

DOCUMENTO 6: *Il Codice di famiglia algerino nella riforma del 2005*¹

L'agitazione politica degli islamici conservatori intorno alla possibile soppressione della tutela matrimoniale e della poligamia (pilastro del diritto musulmano) esprimeva il loro timore di vedere le modificazioni al codice assumere il principio di uguaglianza a spese del riferimento religioso. Un attacco ingiustificato, dato che i redattori della relazione di accompagnamento al progetto di legge hanno tenuto a precisare che "il diritto musulmano, portatore di giustizia e di uguaglianza, è la fonte principale del Codice della famiglia, diritto che si caratterizza per la capacità di adattamento ai mutamenti storici, sociali, culturali ed economici, lasciando aperta la porta all'*ig̣tihād*". L'*ordonnance* si è limitata a riprendere la debole produzione intellettuale e giuridica della Corte Suprema con le decisioni relative a controversie nate dall'interpretazione di alcuni principi di diritto musulmano, come il *hul'*, per l'esercizio del quale non è richiesto l'assenso del marito. Non ci sono grandi cambiamenti nel contenuto del codice. Non c'è stata la rifondazione del testo, ma alcune modificazioni sono tuttavia non trascurabili.

Il principio di uguaglianza, la prevalenza del diritto positivo, le convenzioni internazionali ratificate dall'Algeria, e in particolare la CEDAW, il rispetto della gerarchia delle fonti stabilita nella costituzione (art. 132) non hanno avuto sufficiente impatto sul lavoro dei redattori, che non hanno osato scartare le antiche regole stabilite dai dottori della religione musulmana classica.

L'*ordonnance*, così come adottata, è stata di conforto alla corrente islamica conservatrice, che sogna il ritorno alla pura tradizione. Per tale corrente, la modernità è sinonimo di occidentalizzazione. La libertà della donna è intesa come una via verso la depravazione. Il Corano è brandito per troncare qualsiasi dibattito, anche se in effetti ciò di cui si tratta è il diritto musulmano, opera umana, e per giustificare un'appartenenza alla comunità che non si deve lasciare, né urtare. È la comunità dei musulmani che va preservata, è l'onore della comunità che è in gioco e la donna deve difenderlo. Gli *'ulamā'* algerini si sono sempre pronunciati contro la soppressione del tutore matrimoniale, che protegge e controlla il corpo della figlia, che nessuna impurità deve toccare affinché non siano destabilizzate la famiglia, la tribù o l'intera comunità.

Il principio della gerarchia delle fonti consacrato dalla legge fondamentale è ignorato, o quantomeno diminuito dalla trasposizione pura e semplice del diritto musulmano in materia di statuto personale.

Il movimento femminista è stato intrappolato dall'iniziativa del potere e chiuso in un dibattito senza uscita con gli islamismi. È stato deluso dalle timide modificazioni votate dall'Assemblea, modificazioni respinte da alcune associazioni che restano fedeli alla rivendicazione di sempre, e cioè l'abrogazione del codice della famiglia. Queste associazioni avevano costituito un collettivo chiamato *20 ans barakat*, affinché il codice non festeggiasse i vent'anni nel 2004. Hanno tentato di accettare la sfida, ma la loro campagna, lanciata simultaneamente in Francia e in Algeria, non ha scosso le coscienze di chi poteva decidere, né ha impedito che gli emendamenti fossero adottati tramite *ordonnance*.

¹ Il 14 marzo 2005 l'Assemblea Popolare Nazionale ha adottato l'*ordonnance* che modifica e completa la Legge del 9 giugno 1984 relativa al Codice di famiglia algerino. N. AÏT-ZAÏ, *La difficile emancipazione delle donne in Algeria*, in R. ALUFFI BECK-PECCOZ (cur.), *Persone*, cit., pp. 41-58.

