul tema cfr. Islamochristiana.

Noi vi abbiamo creato da un maschio e da una femmina e abbiamo fatto di voi popoli vari e tribù a che vi conosceste a vicenda, ma il più nobile fra di voi è e colui che più teme Iddio” (Corano XLIX: 13).

Altro punto cardine da ribadire per sottolineare la compatibilità fra sistema islamico e sistema internazionale dei diritti umani, è il richiamo al principio di libertà. Contrariamente a molti luoghi comuni, l'Islam è una religione di libertà e per ciò stesso ha posto in essere con il suo messaggio i pilastri fondamentali delle garanzie dei diritti umani. L'adesione all'Islam, viene spesso ribadito, è accettazione libera della fede, secondo il principio coranico che “non vi è costrizione nella religione”¹⁰⁷.

In occidente il termine Islam viene quasi sempre tradotto con sottomissione a Dio che serve a ribadire l'ineluttabilità dell'atteggiamento di fatalistica rassegnazione del fedele musulmano, tralasciando però un aspetto fondamentale del termine, che è piuttosto traducibile come sottomissione volontaria a Dio. L'elemento di volontarietà aggiunge un significato di enorme portata, in quanto la volontà implica, nella filosofia islamica, un ricorso continuo alla ragione per scegliere responsabilmente comportamenti virtuosi sia nella condotta pubblica che privata. Il riconoscimento della razionalità umana ha un forte significato per l'Islam ed ha avuto considerevoli implicazioni nella dottrina giuridica. Esso costituisce il fondamento teorico del ragionamento giuridico, *l'ijtihad*, che ha prodotto l'evoluzione del diritto islamico¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Corano II, 256. Questo versetto del Libro viene richiamato da tutti gli autori e costituisce un pilastro fondamentale della dottrina islamica sulla libertà religiosa. C'è invero chi nota a tal proposito che “Il Corano si offre a interpretazioni contraddittorie... favorendo sia la tesi del libero arbitrio... sia quella della predestinazione assoluta...fra le quali l'ortodossia compierà l'opera di mediazione, giungendo ad una formula moderata”. Ma va detto che “l'intera questione...non ha connessione con...l'immagine consueta che si fa del fatalismo islamico in occidente”: DI NOLA A. M., Newton & Compton, *L'Islam*, Roma 1989, p. 151-152.

¹⁰⁸ Contrariamente a quanto si possa pensare riguardo ad un sistema giuridico che nasce da un credo religioso, la dottrina e la giurisprudenza islamica sono improntate ad un forte razionalismo. Anche la teoria politica islamica è influenzata da questa visione razionalistica, come fa notare AL SAYYID R., *Il pensiero musulmano contemporaneo e i diritti dell'uomo*, in Dossier Mondo Islamico. L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo, cit., p. 143-144. Egli affronta uno dei temi più contrastati dell'ideologia islamica, quello della *khilafa*, o luogotenenza di Dio sulla terra affidata all'uomo per il governo della società. La *khilafa* (concetto sul quale si sviluppa la teoria del potere politico che ha diviso

Anche nel confronto fra il diritto internazionale e quello islamico è l'uso costante della ragione che consentirà di verificarne la compatibilità, o al contrario la contrapposizione. La maggior parte delle costituzioni dei Paesi arabi afferma che l'Islam è la religione di Stato o che il diritto islamico è una fonte principale del diritto. Malgrado ciò il diritto islamico copre solo il diritto di famiglia e le regole successorie, e, in taluni Paesi, il diritto penale. Per il resto gli ordinamenti giuridici nazionali sono attualmente disciplinati da norme prevalentemente importate dall'occidente a cominciare dalle stesse costituzioni¹⁰⁹. In effetti, la materia costituzionale è rimasta sempre fuori dal sistema islamico di produzione delle norme (il *fiqh*) visto che la scienza giuridica musulmana ha tradizionalmente considerato il diritto pubblico un sistema di norme prodotte dall'autorità – non dotata, almeno per l'Islam sunnita, di un potere normativo in senso proprio – come semplici regole amministrative per la gestione della *Umma*, il cui limite invalicabile è posto dalle norme sciaraitiche¹¹⁰. È comprensibile dunque che la verifica della compatibilità con le norme giuridiche della comunità internazionale in materia di diritti dell'uomo avvenga per gli studiosi islamici ponendo a confronto gli articoli della Dichiarazione Onu del 1948, principale fonte

fin dai primi secoli i musulmani, e prodotto la prima frattura della *dar al Islam* tra sciiti e sunniti) è in effetti l'esercizio del potere secondo gli attributi “di intelligenza e libertà... impresa possibile soltanto a coloro che sono perciò in grado di assumersi la responsabilità delle loro azioni”. Di conseguenza “lo scopo delle leggi divine non è quello di costringere gli esseri umani a credere, perché ciò implicherebbe l'assenza di responsabilità. Il loro fine è invece di esortare l'uomo libero e razionale a riconoscere (...) la necessità della creazione... (e la) responsabilità dell'uomo verso Colui che lo ha creato”.

¹⁰⁹ Con il raggiungimento dell'indipendenza – per la gran parte dei Paesi arabi avvenuta dopo la seconda guerra mondiale – gli ordinamenti dei nuovi Stati si dotano di proprie carte costituzionali, formalmente derivate da modelli occidentali ma che sono caratterizzate dalla “finalità generale di modernizzazione che tendenzialmente... privilegiano forme di concentrazione di potere... (e hanno) connotazione essenzialmente... non democratica”: G. DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale Comparato*, Padova 1987, p. 681-682. È sintomatico delle più recenti tendenze all'islamizzazione degli ordinamenti l'emendamento apportato alla Costituzione egiziana nel 1980 che dietro la spinta dei movimenti islamici modifica l'art. 2. Nella precedente versione esso recitava che la “*shari'a* costituisce una fonte del diritto” con la nuova disposizione viene sancito che la *shari'a* costituisce “la fonte del diritto”.

¹¹⁰ CASTRO F., *Diritto Musulmano*, cit., p. 18. L'eminente studioso del diritto islamico sottolinea inoltre che dalla divergenza tra le norme inserite nel corpus juris sciaraitico e quelle di natura costituzionale “è sorta una dialettica tra la *shari'a* e l'autorità politica che costituisce il motivo dominante della storia giuridica dell'Islam”. Essa influenza grandemente la dottrina della legittimità politica anche nell'Islam contemporaneo.

giuridica del diritto internazionale dei diritti umani, e i precetti coranici, anziché quelli degli ordinamenti statali.

Ad una possibile convergenza si frappongono alcuni ostacoli, qualcuno ampiamente superabile, altri che aprono più questioni di quante ne risolvano. Le principali criticità riguardano: le relazioni internazionali, alcuni diritti civili e politici, in particolare le discriminazioni nei confronti della donna e delle minoranze religiose, il diritto penale islamico.

Nel campo delle relazioni internazionali, esistono più di cento versetti del Corano che richiamano alla pace e alle relazioni amichevoli tra i musulmani e gli altri popoli. Per i sostenitori dell'apertura del sistema islamico al diritto internazionale, è chiaro l'intento di superare, con il richiamo al Corano, la preoccupazione occidentale riguardo all'immagine aggressiva e violenta con il quale spesso un "certo Islam" ci appare. La guerra – essi sottolineano – ampiamente trattata nel Corano, non è mai guerra di aggressione, ma di difesa¹¹¹.

In realtà probabilmente il punto più debole nella concezione islamica dei diritti umani è rappresentato dal procedimento chiamato *ta'sil* o riconoscimento di autenticità¹¹², cioè il tentativo di attribuire alle conclusioni a cui si è giunti per mezzo di un'interpretazione indipendente, un'origine certa e stabilita nella *shari'a* e di conferire a tali opinioni forza ed evidenza in virtù della loro origine rivelata. In effetti, la suddetta evidenza nella maggior parte dei casi è artificiosa.

¹¹¹ Numerosi i passi del Corano citati in proposito, ritenendo quasi sempre fondamentale la già citata sura XLIX: 13: "O uomini, in verità Noi vi abbiamo creato da un maschio e da una femmina e abbiamo fatto di voi popoli vari e tribù a che vi conoscete a vicenda, ma il più nobile tra di voi è colui che più teme Iddio". Quanto alla guerra di difesa, vengono prese in considerazione le sure IX: 36 e LX: 8. quest'ultima così recita: "Iddio non vi impedisce... di essere giusti con coloro che non vi hanno combattuto a causa della religione, e non vi hanno forzato ad abbandonar le vostre case. Il Dio ama coloro che si comportano equamente". A questi versi fanno da contraltare quelli della sura II, che incitano al combattimento, senza peraltro smentire le nozioni generali di equità e di legittima difesa del diritto di guerra islamico: "combattetevi contro chi vi combatte, ma non eccedete, perché Dio non vuole bene a quelli che esagerano (II:190)... qualora poi desistano, sappiate che il Dio è colui che perdona, è il Dio di Misericordia" (II: 192).

¹¹² Si veda la serie di saggi pubblicata da The Institute for Islamic Thought (Istituto mondiale per il Pensiero Islamico) sotto il titolo *Toward Islamization of disciplines*. Il suddetto istituto ha pubblicato, fin dalla fine degli anni settanta, anche altri lavori sotto il titolo *Islamization of Knowledge*.

4.2.1 LA DICHIARAZIONE ISLAMICA UNIVERSALE DEI DIRITTI DELL'UOMO, 1981

Durante la Conferenza islamica internazionale organizzata a Londra dal Consiglio¹¹³ Islamico d'Europa nell'aprile del 1976, si rivelò la necessità di offrire alla gioventù e all'opinione pubblica musulmana in generale un documento che definisse « i principi fondamentali e le linee generali dell'ordine islamico ». Le consultazioni approdarono a un documento intitolato Dichiarazione Islamica Universale dei diritti dell'uomo (DIUDU). Pubblicato contemporaneamente in arabo (versione originale) francese e inglese il 19 settembre 1981 a Parigi presso l'UNESCO, il documento è composto da una premessa, sette articoli e alcune risoluzioni finali¹¹⁴. In questo testo di orientamento morale e politico, le disposizioni di ordine puramente giuridico sono relativamente limitate. L'accento è posto sui principi della fede islamica sull'« approccio islamico alla vita », sulla « crisi della civiltà contemporanea » (una critica dei sistemi capitalisti e comunisti) e sulla lotta per l'instaurazione di un ordine islamico (a livello di stato e di politica economica, educativa sociale e difensiva). Infine, la dichiarazione esalta la « cooperazione tra musulmani (art.5) e « l'unità della *umma* » (art.7). Nella premessa alla dichiarazione gli autori affermano che essa trova il suo fondamento nel sacro Corano e nella *sunna* « incontaminata ». Per questa ragione, i principi in essa contenuti non ammettono omissioni, modificazioni, sostituzioni o differenze d'interpretazione: si tratta di principi eterni. Dopo un preambolo costituito da 12 articoli la dichiarazione dedica particolare attenzione ai diritti la cui esposizione è suddivisa in 23 paragrafi.

¹¹³ Il Consiglio Islamico d'Europa (CIE), *Islamic Council of Europe* è un organismo privato con sede a Londra. La Dichiarazione islamica universale dei diritti dell'uomo edita dalla CIE non riveste quindi alcun carattere di ufficialità a livello internazionale, come invece è per la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite promulgata il 10 dicembre del 1948. Del resto, essa non è stata elaborata nel quadro di una consultazione interislamica a livello mondiale.

Essi sono: il diritto alla vita, il diritto alla libertà il diritto all'uguaglianza, il diritto alla giustizia, il diritto a un equo processo, il diritto alla difesa dagli abusi di potere, il diritto alla protezione dalla tortura, il diritto alla tutela del proprio onore e della propria reputazione, il diritto d'asilo, il diritto delle minoranze, il diritto di accesso alle cariche pubbliche, il diritto alla libertà di pensiero di opinione e di espressione, il diritto alla libertà religiosa, il diritto di impegnarsi in opere missionarie, i diritti economici, il diritto alla proprietà, i diritti e i doveri dei lavoratori, il diritto individuale a un livello di vita dignitoso, il diritto di fondare una famiglia, i diritti della donna sposata, il diritto all'educazione, il diritto individuale alla protezione della sfera privata e il diritto alla libertà di movimento e di residenza.

Il diritto tutelato dalla DIUDU più affine al tema oggetto della tesi è senza dubbio quello contenuto nell' articolo 19¹¹⁵ ossia il diritto di fondare una

¹¹⁴ Il testo francese di questo documento provvisorio dal titolo *Déclaration islamique universelle* è riportato in ALDEEB S., *Les Musulmans face aux droits de l'homme*, Winkler, 1994, pp.472-80.

¹¹⁵ Per i principi enunciati, esso merita di essere riportato integralmente nei suoi nove comma: 1) Il matrimonio, nel quadro islamico, è un diritto riconosciuto a ogni essere umano. È la via che la Legge islamica ha riconosciuto legittima per fondare una famiglia, assicurarsi una discendenza e conservarsi casti: «O uomini! Temete il vostro Signore che vi ha creati da un solo essere, poi da esso ha creato la sua sposa e da questa coppia ha generato un gran numero di uomini e di donne» (Cor. 4, 1). Ognuno degli sposi ha dei diritti e dei doveri nei confronti dell'altro che la Legge islamica ha definito con esattezza: «Le donne hanno dei diritti pari ai loro obblighi, secondo le buone convenienze. E gli uomini hanno tuttavia una certa supremazia su di loro» (Cor. 2, 228). Il padre deve provvedere all'educazione dei figli, da un punto di vista fisico, morale e religioso, in conformità alla fede e alla sua Legge religiosa. Egli ha la responsabilità di scegliere la direzione che vuole dare alla loro vita. 2) Ognuno degli sposi ha diritto al rispetto dell'altro e alla considerazione dei sentimenti che prova e della funzione che assolve, in un clima di amicizia e di misericordia reciproci: «Uno dei Suoi Segni è che Egli ha creato da voi stessi delle spose affinché riposiate con loro, e ha voluto l'amore e la compassione tra di voi» (Cor. 30, 21). 3) Il marito ha l'obbligo di assicurare il mantenimento (*nafaqa*) alla moglie e ai figli senza lesinare per avarizia: «Chi ha mezzi abbondanti provveda con larghezza. Chi possiede solo lo stretto necessario dia in proporzione a ciò che Dio gli ha concesso» (Cor. 65, 7). 4) Ogni bambino ha il diritto di essere educato, istruito e preparato alla vita nel migliore dei modi possibile, da parte dei suoi genitori: «Di': "Mio Signore, sii misericordioso verso di loro come loro lo sono stati verso di me, allevandomi quando ero bambino"» (Cor. 17,24). Non si devono far lavorare i bambini in tenera età, e non gli si devono imporre incombenze troppo gravose, ostacolando la loro crescita fisica e annullando il loro diritto al gioco e allo studio. 5) Se i genitori non hanno la possibilità di far fronte alle esigenze del bambino, la responsabilità su di lui viene assunta dalla società e, in tal caso, il suo mantenimento è a carico della "Cassa comune" (*Bayt al-mal*) dei Musulmani (il Pubblico Erario). 6) Ogni membro della famiglia ha diritto a ricevere quello che gli permette di far fronte ai suoi bisogni: beni materiali, protezione, affetto, già dalla sua prima infanzia e anche quando è vecchio e inabile. I genitori hanno il diritto di esigere,

famiglia. Come esplicitato in nota il corollario dei principi sanciti in questo articolo affida al padre l'educazione dei figli e la responsabilità di scegliere la direzione che vuole dare alla loro vita pur riconoscendo che la condizione materna ha diritto di essere circondata da particolari premure da parte di tutta la famiglia. Ancora una volta ritroviamo normativamente sancita la supremazia paterna nella tutela dell'esercizio dei diritti dei propri figli.

Tornando ad un'analisi generale della DIUDU è bene volgere l'attenzione ad un esame comparativo della versione araba da un lato, e delle versioni inglese e francese dall'altro. Esso infatti suggerisce le seguenti osservazioni:

- 1) nella versione araba, i dati scritturali (versetti coranici) e le parole del Profeta (*hadit*) sono inclusi nei diversi articoli a cui si riferiscono in modo diretto e di questi costituiscono in un certo senso il fondamento e la giustificazione. Nella versione inglese e in quella francese, invece, gli stessi dati sono semplicemente segnalati con rimandi alle *sure* e ai versetti del Corano o alle raccolte di *hadit*;
- 2) il testo arabo fa riferimento costante e d'esplicito alla legge religiosa, cioè alla *shari'a* mentre le versioni occidentali si riferiscono, più astrattamente alla legge (*loi, law*). È vero che nelle note esplicative il termine *loi/law* è definito come comprendente la "totalità degli ordinamenti tratti dal Corano e dalla *sunna* e ogni altra legge dedotta da queste due fonti per mezzo di metodi considerati validi dalla giurisprudenza islamica". Tuttavia, nonostante l'importante precisazione (curiosamente riportata alla fine del documento, anziché in un'avvertenza iniziale), il lettore musulmano

dai loro figli, che assolvano al dovere di mantenerli e di occuparsi di loro fisicamente e moralmente. 7) La condizione materna ha il diritto di essere circondata di particolari premure da parte di tutta la famiglia. 8) Le responsabilità della famiglia sono suddivise tra i tutti i suoi membri, ognuno nella misura delle sue forze e delle caratteristiche della sua costituzione. È una responsabilità che va ben al di là del semplice rapporto tra genitori e figli: comprende tutti i parenti sia uomini che donne. 9) I figli, sia maschi che femmine, non potranno essere costretti al matrimonio con una persona per la quale non sentono inclinazione. Viene loro riconosciuto il diritto di opzione (*hiyar*). Il testo integrale della DIUDU tradotto da PICCARDO H. R., è consultabile in www.islam-online.it.

potrebbe legittimamente pensare che con il termine legge si alluda alla legislazione in vigore nei paesi in cui è cittadino. Un musulmano americano, britannico, francese o indiano, ad esempio, leggendo il comma a) dell'articolo 4, "diritto alla giustizia", è portato immediatamente a pensare alla legge del suo paese, là dove si dice: << Ogni individuo ha il diritto di essere giudicato conformemente alla legge, e soltanto conformemente alla legge>>. Come si può pensare che un musulmano americano deduca da questo articolo che egli è giudicabile solo secondo la *shari'a* e che perciò deve ricusare le giurisdizioni nazionali competenti? A questo riguardo, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, è forse più esplicita e coerente, negli articoli 7: <<tutti gli individui sono uguali dinnanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, a una eguale tutela da parte della legge>> e 8: << ogni individuo ha diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali internazionali>>;

- 3) in molti casi la versione inglese e quella francese presentano differenze sorprendenti rispetto al testo arabo. Inoltre, riguardo a certi punti di importanza fondamentale, le versioni europee non sembrano avere nulla in comune con il testo originale, il che è ancora più grave. Consideriamo per esempio l'articolo 19, "diritto di fondare una famiglia e questioni connesse"; mentre la versione araba afferma che "Il matrimonio, secondo la forma islamica (o nella cornice islamica, *itari*), è un diritto riconosciuto ad ogni essere umano. È la via che la Legge islamica considera legittima ai fini di fondare una famiglia, assicurarsi una discendenza e mantenere la propria persona casta", nelle versioni inglese e francese si legge: "Ogni individuo ha diritto di contrarre matrimonio, fondare una famiglia e allevare la prole conformemente alla propria religione, alle proprie tradizioni e alla propria cultura". In queste versioni non è fatta menzione della forma (o cornice) islamica del matrimonio. Naturalmente si può obiettare che, trattandosi di una dichiarazione islamica destinata soprattutto a lettori musulmani, i termini religione, cultura e tradizione si riferiscono necessariamente a quelle islamiche.

È evidente che alcune discrepanze, se si lascia passare il termine, che possono evidentemente nascere da una naturale difficoltà di trasposizione linguistica permangono quando si affronta un'analisi comparativa critica dei principi enunciati nella Dichiarazione sopraccitata e analizzata, discrepanze che si ritrovano sovente nell'analisi della più parte delle Dichiarazioni e Convenzioni finora analizzate.

4.2.2 LA DICHIARAZIONE DEL CAIRO DEI DIRITTI DELL'UOMO NELL'ISLAM, 1990

La Dichiarazione islamica universale dei diritti dell'uomo pur non rivestendo un ruolo di ufficialità a livello internazionale nel senso che essa non ha valore giuridicamente vincolante gettò sicuramente le basi per la nascita di nuove e più incisive, poiché vincolanti, Dichiarazioni internazionali a tutela dei diritti umani.

Negli anni '90 i Paesi arabo-islamici adottano due documenti internazionali riguardanti i diritti dell'uomo: la Dichiarazione dei diritti dell'uomo nell'Islam (Ddui) proclamata al Cairo nel 1990 dall'Organizzazione per la Conferenza Islamica (Oci) e la Carta Araba dei diritti dell'uomo (Cadu) adottata dalla Lega degli Stati Arabi nel 1994. L'idea di trasporre in documenti internazionali i principi islamici e arabi, in materia di diritti umani, nasce da molteplici esigenze. La crescita di una domanda di democratizzazione da parte della società civile così come il ruolo dei gruppi di opposizione e movimenti islamici nei confronti dell'autoritarismo dei regimi; la situazione dei rifugiati e degli immigrati; le pressioni della comunità internazionale perché i governi rispettino gli impegni presi nei patti internazionali- invadendo- con la richiesta di accettare le procedure di controllo- la sfera della sovranità nazionale. Questo lo scenario di massima con il quale i Paesi arabo-islamici sono chiamati a confrontarsi.

Al Cairo il 5 agosto 1990 i Ministri degli Esteri dell'Oci riuniti nella loro XIX Conferenza approvano la Dichiarazione del Cairo sui diritti dell'uomo nell'Islam. Il testo originale, noto come la Carta di Ta'if, fu discusso per la

prima volta nel vertice islamico di Ta'if del 1981. Il testo si compone, oltre che del breve preambolo, di venticinque articoli che nel complesso ripropongono, attraverso la lettura islamica dei diritti umani, i principali punti controversi del dibattito con l'occidente. Sembra comunque che sia tenuto in conto il testo della Dichiarazione universale del 1948 quanto dei successivi patti del 1966 sia nella formulazione degli articoli, sia nel tentativo di un rispetto almeno dal punto di vista formale dei suoi principali contenuti, con l'aggiunta di alcuni diritti "islamici". Nel preambolo l'enfasi è posta sulla "funzione civilizzatrice della *Umma*... la comunità migliore che Dio abbia mai creato"¹¹⁶. L'articolo uno sancisce il principio di uguaglianza di tutti gli uomini. Sulla scia della Dichiarazione universale del 1948, lo stesso articolo sancisce il principio di non discriminazione per motivi di "razza, colore, lingua, sesso, religione, appartenenza politica, condizione sociale", senza derogare al concetto islamico di responsabilità dell'uomo nei confronti del nesso diritti di Dio-doveri dell'uomo laddove si afferma che gli uomini sono uguali "nell'adempimento dei doveri e delle responsabilità". Più difficile conciliare tali principi dell'articolo uno con quanto è poi affermato nei successivi articoli. Per esempio, all'articolo cinque si afferma il diritto a contrarre matrimoni "senza nessuna restrizione basata sulla razza, il colore, o la nazionalità", omettendo significativamente di citare la religione, o ancora quando si afferma all'articolo dieci che "l'Islam è la religione naturale dell'uomo". La tutela specifica dei diritti del fanciullo si ravvisa nell'articolo sette il quale sancisce che: "fin dal momento della nascita ogni bambino ha diritti nei confronti dei genitori, della società e dello Stato ad avere appropriato nutrimento, educazione e cure materiali, igieniche e morali. Sia il feto sia la madre devono essere protetti e ricevere speciale assistenza. I genitori e quanti si trovano in analoga condizione hanno il diritto di scegliere il tipo di educazione che essi desiderano per i propri

¹¹⁶ Dichiarazione del Cairo dei diritti dell'uomo nell'Islam. Il testo della Dichiarazione è pubblicato, nella versione italiana, in Dossier Mondo Islamico. *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, cit., p. 221-228.

bambini, a condizione che essi prendano in considerazione l'interesse e il futuro dei bambini in conformità con i valori etici e i principi della *shari'a*. I genitori sono titolari di diritti rispetto ai loro figli e i parenti sono, a loro volta, titolari di diritti rispetto al ceppo di appartenenza, in conformità con le prescrizioni della *shari'a*.

Quanto al contributo innovativo che il documento islamico è in grado di apportare al diritto internazionale in materia di diritti umani, gli aspetti più significativi riguardano il diritto all'istruzione, valore altamente considerato nel Corano e che le dichiarazioni universali d'ispirazione occidentale non avevano particolarmente sottolineato. Un esplicito riferimento al diritto all'istruzione si trova nell'articolo nove. Con il richiamo al precetto coranico secondo cui "la ricerca della conoscenza è un obbligo", si comprende bene l'importanza dell'educazione scientifica nella cultura islamica, che lo Stato ha il dovere di garantire, tramite il conferimento alle istituzioni di un ruolo fondamentale nell'educazione degli individui per il pieno "sviluppo della personalità, il rafforzamento della fede in Dio e il rispetto e la salvaguardia dei diritti e dei doveri" (art. nove).

La maggiore convergenza tra i principi internazionali e quelli islamici si riscontra a proposito dei diritti di proprietà- trattati in due articoli (15 e 18)- e di quelli economici e sociali (art. 17), dimostrando che tali diritti sono ampiamente riconosciuti dall'Islam: non è un caso che si tratti, insieme a pochi altri, degli unici articoli in cui non è menzionato il limite di conformità alla legge islamica. A chiarire ogni dubbio sul primato della legge islamica rispetto alle fonti internazionali soccorrono gli ultimi due articoli del testo che così recitano: "Tutti i diritti e le libertà enunciati in questo documento sono subordinati alle disposizioni contenute nella legge islamica" (art. 24); e "la legge islamica è il solo riferimento valido al fine di chiarire qualunque articolo contenuto nella presente Dichiarazione" (art. 25). Il documento dell'Oci lascia aperti alcuni problemi fondamentali. Probabilmente non si potrebbe nemmeno comprendere la logica del testo senza un inquadramento nel Corano dei vocaboli utilizzati, che forniscono il vero senso della sua lettura. In definitiva il documento si limita a integrare

“il linguaggio dei diritti umani nel quadro preesistente della *shari'a*, cosicché quest'ultima non è mai interrogata criticamente per stimolare una evoluzione che sia veramente conforme ai diritti umani sanciti nelle dichiarazioni internazionali dell'Onu”¹¹⁷.

Nel suo insieme comunque, la principale novità della Dichiarazione Oci è probabilmente la Dichiarazione stessa: la codificazione dei diritti dell'uomo rappresenta già una significativa innovazione nell'universo culturale e religioso dell'Islam che fonda il suo primato sui “diritti di Dio”.

4.2.3 LA CARTA ARABA DEI DIRITTI DELL'UOMO, 1994

La Carta Araba, come è definito il documento, è stata adottata dal Consiglio della Lega Araba il 15 settembre 1994. La dichiarazione islamica del 1990 offre certamente l'impulso a risolvere le questioni che quest'ultima lascia aperte, in particolare il fatto che il riconoscimento dei diritti umani avviene, nel documento Oci, nel quadro della *shari'a*, scontentando gli Stati progressisti e moderati del mondo arabo che sottoscrivono il testo della Conferenza Islamica con una certa reticenza. Il fervente attivismo dei movimenti islamici- che a partire dagli anni '80 costruiscono istituzioni parallele allo Stato fornendo luoghi di aggregazione e servizi sociali che agiscono direttamente nel campo dei diritti umani -e la Conferenza di Vienna del 1993- che riporta in primo piano l'attualità e i problemi delle dichiarazioni universali- sono fattori che spingono la Lega a considerare maturi i tempi per presentare un quadro “arabo” dei diritti umani reagendo al contesto prettamente islamico in cui il dibattito sui diritti umani si era svolto fino ad allora. È così che il richiamo all'Islam figura soltanto nel preambolo con qualche sfumatura degna di rilievo e non è più ripreso nei 43 articoli che compongono il testo. Il preambolo, infatti, afferma la volontà dei governi arabi di “attuare i principi eterni di fratellanza e uguaglianza tra gli esseri umani, stabiliti dalla *shari'a* islamica e dalle altre religioni

¹¹⁷ Dossier Mondo Islamico. *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, cit., p.14.

celesti”¹¹⁸. Quest’affermazione, accompagnata dalla proclamazione della “fede della Nazione Araba nella dignità dell’uomo sin da quando Dio l’ha onorata facendo del mondo arabo la culla delle religioni” intende affermare che la dimensione araba rifiuta le discriminazioni di credo, almeno quelle fra la Gente del Libro (le altre religioni celesti). Questa espressione è l’unica che conferisce una dimensione religiosa al testo, che per il resto si muove sulla linea esplicitamente laica propria del nazionalismo arabo che ha ispirato la Lega fin dalle sue origini¹¹⁹. Il preambolo si conclude con il pieno riconoscimento del diritto internazionale “riaffermando il valore dei principi espressi nella Carta delle Nazioni Unite, nella Dichiarazione Universale sui diritti dell’uomo del 1948 e nelle disposizioni dei due Patti delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali”. La Carta Araba si distacca in tal modo dalla dimensione prettamente islamica della Carta Oci, ma senza disconoscerla, affrettandosi ad affiancare la Dichiarazione del Cairo sui diritti dell’uomo nell’Islam alle fonti giuridiche internazionali. Ciò apre un primo problema in quanto un certo numero di Stati della Lega non ha sottoscritto, in particolare, i Patti del 1966¹²⁰. Gli articoli del testo sono distribuiti in quattro capitoli dedicati rispettivamente ai diritti politici (art.1¹²¹); alle libertà fondamentali¹²² civili

¹¹⁸ Preambolo della Carta Araba sui diritti umani, versione italiana riprodotta in Dossier Mondo Islamico. *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, cit., p.229-236. A tale versione si farà riferimento per l’analisi del documento e per le citazioni degli articoli.

¹¹⁹ La Lega araba nasce nel 1945 dopo un lungo processo nel quale si erano confrontati i progetti politico-istituzionali dei nazionalismi arabi. Processo che sembrava aver riaperto le aspirazioni unitarie del mondo arabo. Fin dalla sua istituzione appare tuttavia evidente tanto la sua natura giuridica di organizzazione regionale secondo il modello classico del diritto internazionale, quanto la sua finalità principale: difendere la sovranità nazionale appena conquistata.

¹²⁰ Si tratta di Arabia Saudita, (che, ha rifiutato di sottoscrivere anche la Dichiarazione del '48), Bahrein, Comore, Djibuti, Emirati arabi Uniti, Kuwait, Mauritania, Oman, Qatar.

¹²¹ Articolo 1 : a) Tutti i popoli hanno diritto all'autodeterminazione ed al controllo delle proprie ricchezze e risorse naturali e, di conseguenza, hanno il diritto di determinare il proprio sistema politico e a perseguire liberamente il loro sviluppo economico, sociale e culturale; b) Il razzismo, il sionismo, l'occupazione e la dominazione straniera sfidano la dignità umana e costituiscono un impedimento fondamentale alla realizzazione dei diritti fondamentali dei popoli. E' doveroso condannare tali pratiche ed operare per eliminarle.

¹²² Articolo 4: a) Non può essere ammessa alcuna restrizione ai diritti e alle libertà garantiti dalla presente Carta, salvo nei casi previsti dalla legge e ritenuti necessari per la salvaguardia della sicurezza e dell'economia nazionali, dell'ordine pubblico e della sanità pubblica, nonché dei valori morali e dei diritti e libertà altrui; b) In caso di pubblica

e religiose¹²³, alla giustizia¹²⁴, alla personalità giuridica e politica,¹²⁵ ai diritti associativi e sindacali (artt. 2-39); agli aspetti istituzionali della Carta (organismi e strumenti di ratifica previsti agli artt. 40-43, capitoli III e IV).

Alla famiglia e al ruolo da essa svolto nella società è dedicato l'articolo 138:

a) La famiglia è l'unità fondamentale della società e gode della sua protezione; b) Lo Stato si impegna a fornire ogni cura e speciale protezione alla famiglia, alle madri, ai bambini e agli anziani.

La struttura del testo e le formulazioni delle disposizioni sembrano dimostrare che il documento è ispirato principalmente al Patto sui diritti civili e politici pur con qualche differenza sostanziale. Ciò che caratterizza realmente sia la struttura che lo spirito della normativa nel suo complesso è definito dal primo capitolo, composto da un solo articolo che sancisce che

emergenza che minacci l'esistenza stessa della nazione, gli Stati Parti possono adottare misure che derogano agli obblighi della presente Carta nei limiti strettamente richiesti dalle esigenze della situazione; c) In nessun caso, tali misure e deroghe potranno riguardare i diritti e le garanzie relative al divieto di tortura e di trattamento degradante, al rientro di un individuo nel proprio paese, all'asilo politico, al processo, al diritto di non essere giudicati due volte per la stessa azione e alla previsione legale di crimini e pene. Articolo 5: Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona. La legge protegge tali diritti.

¹²³ Articolo 27: Gli aderenti a qualsiasi religione hanno diritto di praticare il loro culto e di manifestare le loro opinioni con l'espressione, la pratica e l'insegnamento, senza pregiudizio dei diritti altrui. Non possono essere poste restrizioni all'esercizio della libertà di credo, di pensiero e di opinione se non per legge.

¹²⁴ Articolo 6: Non vi possono essere delitti o pene se non previsti dalla legge, né alcuna pena può essere inflitta per atti commessi prima della promulgazione della legge che li punisce. L'imputato beneficerà della legge sopravvenuta se a lui più favorevole. Articolo 7: Ogni imputato è presunto innocente finché non è provata la sua colpevolezza in un processo che gli assicuri tutte le garanzie necessarie alla difesa. Articolo 8: Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza della propria persona; nessuno è arrestato, fermato o detenuto senza un provvedimento legale e senza essere portato senza ritardo davanti all'autorità giudiziaria. Articolo 9: Tutte le persone sono eguali davanti alla legge e tutti nel territorio dello Stato hanno assicurato il diritto ad un rimedio giudiziario. Articolo 10: La pena di morte può essere imposta solo per i crimini più gravi e chiunque sia stato condannato a morte ha il diritto di chiedere la grazia o la commutazione della pena. Articolo 11: In nessun caso è ammessa la pena di morte per reati politici. Articolo 12: La pena di morte non può essere eseguita sui minori di diciotto anni, su una donna in stato di gravidanza fino al parto o su una donna con figli in tenera età se non siano trascorsi due anni dalla data del parto. Articolo 15: Ogni condannato ad una pena privativa della libertà deve essere trattato umanamente. Articolo 16: Nessuno può essere giudicato due volte per lo stesso delitto. Ogni persona che subisca tale misura può ricorrere contro la sua legittimità e fare istanza di scarcerazione. Ogni persona vittima di un arresto o di una detenzione illegittima ha diritto ad un indennizzo.

¹²⁵ Articolo 18: La personalità giuridica è inerente a ciascun individuo. Articolo 19 : Il popolo è la fonte dell'autorità e ogni cittadino maggiorenne ha diritto alla partecipazione politica, che esercita in conformità alla legge.

“tutti i popoli hanno diritto all'autodeterminazione... (e) spetta a loro decidere liberamente il sistema della propria identità politica e perseguire liberamente il proprio sviluppo economico e socio-culturale”, riproponendo con quest'ultima disposizione il diritto storicamente rivendicato dai Paesi in via di sviluppo di scegliere la propria via alla democrazia. È pur vero che i Patti del 1966 affermano gli stessi principi, ma la collocazione dell'articolo all'apertura dell'intera dichiarazione definisce con chiarezza le priorità gerarchiche della visione araba dei diritti, posizionando al primo posto i diritti dei popoli¹²⁶. Ciò, associato al richiamo annunciato nel preambolo al medesimo principio di autodeterminazione e alle affermazioni dei successivi commi dello stesso articolo 1 di esplicita condanna del “razzismo, sionismo, occupazione e controllo straniero”, conferisce una centralità fortissima ai temi classici del nazionalismo arabo. Si può affermare che l'intera produzione giuridica della Lega Araba fin dalla sua carta istitutiva non si allontana mai da questo filone. Nata per difendere gli Stati arabi sorti dopo la seconda guerra mondiale e per sostenere il processo di decolonizzazione, la Lega Araba ripropone con una costanza impressionante, a distanza di mezzo secolo, i medesimi concetti: l'indipendenza e la sovranità nazionale, la lotta al colonialismo e al sionismo.

Negli anni recenti, dietro la spinta della grandi trasformazioni nello scenario mondiale alla ricerca del “nuovo ordine”, il confronto sul tema dei diritti umani non può essere fatto nei termini di scontro tra le civiltà che la storia delle relazioni fra Islam e Occidente hanno spesso posto, ma nel contesto delle sfide politiche e socio-economiche contemporanee. Probabilmente qualche segnale è già in atto: le Nazioni Unite hanno deciso di aprire il nuovo millennio proclamando il 2001 anno del dialogo tra le civiltà basato sul rispetto dei diritti umani la cui evoluzione è possibile se l'area della globalizzazione non si limiterà ad avvicinare economie e mercati, ma anche le diverse culture del mondo. La circostanza che sia stata l'iniziativa del Presidente di turno dell'Oci, il Premier iraniano Khatami, a far muovere i

¹²⁶ UNGARI-MODICA, *Per una convergenza mediterranea sui diritti dell'uomo*, vol. 1,

passi per la proclamazione del 2001 anno delle Nazioni Unite per il dialogo tra le civiltà, appare come un chiaro segnale di apertura dei Paesi islamici¹²⁷. È in questo scenario che si inserisce il progetto di attualizzazione della Carta araba dei diritti dell'uomo presentato in seno la Commissione araba per i diritti dell'uomo la quale ha tenuto, dal 4 al 15 gennaio 2004, nella sede della Lega degli Stati arabi una riunione complementare alla sua seconda sessione straordinaria con la partecipazione dei rappresentanti degli Stati membri, di un rappresentante dell'Alto Commissariato per i diritti dell'uomo, dei rappresentanti delle organizzazioni non governative arabe e di Mahmoud Rached, rappresentante del Segretariato della Lega araba.

Nel preambolo si riaffermano i principi ispiratori contenuti nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e dei Patti del 1966 tenendo però conto della Dichiarazione del Cairo sui diritti dell'uomo nell'Islam, dunque è alla luce di quanto enunciato nel preambolo che si devono analizzare i principi contenuti negli articoli del progetto.

L'articolo 1 infatti enuncia che si deve inculcare all'essere umano che vive negli Stati arabi la fierezza della sua identità, la fedeltà alla patria e l'attaccamento alla sua terra e alla sua storia ispirandosi ad una cultura di fraternità umana di tolleranza e di apertura agli altri conformemente ai principi e ai valori universali e a quelli che sono proclamati negli strumenti internazionali relativi ai diritti dell'uomo.

Mi sembra evidente che il riferimento agli strumenti internazionali posti a salvaguardia dei diritti umani sia un segno tangibile di un'attualizzazione

EU, Roma, 1997.

¹²⁷ Cfr., nella sezione documenti, la Risoluzione dell'Assemblea generale Onu del 4 novembre 1998, sito www.un.org. Questo articolo è stato redatto antecedentemente all'attentato terroristico negli USA dell'11 settembre 2001, data considerata già uno spartiacque per gli assetti mondiali del XXI secolo. Tuttavia riteniamo che la prospettiva del dialogo non sia affatto smentita dai tragici eventi del settembre 2001, ma al contrario si rafforzi la necessità di legare il problema della sicurezza e della pace mondiale ai temi del dialogo tra Islam e Occidente e ai problemi della legalità internazionale accennati in questo capitolo. La dimensione militare e di difesa da sola non è sufficiente a fornire risposte adeguate per la sicurezza. Occorre una più attenta analisi dei fenomeni sociali suscettibili di produrre "nuove" minacce per il sistema internazionale. I nuovi scenari possibili proiettano nel secolo appena apertosi l'ombra di una nuova polarizzazione la cui geopolitica è molto più complessa dello schema Est/Ovest della guerra fredda, e che probabilmente solo una reale apertura tra i diversi sistemi potrà contrastare.

che mira ad una implementazione nel “sistema” islamico dei principi contenuti nelle Convenzioni internazionali a tutela dei diritti umani.

L'articolo 33 pone come fulcro fondamentale della società, definendola una cellula naturale e fondamentale della medesima, la famiglia. Lo Stato e la società, prosegue l'articolo, garantiscono: la protezione della famiglia e dei suoi membri, l'interdizione di ogni forma di violenza nelle relazioni tra i suoi membri in particolar modo nei riguardi della donna e del bambino. Inoltre tutte le disposizioni legislative, amministrative e giudiziarie devono perseguire il fine della protezione dei diritti del fanciullo in un clima di libertà e di dignità per far sì che il suo interesse superiore sia, in tutte le circostanze, il criterio alla base di tutte le misure che lo concernono.

L'enunciazione in questo articolo dell'interesse superiore del fanciullo come fine da perseguire è un'ulteriore conferma della volontà degli organi emananti di enunciare normativamente un principio giuridico più volte richiamato nelle principali Convenzioni internazionali, analizzate nei capitoli precedenti, che tutelano i diritti del fanciullo.

L'articolo 49 infine enuncia che la presente Carta diverrà validamente efficace e operante due mesi dopo la data di deposito della settima ratifica pervenuta al Segretariato degli Stati arabi Lega.

I documenti in questione tendono ad essere cauti, in relazione al fatto che si rivolgono potenzialmente a un pubblico internazionale. Tuttavia contraddizioni, oscurità ed equivoci emergono in molti luoghi, specialmente nel campo delle libertà di pensiero, del trattamento dei non musulmani e dei diritti delle donne.

4.3 IL CONTESTO AFRICANO

L'adozione della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli da parte dell'organo supremo dell'Organizzazione dell'Unità africana (OUA), la Conferenza dei capi di stato e di governo, riunita a Nairobi il 28 giugno 1981, traduceva la volontà dell'organizzazione regionale di dotare il continente africano di un sistema di promozione e di protezione dei diritti

dell'uomo e dei popoli che si adattasse al contesto sociale in cui i sopraenunciati diritti dovessero essere esercitati.

Prima di enunciare i diritti proclamati nella Carta occorre esplicitare alcune considerazioni preliminari sul fenomeno della regionalizzazione dei diritti dell'uomo, da una parte, e sulla concezione africana dei diritti dell'uomo, dall'altra.

La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, è considerata a giusto titolo da Bobbio¹²⁸ quale punto partenza di un processo alla fine del quale i diritti dell'uomo devono essere non più soltanto proclamati o idealmente riconosciuti, ma effettivamente protetti anche contro lo stesso Stato che li ha violati. La Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in Europa occidentale (firmata a Roma il 4 novembre 1950), e la Convenzione relativa ai diritti dell'uomo (firmata a San Josè il 22 novembre 1969), nelle Americhe, costituiscono i primi esempi – cui più tardi la Carta africana è venuta ad aggiungersi – di una protezione dei diritti dell'uomo direttamente derivata dalla Dichiarazione universale e volta, da un lato, a conferirvi concretezza e, dall'altro, ad adattarla alle esigenze degli Stati membri dell'organizzazione regionale nel cui ambito tale protezione si è iscritta¹²⁹. Le convenzioni regionali sono, dunque, rivolte ad affermare le particolari identità e specificità¹³⁰. Così, la Carta africana ha l'ambizione di tradurre in norme positive la concezione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli. Il Preambolo è esplicito a riguardo: << Tenendo conto delle virtù

¹²⁸ BOBBIO N., *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*, in *La Città fraterna* (per il quarantesimo anniversario della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo), Milano 1981, p. 187 ss. E' ben nota la tesi del filosofo secondo cui, << la Dichiarazione universale contiene in germe la sintesi di un movimento dialettico che comincia con l'universalità astratta dei diritti naturali, trapassa nella particolarità concreta dei diritti positivi nazionali, termina con l'universalità non più astratta ma essa stessa concreta dei diritti positivi universali >>. La terza fase è considerata dal filosofo quale punto di partenza di un processo volto a conferire effettività e concretezza alla Dichiarazione universale.

¹²⁹ Per un raffronto tra la Carta africana e i due strumenti regionali summenzionati, CALMIERI, *La Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e gli altri strumenti regionali di protezione dei diritti dell'uomo: profili comparatistici*, in "Rivista studi politici internazionali", 1990, p.61.

¹³⁰ Per quel che concerne la Carta africana, in particolare NGUÉME, *Identité culturelle africaine et droits dell'homme*, in "Rivista studi politici e internazionali", 1990, p. 75 ss.

delle loro tradizioni storiche e dei valori di civiltà africana che debbono ispirare e caratterizzare le loro riflessioni sulla concezione dei diritti dell'uomo e dei popoli...>>. Continua l'ultima parte dello stesso preambolo:<< Fermamente convinti del loro dovere di assicurare la promozione e la protezione dei diritti e libertà dell'uomo e dei popoli, tenendo in debito conto l'importanza primordiale tradizionalmente attribuita in Africa a tali diritti e libertà...>>. In tal modo la Carta postula una fondamentale unità culturale del continente africano, al di là dalle divisioni etniche e dalle contingenze storiche.¹³¹

Quando fu adottata la Dichiarazione dei diritti umani nel 1948, quasi i due terzi dell'umanità viveva sotto il giogo coloniale. A quei tempi vigeva nell'Africa australe uno dei regimi più ignominiosi della storia, il sistema dell'apartheid. La lotta per il riconoscimento dello sviluppo di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali, per tutta la comunità internazionale, ha contribuito all'avanzamento della lotta dei popoli per la loro liberazione nazionale dal peso coloniale e per il diritto allo sviluppo e alla pace per tutte le nazioni. Il diritto allo sviluppo, come diritto universale inalienabile e come parte sostanziale dell'effettività di tutti i diritti umani, è stata la maggiore conquista. Se percorriamo la storia a ritroso possiamo dire che quando ci fu l'approvazione della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, pesava ancora il dominio coloniale da parte delle grandi potenze imperialiste occidentali su quasi tutto il continente africano: la correlazione di forze esistenti impedì che in essa si facesse allusione al decadente sistema coloniale vigente, né ai principi di autodeterminazione dei popoli accolto dal diritto internazionale. Con la trasformazione verso un nuovo ordine mondiale, derivato dal dopo guerra, iniziarono nel continente le lotte di

¹³¹ Sul riflesso dei valori e delle tradizioni africane nella Carta, DIENG, *Le droit de vivre dans le contexte africain* in *Essais sur le concept de vivre*, cit., p. 81 ss., il quale ricorda che << cette notion de valeurs et de civilisation africaines s'est incrustée dans la Charte sous plusieurs formes. On la retrouve notamment dans le devoir de respect de la morale, de la famille, de l'intérêt commun, ainsi que dans le devoir de veiller, dans ses relations avec la société, à la préservation et au renforcement des valeurs naturelles africaines positives>> ; AGBENONCI, *Identité culturelle africaine et droits de l'homme*, in *La Charte africaine*, cit., p. 80 ss.

emancipazione che portarono al lento e doloroso processo di decolonizzazione. Fu su queste basi che il 25 maggio 1963 si formò l'Organizzazione dell'Unità Africana (OUA).

Gli obiettivi della OUA erano volti dalla decolonizzazione e all'indipendenza dei popoli del continente. La Carta costitutiva di questa organizzazione regionale mise a fuoco i diritti umani in Africa, con il proposito evidente di non rompere la già fragile ma necessaria unità all'interno della diversità del continente. La Conferenza di Algeri, nel 1976, servì come fonte di ispirazione alla formulazione del progetto finale della Carta Africana dei Diritti Umani: vi fu approvata la dichiarazione universale dei diritti dei popoli.

Questo avvenimento rivoluzionò la concezione internazionale dei diritti umani, prendendo in considerazione la forma di vita comunitaria africana. I redattori segnarono un progresso storico nel mettere in chiaro la Carta Africana¹³² dei diritti umani e dei popoli dal punto di vista terzomondista e nel rendere espliciti alcuni diritti che avrebbero dovuto evidenziare la specificità della realtà africana.

Successivamente, l'Organizzazione dell'Unità Africana, adottò, il 24 settembre 1990 ad Addis Abeba, la Carta Africana sui diritti e il benessere del bambino. Fu questo un altro passo importantissimo nell'affermazione

¹³² La Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli fu adottata dall'Organizzazione per l'Unità Africana a Nairobi il 27 giugno 1981, entrò in vigore nel 1986. L'OUA (Organisation of African Unity) si costituì nel 1963. Oggi, L'OAU non esiste più. A Lusaka (Zambia), dal 9 all'11 luglio 2001, i capi di Stato e di governo dell'AOU hanno sancito la nascita dell'UNIONE AFRICANA, il cui Atto costitutivo era entrato in vigore il 26 maggio 2001. La nuova organizzazione parafricana, creata sul modello dell'UE, il 9 luglio 2002 ha tenuto il suo primo vertice a Durban (Sudafrica) dove si sono delineati gli scopi: creare un quadro più forte per la stabilità africana, unificando politicamente, socialmente e economicamente i 53 Stati membri (Algeria, Angola, Benin; Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cameroon, Repubblica Centrale Africana, Capo Verde, Chad, Costa d'Avorio, Comoros, Congo, Djibouti, Repubblica Democratica del Congo, Egitto, Guinea Equatoriale, Eritrea, Etiopia, Gabon, Gambia, Ghana, Guinea-Bissau, Guinea, Kenya, Libia, Lesotho, Liberia, Madagascar, Mali, Malawi, Mozambico, Mauritania, Mauritius, Namibia, Nigeria, Niger, Rwanda, Sud Africa, Repubblica democratica Araba del Sarhawi, Senegal, Seychelles, Sierra Leone, Somalia, Sao Tome & Principe, Sudan, Swaziland, Tanzania, Togo, Tunisia, Uganda, Zambia, Zimbabwe). Unione Africana: www.au2002.gov.za

dei diritti in Africa, ma dei suoi contenuti e dei relativi principi affermati parleremo in seguito.

Ciò che è necessario ribadire a mio avviso è che la problematica fondamentale dei diritti umani in Africa non risiede né nella maggiore o minore precisione dei testi delle due Carte sopracitate, né nei meccanismi di controllo stabiliti, né nella volontà di applicare i principi della carta universale dei diritti umani, ma nella dipendenza economica, sociale e politica, in cui vive l'Africa. E' con questa "dipendenza" infatti che l'affermazione dei diritti in questo continente ha da sempre dovuto fare i conti.

4.3.1 LA CARTA AFRICANA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DEI POPOLI, 1981

La Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli venne approvata nel 1981 dall'OUA ed entrò in vigore nel 1986. Essa riconosce sia diritti civili e politici che economici, sociali e culturali, inoltre è la prima Convenzione internazionale sui diritti umani a contemplare i diritti dei popoli e non solo dell'individuo in quanto tale. Sancisce il diritto all'eguaglianza, all'autodeterminazione, alla proprietà delle proprie risorse naturali e il diritto ad un ambiente sano. Degni di nota sono infatti gli articoli: 5, 18 e 19. Il primo afferma che qualsiasi forma di sfruttamento e di svilimento dell'uomo, specialmente la schiavitù, la tratta delle persone, la tortura fisica o morale, le pene o i trattamenti crudeli, inumani o degradanti sono interdetti. Il secondo indica nella famiglia l'elemento naturale e la base della società, procede stabilendo per lo Stato il dovere di provvedere alla eliminazione di qualsiasi discriminazione contro la donna e di assicurare la protezione dei diritti della donna e del bambino quali stipulati nelle dichiarazioni e nelle convenzioni internazionali. Il terzo sancisce l'uguaglianza di tutti i popoli, del diritto nel godimento della stessa dignità e degli stessi diritti, procede poi ribadendo che nulla può giustificare la dominazione di un popolo su di un altro.

Non a caso infatti, il titolo della Carta Africana viene citato per intero, mettendo così in evidenza che si tratta di un documento che tutela sia i diritti dell'uomo che quelli dei popoli. Ciò ha grande importanza poiché sottolinea uno dei punti di maggior interesse del documento, caso unico nel panorama internazionale, esso contiene già nel titolo il richiamo al momento collettivo e questo aspetto costituisce una particolarità difficilmente trascurabile. La scelta di non fermarsi ai diritti individuali, inoltre, poggia su reminiscenze tradizionali molto solide. Il termine "gruppo" ha, nel contesto africano, un significato particolarmente concreto, sarebbe un errore considerarlo come la mera somma di tante individualità, perché non si terrebbe nella giusta considerazione ciò che distingue il gruppo africano da un semplice insieme di persone. Esso infatti, non è formato solo dai membri vivi, ma anche da quelli già morti o non ancora nati, i quali hanno dei diritti in quanto appartenenti a questo tipo di collettività. Il gruppo, perciò, è sì composto di determinate persone che vivono in un certo periodo storico ma non si limita ad esse, e la sua esistenza continua anche dopo la morte di dette persone.

E' proprio questo il punto focale. La protezione della collettività migliora l'esistenza di coloro che in quel momento ne fanno fisicamente parte, ma garantisce anche coloro che verranno.

I singoli, in altre parole, sono tenuti a determinati comportamenti, sia nei confronti degli altri membri, che del gruppo inteso come entità a sé.

La Carta prevede, inoltre, diversi doveri a cui gli stessi soggetti devono attenersi. Riconosce i doveri dell'individuo verso la famiglia, la società e la comunità internazionale. Sono i doveri di mantenere i genitori in caso di bisogno, di lavorare al meglio delle proprie capacità e competenze, di preservare e rafforzare i valori positivi della cultura africana. Questi doveri si evincono soprattutto dalla lettura degli articoli 27 (primo comma), 28 e 29 (primo comma). La prospettiva del documento non si preoccupa solo di prevedere che ogni diritto individuale trovi un suo bilanciamento nel dovere di un altro individuo ma, vuole che i diritti delle diverse entità collettive trovino il loro contrappeso nelle obbligazioni di tutti i loro membri. Questi

ultimi, non solo hanno dei doveri reciproci tra loro ma sono chiamati, tutti insieme, a determinati comportamenti nei confronti di entità che li comprendono, ma che, nello stesso momento, vanno oltre la loro mera somma.

La Carta africana ha infine istituito la Commissione Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli. La Commissione è formata da undici membri che siedono a titolo personale e non in quanto rappresentanti degli Stati.

La carta le affida una lunga serie di funzioni¹³³ che spaziano dalla promozione dei diritti umani, alla loro protezione. In ogni caso, la Commissione deve comunque ottenere il benestare dell'Assemblea dei Capi di Stato e di Governo prima di poter emettere uno dei suoi *Reports*, documenti che sanciscono la risoluzione di un caso.

4.3.2 LA CARTA AFRICANA DEI DIRITTI E IL BENESSERE DEL BAMBINO, 1990

Il solo trattato regionale sui diritti umani dei bambini, la Carta Africana sui Diritti e il Benessere del Bambino, è stato adottato dall'Organizzazione dell'Unità Africana ad Addis Abeba il 24 settembre 1990. Essa viene inserita all'interno degli atti dotati di forza vincolante, dal momento che è in vigore dal 29 novembre 1999, avendo ricevuto il numero di quindici ratifiche necessarie per darle questa forza. La Carta consta di 48 articoli esprimenti principi già presenti in altri trattati internazionali quali: la Dichiarazione universale dei Diritti dell'Uomo e la CRC del 1989¹³⁴, ma

¹³³ L'articolo 45 recita: "La Commissione ha il compito di promuovere i diritti dell'uomo e dei popoli e può raccogliere documentazioni, fare studi e ricerche sui problemi africani nel campo dei diritti dell'uomo e dei popoli, organizzare seminari, colloqui e conferenze; formulare e elaborare principi e norme che consentano di risolvere i problemi giuridici relativi al godimento dei diritti dell'uomo e dei popoli; cooperare con le altre istituzioni africane o internazionali che si interessano della promozione e della protezione dei diritti dell'uomo e dei popoli".

¹³⁴ Per completezza giova notare che già la Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei popoli del 1981 obbliga le parti a "assicurare la protezione dei diritti della donna e del fanciullo come stabiliti nelle convenzioni e dichiarazioni internazionali", in LENZERINI F., *Sfruttamento sessuale dei minori*, "La Comunità Internazionale. 1999, fasc.3, cit., p. 489.

esplicita altresì i valori sociali e culturali dell'Africa, inclusi quelli legati alla famiglia, alla comunità e alla società. Essi vengono così ribaditi: il diritto alla sopravvivenza e allo sviluppo, il diritto al nome e alla nazionalità, alla libertà e all'espressione, all'educazione e alla protezione dalle forme di sfruttamento fisico, mentale, spirituale e morale.

Su alcuni aspetti, la Carta Africana dei diritti dei bambini rafforza la protezione prevista nella Convenzione del 1989, essa infatti ribadisce che tutte le persone di età inferiore ai diciotto anni sono da considerarsi minori (art. 2), senza alcuna eccezione e, aggiunge, tutti i bambini che vivono nel loro paese hanno gli stessi diritti dei bambini rifugiati; in più cerca di eliminare pratiche sociali e culturali dannose, in particolare quelle che sono discriminatorie o che creano rischi per la salute dei bambini. E' però in relazione ai valori africani espressi nello strumento regionale della Carta che si sono espresse le maggiori dissonanze rispetto agli altri mezzi di tutela sopramenzionati. L'asserzione che desta maggiori perplessità è quella posta nell'articolo 31, essa enuncia :<< Tutti gli individui hanno responsabilità verso la loro famiglia, la società e lo Stato>>. L'individuo a cui si fa riferimento è naturalmente il bambino avendo l'articolo stesso per titolo: Le responsabilità del fanciullo". Queste responsabilità sono: preservare e rafforzare la solidarietà sociale e nazionale, la cultura africana, l'indipendenza e l'integrità del proprio paese. Probabilmente, queste responsabilità sono troppe e gravose per un bambino che vive nella maggior parte dei casi in un contesto sociale belligerante e dunque privo di stabilità.

Compaiono, inoltre, alcuni articoli in riferimento al terribile problema del coinvolgimento dei ragazzini nei conflitti armati.

Il più importante è senza dubbio l'articolo 22 il quale prevede che gli Stati contraenti, adottino ogni misura necessaria per evitare che bambini prendano parte diretta alle ostilità stabilendo, per i medesimi Stati, il

contestuale rispetto per le leggi del diritto internazionale umanitario applicabile ai conflitti armati in cui sono coinvolti i fanciulli.

Le pratiche consuetudinarie, assai diffuse in Africa, che riguardano i minori sono oggetto di disciplina nell'articolo 21 il quale afferma che: i Paesi che ratificano la Carta dovranno prendere tutte le misure appropriate per abolire le pratiche consuetudinarie dannose per il benessere, la crescita normale e lo sviluppo del/della bambino/a ed in particolare: a) i costumi e le pratiche pregiudizievoli per la salute e la vita del bambino/a; b) i costumi e le pratiche discriminatorie per il bambino/a sulla base del sesso o di altro *status*";

Occorre infine dire che anche questa Carta istituisce un Comitato, con il dovere di vegliare sulla realizzazione dei diritti dei minori negli ordinamenti interni, sulla base di rapporti periodici inviati dagli Stati, e di comunicazioni da parte della società civile e dell'opinione pubblica, in massima parte rappresentata da organizzazioni non governative .

4.4. LA FIGURA DELLA DONNA NEI VERSETTI CORANCI¹³⁵

*“Io non permetto che il bene, da chiunque di voi,
maschio o femmina, sia stato fatto vada perduto.
Tutti voi siete uguali.”*

Corano¹³⁶, III-195

L'islam riconosce la parità ontologica tra uomo e donna e riconosce al femminile un ruolo fondamentale nell'armonia dell'universo. Tuttavia diverse disposizioni contenute nei versi del Corano assegnano all'uomo una preferenza:

Corano Sura IV detta al-Nisā (delle donne) versetto 34:

¹³⁵ Alessandro Bausani, *Il Corano*, Ed. B.U.R., Milano, 1996 ; si veda anche VACCA V.-Noja S.- Vallaro M. , *Deti efatti del Profeta raccolti da al Bihari*, Ed. Utet, Torino, 1992.

¹³⁶ Formato da 144 capitoli o suwar suddivisi in versetti, esso contiene 6200 versetti di cui 500 contengono regole giuridiche. Esso tuttavia non è un codice di leggi bensì una raccolta di precetti morali, di esortazioni, di racconti biblici in mezzo alle quali troviamo varie disposizioni di ordine giuridico. SACCO R., A. Gambaro, *Sistemi Giuridici Comparati* ed. Utet, 2002, p.474

“Gli uomini sono preposti alle donne, a causa della preferenza che Allah concede agli uni rispetto alle altre e perché spendono (per esse), i loro beni. Le donne virtuose sono le devote, che proteggono nel segreto quello che Allah ha preservato. Ammonite quelle di cui temete l’insubordinazione, lasciatele sole nei loro letti, battetele. Se poi obbediscono, non fate più nulla contro di esse. Allah è altissimo, grande.”

E ancora Sura IV 19:

“Credenti! Non vi è lecito essere eredi delle proprie mogli contro la loro volontà. Nemmeno costringerle per strappar loro parte di ciò che avete donato loro, a meno che esse non abbiano commesso una turpinaggine manifesta.”

Le fonti coraniche circa il diritto ereditario riportano una situazione di disparità. Nella medesima sura "delle donne", al v. 11, è infatti detto in merito all'eredità ai figli ***"Iddio vi raccomanda di lasciare al maschio la parte di due femmine"***.

Al v. 15 della stessa sura si dice ***“se alcune delle vostre donne avranno commesso atti indecenti portate quattro testimoni contro di loro, e se questi porteranno testimonianza del fatto, chiudetele in casa fin che non le coglierà la morte o fin quando Dio apra loro una via”***.

La poligamia è lecita e prevista dal Corano per gli uomini (Sura "delle donne", versetto 3) con la limitazione: ***“se temete di non essere giusti con loro sposatene una sola.”***

Nella sura "della Luce". il v. 31 prescrive che: ***“le credenti abbassino gli sguardi e custodiscano le loro vergogne, non mostrino troppo le loro parti belle ad altri che agli uomini della famiglia e non battano i piedi sì da mostrare le loro parti nascoste”***.

Secondo un'usanza che è precedente al Corano questo versetto proibirebbe alla donna di mostrare il volto e quindi avrebbe giustificato nei tempi passati l'esistenza dei ginecei (harem) in cui erano rinchiusi le donne, custodite nel caso di personalità di grande ricchezza, da guardiani evirati, nonché l'uso oggi, in certi Stati islamici, di vesti che coprono interamente il viso. Circa l'obbligo di portare il velo e coprire il volto non c'è alcun versetto che lo

prescriva espressamente, e nemmeno il v. 59 della sura "delle Fazioni alleate" lo afferma, anche se dice: ***“Dì alle tue spose e alle tue figlie e alle donne dei credenti che si coprano dei loro mantelli, che sono grandi veli che vanno dalla testa ai piedi”***.

Il principio della superiorità maschile è infine evidenziato anche nel verso 228 della sura 2:

« Le donne divorziate osservino un ritiro della durata di tre cicli, e non è loro permesso nascondere quello che Allah ha creato nei loro ventri, se credono in Allah e nell'Ultimo Giorno. E i loro sposi avranno priorità se, volendosi riconciliare, le riprenderanno durante questo periodo. Esse hanno diritti equivalenti ai loro doveri, in base alle buone consuetudini, ma gli uomini sono superiori. Allah è potente, è saggio. »

La maggior parte dei testi di dottrina consultati volti ad interpretare i versetti su enucleati sostengono che le discriminazioni nei confronti della donna nell'islam non dipendono dal Corano o dalla Sunna, ma da come vengono interpretati, e che, le interpretazioni dei suddetti, per così dire più sfavorevoli per la donna, sono dovute all'ignoranza di chi li interpreta. Nel Corano ci sono tante discriminazioni; più esattamente non c'è uguaglianza di principio, cioè uomini e donne non hanno gli stessi diritti fondamentali. Molto probabilmente possiamo trovare nella Bibbia delle disuguaglianze tra uomo e donna forse più grandi. È normale, perché Dio parla agli uomini secondo il loro linguaggio e la loro mentalità, ma tocca a noi capire qual è l'intento del testo rivelato. Nell'islam, esiste anche lo stesso principio che consiste nel ricercare “lo scopo della sharia” (maqâsid al-shari'ah). I musulmani che leggono il Corano come se fosse un testo immutabile, letteralmente applicabile a tutti i tempi e in tutti i luoghi, creano il problema. È il loro modo di capire il Corano, e di applicarlo in leggi, che pone problema.

Questi discorsi apologetici, comprendono elementi veri ed altri non esatti. Per la legge islamica la donna è ontologicamente uguale all'uomo, ha gli stessi doveri, non c'è per essa alcuna discriminazione nella vita eterna che

l'attende dopo la morte. I problemi come abbiamo avuto modo di porre in evidenza cominciano quando dal campo religioso si passa a quello sociale.

CAPITOLO 5

IL MAROCCO : LA TUTELA DEI DIRITTI DELLA DONNA NELLA PRATICA ISTITUZIONALE MAROCCHINA

SOMMARIO : 5) *L'assetto istituzionale*; 5.1 *La codificazione dello statuto personale*; 5.2) *La Moudawana del 1957: contenuti normativi*; 5.3) *La Moudawana del 2004: contenuti normativi*; 5.3.1) *Lo stato civile*; 5.4.) *I diritti della donna alla luce della novellata Moudawana*; 5.5) *“la primavera araba”*.

5 L'ASSETTO ISTITUZIONALE¹³⁷

Dopo aver esaminato la normativa vigente in materia di diritti della donna percorrendo le tappe obbligate della tutela dei diritti umani garantita da convenzioni e trattati internazionali, della loro attuazione in “ambito islamico” per mezzo di medesimi strumenti vincolanti internazionali, dell'interazione e implementazione di questi diritti (con particolare riguardo a quelli inerenti l'infanzia) nelle due realtà giuridiche analizzate, quella occidentale da un lato e quella orientale-islamica dall'altro, ho deciso di volgere lo sguardo alla pratica istituzionale di un dato paese islamico nell'esistenza, attuazione e conciliazione, alla luce dei dettami internazionali posti in materia, dei diritti sinora enunciati.

Il Marocco, a seguito delle recenti riforme riguardanti lo statuto personale che, come vedremo analizzando la normativa nel dettaglio, esprime la volontà di perseguire il fine di una modernizzazione giuridica di cui tenteremo di coglierne le sfumature all'interno della singole materie giuridiche riformate, mi sembra il Paese più adatto per questa ricerca.

Il Marocco¹³⁸ è l'unica monarchia del continente africano e l'unico paese del maghrebino a non aver mai fatto parte dell'Impero Ottomano¹³⁹. Occupato

¹³⁷ Il materiale sull'assetto istituzionale del Marocco è consultabile in: <http://dex1.tsd.unifi.it/juragentium/it/index.htm?surveys/islam/morocco.htm> e in www.medeabe.be

dal popolo berbero nella metà del XI secolo, l'islamizzazione e l'arabizzazione del paese giunge solo nel XVII secolo con la conquista degli arabi e con la conseguente instaurazione nel regno di un diritto musulmano malichita¹⁴⁰

Il Marocco è una monarchia costituzionale, democratica e sociale. Questo enuncia il primo articolo della Costituzione approvata il 4 settembre 1992 da un referendum popolare e promulgata il 9 ottobre per volere di Re Hassan II.

La Costituzione, adottata nel 1962 è stata modificata più volte e il testo attuale, recepito il 13 settembre del 1996, prevede:

- l'istituzione di un sistema parlamentare bicamerale mediante la creazione della Camera dei Rappresentanti (*Majlis al-Nuwab*) e la Camera dei Consiglieri (*Majlis al- Mustacharin*). Le due Camere formano il

¹³⁸ Il nome ufficiale del Marocco è AL Mamlaka al- Maghrbiya ossia Regno del Marocco. Nel corso della prima metà del settimo secolo (pri mi decenni della rivelazione dell'Islam) si chiamava "Mauritania tengitana" romana; caduta nell'oblio dall'alba del 4 secolo era una terra dove regnava la confusione e disordini, tribù e regioni erano contese da diversi poteri a causa della sopravvivenza di influenze romane e bizantine, e soprattutto a causa di una grossa confusione religiosa: culti naturalisti, tradizioni animiste, divinità romane, cartaginesi, confessioni diverse. Nessun potere centrale che garantisce la stabilità, la coesione sociale e la sicurezza poteva emergere da una tale situazione di confusione. La disgregazione sembrava essere la via fatale e l'unità, un bisogno così imperioso, sembrava impossibile poiché le condizioni preliminari indispensabili erano inaccessibili, vale a dire una sola e unica dottrina religiosa che riunisse le menti e codificasse i comportamenti degli individui e dei gruppi.. LAPIDUS, *A History of islamic Societies*, Cambridge University Press, 1988, trad. It. *Storia delle società islamiche. II. LA diffusione dell'Islam*. Ed Einaudi, Torino 2000; B LEWIS, *Studies in Classical and Ottoman Islam*, Ed Variorum Reprints, London 1970.

¹³⁹ A differenza degli altri Paesi del Maghreb che dal XIV secolo dovettero parte integrante della potenza musulmana dell'Impero Ottomano, un regno in grado di sottomettere i territori mediterranei compresi tra Marocco e i Balcani, oltre ai Paesi del Caucaso e parte del sud est asiatico, fino a giungere all'ultimo assedio di Vienna del 1683. seppero trovare nella religione islamica una fonte di legittimazione determinante del proprio potere: la conquista e l'espansione rispondevano al dovere di diffondere l'Islam. LAPIDUS, *A History of islamic Societies* cit. , p. 28 della trad. It.

¹⁴⁰ Nell'Islam è insita una stretta connessione fra pensiero teologico e pensiero giuridico; ciò portò alla nascita nel mondo sunnita di quattro grandi scuole di elaborazione giuridico-dottrinale. La scuola **Hanafita** è quella più seguita e si contraddistingue per il ricorso al ragionamento analogico; **Shafita** è la scuola più rigida ma trova ancora applicazione in Arabia Saudita. **Hambalita** è la scuola che respinge l'uso del *qiyas*. La scuola **Malikita** si basa prevalentemente sulla sunna e sul rilievo dato alle intenzioni su cui poggia ogni singola azione, sul consenso dei sapienti (ijma) e in particolare concede molta importanza ai costumi (urf) e alle pratiche locali , essa fu un fattore di unificazione.

Parlamento, i membri della Camera dei Rappresentanti sono eletti per 5 anni, quelli della Camera dei Consiglieri sono eletti per 9 anni;

- l'elezione di tutti i membri della Camera dei Rappresentanti a suffragio universale diretto;
- la composizione dei membri della Camera dei Consiglieri per i 3/5 da eletti regionali e per i restanti 2/5 da eletti delle camere professionali e dei salariati.
- l'introduzione dello statuto della Corte dei conti, istituzione costituzionale la cui missione è, in particolare, quella di garantire il controllo superiore dell'esecuzione delle leggi di finanza e la creazione di Corti di conti regionali;
- l'elezione delle Regioni¹⁴¹ a collettività locali, accanto a Prefetture, Province e Comuni;
- la garanzia del diritto di libertà e di impresa.

In conformità alle regole costituzionali il Re Mohammed VI (attuale sovrano) ha indicato come primo ministro Driss Jettou (ex ministro dell'interno) il 9 ottobre del 2002. Egli appartiene al Rassemblement National des Indipendants (RNI) partito di coalizione governativa.

Il primo ministro è responsabile davanti alle due Camere. Il vertice decisionale centrale è formato da due organi paralleli: il Consiglio dei ministri, cui fa capo il primo ministro ed il Consiglio superiore, che comprende solo alcuni ministri ed ha al suo vertice il Re. Il Governo è composto dal primo ministro e dai ministri ed è responsabile davanti al Re e al Parlamento. Ogni ministero ha una delegazione locale in ogni provincia o prefettura..

¹⁴¹ La struttura amministrativa del Marocco si ispira al modello francese ed è molto centralizzata. Le comunità locali riconosciute nella Costituzione sono: le Regioni, le Prefetture, le Province e i Comuni. Il governatore di una prefettura, denominato *wali*, ne sovrintende l'amministrazione. I governatori sono responsabili dell'applicazione delle decisioni del governo e, a tale scopo, della gestione dei servizi locali delle amministrazioni centrali. Le prefetture e le province sono a loro volta divise in circoscrizioni, alla cui direzione si trova un *super caid* o capo circoscrizione. Ogni circoscrizione è divisa in *caidati*, amministrati dai *caids*, che corrispondono ai comuni urbani o rurali e municipalità. Il potere giudiziario comprende le seguenti istituzioni: i Tribunali di prima istanza, le Corti

Come abbiamo precedentemente enunciato, da un punto di vista strettamente formale, lo Stato marocchino viene definito, nell'articolo 1 della Costituzione del 13 settembre 1996, come una monarchia costituzionale, democratica e sociale. Dal 2 marzo 1956, quando il Marocco ottenne l'indipendenza, il suo sistema politico è stato caratterizzato e definito dal ruolo svolto dalla corona. Il Re infatti rappresenta l'unità della nazione, nomina il primo ministro e, su proposta di quest'ultimo, i membri del governo; è inoltre il capo supremo delle forze armate reali ed è il Principe dei credenti. Egli presiede il Consiglio dei ministri, il Consiglio superiore della magistratura, il Consiglio superiore dell'educazione ed il Consiglio superiore della promozione nazionale e del piano; promulga le leggi e firma e ratifica i trattati.

Il ruolo di primo piano assunto da Mohamed V nel processo di indipendenza¹⁴² e l'ambiguità politica messa in atto dal suo successore Hassan II a partire dal 1961 segnano il panorama politico marocchino degli ultimi 35 anni. << *Louange à Dieu seul! Que l'on sache par les présents - Puisse Dieu en élever et en fortifier la teneur! – Que notre majesté Cheifienne (...) a décidé ce qui suit*>>. La maggioranza dei testi ufficiali, inclusa la costituzione inizia con queste solenni parole che sono chiara espressione della presenza e del ruolo di protagonista della monarchia in Marocco.

Dopo l'indipendenza, in un decennio, il Marocco annoverò tre costituzioni (1962, 1970, 1972). Nel poco più di un quarto di secolo rimanente, si sono realizzate altre tre riforme costituzionali di portata diversa (1980, 1982, 1996).

Nella distribuzione del potere politico in Marocco, secondo la costituzione del 1996 (e in termini identici in quella del 1962, in quella del 1970 e nella revisione del 1992), il sovrano, si situa, in ogni caso, al centro della cuspide,

di appello, i Tribunali amministrativi, i Tribunali di commercio, la Corte speciale di giustizia, la Corte dei conti e la Corte dei conti regionale.

¹⁴² Sul peso e l'influenza dei partiti nel corso delle negoziazioni per l'ottenimento dell'indipendenza, si veda IHRAI S., *Pouvoir et influence. Etat, partis et politique étrangère au Maroc*, Edino, Rabat, 1986, pp. 43-57.

come snodo di tutte le manifestazioni del potere. Così come lo definisce l'articolo 19 della Costituzione, il Re è anche <<Amir el Mouminine, simbolo dell'unità, garanzia della permanenza e continuità dello Stato>>. Consacrato come principe dei credenti, il Re riunisce nella sua persona la doppia condizione di massima autorità politica e massima autorità religiosa del paese. Il testo costituzionale dichiara inoltre che la persona del Re è sacra ed inviolabile. La formula religiosa è recitata a nome del <<principe dei credenti>> che <<vigila per il rispetto dell'Islam>>, ma costui dispone anche del potere di scomunica, in modo che ogni offesa a lui arrecata comporta allo stesso tempo un affronto alla religione¹⁴³.

Nell'assetto istituzionale la concentrazione di poteri in mano al monarca si scontra con l'idea di monarchia costituzionale e democratica. Nella persona del sovrano confluiscono, infatti, in modo diretto ed indiretto, i tre poteri costitutivi dello Stato (legislativo, esecutivo, giudiziario). L'articolo 27 della Costituzione consente al sovrano di sciogliere una o entrambe le Camere del Parlamento per decreto regio (*dahir*), una volta consultati i Presidenti di entrambe ed il Presidente del Consiglio costituzionale ed inviato un messaggio alla nazione (art. 71). Una volta sciolte le Camere, il sovrano, in virtù dell'art. 72, <<esercita, nel contempo, per sopperire al vuoto istituzionale, oltre ai poteri conferitigli dalla presente Costituzione, anche quelli attribuiti alla camera dei rappresentanti>>.

Sul piano legislativo, il sovrano dispone di una specie di veto legislativo a seguito del quale la camera deve obbligatoriamente avviare una nuova lettura della legge in questione (artt. 67 e 68). Può anche sottoporre a referendum qualunque proposta di legge ritenga opportuna. Tra le sue competenze figura anche la possibilità di dichiarare lo stato di emergenza, avocando in tal caso la totalità dei poteri. Durante i periodi di inattività parlamentare esercita la totalità del potere legislativo.

¹⁴³ Proprio per questa prerogativa regia si videro minacciati quindici parlamentari della USFP quando si rifiutarono di occupare i loro seggi, di fronte alla decisione regia di prolungare la legislatura da quattro a sei anni nel 1988. Questa reazione dei socialisti fu vista come simbolica e punita di fatto con gli arresti domiciliari del loro leader Abderrahim Bouadib.

Per ciò che riguarda il potere esecutivo, si deve segnalare che, secondo l'articolo 24, « il Re nomina il Primo ministro e, su indicazione del Primo ministro, gli altri membri del Governo¹⁴⁴. Pone fine alle loro funzioni o per propria iniziativa o per loro dimissioni»>>. Il Governo, in ogni caso, è responsabile davanti alla legge (prima davanti al Re¹⁴⁵) e davanti al Parlamento (art.60). Infine per quanto riguarda il potere giudiziario, al Re è attribuita la presidenza del Consiglio Superiore della Magistratura (art.32), e con ciò la nomina dei magistrati (art. 33) su proposta del Consiglio Superiore della Magistratura (art.84).

Risulta allora chiaro che il ruolo attribuito alla monarchia in Marocco la colloca al vertice dell'organizzazione istituzionale e politica di questo paese. Le elezioni, nel caso del Marocco svolgono un'innegabile funzione di legittimazione del potere politico in generale e della monarchia in particolare. Attraverso la periodica partecipazione dell'elettorato si rinnova la legittimità di un sistema sostenuto e guidato dalla monarchia stessa¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Dopo i tentativi di golpe del 1971 e del 1972, il Re assunse la totalità delle competenze in ambito militare, non esistendo più, da questa data in poi un Ministro della Difesa.

¹⁴⁵ Così come stabilisce l'articolo 60 della Costituzione marocchina, il Governo è responsabile davanti al Re e al Parlamento (non a caso l'ordine enunciato nel testo costituzionale premette la figura del Re a quella del Parlamento). Dopo la nomina, da parte del Re, dei membri del Governo, il Primo Ministro si presenta davanti a ciascuna delle due Camere ed espone il programma che intende applicare. Questo programma deve tracciare le linee guida dell'azione che il Governo si propone di seguire nei diversi settori dell'attività nazionale e nei settori inerenti la politica economica, sociale, culturale ed estera. Nella Camera dei rappresentanti, esso è seguito da un voto secondo le modalità previste dal secondo e terzo comma dell'articolo 75 della Costituzione e con gli effetti sanciti dall'ultimo comma del medesimo articolo.

Il testo integrale della Costituzione marocchina è consultabile nella versione araba e francese in www.marocnews.it

¹⁴⁶ I quattro grandi partiti di opposizione (Istiqlal, Unione Socialista di Forze Popolari, Partito del Progresso e del Socialismo e la Organizzazione per la Azione Democratica e Popolare) hanno mantenuto fra loro relazioni di tipo molto diverso nell'arco degli ultimi anni, però in generale, hanno raggiunto, in forma implicita o esplicita, un consenso sui grandi temi dello Stato. A questi si contrappongono i partiti che potremmo definire "ufficiali", che in buona parte si sono costituiti intorno alla monarchia. La coalizione governativa ha riunito, dopo le elezioni del 1984, oltre alla Unione Costituzionale, il Raggruppamento Nazionale degli Indipendenti (il *Rassemblement* di cui è membro l'attuale primo ministro), il Partito Nazionale Democratico ed il Movimento Popolare. Queste otto formazioni ufficiali, riconosciute formalmente e di fatto dal sistema, sono, volta per volta, consultate, informate o avvertite.

Vedi A. Azoukane, *Contribution à l'étude du processus électoral au Maroc: le cas des législatives 1963-1984*, Mém. DES, Université Sidi mohammed Ben Abdellah, Fes, 1988, p.9 e seg.

L'obbligo, per dettato costituzionale, del pluripartitismo fa del sistema politico marocchino un caso singolare e atipico, sia nel mondo arabo in generale, sia nel contesto magrebino in particolare¹⁴⁷.

5.1 LA CODIFICAZIONE DELLO STATUTO PERSONALE

Per ciò che più attiene l'oggetto della tesi è bene svolgere una breve ricognizione sull'evoluzione del corpus legislativo riguardante lo statuto personale in Marocco.

Il Marocco, raggiunta l'indipendenza dal protettorato francese nel 1956, si attiva sin da subito per codificare le regole sciaraitiche in materia di statuto personale. I Codici di Famiglia o gli statuti personali sono delle leggi emanati dai governi dei paesi di religione islamica che stabiliscono le regole della famiglia, prima cellula sociale.

Le elezioni legislative del novembre 1997 cambiarono radicalmente il panorama politico marocchino. All'arretramento dell'Istiqlal (Partito politico marocchino di tendenza nazionalista) corrispose infatti il successo della principale forza di opposizione, l'Unione socialista delle forze popolari (USFP). Il risultato elettorale aprì una fase inedita nel paese maghrebino; nel gennaio del 1998, per la prima volta dopo 40 anni, la guida di un governo di coalizione (comprendente tutti i maggiori partiti compreso l'Istiqlal) fu affidata infatti a un membro delle opposizioni: il leader socialista Abderrahmane Yousoufi (uomo politico marocchino, primo ministro del Marocco (1998- 2002). Le ultime elezioni del settembre 2002 (alle quali partecipano poco più della metà degli aventi diritto) confermano un panorama politico estremamente frastagliato, in cui sono ben 22 i partiti che riescono a entrare nel Parlamento. Al primo posto si conferma l'Unione socialista delle forze popolari (USFP), che conquista 50 seggi sui 325 del Majlis, contro i 48 dell'Istiqlal. Il Partito della giustizia e dello sviluppo (PJD), di tendenza islamista, conquista il terzo posto con 42 seggi, seguito dai conservatori del Raggruppamento nazionale degli indipendenti (RNI) con 41 seggi.

"Marocco," Microsoft® Encarta® Enciclopedia Online 2005
<http://it.encarta.msn.com> © 1997-2005 Microsoft Corporation.

¹⁴⁷ Sui primi passi del Marocco indipendente si può vedere AGNOUCHE A., *Histoire politique du Maroc: pouvoir, légitimité et institutions*, Afrique orientale, Casablanca, 1987, pp. 307-333.

Il nuovo codice è emanato attraverso 5¹⁴⁸ decreti regi (*dahir*) successivi, adottati tra il 1957 e il 1958. Il titolo stesso ne indica lo spirito: *Moudawana*, che in arabo significa “raccolta”, esprime la volontà del legislatore di mantenersi fedele al diritto di scuola malikita di tradizionale applicazione nel paese. Il Marocco indipendente unifica quasi completamente il diritto applicabile ai cittadini. Già nel 1956 era stato abrogato il *dahir* (decreto) berbero del 1930. La *Moudawana* poi, in virtù dell'articolo 3 della legge sulla cittadinanza del 1958, è dichiarata applicabile a tutti i cittadini marocchini non ebrei. Ai cittadini che non sono né musulmani né ebrei, il nuovo codice si applica con l'esclusione delle norme in materia di poligamia, ripudio e impedimento matrimoniale derivante da allattamento.

La *Moudawana* si trova fin dagli inizi degli anni 70 al centro di contestazioni e pressioni miranti alla sua riforma a causa del suo crescente sfasamento rispetto alla realtà sociale e ai principi di uguaglianza e non discriminazione sanciti a livello internazionale per mezzo di convenzioni i cui contenuti sono stati trattati nella prima parte di questa tesi. Si intraprende così la strada che condurrà ad una riforma del Codice dello statuto personale¹⁴⁹.

Dall'inizio degli anni '90 si sono susseguite tre fasi fondamentali sulla strada di una revisione sostanziale del Codice dello Statuto personale: la prima è sfociata nella riforma reale del 1993, la seconda ha visto l'elaborazione e il fallimento del “Piano d'azione per l'integrazione della donna allo sviluppo”, la terza si è caratterizzata per l'intervento diretto di

¹⁴⁸ La *Moudawana* consta di sei libri: libro I° del matrimonio; libro II° dello scioglimento del matrimonio e dei suoi effetti; libro III° della nascita e dei suoi effetti; libro IV° del mantenimento; libro V° la capacità e la rappresentanza legale; libro VI° della successione. I libri I° e II° furono promulgati con il *dahir* n° 1-57-343 pubblicato in *al-Garida al-rasmiyya*, n° 2354, 6 dicembre 1957, p.2632; il libro III° con il *dahir* n° 1-57-379, ivi, n° 2358, 3 gennaio 1958, p.2; il libro IV° con il *dahir* 1-58-019, ivi, n° 2363, 7 gennaio 1959, p.302; il libro V° con il *dahir* n° 158-073, ivi, n° 2367, 7 marzo 1958, p. 570; il libro VI con il *dahir* n. 1-5-112, ivi, n. 2371, 3 aprile 1958, p. 818.

¹⁴⁹ Fonte Medea- Istituto Europeo di ricerca sulla cooperazione mediterranea ed euro araba. Gli atti delle conferenze sono consultabili sul sito ww.medeabe

Mohammed VI e l'entrata in vigore del nuovo Codice di Famiglia, il 9 febbraio 2004.

Il 7 marzo 1992 la UAF (Union de l'Action Féminine) lancia una vasta campagna di mobilitazione per la riforma della *Moudawana*. Per la prima volta le associazioni di donne e le sezioni femminili dei partiti si mobilitano per chiedere la revisione di una materia considerata fino ad allora di esclusiva competenza reale. Secondo le animatrici di questa campagna, la revisione della *Moudawana* si rende necessaria nel contesto marocchino degli anni '90 sulla base dell'idea che una democrazia non può esistere e funzionare correttamente se il diritto non riconosce l'uguaglianza tra tutti i suoi cittadini e in particolare se la metà della popolazione rimane in condizione di inferiorità. La campagna per la riforma si apre con una dichiarazione solenne indirizzata all'opinione pubblica nazionale e internazionale e si propone di esplicitare diversi livelli, dall'azione di sensibilizzazione su vasti strati della popolazione, alle pressioni sui partiti politici e sulle istituzioni (Governo; Parlamento, Monarchia).

Il punto forte di tale campagna consiste nella petizione destinata a raccogliere un milione di firme a favore della riforma del Codice dello statuto personale. A fronte di questa mobilitazione la reazione degli islamismi e degli *ulema* a loro vicini non si fa attendere e si concretizza in un violento contrattacco mediatico. A seguito di ciò il 29 settembre 1992 di fronte ad una delegazione delle rappresentanti dei movimenti, delle organizzazioni e delle associazioni di donne del Marocco, il Re Hassan II annuncia la costituzione di una commissione di *ulema* che dovranno esaminare la corrispondenza delle rivendicazioni del movimento femminile con il diritto islamico. Il 1° maggio 1993 il Re convoca nuovamente le "rappresentanti del movimento femminile" per sottoporre loro il progetto di revisione della *Moudawana*. La revisione si risolve in un'iniziativa puramente monarchica nella quale le rivendicazioni iniziali si sono trovate diluite e denaturate. Dopo il fallimento della riforma del 1993, il movimento femminista marocchino conosce un nuovo slancio in relazione alla 4° Conferenza Mondiale delle Nazioni Unite sulla donna (Pechino,

1995). La preparazione della Conferenza di Pechino ha infuso nuove energie al movimento femminile marocchino e ha condotto a un maggior coordinamento tra le associazioni marocchine e quelle maghrebine.

Nell'ottobre 1998 il Ministro incaricato della protezione sociale, della famiglia e dell'infanzia, presenta un progetto di legge intitolato "*Plan national pour l'intégration de la femme au développement*". Le 215 misure che esso prevede toccano quattro campi fondamentali d'azione: istruzione e alfabetizzazione, sanità (soprattutto salute riproduttiva), integrazione delle donne nello sviluppo socio economico (impiego e formazione) e lotta contro la povertà, statuto giuridico. Ancora una volta la reazione dei gruppi islamismi è immediata. In particolare sono le questioni legate allo statuto giuridico della donna nel contesto familiare che sollevano le più forti opposizioni. La società marocchina resta profondamente divisa come emerge chiaramente il 12 marzo 2000: due manifestazioni, di orientamenti opposti, scendono pacificamente nelle strade di Rabat e Casablanca. Nella capitale amministrativa, all'appello delle associazioni femminili, scendono in piazza per sostenere la riforma diversi rappresentanti dei partiti politici di sinistra e dell'associazionismo. Contemporaneamente a Casablanca si svolge la contromanifestazione organizzata dagli islamismi di fronte ad una tal prova di forza da parte degli islamismi e all'impossibilità di arrivare ad una mediazione, il Governo decide di rimettere il dossier "*Moudawana*" nelle mani del Re.

L'8 marzo 2001 Mohammed VI riceve una delegazione di rappresentanti del movimento femminile marocchino e annuncia loro la sua intenzione di rilanciare il processo di riforma della *Moudawana*. L'impegno personale del monarca su un dossier che era stato al centro di aspre controversie permette di rinnovare il processo di riforma che gli uomini politici e le istituzioni democratiche non erano riusciti a portare a termine. Le associazioni confortano il ruolo modernizzatore del monarca, riponendo in lui la loro fiducia nella possibilità di superare i blocchi posti dalle frange più conservatrici e tradizionaliste della società marocchina. Il 27 aprile 2001 il Re designa la Commissione che dovrà occuparsi della riforma della

Mudawwana, essa è composta da 16 membri. Alcune associazioni femminili¹⁵⁰, decidono allora di fondare il collettivo *Printemps de l'Égalité*: esso elabora una piattaforma rivendicativa da applicare come strumento di controllo e valutazione all'operato della Commissione reale. Inoltre si impegna a mantenere la pressione costante tanto sui partiti, che sulle istituzioni. La Commissione procede ad una serie di consultazioni al fine di raccogliere le proposte dei diversi attori sociali e politici interessati alla riforma (associazioni, sindacati, partiti). Nel primo anno di lavoro più di 70 associazioni sono state ascoltate. L'efficacia di tale commissione resta comunque limitata a causa delle profonde divisioni interne soprattutto della forza degli islamismi, a seguito della manifestazione di Casablanca e al successo elettorale. I lavori non procedono. A seguito dell'insoddisfazione per il lavoro svolto dalla Commissione, Mohammed VI nomina il 25 giugno 2003 M'hammed Boucetta presidente della Commissione. Tre mesi dopo Boucetta consegna al monarca le proposte per la riforma della *Moudawana*, in larga parte corrispondenti alle richieste delle associazioni.

Mohammed VI fa proprie tali proposte e il 10 ottobre 2003, in occasione dell'apertura della sessione autunnale del Parlamento, annuncia la sua determinazione a riformare il Codice della Famiglia.

¹⁵⁰ La prima a vedere la luce è l'ADFM: (*Association démocratique des femmes du Maroc*), creata nel 1985 da donne appartenenti alla sezione femminile del PPS, questa associazione si mobilita intorno ai temi della riforma della *Mudawwana*: dell'accesso delle donne alla politica e ai posti di responsabilità, delle rivendicazioni sociali quali l'alfabetizzazione e la scolarizzazione, del lavoro femminile. Poco tempo dopo, nel 1987 vengono create la UAF (*Union de l'action féminine*), strettamente legata all'estrema sinistra, e l'*Organization de la Femme Istiqlalienne* (OFI), creata dal partito nazionalista marocchino su posizioni di un riformismo salafita. Una seconda fase nella strutturazione del movimento associativo femminile si apre in Marocco all'inizio degli anni '90. nel clima di riforme costituzionali, apertura politica e nuova sensibilità democratico che caratterizza l'inizio degli anni '90, il movimento femminile decide di puntare su due temi fondamentali e strettamente interconnessi: la partecipazione politica delle donne e la riforma della *Moudawana*. Secondo il movimento femminile marocchino la riforma della *Mudawwana* costituisce uno dei nodi della modernizzazione del Paese, del suo processo di democratizzazione e del suo sviluppo economico. Le rivendicazioni delle associazioni femminili si concentrano sulla necessità di trasformare i rapporti uomo-donna all'interno della sfera privata per poter realmente democratizzare la sfera pubblica. Nuove associazioni vedono la luce tanto a vocazione economica e sociale che per la promozione dello statuto della donna. Tra queste l'AMDF (*Association marocaine des droits des femmes*), la LDDF (*Ligue des droits des femmes*) e Joussour costituiranno, insieme alla UAF, alla ADFM e all'OFI i pilastri del movimento che porterà alla riforma della *Moudawana* nel 2004.

Il suo discorso segna la svolta riformatrice del Paese. Il 10 ottobre 2003, il Re Mohamed VI, in occasione dell'apertura della II sessione legislativa, ha presentato il progetto di riforma del Codice al fine di adottare una legislazione più moderna in materia di diritti inerenti allo statuto personale. Nel discorso¹⁵¹ pronunciato quel giorno ai membri del Parlamento, Re Mohamed VI ha presentato le undici riforme fondamentali del nuovo Codice di famiglia del Marocco affermando che il suo scopo era quello di garantire la loro conformità all'Islam. Disse: << *Nella mia veste di Amir Al-Muminin (comandante dei credenti), non posso rendere lecito ciò che Dio ha proibito, né proibire ciò che Lui ha reso legittimo; è necessario essere consapevoli dell'intento tollerante dell'Islam, che sostiene l'uguaglianza e i rapporti armoniosi, e anche avere fiducia nella coesione del rito malikita e dell'Ijtihad, grazie ai quali l'Islam è una religione adatta ad ogni tempo e luogo. L'obiettivo è quello di redigere un moderno Codice di Famiglia che corrisponda allo spirito della nostra magnifica religione. Il Codice di Famiglia non dovrebbe essere considerato come una legislazione concepita solo per le donne, ma piuttosto un codice per la famiglia: padre, madre e bambini. La legislazione proposta ha lo scopo di liberare le donne dalle ingiustizie che subiscono, oltre a proteggere i diritti dei bambini e salvaguardare la dignità dell'uomo. Chi di voi vorrebbe la propria moglie e i propri bambini scacciati dalla propria casa e buttati su una strada, o vedere la sorella trattata brutalmente? Questi provvedimenti non dovrebbero essere considerati perfetti, né dovrebbero essere visti in una prospettiva fanatica. Piuttosto, dovrete valutarli con realismo e chiarezza di vedute ricordando che si tratta di un tentativo di Ijtihad¹⁵² adeguato per*

¹⁵¹ Il discorso di Re Mohamed VI e la rassegna stampa seguita al suo discorso sono riportati in: www.map.co.ma/mapfr/fr.htm nel link *Maghreb arab presse discours royaux* (10/10/2003) e in: www.maec.gov.ma/mudawana/reac-Nationale.htm

¹⁵² *Ijtihad* è letteralmente interpretazione, sforzo interpretativo, la cui radice *jhd* è anche alla base della parola *Jihad* – sforzo su se stesso. *Ijtihad* è l'esercizio del giudizio legale indipendente che poggia su fonti primarie nel diritto islamico, in contrapposizione a *taqlid*, dipendenza o imitazione di un precedente legale. Applicare i principi di *ijtihad* islamica è necessario se si vuole stare al passo con ciascuna delle innovazioni dell'epoca e con i rapidi sviluppi in ogni campo della vita. Questo è il principio dinamico dell'Islam. Come disse

il Marocco in questo momento storico, nel suo sforzo per raggiungere lo sviluppo che sta perseguendo in maniera saggia, graduale e decisiva. Sono quindi determinato a portare avanti tutte le riforme sostanziali, con la partecipazione di tutte le forze di rilievo della nazione, in particolare i nostri giovani, allo scopo di infondere in loro un senso di responsabilità in quanto cittadini e di coinvolgerli nella formazione di una nazione democratica, saldamente impegnata nella solidarietà e nello sviluppo. Riguardo a questo argomento, vorrei riconfermare la mia determinazione nell'assicurare che quest'anno è dedicato al consolidamento dei principali pilastri della nostra nazione, vale a dire una famiglia solida, un sistema scolastico innovativo e un'autorità sulla nostra comunità, destinata a servire la gente e al rafforzamento delle fondazioni e delle istituzioni di uno Stato fortemente democratico.>>

Nel medesimo discorso riguardo la tutela dei diritti dell'infanzia, Re Mohamed VI si è espresso in questi termini: << Cercate di favorire la protezione dei diritti dei bambini rendendo i relativi accordi internazionali ratificati dal Marocco parte integrante del Codice di Famiglia. Inoltre, i

Maometto: "Se la vita è in costante movimento, lo spirito di questo moto è *ijtihad* che lo rinnova continuamente". Sono state le stesse associazioni femminili che hanno promosso questo approccio, come dimostra il seminario organizzato dall'Associazione Joussour sul tema "*Question féminine et role de l'Ijtihad dans l'Islam*" il 19 e 20 febbraio 1999 a Rabat, punto di svolta della riflessione su questo tema. Durante il dibattito seminariale, secondo i sostenitori della riforma, perché la *Moudawana* possa adattarsi alle esigenze della famiglia marocchina contemporanea il legislatore deve abbandonare la fedeltà al *fiqh* malekita, concepito dagli uomini in un contesto storico-sociale determinato, e attraverso l'interpretazione (*ijtihad*) risalire alla concezione originaria dell'Islam per quanto riguarda i rapporti tra coniugi. Il movimento femminile, gli intellettuali e i religiosi ad esso vicini affermano che le fonti della *shari'a* sostengono l'uguaglianza intellettuale e fisica dell'uomo e della donna. L'Islam può diventare strumento di liberazione e di emancipazione: a tal fine si devono superare le interpretazioni restrittive che nel corso dei secoli si sono affermate sacralizzando il *fiqh* e trasformando il Corano e la Sunna in strumenti di asservimento della donna. In quest'ottica, l'interpretazione deve essere in grado di adattare il contenuto profondo dei testi sacri alle mutate condizioni sociali. Diverse ragioni spiegano l'impegno del movimento femminile marocchino nel senso del rinnovamento dell'*Ijtihad* in tema di statuto personale. In primo luogo il ricorso al referente religioso, seppur rinnovato e modernizzato, ha privato i gruppi islamisti e conservatori del loro principale strumento di critica, che consisteva nell'accusare i fautori della riforma di violazione delle norme dettate dall'Islam e di importazione di modelli culturali stranieri a scapito dell'identità arabo-islamica propria del Marocco. In secondo luogo ancorare la riforma della *Mudawwana* alla rilettura dei testi sacri ha permesso di far accogliere il messaggio riformista a una fascia più ampia della popolazione.

diritti dei bambini alla custodia devono essere garantiti attraverso l'affidamento in primo luogo alla madre, poi al padre, poi alla nonna da parte paterna >>.

