

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA TOR VERGATA



FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

XX° Ciclo

Dottorato di Ricerca in
Sistema Giuridico Romanistico e Unificazione del Diritto

Diritto Musulmano e dei Paesi Islamici

Tesi di Dottorato:

**"L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA IN TUNISIA:
IL MINORE NELLO STATUTO PERSONALE E NEL
DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO"**

Il Relatore:

Chiar.mo Prof.
Massimo Papa

Il Dottorando:

Paolo Iafrate

Il Coordinatore:

Chiar.mo Prof.
Sandro Schipani

*Al mio Maestro Francesco Castro
con immensa stima e gratitudine*

che il tempo è passato
me lo ricorda questa
punta d'acciaio che
ancor chiamano penna

"Che il tempo è passato me lo ricorda questa punta d'acciaio che ancor chiamano penna"

AMARI M., Storia dei Musulmani di Sicilia Vol. III., Catania- R.Prampolini, 1939.

Tavola Tunisi





Tutti i grandi sono stati bambini una volta, ma pochi se lo ricordano

A. De Saint-Exupery (Scrittore e aviatore francese, 1900-1944) da "Il Piccolo Principe"

PREMESSA

Sempre più spesso operatori giuridici, Pubblica Amministrazione e la società nella sua globalità si devono confrontare con problemi nuovi che nascono proprio dalle regole che governano l'organizzazione delle singole comunità religiose. L'Islam non solo è una religione che detta regole spirituali e temporali organizzate in modo tale da dar vita ad un ordinamento giuridico, ma è anche "cultura" in quanto si relaziona con tradizioni, governi diversi, e, di conseguenza, con realtà diverse. Lo Stato musulmano deve darsi oggi norme e principi che gli consentano di partecipare alla Comunità delle Nazioni e custodire insieme le caratteristiche che lo compongono. Il musulmano di fronte al matrimonio, alla famiglia e alla società si ispira a concetti ed abitudini che hanno origine nell'Islam, il quale regola i rapporti con il sacro, in modo che la dimensione religiosa si impone al di là dei riferimenti storici e filosofici. Egli vive nella convinzione che tutto parte dalla Rivelazione che determina con precisione anche la vita quotidiana. Infatti, la famiglia, nel mondo musulmano, è in stretto rapporto con la religione e la morale, e di conseguenza con il diritto. Il Corano afferma con chiarezza: "Gli uomini sono preposti alle donne, poiché Dio ha prescelto alcuni esseri sugli altri (Cor. II, 228). Per il diritto musulmano il matrimonio è un atto legale che si pone in relazione al diritto naturale e a quello contrattuale. Il contratto assume valore legale se stipulato mediante offerta e accettazione congiunta, e le sue azioni o obblighi non sono contrarie alla Sharia, quale la legge islamica derivante da Dio. Branca, uno studioso italiano, nel sottotitolo del libro dedicato ai musulmani "I Musulmani", Bologna 2000, scrive: "Per secoli li abbiamo temuti, ora dobbiamo conoscerli", ed è proprio questa espressione che mi ha spinto a studiare questa materia, focalizzando la mia attenzione sulla famiglia islamica ed, in particolare, su quella tunisina nella

Premessa

convinzione che questa rappresenti il settore più importante del diritto islamico. Infatti, questa opera è indirizzata a coloro che sono attratti dal mondo islamico o, più semplicemente, sono incuriositi da questa realtà che sempre di più si sta “europeizzando” anche se i principi cardine restano immutati. Dopo aver analizzato nella mia tesi di laurea “Il diritto di Famiglia nell’Islam in particolare nell’Iraq”, il diritto di famiglia iracheno, mi sono preposto di approfondire meglio questa tematica occupandomi del diritto di famiglia tunisino il quale risulta essere il più vicino al mondo occidentale. Tuttavia, le sue peculiarità restano. Nell’ambito del Sistema giuridico islamico, il diritto di famiglia costituisce uno dei punti principali della legge di derivazione islamica. La disciplina sciaraitica che regola l’istituto familiare si basa su un nucleo di valori e regole giuridiche comuni, che il Corano considera intangibili e immutabili. L’obiettivo è quello di promuovere la posizione dei componenti più deboli della famiglia, come la donna e il bambino, ed equiparare i diritti e i doveri dei coniugi. Le norme sciaraitiche sono state riformulate e recepite nei codici di diritto di famiglia nei Paesi musulmani denominati “Statuto Personale”. I codici di statuto personale dei Paesi del Maghreb sono ambivalenti rispetto all’eguaglianza dei diritti della donna: da un lato, derivano dalla legislazione positiva che introduce cambiamenti nel senso dell’eguaglianza e, dall’altro, il diritto religioso islamico che ribadisce la disuguaglianza della donna secondo le norme di diritto islamico. Il diritto di famiglia tunisino costituisce un esempio di modernità per i Paesi Arabi musulmani: un illustre giurista, Charfi, sottolinea nel suo testo “Le droit tunisine, la famille entre l’Islam et la modernité”, l’utilizzo di due diversi metodi di evoluzione del diritto, il metodo religioso e quello giuridico. Il primo consiste nel ritorno al Corano attraverso una tecnica detta “progressiva”, con la quale viene tutelata la religione e la possibilità di un adattamento ai grandi principi

Premessa

dell'Islam. Il secondo, invece, parte da una comparazione tra la natura degli Stati nuovi e quella degli Stati antichi, Stati religiosi, la cui comunità era fondata da musulmani, in cui i non musulmani avevano lo statuto di stranieri ed il califfo era un semplice esecutore della legge. Lo Stato moderno, riunendo cittadini musulmani e non musulmani, vede il califfo, sovrano legittimato, a promulgare le leggi al fine di risolvere i problemi sociali, senza interferire nella sfera religiosa.

La mia tesi dal titolo "*L'evoluzione del diritto di famiglia in Tunisia: il minore nello Statuto Personale e nel Diritto Internazionale Privato*", è suddivisa in quattro capitoli. Il Capitolo I, intitolato "Le origini e lo Statuto Personale", dedica ampio spazio alle radici della Tunisia, con brevi riferimenti alla situazione del Paese sia a livello costituzionale che socio-culturale.

Successivamente, dopo aver effettuato una breve disamina storica, si passa ad approfondire il Codice dello Statuto Personale, dal 1956 fino alle ultime riforme del marzo 2008.

Nei primi paragrafi, si osserva come Habib Burghiba appartenga ormai alla Storia universale, oltre che a quella della sua Nazione, rappresentando allo stesso modo per il Popolo Tunisino non solo il Capo dello Stato, ma soprattutto il "costruttore" di una società moderna, che ha, come fini essenziali, valori quali: la purezza dei costumi, la giustizia sociale e il benessere economico (l'economia si adatta alle esigenze della Nazione). I Tunisini considerano Burghiba "L'uomo della Provvidenza", infatti per lui ciò che conta è l'onore, la dignità della Tunisia e il benessere del Popolo.

In particolare, da una attenta analisi del capitolo, si evince come la Tunisia sia sempre più evoluta.

Premessa

Infatti, il primo passo fondamentale, realizzatosi nel 1958 con l'abolizione della poligamia, ha dato il via a numerose riforme che hanno sempre più avvicinato il Paese all'Europa, tutelando maggiormente la donna e salvaguardando in particolar modo, gli interessi del minore.

Dopo aver trattato lo Statuto Personale, nel secondo capitolo, invece, viene dedicata un'ampia riflessione al rapporto tra il Giudice Tunisino e la codificazione in materia di Statuto Personale.

In effetti, nel corso di questi paragrafi, viene sottolineato il ragionamento del giudice che appare, a volte, conforme e a volte, in contrapposizione al diritto musulmano classico.

Tale percorso logico-giuridico, condotto dal giudicante, si è dovuto sempre più adeguare alle esigenze socio-culturali che, con il passare degli anni hanno accompagnato l'evoluzione del Paese.

In particolare, nel corso di questo sillogismo giudiziale, viene data un'ampia ed esaustiva trattazione della giurisprudenza risalente ed attuale.

Dall'analisi del capitolo, inoltre, si evince un conservatorismo tradizionale e di reazione del giudice che si rapporta sempre più al contesto sociale, affrontando numerose problematiche e mutando, con il passare del tempo il proprio orientamento.

Ciò posto, l'attenzione si rivolge all'equilibrio della famiglia e allo Statuto Personale.

Da una minuziosa ed accurata lettura del capitolo III, si evince come il Codice dello Statuto Personale rappresenti un importante strumento di equilibrio familiare, sia nei rapporti fra coniugi che tra genitori e figli.

Premessa

Inoltre, gli ulteriori paragrafi affrontano l'annosa problematica del riconoscimento della paternità, mediante la prova del DNA.

Infatti, all'interno degli stessi viene esaminata la questione relativa all'analisi del sangue e alla genetica, con specifico riferimento alla legge del 28 ottobre 1998, analizzandone conseguentemente i vantaggi e gli svantaggi, nonché le possibili misure adottate dal legislatore.

L'ultimo capitolo invece, approfondisce il ruolo del minore sia all'interno dello Statuto Personale che nel Diritto Internazionale Privato Tunisino.

Nei primi paragrafi, si desume come la consacrazione del principio dell'interesse del minore nello Statuto Personale sia fondato in una dimensione umanitaria basata sulla dignità e l'eguaglianza.

I paragrafi successivi, invece, sottolineano la salvaguardia dell'interesse del bambino all'interno del Diritto Internazionale Privato, principio fondamentale concernente tutte le decisioni del giudice.

Quest'ultimo, dunque, dovrà procedere all'analisi di tutti i fattori finanziari, domiciliari, affettivi, psicologici, educativi e sanitari relativi al bambino.

In sintesi, si può notare come la famiglia tunisina, anche se tende verso un modello nucleare, conserva i caratteri della famiglia tradizionale. Infatti, un'inchiesta condotta sulla famiglia tunisina, mostra a tal proposito, che le qualità della buona moglie sono, in ordine importanza: la buona educazione tradizionale, la disponibilità a condividere le idee del marito, prestargli obbedienza e provvedere ai bisogni familiari. Mentre, per le donne, l'uomo deve garantire la famiglia assicurandone la stabilità e la crescita, e deve condividere anche le idee della propria moglie. Infine, un'ultima curiosità riguarda l'uso del velo (che si ricollega alla fedeltà coniugale), infatti, quest'ultimo è un uso che si è imposto per secoli, anche se non tutte le donne

Premessa

musulmane sono velate. In realtà, sembra che nessun versetto coranico imponga il suo utilizzo, infatti il versetto che dovrebbe contenerlo: “O Profeta! Di’ alle tue spose e alle tue figlie e alle donne dei credenti che si ricoprono dei loro mantelli; questo sarà più atto a distinguerle dalle altre e a che non vengano offese (Cor. 33,59)”, fa riferimento al *gallab*, quale capo di abbigliamento, un vestito che doveva essere indossato per distinguere le donne musulmane da quelle ebraiche o cristiane. Mi auguro che questa ricerca possa costituire uno strumento di conoscenza per tutti coloro che hanno interesse a studiare questo “mondo” così “lontano” e complesso quale è l’Islam ma che è sempre più vicino a Noi. Con questo augurio, ringrazio di cuore il mio maestro Francesco Castro, al quale dedico questo lavoro, poiché è stato colui che mi ha permesso di conoscere questa realtà, prima a me sconosciuta, ma che ora invece mi “appartiene”.

INDICE

Tavola: La Tunisia

Premessa

I

CAPITOLO I

ORIGINI DELLA TUNISIA E STATUTO PERSONALE

Cenni introduttivi

- | | |
|---|----|
| 1. Le radici islamiche e il colonialismo in Tunisia | 1 |
| 2. Il Modello Maghrebino | 4 |
| 2.1 Il codice di commercio | 5 |
| 2.2 Il codice di commercio marittimo (<i>Magialla al-tigiara al bahriyya</i>) | 6 |
| 2.3 Il codice dei diritti reali (<i>Magialat al huquq al-ayniyya</i>) | 6 |
| 3. Le radici costituzionali della Tunisia | 8 |
| 3.1 La storia costituzionale dal 1861 al 1988 | 8 |
| 3.2. Le modifiche costituzionali del 2002 | 11 |
| 3.3 La separazione dei poteri dopo la revisione costituzionale | 12 |
| 3.4 Il Consiglio costituzionale | 14 |
| 4. Diritto Tunisino dello Statuto Personale: Evoluzione Storica | 15 |
| 4.1 Burghiba al Potere | 16 |
| 4.2 Riforme in materia giurisdizionale | 18 |
| 4.3 La materia Sociale, di Educazione Nazionale e di difesa nazionale | 21 |
| 4.4 Riforme in materia di Affari Esteri e Diplomazia | 25 |
| 4.5 Riforme in materia di Informazione, Stampa e Radiotelevisione | 25 |

VII

4.6	Riforme dei codici di statuto personale	26
5.	Il codice dello Statuto Personale in Tunisia.	28
5.1	La promessa di matrimonio (il fidanzamento)	29
5.2	Il Matrimonio (<i>nikah</i>)	29
5.3	Gli impedimenti al matrimonio: permanenti e provvisori	31
5.4	Nullità del Matrimonio	33
5.5	Documenti da presentare per il matrimonio	35
5.6	Modalità di celebrazione del matrimonio	37
5.7	Rapporti fra coniugi	40
5.8	Obblighi reciproci tra i coniugi (Art.23; Art.24)	45
5.9	Contestazione fra coniugi	46
6.	La Custodia (<i>hadana</i>)	46
6.1	La fedeltà coniugale e il diritto di visita	48
6.2	La Tutela (<i>wilaya</i>)	49
7.	Lo scioglimento del matrimonio	51
7.1	L'udienza pubblica ed effetti del divorzio	54
8.	La filiazione	60
9.	La successione per le donne	62
9.1	Esclusione della Successione	64
9.2	Il riconoscimento di filiazione e la successione	64
9.3	La successione per i bambini abbandonati	65
	La disciplina di alcuni reati in Tunisia	
10.	Reati contro la moralità pubblica e il buon costume	66
10.1	Reati contro la famiglia	68

CAPITOLO II

IL GIUDICE TUNISINO E LO STATUTO PERSONALE

1. Statuto Personale: significato e contenuto	72
1.2 I Problemi posti e gli approcci adottati	73
1.3 Il “ <i>Doukhoul Hokmy</i> ” la consumazione del matrimonio effettiva o assimilata	80
1.4 Il cambiamento di sesso	83
1.5 La reazione contro il liberalismo sessuale	87
1.6 La reazione contro le nuove istituzioni	92
1.7 La rendita vitalizia per la donna divorziata	94
1.8 Casi della corte, durata del matrimonio	97
1.9 La reazione alla paternità	99
2. La sopravvivenza del diritto musulmano classico	107
2.1 L’innovazione nel quadro islamico	113
2.2 Innovazioni apportate successivamente alle leggi posteriori al C.S.P.	119
2.3 I motivi per evitare di includersi nel diritto musulmano umano	125
3. Le ragioni del diritto positivo Tunisino	130
4. La nuova vita nel diritto musulmano divino	136
5. L’orientamento giurisprudenziale recente, in materia di Statuto Personale	149
6. Conclusioni	152

CAPITOLO III

L’EQUILIBRIO DELLA FAMIGLIA NEL CODICE DELLO STATUTO PERSONALE E LA FILIAZIONE NATURALE NEL DIRITTO TUNISINO

1. Il Codice dello Statuto Personale simbolo dell’equilibrio della famiglia	155
---	-----

IX

1.2 Uguaglianza tra uomo e donna	155
1.3 Consacrazione dell'uguaglianza tra i due fidanzati	157
1.4 Dovere di alimenti per la famiglia e i minori	158
2. Il codice dello statuto personale simbolo dell'equilibrio familiare durata iniziale di un conflitto	158
2.1 Fine della relazione coniugale per decesso di uno dei congiunti	160
2.2 Considerazioni finali	161
3. La filiazione naturale nel diritto tunisino	162
3.2 L'esclusione della Filiazione Naturale	164
4. Interpretazione restrittiva dell'articolo 68 del C.S.P. per la giurisprudenza	165
5. Il riconoscimento della filiazione naturale paterna	168
6. La concezione larga della delazione minima e massima della gravidanza	170
7. Analisi della legge del 28 ottobre 1998	174
8. Conclusioni	179

CAPITOLO IV

IL MINORE NELLO STATUTO PERSONALE E NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

1. La consacrazione del principio dell'interesse del minore nel Codice dello Statuto Personale	181
1.2 Il matrimonio del minore	182
1.3 La cura del minore	183
1.4 Il diritto di visita dei nonni	184
1.5 La tutela del minore	185
1.6 Le misure urgenti prese con l'udienza di conciliazione	187
1.7 Il dovere di contribuire al mantenimento della famiglia	188
1.8 La garanzia del pagamento della pensione alimentare	189
1.9 Il legato obbligatorio	192
1.10 La revoca della donazione	193
2. L'applicazione del diritto internazionale	195
2.1 Introduzione al diritto del minore nel Diritto Internazionale Privato	196
2.2. Nascere o non nascere	198
2.3 I diritti dell'infanzia in Tunisia	205
3. Il Diritto Internazionale Privato	205
3.1 Introduzione	207
3.2 L'adozione di regole di conflitto classico	210
3.3 La contestazione dello stabilimento della filiazione	214
3.4 Applicazione esclusiva della legge dell'adottante	218

3.5 L'intervento delle regole di conflitto alternative	221
3.6 L'analisi delle disposizioni dell'articolo 50 del codice del D.I.P.	222
4. Diritto di visita: corollario inseparabile dell'affidamento	224
5. La protezione del minore nello statuto patrimoniale: le obbligazioni alimentari	229
6. Origini e soluzioni dell'articolo 51 del codice del D.I.P.	232
7. L'evoluzione del contenuto di eccezione dell'ordine pubblico ai sensi del D.I.P. in materia di minori	234
8. Conclusioni	239
<i>Modulistica e casistica</i>	241
<i>Giurisprudenza</i>	254
<i>Tabella Cronologica</i>	257

BIBLIOGRAFIA

<i>Origini della Tunisia e Statuto Personale</i>	259
<i>Il Giudice Tunisino e lo Statuto Personale</i>	261
<i>L'equilibrio della famiglia nel codice dello statuto personale e la filiazione naturale nel diritto tunisino</i>	263
<i>Il minore nello Statuto Personale e nel Diritto Internazionale Privato</i>	264
<i>Riviste Giuridiche</i>	265
<i>Bibliografia Web</i>	266

CAPITOLO I

ORIGINI DELLA TUNISIA E STATUTO PERSONALE

Cenni introduttivi

1. Le radici islamiche e il colonialismo in Tunisia

L'espansione islamica si estese dopo aver conquistato l'Egitto (639 d.c.), nel primo decennio del VIII secolo a tutta l'Africa¹.

La sede del governatorato arabo fu Kairouan fondata nel 670, Cartagine fu conquistata e distrutta nel 695, nel frattempo Tunisi divenne importante come base navale. Il potere veniva esercitato dai governatori inviati dai califfi di Damasco e in un secondo momento da quelli di Baghdad, impegnati nella lotta contro i berberi, sostenitori di dottrine ortodosse².

Tra i fondatori di dinastie dell'epoca, abbiamo: Ibrahim Ibn El Aghlab, capostipite all'inizio del IX secolo, della dinastia aglabita, che promosse un notevole sviluppo della civiltà musulmana, successivamente la dinastia dei Fatimidi, seguaci del *mahdi* 'Obaid Allah, che estese il proprio dominio su tutta l'Africa.

In seguito il dominio venne esteso all'Egitto, dove si trasferirono lasciando al potere nel Maghreb un berbero, primo degli emiri ziridi, che elesse a propria capitale Mahdia.

I contrasti tra quest'ultimo ed i Fatimidi, causarono la frantumazione politica del territorio tunisino.

Le attività commerciali privilegiarono la facciata mediterranea, mentre le agricole utilizzarono nuove colture (canna da zucchero, riso, alberi da frutto, cotone e grano duro) e dalle opere di irrigazione.

¹ Ifriqiya.

² A cura di Piero Dagradi e Franco Farinelli, "Il Mondo Arabo e Islamico" Editore Utet 1992.

Origini della Tunisia e Statuto Personale

L'adesioni ai precetti dell'Islam che proibisce la carne di maiale e le bevande fermentate, causò la scomparsa dell'allevamento suino, sostituito da quello caprino e la contrazione della viticoltura, che fu mantenuta per il consumo dell'uva fresca e la produzione dell'uva passa.

Le città più importanti continuarono ad essere Kairouan, con la prima moschea, Madia, Sousse, Sfax, Biserta, Tunisi. Il Maghreb subì, nell'XI secolo, l'invasione beduina³.

Dopo una piccola parentesi normanna⁴, si instaurò un nuovo potere rappresentato dagli Hafsidi, che garantì stabilità fino al 1574.

In questo periodo si ebbe uno sviluppo economico, soprattutto lungo la fascia costiera, in particolare nel Mediterraneo, all'interno del territorio invece l'agricoltura intensiva in decadimento, favorì le colture intensive e l'allevamento nomade.

Tunisi divenuta capitale, ebbe un notevole sviluppo marittimo, ma anche culturale. Carlo V, tentò di imporre un protettorato spagnolo sulla Tunisia, ma l'impero ottomano militarmente più forte estese il proprio dominio, insediandovi un governatore con il titolo di Pascià. Fino al 1714 il potere formalmente nelle mani del pascià, era esercitato di fatto dagli ufficiali dell'esercito turco di stanza a Tunisi e divenne ereditario quando il comandante Hussein Ben Ali lo trasmise al figlio. Sotto la dinastia huseinita la Tunisia, tentò di eliminare il fenomeno della schiavitù, proclamando l'uguaglianza di tutti i sudditi.

Un notevole flusso di immigrati europei⁵, migliorò notevolmente le tecniche agricole e favorì le nuove colture provenienti dall'America, sia nell'attività

³ Paragonate da Ibn Khaldun una delle maggiori personalità della cultura arabo-musulmana, ad un immenso sciame di locuste, che causò saccheggi e distruzioni.

⁴ Che interessò esclusivamente la costa orientale.

⁵ Siciliani, maltesi, musulmani andalusi, ebrei livornesi.

Origini della Tunisia e Statuto Personale

commerciali ed artigianali. Nel 1857 si avrà la prima Costituzione (*Destour*)⁶, in un paese musulmano.

Nel 1881 Francia occupò militarmente il paese riducendolo a proprio protettorato, mentre la sovranità rimaneva formalmente al *bey*, la cui corte rappresentava il governo francese. Tuttavia, il colonialismo mutò notevolmente la realtà della Tunisia, sia dal punto di vista economico, sociale, valorizzandone le risorse del suolo e del sottosuolo.

Tale fenomeno di disgregazione sociale favorì un clima di inquietudine tra le classi più abbienti, sostenitrici dell'indipendenza.

Un primo passo verso l'indipendenza, si ebbe con la nascita del partito liberale costituzionale *Destour* (1920), successivamente trasformato nel *Neo-Destour* (1934), nelle cui file vi era Habib Burghiba⁷. Nel 1957 Habib Burghiba verrà nominato Presidente a vita, sostituito nel novembre 1987 per motivi di salute da Zine El Abidine Ben Ali, tutt'oggi al potere.

⁶ Le origini costituzionali verranno esaminate nel successivo paragrafo.

⁷ La figura di Habib Burghiba verrà approfondita nei paragrafi successivi "Burghiba al potere".

2. Il Modello Maghrebino

Il modello maghrebino nasce in Tunisia ed è un sistema monocodice⁸, basato su un codice delle obbligazioni e dei contratti (1907), subisce notevoli modificazioni nella sua diffusione in Marocco, all'indomani dell'instaurazione del protettorato francese (1912).

Infatti, la sua struttura perde la caratteristica di essere uno strumento di un sistema monocodice, in quanto nel codice tunisino delle obbligazioni e dei contratti, vengono eliminate delle parti regolanti materie commerciali o consuetudinarie tunisine.

Questo modello vede la parziale codificazione del diritto privato in un codice delle obbligazioni e dei contratti.

Il solo codice tunisino⁹ delle obbligazioni e dei contratti è detto in arabo *Magialla*, si trattava di una condensazione di norme diritto musulmano di scuola malichita¹⁰.

Il 6 settembre 1986 il governo tunisino investì una Commissione (della quale faceva parte il celebre giurista italiano, di origine tunisina, David Santillana) con l'incarico di codificare la legislazione, dopo tre anni la commissione presentò un progetto di codice civile e commerciale.

Il codice è un documento legislativo di grande interesse, si presenta come un impianto di tipo romanistico.

Il codice venne criticato dai giuristi perché considerato lontano dal codice civile, quest'ultimi non compresero lo sforzo di Santillana di legare la codificazione tunisina a norme musulmane condensate da norme generali¹¹.

⁸ Il modello ottomano ed egiziano sono caratterizzati dalla duplicazione delle fonti del diritto privato.

⁹ Il modello islamico, Giappichelli, Torino 2007, *F. Castro*.

¹⁰ La scuola seguita in maggioranza nel Maghreb.

Le materie commerciali rimaste fuori dal codice delle obbligazioni e dei contratti, fallito ogni tentativo di varare codici di commercio, finirono per ricadere sotto la giurisdizione dei tribunali francesi, solo con l'indipendenza (1956), la Tunisia provvederà ad una nuova codificazione del diritto commerciale, terrestre e marittimo.

Appena conseguita l'indipendenza il Paese si trovò ad affrontare come gli altri Paesi arabi, il problema della pluralità degli ordinamenti giuridici.

Attraverso quest'opera di unificazione, si è giunti all'unificazione dell'ordinamento giudiziario, con l'eliminazione delle giurisdizioni confessionali.

Inoltre, interessano in questa sede le redazioni di codici di commercio terrestre, marittimo, del codice dei diritti reali, numerosi emendamenti furono apportati al vecchio codice delle obbligazioni e dei contratti del 1907. Esaminiamo brevemente questi codici.

2.1 Il codice di commercio

Con la legge 2 *rabi* II/15 ottobre 1959 n.129 veniva emanato il codice di commercio (*Magialla tigiariyya*), consta di 746 articoli ripartiti in 5 Libri come segue: il Libro **Primo** "Del commercio in generale"(art 1-188), i commercianti, i libri di commercio, le società (società in nome collettivo, società in partecipazione, società per azioni, società in accomandita, società a capitale variabile e società a responsabilità limitata). Il Libro **Secondo** "*Del asl-tigiari*" (franc. *Fonds de commerc*) (art 189-268); Il Libro **Terzo** "Della cambiale e il vaglia cambiario e dell'assegno"(art 269-412) (Convenzioni di Ginevra); il Libro **Quarto** "Del

¹¹ Il codice si è mostrato valido in quanto è ancora rimasto in vigore.

concordato preventivo e del fallimento”(art 413-596). Il Libro *Quinto* “Dei contratti commerciali”(art 597-746)¹².

La relazione che accompagna il nuovo codice precisa che era volontà del governo dotare la Tunisia di istituzioni che le dessero l’aspetto di uno stato moderno, dal punto di vista giuridico, intendeva avvalersi degli insegnamenti ricevuti dallo studio del diritto comparato.

2.2 Il codice di commercio marittimo (*Magialla al-tigiara al bahriyya*)

Il codice di commercio marittimo¹³ venne promulgato con legge 19 *dhul-qada* 1981/24 aprile 1962 n 62/13. Il codice consta di 365 articoli ripartiti in 6 libri. Libro **I**: Del regolamento della navigazione marittima; Libro **II**: Dei creditori dell’armamento; Libro **III** Dell’armatore e della limitazione della sua responsabilità¹⁴; Libro **IV** L’esercizio delle navi; Libro **V**: Dei Rischi del mare; Libro **VI** Delle assicurazioni marittime. Il codice di commercio tunisino del 1962 riunisce in un corpo organico la legislazione marittima che in precedenza era incompleta e frammentaria.

2.3 Il codice dei diritti reali (*Magialat al huquq al-ayniyya*)

Il codice dei diritti reali è entrato in vigore in Tunisia il 12 febbraio 1965. Il codice dei diritti reali consta di 405 articoli diviso in due libri il primo dedicato ai diritti reali in generale; il secondo agli immobili registrati e alla procedura di registrazione. La ridefinizione del concetto di proprietà è ispirata a due principi da un lato il legislatore elimina i limiti che l’enfiteusi *l’inzal*, *il kirdar* e la superficie che comportano la libera proprietà e la commerciabilità dei fondi.

¹² Il modello islamico, Giappichelli, Torino 2007, *F.Castro*.

¹³ In precedenza, il decreto 15 dicembre del 1906 regolava l’immatricolazione e la vendita di navi, non contemplava il sequestro e l’aggiudicazione per incanto delle navi stesse.

¹⁴ La responsabilità dell’armatore è dominata dal principio della limitazione della responsabilità in conformità alla Convenzione di Madrid del 1955.

Origini della Tunisia e Statuto Personale

Per limitare lo stato di in divisione, il nuovo codice prevede accanto alla divisione amichevole, una divisione giudiziale (artt 131-141).

L'art 38 definisce il possesso. Il Libro secondo conserva le disposizioni della vecchia Legge Immobiliare del 1885 in materia.

Le norme relative ai diritti reali che si trovano nel codice delle obbligazioni e dei contratti ¹⁵sono state abrogate.

L'opera del legislatore ha colmato le lacune lasciate dal Protettorato, quale l'assenza di una legislazione commerciale in materia di statuto personale, mediante l'adattamento ai testi antichi.

¹⁵ (art 10-113 riguardano il possesso; (gli art 1227-1248, la comproprietà, gli art 1532-1612 il pegno; gli art 1625-1632 i privilegi).

3. Le radici costituzionali della Tunisia

Secondo alcuni studiosi le origini costituzionali della Tunisia, si riferiscono al V secolo.

All'epoca cartaginese, la città punica possedeva una Costituzione che istituiva un governo esercitato da due Suffeti (o giudici), eletti per un anno, affiancato da un Senato di trecento membri, rappresentante della aristocrazia punica.

Nel corso del secolo in itinere, venne creato “il Tribunale dei 104”, una specie di Alta Corte di Giustizia che doveva fronteggiare i tentativi di tirannia e mettere a freno le ambizioni delle famiglie potenti, come i Barcidi e i Mangoni.

Tale sistema venne completato con la nascita di un'Assemblea del popolo, chiamata a dirimere i conflitti tra i Suffeti e il Senato¹⁶.

3.1. La storia costituzionale dal 1861 al 1988

La Costituzione del 26 aprile 1861, perfezionò il Patto Fondamentale del 9 settembre 1857, che insieme (dopo alcune riforme condotte dal primo Ministro Khairuddin), costituirono la prima Costituzione moderna della Tunisia e trasformarono il Beylicato da monarchia assoluta in monarchia costituzionale.

La Costituzione sospesa nel 1864¹⁷, acquisì successivamente un valore emblematico per il Movimento nazionale tunisino (il Destùr) che si identificò con essa e non cessò di reclamare la sua reintroduzione al fine di limitare il potere coloniale.

Negli anni successivi in seguito ad alcune insurrezioni popolari, venne istituita una “Commissione di controllo sul debito” costituita da rappresentanti inglesi, francesi

¹⁶ A cura di M. Oliviero “Il costituzionalismo dei Paesi Arabi”; Vol I “Le Costituzioni nel Maghreb” Editore Giuffrè 2003.

¹⁷ A causa di una grande insurrezione popolare.

ed italiani presieduta dal tunisino Jair-al Din; sarà il primo passo verso il protettorato francese.

Il domino francese favorì i coloni francesi, assegnando loro a prezzi irrisori, tutte le principali risorse agricole e industriali, limitando le libertà del popolo tunisino, a cominciare dalla libertà di stampa e di espressione.

Il Parlamento composto da due camere una francese e l'altra tunisina, esercitava una funzione meramente consultiva.

Nel 1931 venne concessa ai cittadini tunisini la libertà sindacale, mentre i partiti nazionali (il Vecchio ed il Nuovo Destùr, il Partito comunista, la Stella nord-africana) erano sottoposti a controlli arbitrari e scioglimenti improvvisi.

Una piccola parentesi di democrazia, si ebbe con la vittoria del Fronte Popolare in Francia, senza mutamenti significativi. La Tunisia fu coinvolta nella Seconda Guerra Mondiale indirettamente con il governo Pétain, e direttamente dopo lo sbarco delle truppe anglo-americane sulle coste marocchine ed algerine; seguito dall'arrivo di truppe tedesche ed italiane¹⁸.

La guerra si svolse per sei mesi, fino alla liberazione di Tunisi ed alla resa delle truppe dell'Asse nel 1943. Il carattere repressivo del colonialismo si accentuò nel 1947, in seguito alla rottura dell'unità nazionale, determinata dalle manifestazioni per l'indipendenza, da una parte e dalle dure condanne all'esilio dei dirigenti politici del Destùr dall'altra (con a capo Habib Burghiba).

Tali sommosse continuarono finché il governo francese, diretto da Mendès France, non proclamò il 31 luglio 1954, l'autonomia interna delle amministrazioni locali tunisine e il 20 marzo 1956 l'indipendenza definitiva di tutta la Tunisia.

¹⁸ aerotrasportate a Tunisi.

Origini della Tunisia e Statuto Personale

Habib Burghiba, rientrato dall'esilio fu incaricato di formare un governo provvisorio che guidò le elezioni per l'Assemblea costituente.

La nuova Assemblea¹⁹ cominciò ad elaborare un progetto di costituzione che stabiliva una monarchia (come quella del modello inglese), nella quale il Bey regnava, ma di fatto non governava.

Il 25 luglio 1957 l'Assemblea abolì il potere monarchico del Bey, proclamando il regime repubblicano, fino alla costituzione che venne promulgata il 1 giugno 1959.

La costituzione stabiliva un regime presidenziale nel quale il Presidente della Repubblica, (carica ricoperta subito da Burghiba), esercitava il potere esecutivo ed attribuiva al Parlamento, formalmente il potere legislativo.

Inoltre la Carta Costituzionale introduceva il principio del monopartitismo, con l'eccezione nel 1963 del Partito comunista.

Rieletto quattro volte, Burghiba, grazie ad una revisione della Costituzione, venne eletto il 17 dicembre 1974, Presidente della Repubblica a vita. Nel 1976, con una nuova revisione costituzionale, venne creato un governo guidato da un Primo Ministro, responsabile della propria azione sia davanti al Presidente della Repubblica, sia al Parlamento monocamerale²⁰, tale cambiamento, non fece altro che concentrare il potere esecutivo nella figura del Presidente della Repubblica.

Un nuovo monito verso la democrazia si ebbe a partire dalla seconda metà del 1987.

In seguito alla destituzione del Presidente Burghiba, deposto formalmente per "incapacità" accertata da un collegio di medici, assunse il potere il Primo Ministro Zine el Albedine Ben Ali²¹.

¹⁹ Mediante il mandato affidatogli dal decreto del 29 dicembre 1956.

²⁰ La riforma si ispirava al modello della V Repubblica francese.

²¹ Ex Generale dell'esercito, ed ex capo dei servizi segreti.

Egli favorì l'introduzione di una nuova Costituzione nel 1988 con la quale si aboliva l'istituto della Presidenza a vita che veniva sostituito con un mandato di 5 anni, rinnovabile per non più di due volte (art.39).

Successivamente dopo aver legalizzato i partiti politici, venne introdotto mediante legge, un sistema multipartitico²², i risultati elettorali premiarono il Raggruppamento Costituzionale Democratico (partito del Presidente) il quale conquistò tutti i seggi grazie alla nuova legge elettorale, che penalizzò le divisioni all'interno delle opposizioni.

L'era del "burghibismo" era terminata, la Tunisia aveva ormai compiuto un grande passo verso il processo di democratizzazione.

3.2. Le modifiche costituzionali del 2002

Il 7 novembre 2001, il Presidente della Repubblica Ben Ali annunciò l'intenzione di presentare un progetto di riforma costituzionale, basato sulla democrazia del Paese, nel rispetto della storia tunisina.

La nuova carta costituzionale doveva comprendere: un ampio riconoscimento dei diritti dell'Uomo e delle libertà pubbliche, l'introduzione di istituti di controllo sull'attività di governo da parte della Camera dei Deputati, la creazione di una seconda Camera parlamentare, il rafforzamento del ruolo del Consiglio Costituzionale e la modifica della legge in campo elettorale.

Accanto alla Camera dei deputati veniva istituita una seconda Camera, chiamata a garantire una significativa rappresentanza delle regioni e delle componenti della società²³.

²² A cui fece seguito il rilascio di circa 5000 detenuti politici (Ben Salah leader politico tornò dall'esilio).

²³ La riforma prevedeva l'attribuzione di nuove competenze, tra le quali il controllo sulle elezioni presidenziali e parlamentari.

Il 26 maggio 2002 il progetto di revisione, che prevedeva la modifica di sessantotto articoli della Costituzione, venne sottoposto all'approvazione del popolo che si espresse con il 99,52 % di voti favorevoli.

Il 1° giugno dello stesso anno entrava in vigore la nuova Costituzione.

3.3 La separazione dei poteri dopo la revisione costituzionale

Il Governo.

Secondo il nuovo dettato costituzionale, al Governo, diretto dal Primo ministro, compete il ruolo di assistere il Presidente della Repubblica (art.37), in modo conforme alle scelte del Capo dello Stato (artt.49 e 58).

Esso nominato dal Presidente della Repubblica, è responsabile sia davanti alla Camera dei deputati, sia di fronte al Capo dello Stato (artt.62 e 59).

Presidente della Repubblica.

Il Presidente della Repubblica è eletto per cinque anni, rinnovabili senza limiti di mandati consecutivi (art.39).

Le condizioni di eleggibilità sono stabilite dall'art.40, i requisiti sono: possedere la nazionalità tunisina; essere nato da padre, madre, nonni paterni e materni tunisini e rimasti tutti di nazionalità tunisina senza discontinuità; essere di religione musulmana; avere un età compresa tra 40 e 75 anni; godere di tutti i diritti civili; infine, la sua candidatura deve essere sostenuta da almeno trenta eletti, deputati o sindaci (art.66 del Codice elettorale).

I poteri del Capo dello Stato: i poteri diplomatici (art.45), il diritto di concedere la grazia, il potere di promulgazione dei trattati, il potere di dichiarazione di guerra e di pace, il potere di comunicare con il Parlamento, sia direttamente, che mediante

messaggi (art.49), il potere di nomina del Primo Ministro e dei componenti del Governo, su proposta di quest'ultimo.

Inoltre, il Presidente della Repubblica dispone di poteri eccezionali che gli consentono di adottare tutte le misure richieste dalle circostanze.

I limiti previsti dall'art.36 sono relativi, il Capo dello Stato deve obbligatoriamente consultare il Primo Ministro e il Presidente della Camera dei deputati sulle misure che intende adottare.

La costituzione riconosce al Presidente ampi poteri per l'esercizio dell'esecutivo, egli vigila sull'applicazione delle leggi e detiene il potere regolamentare generale, anche se può delegarlo al Primo ministro (art.53). Egli promulga le leggi costituzionali, le leggi organiche e ordinarie e controlla la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale entro 15 giorni. Nel corso di tale periodo, il Presidente può rinviare il progetto alla Camera dei deputati, per una seconda lettura in caso di disaccordo.

La Camera dei deputati, può emendare il testo come emendato dal Capo dello Stato, oppure adottarlo a maggioranza di due terzi per superare il veto presidenziale. In tal caso il Presidente è obbligato a promulgare la legge e a pubblicarla entro un nuovo termine di 15 giorni²⁴.

Il Presidente può rinviare il testo alla Camera in seguito ad un parere di incostituzionalità del Consiglio costituzionale e richiedere una nuova deliberazione.

Nel caso in cui il nuovo testo fosse adottato dalla Camera dei deputati a

²⁴ A cura di M. Oliviero "Il costituzionalismo dei Paesi Arabi"; Vol I "Le Costituzioni nel Maghreb" Editore Giuffrè 2003.

maggioranza dei suoi membri, il Capo dello Stato promulga la nuova legge che viene pubblicata dopo un nuovo termine di quindici giorni.

In caso di contrasti il Presidente della Repubblica, può revocare il Governo e sostituire i ministri.

Anche la Camera dei deputati può mettere in causa la responsabilità del Governo, approvando una mozione di sfiducia (art.62).

Al voto parlamentare seguono le dimissioni del Governo, a condizione che la mozione sia stata presentata almeno dalla maggioranza dei deputati e sia adottata a maggioranza di due terzi.

La funzione legislativa

Con la revisione del 2002, il sistema parlamentare muta da sistema monocamerale a bicamerale (art.18-30).

La nascita della Camera dei consiglieri accanto alla Camera dei deputati, diversifica la rappresentanza popolare, riunendo i rappresentanti delle diverse regioni.

La Camera dei deputati è eletta a suffragio universale diretto per un mandato di cinque anni. Secondo l'art.28 l'iniziativa legislativa può essere esercitata congiuntamente dal Presidente della Repubblica e dai singoli parlamentari²⁵.

3.4 Il Consiglio costituzionale

Il Consiglio costituzionale fu introdotto con legge costituzionale il 6 novembre 1995, ridefinito nel 2002. Nel Titolo IX in base al riformulato art.72, spetta il sindacato di legittimità in via preventiva su tutti i progetti di legge che gli vengono sottoposti dal Presidente della Repubblica.

²⁵ Il Presidente della Repubblica ha la preminenza nell'esercizio dell'iniziativa legislativa, resta marginale il ruolo dei parlamentari.

L'intervento del Consiglio, è obbligatorio per i progetti di legge organica, per i progetti sottoposti a referendum dal Presidente della Repubblica in base all'art.47 e per quelli che riguardano questioni costituzionali; mentre è facoltativo sulle questioni che interessano l'organizzazione e il funzionamento delle istituzioni, secondo quanto previsto nel comma 3 dell'articolo 72 della Costituzione.

4. Diritto Tunisino dello Statuto Personale: Evoluzione Storica

Le differenti confessioni dei cittadini tunisini, dimostrano che il diritto applicabile in materia di statuto personale alla vigilia dell'indipendenza per le diverse caratteristiche consente che ciascuno ha il suo diritto e ciascuno la sua religione.

Questo pluralismo legislativo si ripercuote automaticamente sul sistema giurisdizionale, in particolare i Tribunali Francesi in Tunisia avevano la competenza di applicare il diritto francese, nell'ipotesi in cui una delle parti della lite non era cittadino tunisino.

Per la giustizia tunisina, invece si doveva distinguere tra israeliti e musulmani.

Ai primi cittadini che comparirono davanti al Tribunale Rabbinico, si applicò il diritto sciaraitico, mentre ai secondi il diritto musulmano.

In tal caso i Tribunali erano divisi in malichiti e hanafiti, le giurisdizioni applicabili erano le disposizioni del rito malichita e hanafita.

I cittadini potevano aderire quindi, all'una o all'altra delle principali scuole sunnite.

Tale situazione mutò dopo il 1956, poiché il diritto esistente era inadatto al nuovo modello di società che si andava delineando, c'era bisogno d'innovazione e di un cambiamento imminente.

L'artefice di tale cambiamento fu un giovane politico Habib Bourghiba, giurista moderno dotato di una profonda cultura, che darà vita a una nuova era, con un'opera di modernizzazione e di apertura sull'Europa e sull'Occidente.

4.1 Burghiba al Potere

Fin dal giugno 1955 aveva fatto approvare l'idea di una "Assemblea Nazionale Costituente" da eleggere a suffragio universale²⁶. La Costituente doveva avere come suo primo compito l'approvazione della Costituzione della Nazione tunisina.

Il 25 marzo 1956 si svolsero le elezioni a suffragio universale diretto per la Costituente. La lista del "Fronte Nazionale" capitanata da Habib Burghiba ebbe 82% dei voti espressi.

L'8 marzo 1956 l'Assemblea elesse all'unanimità come suo presidente Habib Burghiba, il quale precisò in un discorso programmatico a fini dell'assemblea ed il suo compito preciso era la preparazione della costituzione per uno Stato moderno e democratico.

Egli decise di assumere la direzione del primo Governo della Tunisia indipendente abbandonando il ruolo di arbitro della politica tunisina, doveva ricostruire creando ex-novo, nuovi istituti politici e amministrativi²⁷.

A queste opere Burghiba dedicò la sua azione senza tregua assecondato dai suoi collaboratori quali i titolari dei vari Ministeri, i Sottosegretari e i capi degli uffici ministeriali.

La vita nazionale e internazionale della Tunisia fu oggetto di numerosi provvedimenti legislativi. Vediamo in sintesi i vari punti di riforma.

A) In Materia Costituzionale.

La nuova costituzione dello Stato tunisino di cui all'**art.1** venne approvato alla prima seduta. Il contenuto dell' **art. 1** è il seguente: "La Tunisia è uno stato libero,

²⁶ Tale idea venne sanzionata dal decreto beycale del 29 dicembre 1955, con il quale vennero indette le elezioni.

²⁷ Organizzare la vita economica e sociale del Paese, riorganizzare l'educazione, la cultura, costituire la diplomazia tunisina, etc.

indipendente, sovrano, di religione islamica e di lingua araba. Il popolo tunisino è depositario legale della sovranità definita dalla nuova costituzione. Lo Stato garantisce la libertà delle credenze e la protezione dell'esercizio del culto, in conformità allo spirito della legge". La sovranità appartiene al popolo esercitata dal Capo dello Stato attraverso il Governo e il Parlamento. La Tunisia aveva cessato di essere una monarchia assoluta per divenire monarchia costituzionale e parlamentare. Il progetto della Costituzione doveva definire il regime istituzionale della Tunisia²⁸. La materia costituzionale è in continua evoluzione si tende sempre più a riformare con nuove forme democratiche.

B) In Materia amministrativa.

Si doveva creare un Tunisia uno Stato moderno e progredito allo stesso livello di altri Stati dell'Europa e della stessa America. Il Decreto beilicale del 21 giugno 1956 ha mutato l'amministrazione statale.

I governatori sono stati suddivisi in frazioni territoriali denominati Sceikkati e raggruppate nelle Delegazioni territoriali .

Il Governatore²⁹ è assistito da un Segretario Generale e dei due delegati nel capoluogo del Governatorato. Il Governatore dipende direttamente dal Ministro degli Interni, ed è il Capo Gerarchico di tutti i funzionari dell'Amministrazione regionale. La riforma è stata della massima importanza in quanto ha soppresso l'istituzione impopolare quale quella dei Caidati³⁰ dipendenti dai Controllori Civili francesi. I poteri regionali dei Governatori sono stati potenziati; ma il controllo da parte dell'amministrazione centrale hanno annullato gli abusi nei Caidati al tempo del Protettorato Francese.

²⁸ Una delle maggiori conquiste democratiche è stata l'estensione del diritto di voto alle donne.

²⁹ Wali.

³⁰ Il Caid era un elemento ridotto a merce incondizionata del Protettorato Francese.

Il Ministero degli Interni ha elaborato tutta la materia delle amministrazioni comunali. Il Decreto beycale del 14 marzo 1957 ha emanato la legge municipale che organizza i Comuni e i Consigli Comunali, nonché l'Amministrazione comunale. Il 5 maggio 1957 hanno avuto luogo le prime elezioni amministrative nella Tunisia indipendente³¹.

Tutta l'amministrazione del Paese è suddivisa in Ministeri e Sottosegretari, i quali fino alla proclamazione della Repubblica erano: Presidenza del Consiglio, Affari Esteri, Difesa Nazionale, Interno, Giustizia, Finanze, Economia Nazionale, Agricoltura, Lavori Pubblici, Poste, Telegrafi, Sanità Pubblica, Affari Sociali; il Sottosegretariato di Stato alle Informazioni e il Sottosegretariato di Stato per la Gioventù e lo Sport.

4.2 Riforme in materia giurisdizionale

Prima delle riforme del 1956 la Tunisia aveva il seguente ordinamento giudiziario: **a) Tribunali di diritto comune o secolari; b) Tribunali religiosi.**

a) Tribunali di diritto comune o secolari:

Comprendevano i Tribunali Cantionali, i Tribunali regionali, il Tribunale dell'Uzara, la Camera Istruttoria. I Tribunali cantionali erano paragonabili alle vecchie preture italiane, mentre i Tribunali regionali, che erano di Prima Istanza esistevano a Tunisi³², il Kef, il Beja, Susa, Kaiiruan, Sfax, Gabes, Gafsa; l'Uzara era il Tribunale d'Appello, che si divideva in cinque camere³³, la Camera Istruttoria fungeva da Cassazione. Altra giurisdizione secolare era il Tribunale della Orf o Consuetudinario, a competenza esclusivamente commerciale, che risiedeva a Tunisi.

³¹ Su 375000 elettori 80000 erano donne.

³² Con il nome di Driba.

³³ Due d'appello civili, una d'appello correzionale, una d'accusa, una criminale che giudicava in prima e unica istanza dei delitti qualificabili e passibili di pene superiori a 5 anni di detenzione.

b) Tribunali religiosi.

Erano costituiti: a) dalla giustizia sciaraitica; 2) dal Tribunale rabbinico. Il Tribunale della Sciaria. La competenza si estendeva agli affari concernenti lo Statuto personale (filiazione, matrimonio, divorzio o reputazione, tutela, emancipazione, interdizione) e le successioni dei musulmani tunisini e alle questioni relative alle proprietà immobiliari non immatricolate anche se una delle parti in casa era europea o israelita. Esso era costituito da due ordini di giurisdizione: il Divano, che funzionava a Tunisi, e i Tribunali provinciali.

Il Divano era costituito da due Camere: l'una di rito *hanafita*, presieduta dallo Sceik ul-Islam; l'altra di rito *malichita* presieduta da Basc-Mufti Malikita. I tribunali provinciali esistevano in diversi centri dell'interno della Tunisia, ed erano presieduti da un *qadi*³⁴ il quale poteva giudicare da solo o assistito da *Mufti* nel qual caso si aveva un *Mejles*³⁵.

Il convenuto ha diritto di scelta tra i due riti esistenti in Tunisia lo *hanafita* poco diffuso e il *malichita* molto diffuso come del resto del Nord Africa. Il Tribunale Rabbinico è stato creato con Decreto beycale del 28 novembre 1898 completato dal Decreto del 29 maggio 1926.

Esso funzionava a Tunisi in una giurisdizione unica, si occupava dei soli litigi di statuto personale e delle successioni riguardanti gli israeliti tunisini. Le sentenze erano eseguite dalle Autorità amministrative.

Il governo Burghiba volle attuare una riforma radicale nella organizzazione giudiziaria tunisina, in senso modernista rinnovando il personale dei magistrati immettendovi elementi nuovi e dinamici. La riforma più sensazionale è stata

³⁴ Giudice religioso.

³⁵ Assemblea giurisdizionale, in cui il Mufti aveva solo potere consultivo.

l'abolizione dei Tribunali religiosi, cioè l'unificazione in un solo ordine di giurisdizione dei tribunali sciaraitici, competenti in materia di statuto personale, con i tribunali laici di diritto comune.

Si hanno in Tunisia i Tribunali Cantionali, i Tribunali di Prima istanza nei capoluoghi di regione; Tre Corti d'Appello³⁶; una Corte di Cassazione. Tutta la legislazione tunisina, dal Codice di Procedura Civile, al Codice di Procedura Penale e al Codice Tunisino delle Obbligazioni e dei Contratti è stata adattata alla situazione giurisdizionale che si venne a creare dopo le riforme.

Il Decreto beycale del 3 agosto 1956 ha disposto la soppressione delle attribuzioni giurisdizionali in materia penale dei governatori dei governatori. La giurisdizione speciale per gli Israeliti di Turchia venne abolita e trasferita al Tribunale Ordinario di Prima Istanza di Tunisi dal 1 ottobre 1957³⁷.

Con il decreto beycale del 3 agosto 1956 è stata istituita una "Alta Corte di Giustizia" allo scopo di reprimere e punire i delitti previsti da alcuni articoli specifici del Codice Penale, specie i delitti di natura politica, contro la vita e i beni privati; di punire i delitti e gli attentati contro la sicurezza dello Stato e in modo generico contro tutti gli atti lesivi degli interessi superiori della patria³⁸.

L'organizzazione legislativa e giurisdizionale della Tunisia da parte del Governo Burghiba con Decreto del 5 maggio 1956 ha creato il "Comitato di Stati Giuridici", nonché la riforma del Codice tunisino delle obbligazioni e dei contratti. Il Tribunale

³⁶ Tunisi, Susa, Sfax.

³⁷ Legge 57/40 del 27 settembre 1957 ha soppresso il Tribunale Rabbinico.

³⁸ La creazione della Alta Corte di Giustizia è stata di grande giovamento per il popolo tunisino anche per la repressione di particolari situazioni che si erano create per la sicurezza privata dei cittadini in Tunisia.

misto immobiliare (costituito da magistrati francesi e tunisini³⁹) fu soppresso e sostituito dal Tribunale Immobiliare di Tunisia con soli magistrati tunisini.

4.3 La materia Sociale, di Educazione Nazionale e di difesa nazionale

Il Governo Burghiba ha cercato di modernizzare lo statuto personale dei Tunisini, pur rispettando lo spirito dottrinale islamico. Con il “Codice dello Statuto Personale” promulgato con Decreto beycale del 13 agosto 1956 vennero modificati gli istituti del matrimonio⁴⁰, del divorzio, della filiazione, delle successioni e delle emancipazioni. Il Codice dello Statuto Personale nell’**art.4** prevede l’applicazione ai non musulmani e non israeliti a condizione che essi formulassero una richiesta di “opzione”.

Con il Decreto beycale del 26 gennaio 1956 era stato promulgato il “Codice della nazionalità tunisina”, premessa ad una coscienza nazionale costituendo la più concreta affermazione tunisina. Collegato con la riforma dello Statuto Personale e con l’abolizione dei Tribunali religiosi di Statuto Personale, il Decreto beycale del 28 febbraio 1957 ha organizzato in seno alla Presidenza del Consiglio il “Servizio del Culto Musulmano” creando la carica dei Gran Mufti di Tunisia⁴¹.

Egli prese rango fra le alte personalità dello Stato per quanto concerne il protocollo e le cerimonie ufficiali, con il compito di sorvegliare gli Imam nell’orientamento ufficiale dei fedeli. Il Gran Mufti di Tunisia è assistito nelle sue funzioni dagli Imam predicatori, eccetto il rilascio dei certificati di conversione all’islamismo e nella fissazione del calendario.

Con il Codice dello Statuto Personale la donna partecipa attivamente alla vita pubblica, conquistando sempre più l’eguaglianza dei diritti con gli uomini. In

³⁹ Emanazione della vecchia legge fondiaria del 1 luglio 1885.

⁴⁰ Soppressione Poligamia, limitazione del ripudio, ecc.

⁴¹ Egli ha lo scopo di preservare l’ideale della Religione e della Morale, presiedere alle cerimonie religiose e sovrintendere alle sacre tradizioni.

passato la donna era completamente assente nella società tunisina, nessuna manifestazione culturale, assistenziale, di presenza nella vita privata era possibile per la donna in questo Paese.

La donna veniva tenuta in disparte, nelle campagne ella conduceva una vita molto depressa quasi inumana.

Con l'evoluzione politica della Tunisia specie attraverso il partito nazionale del *Destur*, la donna tunisina cominciò a prendere coscienza dell'importanza del suo ruolo⁴².

Le donne uscivano liberamente in maggior numero, vestivano con eleganza anche abiti europei. "L'Unione Nazionale delle Donne Musulmane" di tendenza desturiana, organizzazione che si trasformò successivamente in "Unione Nazionale delle Donne Tunisine".

Ogni donna tunisina si è avviata al conseguimento dei pieni diritti civili e politici grazie alla riforma apportata dal Governo Burghiba⁴³.

L'attività di questo governo è stata molto intensa nel campo sociale e del lavoro, sono stati emanati leggi e regolamenti sulla previdenza e sui diritti dei lavoratori manuali ed intellettuali.

Il sindacalismo in Tunisia era stato introdotto da alcune organizzazioni francesi, le quali avevano creato nel Protettorato delle Sezioni Locali, con lo scopo di creare proseliti politici⁴⁴. Mohamed Ali tornato in Tunisia nel 1920 dopo un volontario esilio in Turchia e in Germania, volle creare nel 1924 un sindacato tunisino, per

⁴² Settore in cui la donna ha fatto rapidamente il suo ingresso è quello politico (11 donne vennero elette Consigliere Comunali nelle elezioni amministrative del 5 maggio 1957).

⁴³ Le donne definirono Burghiba : "due volte liberatore" si veda in proposito G. DI MAGGIO "Habib Burghiba" Ed 1960.

⁴⁴ Ad esempio in Tunisia è sempre esistita una sperequazione di salari tra lavoratori anche di una stessa categoria, a scapito degli indigeni.

difendere i diritti dei lavoratori precisamente la C.G.T.T. (Confederazione Generale dei Lavoratori- Travailleurs- Tunisini).

La terza e più fortunata organizzazione di un sindacalismo nazionale tunisino doveva essere compiuta nel 1944 da un antico militante della C.G.T. Ferthat Hached, lasciata la C.G.T. fondò nel 1944 la U.G.T.T. (Unione Generale dei Lavoratori Tunisini).

Il Presidente Burghiba la considerò elemento vitale, base dello Stato democratico, infatti il governo tunisino favorì a Sfax e Tunisi la creazione di moderne “Camere del Lavoro”. Una notevole attività si svolse intorno a questa modernizzazione del diritto del Lavoro, come prime misure si ebbero: 1) l’abrogazione del 4 del Codice Doganale⁴⁵; 2) l’istituzione di una “Commissione permanente del commercio estero” con il compito di: a) coordinare la preparazione dei piani e programmi di importazioni ed esportazione e degli accordi commerciali; b) messa a punto di quei piani programmi e accordi; c) seguirne l’esecuzione; 3) l’istituzione di un fondo di garanzia per l’incoraggiamento degli investimenti esteri in Tunisia.

La materia di Educazione Nazionale

Durante il Protettorato in Tunisia esistette una vasta organizzazione per l’insegnamento pubblico e privato. Il 6 maggio 1883 i Francesi attraverso un Decreto beycale crearono la “Direction Généralé de l’Enseignement”. Dal 1882 a 1955 fu compiuta in Tunisia una vasta opera per l’insegnamento pubblico, la principale preoccupazione della Francia è stata la “Francesizzazione dell’ambiente”. La creazione delle scuole francesi in Tunisia, apportò un incentivo alla cultura e alle conoscenze in genere, limitate a poche classi sociali tra gli indigeni, tra le grande

⁴⁵ Decreto beycale del 4/6/1957.

masse popolari vi rimasero fuori. Durante il Protettorato in Tunisia a parte le scuole coraniche e l'Università el-Zituna, nonché le scuole rabbiniche vi erano Scuole Primarie⁴⁶, Scuole Secondarie⁴⁷, Scuole Superiori⁴⁸. Il governo tunisino rivolse la sua attenzione in primo luogo sulle aule scolastiche, creando nel 1956 nuove classi all'interno del Paese (500 aule scolastiche), in secondo luogo si intraprese un ammodernamento dei programmi di insegnamento, altro provvedimento è stato quello emanato intorno all'insegnamento privato in Tunisia e alla nazionalizzazione delle scuole coraniche. Burghiba aveva come obiettivo l'arabizzazione dell'insegnamento e l'unificazione dell'insegnamento pubblico in Tunisia⁴⁹.

Per la formazione degli insegnanti maschili e femminili delle scuole primarie si crearono le "Scuole Normali", per l'insegnamento primario si potenziarono soprattutto le scuole femminili. Per le scuole secondarie invece, venne creata la Scuola normale superiore, frequentata da studenti tunisini d'ambo i sessi. Una Scuola Superiore di Diritto prese il posto del corso di "Legislazione e Diritto tunisini" Il Decreto beycale del 21 giugno 1956 riformando un istituto preesistente creava la "Scuola Nazionale di Amministrazione".

Nella fine del dicembre 1957 il governo tunisino operò una radicale riforma dell'insegnamento in Tunisia.

La materia di Difesa Nazionale

La Tunisia Stato sovrano e indipendente doveva possedere secondo il Protocollo del 20 marzo 1956, una Forza Armata Nazionale, tutore di quella indipendenza e

⁴⁶ Scuole: con insegnamento francese, riservate ad europei e israeliti, miste in lingua araba e francese per i musulmani; materne, governative italiane, riservate agli italiani aperte anche ad altri studenti.

⁴⁷ Liceo Francese a Lycée Carnot, il College Sadiki riservato ai musulmani, per un ulteriore approfondimento si veda G. DI MAGGIO "Habib Burghiba" Ed 1960.

⁴⁸ Ecole Supérieure de Langue et Littérature arabes; Ecolè des Beaux-Arts de Tunis.

⁴⁹ Il 26/4/1956 con un decreto che istituì il diploma tunisino per le scuole elementari, per gli istituti secondari il diploma con un decreto del 27/4/1957 dal Ministro dell'Educazione Nazionale.

sovranità. Il Decreto beycale del 10 settembre 1956 ha istituito la Guardia Nazionale.

In secondo luogo venne la formazione del primo nucleo dell'Armata Nazionale Tunisina, con il Decreto 3 maggio 1956 venne ristabilito "il Ministero della Guerra", mutato successivamente in Ministero della Difesa Nazionale⁵⁰.

Il decreto 30 giugno 1956 istituì l'esercito tunisino, mentre con il decreto 10 gennaio 1957 si istituì il servizio di leva obbligatorio per tutti i tunisini ventenni⁵¹.

4.4 Riforme in materia di Affari Esteri e Diplomazia

Prima del Protettorato il governo tunisino aveva il suo Ministro degli Affari Esteri, con il Protettorato Francese, il Ministero degli Affari Esteri continuò ad esistere, ma il titolare ne divenne il Residente Generale della Repubblica Francese in Tunisia.⁵² Il 3 maggio 1956 si intese ristabilire il Ministero degli Affari Esteri, titolare del dicastero era lo stesso Presidente Burghiba, all'epoca anche Presidente del Consiglio dei Ministri.

4.5. Riforme in materia di Informazione, Stampa e Radiotelevisione

Il Decreto beycale del 31 maggio 1956 ha istituito il "Sottosegretario di Stato alle Informazioni" avendo il compito di sovrintendere alle questioni relative alla stampa, radiodiffusione, televisione e cinematografia.

⁵⁰ Dopo il 25 luglio 1957 divenne Segretariato di Stato alla Difesa Nazionale, di cui il primo titolare fu il Presidente Burghiba.

⁵¹ Lo stesso decreto organizzava L'esercito Tunisino nei suoi quadri generali, nei gradi, nelle divise e nelle incompatibilità per le cariche politiche. Una disposizione materiale del 12 gennaio 1957 stabilì la composizione delle Armi ripartendole in Armata di terra, di marina e dell'aria.

⁵² Il decreto beycale del 9/6/1881 attribuiva anche se non in modo esplicito le funzioni del Ministero degli Affari Esteri al Residente Generale Francese.

Il “Sottosegretario di Stato alle Informazioni” aveva la qualifica e rango di Ministro, con il compito di favorire una maggiore comprensione della vita tunisina dei problemi dello Stato tunisino.

A capo di questo Ministero era stato posto un giovane preparatissimo e di valore: Bescir ben Yahmed, giornalista e direttore del settimanale “Action”.

Due importanti decreti si hanno per quanto riguarda la legislazione in materia di giornalismo, stampa e radiotelevisione. 1) Il 10 gennaio 1957 che crea “l’Istituto tunisino della Stampa”, per la formazione e la preparazione professionale del giornalista; 2) il Decreto beycale del 25 aprile 1957 che crea dotandola di uno statuto particolare per le finalità e i mezzi finanziari la “radiodiffusione-televisione tunisina”.

4.6. Riforme dei codici di statuto personale

La magallat al-ahwal al-shakhsiyya tunisina

Habib Bourguiba proclama⁵³ nel 1955 : “ nulla è possibile senza la donna” è l’inizio di una profonda riforma della famiglia e della società, nel 1956 compare firmato da Lamine Bey il nuovo codice di Statuto Personale. In 213 articoli si esaminano punti di enorme importanza:

- Il matrimonio è fondato sul libero consenso dei due sposi (art. 3).
- Il diritto di costrizione matrimoniale del padre o del tutore è abolito.
- L’età era rigorosamente fissata a 15 anni compiuti per la donna e a 18 per gli uomini (art.5), modificato dalla legge n. 1/1964 del 20 febbraio 1964, ratificato poi dalla legge n. 1/1964 del 21 aprile 1964, nonché di recente dalla

⁵³Riprendendo il pensiero di TAHAR HADDAD.

legge n.32/2007 del 14 maggio 2007. Quest'ultima ha fissato l'età matrimoniale a 18 anni per entrambi.

- La poligamia è proibita
- Il tribunale fissa il luogo di residenza, la tutela dei figli e l'ammontare degli assegni familiari.
- Il ripudio è sostituito dal divorzio giudiziario su richiesta del marito o della moglie (art. 30).

Nel 1958 in opposizione netta con la tradizione coranica alla quale tuttavia, il nuovo statuto si richiama viene autorizzata l'adozione.

La costituzione approvata nel 1959, stabilisce l'uguaglianza tra l'uomo e la donna. Le figlie possono beneficiare integralmente l'eredità materna⁵⁴, a discapito dei parenti maschi.

Nel 1964 viene stabilito che l'età legale per il matrimonio è di 17 anni per la donna e 20 per l'uomo. Nel 2007 invece è stato statuito che l'età matrimoniale è di 18 anni sia per l'uomo che per la donna.

Nel 1973 una circolare proibisce che vengano celebrati e registrati matrimoni tra donne musulmane e uomini non musulmani. I tribunali frenano l'applicazione delle riforme e rifiutano di applicare gli articoli che riguardano l'adozione, gli assegni familiari, l'eredità ai congiunti non tunisini in caso di matrimonio misto.

Nel 1981 una legge affida alla madre la tutela dei figli minori in caso di morte o di incapacità del marito senza che sia necessario di ricorrere al giudice.

Lo Statuto personale si applica a tutti i tunisini, senza distinzione di religione. L'articolo 23 prevede il divorzio a danno della figlia se contravviene al dovere di obbedienza che resta in vigore⁵⁵.

⁵⁴ La vedova, anche senza figli, può essere l'unica erede del marito.

Nel 1985, mentre la Tunisia firma la Convenzione di Copenhagen che bandisce ogni forma di discriminazione tra i sessi, la Lega Tunisina per i Diritti dell'Uomo favorisce dibattiti in senso restrittivo.

In questa situazione confusa nel 1987 assume la presidenza della Repubblica Ben Ali. Nel agosto del 1992 sulla base di un rapporto di una Commissione istituita si propose di rivedere gli articoli dello statuto.

L'art. 23 viene modificato e il dovere di obbedienza della donna abolito⁵⁶. Il 13 agosto 1993, festa della donna e della famiglia, viene inaugurato un osservatorio sulla condizione femminile. In Tunisia quindi il desiderio di opportunità si è espresso nello Statuto Personale.

Infine, un importante riforma si è avuta nel 2008, mediante la modifica dell'art.56 e l'introduzione dell'art.56 bis C.S.P.

Tali disposizioni, prevedono una doppia protezione civile e penale per quanto riguarda il diritto di alloggio alla madre o alla persona che si occupa della custodia dei bambini; salvaguardando maggiormente gli interessi del minore.

5. Il codice dello Statuto Personale in Tunisia

Il codice di Statuto Personale è la legge promulgata il 13 agosto 1956, emendata in diverse occasioni in particolare nel luglio del 1993, nel 2007 e di recente nel marzo 2008.

Esso comprende 213 articoli che ricoprono soprattutto i seguenti settori: fidanzamento, matrimonio, divorzio e l'eredità.

⁵⁵ Il marito può in contrasto con il Codice del Lavoro, opporsi al lavoro della moglie “ per gravi motivi che minacciano la vita della coppia.

⁵⁶ “Il matrimonio e il diritto di famiglia nel Maghreb” Guida sociale di GABRIELE CRESPI Quaderni I.S.M.U. 1997.

5.1 La promessa di matrimonio (il fidanzamento)

La promessa di matrimonio impegna le parti ad un futuro matrimonio, può essere fatta dagli interessati o dalla famiglia.

La ragazza in linea di principio, deve essere consultata e deve esprimere il proprio accordo.

La promessa verbale è pubblica, ma la legge non pone obblighi poiché non si tratta di un impegno giuridico⁵⁷.

Infatti, il diritto alla costrizione matrimoniale da parte del tutore matrimoniale non esiste più. **Libro I (Il matrimonio): Art.1:** “La promessa di matrimonio e lo scambio di promesse non costituiscono matrimonio, il giudice non potrà imporre l’esecuzione alle parti”. **Art 2:** “Ciascuno dei fidanzati ha diritto alla restituzione dei regali offerti all’altro, salvo rottura di promessa o patto contrario”.

5.2 Il Matrimonio (*nikah*)

Il matrimonio è formato soltanto dal consenso dei due sposi. La presenza di due testimoni onorevoli e la fissazione di una dote a favore della donna sono, richieste per la validità del matrimonio⁵⁸.

La prova del matrimonio dunque, deve essere portata da un atto autentico, con le condizioni previste dalle ulteriori leggi.

Riguardo ai matrimoni celebrati all’estero, la prova sarà data secondo le leggi del Paese in cui il matrimonio è celebrato. I due futuri sposi non devono trovarsi in uno dei casi previsti dal legislatore.

Inoltre, in passato era previsto che l’uomo prima dei 20 anni compiuti e la donna prima dei 17 anni compiuti non potevano contrarre matrimonio.

⁵⁷ Codice dello Statuto Personale Libro I (Il matrimonio) Art.1, Art.2 (modificato dalla legge 93/74 del 12/7/1993).

⁵⁸ Art 3 Codice dello Statuto Personale Tunisino 1956.

Attualmente invece, con la legge 14 maggio 2007 che ha modificato l'articolo 5 del C.S.P., l'età matrimoniale per l'uomo e per la donna è stata fissata ad anni 18. Al di sotto di questa età il matrimonio non può essere contratto se non con una autorizzazione speciale del giudice che lo accorderà per motivi gravi, nell'interesse dei due futuri sposi⁵⁹.

Il matrimonio del minore è subordinato al consenso del suo tutore e di sua madre, in caso di rifiuto di questi è investito il giudice.

Contro l'ordinanza che autorizza il matrimonio non si può fare ricorso. Esso è valido solo dopo il consenso del curatore, il quale prima della consumazione del matrimonio, può chiederne l'annullamento al giudice⁶⁰

Wali an-nikah (curatore matrimoniale)

Il *Wali an-nikah* (curatore matrimoniale) del minore è il parente più prossimo in linea maschile, egli deve essere sano di spirito, di sesso maschile, maggiorenne. Il padre o il suo mandatario consente al matrimonio di suo figlio minore che sia maschio o femmina, se non c'è tutore il consenso è dato dal giudice⁶¹.

L'uomo o la donna possono contrarre matrimonio anche per mandatario, per il minore è necessaria la procura.

Il mandatario può a sua volta dare mandato ad un terzo senza l'autorizzazione del mandante.

La procura deve a pena di nullità essere stabilita con un atto autentico e deve espressamente comportare la designazione dei futuri congiunti⁶².

⁵⁹ Art. 5(Modif. dal decr. Legge n 64/1 del 20 febbraio 1964 ratificato dalla legge n 64/1 del 21 aprile 1964) del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956, modificato nel 2007 dalla legge 32/2007 del 14 maggio.

⁶⁰ Art 6-7 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

⁶¹ Art 8 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

⁶² Art 9-10 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

All'interno del contratto di matrimonio può essere inserita una clausola o una condizione relativa alla persona o ai beni. In caso di non realizzazione o di inesecuzione della clausola il matrimonio può essere sciolto per divorzio. Questo scioglimento non dà diritto ad indennità se esso ha luogo prima della consumazione del matrimonio⁶³.

5.3 Gli impedimenti al matrimonio: permanenti e provvisori

Gli impedimenti al matrimonio permanenti:

Vincoli di sangue (*nasab*): L'impedimento di parentela proibisce il matrimonio tra: ascendenti e discendenti, fratello e sorella, una persona e i discendenti dei suoi fratelli e delle sue sorelle; tra colui che adotta (*tabanni*) e colui che è adottato dal suo discendente; tra colui che è adottato e il congiunto di colui che adotta; figli adottati da una stessa persona; l'uomo e gli ascendenti della propria moglie; l'uomo e la moglie dei suoi ascendenti e discendenti⁶⁴.

In forza di latte o l'allattamento (*rada*)

Il matrimonio tra un ragazzo e una ragazza che sono stati allattati dalla stessa nutrice nel corso dei primi due anni di vita costituisce un impedimento permanente.

La proibizione non si estende ai fratelli e sorelle dei due bambini allattati.

L'allattamento comporta gli stessi impedimenti della parentela e delle affinità⁶⁵(*musahara*).

Proibizione del matrimonio per triplice ripudio (*talaq tulati*)

Il matrimonio tra due persone che sono stati sposati e hanno divorziato tre volte⁶⁶.

⁶³ Art 11 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

⁶⁴ Art 15-16 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

⁶⁵ Art 17 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

⁶⁶ Art 19 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

Gli impedimenti al matrimonio provvisori

Precedenti vincoli matrimoniali:

Non è consentito sposarsi con un uomo o una donna il cui primo matrimonio non sia risolto. La donna che contrae matrimonio con un uomo già sposato può essere condannata ad un anno di prigione e/o ad un'ammenda di 240 dinari⁶⁷ se sarà provato che era a conoscenza del primo matrimonio.

Anche all'uomo sono applicate le stesse pene. Incorre nelle stesse pene chiunque avendo contratto matrimonio fuori delle forme previste dalla legge 57/3 del 1 agosto 1957, che regolamenta lo Stato Civile, conclude una nuova unione e continua la vita comune con il suo primo congiunto.

Una grande innovazione del Codice dello Statuto Personale della Tunisia del 1956 è introdotta dall'**art 18** (modif. dalla legge 58/70 del 4 luglio 1958 e dal Decreto Legge 64/1 del 20 febbraio 1964) il quale interdice la poligamia⁶⁸.

Il Ritiro legale (*idda*)

La donna vedova o divorziata non può contrarre nuovo matrimonio, se non incinta osserverà un termine di ritiro legale⁶⁹ di tre mesi compiuti a partire dalla data della sentenza di divorzio.

La donna vedova potrà risposarsi allo scadere del periodo di quattro mesi e dieci giorni a partire della data di scomparsa o di morte del primo marito.

Nel caso in cui la donna sia incinta il periodo prescritto terminerà con il parto⁷⁰. La donna divorziata può risposarsi con il marito precedente senza attendere la fine del periodo di vedovanza.

⁶⁷ La pena è applicata anche se il matrimonio non è stato contratto conformemente alla legge.

⁶⁸ E' proibita anche la bigamia.

⁶⁹ Libro Terzo Art. 34, 35, 36 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

⁷⁰ La durata massima della gravidanza è di un anno a partire dalla sentenza di divorzio o dal decesso del marito.

La Differenza di culto

Non esiste in Tunisia una legge che impedisca il matrimonio di una cittadina musulmana con un non musulmano.

Lo Stato ha inoltre ratificato nel 1967 la Convenzione Internazionale che proclama l'uguaglianza tra l'uomo e la donna in rapporto alla scelta del coniuge, senza discriminazione di razza, sesso e di religione.

Tuttavia, nella pratica il matrimonio di una tunisina musulmana con un non musulmano non può essere celebrato in obbedienza a una circolare ministeriale del 1973.

Se un tale matrimonio è celebrato all'estero non può essere trascritto sui registri tunisini di stato civile e di conseguenza non verrà riconosciuto in Tunisia. La conversione alla religione musulmana annulla l'impedimento.

Tale conversione è sottoposta a un periodo di osservazione che può durare mesi, colui che presenta richiesta dovrà sostenere un esame volto a dimostrare la sua conoscenza dell'Islam. Alla donna musulmana che sposa un musulmano non è richiesta la conversione

5.4 Nullità del Matrimonio

I matrimoni irregolari sono nulli. La nullità⁷¹ è proclamata dal tribunale su richiesta della persona interessata (sposo, tutore, madre, pubblico ministero).

E' colpita da nullità l'unione che comporta una clausola contraria alle condizioni essenziali del matrimonio o che è conclusa in contravvenzione alle disposizioni dell'art.3, 1° comma, dell'art.5 e degli artt.15, 16, 17, 18, 19, 20 del Codice dello Statuto Personale della Tunisia.

⁷¹ Art.21 (modif. dal Decr. Legge n 64/1 del 20/2/1964 ratificato dalla legge 64/1/ del 21/4/1964).

La consumazione del matrimonio nullo comporta i seguenti effetti: a) il diritto della donna di reclamare la dote fissata dall'atto di matrimonio o dal giudice; b) l'accertamento dei legami di filiazione; c) l'obbligo per la donna di osservare il termine di ritiro legale che decorre a partire dalla separazione; d) gli impedimenti al matrimonio risultanti dall'affinità questo è ciò che prevede **l'art. 22**.

Conseguenze civili:

- 1) Il matrimonio non consumato. In questo caso il matrimonio non esiste e gli sposi sono considerati liberi. A differenza del divorzio⁷² che annulla il matrimonio per il futuro, la nullità lo rende inesistente a partire dal giorno in cui è stato celebrato.
- 2) Il matrimonio consumato. La donna può reclamare la dote fissata nel contratto, nel caso ciò non sia stato fatto, la fisserà il giudice.

I figli nati dal matrimonio sono legittimi ed è riconosciuto il legame di filiazione con il padre. Per risposarsi la donna deve osservare il periodo di astinenza.

Conseguenze Penali:

- 1) Un anno di carcere per la persona che conclude un matrimonio prima della dissoluzione del primo;
- 2) Tre mesi di carcere per gli sposi il cui matrimonio non sia stato ratificato da due notai o da un ufficiale di stato civile;
- 3) Sei mesi di carcere per gli sposi il cui matrimonio è stato giudicato nullo e che continuano o riprendono la vita comune⁷³.

Elemento costitutivo del matrimonio: La dote (*mahr*)

La dote può essere costituita da ogni bene lecito valutabile in denaro, essa appartiene alla sposa. Il marito non può se non ha pagato la dote, costringere la moglie alla consumazione del matrimonio.

⁷² Art 29 Libro II "Il Divorzio" Codice dello Statuto Personale della Tunisia 1956.

⁷³ Questi ultimi due casi riguardano il delitto di "matrimonio al di fuori delle forme legali" introdotto dal legislatore del 1957.

Dopo la consumazione dello stesso, la moglie creditrice della sua dote, non può reclamare il pagamento.

La mancanza di pagamento da parte del marito non costituisce causa di divorzio⁷⁴. Il legislatore non ha previsto per la dote un tetto né minimo, né massimo, la pratica attuale, è quella di stipulare una dote simbolica.

Il suo ammontare dovrebbe essere inserito nel contratto, il quale resta valido anche se la somma non è specificata.

La dote quindi è un diritto della donna, che resta la sola beneficiaria e può esigerne il pagamento prima della consumazione del matrimonio, se non viene pagata ella può richiedere la somma in qualunque momento.

Se il matrimonio è consumato prima del pagamento, la donna è libera di reclamarla o meno.

5.5 Documenti da presentare per il matrimonio

- 1- Estratto atto di nascita il quale serve a notai e all'ufficiale di stato civile verificare se i fidanzati non hanno già contratto matrimonio e che abbiano raggiunto l'età legale per il matrimonio. Quest'atto deve essere rilasciato dal comune del luogo di nascita.
- 2- Certificato medico pre-matrimoniale rilasciato da non più di due mesi dal momento della celebrazione del matrimonio.

Attraverso questo atto il medico⁷⁵ attesta di aver sottoposto il soggetto ad un esame radiologico, sierologico e certifica di aver dato ai futuri sposi consigli di ordine genetico sui matrimoni tra consanguinei e sulla pianificazione delle nascite. In caso di scoperta di malattia grave o contagiosa avvertirà il suo

⁷⁴ Art 12 (modif. da legge 93/74 del 12/7/1993); Art 13 Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

⁷⁵ In conformità alla circolare ministeriale del 19/12/1985.

paziente, ma non potrà impedirne il matrimonio né avvertire l'altro in quanto egli è tenuto ad osservare il segreto professionale.

- 3- Autorizzazione del tutore matrimoniale: è necessaria quando gli sposi o uno di essi sono minori.
- 4- Autorizzazione del giudice. Questa è necessaria quando gli sposi o uno di essi non hanno la maggiore età matrimoniale. I fidanzati possono ricorrervi quando l'autorizzazione al matrimonio sia stata rifiutata. Il giudice competente è il presidente del Tribunale di prima istanza del luogo di residenza dello sposo minore. Il matrimonio concluso senza l'autorizzazione del tutore, ma autorizzato dal giudice è valido.

Il matrimonio della minorenne all'estero e senza il consenso del tutore matrimoniale e del giudice è nullo. La straniera che contrae matrimonio in Tunisia deve presentare un certificato consolare che attesti la sua capacità di contrarre matrimonio. La stessa autorizzazione è necessaria anche per lo straniero che si sposa in Tunisia.

- 5- Atto di morte del primo coniuge, è necessario se gli sposi o uno di essi è vedovo.
- 6- L'atto autentico delle clausole particolari, clausole specifiche possono essere inserite nel contratto di matrimonio, autenticate prima della celebrazione del medesimo.
- 7- Documento d'identità per ciascuno dei due sposi.
- 8- Il matrimonio con un cittadino italiano è valido se celebrato davanti ai funzionari diplomatici o consolari tunisini o se è celebrato conformemente alla legge italiana davanti alle autorità locali competenti. In quest'ultima ipotesi esso deve essere trascritto a cura degli sposi entro i tre mesi

successivi alla sua conclusione del registro dei matrimoni presso il Consolato di Tunisia più vicino⁷⁶.

5.6 Modalità di celebrazione del matrimonio

Il matrimonio deve essere celebrato :

- alla presenza di due notai nel loro studio o presso il domicilio di uno degli sposi oppure in un altro luogo.
- Davanti a un ufficiale di Stato civile in qualunque Municipio della Repubblica.
- Alla presenza di funzionari consolari o diplomatici tunisini, per i tunisini residenti all'estero.
- Secondo la legge del Paese nel quale il matrimonio deve essere celebrato.

Per quanto riguarda l'ufficiale di stato civile egli ha il compito di:

- 1- Leggere i documenti presentati dagli sposi.
- 2- Leggere gli articoli del Codice dello Statuto Personale che riguardano i diritti e i doveri degli sposi.
- 3- Chiedere agli sposi se consentono il matrimonio per la libera scelta
- 4- Chiedere l'autorizzazione del tutore matrimoniale e della madre se uno degli sposi è minorenne.
- 5- Chiedere alla donna se il marito ha menzionato la dote
- 6- Celebrare il matrimonio in nome della legge

Inoltre, il funzionario trascrive l'avvenuto matrimonio sul registro di stato civile e consegna agli sposi l'atto di matrimonio e un libretto di famiglia che contiene:

- estratto di matrimonio degli sposi;
- estratti atti di nascita degli sposi;

⁷⁶ Il matrimonio non registrato presso il Consolato è valido se produce gli stessi effetti per gli sposi che possono riservarsi la facoltà di procedere alla registrazione in qualunque momento.

Origini della Tunisia e Statuto Personale

- estratti atti di nascita dei bambini nati dal matrimonio o in adozione;
- estratti atti di morte dei bambini deceduti prima della maggiore età;
- estratti atti di morte degli sposi.

I notai sono tenuti a registrare l'atto di matrimonio e trasmettere l'originale agli sposi, darne comunicazione all'ufficiale di stato civile del luogo di residenza degli sposi entro un mese.

I matrimoni non celebrati davanti a un ufficiale di stato civile o davanti a due notai sono nulli⁷⁷.

Il matrimonio in sintesi è un contratto civile la cui validità è subordinata alle seguenti menzioni obbligatorie: identità esatta dei due sposi, consenso reciproco, dichiarazione dei testimoni sullo stato libero degli sposi, menzione della dote che il marito si impegna a pagare alla moglie.

L'atto di matrimonio deve contenere:

- cognome, nome, professione, età, data, luogo di nascita, domicilio, residenza, nazionalità di ciascuno dei coniugi.
- cognome, nome, professione, età, data, domicilio, residenza, nazionalità di ciascuno dei genitori dei nubendi
- la dichiarazione dei due testimoni secondo la quale i futuri sposi sono liberi da ogni legame matrimoniale;
- Dati relativi all'eventuale precedente coniuge di ciascuno dei futuri sposi e le date di decesso o di divorzio che hanno determinato lo scioglimento del vincolo;
- Consenso, autorizzazione voluta dalla legge, menzione dote.

Nel contratto di matrimonio possono essere inserite:

⁷⁷ Gli sposi sono punibili con una pena di tre mesi di carcere.

Clausole relative alle persone.

Il Codice dello Statuto Personale conferma la preminenza del marito nella relazione coniugale,⁷⁸ riprende una disposizione di diritto musulmano, la donna può fare inserire nel contratto il dovere, per il marito, a rispettare il diritto all'istruzione, al lavoro, alla libertà personale. Nel dubbio non bisogna evitare di consultare un avvocato.

Clausole relative ai beni.

Il regime previsto dalla legge è quello della separazione dei beni⁷⁹. E' utile per la donna inserire nel contratto una clausola che preveda, in caso di acquisto di un immobile durante la vita comune, l'attribuzione della proprietà ad entrambi in parti eguali.

Anche in queste ipotesi è preferibile consultare un avvocato. Se la legge non prevede clausole specifiche relative ai beni la legge impone ai coniugi il regime della separazione totale.

Gli interessi della donna possono salvaguardati dal regime di comunità per i beni acquisiti. Si possono dividere in tre categorie:

- Beni appartenenti alla donna al momento del matrimonio e beni acquisiti in seguito per eredità o donazioni specifiche.
- Beni appartenenti al marito al momento del matrimonio e beni acquisiti in seguito per eredità o donazioni specifiche.
- Beni comuni acquisiti durante il matrimonio.

⁷⁸ Art.11 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

⁷⁹ Art 24 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

I beni appartenenti a ciascuno dei coniugi restano sottoposti al regime della separazione assoluta.

Al momento della dissoluzione del matrimonio, per divorzio, decesso, la donna è proprietaria della metà. La Tunisia non riconosce il regime della comunità dei beni come conseguenza del matrimonio tra un cittadino tunisino e una cittadina italiana.

La legge italiana al riguardo non produce in Tunisia alcun effetto. Per le spose di nazionalità straniera, **l'art. 11** non consente loro di accedere alla proprietà immobiliare in base a un accordo raggiunto con lo sposo di nazionalità tunisina.

Le leggi Tunisine sulla proprietà immobiliare e sulle terre agricole sono di ordine pubblico: le terre agricole dal 1964 sono riservate ai soli cittadini tunisini.

Per gli immobili la proprietà è regolata da precisi testi di ordine pubblico.

Nessun atto di trasferimento di proprietà immobiliare a favore di un cittadino straniero può essere valido se non è prima stato autorizzato dal Governatore del luogo sul cui territorio si trova l'immobile.

5.7 Rapporti fra coniugi

Il matrimonio comporta diritti e doveri valutabili in denaro. Il Codice dello Statuto Personale in Tunisia, impone al marito considerato capo famiglia, l'obbligo di provvedere alla moglie e alla casa. La *nafaqa* (obbligo del mantenimento) assicura alla sposa il vitto, l'alloggio, gli effetti personali, le cure e tutto quanto è considerato necessario dall'uso e dal costume, in relazione alle entrate del marito e al livello di vita della moglie⁸⁰. L'obbligo del mantenimento compete al marito dopo la consumazione del matrimonio.

⁸⁰ Art.50: "Gli alimenti comprendono il nutrimento, l'abbigliamento, l'alloggio, l'istruzione e tutto ciò che è considerato necessario all'esistenza secondo usi e costumi" del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

Origini della Tunisia e Statuto Personale

La giurisprudenza considera il matrimonio consumato dal momento in cui il marito dopo la cerimonia ufficiale e pubblica del matrimonio, si isola con la propria moglie. L'isolamento comporta la dichiarazione di consumazione del matrimonio, anche se la donna è ancora vergine.

Nel periodo che intercorre tra la conclusione del contratto di matrimonio e la sua consumazione la donna non ha diritto alla *nafaqa*.

Se dopo al contratto matrimoniale non segue il matrimonio è necessario iniziare una procedura di divorzio presso il Tribunale. Non ha diritto alla *nafaqa* la moglie che abbandona il domicilio coniugale senza motivi legittimi.

La legge non prevede un modo per regolare il mantenimento, è raro che gli sposi inseriscano nel contratto le condizioni in quanto preferiscono lasciare la soluzione alla pratica quotidiana.

La moglie può ricorrere al giudice per obbligare il marito a versarle quanto previsto dal contratto matrimoniale.

La procedura è semplice non è richiesta la presenza di un avvocato, il giudizio anche in caso d'appello diventa immediatamente esecutivo.

La moglie può ottenere il blocco di una parte del salario del marito se egli si rifiuta di pagare il dovuto.

La moglie può ricorrere alla procedura di abbandono se il marito non ha un lavoro o ha abbandonato la famiglia senza lasciare un recapito, si tratta in questo caso di un delitto commesso dal marito⁸¹.

⁸¹ La pena è di tre mesi a un anno di carcere e/o da 100 a 1000 dinari di multa Art.53 bis del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

Nel luglio del 1993 il legislatore ha istituito un fondo di garanzia riservato alle donne divorziate. La legge 93/74 del 12 luglio 1993 ha instaurato una nuova relazione fondata sulla benevolenza e il reciproco rispetto, il marito anche se resta capofamiglia è tenuto a non portare pregiudizio alla moglie e deve rispettare l'integrità fisica. Sono stati modificati con la seguente legge:

L'art.43 il quale afferma: Hanno diritto agli alimenti: a) il padre; la madre; i nonni paterni di qualunque grado e i nonni materni entro il primo grado; b) i discendenti di qualsiasi grado.

L'art.44 "I figli agiati di due sessi sono tenuti a provvedere agli alimenti di coloro che si trovano nel bisogno tra i loro genitori, i loro nonni paterni di qualunque grado e i nonni materni di primo grado.

L'art.46 "Gli alimenti continuano ad essere dati ai figli fino al raggiungimento della maggiore età, oltre la maggiore età fino alla fine degli studi, ma non oltre il compimento dei 25 anni. La figlia continua ad avere diritto agli alimenti finché non disponga di risorse o non sia a carico del marito. Gli alimenti continuano ugualmente ad essere dati ai figli disabili incapaci di guadagnarsi la vita, senza riguardo alla loro età".

Art 52 "Gli alimenti sono accordati in proporzione al patrimonio in relazione ai bisogni dell'individuo e del costo della vita.

Al riguardo, la giurisprudenza attuale ha osservato che il montante della pensione alimentare deve essere rapportato al libero apprezzamento del giudice⁸².

Art 53 bis 1 comma "Chiunque condannato a pagare gli alimenti o a versare la rendita di divorzio, volontariamente rimarrà un mese senza adempiere a ciò che è

⁸² Cass.Civ.n.2241/2006 del 28 settembre 2006.

stato pronunciato contro di lui, è punito con la carcerazione da tre mesi ad un anno e con la multa da cento a mille dinari.

2 comma Il pagamento arretra l'azione giudiziaria, il processo o l'esecuzione della pena”.

L'art 56 modificato di recente⁸³, statuisce che le spese del bambino necessarie al mantenimento del minore sono prelevate sui suoi beni o su quelli del padre se il bambino non ha beni propri.

Il padre deve provvedere all'alloggio del bambino e del titolare della tutela dello stesso, se questo ultimo non ha un alloggio.

Inoltre, è stabilito un diritto di manutenzione nei luoghi a profitto del titolare della tutela quando il padre, proprietario della casa coniugale è costretto ad locarlo col bambino, questa diritto scompare con l'estinzione della causa.

Nell' ipotesi in cui il padre è costretto a concedere l'alloggio al titolare della tutela del bambino in un domicilio da lui affittato, egli deve continuare a pagare il canone di locazione finché non sia avvenuta l'estinzione della causa, limitatamente alla sua obbligazione.

Inoltre, se quest'ultimo è costretto al pagamento di una pensione di alloggio a profitto del possessore della cura ed il bambino, l'ammontare della pensione suddetta sarà determinato in proporzione al patrimonio del padre e dei bisogni del bambino in considerazione del costo della vita.

Il diritto alla manutenzione nei luoghi di colui che trae profitto, quale è il possessore della tutela e il minore al quale viene dato l'alloggio di proprietà del padre, non impedisce a quest'ultimo il diritto di venderlo a titolo oneroso, gratuito o ipotecario a condizione di menzionare questo diritto nello stabilire il trasferimento o l'ipoteca.

⁸³ I paragrafi 2 e 7 di questo articolo sono stati aggiunti all'articolo dalla legge n.20/2008 del 4 marzo 2008.

È possibile rivedere il giudizio relativo all'alloggio di chi ha la curatela, in caso di cambio di circostanze o situazione di necessità, in tale ipotesi il Tribunale statuisce sulla domanda di revisione conformemente alle procedure prescritte in materia di riferimento, pronunciandosi sui motivi di revisione in considerazione dell'interesse del bambino.

Le misure urgenti e relative al diritto all'alloggio del possessore della cura ed il suo bambino, previste dal giudice della famiglia, sono suscettibili di revisione, in concordanza alle procedure prescritte in materia.

L'articolo 56 bis⁸⁴ invece, istituisce una doppia protezione per quanto riguarda il diritto di alloggio alla madre o della persona che si occupa della custodia dei bambini.

Inoltre, esso prevede la possibilità per la madre che ha in affidamento i bambini di ricevere l'alloggio in affitto a spese del marito.

Tuttavia, qualora il padre del minore dovesse procedere a vendere il domicilio coniugale a un terzo, quest'ultimo potrebbe espellere i beneficiari (madre e figlio), risolvendo il contratto di locazione con il proprietario, determinando l'esclusione degli stessi per difetto di qualità.

Pertanto onde evitare tale in inconvenienti, il legislatore ha previsto una doppia protezione sia a livello civile che penale.

In primo luogo, sul piano civile il padre è tenuto a dare l'alloggio alla madre e al figlio di cui ella ha la tutela.

La donna beneficerà dunque, del diritto di mantenimento se i locali sono di proprietà del marito, mentre nell'ipotesi di alloggi locati, quest'ultimo sarà tenuto a pagare l'affitto ai locatori.

⁸⁴ L'art.56 bis è stato introdotto dalla legge n.20/2008 del 4 marzo 2008.

In secondo luogo, dal punto di vista penale il padre che cede scientemente a titolo oneroso, gratuito, l'abitazione coniugale, ovvero ipoteca l'immobile senza aver menzionato il diritto alla manutenzione nei luoghi, dal quale trae profitto il titolare della tutela ed il minore, incorrerà in una pena.

La sanzione penale prevista è la reclusione da 3 mesi ad 1 anno, con la multa da 100 a 1000 Dt⁸⁵.

La pena sarà la stessa per il padre del bambino che si rifiuta di pagare gli affitti in ritardo, anche quando quest'ultimo non provveda a pagare per un mese il canone di locazione previsto, così come stabilito con pronuncia del giudice.

5.8 Obblighi reciproci tra i coniugi (Art.23; Art.24⁸⁶)

Ciascuno degli sposi deve trattare il suo congiunto con benevolenza, vivere in buoni rapporti, evitare pregiudizi. Entrambi devono:

- compiere i loro doveri coniugali conformemente agli usi e costumi,
- cooperare per la guida degli affari di famiglia: educare bene i figli, gestione degli affari di quest'ultimi compresi l'insegnamento, i viaggi, le transazioni finanziarie.

Il marito in quanto capofamiglia deve provvedere ai bisogni della sposa e dei figli nella misura dei suoi mezzi e secondo il loro stato nel quadro delle componenti della pensione alimentare.

La moglie deve contribuire alle spese della famiglia se essa ha dei beni⁸⁷.

In relazione all'art.23 del C.S.P. la Suprema Corte di recente ha rilevato che il pregiudizio materiale della donna derivante dalla privazione di una vita

⁸⁵ Da 55 a 550 Euro. Il padre non può essere perseguito cumulativamente, la regolarizzazione comporta il proseguo del processo o l'esecuzione della pena.

⁸⁶ Modificati anche essi dalla legge 93/74 del 12 luglio 1993.

⁸⁷ Sui beni di proprietà della moglie il marito non ha potere di amministrazione si veda in proposito l'art.24 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

dignitosa, non costituisce causa di divorzio, poiché il marito, capofamiglia ha il compito di provvedere ai bisogni alimentari.

Tale responsabilità è accessoria e non principale⁸⁸.

5.9 Contestazione fra coniugi

Art 25. Se uno degli sposi si lamenta di qualsiasi fatto che gli porta pregiudizio da parte dell'altro sposo senza poterne presentare la prova, se il giudice non può determinare lo sposo responsabile, egli deve nominare due arbitri. Questi studiata la situazione devono nella misura del possibile riconciliare gli sposi.

Art.26 Se oggetto della contestazione è la proprietà di beni che si trova nel domicilio coniugale in assenza di prove, si darà diritto alla pretesa di ciascuno degli sposi, che sotto giuramento potranno appropriarsi dei loro beni. Se i beni contestati sono merci essi saranno attribuiti sotto giuramento a chi fra gli sposi ne ha fatto commercio. I beni indifferentemente posseduti da uomini e donne saranno dopo giuramento da parte degli sposi, divisi tra loro.

6. La Custodia (*hadana*)⁸⁹

La custodia consiste nell'allevare il bambino e nel provvedere al suo alloggio⁹⁰, si considera sempre il bene dei figli, ciò significa che vengono affidati alla madre.

L'art. 58 esige: “che chi la esercita si maggiorenne, sano di mente, onesto, in grado di provvedere alle necessità del bambino e indenne da qualunque malattia contagiosa. Il titolare del diritto di custodia⁹¹ di sesso maschile, deve avere a sua disposizione una donna che assicuri i carichi della custodia.

⁸⁸ (Cass. Civ. n.1716 del 6 ottobre 2005).

⁸⁹ Libro V Art 54-67 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

⁹⁰ Art 54 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

⁹¹ L'art 58 è stato modificato anche esso dalla legge 93/74 del 12 luglio 1993.

Colui che avrà la custodia del bambino di sesso femminile dovrà avere con questi uno stretto grado di parentela.

Il titolare del diritto di custodia di sesso femminile non deve essere sposato, salvo che il giudice decida il contrario nell'interesse del bambino o se il marito è parente a un grado proibito del bambino o tutore di questi.

Stessa cosa, se il tutore del diritto di custodia si astiene dal reclamare il suo diritto per un anno dopo aver preso conoscenza della consumazione del matrimonio, o che la donna sia nutrice o nello stesso tempo madre e tutrice del bambino”.

La custodia è accordata di norma anche alla madre anche straniera, a condizione che risieda in Tunisia al fine di assicurare ai figli un'educazione in un ambiente arabo-musulmano.

La custodia è decisa in sede di udienza di conciliazione. Esso può essere revocata o confermata dal tribunale in fase di emissione di giudizio.

L'interesse del bambino può rendere necessaria la modifica della decisione. La modifica dell'attribuzione della custodia si chiede presentando richiesta al tribunale competente, anche senza l'intervento dell'avvocato.

La richiesta per essere esaminata ha bisogno di provare che l'interesse del bambino lo esige. Una madre italiana che risiede in Tunisia con il marito non può cambiare residenza e stabilirsi in Italia se il padre resta in Tunisia, poiché perderebbe in questo modo i suoi diritti. **Art 59** “La titolare del diritto di custodia di una confessione diversa da quella del padre del bambino, non potrà esercitare questo diritto che fino al compimento dei 5 anni del bambino se non ci sarà motivo di temere che egli sia educato ad una religione diversa da quella del padre.

Le disposizioni del presente articolo non si applicano quando il diritto di custodia è esercitato dalla madre”.

Il legislatore del 1993 ha introdotto il delitto di violenza coniugale stabilendo sanzioni civili e penali.

Sanzioni penali. Le violenze e le vie di fatto dello sposo nei confronti della moglie sono passibili di due anni di carcere e di una ammenda di 2000 D.T⁹². La premeditazione porta ad un aggravio della pena che passa a tre anni di carcere e dell’ammenda che passa a 3000 D.T⁹³. La vittima dispone di un diritto di grazia.

Sanzioni civili.

La violenza può essere motivo di divorzio, in questo caso la donna ha diritto di lasciare il domicilio coniugale. A tale scopo occorre provare il fatto con certificato medico e testimonianze.

6.1 La fedeltà coniugale e il diritto di visita

La fedeltà coniugale

Il marito e la moglie⁹⁴ sono tenuti alla reciproca fedeltà. Lo sposo che non rispetta questo dovere è passibile di una pena di cinque anni di carcere per adulterio. L’atto è perseguibile su presentazione di denuncia della parte lesa che ha in ogni modo la possibilità di ritirarla in qualunque momento. L’adulterio è motivo di divorzio.

Il diritto di visita

Il diritto di visita consente al genitore che non ha la custodia dei figli di vederli o rendendo loro visita presso il loro domicilio o portandoli con sé per un periodo di tempo stabilito o incontrandoli presso un posto di polizia.

⁹² 1652.66 Euro l’equivalente di 3200000 Lit.

⁹³ 2582.22 Euro l’equivalente di 5000000 Lit.

⁹⁴ Nessuna disposizione obbliga la donna a portare il cognome del marito, l’abitudine è di menzionare il cognome del marito sui documenti d’identità della moglie.

Le modalità e gli accordi per il diritto di visita sono stabiliti nel momento stesso del divorzio.

Il giudice può stabilire che il figlio sia accompagnato dal padre nell'esercizio del diritto di visita della madre.

Esso si può chiedere presentando richiesta al tribunale competente. La data dell'udienza deve essere comunicata almeno tre mesi prima. In casi di estrema urgenza il Presidente del Tribunale può ridurre il termine a qualche ora, il giudizio deve essere regolarmente notificato al destinatario.

A garantire una maggior tutela a questo diritto è intervenuto di recente il legislatore, attraverso la legge del 6 marzo 2006 n.10⁹⁵.

Quest'ultima prevede la modifica dell'art.66 con l'aggiunta del secondo paragrafo e la nuova introduzione dell'art.66 bis.

Il paragrafo su indicato prevede che: "il Giudice della famiglia decreta sulla richiesta di esercizio del diritto di visita secondo le procedure assegnate".

L'articolo 66bis invece, stabilisce che nel caso di decesso di uno dei genitori il diritto di visita venga trasferito ai nonni; evidenziando che il giudice della famiglia decide secondo gli interessi del minore.

6.2 La Tutela (*wilaya*)

La tutela consiste nell'agire in nome del figlio minore per tutti gli atti della vita, quali la firma di contratti, l'iscrizione a scuola o all'università, la richiesta di documenti come la carta d'identità e il passaporto.

La tutela dura fino a quando il bambino non ha raggiunto la maggiore età, fissata a 20 anni, sia per i maschi che per le femmine.

⁹⁵ La legge del 6 marzo 2006 n.10 è stata discussa ed adottata dalla chambre des députés il 21 febbraio 2006 e dalla chambre conseillers il 2 marzo 2006. Pubblicata sul Journal Officiel de la République Tunisienne (JORT) il 6 marzo 2006.

La tutela per principio appartiene al padre, se la madre è divorziata ha la patria potestà acquista automaticamente la tutela per quanto riguarda: i viaggi del figlio, gli studi, la gestione dei conti in banca (legge 93/74 del 12/7/93). Il giudice può affidare la tutela alla madre che ha la custodia del bambino, se il tutore si trova impedito ad assicurarne l'esercizio, fa prova di comportamento abusivo della sua missione, trascura di adempiere convenientemente gli obblighi derivanti dalla sua carica, o si assenta dal suo domicilio e diventa senza domicilio conosciuto o per qualsiasi causa che porta pregiudizio all'interesse del bambino⁹⁶.

Per ottenere il passaporto è necessaria l'autorizzazione del padre dopo la promulgazione dell'art.233 del nuovo Codice che specifica che entrambi i genitori sono chiamati alla gestione degli interessi del figlio; tale l'autorizzazione può essere accordata dal giudice⁹⁷.

In relazione a quanto sopra esposto la recente giurisprudenza ha evidenziato che il diritto di tutela deve essere rapportato all'età, all'educazione e alla tutela dello stesso⁹⁸.

La Suprema Corte al riguardo, ha affermato recentemente che l'attribuzione della tutela del bambino alla madre si fonda sul libero apprezzamento del giudice⁹⁹.

⁹⁶ Art 67 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

⁹⁷ Per lasciare la Tunisia la madre deve provare mediante presentazione di copia della sentenza, la sua qualità di titolare del diritto di custodia del figlio. Se la madre divorziata è straniera per motivi di sicurezza la Polizia di frontiera chiede l'autorizzazione paterna.

⁹⁸ *Cass.Civ. n.18782005 del 29 settembre 2005.*

⁹⁹ *Cass.Civ. n.4001/2006 del 19 ottobre 2006.*

7. Lo scioglimento del matrimonio

La separazione dei beni

La legge prevede la separazione totale dei beni dei coniugi. Ognuno degli sposi conserva la proprietà esclusiva dei propri beni.

I beni acquisiti durante il matrimonio restano di proprietà del coniuge che ne ha fatto acquisto o che li ha in qualche modo ricevuti.

Se la moglie acquista, insieme con il marito, un bene deve firmare l'atto di proprietà e farlo legalizzare. Deve conservare prova scritta di qualunque investimento abbia fatto per la famiglia, ciò sarà utile in caso di separazione.

Nella pratica molte spese si fanno con i risparmi di entrambi i coniugi. E' dunque possibile indicare nel contratto matrimoniale che alcuni beni acquisiti durante la vita in comune resteranno comuni agli sposi¹⁰⁰.

La soluzione non è molto diffusa poiché la donna è spesso condizionata dall'ambiente sociale e dalle pratiche sociali.

Il divorzio

Il divorzio è la dissoluzione del matrimonio durante la vita dei due sposi, può essere richiesto al giudice da entrambi i coniugi. Il codice prevede i seguenti casi:

a) Divorzio¹⁰¹ per mutuo consenso. Gli sposi in questo caso hanno raggiunto un accordo su tutto ciò che riguarda le conseguenze del divorzio. Il tribunale si limita a ratificare l'accordo a meno che non porti pregiudizio ai figli.

b) Divorzio per pregiudizio. E' richiesto dal marito o dalla moglie che ha subito un danno ad opera del coniuge. E' necessario portare prova del danno subito. Il

¹⁰⁰ Art. 11 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

¹⁰¹ Art. 29-33, del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

pregiudizio può essere morale o materiale. Pregiudizio morale può essere ad esempio l'adulterio, materiale può essere la violenza fisica .

c) Divorzio per “capriccio”. La giurisprudenza indica il divorzio richiesto dal congiunto senza giustificazioni.

Il richiedente deve pagare il prezzo del proprio “capriccio” e versare un indennizzo, in caso di divorzio per pregiudizio.

L'intera materia è stata modificata dalla legge n.81 del 18 febbraio 1981.

Una donna straniera residente in Tunisia può chiedere il divorzio nel suo paese d'origine.

E' la legge del paese d'origine della sposa straniera che può consentirle di seguire questa procedura anche se l'interessata non è residente.

La Corte di Cassazione ha quindi deliberato che una sentenza straniera che affidi i figli alla madre non può essere deliberata in Tunisia poiché ciò è contrario all'ordine pubblico tunisino.

La procedura di divorzio

L'azione di divorzio può essere avviata dall'interessato anche senza l'aiuto dell'avvocato secondo le seguenti modalità:

- 1- redigere richiesta di comparizione nella quale uno dei coniugi convoca l'altro per l'udienza che dovrà tenersi presso il Tribunale di prima istanza. Il tribunale sarà quello di residenza del difensore. Questa deve contenere nomi, cognomi, indirizzi parti, nome dei figli, se vi sono e il motivo di divorzio: per mutuo consenso, per pregiudizio, per capriccio.
- 2- La richiesta deve essere presentata alla cancelleria del tribunale di prima istanza che indicherà la data dell'udienza.

- 3- Consegnare la richiesta a un ufficiale giudiziario perché la trasmetta al difensore almeno 21 giorni prima della data fissata per l'udienza.
- 4- Depositare alla cancelleria del tribunale di prima istanza¹⁰², prima dell'udienza, i seguenti documenti: la citazione, il contratto di matrimonio, gli estratti di nascita dei coniugi e dei figli.
- 5- Il legislatore ha previsto diverse fasi per assicurarsi delle intenzioni dei coniugi.

L'udienza di conciliazione

L'udienza di conciliazione consiste nel tentativo di conciliazione che il giudice di famiglia (legge 93/74 del 12 luglio 1993)¹⁰³ compie a porte chiuse.

Nel caso in cui il coniuge convocato non si presenta all'udienza successiva e si farà assistere da una persona di sua scelta perché notifichi all'altra parte la convocazione successiva.

In presenza di uno o più figli minori si terranno tre udienze di conciliazione con un intervallo minimo di un mese.

Se si verifica la conciliazione il tribunale radia l'affare, in caso contrario verranno adottate misure urgenti.

Misure urgenti

Il giudice di famiglia è tenuto, anche se non richiesto dalle parti a definire tutte le misure urgenti che riguardano la residenza degli sposi, l'assegno alimentare, l'affidamento dei figli e il diritto di visita.

¹⁰² Art 31 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

¹⁰³ Art 32 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

Le parti possono rinunciare a queste misure in tutto o in parte accordandosi se ciò non arreca danno all'interesse dei figli minori.

L'ordinanza per acquistare l'esecutorietà ha bisogno di una fotocopia del verbale di udienza di conciliazione nel corso della quale sono state adottate le misure urgenti, inoltre è necessaria l'apposizione su ciascuna pagina di un bollo da due dinari. Il documento verrà consegnato alla cancelleria perché vi aggiunga la formula che ingiunge a tutte le autorità di rendere il giudizio esecutivo. Successivamente è necessario trasmettere la sentenza a un ufficiale giudiziario perché la notifichi all'altra parte e provveda alla sua esecuzione.

7.1 L'udienza pubblica ed effetti del divorzio

L'udienza pubblica

Conclusa l'udienza di conciliazione, o le tre udienze se ci sono figli minori, il giudice di famiglia rinvia l'affare in udienza pubblica davanti al tribunale di prima istanza formato da un presidente e da due magistrati.

Durante questa fase le parti presentano tutti i documenti utili alla difesa, ciascuna parte ha il diritto di chiedere il rinvio dell'udienza per prendere conoscenza del dossier della parte contraria e preparare una risposta.

Il tribunale può chiedere ogni tipo di verifica, si passa poi al dibattimento dopo un periodo di riflessione di due mesi, dopo questo termine il tribunale pronuncerà sentenza¹⁰⁴.

Il divorzio è definitivo se entro 30 giorni dalla data della sentenza se nessuno delle parti presenta l'appello.

¹⁰⁴ Il termine può essere abbreviato se il divorzio è chiesto per mutuo consenso e se ciò non è contrario all'interesse dei figli (si veda in proposito l'art 32 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

Per sapere se la controparte ha presentato l'appello il divorzio diventa definitivo se non vi è stato ricorso in Cassazione o se la Corte di Cassazione ha emesso una sentenza senza rinvio.

Nell'appello è obbligatoria l'assistenza di un avvocato, per presentarlo è necessario presentare domanda alla cancelleria del tribunale di prima istanza che ha pronunciato il divorzio entro 30 giorni dalla data della sentenza. Per sapere se la controparte ha presentato appello bisogna informarsi presso la cancelleria del tribunale di prima istanza.

Il divorzio è definitivo se non viene presentato l'appello entro 30 giorni. Anche nella Corte di Cassazione è obbligatoria l'assistenza di un avvocato, essa può accettare il ricorso o respingerlo.

In caso di rifiuto il divorzio diventa definitivo a partire dal giorno della delibera, mentre nel caso di accettazione cassa la sentenza con o senza rinvio.

Se la cassa con rinvio la sentenza di appello viene cancellata e la causa viene rinviata a una corte d'appello composta da magistrati diversi da quelli che avevano pronunciato la prima sentenza.

In questa ipotesi occorre attendere di nuovo 30 giorni.

Concluso questo periodo¹⁰⁵, se non vi è stato un nuovo ricorso in cassazione, la sentenza e il divorzio sono definitivi, invece se vi è stato ricomincia la procedura.

¹⁰⁵ Art 31 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956. La legge 81/7 del 18/2/1981 ha cercato di eliminare gli effetti negativi del divorzio nei confronti della donna sotto il profilo finanziario. La giurisprudenza sul punto ha rilevato che l'aumento della rendita vitalizia è un diritto acquisito, che consacra il principio di revisione. