



THE ITALIAN NOTARIES
—BUSANI & PARTNERS—
PROVIDING BEST SOLUTIONS IN A FRAMEWORK OF LEGAL CERTAINTY

A. BUSANI - G. RIDELLA - G.O. MANNELLA - L. CAMPANILE - E. UBOLDI - M. RICCI - S. PERTOLDI

VADEMECUM DI DIRITTO MUSULMANO

PARTE 1 – ISLAM E SUCCESSIONI

PARTE 2 – ISLAM E DIRITTO DI FAMIGLIA

PARTE 3 – ISLAM E DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

PARTE 4 – IL CLIENTE MUSULMANO DEL PROFESSIONISTA ITALIANO

Documento elaborato dalla Commissione Affari Europei e Internazionali
del Consiglio Nazionale del Notariato e approvato il 13 gennaio 2021

Consiglio Nazionale del Notariato

VADEMECUM SUL DIRITTO MUSULMANO

notaio Cinzia Brunelli

(Approvato dalla Commissione Affari Europei e Internazionali il 13.01.2021)

Abstract

Il presente vademecum si propone il solo obiettivo di fornire una *prima informazione* relativa alle implicazioni dell'intervento in atto notarile di un contraente di religione musulmana, sia nel settore del diritto di famiglia, che in quelli del diritto delle successioni e del diritto internazionale privato.

Esula quindi dal presente contesto qualsiasi pretesa di esaustività e completezza di informazione giuridica, che si potrà raggiungere solo con un preciso confronto col Paese di riferimento e con la sua attualità giuridica, nonché con lo studio approfondito del singolo istituto giuridico che interessa, sottolineando come i dettati del Corano siano declinati con diversità di rigore e di interpretazione a seconda del contesto giuridico di applicazione.

Preliminarmente quindi si introduce l'argomento focalizzando l'attenzione sulla relazione fra Stato e Chiesa.

Nel mondo occidentale si è consolidata nel tempo la distinzione tra ambito religioso ed ambito politico-civile, con le due varianti di *sistemi separatisti* (come in Francia, dove è la sola legge statale a regolare il sistema religioso) e *sistemi pattizi* (come in Italia, Germania e Spagna, dove invece le relazioni sono regolate da accordi tra le parti).

Negli Stati tradizionalisti o improntati al fondamentalismo islamico, al contrario, vige una rigorosa **concezione teocratica**: il potere religioso domina sulla sfera civile (società e politica).

L'Islam è infatti molto più di una religione, anzi può essere definita come un organico sistema sociale e politico.

La **legge** è dettata per sempre da Dio nel **Corano**, non è modificabile dall'uomo, costituisce la base della vita giuridica e sociale e su di essa si basa la "Umma" o comunità islamica.

La religione e la strutturazione della vita sociale, in alcuni campi come i diritti della persona, il diritto di famiglia, il diritto successorio, il diritto penale, tendono a identificarsi con la **legge coranica o shari'a**.

E' la legge che il fedele musulmano porta con sé, ovunque si trovi ed alla quale deve obbedire. Diventa quindi del tutto secondario ed irrilevante, per il credente musulmano, il contesto giuridico, sociale, economico, culturale ed anche geografico in cui si trovi a vivere, in quanto la

legge coranica è immanente: con essa il fedele deve “fare i conti” in qualsiasi contesto e vicenda della sua vita.

Diventa quindi importante, per il consulente giuridico quale può essere il notaio, avere contezza dell'appartenenza o meno del cliente alla religione musulmana, al fine di:

- fornire un consiglio giuridico ed informazioni compiute, che tengano conto delle inderogabili regole che discendono dalla fede musulmana
- consentire al musulmano la facoltà di scelta consapevole tra l'osservanza delle regole dettate dal diritto civile nel cui contesto ci si trovi ad operare e delle regole discendenti dalla legge coranica, non sempre tra loro compatibili
- conciliare, nei limiti del possibile, i precetti fondamentali della legge coranica, con l'ordinamento giuridico nel quale ci si trovi ad operare, per le profonde diversità di modelli giuridici quali quello laico-occidentale e quello islamico-teocratico.

Ad esempio, le norme strutturali di fondo del diritto di famiglia e del diritto penale islamico contrastano con i principi di fondo dell'ordinamento italiano, il che comporta l'insorgenza di ostacoli anche per eventuali intese con lo Stato italiano (si pensi, ad esempio, alla inconciliabile distanza fra un sistema giuridico occidentale e la poligamia, o alla possibile esistenza di matrimoni senza effetti civili, o ancora al sistema bancario occidentale basato sul prestito ad interesse, vietato dalla morale islamica, ecc.)

Non bisogna però nemmeno dimenticare che se il Corano è il testo sacro di riferimento condiviso da tutti gli appartenenti alla religione musulmana, la sua concreta applicazione viene declinata in modo più o meno rigoroso a seconda dei diversi Paesi. Molto varia ed articolata è infatti la gamma di formule secondo cui l'Islam interagisce con la vita sociale, passando da forme integraliste (Iran, Afghanistan, Nigeria, Sudan) a forme più moderate di Stati islamici modernizzati (come ad esempio la Tunisia che, tra l'altro, ha abolito la poligamia).

Il presente vademecum, privo, come detto, di qualsiasi pretesa di esaustività, è finalizzato soltanto a fornire pillole di conoscenza su alcuni dei precetti fondamentali del diritto musulmano, affinché ci si abitui a indagare non solo sullo stato civile del cliente, ma anche sulla sua fede religiosa, onde evitare di applicare in modo pedissequo le norme del nostro ordinamento interno e vedere, poi, il cliente dover fare i conti al cospetto dell'autorità religiosa o anche solo della sua coscienza religiosa: laddove si tratti di un soggetto musulmano, è auspicabile ricorrere all'ausilio delle relazioni internazionali con un collega di riferimento, al fine sia di individuare i limiti di derogabilità o meno dei precetti coranici che trovano applicazione nel caso specifico, sia di studiare un *modus operandi* che preservi possibilmente anche i precetti della fede islamica.

PARTE I - ISLAM E SUCCESSIONI

CATEGORIE DI SUCCESSIBILI

Esistono **due assi ereditari**: uno maschile e uno femminile, con privilegio della linea maschile. Solo nel diritto tunisino l'eredità è parificata.

La logica che regola le successioni *mortis causa* attribuisce rilevanza, nell'ordine, ai seguenti elementi:

- 1) grado di parentela
- 2) l'erede più vicino riceve più di quello lontano
- 3) posizione nella generazione: l'erede *più giovane* riceve più del vecchio (a una speranza di vita lunga corrispondono maggiori oneri)

Gli **EREDI sono soddisfatti nel seguente ordine:**

1. **Eredi coranici** hanno diritto ad una quota fissa (coniuge, genitori, nonno paterno e ogni ascendente maschio collegato al defunto per via maschile, ava paterna o materna, la figlia, la nipote *ex filia*, la nipote *ex filio*, la sorella germana, la sorella consanguinea, il fratello uterino, la sorella uterina)
2. **Eredi *ùsabah*** sono i parenti prossimi del marito: ricevono quanto residua da eredi coranici. Se non è presente questa categoria di successibili, le loro quote si accrescono agli eredi coranici (tranne il coniuge).
3. **Parenti per linea femminile** che non rientrano nei gruppi precedenti
4. **Legatari**
5. **Erario**

Gli **AGNATI** sono i *parenti in linea maschile* uniti da legami di parentela da parte dei maschi, ossia dei discendenti dello stesso padre, tenendo conto della sola linea maschile.

TIPOLOGIE DI SUCCESSIONE

In linea generale, nel mondo musulmano la successione è prevista e disciplinata come **successione legittima**, secondo le precise e complesse regole dettate dal Corano:

- la successione non richiede accettazione
- l'acquisto avviene di diritto
- non è prevista la rinuncia

- il testamento trova riconoscimento solo come ipotesi meramente residuale.

Il legato non può superare 1/3 del patrimonio, né deve avere come beneficiario un erede, salvo l'espresso consenso di tutti gli altri.

La moglie non musulmana non ha diritti successori nei confronti del marito. Tuttavia, con una disposizione testamentaria, il marito può destinare alla moglie non musulmana (che diventa così legataria) una quota sino a 1/3 del patrimonio.¹

Sul sito "Il Messaggero dell'Islam online", pubblicato dal Centro islamico di Milano e Lombardia, nel numero 204 del 2017 si rinviene una sintesi delle principali regole del diritto islamico in tema di eredità: <http://centroislamico.it/pdf/204.pdf>

E' possibile la nomina di un esecutore testamentario (per ripartire l'eredità o rappresentare gli eredi minori o assenti).

Regole

Sono cause ostative alla successione *mortis causa*:

¹ In materia di libertà testamentaria del musulmano e diritti del coniuge superstite è di particolare interesse la **sentenza emessa dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo in data sentenza 19/12/2018 (caso Molla Sali c/ Grecia)**.

Con la suddetta sentenza, la Corte europea ha condannato la Grecia per aver violato il divieto di discriminazione sancito dall'art. 14 della CEDU (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) in combinato disposto con l'art. 1 del protocollo n. 1 (protezione della proprietà).

La decisione prende le mosse dal seguente caso. Una cittadina greca, sposata con un membro della comunità musulmana della Tracia, era beneficiaria, per testamento del marito, redatto da un notaio secondo le norme del diritto greco, dell'intero patrimonio del coniuge.

Le due sorelle del *de cuius* sostenevano la contrarietà del testamento con le norme della shari'a, vigenti per quella comunità (secondo cui alla moglie spetta ¼ dei beni del marito o 1/8 se vi sono figli).

Il Tribunale di primo grado e la Corte di appello greca avevano concordemente sancito trattarsi di una discriminazione inaccettabile, fondata su convinzioni religiose.

La Corte di Cassazione ribalta il verdetto: il diritto successorio musulmano è parte integrante del diritto interno e si applica ai cittadini greci di confessione musulmana, quindi il testamento del cittadino greco di confessione musulmana, redatto davanti a un notaio, non ha alcun effetto giuridico, in quanto la shari'a riconosce unicamente la successione *ab intestato*.

La Corte di Strasburgo dà invece ragione alla ricorrente: l'applicazione della shari'a è una discriminazione ingiustificata incompatibile con art. 14 CEDU, che è strettamente legato al godimento di diritti e libertà. L'interesse della ricorrente a succedere al marito è sufficientemente importante e legittimo per costituire un «bene» ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1. Lo Stato non può assumere un ruolo di garanzia dell'identità minoritaria di un gruppo specifico a discapito del diritto dei membri di questo gruppo di scegliere se appartenere o meno ad esso, ovvero se seguire o meno i costumi e le norme di questo. Ogni cittadino deve mantenere il diritto all'autodeterminazione; nessuno svantaggio può derivare dalla sola circostanza di appartenere ad una minoranza. La preclusione, per i soli appartenenti alla comunità musulmana, di poter optare per una legge diversa dalla sharia, costituisce non solo una discriminazione, ma anche una violazione di un principio di importanza fondamentale nell'ambito della protezione delle minoranze, in quanto impedisce l'esercizio del diritto di non essere trattato, appunto, come minoranza.

La decisione della Corte di Strasburgo assume una valenza di particolare rilievo, in quanto individua le linee-guida per una serie indeterminata di casi analoghi, linee guida dalle quali è possibile desumere anche quelle che più interessano l'attività notarile:

- in caso di contrasto tra norma interna e quella della CEDU, il notaio è tenuto ad applicare la prima con una sua interpretazione conforme alla Convenzione;

- ove ciò non sia possibile, il notaio ha il dovere di informare il cliente sugli strumenti a disposizione per conseguire in via giudiziaria la tutela di quei valori che, anche attraverso la CEDU e la sua Corte, il nostro ordinamento gli riconosce.

- la differenza di fede: un musulmano non può ereditare da un non musulmano e viceversa
- l'aver provocato la morte del de cuius.

Sotto il profilo della **quantificazione dell'asse ereditario**, all'apertura della successione si segue il seguente procedimento:

1. **deduzione dal patrimonio** della somma necessaria al pagamento dei debiti e delle spese funerarie. se i debiti sono pari o superiori al valore dell'attivo, esso viene distribuito interamente tra creditori
2. la differenza costituisce l'asse ereditario.
3. il maschio riceve il doppio rispetto alla femmina (obblighi economici del marito eccedono quelli della donna)
4. l'agnato più prossimo esclude il più remoto
5. non opera la rappresentazione

PARTE II - ISLAM E DIRITTO DI FAMIGLIA

Il diritto islamico classico riconosce e tutela solo la **famiglia legittima**, basata su un vincolo di sangue, fondata sulla discendenza maschile, all'interno della quale l'uomo gode di potestà matrimoniale e genitoriale, da cui deriva il diritto di correzione rispetto alla moglie ed ai figli, secondo regole strettamente patriarcali.

Nella shari'a (la legge religiosa islamica) il **matrimonio** non è un sacramento, ma è

- un contratto bilaterale, di diritto civile, consensuale, formale
- monoandrico e poliginico
- preparato da due «notai» ('adul)
- firmato dagli sposi (*ma non personalmente dalla sposa!*)
- con la presenza di due testimoni
- non è necessaria una celebrazione pubblica
- è soggetto a trascrizione in un apposito registro tenuto in tribunale
- si **perfeziona** con lo scambio dei consensi, tranne in alcuni Paesi nei quali si perfeziona nel momento della consumazione (assimilata alla presa di possesso dei contratti reali).

La donna manifesta il suo consenso attraverso un tutore matrimoniale musulmano, chiamato wali (che può essere il padre, un parente prossimo maschio o un giudice). Il matrimonio imposto dal padre, che decide a sua discrezione (*jabr*), esiste ancora in taluni paesi ad eccezione di Marocco, Tunisia, Algeria, nei quali è per lo più abolito.

Elementi essenziali per la validità del contratto di matrimonio sono:

- 1. consenso
- 2. consumazione

- 3. dote: somma versata dal marito alla moglie, che ne può liberamente disporre.

Condizioni apponibili al contratto matrimoniale o con accordi separati anche successivi:

- impegno del marito alla monogamia
- impegno del marito a non trasferire il domicilio coniugale fuori dalla città di origine
- permesso alla moglie di esercitare una professione o partecipare alla vita pubblica, rispetto religioso).

La violazione dà diritto alla moglie al risarcimento dei danni (quasi mai al divorzio).

RAPPORTI PERSONALI TRA CONIUGI

Il **Corano** recita: «*Gli uomini sono preposti alle donne, perché Dio ha prescelto alcuni esseri sugli altri e perché essi donano dei loro beni per mantenerle; le donne devote sono dunque devote a Dio e sollecite della propria castità, così come Dio è stato sollecito di loro; quanto a quelle di cui temete atti di disobbedienza, ammonitele, poi lasciatele sole nei loro letti, poi battetele; ma se vi ubbidiranno, allora non cercate pretesti per maltrattarle; chè Iddio è grande e sublime*» (IV, 34).

Diritti del marito: al marito spettano i diritti di autorità maritale e di avere rapporti sessuali leciti. La donna è soggetta alla direzione del marito, il quale ha potere correzionale, diritto di decidere se e quali persone la moglie potrà frequentare al di fuori dei parenti stretti; diritto alla fedeltà.

Doveri del marito: il marito ha l'obbligo di pagare la dote, di consumare il matrimonio, di mantenimento della moglie (inteso come comprensivo di cibo, vestiario, alloggio) secondo le effettive disponibilità economiche e solo dopo che il matrimonio sia stato consumato, di coabitazione, il dovere di essere equo e trattare allo stesso modo ognuna delle sue mogli, anche sotto il profilo della soddisfazione sessuale.

Nulla è previsto riguardo alla fedeltà del marito.....

Diritti della sposa: la sposa ha il diritto al donativo nuziale obbligatorio ed al mantenimento (anche se personalmente ricca), il diritto all'uguaglianza di trattamento con le altre spose, il diritto di essere autorizzata a rendere visita ai suoi genitori e riceverli, la libertà di disporre del suo patrimonio personale.

Doveri della sposa: la sposa deve:

- obbedienza al marito e rispetto della potestà,
- abitare col marito
- concedersi al marito, salvo perdere alimenti o risoluzione del vincolo coniugale,
- seguirlo ovunque egli voglia trasferire la dimora (salvo contrarie clausole del contratto matrimoniale),
- non uscire dal domicilio coniugale senza il suo consenso,
- non mostrarsi in pubblico senza velo,

- non ricevere estranei in casa salvo parenti stretti con cui è vietato il matrimonio e fanciulli impuberi (fino a 7 anni),
- non lavorare fuori dalle mura domestiche senza il consenso del marito.

RAPPORTI PATRIMONIALI TRA CONIUGI

Il matrimonio islamico prevede il **regime inderogabile di netta separazione dei beni**: ognuno dei coniugi conserva la proprietà e la disponibilità dei beni che possedeva al momento del matrimonio e di quelli che acquista in seguito.

E' esclusa invece la possibilità di scegliere il regime della comunione dei beni.

Salvo poche eccezioni, la donna sposata ha la **libera amministrazione** del proprio patrimonio (comprensivo della dote) e può disporre come crede, senza che occorra l'autorizzazione del marito.

IL MATRIMONIO²

Il matrimonio crea un vincolo ereditario: finché sussiste il vincolo nuziale, il coniuge superstite è annoverato tra gli eredi legittimi, salvo i seguenti casi di:

- moglie *non* musulmana
- matrimonio dichiarato nullo
- matrimonio divenuto irrevocabile per spirare del termine del ritiro legale.

La **POLIGAMIA³**, intesa come pratica che consente a maschi e femmine di sposare un numero illimitato di coniugi contemporaneamente, è un istituto che si concretizza in due possibili diverse modalità:

- ❖ la **poliginia** che consente al solo uomo di avere più di una moglie.
- ❖ la **poliandria** in cui una donna può sposare più di un uomo.

NELL'ISLAM il matrimonio è un **contratto** privato, **monoandrico e poliginico**: è vietata la poliandria, mentre è consentito al solo uomo di avere più di una moglie, fino a un massimo di quattro (Corano 4,3) l'una a distanza dall'altra, mogli che devono essere trattate in modo uguale.

² Indipendentemente dalle regole vigenti nel mondo musulmano, nel nostro diritto interno italiano trovano invece applicazione le regole del nostro ordinamento. Così la Suprema Corte ha avuto più volte occasione di pronunciarsi sul matrimonio di cittadini italiani contratto all'estero. Si ricorda **Cass. Civ. Sez I, 02/03/1999, n. 1739**: nel regime anteriore all'entrata in vigore della legge 31/5/1995 n. 218 (Riforma del diritto internazionale privato) il matrimonio celebrato da cittadini italiani all'estero, secondo le forme ivi stabilite, qualora sussistano i requisiti sostanziali previsti dal nostro ordinamento relativamente allo stato e capacità delle persone, è immediatamente valido e rilevante anche in Italia, senza che rilevi, in senso contrario, il fatto che quel matrimonio, secondo l'ordinamento nel quale è contratto, presenti caratteristiche contrarie all'ordine pubblico interno e al buon costume (quali la poligamia e il ripudio).

³ **Cass. civ. Sez. VI, - 1, Ordinanza 28/02/2013, n. 4984**: in tema di ricongiungimento familiare del cittadino straniero, il divieto di cui all'art. 29, comma 1 ter, del D. lgs. n. 286/1998, con riguardo alle richieste proposte a favore del coniuge di un cittadino straniero, già regolarmente soggiornante, con altro coniuge in Italia, opera oggettivamente a prescindere dalle qualità soggettive del richiedente, mirando ad evitare l'insorgenza, nel nostro ordinamento, di una condizione di poligamia, contraria all'ordine pubblico anche costituzionale.

Il Corano così recita: «*E se temete di essere ingiusti nei confronti degli orfani, sposate allora due o tre o quattro tra le donne che vi piacciono; ma se temete di essere ingiusti, allora sia una sola o le ancelle che le vostre destre possiedono, ciò è più atto ad evitare di essere ingiusti*» (IV, 3).

Poiché per ogni donna sposata l'uomo deve essere in grado di pagare la dote, senza intaccare i diritti matrimoniali delle precedenti mogli, l'esercizio di tale facoltà è correlata alle condizioni economiche.

La poligamia è prevista in tutti i codici, ad eccezione di alcuni paesi dove è abolita (Turchia nel 1926, Albania, Tunisia) o di altri dove invece sono introdotte notevoli restrizioni (Egitto, Siria, Iraq, Algeria).

Le soluzioni adottate per scoraggiare la poligamia sono:

- a) riconoscere alla donna la facoltà di inserire, nel contratto matrimoniale, la clausola che escluda un nuovo matrimonio, salvo riconoscerle il diritto di chiedere il divorzio, conservando la dote (Giordania, Marocco)
- b) riconoscere alla donna il diritto di chiedere il divorzio (Algeria)
- c) subordinare la possibilità del marito di sposare un'altra donna all'adempimento di determinate condizioni che un giudice dovrà valutare (Siria, Iraq, Libia)

E' vietato il matrimonio contemporaneamente con due mogli imparentate tra loro.

L'uomo musulmano può sposare una donna musulmana o una donna del Libro (cristiana o ebrea)

La donna non musulmana che sposa un musulmano non ha alcun obbligo di conversione all'Islam, in quanto il diritto musulmano le consente di continuare a professare la sua religione.

La donna musulmana non può sposare un uomo appartenente ad altre religioni o un miscredente, a pena di nullità del matrimonio, salvo il caso in cui l'uomo sia disposto a sottoscrivere la dichiarazione di fede islamica.

Non è ammesso il matrimonio con pagani.

Si tratta di regole presenti non ovunque: sono in vigore in alcuni paesi (Algeria, Marocco ed Egitto), mentre in altri come la Tunisia, ad esempio, il codice civile tace, ma i matrimoni misti sono accettati solo se fatti all'estero.

Il matrimonio concluso in Italia (*ovviamente solo davanti all'ufficiale di stato civile!*) è in genere riconosciuto nel mondo arabo. Fa eccezione il Marocco, che non riconosce i matrimoni contratti da un cittadino all'estero, siano essi misti o tra due musulmani, salvo regolarizzazione.

Il matrimonio tra una musulmana e un non musulmano non sarà mai riconosciuto nel paese d'origine, se in esso vige una legislazione basata sui principi dell'Islam.

Costituiscono elementi di validità per l'ordinamento marocchino di un **matrimonio** celebrato in Italia:

- la presenza di due testimoni musulmani
- la certificazione (anteriore al matrimonio) della conversione dello sposo all'Islam
- la sottoscrizione della dote
- l'assenza di impedimenti matrimoniali

Il **ripudio**⁴, abolito in Algeria e Tunisia, è invece previsto nella gran parte degli ordinamenti giuridici arabo-islamici, prevedendo la possibilità riservata all'uomo di sciogliere il matrimonio con un atto

⁴ Proprio in tema di ripudio unilaterale pronunciato da un'autorità religiosa (il tribunale sciaraitico palestinese), si è pronunciata la I sezione civile della **Corte di Cassazione**, con **sentenza in data 7 agosto 2020, n. 16804**. Si tratta di un giudizio tra due coniugi legati da matrimonio contratto in Palestina ed aventi doppia nazionalità (italiana e giordana), promosso dalla moglie, al fine di sentire ordinare la cancellazione della trascrizione, nei registri dello stato civile italiano, della sentenza non definitiva emessa, dal tribunale sciaraitico di Nablus Occidentale, in Palestina, in sua assenza, di scioglimento del matrimonio sciaraitico celebrato nel 1992 ed in relazione al quale il marito aveva esercitato il c.d. ripudio unilaterale.