Dal 1999 il Paese è entrato in una fase di transizione e rinnovamento; il 23 luglio 1999, dopo trentotto anni di regno, è morto Re Hassan II, ovvero la guida indiscussa del popolo marocchino. La successione al trono ha turbato gli equilibri della società, tanto più che il nuovo sovrano, Mohamed VI, ha fin dall'inizio (e il discorso succitato ne è la più tangibile testimonianza) assecondato le riforme e l'ammodernamento¹⁵³.

La nuova legge viene approvata all'unanimità nelle due Camere del Parlamento e pubblicata sul Bulletin Officiel il 9 febbraio 2004.

Va detto che lo spirito di una riforma legislativa non si può comprendere a pieno se non si analizza nei contenuti la legislazione antecedentemente in vigore.

5.2 LA MOUDAWANA DEL 1957: CONTENUTI NORMATIVI

A quanto seguirà va premesso che i criteri scelti per l'analisi della *Moudawana* riguardano soprattutto l'argomento da trattare e i profili di maggior rilievo che l'argomento stesso pone in luce.

¹⁵³ In effetti il crisma di un Marocco che cambia è stato individuato da molti osservatori nell'istituzione dell'Istanza di Equità e Riconciliazione (IER), creata sul modello delle commissioni di verità e riconciliazione del Sudafrica post-apartheid.

L'IER è stato istituito nel 2003 dal Re Mohamed VI per regolare i dossiers dei cosiddetti "anni di piombo" durante i quali i marocchini vissero sotto la tirannia monarchica del padre di Mohamed VI, ovvero Hassan II, fino al 1999, anno dell'intronizzazione del nuovo Re. Gli errori che la IER intende riportare alla luce sono appunto quelli dell'era buia di Hassan II (1961-1999) contraddistinti da abusi e persecuzioni nei confronti degli oppositori.

L'organo, costituito con l'obiettivo di "impedire le ripetizioni degli errori del passato", è una novità assoluta nel mondo arabo e, soprattutto, uno strumento con cui il Palazzo reale si presenta sul proscenio della politica internazionale con un volto moderno. A questa operazione di rilettura del passato recente, si affiancano politiche innovative che incidono sulla vita quotidiana, come appunto la riforma del codice del diritto di famiglia (*Moudawana*), fortemente voluta da Mohamed VI perché come egli stesso afferma : << *Una società non può sperare nel progresso e nello sviluppo quando la metà dei cittadini non gode della dignità loro conferita dalla nostra santa religione* >>.

La *Moudawana* emanata nel 1957 consta di 297 articoli che tracciano, in materia di statuto personale, un reticolato di norme complesso. È indubbio che si possa tentare di svolgere una prima generale analisi del codice marocchino tale da evidenziarne le implicazioni giuridiche più rilevanti. Ma è altresì indubbio che per affrontare il tema oggetto della tesi è doveroso astrarre le norme che non riguardano specificatamente la tutela dei diritti della donna pur essendo consci delle naturali interconnessioni giuridiche di cui, rispetto all'argomento trattato, ogni singola norma del codice marocchino è portatrice, al fine di volgere l'attenzione a quelle norme che più direttamente disciplinano la tutela dei diritti della donna.

Per ciò che attiene la portata generale della *Moudawana* del 1957 ovvero il suo "scheletro" normativo, rimandiamo in nota¹⁵⁴ la bibliografia di riferimento. Per ciò che attiene invece i temi selezionati ad inizio paragrafo si può tentare di fornire un primo reticolato delle disposizioni normative del codice del 1957 enunciando quanto segue: in materia di diritti del minore va detto che il bambino è attribuito alla madre per il semplice fatto del parto; l'attribuzione al padre è invece subordinata alla legittimità del concepimento: il figlio illegittimo non è in alcun modo collegato al padre (art. 80). La filiazione paterna è fondata sulla presunzione (art. 85), sul riconoscimento (artt. 89, 92) o sulla testimonianza di due *adul* (art. 89). Il mantenimento dei figli che non hanno mezzi propri (art.115) è a carico del padre (art. 126); soltanto in caso di indigenza del padre, l'obbligo di mantenere i figli passa alla madre (art.129). I figli minori, cioè infraventenni (art. 137), sono sottoposti alla potestà del padre, che esercita sia la *wilaya* sulla loro persona, ne è cioè il tutore matrimoniale (art. 11, 149), sia la *wilaya* sul loro matrimonio. Quest'ultima, in caso di morte o incapacità del padre, passa alla madre, purché maggiorenne (art. 148).

In seguito allo scioglimento del matrimonio, il bambino è affidato alla custodia della madre e, in mancanza della madre, del padre (art. 99).

¹⁵⁴ DOSSIER MONDO ISLAMICO 4. *Le leggi del diritto di famiglia negli Stati arabi del Nord Africa*, a cura di ALUFFI BECK PECCOZ R., Edizione Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1997, pag. 21-24.

La custodia dura fino al compimento del dodicesimo anno, per i maschi, e del quindicesimo anno, per la femmina: dopo tale età il minore sceglie con chi vivere (art. 102). La madre di religione diversa da quella del padre perde il diritto alla custodia se vi è timore che allontani il figlio dalla religione paterna (art.108). La madre perde la custodia se si risposa (art.105) o se si trasferisce là dove risulta difficile al padre esercitare la potestà sui figli (art.107). L'adozione è proibita (art. 83). Il legislatore ricorda tuttavia che è possibile attribuire a taluno diritti successori equivalenti a quelli di un figlio mediante atto di ultima volontà (artt. 83, 212)¹⁵⁵, senza che ciò stabilisca un rapporto di filiazione. L'articolo 121 inoltre stabilisce che chi assume volontariamente l'obbligo di provvedere al mantenimento di un terzo deve adempiere, e dà così copertura, pur senza nominarla, alla pratica della *kafala*¹⁵⁶ (art.131). Quest'ultimo sancisce che chi si è impegnato a

¹⁵⁵ Interessanti sono le regole di cui agli articoli 212-215 sul *tanzil* (atto di ultima volontà), con cui il disponente pone un terzo nella posizione di uno dei suoi eredi. Al *tanzil* si può far ricorso per realizzare una forma attenuata di adozione; ma l'istituto consente anche di superare il problema posto dalla mancanza del diritto di rappresentazione nel diritto successorio islamico. Il disponente stabilisce con il *tanzil* che i discendenti del figlio premorto prendano il suo posto.

Si ha infatti *tanzil* quando il disponente dice: << Il Tale è erede con mio figlio o con i miei figli >>, ovvero : << Includetelo fra i miei eredi >>, o : << Fatelo succedere nel mio patrimonio>>; oppure quando ha un nipote da un figlio premorto e dice: << Fatelo succedere al posto di suo padre >>. Il *tanzil*, come gli atti di ultima volontà, non può superare il terzo senza il consenso degli eredi.

Per il caso in cui il de cuius non abbia disposto con *tanzil* o donazione a favore dei propri discendenti remoti che risultano esclusi dai più prossimi, il legislatore ha comunque previsto l'operare dell'atto di ultima volontà obbligatorio, regolato nel libro sulla successione (art. 266-269). Per quanto riguarda il diritto successorio, in tema di diritti del minore, sono rilevanti gli articoli 227 e 228 della *Moudawana*. Il primo stabilisce che il neonato eredita se si accerta, sulla base dei vagiti, dell'allattamento e di altri simili elementi, che egli è vivo. In caso contrario non eredita. Il secondo decreta che non vi è successione tra il padre e il figlio nei casi in cui la Legge esclude il rapporto di filiazione o se il figlio è frutto di fornicazione. Per il resto quest'ultimo articolo riprende fedelmente la regola del diritto successorio islamico per cui non vi è successione tra musulmano e non musulmano.

¹⁵⁶L'istituto della *kafala* è previsto dalla legge marocchina. Esso è un importante e nobile strumento di protezione dell'infanzia, come tale riconosciuto dalla Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 20.11.1989 la quale, al suo articolo 20 sancisce: 1. Ogni fanciullo, il quale è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare, oppure non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto ad una protezione e ad aiuti speciali dello Stato. 2. Gli Stati Parti prevedono per questo fanciullo una protezione sostitutiva, in conformità con la loro legislazione nazionale. 3. Tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi per mezzo di sistemazione in una famiglia, della *kafala* di diritto islamico, dell'adozione o, in

mantenere un terzo, minorenni o maggiorenne, per un periodo limitato, deve adempiere l'obbligazione assunta. Se il periodo è indeterminato lo fissa il giudice basandosi sulla consuetudine.

caso di necessità, del collocamento in un adeguato istituto per l'infanzia. Nell'effettuare una selezione tra queste soluzioni, si terrà debitamente conto della necessità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica. La legge marocchina prevede che la *kafala* attribuisce agli affidatari un potere-dovere di custodia, a tempo sostanzialmente indeterminato, con i contenuti educativi di un vero e proprio affidamento preadottivo; ma non attribuisce tutela né rappresentanza legale; e ciò proprio perché, mentre dal punto di vista sostanziale quest'istituto, finalizzato alla protezione dell'infanzia, e come tale preso in considerazione anche dalla CRC del 1989, vuole realizzare una vera e propria presa in carico educativa da parte degli affidatari, ben paragonabile al contenuto sostanziale del "nostro" affidamento familiare, invece dal punto di vista giuridico formale non intende trasferire anche la tutela, perché con ciò verrebbe contraddetto il principio cui quella legislazione tiene particolarmente, che non debba mai venire perduto il legame giuridico del minore con le proprie origini e soprattutto perché l'adozione nell'Islam è vietata. In questa luce è proprio una Autorità marocchina che ha il potere tutelare. In genere dunque, nei paesi islamici lo strumento principale di protezione della infanzia abbandonata è, appunto, la *kafala* ove un uomo, il *kafil*, promette davanti ad un notaio o a un giudice di curare e mantenere un determinato minore abbandonato (*makful*); in conseguenza di tale promessa, il *kafil* è personalmente obbligato verso il minore ma tra il *Kafil* e il minore abbandonato non sorge alcun vincolo di filiazione e di successione. Nel Regno del Marocco l'istituto della *kafala* ha una precisa regolamentazione giuridica. La legge n. 15/01 pubblicata nel bollettino ufficiale in data 19 agosto 2002 recante la promulgazione del *dahir* del 13 giugno 2003 che abroga il precedente *dahir* del 10 settembre 1993 regola tale istituto. L'articolo 1 della predetta legge definisce il minore abbandonato come il soggetto appartenente ad entrambi i sessi il quale non avendo raggiunto l'età dei 18 anni compiuti si trovi in una delle seguenti situazioni: 1) si considera abbandonato il minore nato da genitori sconosciuti o da padre sconosciuto e da madre conosciuta la quale abbia volontariamente deciso di abbandonarlo; 2) si considera altresì abbandonato il minore i cui genitori sono delinquenti e pertanto non sono in grado di adempiere ai loro doveri di protezione, educazione e mantenimento del minore. Le coppie sposate da tre anni moralmente e socialmente idonee ad assicurare la *kafala* al minore, e che abbiano gli altri requisiti richiesti dalla legge, possono presentare domanda; la coppia composta da cittadini stranieri deve altresì presentare una prova di confessione musulmana. Una commissione amministrativa procede a due inchieste sugli aspiranti affidatari e sull'abbinamento, ed una delle inchieste è svolta dalla autorità amministrativa locale. Se l'esito delle inchieste è favorevole, il governatore della prefettura che ha la tutela sui minori abbandonati acconsente alla *kafala*; questo governatore si chiama *wali*. Tale Autorità ha appunto la tutela sui minori in stato di abbandono. Inoltre sulla *kafala* ha compito di vigilanza e controllo il giudice per i minori presso il tribunale ordinario. La nuova legge ha come obiettivo la semplificazione delle formalità relative all'esercizio della *Kafala*. Al riguardo si veda BOUHIRIM SEDQI J, *L'enfant abandonné et la loi marocaine. La Kafala* in Premier Colloque International "L'enfant privé de la famille, quel avenir?", 29-20/5/2003, Rabat. Il volume contiene gli interventi e confronti con altre esperienze di infanzie abbandonate. Atti del seminario regionale « Il nuovo codice di famiglia in Marocco », 20/5/2005, CICSENE/Torino.

In effetti la gran parte degli istituti disciplinati dalla *Moudawana* del 1957, qui enunciati nella panoramica offerta ad incipit di paragrafo, sono stati riformati. Scopo di questa tesi è esplicitare la normativa relativa ai diritti dei minori pertanto si tenterà di offrire una più ampia analisi dell'evoluzione in chiave attualizzatrice esclusivamente di tali diritti.

Da una prima panoramica offerta è lapalissianamente evidente che la figura del padre nell'esercizio dei diritti del fanciullo svolga un ruolo di primaria importanza a scapito di quello esercitato dalla madre. In tale senso i diritti della donna risultano fortemente ridimensionati dal primato accordato alla figura paterna.

In linea con ciò il libro terzo della *Moudawana*, che disciplina le norme inerenti la nascita e i suoi effetti, al titolo primo (della filiazione) enuncia: << 1) La filiazione legittima (*sariyya*), ovvero conforme a *shari'a*, è quella per cui il figlio è inserito nella parentela del padre e ne segue la religione. Su di essa si fonda la successione ereditaria, e da essa derivano gli impedimenti al matrimonio e i diritti e i doveri reciproci di padre e figlio. 2) La filiazione illegittima non ha rilevanza nei confronti del padre né produce gli effetti elencati nel precedente comma. Essa produce rispetto alla madre gli stessi effetti della filiazione legittima, perché il bambino è nato da lei. L'adozione ordinaria non ha rilevanza, né produce alcuno degli effetti della filiazione. L'adozione detta di "ricompensa" (*al-gaza*) o realizzata mediante atto di ultima volontà (*wasiyya*), ponendo "l'adottato" nella posizione di figlio, non fonda il rapporto di filiazione ed è regolata dalle disposizioni in materia di atto di ultima volontà (art. 83) >>.

Da ciò si evince che il rapporto giuridico che lega il genitore al figlio deve necessariamente collegarsi alla generazione biologica: il diritto musulmano vieta infatti l'adozione. La generazione biologica è necessaria e sufficiente a stabilire il rapporto tra la madre e il figlio, viceversa per il sorgere del rapporto col padre, la generazione biologica non basta: occorre che l'uomo abbia generato il figlio in un rapporto lecito, non esiste la differenza tra figlio naturale e legittimo. Il figlio della moglie è per presunzione attribuito al marito così come prevedono in coordinato gli articoli 84, 85 e 86. Il

primo sancisce che la durata minima della gestazione è di sei mesi, quella massima di un anno. Il secondo stabilisce che il figlio è attribuito al padre per presunzione se è trascorso dalla conclusione del contratto di matrimonio il periodo minimo di gestazione, qualora il congiungimento sia stato possibile. In caso contrario, la semplice esistenza del contratto non fonda la filiazione legittima. Il terzo precisa che nel caso di matrimonio annullato dopo la consumazione, il figlio della moglie è attribuito al marito se nasce dopo sei mesi o più dalla data della consumazione. Se il figlio nasce dopo la separazione, è attribuito al marito soltanto se la nascita avviene entro un anno dalla separazione stessa.

A sancire il primato della filiazione legittima dispone l'articolo 89 il quale prevede che la filiazione si prova mediante presunzione, riconoscimento da parte del padre, testimonianza di due *adul*, notorietà del fatto che il bambino è suo figlio, nato dal matrimonio con sua moglie.

Un temperamento alla normativa sopra enunciata è contenuto nelle regole che disciplinano il riconoscimento. L'articolo 92 stabilisce infatti che il riconoscimento di paternità, anche se compiuto nella malattia mortale, in favore di una persona di origine sconosciuta stabilisce la paternità del dichiarante alle condizioni seguenti: 1) che il dichiarante sia di sesso maschile; 2) che sia sano di mente; 3) che il figlio riconosciuto sia di origine sconosciuta; 4) che la dichiarazione non sia contraria alla religione né inverosimile.

Una volta stabilita la filiazione di una persona di origine sconosciuta per riconoscimento o per sentenza giudiziale, il figlio è legittimo, è inserito nella parentela del padre e lo segue nella religione; padre e figlio succedono l'uno all'altro; dal riconoscimento sorgono gli impedimenti al matrimonio e derivano i diritti e i doveri reciproci di padre e figlio (art 96).

Il tema della custodia il cui esercizio persegue come fine unico l'interesse del minore (giuridicamente inteso come l'esercizio di una serie di atti volti a garantirne il benessere fisico, morale ed economico) offre anch'esso occasione di spunto per evidenziare come anche in questo contesto il ruolo del padre, in quanto garante del credo religioso professato dal figlio, risulta

essere preponderante rispetto a quello della madre. Così come recita l'articolo 97 la custodia consiste nel proteggere il minore, per quanto possibile, da ciò che può arrecargli danno, nell'allevarlo e nel vegliare sui suoi interessi. La custodia così come definita dall'articolo 99¹⁵⁷ è un dovere di entrambi i coniugi fino a che dura il matrimonio. Quando questo cessa, la madre è la custode preferita del figlio, quindi viene il padre, poi la nonna paterna, la madre della nonna paterna, la zia materna germana, la zia materna uterina e così via. In tutti i casi il parente germano precede quello uterino, e quest'ultimo il consanguineo. La durata della custodia, come precedentemente detto, è differente a seconda che riguardi i maschi o le femmine: per il maschio essa dura fino al compimento del dodicesimo anno, per le femmine si protrae fino al quindicesimo. Dopo tale età il custodito può scegliere se restare con il padre o con la madre, o con un altro dei parenti indicati all'articolo 99¹⁵⁸. Se la custode, trattandosi di persona diversa dalla madre, professa una religione diversa da quella del padre del custodito, ha diritto alla custodia solo per i primi cinque anni di vita del minore. Nel caso si tratti della madre, la sua custodia è valida, a condizione che non risulti che ella approfitta della sua posizione per allevare il figlio secondo una religione diversa da quella paterna (art.108). Perde il diritto alla custodia la donna che si stabilisce in un'altra città, in cui è difficile per il padre del custodito o per il tutore controllarne le condizioni e adempiere gli obblighi nei suoi confronti.

Dall'esemplificazione di questi due articoli non si può non ribadire, nella codificazione antecedente alla novellata Moudawana del 2005, il primato paterno nell'esercizio della tutela dei diritti del minore, a scapito, giova ribadirlo, del ruolo svolto dalla donna- madre

Per ciò che attiene il mantenimento del minore, è rilevante il principio per cui si prevede il mantenimento reciproco tra genitori e figli. L'obbligo di

¹⁵⁷ Articolo così modificato dal *dahir* n. 1.93.347 del 1993, che ha inserito il padre immediatamente dopo la madre nell'ordine degli aventi diritto alla custodia.

¹⁵⁸ Articolo così modificato dal *dahir* n. 1.93.347 del 1993. in precedenza la custodia della femmina durava fino al matrimonio, quella del maschio fino alla pubertà.

“scambio vicendevole” è previsto dall'articolo 124 il quale sancisce che tra parenti il mantenimento è dovuto dai figli ai genitori e dal padre ai figli.

Precisa la portata di tale principio l'articolo 125 il quale prevede che se i figli sono più di uno, il mantenimento dei genitori si ripartisce tra di loro in base alla situazione economica di ciascuno e non in ragione dei diritti successori. È implicito che chi non è in grado di mantenere se stesso non è tenuto al mantenimento dei genitori e dei figli (art.128). L'entità del mantenimento dovuto ai figli e ai genitori, con tutto ciò che comprende in materia di cibo, abiti, abitazione e istruzione dei figli, è fissato con riferimento alla condizione economica della persona obbligata e alle consuetudini dell'ambiente sociale in cui vivono i beneficiari (art. 127).

Il padre è tenuto a provvedere al mantenimento dei figli minori o che sono incapaci di guadagnarsi da vivere. Il mantenimento della figlia è dovuto fino a che passi a carico del marito; quello del figlio continua finché egli non sia pubere, sano di mente e in grado di guadagnarsi da vivere. Se il figlio studia, ha diritto al mantenimento fino alla fine degli studi o al compimento del ventunesimo anno di età (art. 126).

Per ciò che riguarda la capacità e la rappresentanza, temi normativi cardine per l'esercizio dei diritti del minore, la *Moudawana* stabilisce, riguardo il primo tema, che è pienamente capace di esercitare i diritti civili chi ha raggiunto la maggiore età, gode delle proprie facoltà mentali e non risulta prodigo (art. 133). Non è capace di esercitare i diritti civili chi è sprovvisto di discernimento per la giovane età o per pazzia (art.134).

È considerato interdetto a causa dell'età chi non ha raggiunto la maggiore età. La maggiore età legale è di venti anni solari compiuti (art.137). Da ciò discendono come corollari le norme che sanciscono: 1) la presunzione per legge dell'assenza di discernimento del minore infradodicesimo (art 138); 2) il divieto, in capo al minore privo di discernimento, della disposizione del proprio patrimonio con conseguenza nullità degli atti da lui posti in essere in tale condizione (art. 139); 3) l'ottenimento della consegna, da parte del minore dotato di discernimento, dei propri beni solo al compimento della maggiore età (art. 140). Principio, quest' ultimo, temperato dagli articoli

successivi i quali prevedono che: 1) il tutore¹⁵⁹, o chi ne fa le veci, può, su autorizzazione del giudice, consegnare al minore che abbia compiuto i quindici anni, qualora scorga in lui segni di maturità, una parte dei suoi beni perché provi ad amministrarla. Il giudice, in caso di rifiuti del *wali* a concedere la propria autorizzazione può autorizzare il minore se considera opportuno che egli li gestisca. In caso di cattiva gestione, il giudice revoca l'autorizzazione (art. 140); 2) gli atti a titolo oneroso del minore dotato di discernimento sono subordinati all'assenso del tutore. Egli può ratificarli o rifiutarli, a seconda che risultino oppure no sicuramente vantaggiosi (per il minore) al momento dell'assenso (art.141); 3) il minore autorizzato, è considerato, durante la prova, pienamente capace relativamente ai beni oggetto dell'autorizzazione e alle azioni in giudizio a essi relative (art. 142); il tutore può ricondurre sotto la propria tutela il minore autorizzato. L'autorizzazione è revocata nella stessa forma in cui era stata concessa.

In riferimento al secondo tema normativo, quello della rappresentanza legale, norma centrale per delinearne la portata è quella contenuta nell'articolo 148 il quale enuncia i titolari dell'esercizio della rappresentanza legale del minore. Essi sono nell'ordine: 1) il padre; 2) la madre¹⁶⁰ maggiorenne, in caso di morte del padre o di sua incapacità; la madre non può alienare i beni del minore senza l'autorizzazione del giudice; 3) il tutore testamentario nominato dal padre o dal tutore testamentario; 4) il giudice; 5) il tutore nominato dal giudice. Il padre, la madre e il giudice sono detti *wali*. Il tutore nominato nel testamento dal padre o dal tutore testamentario si dice *wasi*. Il tutore nominato dal giudice si dice *muqaddam*.

Nonostante l'inserimento della madre nei titolari della rappresentanza legale, seppure dopo il marito e in presenza di talune condizioni, mostri lo

¹⁵⁹ In tema di tutela l'articolo 165 stabilisce che il minore è affrancato dalla tutela se raggiunge la maggiore età, salvo che non esistano altre cause limitative della sua capacità. 1) L'incapace può essere emancipato al compimento del diciottesimo anno, se il tutore testamentario lo considera maturo, dopo l'adozione delle formalità imposte dalla Legge. 2) Se l'incapace è in disaccordo con il tutore testamentario o giudiziale, la questione è sottoposta al giudice.

¹⁶⁰ Articolo così modificato dal *dahir* n. 1.93.347 del 1993 mediante l'inclusione della madre nell'elenco dei titolari della rappresentanza.

sforzo nel tentativo di parificare i ruoli nella tutela dell'esercizio dei diritti dei figli minori, il ruolo del padre come evidenziato più volte è di assoluta preminenza. In effetti, la titolarità della rappresentanza si traduce per il padre, il primo, nell'ordine stabilito dall'articolo 148, avente diritto ad esercitarla, nel compimento di una serie di atti che incidono fortemente sulla persona del minore. Così come stabilito dagli articoli 149, 150 e 151 al padre spetta la *wilaya* (tutela) sulla persona del minore e quella sul suo patrimonio, fino a che il minore non acquisti la capacità. Il padre è tenuto all'esercizio della *wilaya*. Se il padre è indigente, il giudice può vietargli di prendere beni del figlio e, se vi è timore che egli ne disponga, può nominare un protutore (*musrif*). Il padre può nominare un tutore testamentario per il figlio incapace o il concepito e può revocarne la nomina. Alla morte del padre, la nomina è sottoposta al giudice per l'omologazione.

5.3 LA MOUDAWANA DEL 2004: CONTENUTI NORMATIVI

Il Dahir n. 1.04.22 del 3 febbraio 2004 mediante la legge n. 70.03 reca la modifica della *Moudawana*¹⁶¹, il codice di famiglia marocchino. Esso consta di 400 articoli ripartiti in sei libri riguardanti nell'ordine: il matrimonio, la dissoluzione del patto coniugale e i suoi effetti, la nascita e i suoi effetti, la capacità e la rappresentanza legale, il testamento e infine le successioni.

È opportuno premettere che l'articolo 2 della *Moudawana* riformata stabilisce che le disposizioni del presente codice si applicano a tutti i marocchini, anche a coloro che possiedono un'altra nazionalità; ai rifugiati, compresi gli apolidi, conformemente alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio del 1951 relativa alla situazione dei rifugiati; alle coppie nelle quali uno dei due sposi è marocchino; alla relazione tra due persone marocchine

¹⁶¹ Mounir Omar, *La Moudawana, le nouveau droit de la famille au Maroc: présentation et analyse*, Marsam, Rabat, 2005 si veda anche: www.hrea.org/moudawana.htm; The Moroccan Family Code (**Moudawana**) of February 5, 2004. This English translation of the 2004 Moroccan Family Law (**Moudawana**).

nella quale un solo individuo è musulmano. Per ciò che riguarda gli ebrei marocchini, sono le regole dello statuto personale ebraico marocchino che disciplinano le situazioni giuridiche da loro poste in essere. Questo articolo non figurava nel precedente codice.

L'articolo 142 del capitolo primo del libro terzo della *Moudawana* del 2004 avente come titolo "della filiazione" sancisce che essa si realizza attraverso la procreazione del bambino da parte dei suoi genitori, essa può essere legittima oppure illegittima. L'articolo ha dato una definizione globale del significato della filiazione in quanto fatto naturale. Essa possiede un fondamento legittimo se è basata su una situazione che permette una relazione legale tra l'uomo e la donna, ha un fondamento illegittimo se questa relazione è intrattenuta al di fuori di questo quadro. Come stabilito dall'articolo successivo, la filiazione è legittima nei riguardi del padre e della madre fino a prova contraria¹⁶². Per ciò che riguarda la filiazione materna l'articolo 147 prevede che essa si stabilisce per il fatto di dare la nascita o tramite riconoscimento materno in presenza delle condizioni previste dall'articolo 160. E' assimilata al riconoscimento materno, la designazione della donna come madre del fanciullo da parte di colui che ha riconosciuto il medesimo senza che essa stessa formuli obiezioni a questa designazione; per mezzo di una decisione giudiziaria.

La filiazione materna è legittima nei casi in cui essa risulta avvenuta durante il matrimonio, dal rapporto per errore o da una violenza.

Senza dubbio più complesso e più interessante è il tema della filiazione paterna. Il confronto tra l'articolo 146 e 148, così come evidenziato nella nota precedente, è indice della portata della differente disciplina giuridica a cui la filiazione paterna e quella materna sono sottoposte.

La filiazione paterna è il legame legittimo che unisce il padre al proprio figlio e che si trasmette da padre in figlio (art. 150). La filiazione paterna si

¹⁶² Occorre a riguardo esplicitare i principi normativi contenuti negli articoli 146 e 148 i quali tracciano la linea di demarcazione più significativa tra la filiazione materna da un lato e quella paterna dall'altro. Il primo sancisce che la filiazione, sia essa risultante da una relazione legittima o illegittima, produce, nei confronti della madre, gli stessi effetti. Al

stabilisce per una forte presunzione e non può essere disconosciuta da una decisione giudiziaria (art. 151). Al riguardo l'articolo 144 procede precisando che la filiazione paterna è legittima nei casi in cui sussiste uno dei motivi di tale filiazione indicati nell'articolo 152¹⁶³. Qualora sia presente uno dei suddetti motivi, questa filiazione produce tutti gli effetti legali della filiazione paterna. *Al firach* costituisce una prova inconfutabile della filiazione paterna. Essa non può essere contestata se non dallo sposo, per via del giuramento d'anatema o per mezzo di una perizia decisiva e ciò a condizione che lo sposo produca delle prove a sostegno delle proprie affermazioni e che le suddette perizie siano ordinate da un organo giudiziario. Il bambino nato nel corso di una relazione coniugale, definita all'articolo 154¹⁶⁴, si ritiene appartenente allo sposo per presunzione legale inconfutabile. L'unica possibilità, all'interno di questo quadro, di contestare la filiazione è appunto il giuramento d'anatema o la perizia medica (la quale deve essere in grado di poter stabilire con assoluta certezza l'esistenza o meno di un legame biologico tra il padre e il figlio come per esempio l'analisi dell'acido nucleico rilevato dalle impronte genetiche). La perizia richiede un'autorizzazione giudiziaria. Nel caso in cui lo sposo si limiti a richiedere il giuramento d'anatema, la sposa può chiedere la perizia per provare l'infondatezza delle sue affermazioni.

contrario l'articolo 148 stabilisce che la filiazione illegittima non produce nei confronti del padre, gli stessi effetti della filiazione legittima.

¹⁶³ L'articolo 152 stabilisce che la filiazione paterna deriva da: 1) rapporti coniugali; 2) riconoscimento paterno; 3) coabitazione. Questo articolo ha limitato le cause di esistenza della filiazione alla coabitazione coniugale (*al firach*), al riconoscimento paterno (*Istihlak*) e alla cosiddetta relazione per errore ovvero la presunzione. Precisa tuttavia l'articolo 158 che la filiazione paterna è stabilita per *al firach*, riconoscimento del padre, la testimonianza di due notai, la prova fondata "per notorietà" e tramite tutti i mezzi di prova legalmente previsti compresa la perizia giudiziaria.

¹⁶⁴ La filiazione paterna del bambino è stabilita per *al firah*: 1) se il bambino è nato nei sei mesi successivi la data di conclusione dell'atto di matrimonio, qualora ci sia stata la possibilità di rapporti coniugali tra gli sposi e l'atto di matrimonio sia valido o viziato; 2) se il bambino è nato durante l'anno successivo la data di separazione dei genitori.

La filiazione paterna dunque oltre che per coabitazione coniugale, può ugualmente essere stabilita per coabitazione se il bambino è nato nel corso dell'anno a partire dalla data in cui l'unione coniugale è terminata. Inoltre, il matrimonio valido e quello viziato producono gli stessi effetti al fine di stabilire la filiazione dal momento in cui la nascita è avvenuta durante il periodo fissato per legge.

Per quanto riguarda il rapporto per errore, dal momento in cui una donna risulta essere incinta a seguito di un rapporto per errore e partorisce un bambino nel periodo compreso tra la durata minima e quella massima di gestazione, la filiazione paterna del bambino è attribuita all'autore del rapporto. Questa filiazione paterna è stabilita tramite tutti i mezzi di prova legalmente previsti (art. 155). Si intende con il termine rapporto per errore¹⁶⁵, il rapporto tra una donna e un uomo nella quale quest'ultimo crede alla legittimità della relazione a causa di un errore in ciò che concerne il fatto o la persona.

Avvenuto il riconoscimento, il bambino diventa legittimo, accede alla filiazione paterna seguendo la religione del padre. Entrambi, padre e figlio, ereditano l'uno dall'altro. L'accertamento della filiazione rileva per gli impedimenti matrimoniali e fa sorgere diritti e doveri reciproci tra padre e figlio.

Dunque, dal momento che la filiazione è stabilita in seguito al riconoscimento paterno (*Istihlak*)¹⁶⁶, o in seguito ad una decisione

¹⁶⁵ Per esempio, se durante il fidanzamento hanno avuto luogo una proposta e un'accettazione di matrimonio ma circostanze di forza maggiore hanno impedito la regolare stesura dell'atto di matrimonio e contestualmente la fidanzata risulta essere in stato interessante, tale gravidanza è imputata al fidanzato in seguito a rapporto per errore se sussistono le seguenti condizioni: se le famiglie di entrambi i fidanzati sono a conoscenza della relazione e il tutore matrimoniale l'approva; se la gravidanza della fidanzata ha inizio durante il fidanzamento; se i due fidanzati riconoscono che tale gravidanza è a loro imputabile.

La constatazione di tali condizioni si effettua per decisione giudiziaria non suscettibile di ricorso. Se il fidanzato nega che la gravidanza è lui imputabile, egli può fare ricorso a tutti i mezzi di prova legale per stabilire la filiazione paterna (art. 156).

¹⁶⁶ *Al Istihlak* è, come precedentemente detto, il riconoscimento di paternità così come previsto dal coordinato degli articoli 147 e 160. Il comma ultimo dell'articolo 147 stabilisce che la filiazione materna è legittima nei casi in cui risulta: da un matrimonio, da un rapporto per errore o da una violenza. Ciò senza pregiudizio alcuno del principio contenuto nell'articolo 143 il quale, stabilendo che la filiazione materna e paterna è legittima fino a prova contraria, rende palese la comunanza di legittimità di entrambi i genitori. L'articolo 160 enuncia invece le condizioni che devono sussistere al momento del riconoscimento paterno. Va premesso che il padre può riconoscere il figlio nel corso della malattia mortale, quanto alle condizioni esse sono le seguenti: 1) il padre che procede al riconoscimento deve godere delle piene facoltà mentali; 2) il bambino, nei confronti del quale si effettua il riconoscimento non deve essere di filiazione conosciuta; 3) le dichiarazioni dell'autore del riconoscimento di paternità non devono essere smentite dalle circostanze e dalla verosimiglianza; 4) il bambino riconosciuto deve dare il suo assenso, se è maggiorenne, al momento del riconoscimento di paternità. Se questo riconoscimento ha avuto luogo prima del compimento della maggiore età, egli ha il diritto di intentare un'azione giudiziaria mirante al disconoscimento della filiazione paterna.

giudiziaria, gli effetti giuridici che ne derivano per il bambino riconosciuto sono gli stessi di quelli risultanti da una filiazione legittima così come disciplinato dai differenti libri del presente codice, sia in riferimento agli impedimenti matrimoniali o ai diritti afferenti la filiazione, sia riguardo l'adozione, la religione e l'eredità. Solo il padre può stabilire la filiazione di un bambino per riconoscimento di paternità¹⁶⁷ ad esclusione di tutte le altre persone (art. 161). Mentre la filiazione legittima tenta di equiparare, perlomeno formalmente diritti e doveri dei genitori¹⁶⁸, la filiazione illegittima, come enunciato pocanzi in nota, non produce alcuno degli effetti della filiazione legittima nei confronti del padre (art. 148). Nulla tuttavia impedisce la possibilità di fare ricorso all'applicazione di regole generali relative all'indennizzo del danno occasionato dalla persona che ha causato la nascita al di fuori del quadro consentito dalla legge.

Seguendo l'ordine espositivo del codice marocchino, la *Moudawana* del 2004 disciplina l'istituto della custodia (*hadana*) del bambino. La custodia consiste nel preservare il bambino da ciò che potrebbe essergli pregiudizievole educandolo e vegliando sui suoi interessi. La persona investita della sua custodia, nella misura del possibile, adotta tutte le misure necessarie a preservare il benessere psicofisico del bambino vegliando sui suoi interessi in caso di assenza del suo rappresentante legale¹⁶⁹ e in caso di

Dal momento in cui il soggetto che riconosce la paternità designa la madre del bambino la madre stessa può opporsi procedendo al disriconoscimento di maternità, producendo le prove stabilenti il difetto di veridicità del riconoscimento paterno. Chiunque ne ha interesse, può formulare un ricorso contro la veridicità dell'esistenza delle condizioni del riconoscimento di paternità precitato, finché l'autore di questo riconoscimento è vivente.

¹⁶⁷ Il riconoscimento di paternità è stabilito per atto autentico o tramite dichiarazione autografa e non equivoca della persona che la compie (art. 162).

¹⁶⁸ A questo proposito è interessante enunciare la definizione che l'articolo 4 della *Mudawwana* riformata dà del matrimonio. Il matrimonio è, secondo il predetto articolo, un contratto legale per il quale un uomo e una donna consentono ad unirsi in vista di una vita coniugale comune e durevole. Esso ha per fine la fedeltà, la purezza, e la fondazione di una famiglia stabile sotto la direzione di entrambi gli sposi conformemente alle disposizioni di questo codice. È importante notare come la formula contenuta nell'articolo **1 della precedente Moudawana "sotto la direzione del marito", sia stata sostituita dalla formula "sotto la direzione degli sposi"**. Questo corrisponde a un tentativo di equiparazione delle donne nei confronti degli uomini di fronte a prescrizioni legali, così da manifestare la volontà reale di assicurare onore ed uguaglianza alla donna.

¹⁶⁹ La differenza tra la custodia e la tutela legale risiede nel fatto che la prima concerne la persona del bambino e la sua protezione fisica, la seconda concerne la salvaguardia dei suoi

necessità se vi è timore di una perdita di tali interessi (art. 163). La custodia del bambino incombe sul padre e la madre fin tanto che il legame coniugale sussiste (art. 164). Se nessuno dei possibili designatari del diritto di custodia accetta di assumerla o, pur accettandola, non soddisfa i requisiti richiesti dalla legge¹⁷⁰, gli interessati o il ministero pubblico si rivolgono al tribunale il quale sceglie la persona più adatta tra i parenti più prossimi o tra altre persone. In difetto di ciò, il tribunale opta per una delle istituzioni abilitate¹⁷¹ a questo scopo. Ciò accade nel caso di rifiuto di assunzione degli oneri della custodia da parte della persona designata (art. 165). Questo articolo prende in considerazione la regola relativa alla ricerca della protezione dell'interesse del bambino sottoposto alla custodia segnatamente in assenza dei genitori.

interessi materiali e morali. In tal senso occorre dire che la rappresentanza legale è assicurata mediante tutela (*wilaya*), l'esercizio della quale spetta al padre. I due aspetti della *wilaya* riguardano da un lato quella sulla persona del minore e dall'altro quella sul suo patrimonio.

¹⁷⁰ I requisiti di attribuzione della custodia sono, così come previsto dall'articolo 173: 1) il compimento della maggiore età legale per le persone che non siano il padre o la madre del bambino; 2) la rettitudine e l'onestà; 3) la capacità di crescere il bambino, salvaguardandolo e proteggendolo sul piano religioso, fisico, morale adoperandosi perché abbia un'istruzione; il non matrimonio della persona che formula la domanda di custodia ad eccezione dei casi previsti negli articoli 174 e 175. Se un cambiamento, suscettibile di nuocere alla custodia del bambino, interviene a modificare la situazione di colui o colei che detiene la custodia, il soggetto decade dal diritto di esercitarla ed essa viene trasmessa alla persona che segue nell'ordine di priorità.

L'articolo 174 prevede che il matrimonio della donna che assume la custodia, che non sia la madre, fa decadere il diritto di esercitare la custodia eccetto in presenza dei seguenti casi: 1) se il suo sposo è un parente del bambino con il quale egli ha un impedimento matrimoniale o se è il suo rappresentante legale; 2) se la donna stessa è il rappresentante legale del bambino.

L'articolo 175 stabilisce che l'assunzione della madre dell'esercizio del diritto di custodia del proprio figlio non viene meno se il bambino ha meno di sette anni o se la separazione dalla madre gli ha causato un pregiudizio; se il bambino sottoposto alla custodia è portatore di un handicap o una malattia che rende l'assunzione della sua custodia particolarmente difficile per una persona diversa dalla madre. Il matrimonio della madre dispensa il padre dalle spese di abitazione del bambino e della remunerazione dovuta per la sua custodia, non altrettanto per il versamento della pensione alimentare dovuta al bambino. Il termine di decadenza dell'esercizio del diritto di custodia è limitato ad un anno computato dalla data in cui la consumazione di un nuovo matrimonio è venuta a conoscenza. Il periodo di un anno è sufficiente per provare che la persona investita della custodia non desidera esercitare questo diritto a meno che ragioni di forza maggiore non glielo abbiano impedito (art. 176).

¹⁷¹ Il tribunale può richiedere l'ausilio di un assistente sociale in vista dell'elaborazione di un rapporto mirante a determinare se la persona investita della custodia è in grado di soddisfare i bisogni di prima necessità, materiali e morali del bambino (art. 172).

La custodia del bambino si prolunga, sia per il maschio che per la femmina, fino al raggiungimento della maggiore età legale (fissata al compimento dei diciotto anni sia per i maschi che per le femmine). Dal momento in cui la relazione coniugale cessa, il bambino che ha raggiunto l'età di quindici anni compiuti, ha il diritto di scegliere quale dei suoi genitori assumerà la sua custodia¹⁷². In assenza del padre e della madre, egli può scegliere uno dei suoi parenti prossimi indicati dall'articolo 171¹⁷³ a condizione che tale scelta non risulti dannosa per la tutela dei propri interessi e che il suo rappresentante legale dia il consenso. In caso di rifiuto di quest'ultimo, il giudice decide tenendo conto dell'interesse del minore (art.166). La remunerazione dovuta per la custodia e le spese da essa occasionate sono poste a carico della persona su cui grava il mantenimento del bambino. Esse sono distinte dalla remunerazione dovuta per l'allattamento e il

¹⁷² La scelta deve essere effettuata nel rispetto del seguente ordine: 1) tra il padre e la madre, ad esclusione di tutte le altre persone a meno che essi non siano più viventi; 2) in assenza del padre e della madre, il bambino può scegliere uno dei suoi parenti più prossimi così come sancito nell'articolo 171, in questo caso la nonna materna ha la priorità nei confronti degli altri parenti, diversamente si opta per il parente prossimo più adatto a rivestire il ruolo. In questo ultimo caso, devono sussistere due condizioni: 1) la scelta non deve essere incompatibile con l'interesse del bambino; 2) il rappresentante legale deve dare, a riguardo, il suo assenso.

¹⁷³ **La custodia è attribuita in primo luogo alla madre, poi al padre, e successivamente alla nonna materna del bambino.** In assenza dei soggetti appena menzionati il tribunale decide in funzione delle presunzioni di cui dispone al fine di proteggere il bambino attribuendo la custodia al parente prossimo più idoneo ad assumerne la custodia assicurando al bambino un'abitazione appropriata e l'obbligo del mantenimento. La custodia dunque deve essere attribuita prioritariamente alla madre la quale è più predisposta rispetto al padre ad assumere questo ruolo e solo successivamente in mancanza della madre e del padre essa deve essere attribuita alla nonna materna. Diversamente il tribunale ha la facoltà di attribuire la custodia ad uno dei parenti più prossimi del bambino adatto ad assumerla, senza distinzione alcuna tra i parenti materni e paterni. Il tribunale deve fissare per l'abitazione del bambino l'entità delle spese indipendenti dal mantenimento, conformemente alle disposizioni dell'articolo 168. Quest'ultimo infatti prevede che le spese di alloggio del minore sottoposto a custodia sono valutate in modo distinto dalla pensione alimentare, dalla remunerazione dovuta per la custodia e dalle altre spese. Il padre deve assicurare ai suoi bambini un'abitazione e adempiere alle spese dell'affitto così come stabilito dal tribunale. Il bambino soggetto a custodia non può essere costretto ad abbandonare il domicilio coniugale se non a seguito dell'esecutività, nei confronti del padre, di un giudizio relativo al suo alloggio. Il tribunale che pronuncia il giudizio fissante le spese afferenti l'alloggio del bambino deve pronunciarsi definendo le modalità che garantiscono la continuità dell'esecutività di tale giudizio per il padre condannato. Dal momento in cui un giudizio del tribunale riguardante l'alloggio del bambino è reso, il padre è tenuto ad adempiere ai dettami posti in essere nel giudizio.

mantenimento. La madre non ha diritto alla remunerazione per la custodia dei suoi figli nel corso della relazione coniugale (art. 167).

Per ciò che attiene il diritto di visita del bambino esso deve essere accordato in egual misura sia al padre che alla madre che non ne hanno la custodia (art.180). Entrambi i genitori possono a riguardo raggiungere un accordo¹⁷⁴ in merito ai tempi e ai modi della visita comunicandoli al tribunale che ne stabilisce le modalità nella decisione riguardante la custodia (art.181).

Interessanti sono le disposizioni inerenti la disciplina dell'erogazione del mantenimento. Le disposizioni generali in materia stabiliscono che ogni persona soddisfa i propri bisogni per mezzo di proprie risorse, salvo eccezione prevista dalla legge. L'obbligo del pagamento del mantenimento risulta dal matrimonio, dalla parentela e dalla obbligazione (art.187). Nessuno è obbligato a soddisfare i bisogni altrui se non nella misura in cui riesca a soddisfare i propri. Ciascuno è solvibile fino a prova contraria (art. 188). Dunque il principio¹⁷⁵ secondo il quale l'uomo non è obbligato ad agire che nel quadro delle sue possibilità materiali, investe anche la regola relativa all'obbligo del mantenimento. Questa comprende l'alimentazione, le spese relative al vestiario, quelle mediche e in genere ogni spesa abitualmente considerata come indispensabile ivi compresa quella relativa all'istruzione del bambino. La valutazione della sua entità si effettua con moderazione tenendo conto del reddito della persona obbligata al pagamento, del corso dei prezzi, degli usi e dei costumi del contesto sociale nel quale il mantenimento è dovuto (art. 189). Il tribunale si basa, per la stima del mantenimento, sulle dichiarazioni e le prove prodotte dalle due parti in causa. Può a tale fine ricorrere al parere di esperti. È statuito in

¹⁷⁴ In caso di disaccordo tra il padre e la madre, il tribunale fissa i periodi di visita e ne precisa i tempi e i luoghi in modo da prevenire, per quanto possibile, le manovre fraudolente nell'esecuzione della decisione. A questo fine, il tribunale prende in considerazione le condizioni particolari di ciascuna parte. La sua decisione è suscettibile di ricorso (art. 182).

¹⁷⁵“ Il ricco manterrà la donna dalla quale ha divorziato secondo la propria fortuna, altrettanto farà il povero nel limite dei suoi mezzi. Dio non impone a ciascuno che delle obbligazioni proporzionali alle sue risorse.” Corano, versetto 7 *Sura* del divorzio. Maometto, *Il Corano: nuova traduzione di una scelta di surate versione italiana di FROJO S.*, Laterza, Bari, 1928.

materia di mantenimento in un arco di tempo massimo di un mese (art. 190). Infatti se il tribunale ravvisa una contraddizione nelle dichiarazioni dei soggetti succitati può, come detto, ricorrere all'ausilio di esperti in modo tale che la valutazione dell'importo delle somme dovute sia basata sulle reali possibilità economiche della parte obbligata al pagamento.

Per quanto riguarda i criteri di distribuzione del mantenimento, vi è un mantenimento dovuto dallo sposo alla sposa a seguito della consumazione del matrimonio. Il medesimo diritto al mantenimento è riconosciuto alla sposa che acconsente alla consumazione del matrimonio, dopo la conclusione dell'atto (art. 194)¹⁷⁶. Ciò significa che indipendentemente dalla consumazione o meno del matrimonio l'aver espresso, da parte della moglie, la volontà di acconsentire alla consumazione fa sorgere il dovere del marito al mantenimento. Esso è dovuto dal momento in cui tale volontà viene espressa.

Senza dubbio degno di analisi è il mantenimento dovuto ai parenti prossimi. Sancisce infatti l'articolo 197 che tra parenti, il mantenimento è dovuto dai bambini ai loro padri e madri e dal padre e dalla madre ai loro figli conformemente alle disposizioni del codice. L'articolo limita il cerchio dei parenti prossimi tra i quali il mantenimento è dovuto, recependo un principio estraneo alla codificazione "occidentale" ovvero quello della reciprocità del mantenimento. Il dovere di mantenimento infatti, incombe anche sui figli nei riguardi dei propri genitori qualora sussistano motivi per i quali questi ultimi non siano in grado di provvedere economicamente non solo ai propri figli¹⁷⁷ ma anche a sé stessi.

¹⁷⁶ La disciplina a riguardo statuisce le modalità dettagliate di erogazione di tale pensione agli articoli 195 e 196 della *Mudawwana* riformata che in questa sede per ragioni di tempo non verranno esplicitati.

¹⁷⁷ Il testo dell'articolo tradotto nella versione francese utilizza proprio il termine *enfants* enuncia infatti : « *Entre parents, la pension alimentaire est due par les enfants à leurs père et mère et par le père et la mère à leurs enfants, conformément aux dispositions du présent code.* ». L'estraneità attiene senza dubbio all'attribuzione di un dovere di mantenimento in capo ad un soggetto, il bambino, che per sua definizione risulta non aver ancora raggiunto la maggiore età. Precisa l'articolo 203 che qualora i figli siano più di uno il mantenimento dovuto ai genitori va proporzionalmente ripartito tra i figli medesimi a seconda delle risorse disponibili e non in misura della quota di eredità a loro spettante in virtù delle regole del diritto successorio.

È inoltre stabilito che il padre deve provvedere ai bisogni dei propri figli fino al raggiungimento della maggiore età o fino al compimento dei venticinque anni nel caso di coloro che proseguono gli studi. In ogni caso, la figlia non perde il suo diritto a ricevere il mantenimento a meno che non disponga di risorse proprie o il suo mantenimento spetti al marito. Il padre deve continuare a provvedere ai bisogni dei figli che presentino handicap tali da rendere loro impossibile il reperimento delle risorse necessarie al proprio mantenimento (art. 198). Qualora il padre sia, totalmente o parzialmente, incapace di provvedere al soddisfacimento dei bisogni dei propri figli e la madre al contrario sia benestante, quest'ultima deve assumere l'onere del mantenimento. Se l'incapacità del padre è totale la madre deve provvedere interamente al mantenimento se diversamente l'incapacità del padre è parziale, la madre provvede per l'ammontare della parte che il padre è nell'impossibilità di assumere (art. 199). Il computo del pagamento degli arretrati del mantenimento stabilito a seguito di una pronuncia giudiziaria, va effettuato dalla data di cessazione della sua erogazione (art. 200).

Successivo al tema della custodia vi è quello della capacità. In tema di capacità occorre premettere che secondo le disposizioni normative della *Moudawana* riformata vi sono due tipi di capacità: la capacità giuridica e la capacità d'agire (art. 206). La capacità giuridica è la facoltà che possiede una persona di acquisire dei diritti e assumere dei doveri così come stabilito dalla legge. Questa capacità è attribuita alla persona nel corso della sua vita e non può esserne privata (art. 207). In sintesi la capacità giuridica è l'attitudine della persona a godere dei diritti e assumere obbligazioni consentite dalla legge per ciò che concerne il suo patrimonio. La capacità di agire è la facoltà che ha una persona di esercitare i propri diritti personali e patrimoniali e che rende validi i suoi atti. La legge fissa le condizioni

d'acquisizione della capacità d'esercizio, i motivi determinanti la sua limitazione¹⁷⁸ o la sua perdita¹⁷⁹.

L'interdizione cessa per il minore al raggiungimento della maggiore età¹⁸⁰, a meno che egli non vi sia sottoposto per altra causa. L'interdetto a causa di handicap mentale o prodigalità ha il diritto a chiedere al tribunale la revoca dell'interdizione, dal momento che si constata essere dotato di buon senso. Quando il minore compie i sedici anni, può chiedere al tribunale che gli venga accordata l'emancipazione. Il rappresentante legale può chiedere al tribunale di emancipare il minore che ha raggiunto l'età summenzionata, se constata che egli è dotato di buon senso. La persona emancipata entra in possesso dei suoi beni e acquisisce piena capacità per ciò che concerne la gestione e la disposizione dei suoi beni. L'esercizio dei diritti, oltre che patrimoniali, rimane disciplinato dai testi che li regolano. In ogni caso le persone sopramenzionate non possono essere emancipate che a seguito di un giudizio del tribunale (art 218).

Se il rappresentante legale nota che il minore prima di aver raggiunto la maggiore età è colpito da handicap mentale, o è prodigo, si rivolge al

¹⁷⁸ I motivi d'interdizione sono di due tipi: i primi riguardano la limitazione della capacità, i secondi la "*font perdre*" (art. 212). L'articolo 213 stabilisce che la capacità di agire è limitata per i seguenti soggetti: 1) il bambino che, pur avendo raggiunto l'età del discernimento (il bambino è dotato di discernimento dal compimento dei dodici anni art. 214) non ha raggiunto quella della maggiore età; 2) il prodigo (il prodigo è colui che dilapida i suoi beni attraverso spese inutili o comunemente considerate futili dalle persone dotate di ragionevolezza in modo tale da recare pregiudizio per sé e per la propria famiglia); 3) il debole di spirito (il debole di spirito è colui che è affetto da un handicap mentale che gli impedisce di padroneggiare il proprio pensiero e i suoi atti art. 216).

¹⁷⁹ Sancisce l'articolo 217 che non gode della capacità di agire: 1) il bambino che non ha raggiunto l'età del discernimento (la quale si raggiunge al compimento dei 12 anni); 2) il demente e colui che ha perso la ragione. Nel primo caso gli atti da lui compiuti sono nulli, nel secondo caso il soggetto non gode della capacità di agire nel momento in cui perde completamente la ragione. Recupera tale capacità dal momento in cui riacquista le sue piene facoltà mentali, i suoi atti sono allora validi e diventano esecutivi.

La persona che perde la ragione in maniera discontinua gode di piena capacità nei suoi momenti di lucidità. La perdita volontaria della ragione non sottrae il soggetto da responsabilità giuridica.

¹⁸⁰ L'età della maggiore età è fissata al compimento dei diciotto anni (art. 209). Ogni persona raggiunta tale età gode della piena capacità di esercitare i propri diritti e assumere obbligazioni proprie a meno che non vi sia una specifica motivazione che limiti o faccia perdere tale capacità (art. 210). Gli incapaci o i non pienamente capaci sono sottomessi, secondo i casi, alle regole della tutela paterna o materna, testamentaria o dativa, nelle condizioni e conformemente alle regole previste nel presente codice (art. 211).

tribunale competente a statuire sulla possibilità di mantenere l'interdizione. Il tribunale si basa, per la decisione, su tutti i mezzi di prova legali (art. 219).

La persona che ha perso la ragione, il prodigo e il debole di spirito sono colpiti da interdizione a seguito di un giudizio del tribunale. Il giudizio ha effetto dal momento in cui si stabilisce che essi si trovavano in questo stato. L'interdizione è revocata¹⁸¹ conformemente alle regole previste dal presente codice computata dalla data in cui i motivi che l'hanno giustificata sono cessati di esistere (art. 220).

Gli atti compiuti dall'incapace sono nulli e non producono effetti (art. 224).

Gli atti del minore dotato di discernimento sono sottomessi alle disposizioni seguenti: 1) essi sono validi se risultano vantaggiosi per il minore stesso; 2) sono nulli se gli risultano pregiudizievoli; 3) se tal atti non rivestono un carattere vantaggioso o pregiudizievole evidente, la loro validità è subordinata all'approvazione del suo rappresentante legale, tenuto conto dell'interesse preponderante dell'interdetto e nei limiti delle competenze conferite a ciascun rappresentante legale (art. 225)¹⁸².

Il minore dotato di discernimento può prendere possesso di una parte dei propri beni per assumerne la gestione a titolo di prova. L'autorizzazione, in questo caso, è accordata dal tutore legale o da una decisione del giudice delle tutele, su domanda del tutore testamentario o dativo o del minore interessato. Il giudice delle tutele può annullare l'autorizzazione di rimessa dei beni su domanda del tutore testamentario o dativo, del ministero pubblico o d'ufficio, se è stabilito che la gestione dei beni autorizzati è mal esercitata. L'interdetto autorizzato ad amministrare una parte dei propri beni è considerato come avente piena capacità per agire nel limite dell'autorizzazione che ha ricevuto e per stare in giudizio a questo titolo

¹⁸¹ Il giudizio che ordina o revoca l'interdizione è pronunciato a seguito della domanda presentata dall'interessato, dal ministero pubblico o da tutte le persone che ne hanno interesse (art. 221).

¹⁸² Gli atti del prodigo e del debole di spirito sono sottomessi alle disposizioni dell'articolo 225 del presente codice. Questa analogia appare senza dubbio logica perché il bambino dotato di discernimento, il prodigo e il debole di spirito, così come stabilito dall'articolo 213, non godono della piena capacità d'esercizio.

(art. 226). Il tutore legale può ritirare l'autorizzazione che ha accordato al minore dotato di discernimento se sussistono motivi che giustificano tale ritiro (art. 227).

Per quanto riguarda le disposizioni inerenti la rappresentanza legale¹⁸³, altro tema non trascurabile del presente codice, le disposizioni generali a riguardo stabiliscono quanto segue: la rappresentanza legale del minore è esercitata a titolo di tutela legale, tutela testamentaria o tutela dativa (art. 229).

La rappresentanza legale è esercitata dal padre maggiorenne¹⁸⁴; la madre maggiorenne¹⁸⁵ in assenza del padre o in seguito alla perdita di quest'ultimo di tale capacità; il tutore testamentario designato dal padre; il tutore testamentario designato dalla madre; il giudice; il tutore dativo designato dal giudice (art. 231)¹⁸⁶. Il tutore testamentario e il tutore dativo devono godere

¹⁸³ Si intende per rappresentante legale, nel senso del presente codice: 1) il tutore legale: il padre, la madre o il giudice; 2) il tutore testamentario designato dal padre o dalla madre; 3) il tutore dativo, designato dalla giustizia (art. 230). Egli ha il compito di vigilare sugli affari personali dell'interdetto assicurandogli un'educazione religiosa e una formazione, preparandolo ad affrontare la vita facendosi carico della gestione corrente dei suoi beni. A pena di assunzione di responsabilità, il rappresentante legale deve informare il giudice delle tutele dell'esistenza di tutti i fondi, documenti, monili e beni mobili di valore appartenenti al minore. I fondi e i valori mobiliari del minore sono depositati, su ordinanza del giudice, su un conto del minore aperto dopo accertamento pubblico, al fine di preservazione tali beni. Il rappresentante legale è sottomesso, nell'esercizio del suo compito a sorveglianza giudiziaria (art. 235).

¹⁸⁴ Il padre è di diritto il tutore legale dei propri figli finché non interviene una decisione giudiziaria che revochi l'esercizio di tale diritto. In caso di impedimento del padre, il dovere di tutela degli interessi preminenti del bambino spetta alla madre (art. 236). Il padre può designare un tutore testamentario per il figlio interdetto o non ancora nato, il testo dell'articolo 237 infatti enuncia: *Le père peut désigner un tuteur testamentaire pour son enfant mineur ou à naître (embryon), mais cette tutelle testamentaire ne l'oblige pas, il peut la révoquer à tout moment.* Tale tutela può essere revocata dal padre in qualunque momento. A seguito del decesso del padre, l'atto di tutela testamentaria è sottomesso al giudice che ne verifica la validità e lo conferma.

¹⁸⁵ **La madre può esercitare la tutela dei propri figli a condizione che: 1) sia maggiorenne, 2) che il padre, a seguito di decesso, assenza, perdita di capacità o per qualunque altro motivo, non possa assumerla.**

La madre può designare un tutore testamentario per il proprio figlio interdetto e può altresì revocarlo. A seguito del decesso della madre, l'atto di tutela testamentaria è, come nel caso di designazione paterna, sottomesso al giudice al fine di verificarne la validità procedendo alla sua conferma. Se il padre deceduto ha designato in vita un tutore testamentario, il compito di quest'ultimo si limita a seguire la gestione della madre degli affari personali e patrimoniali del bambino sotto tutela e a sottoporre il caso al giudice qualora ne constati la cattiva gestione.

¹⁸⁶ In assenza della madre o del tutore testamentario, il tribunale designa un tutore dativo per l'interdetto, il quale deve essere scelto tra i più adatti dei parenti prossimi (*asaba*). In assenza di questi soggetti, il tutore dativo deve essere scelto tra i restanti parenti prossimi o tra i terzi. Il tribunale può, nell'interesse dell'interdetto, designare due o più tutori dativi. In

di piena capacità, essere diligenti, risoluti e onesti¹⁸⁷. Se i beni dell'interdetto non sono stati inventariati, il tutore testamentario o dativo deve provvedervi (art. 249)¹⁸⁸. Il compito del tutore testamentario o dativo termina nei casi seguenti: 1) a seguito del decesso dell'interdetto, del decesso o dell'assenza del tutore testamentario o dativo; 2) nel momento in cui l'interdetto raggiunge la maggiore età, tranne i casi in cui permane l'interdizione a seguito di decisione giudiziaria o per altri motivi; 3) il completamento del compito per il quale il tutore testamentario o dativo sono stati designati o la scadenza della durata che gli è stata fissata; 4) l'accettazione della giustificazione invocata dal tutore testamentario o dativo che ha rinunciato all'assunzione di tale compito; 5) la perdita da parte del tutore testamentario o dativo della propria capacità civile o dal momento

questo caso il tribunale stesso fissa le competenze di ciascuno dei due. I membri della famiglia, i richiedenti l'interdizione e tutte le persone aventi un interesse, possono proporre un candidato come tutore dativo. Il tribunale può, in caso di bisogno, designare un tutore dativo provvisorio (art. 244).

Il tribunale trasmette immediatamente il dossier al ministero pubblico, per avviso, in un arco di tempo non eccedente i quindici giorni. Il tribunale si pronuncia a riguardo in un tempo massimo di quindici giorni computati dalla data di ricevimento dell'avviso del ministero pubblico (art. 245).

¹⁸⁷ La tutela testamentaria o dativa infatti non può essere affidata: 1) alla persona condannata per furto, abuso di confidenza, falso o qualsiasi reato afferente la moralità; 2) al fallito o al condannato ad una liquidazione giudiziaria; alla persona che ha con l'interdetto una pendenza giudiziaria o una vertenza familiare suscettibile di causare danni agli interessi dell'interdetto (art. 247). Il tribunale può designare un sostituto tutore con il compito di verificare gli atti del tutore testamentario o dativo consigliando quest'ultimo nell'interesse del minore. Egli deve ugualmente informare il tribunale nel momento in cui constata una negligenza nella gestione del tutore o se teme una dilapidazione dei beni dell'interdetto (art. 248).

¹⁸⁸ L'inventario e i suoi annessi sono conservati nel dossier della tutela e annotati sul registro degli atti mensili o giornalieri, secondo l'occorrenza. Il contenuto e la forma di tale registro sono fissati tramite decisione del ministero della giustizia (art. 250).

Il ministero pubblico, il tutore legale, il consiglio di famiglia, uno o più parenti prossimi possono, a seguito dell'inventario, presentare loro osservazioni al giudice delle tutele, al soggetto competente della stima dell'entità del mantenimento necessario all'interdetto, e sulle scelte dei metodi suscettibili di fornirgli una buona formazione, un buon orientamento educativo ed una gestione ottimale dei suoi beni. È istituito un consiglio di famiglia con il compito di assistere la giustizia nelle sue attribuzioni relative agli affari di famiglia. La sua composizione e le sue attribuzioni sono fissate per via regolamentare (art. 251). Il tutore testamentario o dativo deve, in ogni momento, rispondere alle domande del giudice delle tutele fornendogli tutti i chiarimenti richiesti sulla gestione dei beni dell'interdetto (art. 256). I beni sono rimessi all'interdetto al raggiungimento della maggiore età, ai suoi eredi in caso di decesso, e al successore del tutore testamentario o dativo negli altri casi (art. 261).

in cui viene sottratto dell'esercizio delle sue funzioni per un motivo giustificante tale misura.

Nel caso in cui il minore è posto sotto la protezione effettiva di una persona o di una istituzione¹⁸⁹, tale persona o istituzione, è considerata come suo rappresentante legale in ciò che concerne i suoi affari personali, attendendo che il giudice gli designi un tutore dativo (art. 232). Il rappresentante legale esercita la tutela sulla persona e i beni del minore fino al raggiungimento della maggiore età legale. Esercita ugualmente tale tutela sulla persona che ha perduto la ragione fino alla revoca, tramite giudizio, della sua interdizione. La rappresentanza legale esercitata sul prodigo e il debole di spirito si limita ai loro beni fino alla revoca dell'interdizione per mezzo di una pronuncia giudiziaria (art. 232). Il tribunale può designare un tutore dativo investito del compito di assistere il tutore testamentario o di assumere una gestione autonoma di un certo numero di interessi finanziari del minore (art. 234).

5.3.1 LO STATO CIVILE

Senza dubbio correlato al tema della tutela dei diritti della donna è quello dello stato civile. Lo stato civile¹⁹⁰ è un insieme di qualificazioni che

¹⁸⁹ Il tribunale assume la sorveglianza della rappresentanza legale. Questa sorveglianza ha per obiettivo l'assunzione della protezione degli interessi degli incapaci e delle persone non pienamente capaci, ordinando tutte le misure necessarie al fine di preservare questi interessi e soprintenderne la gestione (art. 264). Gli articoli successivi (dal 266 al 276) disciplinano la procedura di tale sorveglianza.

¹⁹⁰ Lo stato civile è, secondo l'articolo 1 della legge n. 37.99, il regime di registrazione e autenticazione dei fatti civili fondamentali di una persona quali la nascita, il decesso, il matrimonio e il divorzio, così da risultare verbalizzati nei registri dello stato civile tutte le indicazioni riguardo la natura, i luoghi e le date degli atti sopraccitati. La nuova legislazione in materia di stato civile enunciata dal *dahir* del 3 ottobre 2002 recante la promulgazione della legge n. 37.99 pubblicata sul bollettino ufficiale n. 5054 del 7 novembre 2002 p. 3150, corona l'opera del legislatore marocchino. Il testo è entrato in vigore il 3 maggio 2003. La nuova legge che ha abrogato i testi precedenti riguardanti lo stato civile, comprende nuove disposizioni. Essa ha reso obbligatorio il regime dello stato civile per tutti i marocchini, all'interno come all'esterno del Paese, ed ha esteso la sua applicazione agli stranieri per ciò che concerne le nascite avvenute sul territorio nazionale. Le principali novità apportate dalla legge sono, oltre a quelle pocanzi enunciate le seguenti: 1) la generalizzazione del regime dello stato civile rendendo obbligatoria la dichiarazione delle nascite e dei decessi nell'arco di trenta giorni per tutti i marocchini e gli stranieri; 2) la

determinano i diritti e i doveri di un individuo nei confronti degli altri membri della società e dell'autorità pubblica. È un'istituzione legale che ha come obiettivo l'autenticazione degli avvenimenti vissuti da una persona durante il periodo che va dalla sua nascita al suo decesso. Lo stato civile è il modo unico ed essenziale che permette a ciascun individuo di provare la sua identità e godere dei propri diritti¹⁹¹. In tal senso rilevano gli articoli 2 e 3 della legge n. 37/99 i quali stabiliscono che: gli atti dello stato civile hanno la stessa forza probante degli atti autentici nel rispetto delle condizioni di prova prescritte dalla *shari'a* in materia di filiazione e di statuto personale (art. 2). Tutti i marocchini sono obbligatoriamente sottomessi al regime dello stato civile. Lo stesso regime si applica agli stranieri per ciò che concerne le nascite e i decessi avvenuti sul territorio nazionale (art. 3).

L'uomo nasce senza conoscere il momento della sua nascita e senza scegliere il Paese di nascita e i propri genitori. Il Marocco in questo senso, ha adottato leggi che permettono di proteggere la filiazione e l'ascendenza¹⁹². La legge sullo stato civile assume rilevanza e pertinenza

determinazione delle persone sottomesse alla dichiarazione di nascita e di decesso a pena di sanzione pecuniaria in caso di mancata dichiarazione entro i termini prescritti dalla legge; 3) l'estensione di questa disposizione al fine di inglobare il matrimonio e il divorzio, prevedendo di apporre al margine degli atti di nascita e di decesso indicazioni concernenti il matrimonio e il divorzio; 4) il diritto conferito alla sposa di ottenere una copia del libretto di famiglia; 5) la competenza devoluta, in materia d'iscrizione di nascite e di decessi dei marocchini nati o deceduti all'estero, al tribunale di prima istanza del luogo di residenza del richiedente l'iscrizione; la facilitazione della procedura di ratifica degli atti dello stato civile; 7) la forza probante conferita agli atti dello stato civile, con l'obbligo del rispetto delle condizioni di prova prescritte dalla *charia* in materia di filiazione e di statuto personale; 8) la pianificazione della situazione del minore abbandonato, figlio di genitori ignoti o di padre sconosciuto, con l'enunciazione delle modalità di selezione del nome, cognome di famiglia e quello dei propri genitori a seconda dei casi, stabilendo la necessità di scegliere un nome del padre formato per derivazione a partire da uno dei nomi della venerazione divina; 8) l'attribuzione alla giustizia, al fine di conferire credibilità ai documenti dello stato civile, di ampi poteri in materia di controllo e di supervisione del regime dello stato civile.

¹⁹¹ SEDQI BOURHIM J., *L'enregistrement des naissances "droit et obligation"*. Rabat, 2004. Volumetto di sensibilizzazione della *Ligue Marocaine pour la protection de l'Enfance* sull'importanza della registrazione delle nascite nei registri dello stato civile e documenti legislativi relativi alla materia. Atti del seminario regionale "Il nuovo codice di famiglia in Marocco", 20/5/2005, CICESNE/Torino.

¹⁹² L'articolo 54 della *Moudawana* riformata nel 2004 stabilisce ciò che segue: i genitori devono ai propri figli i diritti seguenti: proteggere la loro vita e la loro salute dall'infanzia all'età adulta; far autenticare la loro identità e salvaguardarla soprattutto per ciò che attiene il nome, la nazionalità e la registrazione allo stato civile; garantire l'allattamento da parte della madre dei propri figli finché ciò risulta possibile; prendere tutte le misure

con il codice dello statuto personale marocchino nel caso di filiazione illegittima e correlata disciplina del riconoscimento. Abbiamo precedentemente enunciato che si intende figlio illegittimo il nato al di fuori dell'istituzione matrimoniale. Si è già detto che in caso di dichiarazione di nascita, bisognerà stabilire il legame coniugale sia dinnanzi l'ufficiale dello stato civile sia dinnanzi il tribunale, tramite atto di matrimonio, atto di conferma di matrimonio o attraverso qualsiasi altro mezzo di prova legale. Esistono tuttavia casi speciali di filiazione di cui la legge sullo stato civile esige la trascrizione. I commi 5 e 6 dell'articolo 16¹⁹³ della legge 37/99 sanciscono che, nel caso di un neonato generato da persone sconosciute o abbandonato dopo il parto, il procuratore del Re deve dichiararne la nascita d'ufficio o su domanda dell'autorità locale facendo seguire la sua dichiarazione da un processo verbale indirizzato a tale effetto, da un certificato medico determinante l'età del neonato nel quale verrà indicato un nome, un cognome, un nome scelto tra quelli dei parenti o un nome del padre se la madre è sconosciuta. L'ufficiale dello stato civile indica a margine dell'atto di nascita il nome scelto, informa il procuratore del Re dell'avvenuta nascita entro un termine di trenta giorni computati dalla data della dichiarazione di nascita e procede, a seguito della produzione di tutti i documenti necessari, all'iscrizione del neonato nel registro dello stato civile. Nel caso di filiazione naturale il comma 7 dell'articolo 16 della legge 37/99 stabilisce che la nascita del bambino di filiazione paterna sconosciuta è

possibili al fine di garantirne il normale sviluppo preservando la loro integrità fisica e psichica; vigilare sull'orientamento religioso e sull'educazione ad una buona condotta e ai nobili valori implicanti la sincerità di atti e parole, evitando la violenza fondata sui pregiudizi fisici e morali e astenendosi dal mettere in atto forme di sfruttamento suscettibili di nuocere agli interessi dei bambini; fornire, a beneficio dei propri figli, le condizioni favorevoli per seguirli nei loro studi (scolarizzazione e formazione adeguate a renderli adatti a condurre una vita attiva divenendo membri utili della società) assecondandone inclinazioni e capacità intellettuali e fisiche.

A seguito di una eventuale separazione dei coniugi, questi doveri si dividono tra i coniugi stessi conformemente a ciò che è sancito nelle disposizioni inerenti la custodia (tema trattato nel corrente paragrafo).

¹⁹³ Il testo della legge 37/99 nella versione francese si trova in SEDQI BOURHIM J. (*Membre du Comité préfectoral del Rabat-Salé Ligue Marocaine pour la Protection de l'Enfance*), *L'enregistrement des naissances << Droit et Obligation >>*, Rabat. 2004. Atti del seminario regionale «Il nuovo codice di famiglia in Marocco >>, 20/5/2005, CICSENE/Torino.

dichiarata dalla madre o dalla persona competente a tal fine del luogo ove è avvenuta la nascita. La madre ha la facoltà di scegliere il nome del figlio (un nome del padre comprendente l'epiteto << Abd >> così come un nome di famiglia che gli è proprio).

Se si rammentano i diritti sorgenti sopramenzionati in capo a un soggetto a seguito della sua iscrizione nel registro dello stato civile si può comprendere a pieno l'importanza di tale iscrizione nei due casi appena enunciati.

Le Carte internazionali dei diritti dell'uomo, soprattutto la CRC del 1989, ratificata dal Marocco nel 1993, hanno indicato i diritti essenziali di cui il bambino deve godere sin dalla nascita. In questo quadro, il Re Hassan II decise, attraverso una lettera indirizzata alla Conferenza nazionale dei diritti dell'infanzia in data 25/5/1994, la creazione di un'istituzione permanente avente come finalità la concretizzazione dell'applicazione degli obiettivi della Convenzione con il contestuale adattamento del suo contenuto ai testi delle leggi esistenti. Questa istituzione è l'Osservatorio nazionale dei diritti dell'infanzia, la cui presidenza è stata affidata a Sua Altezza Reale la Principessa Lala Meryem¹⁹⁴.

5.4. I DIRITTI DELLA DONNA ALLA LUCE DELLA NOVELLATA MOUDAWANA

Il diritto positivo adotta il principio dell'uguaglianza dei diritti politici tra i sessi. La Costituzione del 1962 ha accordato un insieme di diritti e di libertà dei cittadini, che gli emendamenti successivi (1970, 1972, 1992, 1996) hanno confermato "L'uomo e la donna godono di uguali diritti politici". Sono elettori tutti i cittadini dei due sessi che usufruiscono dei diritti civili e politici (art.8). L'articolo 8 della Costituzione sottolinea il principio

¹⁹⁴ Il centro Lalla Meryem riceve i bambini abbandonati dalla nascita fino ai 7 anni. Un'équipe di balie, medici, psicologi ed educatori spende le proprie energie nel tentativo di ridurre le sofferenze di questi bambini cercando di offrire loro le condizioni necessarie al normale sviluppo psico-fisico del bambino. SEDQI BOURHIM J., "*L'enregistrement des naissances <<Droit et Obligation>>*", Rabat. 2004. Atti del seminario regionale « Il nuovo codice di famiglia in Marocco >>, 20/5/2005, CICSENE/Torino.

dell'uguaglianza tra donne e uomini in materia di diritti politici. Il discorso politico tende ad andare nello stesso senso della Costituzione. Tuttavia, la realtà dell'esercizio politico e decisionale attesta la differenza tra testo e la pratica¹⁹⁵. L'ambito politico è rimasto particolarmente chiuso alle donne per decenni. Mentre le donne hanno svolto un ruolo importante ai vari livelli della vita pubblica e partecipato in modo attivo alla vita politica, in particolare nel corso delle diverse elezioni e consultazioni popolari, la loro presenza è rimasta formale a livello del legislativo e dell'esecutivo dove ha conosciuto una progressione lenta. Il Parlamento, per favorire la partecipazione femminile ha introdotto le quote rose (l'elenco nazionale). Così le elezioni del 27 settembre 2002 hanno visto la presenza di un elenco nazionale riservato alla candidatura femminile. I principali fattori che hanno influenzato, ed influenzano, l'evoluzione della condizione femminile in Marocco sono l'accesso all'istruzione, alla pianificazione familiare, al lavoro, e parzialmente all'area politico-istituzionale. Tali fattori hanno modificato la relazione delle donne tra loro, all'interno del loro ambiente e con gli uomini.

Il favore del sovrano e l'impegno del mondo femminile più attivo e preparato, organizzato in vari gruppi e associazioni, fu quello di mostrare che la necessità di una riforma non era più procrastinabile. Le agitazioni interne in Marocco da parte di giovani riformiste delle associazioni femministe che da anni chiedevano cambiamenti e il contesto internazionale che si muoveva, con un impegno sempre maggiore, per la promozione dei diritti umani, spingevano in quella direzione.

Nel marzo 1992 l'Unione dell'Azione femminile lanciò una petizione per un milione di firme. Con questo atto si proponeva una secolarizzazione della questione femminile. Le organizzazioni femministe approfittarono del dibattito in corso sulla riforma delle istituzioni e sulla revisione della Costituzione per portare avanti le loro rivendicazioni: soppressione del

¹⁹⁵ Va ricordato che il manifesto dell'indipendenza, presentato dai nazionalisti nel 1941 non è stato esclusivamente maschile poiché tra i firmatari era presente una donna di nome Malika el Fassi.

tutore matrimoniale, abolizione della preminenza del marito nella coppia, soppressione della poligamia e del ripudio e revisione dello statuto che regolava la successione.

La promulgazione della Muodawana il 4 febbraio 2004 è l'espressione tangibile del mutamento.

Il nuovo codice ha, per la prima volta, adottato il principio di uguaglianza tra i coniugi, prevedendo pari diritti e doveri ed introducendo significative innovazioni. La parità è riconosciuta nella "responsabilità congiunta dei due sposi" mentre nel vecchio Codice di Famiglia era sotto l'unica responsabilità del marito. È stata inoltre eliminata la regola dell'obbedienza al marito da parte della sposa: non esistono più doveri propri della donna o del marito, ma obblighi reciproci che comprendono il dovere di "concertazione" per le decisioni concernenti la famiglia, i figli e dei progetti familiari.

Un'altra espressione di questa uguaglianza è l'abolizione del tutore matrimoniale secondo la *wilaya*¹⁹⁶. Nel testo novellato diventa un diritto facoltativo della donna maggiorenne, che dovrebbe essere padrona delle sue scelte secondo la propria volontà e il libero consenso.

L'età legale del matrimonio è stata modificata nel nuovo codice ed è stata fissata per entrambi i sessi a diciotto anni, prima era diciotto per l'uomo e quindici per la donna.

La poligamia non è stata abolita, ma diviene quasi impossibile da praticare: è sottoposta, infatti, all'autorizzazione preventiva del giudice, che dà il suo consenso in caso di "necessità", l'uomo deve perciò fornire "un'argomentazione oggettiva eccezionale". Il giudice deve assicurare che non esista alcuna presunzione di iniquità tra le spose ed essere sicuro della capacità del marito di trattare la seconda sposa e i suoi figli allo stesso modo della prima oltre a garantire loro le stesse condizioni di vita. Il marito che vuole sposarsi una seconda volta deve avvertire la prima moglie delle sue intenzioni e deve avvisare la seconda del suo stato matrimoniale, sapendo

¹⁹⁶ La *wilaya* è la giurisdizione che determina la rappresentanza legale matrimoniale.

che la prima moglie può invocare le seconde nozze per chiedere il divorzio subito se non è d'accordo. (si vedano artt. 40 e seguenti della novellata Moudawana).

Un'altra novità del codice è che dà alla donna il diritto di condizionare il proprio matrimonio al momento della firma dell'atto matrimoniale, richiedendo l'impegno da parte del marito a non prendere altre mogli in futuro o ponendo altre condizioni che contraddicono i fini del matrimonio.

Per ciò che concerne invece il divorzio nella nuova procedura esso diventa un diritto esercitato dallo sposo e dalla sposa sotto il controllo del giudice (cfr. art.78). Lo statuto di famiglia prevede varie modalità di scioglimento del legame matrimoniale. Il Codice protegge la donna non accettando il ripudio verbale da parte del marito, ma sottomettendolo all'autorizzazione del tribunale. Per non urtare i valori religiosi, il ripudio resta una modalità possibile di separazione, ma assume praticamente la forma di un divorzio giudiziario: è sottoposto all'autorizzazione preliminare del tribunale e non potrà essere convalidato se non dopo il fallimento di una procedura di conciliazione (cfr artt. da 79 a 87). Esso non sarà valido se non dopo che il marito avrà pagato la totalità di ciò che spetta alla donna (il marito dovrà pagare, ad esempio, alla donna gli eventuali arretrati della dote) e il mantenimento dei figli sarà fissato a partire da quote stabilite, che obbligano il padre a mantenere i familiari allo stesso livello di vita che avevano quando vivevano insieme. La donna potrà inoltre conservare, con i suoi figli, il domicilio coniugale, o dovrà vedersi offrire, oltre al mantenimento dei figli, una sistemazione equivalente presso i suoi parenti. Queste modalità applicate a tutte le forme di divorzio, faranno aumentare considerevolmente il costo della separazione per gli uomini.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Zhor Lhor, la prima donna giudice in Marocco, nominata al Tribunale di El Jadida nel 1979 che ha fatto parte della commissione consultiva per la revisione del vecchio Codice, afferma come alcuni uomini, venuti a conoscenza della nuova legge, abbiano cambiato opinione sulla richiesta di poligamia o di ripudio: " Nel 2004 a Casablanca, trenta dossier di ripudio sono stati ritirati da coloro che li avevano depositati evitando così ai bambini di trovarsi per strada". Daif M. e Hamdani H., *Un an après la moudawana à l'épreuve du réel*. Tratto da www.mediterraneas.org

Le nuove disposizioni garantiscono una protezione della sposa dagli abusi del marito attraverso l'esercizio del diritto al divorzio, pronunciato dal giudice su richiesta della donna in caso di maltrattamenti, abbandono senza mezzi di sussistenza, o per la mancanza anche di una sola delle condizioni stipulate nell'atto di matrimonio, per il quale però la donna deve portare delle prove. Il Codice prevede anche il divorzio nel quale la donna chiede all'uomo di ripudiarla, versandogli una compensazione finanziaria corrispondente al rimborso della dote e il divorzio per disunione, grande novità apportata dalla legge, che permette ad una donna di divorziare quasi senza condizioni (cfr. art.102).

Altra innovazione del Codice di famiglia, che mette fine ad una tradizione tribale desueta che favoriva gli eredi maschi nella divisione delle terre ricevute in eredità, è la possibilità data ai nipoti di parte femminile di ereditare beni del nonno materno, alla stregua dei nipoti di parte maschile. Tutte le altre disposizioni in materia ereditaria, espressamente dettate dal Corano, non sono però state cambiate.

Il nuovo Codice, consacrando, il principio della separazione dei beni, introduce la possibilità per i coniugi di accordarsi, in un documento separato all'atto di matrimonio, per definire un quadro per la gestione dei beni acquisiti durante la vita comune. In caso di disaccordo, gli sposi dovrebbero ricorrere al giudice che valuta il contributo di ciascuno dei due coniugi ai beni acquisiti durante il matrimonio (cfr. art. 49).

Per quanto riguarda l'assistenza dei figli, il Codice dà, sia alla ragazza sia al ragazzo, la libertà di scegliere all'età di 15 anni la persona a cui sarà affidata la propria custodia; ciò abolisce il trattamento diseguale tra i sessi, che offriva questa possibilità al ragazzo all'età di 12 anni e alla ragazza all'età di 15 anni (cfr. art.166).

Secondo le nuove disposizioni codicistiche, la custodia dei figli è affidata dal giudice alla madre, poi al padre, in seguito alla nonna materna e, in caso di impedimento, al più adatto fra i parenti del bambino. La protezione del bambino è attestata anche dal diritto della donna di conservare, a certe condizioni, la custodia dei figli anche dopo un suo nuovo matrimonio o il

suo trasloco in una località diversa da quella dell'ex marito. La madre che, per causa volontaria o involontaria, abbia perso la custodia dei figli, può recuperarla dopo la scomparsa della causa, mentre nella vecchia Moudawana la donna perdeva in modo irrevocabile il suo diritto alla custodia dei minori.

Conformemente alla volontà reale di consolidare i fondamenti dello stato di diritto, il Codice di famiglia conferisce un ruolo centrale alla giustizia. A questo proposito esso inserisce come novità l'intervento d'ufficio del Pubblico Ministero in tutte le azioni riguardanti l'applicazione delle disposizioni del Codice di famiglia. La creazione di tribunali per la famiglia e di un fondo di mutua assistenza familiare sono altre misure per permettere l'attuazione del nuovo statuto a tutela dei diritti dei più deboli, in particolare, donne e bambini, e preservare la dignità dell'uomo (il Re ha voluto preservare i diritti dei marocchini di confessione ebraica, mantenendo il Codice Personale ebraico marocchino).

Il nuovo Codice dello statuto personale ha dunque introdotto cambiamenti importanti che riguardano la sfera sociale e familiare così sintetizzabili: 1) libertà nella relazione coniugale che si fonda su una scelta reciproca tra partners; 2) la relazione coniugale si fonda sull'uguaglianza, il consenso, la reciprocità dei diritti e dei doveri; 3) le restrizioni alla poligamia sono anche un rafforzamento della relazione coniugale; 4) il divorzio, per la donna, diviene un diritto; 5) marito e moglie hanno reciproci diritti successori; 6) il riconoscimento dell'autonomia e dell'emancipazioni dei membri della famiglia; 7) si fa strada il concetto di famiglia nucleare lontano dalla logica, cara al diritto tradizionale, di famiglia allargata.

La famiglia, così come emerge dalle riforme della Moudawana, ha configurazioni e funzioni diverse. I suoi limiti e la sua composizione sono vari, come pure l'ambiente socio-politico nel quale sarà sempre più destinata ad inserirsi. Il pieno successo della Moudawana esige, tuttavia, che misure sociali, politiche, educative ed economiche siano adottate in particolare a favore delle donne, dei bambini e delle famiglie svantaggiate.

5.5. “LA PRIMAVERA ARABA”

La cosiddetta “Primavera Araba”¹⁹⁸ è una serie di proteste, scaturitesi a partire dal 2010, nelle regioni del medio oriente e vicino oriente e del nord Africa. I Paesi maggiormente coinvolti dalle sommosse sono l’Algeria, il Baherin, l’Egitto, la Tunisia, lo Yemen, la Giordania, il Gibuti, La Libia e la Siria, mentre incidenti minori sono avvenuti in Mauritania, Arabia Saudita, Oman, Sudan, Somalia, Iraq, Marocco e Kuwait.

Le proteste che hanno colpito paesi riconducibili in vario modo all’universo arabo hanno in comune l’uso di tecniche di resistenza civile, comprendente scioperi, manifestazioni, marce e cortei, così come l’uso di social network come Facebook e Twitter per organizzare, comunicare, divulgare gli eventi a dispetto dei tentativi di repressione statale.

I fattori che hanno portato alle proteste sono numerosi e comprendono, tra le maggiori cause, la corruzione, l’assenza di libertà individuali, la violazione dei diritti umani e le condizioni di vita molto dure, che in molti casi riguardano e rasantano la povertà estrema.

Le proteste sono iniziate il 18 dicembre 2010 in seguito alla protesta estrema del tunisino Mohamed Bouaziz che si è dato fuoco in seguito a maltrattamenti subiti da parte della polizia, il cui gesto è servito da scintilla per l’intero moto di rivolta che ha investito i su menzionati Paesi.

In Tunisia Zine El- Abidine Ben Ali il 14 gennaio, in Egitto Hosni Mubarak l’11 febbraio e il 20 ottobre in Libia Muammar Gheddafi che, dopo una lunga fuga da Tripoli a Sirte, veniva catturato e ucciso dai ribelli¹⁹⁹. I sommovimenti in Tunisia hanno portato il Presidente Ben Ali, alla fine di 12 anni di dittatura, alla fuga in Arabia Saudita. In Egitto, le imponenti proteste

¹⁹⁸ AA.VV.2001, *Il grande tsunami. Guerra di Libia, rivoluzione d’Egitto.*, Limes, Rivista di geopolitica, I

¹⁹⁹ Mubarak si dimette, Cairo in festa. I Poteri passano in mano ai militari. <http://www.adnkronos.com>. In Tunisia vince la rivolta. Bel Ali fugge in Arabia Saudita, poteri al premier Ghannouchi <http://www.ilsole24ore.com>

iniziate il 25 gennaio, dopo 18 giorni di continue dimostrazioni accompagnate da vari episodi di violenza, hanno costretto alle dimissioni, complici anche le pressioni esercitate da Washington, il Presidente Mubarak dopo trentanni di potere.²⁰⁰ Nello stesso periodo il re di Giordania Abdullah attua un rimpasto ministeriale e nomina un nuovo primo ministro, con l'incarico di preparare nuove riforme politiche²⁰¹.

Per quanto più nello specifico, poiché l'attenzione della presente ricerca è rivolta al Marocco, occorre dire al riguardo che le proteste in questo Paese sono nate nel 2011 per la precisione il 20 febbraio giorno in cui migliaia di persone hanno manifestato a Rabat, Casablanca, e in altre città per chiedere riforme democratiche e protestare contro il governo.²⁰²

Le proteste vengono organizzate da gruppi di giovani che mediante facebook lanciano inviti alla dimostrazione. Si chiede un ridimensionamento dei poteri di Mohammed VI e si invocano le dimissioni del governo e modifiche costituzionali. Il 24 febbraio la gente scende in piazza a Casablanca. Prove di dialogo si svolgono a inizio marzo quando un consigliere del re affronta un colloquio con cinque leader sindacali annunciando loro che il sovrano ha deciso di procedere con riforme politiche, economiche e sociali. Il 7 marzo i manifestanti, dopo aver lanciato l'annuncio su facebook, si raccolgono a Rabat, Casablanca e Tangeri per manifestare per l'attuazione di riforme politiche radicali.

Il 9 marzo il Re si rivolge pubblicamente alla nazione promettendo una profonda riforma costituzionale che rinforzi il potere esecutivo del governo. Il Re annuncia che le riforme dovranno essere approvate tramite referendum.

Ma forse non è un azzardo dire che il segno del cambiamento arriva proprio dall'apertura del governo alla tutela dei diritti della donna. Il quotidiano *Avvenire* del 19.2.2012 titola al riguardo "Marocco: la Primavera Araba apre all'aborto".

²⁰⁰ Vittorio Emanuele Parsi: "Alla fine ha vinto Obama". Fonte <https://www.lastampa.it>

²⁰¹ "Re Abdullah di Giordania cambia governo e ordina vere riforme politiche. Fonte <https://www.asianews.it>

La vittoria il 25 novembre 2011 del Partito Giustizia e sviluppo (Pjd), guidato da Abdelilah Benkirane ha sul tema dei diritti della donna segnato una svolta. Mustapha Khalifi, braccio destro di Abdelilah Benkirane, nell'intervista rilasciata al New York Times annunciava l'intenzione del Governo di aprire le maglie alla legge sull'aborto: "dobbiamo iniziare ad occuparci del problema, non lo possiamo più ignorare", sono state le parole di Abdelilah Benkirane. Oggi in Marocco l'aborto è consentito nei casi in cui sia a rischio la salute fisica e mentale della donna, entro sei settimane dal concepimento, ma solo alle donne sposate e con il consenso del marito. È comunque una pratica fortemente stigmatizzata dal senso comune. L'apertura riguarderebbe appunto la possibilità, anche per una donna non sposata, o comunque senza assenso del marito, di abortire in casi estremi, come la violenza sessuale e l'incesto. Anche nel Paese maghrebino dunque le pressioni affinché il diritto all'aborto da parte della donna entri a tutto tondo nella legislazione del Paese sono presenti da tempo.

Chafik Chraïbi, un nome di punta della ginecologia marocchina a cui dà voce il New York Times, è fondatore e direttore di Amlac, associazione per la lotta all'aborto clandestino. Secondo Chraïbi in Marocco vi sarebbero ogni giorno 900 aborti, quindi in un anno qualcosa come 320 mila aborti su una popolazione di 34 milioni di abitanti. Il numero doppio degli aborti di un Paese come l'Italia che di abitanti ne conta 60 milioni

Che questa volontà riformatrice, palesatasi nelle ultime elezioni legislative tenutesi in Marocco, possa essere l'inizio di una nuova epifania in materia di tutela dei diritti della donna in un paese islamico come in Marocco.

È questo l'auspicio di chi ha condotto la presente ricerca.

²⁰² "Marocco, migliaia in piazza chiedono le riforme al Re." Fonte <https://it.europanews.net>

CONCLUSIONI

Giunta al termine di questo lavoro è opportuno esporre alcune considerazioni.

L'Occidente esercita una forte attrazione-repulsione sul mondo musulmano. La tentazione è di adottare totalmente l'Occidente o di rigettarlo totalmente. Ambedue le soluzioni sono errate. Arabi e musulmani devono discernere: attenersi ai grandi principi umanistici dell'Occidente, per ridare all'uomo arabo e musulmano la sua dignità e libertà e rigettare tutto ciò che degrada e avvilito l'Uomo (sia esso donna o uomo) e la sua dignità spirituale, sia che venga dall'islam o dal cristianesimo, dalla modernità o dalla tradizione. Soprattutto, è odioso stabilire una qualunque disuguaglianza tra gli esseri umani (basata sul sesso, o sulla religione, o sullo status sociale, o sulla razza, ecc.) fondandola sulla religione, com'è odioso giustificare la violenza in nome della religione o di Dio. L'islam non è il nemico, nemmeno il cristianesimo, l'ebraismo, o altre religioni lo sono. L'intolleranza e la scomunica dell'altro sono i veri nemici.

In seconda battuta ratificare la CEDAW²⁰³, da parte di molti Paesi arabi, compreso il Marocco, ha significato adottare un linguaggio giuridico universale che permette di essere compreso e accolto da tutti quei Paesi che hanno deciso di aderirvi ivi compresi quelli di religione islamica. In effetti il diritto alla specificità culturale come difesa della propria identità non deve in alcun modo confliggere con la concreta possibilità di tutelare a pieno i diritti della donna poiché è proprio nel momento in cui le norme della CEDAW divengono validamente operanti nelle singole legislazioni nazionali che sorgono le maggiori difficoltà.

²⁰³ Cedaw - Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne: http://www.dirittiumani.donne.aidos.it/bibl_3_attori/a_organ_i_trattati/c_comit_ceda_w.html. Si veda capitolo 3 paragrafo 2 del presente lavoro.

A seguito dell'avvenuta ratifica infatti, nonostante il meccanismo di monitoraggio e supervisione della effettiva implementazione dei principi sanciti nella Convenzione attraverso gli organi preposti, si nota una difficoltà nell'attivare i principi internazionali della Convenzione stessa nelle legislazioni nazionali. La ratifica della CEDAW, come peraltro la ratifica di tutte le Convenzioni, è un vincolo ad adeguare la legislazione nazionale agli obblighi legalmente vincolanti della Convenzione stessa ma è proprio in questa fase che si incontrano le maggiori difficoltà nell'armonizzare tali principi con il proprio diritto interno.

Infatti, nell'analizzare il codice di famiglia del Marocco che ha ratificato la CEDAW nel 1993 tale difficoltà si concretizza con specifico riferimento ai diritti della donna che, se pur maggiormente tutelati dalla novellata *Moudawana*, incontrano non pochi ostacoli di armonizzazione con i principi internazionali di tutela di tali diritti che evidentemente non aderiscono a pieno con la specificità del contesto islamico in cui sono inseriti.

Per ciò che concerne i dettami del Corano sorprende il fatto che i musulmani non abbiano ripensato i testi che considerano rivelati da Dio per adattarli alla situazione e alla cultura di oggi. Tutte le religioni si sono confrontate con questa problematica, non solo l'islam. Come tutte le civiltà devono ripensare regolarmente le loro costituzioni e leggi per salvare la motivazione iniziale esprimendola in concretizzazioni nuove.

L'obiettivo di approdare ad una normativa "comune", universalmente accettata in tema di tutela dei diritti della donna, sembra essere stato raggiunto anche grazie alla ratifica delle copiose Convenzioni internazionali declinate nel presente elaborato, con particolare riferimento alla CEDAW. Adeguare le differenti legislazioni nazionali a tale normativa alla luce delle specificità e diversità culturali di tutti i Paesi in particolar modo quelli islamici, risulta essere ad oggi la sfida per il raggiungimento del pieno rispetto dei diritti di tutte le persone in particolar modo dei diritti della donna.

Recentemente mi ha colpito un articolo letto su un quotidiano che, dato il taglio giornalistico riporta i fatti nella loro attualità senza interpretazioni giurisprudenziali o dottrinali di sorta, ma che ben enucleano il tema dei diritti della donna nel mondo arabo.

Ne riporto il tenore qui di seguito: *“La Rivoluzione viaggia in treno. Si chiama Mariam Al Safar ed è la prima donna a guidare il vagone della metropolitana di Dubai”*.

La lunga lotta per l'emancipazione femminile nel mondo arabo ha da qualche giorno il volto di Mariam Al Safar, prima conduttrice dei vagoni della metropolitana di Dubai. Se vedere una donna maneggiare i comandi nella sotterranea di Londra, Parigi, Milano non fa notizia, negli Emirati Arabi, così come in tutto il Medio Oriente, non era mai successo. Una rivoluzione, insomma, davvero epocale se si considera che nella vicina Arabia Saudita una donna, sorpresa al volante in violazione al divieto di guidare, può essere punita con 12 frustate.

La chiosa al mio percorso di ricerca che si è concluso con la stesura di questo elaborato può senz'altro essere esplicitata e rappresentata dalle parole di Mariam che intervistata rivolge questo messaggio alle donne: *“Spero che tante altre ragazze seguano il mio esempio e dedichino i loro sforzi a perseguire strade e carriere che, sino a poco tempo fa, erano considerate solo maschili. Ognuna deve avere uno scopo nella vita. Il governo del nostro Paese, negli ultimi anni, sta portando avanti un processo per preparare le donne a nuove professioni. E questo ci incoraggia a cambiare la nostra condizione sociale.”*