Il principio costituzionale di uguaglianza (art. 29) non è stato considerato come base per fondare i rapporti tra componenti della famiglia. Il legislatore ha preferito introdurre nei rapporti tra i coniugi le nozioni di giustizia e equilibrio. La tutela matrimoniale, la poligamia, il ripudio, che sono un'offesa alla dignità della donna, restano nel nuovo testo. Il principio di uguaglianza ha ispirato tuttavia certe disposizioni relative ai rapporti tra coniugi, alla custodia dei figli e all'attribuzione dell'abitazione. Esamineremo ora le modificazioni introdotte tramite l'*ordonnance* del 25 febbraio 2005 a quaranta articoli del codice della famiglia, chiedendoci come la donna algerina possa essere attrice dello sviluppo se la sua libertà è limitata.

Il matrimonio

Una novità è rappresentata dalla definizione del matrimonio come un contratto consensuale concluso tra un uomo e una donna (art. 4). I redattori dell'*ordonnance* hanno messo l'accento sul consenso nella formazione del matrimonio, che è concluso mediante lo scambio dei consensi dei due sposi (art. 9). Il contratto di matrimonio non è un contratto ordinario, perché crea una famiglia, attribuisce lo status coniugale e il carattere legittimo dei figli.

L'uomo può cumulare, nei limiti posti dalla Legge (*šarī'a*), quattro successivi contratti di matrimonio. Nel matrimonio poligamico uno dei coniugi si trova legato da un precedente matrimonio. La società e il legislatore ammettono ancora questa istituzione, benché in diritto musulmano il matrimonio monogamico rappresenti la regola e quello poligamico l'eccezione. Questo punto di vista non raccoglie ancora l'unanimità tra i politici né tra gli *'ulamā'* che dovrebbero decidere la politica familiare mostrando apertura di spirito e sposando la modernità.

Poligamia

La poligamia è stata sottoposta a nuovi limiti: pur ricordando il principio coranico che permette di prendere quattro mogli, il legislatore si è voluto più severo, sottoponendo la poligamia a nuove restrizioni (art. 8).

Il Presidente del tribunale può autorizzare il nuovo matrimonio se gli risultano il consenso della prima e della seconda moglie. È interessante notare che, diversamente che per la Legge del 1984, il giudice deve accertare che la moglie abbia acconsentito al nuovo matrimonio e che esistano le prove del motivo che giustifica la poligamia. Il marito deve presentare un certificato medico da inserire nel fascicolo che constati la sterilità della moglie o la sua malattia mentale, secondo una circolare del Ministro della giustizia del 1984 diretta agli ufficiali dello stato civile e ai notai. Il giudice dovrà quindi accertare l'attitudine del richiedente a praticare la giustizia tra le mogli e a offrire le condizioni materiali necessarie alla vita coniugale.

Tali restrizioni con fine dissuasivo avrebbero potuto condurre il legislatore a sopprimere l'istituzione della poligamia, che resta peraltro incontrollabile, per consacrare il matrimonio monogamico che è, per il diritto musulmano, la regola. Mantenendo la

poligamia, è legittimo chiedersi come possa essere rispettata la condivisione delle responsabilità introdotta nei rapporti tra i coniugi, nei vari *foyers* del marito. Ci si può altresì chiedere come reagiranno i giudici di fronte ai matrimoni conclusi mediante lettura della *Fātiḥa* che saranno sempre più frequentemente utilizzati per aggirare la procedura richiesta dall'art. 8 della legge. Resta fermo che, prima della consumazione, tale matrimonio potrà essere sciolto se lo sposo non ha ottenuto l'autorizzazione.

Gli elementi costitutivi del matrimonio

1. *La capacità matrimoniale*: I redattori degli emendamenti hanno allineato l'età matrimoniale all'età della capacità di agire, cioè diciannove anni, sia per l'uomo che per la donna. Hanno anche introdotto l'emancipazione del minore per matrimonio.

Il giudice può concedere una dispensa per l'età se ve ne è l'interesse (ad esempio, se la ragazza è incinta) o in caso di necessità. In questo caso, il coniuge minorenni dispensato dall'età matrimoniale acquista la capacità di stare in giudizio per quanto riguarda i diritti e le obbligazioni che sorgono dal contratto di matrimonio (art. 7).

È inteso che il padre non può concludere il matrimonio senza il consenso del figlio. Il consenso personale è necessario (art. 13).