La Corte di appello di Roma, con sentenza n. 7464/2016, accogliendo il ricorso della moglie, aveva dichiarato che, sia la sentenza non definitiva del tribunale palestinese pronunciata nel luglio 2012, che poi quella successiva definitiva di novembre 2012, non avevano i requisiti di legge per il riconoscimento della loro efficacia in Italia, ordinando così la cancellazione della trascrizione effettuata a margine dell'atto di matrimonio.

Il marito ha proposto ricorso per Cassazione contro la suddetta decisione di Corte di appello.

Con ordinanza interlocutoria n. 6161/2019, la Suprema Corte aveva rinviato la causa a nuovo ruolo, disponendo l'acquisizione, tramite il Ministero della Giustizia, di informativa sulla legge processuale straniera (palestinese nel caso specifico) applicabile al divorzio.

La decisione della Suprema Corte, che è anche l'occasione di una completa ed interessante ricognizione sullo stato della giurisprudenza di merito e di legittimità circa il riconoscimento in Italia del ripudio islamico, è nel senso di rigettare il ricorso proposto dal marito contro la decisione della Corte di appello, sulla base di una serie di motivazioni, che hanno portato alla fissazione del seguente **principio di diritto**: *"Una decisione di ripudio emanata all'estero da un'autorità religiosa (nella specie tribunale sciaraitico), seppure equiparabile, secondo la legge straniera, ad una sentenza del giudice statale, non può essere riconosciuta all'interno dell'ordinamento giuridico statale italiano a causa della violazione dei principi giuridici applicabili nel foro, sotto il duplice profilo dell'ordine pubblico sostanziale (violazione del principio di non discriminazione tra uomo e donna; discriminazione di genere) e dell'ordine pubblico processuale (mancanza di parità difensiva e mancanza di un procedimento effettivo svolto nel contraddittorio reale)".*

La Suprema Corte ha avuto modo di giungere alla suddetta conclusione dopo avere comunque accertato, attraverso le informative ricevute, che la pronuncia del tribunale sciaraitico in esame proviene da un **tribunale religioso**, al quale sono rimesse le "questioni fra musulmani", ed è riconosciuta dallo Stato di provenienza, trattandosi di tribunali inglobati nella compagine statale ed autorizzati dallo Stato all'esercizio di funzioni giurisdizionali in determinate materie, quali lo statuto della famiglia.

Le motivazioni che sono alla base della decisione della Suprema Corte possono così sintetizzarsi:

- la compatibilità con il **principio di ordine pubblico**, ai sensi della legge n. 218/1995, va identificato non tanto e non solo con il cd. ordine pubblico interno (ossia con qualsiasi norma imperativa dell'ordinamento civile), "bensì con quello di ordine pubblico internazionale, costituito dai principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico in un determinato periodo storico", rinviando sul punto anche a Cass. N. 17349/2002 e, da ultimo a Cass. S.U. n. 12913/2019);
- "nel concetto di ordine pubblico rientrano il principio di uguaglianza ed il divieto di discriminazione tra i sessi, nonché il diritto di difesa ed il principio per il quale il matrimonio può sciogliersi solamente al ricorrere del presupposto dell'accertamento del disfacimento della comunione di vita familiare e nella specie tali principi non risultano rispettati";
- sotto il profilo civilistico la decisione richiama gli artt. 2, 3 e 29 della Costituzione, l'art. 14 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (divieto di discriminazione), l'art. 5, settimo protocollo addizionale della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo (uguaglianza degli sposi), l'art. 16 della Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, ratificata dall'Italia nel 1985;
- sotto il profilo processuale la decisione trova fondamento negli artt. 111 Costituzione e 6 della CEDU, che prescrive l'esigenza di un processo equo ed in condizioni di parità sostanziale e processuale tra le parti, oltre a sottolineare come, nel caso in esame, non risulti rispettato il diritto di difesa della moglie, né vi sia garanzia di effettività del contraddittorio.

Si rinvia per ulteriori commenti sul caso in esame, alla rubrica *"Il Cannocchiale sull'internazionale"* CNN Notizie n. 150 del 7 agosto 2020 e CNN Notizie n. 160 del 4 settembre 2020.

unilaterale di volontà, non recettizio, che può essere perfezionato anche senza che la moglie ne sia a conoscenza.

E' generalmente ammessa la clausola del contratto matrimoniale che consenta alla sposa la facoltà di richiedere il ripudio.

Il divorzio⁵. Nel codice marocchino, la donna può chiedere il divorzio giudiziale per mancato mantenimento, malattie non dichiarate, sevizie fisiche, abbandono del tetto coniugale.

Nel codice algerino è previsto il divorzio consensuale o per iniziativa del marito. La donna può chiederlo per grave comportamento immorale del marito.

Nel codice tunisino è prevista l'uguaglianza tra uomo e donna riguardo al divorzio.

L'apostasia è un'altra possibilità di dissoluzione del matrimonio. In alcuni paesi determina la perdita di tutti i diritti civili e implica talora anche sanzioni penali.

Nel codice marocchino il matrimonio diventa nullo se uno dei due coniugi abbandona la religione islamica.

L'**omosessualità** è un **delitto** sia tra uomini che tra donne, punito, a seconda dei casi, talora con cento frustate, talora con la morte.

LA FILIAZIONE

Il **padre** ha il potere assoluto sui figli, è responsabile ultimo della loro educazione⁶, ne ha la **rappresentanza legale**. Il mantenimento grava interamente sul marito.

Alla madre spetta la cura e la custodia domestica del bambino fino a 5-6 anni. Solo se è musulmana può occuparsi dei figli, sotto la direzione del padre e comunque solo fino alla maggiore età.

In caso di ripudio i figli sono affidati al padre.

I figli nati da un matrimonio misto devono diventare musulmani.

Obblighi dei figli: i figli devono assoluta obbedienza ai genitori, che però hanno l'obbligo del mantenimento.

Nel diritto marocchino, i figli in grado di lavorare hanno il dovere di supportare la famiglia.

⁵ **Corte di giustizia dell'Unione europea Sez. I, Sent. 20/12/2017, n. 372/16:** (Soha Sahyouni c./ Raja Mamisch): la nozione di divorzio di cui al Regolamento UE n. 2201/2003 ricomprende unicamente i divorzi pronunciati da un'autorità giurisdizionale statale, da un'autorità pubblica o con il suo controllo. Di conseguenza la dichiarazione unilaterale di divorzio resa da uno dei coniugi dinanzi a un tribunale religioso non ricade nella sfera di applicazione *ratione materiae* di detto regolamento.

⁶In tema di responsabilità dell'educazione dei figli, si ricorda la sentenza della **Cass. civ. in data 27/02/1985, n. 1714**: che si è pronunciata in tema di separazione tra coniugi di diversa religione (nella specie la moglie cattolica ed il marito musulmano): il credo professato non rientra tra le componenti del giudizio sulla attitudine a curare convenientemente l'interesse della prole, pur se, una volta scelto l'affidatario, astraendo dalla sua professione religiosa, le decisioni relative al se e come orientare l'educazione religiosa dei figli devono essere adottate da entrambi i genitori (salva, nel caso di persistente contrasto, l'attribuzione della scelta ad uno di essi da parte del giudice).

L'**adozione** è espressamente vietata dal Corano (33, 4-5) perché rescinde i legami tra il minore abbandonato e la famiglia di origine. Solo in Tunisia è ammessa per legge.

Esiste tuttavia la **kafala**⁷, ossia il contratto fra i genitori e una terza famiglia, che si impegna a mantenere il bambino, senza che i genitori debbano rimborsare le spese.

⁷ Tra le numerose sentenze in materia di kafala, si ricordano le seguenti.

Cass. civ. Sez. I, Sent. 04/11/2005, n. 21395: i soggetti che abbiano in custodia in Italia un minore cittadino marocchino in base all'istituto della kafala, non sono legittimati a proporre opposizione avverso la dichiarazione dello stato di adottabilità pronunciata dal tribunale per i minorenni.

Cass. civ. Sez. I, Sentenza 20/03/2008, n. 7472 Ministero degli Esteri c. C.A.: la kafala costituisce l'unico istituto di protezione previsto dagli ordinamenti islamici nei confronti dei minori orfani, illegittimi o abbandonati. Può fungere da presupposto per il ricongiungimento familiare.

Cass. civ. Sez. I, Sentenza 02/02/2015, n. 1843: l'istituto della kafala negoziale, quando sia assoggettata ad un controllo da parte della pubblica autorità sulla sua conformità all'interesse superiore del minore, non contrasta con l'ordine pubblico italiano.

Cass. civ. Sez. I, Sentenza 23/09/2011, n. 19450: è inammissibile la domanda ex artt. 66 e 67 della legge 31/5/1995, n. 218, di riconoscimento in Italia del provvedimento di affidamento in kafala di un minore in stato di abbandono, ad una coppia di coniugi italiani, emessa in Marocco dal Tribunale di prima istanza di Casablanca, in quanto l'inserimento di un minore straniero, in una famiglia italiana, può avvenire esclusivamente in applicazione della disciplina dell'adozione internazionale.

Cass. civ. Sez. Unite, sentenza 16/09/2013, n. 21108 -M.S. c. Consolato Generale d'Italia in Casablanca. Nell'ambito del diritto internazionale, l'istituto della kafala, tipico del diritto musulmano, si fonda sul divieto coranico dell'adozione: in ossequio al precetto che obbliga ogni buon musulmano ad aiutare i bisognosi ed in particolare gli orfani, la kafala consente ad una coppia di coniugi o anche a una persona singola, di custodire ed assistere minori orfani o abbandonati con l'impegno di mantenerli, educarli ed istruirli come se fossero figli propri fino al raggiungimento della maggiore età. L'affidato non entra a far parte, giuridicamente, della famiglia che lo accoglie e all'affidatario non sono riconosciuti poteri di rappresentanza o di tutela che rimangono invece attribuiti alle pubbliche autorità competenti. La kafala è disciplinata in maniera più o meno dettagliata e diversificata nei vari Paesi islamici; nella maggior parte di essi sono previsti una dichiarazione di abbandono, l'accertamento dell'idoneità dell'aspirante affidatario ed un provvedimento emesso all'esito di procedura giudiziaria. Si tratta della c.d. kafala pubblicistica, anche se vi è la possibilità, nella pratica poco utilizzata, che l'affidamento in kafala sia l'effetto di un accordo tra affidanti ed affidatari, siglato innanzi al giudice o al notaio, ed omologato da un'autorità giurisdizionale.

La Suprema Corte sottolinea come, in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali volti all'attuazione del diritto all'unità familiare e riguardanti i minori (come il ricongiungimento del minore extracomunitario al cittadino italiano), deve prendersi in considerazione, con carattere di priorità, l'interesse primario del fanciullo, conformemente a quanto previsto dall'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo, resa esecutiva con la legge n. 176 del 1991.

La disciplina del ricongiungimento del minore extracomunitario al cittadino italiano al quale sia affidato in kafala si rinvia esclusivamente nel D.Lgs. n. 30 del 2007, a norma del quale, se il minore straniero affidato al cittadino italiano con provvedimento di kafala non può rientrare nella nozione di "discendente", implicante un rapporto parentale fondato sulla realtà biologica o anche su quella giuridica dell'adozione legittimante, non si ravvisa alcun impedimento a comprenderlo nell'ambito degli "altri familiari", di cui al comma 2°, lettera a), dell'art. 3 del D.Lgs. n. 30 del 2007, per i quali il cittadino italiano residente in Italia può chiedere il ricongiungimento se è a carico, ovvero convive nel paese di provenienza del cittadino extracomunitario o per gravi motivi di salute.

Corte giustizia Unione Europea Grande Sez., 26/03/2019, n. 129/18 SM c. Entry Clearance Officer e altri. La nozione di «discendente diretto» di un cittadino dell'Unione europea, contenuta nell'articolo 2, punto 2, lettera c), della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, (relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri) deve essere interpretata nel senso che essa non ricomprende un minore posto sotto la tutela legale permanente di un cittadino dell'Unione a titolo della kafala algerina, in quanto tale sottoposizione non crea alcun legame di filiazione tra di loro. È tuttavia compito delle autorità nazionali competenti agevolare l'ingresso e il soggiorno di un minore siffatto in quanto *altro familiare* di un cittadino dell'Unione, procedendo ad una valutazione equilibrata e ragionevole di tutte le circostanze pertinenti del caso di specie, che tenga conto dei diversi interessi presenti e, in particolare, dell'interesse superiore del minore in questione. Nell'ipotesi in cui, in esito a tale valutazione, fosse stabilito che il minore e il suo tutore, cittadino dell'Unione, sono destinati a condurre una vita familiare effettiva e che tale minore dipende dal suo

La kafala si sostanzia nell'impegno, assunto da un adulto, di farsi carico (al posto del genitore) del mantenimento, dell'educazione e della protezione di un minore, ed anche - pare per alcuni ordinamenti - di assumerne la tutela legale.

La kafala non conferisce al tutore lo status di erede.

La kafala cessa al raggiungimento della maggiore età del minore ed è revocabile su richiesta dei genitori biologici o del tutore.

La filiazione paterna è riconosciuta **solo se proviene da un rapporto lecito**: non esiste nessun grado di **parentela naturale** fuori dal matrimonio.⁸

La madre non può chiedere l'accertamento della paternità naturale.

E' ammesso invece il riconoscimento di paternità da parte del padre, purché non si faccia cenno al concepimento illecito.

La sentenza straniera che accerti la paternità del cittadino di uno Stato del Nord Africa non è valida nel suo paese di origine.

PARTE III - ISLAM E DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

Negli ordinamenti dei paesi arabi è prevista l'applicazione agli stranieri della loro **legge nazionale** per le questioni di statuto personale, comprensivo delle successioni.

La difesa dei diritti e degli interessi dei musulmani è questione rilevante per l'**ordine pubblico**

E' di estrema rilevanza il **PRIVILEGIO DI NAZIONALITÀ E DI RELIGIONE nei paesi arabi**:

- la **presenza di un musulmano tra gli eredi** (coniuge, figli, ascendenti), **anche se il defunto non è musulmano**, comporta l'applicazione della legge islamica, senza che sia possibile alcun rinvio alla legge straniera;

- lo straniero di religione musulmana viene sottratto all'applicazione della legge nazionale laica e sottoposto alle regole della legge religiosa.

tutore, i requisiti connessi al diritto fondamentale al rispetto della vita familiare, considerati congiuntamente all'obbligo di tener conto dell'interesse superiore del minore, esigono, in linea di principio, che sia concesso al suddetto minore un **diritto di ingresso e di soggiorno** al fine di consentirgli di vivere con il suo tutore nello Stato membro ospitante di quest'ultimo.

⁸ **Cass. Civ., Sez. I, 28 dicembre 2006, n. 27592**: In tema di capacità di effettuare il riconoscimento del figlio, disciplinata - sulla base delle norme del diritto internazionale privato (art. 35, secondo comma, della legge 31 maggio 1995, n. 218) - dalla legge nazionale del genitore, il principio di ordine pubblico internazionale che riconosce il **diritto all'acquisizione dello "status" di figlio naturale a chiunque sia stato concepito**, indipendentemente dalla natura della relazione tra i genitori, costituisce un limite generale all'applicazione della legge straniera. Nella fattispecie all'esame della Suprema Corte, si trattava della legge egiziana, che recepisce, in materia di "statuto personale", il diritto islamico, attribuendo all'uomo la paternità unicamente nell'ipotesi in cui il figlio sia stato generato in un "rapporto lecito", e così preclude al padre il riconoscimento del figlio nato da una relazione extramatrimoniale. In tal caso, stante la rilevata contrarietà all'ordine pubblico internazionale della norma straniera applicabile in base al sistema di diritto internazionale privato, secondo la Suprema Corte trova applicazione la corrispondente norma di diritto interno (art. 250 cod. civ.), la quale, in relazione alla capacità del padre di addivenire al riconoscimento del figlio naturale, si sostituisce integralmente alla norma straniera, ai sensi dell'art. 16, secondo comma, della citata legge n. 218 del 1995. (Rigetta, App. Roma, 19 Luglio 2004.

L'eventuale testamento redatto dal musulmano, con cui venga effettuata la scelta della legge italiana o comunque di una legge laica straniera quale legge che regoli la successione non verrà riconosciuto nel suo paese d'origine, salvo rare eccezioni.

PARTE IV – IL CLIENTE MUSULMANO

Ogniqualevolta il notaio italiano si trovi di fronte un cliente che potrebbe essere di religione musulmana, sarebbe consigliabile una verifica:

- al fine di renderlo edotto del fatto che la sua religione lo segue ovunque si trovi ad operare ed agire e dei paletti che impone sotto i profili successori e di diritto di famiglia;
- scegliere, laddove possibile, il percorso giuridico che renda compatibile l'utilizzo di un istituto italiano con le previsioni della legge coranica.

A titolo esemplificativo, si propongono delle soluzioni di inevitabile compromesso tra il rispetto dell'ordinamento giuridico in cui si opera (quello italiano) e la legge coranica immanente per il musulmano, ovunque si trovi a vivere e lavorare.

Sotto il profilo del diritto di famiglia:

- di fronte alla necessità di individuare il regime patrimoniale di una coppia di coniugi di religione musulmana, è sufficiente la sola notizia sulla religione a cui i coniugi appartengono, per avere anche l'informazione di tipo giuridico che interessa (in altri termini, è sufficiente chiedere a quale religione il soggetto appartenga per sapere che il suo matrimonio è regolato e può essere regolato solo da un regime patrimoniale di separazione dei beni);
- prevedendo appunto la legge coranica solo ed inderogabilmente il regime di separazione dei beni tra coniugi, laddove si ritenga che il matrimonio in questione sia assoggettato alla legge italiana, è consigliabile (per non dire addirittura necessario per il buon musulmano che intenda rimanere tale) disattivare l'operatività dell'eventuale regime di comunione legale con strumenti giuridici compatibili col nostro ordinamento (ad esempio una convenzione matrimoniale che preveda la scelta della legge italiana - per ovvie ragioni di comodità gestionale - ma anche del regime di separazione dei beni). In tal modo si mette il cliente in condizione di rispettare la sua legge coranica, sia pure con strumenti diversi da quelli propri del suo ordinamento e - si aggiunge - anche indipendentemente dal fatto che gli strumenti giuridici utilizzati siano o meno riconosciuti nell'ordinamento giuridico islamico di riferimento;
- l'eventuale negozio giuridico che riguardi invece una moglie del marito musulmano poligamo, diversa dalla prima, si scontra inevitabilmente (e senza compromessi) col divieto di poligamia italiano, ragione per cui alle mogli ulteriori rispetto alla prima non può essere riconosciuto lo status di coniuge per l'ordinamento italiano.

Più complicata invece è la questione delle pratiche successorie che riguardino un cliente musulmano.

L'eventualità del testamento è abbastanza remota, in quanto nel Corano prevale, in linea generale, la logica della successione legittima, con una articolata, complessa ed anche "blindata" individuazione delle categorie di successibili (che prevede, tra l'altro il fatto che il maschio riceva il doppio rispetto alla femmina).

Se comunque dovesse farsi luogo alla richiesta di un testamento, è importante ricordare che:

- se il defunto è musulmano, è sottoposto alla legge religiosa e sottratto all'applicazione della legge nazionale laica, ovunque esso si trovi
- l'eventuale scelta della legge italiana quale legge che regoli la successione non verrà riconosciuta nel paese d'origine, salvo rarissime eccezioni
- la legge islamica consente di disporre solo a titolo di legato, fino a 1/3 del patrimonio, e non a favore di beneficiario che sia erede (salvo l'espresso e necessario consenso di tutti gli altri eredi....)
- è di impedimento alla successione la differenza di fede: un musulmano non può ereditare da un non musulmano e viceversa (ad esempio la moglie non musulmana non ha alcun diritto all'eredità, salvo un eventuale legato in suo favore, nei limiti consentiti)
- sono banditi dalla legge coranica il riconoscimento della filiazione naturale, il concubinaggio, l'omosessualità
- è possibile la nomina di un esecutore testamentario
- se il defunto non è musulmano, la presenza di un musulmano fra gli eredi (coniuge, figli, ascendenti) comporta l'applicazione della legge islamica, senza alcun rinvio alla legge straniera.

A titolo informativo, sul sito "[Il Messaggero dell'Islam online](http://centroislamico.it/pdf/205.pdf)", pubblicato dal Centro islamico di Milano e Lombardia, nel numero 205 del 2017, si rinviene un esempio pratico di testamento redatto da un musulmano in Italia: <http://centroislamico.it/pdf/205.pdf>.

Sotto il profilo operativo, in occasione di casi pratici esaminati in contesti internazionali ed alla presenza di esperti dei diversi Paesi, si è più volte constatata l'impossibilità di gestire, con gli strumenti di un paese occidentale, la successione di un musulmano, senza scontrarsi con le regole della legge coranica.

La soluzione operativa che si è sentita suggerire da più parti e, in specie, da paesi come la Francia, sul cui suolo sono presenti ormai da lungo tempo comunità musulmane, è nel senso di evitare il più possibile il rischio di lite fra potenziali successibili e di impugnazione di un testamento e di scindere la successione – *anche se in spreco ahimé al principio di unicità della stessa* - in due distinti patrimoni e così, ad esempio, disciplinare con un testamento "europeo" e secondo la normativa del paese europeo di riferimento i beni siti appunto in Europa, rimettendo invece alla legge coranica e/o a un eventuale testamento redatto nel paese islamico, ove consentito, la sorte del patrimonio ubicato in detto paese.

Inutile dire che si tratta di una soluzione di equilibrismo "giuridico" che presenta criticità notevoli sia sotto il profilo civilistico che sotto il profilo tributario. L'alternativa sarebbe di adottare un complesso meccanismo giuridico che consenta, utilizzando gli strumenti giuridici occidentali, di giungere ad una devoluzione ereditaria che rispetti il risultato pratico che raggiungerebbe la devoluzione secondo la legge coranica, ma evidentemente con i costi connessi.

Resta evidente che, qualunque soluzione si adotti, il notaio italiano può e deve trovare soluzioni in linea col suo ordinamento giuridico, mettendo comunque a disposizione il suo dovere di consiglio e di compiuta informazione sia sotto il profilo della validità che altri ordinamenti potrebbero riconoscere all'atto italiano, sia sotto il profilo della possibilità di impugnazione che categorie di successibili lesi, secondo le previsioni della legge coranica, potrebbero avanzare.