2. *Il certificato medico*: l'*ordonnance* impone ai futuri sposi di presentare al notaio o all'ufficiale dello stato civile un certificato medico, non risalente a più di tre mesi prima, che constati l'assenza di malattia o di fattori che sconsigliano il matrimonio (art. 7 *bis*).

L'esame medico deve precedere di poco la redazione del contratto di matrimonio di fronte al notaio o all'ufficiale dello stato civile, che devono accertare che le parti si siano sottoposte all'esame medico e che abbiano conoscenza delle malattie o fattori di rischio che potrebbero risultare dagli esami e che sconsigliano il matrimonio. Di ciò è fatta menzione nell'atto di matrimonio. Si precisa tuttavia che le condizioni e le modalità di applicazione saranno definite attraverso regolamento.

Sembrerebbe che un risultato sfavorevole dell'esame medico non sia di impedimento al matrimonio. È alla coscienza del malato o al consiglio del medico che è rimessa la decisione di non contrarre matrimonio.

Il segreto assoluto sui risultati non sembra essere preso in considerazione, dato che i fidanzati sono tenuti a darsi comunicazione reciproca degli accertamenti medici. In attesa del regolamento che deve precisare il contenuto del certificato medico da consegnare al notaio o all'ufficiale di stato civile, questi ultimi richiedono il certificato di buona salute.

Il *Conseil de gouvernement* ha adottato un decreto esecutivo il 12 aprile 2005 per fissare le condizioni e le modalità di applicazione dell'articolo 7 *bis* del codice della famiglia.

“Le disposizioni contenute nel presente decreto intendono subordinare la redazione del contratto di matrimonio da parte del notaio o dell'ufficiale di stato civile alla presentazione di un certificato medico da parte dei futuri coniugi. Il rilascio dei documen-

to medico è, da parte sua, condizionato al compimento delle analisi e degli esami medici i cui risultati sono portati a conoscenza dei futuri sposi, riducendo così i rischi di malattie contagiose che possono rappresentare un pericolo per il coniuge o per la discendenza". Si può supporre che l'ufficiale dello stato civile o il notaio possano rifiutare la redazione dell'atto di matrimonio se uno dei due sposi non ha avuto conoscenza del contenuto del certificato medico. Per far questo, devono richiedere l'assenso dell'uno o dell'altro e riportarlo a margine dell'atto di matrimonio.

3. *Il consenso*: il contratto di matrimonio è concluso mediante lo scambio di consensi dei due sposi: ciò, come si detto, costituisce un'altra novità.

È dato rilievo al consenso dei due sposi, e in particolare a quello della sposa (art. 9). Il legislatore ha voluto definire il consenso, che risulta dalla proposta di una parte e dall'accettazione dell'altra, mediante

qualsiasi espressione che indichi il matrimonio secondo il diritto (art. 10). Sono valide la proposta e l'accettazione di chi è impedito nella parola, se espresse mediante qualsiasi scritto o gesto che indichi linguisticamente o nell'uso il matrimonio.

È importante notare che è stata abrogata la disposizione che autorizzava il matrimonio per procura. Le dichiarazioni contrattuali si scambiano direttamente, e non attraverso una persona interposta. Il codice ricorda che nessuna violenza può essere esercitata sul minore posto sotto la tutela matrimoniale del padre o di altri (art. 13). La disposizione è importante come garanzia contro i matrimoni forzati.

Il matrimonio del minore è concluso dal padre, dal parente prossimo o dal giudice nella loro qualità di *walī*.

4. *Ruolo del tutore*: con l'attribuzione di rilevanza al consenso scambiato dai due sposi, non è più il padre o altro tutore a concludere il contratto di matrimonio della figlia maggiorenne, ma è quest'ultima a concluderlo, alla presenza del *walī*, che può essere il padre, un prossimo parente o qualunque altra persona di sua scelta.

La riformulazione dell'art. 11 suscita immediatamente alcuni legittimi interrogativi. Accanto alla capacità matrimoniale, al *ṣadāq*, ai due testimoni, la presenza del *walī*, la cui funzione è mutata, continua a essere richiesta tra le condizioni del contratto di matrimonio (art. 9 *bis*).

Come considerare la presenza del *walī* che non conclude più il contratto di matrimonio? Come quella di un terzo testimone? Ci si può inoltre interrogare sull'ordine gerarchico dei *walī*: si esigerà che la donna maggiorenne sia accompagnata innanzi tutto dal padre, prima di giungere alla persona di sua scelta? E, se il padre rifiuta di essere presente, che cosa esigerà l'ufficiale di stato civile? La donna potrà scegliere liberamente tra il padre, un parente e una persona di sua scelta oppure si lascerà all'ufficiale di stato civile la libertà di interpretare a suo modo questo articolo?

Certamente la presenza del tutore matrimoniale, che si traduce in una firma sui registri dello stato civile al momento della conclusione del contratto di matrimonio, diminuisce la capacità d'agire della donna, mentre l'art. 40 c.c. dispone che "ogni

persona maggiorenne che gode delle proprie facoltà mentali e che non è interdetta è pienamente capace di esercitare i diritti civili. La maggiore età è fissata a 19 anni compiuti”.

5. *La prova del matrimonio*: la prova è utile per i coniugi e perché i figli nati dal matrimonio possano provare la propria natura di figli legittimi. Le disposizioni dello stato civile sono applicabili in materia di procedura di registrazione dell'atto di matrimonio. Se il matrimonio è stato concluso di fronte al notaio, quest'ultimo ha tre giorni per far pervenire all'ufficiale di stato civile la domanda di trascrizione del matrimonio. Il matrimonio è provato attraverso il rilascio di un estratto del registro dello stato civile. In mancanza, è provato per sentenza. La sentenza di accertamento riguarda il matrimonio concluso mediante lettura della *Fātiḥa* che presenta i requisiti del matrimonio ma che non è stato registrato al comune entro i termini previsti. È trascritta a cura del Pubblico ministero.

L'atto di matrimonio è concluso di fronte a un notaio o all'ufficiale dello stato civile, indicato dal legislatore come funzionario abilitato per legge, nel rispetto degli articoli 9 e 9 *bis* del codice, che stabiliscono gli elementi costitutivi del matrimonio. È necessaria una precisazione: per quanto riguarda il *ṣadāq*, esso è fissato prima della consumazione del matrimonio e generalmente al momento della *ḥiṭba*. Se il contratto è concluso di fronte al notaio, il *ṣadāq* deve essere riportato nel contratto (art. 15), sia che il pagamento sia immediato o differito; ma se il matrimonio è concluso di fronte all'ufficiale di stato civile, è più difficile farlo risultare, dato che non ne è fatta menzione nell'atto. In relazione a quest'ipotesi, il legislatore regola l'eventuale contestazione relativa al versamento della dote in diversi modi. In caso di controversia relativa al *ṣadāq* sorta prima della consumazione tra coniugi o i loro eredi, se nessuno può provare le proprie pretese, prevale la moglie, o i suoi eredi, su giuramento. Se la controversia sorge dopo la consumazione, prevale il marito, o i suoi eredi, su giuramento (art. 17).

La conclusione del matrimonio di fronte al notaio rappresenta un modo di proteggere i diritti della donna. Quest'ultima può stipulare, nel contratto di matrimonio o in un atto pubblico successivo, che suo marito non sposterà altre donne, oppure potrà proteggere il proprio diritto al lavoro impegnando il marito a non impedirle di lavorare (art. 19).

6. *Gli impedimenti matrimoniali*: oltre agli impedimenti perpetui classici (parentela, affinità, allattamento), già regolati dal codice del 1984, gli emendamenti hanno introdotto una nuova categoria di impedimenti temporanei (art. 30) in cui rientrano la donna già sposata, la donna in periodo di ritiro legale per divorzio o per morte, la donna ripudiata tre volte dallo stesso marito, due sorelle come spose simultanee e il matrimonio di una musulmana con un non musulmano.

L'art. 31 del codice del 1984 proibiva formalmente il matrimonio di una musulmana con un non musulmano. Il nuovo testo ha attenuato tale proibizione, trasformandola in un impedimento temporaneo, così da suggerire allo sposo di un'altra re-

ligione di convertirsi alla religione islamica. Troviamo la stessa attenuazione nel Codice della cittadinanza, che è stato modificato insieme al Codice della famiglia.

Le modificazioni introdotte sono importanti perché permettono alla donna algerina di trasmettere la propria cittadinanza al figlio, anche quando il padre è straniero e, implicitamente, appartiene a un'altra religione. Il coniuge straniero può pretendere la cittadinanza algerina in vista del matrimonio. Ciò rappresenta un timido passo verso il riconoscimento del matrimonio delle algerine con dei non musulmani.

L'uguaglianza nei rapporti tra i coniugi

Come si è già detto, il principio di uguaglianza è stato, nonostante tutto, preso in considerazione dal legislatore, che ha voluto che i diritti e gli obblighi dei due coniugi siano gli stessi e reciproci.

La preoccupazione di equilibrare i rapporti tra i coniugi ha condotto alla scomparsa della nozione di capo della famiglia e del dovere di obbedienza della moglie nei confronti del marito e della sua famiglia.

Gli obblighi nel matrimonio sono gli stessi per ciascuno dei due coniugi; comprendono la protezione del legame matrimoniale e i doveri della vita comune, la concertazione nella gestione degli affari della famiglia e la protezione congiunta dei figli, la loro sana educazione e il rispetto per i genitori di ciascun coniuge. I coniugi hanno altresì il diritto di visitare i propri genitori e di riceverne visita.

È un peccato che reciprocità e condivisione non siano estese alla potestà sui figli, in modo che essa non sia più un diritto esclusivo del padre ma un diritto condiviso dei due genitori.

Il regime matrimoniale

Nel confermare il principio della separazione dei patrimoni (art. 37), il legislatore ha introdotto la possibilità di optare per il regime di comunione degli acquisti. I coniugi, nell'atto di matrimonio o

con un atto autentico successivo, possono accordarsi sulla comunione dei beni acquistati durante la vita coniugale, fissando la quota che spetta a ciascuno di loro. Ciò permetterà di proteggere il patrimonio acquisito dalla donna durante l'unione. Nella pratica avviene spesso che la moglie, pur avendo contribuito agli acquisti durante il matrimonio, non abbia saputo proteggerli e ne sia stata privata. D'altra parte non ci pensa, sembrandole naturale che un acquisto o la costruzione del bene debbano essere fatti a nome del marito, per la fiducia e l'aiuto reciproci che i coniugi si devono. La realtà tuttavia si impone al momento della rottura del vincolo.

La filiazione

Il codice del 1984 accoglie in materia di filiazione i principi classici. Poche sono le novità introdotte dall'*ordonnance* del 2005.

Il ricorso ai metodi scientifici: il legislatore introduce un nuovo modo per stabilire la filiazione: il ricorso ai metodi scientifici (art. 40). Non è chiaro se tale ricorso possa essere fatto al di fuori del matrimonio. Per il diritto musulmano infatti il riconoscimento del figlio può farsi solo se esiste il matrimonio. Potrebbe tuttavia sostenersi che vi è qui un mezzo offerto alle ragazze madri nei confronti del preteso padre del bambino nato fuori dal matrimonio. L'azione per far dichiarare la paternità non è tuttavia ancora esplicitamente ammessa dalla legge algerina.

Il ricorso all'inseminazione artificiale: il legislatore ha introdotto la possibilità per i due coniugi di ricorrere all'inseminazione artificiale, attribuendo alla coppia il figlio che ne nasce. Il fine di tali disposizioni è di regolare la pratica dell'inseminazione artificiale, che viene ammessa ad alcune condizioni.

Il legislatore permette l'inseminazione artificiale solo nel quadro di un matrimonio legale e nel rispetto di tre condizioni: l'inseminazione deve avvenire con il consenso dei due coniugi e mentre sono in vita; va fatto ricorso agli spermatozoi del marito e all'ovulo della moglie, a esclusione di ogni altra persona; è proibito ricorrere alla madre surrogata. Giovandosi dell'esperienza dei paesi europei e in particolare della Francia che agli artt. 16-17 del c.c. dichiara nulla ogni convenzione avente ad oggetto la gestazione e la procreazione per conto altrui, il legislatore algerino ha regolato con severità il ricorso all'inseminazione, per evitare ogni problema di attribuzione del bambino. Il bambino è considerato legittimo.

Lo scioglimento del matrimonio

La morte di uno dei coniugi e il divorzio (*ṭalāq*) costituiscono i modi di scioglimento del matrimonio e comportano per la moglie l'obbligo di osservare un periodo di ritiro legale di durata di quattro mesi e dieci giorni nel primo caso e di tre mesi nel secondo.

Il divorzio

Il divorzio deve essere pronunciato dal giudice per una delle cause previste per legge. Può derivare dalla volontà dello sposo, dal consenso dei due coniugi e dalla domanda della moglie, nei casi previsti dagli artt. 53 e 54 del codice (art. 48).

Il divorzio che deriva dalla volontà unilaterale è nei fatti il diritto di ripudio di cui dispone il marito, senza necessità di motivarlo. Il diritto positivo algerino ha ripreso la regola dal diritto musulmano classico, spogliandola delle forme tradizionali. In pratica, il Tribunale adito dal marito accerterà semplicemente la volontà di ripudio di quest'ultimo.

Collegato al ripudio è l'istituto del *ḥul'*: anche la moglie ha diritto di divorziare in diritto musulmano. La donna ha diritto di provocare lo scioglimento dietro pagamento di un corrispettivo. Il Codice ha ripreso la regola, affinata dalla Corte Suprema, che ha posto fine a un'interpretazione abusiva da parte dei giudici, che esigevano l'assenso del marito, e ha affermato che l'accoglimento della domanda di *ḥul'* non è più subor-

dinato all'assenso dell'uomo. La Corte Suprema ha così deciso che l'istituzione costituisce un diritto della donna. Il *hul'* è stato reso esplicito e rafforzato dalla legge. Il legislatore precisa che la moglie può determinare lo scioglimento del matrimonio pagando una somma a titolo di *hul'*. In caso di disaccordo sul corrispettivo, il giudice ordina di pagare una somma che non può superare la dote di parità.

Non è inutile ripetere che in diritto musulmano il ripudio è il potere del marito di sciogliere il matrimonio senza motivo. Il *hul'* è il diritto della donna di rompere il vincolo coniugale senza l'assenso del marito. Il legislatore avrebbe dunque potuto modificare le disposizioni dell'art. 48 combinando i diritti dei due coniugi, per affermare che il divorzio può essere richiesto da ciascuno dei coniugi, senza motivo, e contro risarcimento della parte lesa dalla domanda.

I casi di domanda di divorzio riconosciuti alla moglie

Accanto alle cause di divorzio già previste dall'art. 53 del Codice, nuovi casi sono stati introdotti nel 2005. Si tratta di qualsiasi disaccordo persipersistente tra coniugi e della violazione delle clausole inserite nel contratto di matrimonio.

La moglie potrà liberarsi dal rapporto coniugale invocando uno di questi motivi. I due nuovi casi sono stati aggiunti a quelli originariamente previsti dall'art. 58, da sempre considerati restrittivi per il fatto che era difficile provare la causa invocata. Come precisa Salah Bey: "non è un caso che la sentenza di divorzio talvolta dipenda da un'altra sentenza (condanna al pagamento del mantenimento o condanna penale), talvolta sia subordinata a una colpa morale da accertare preventivamente".

Nell'impossibilità di produrre la prova della cattiva condotta del marito, alla moglie non restava che sollecitare lo scioglimento mediante *hul'*. L'aggiunta di questi due casi di divorzio faciliterà l'iniziativa della sposa. D'altra parte è riconosciuto alla sposa che chiede il divorzio sulla base dell'art. 53 di ottenere il risarcimento del danno subito in seguito all'abbandono, al mancato pagamento del mantenimento in seguito a sentenza di condanna, per il rifiuto del marito di condividere il letto della moglie per più di quattro mesi, per l'assenza del marito protratta per più di un anno.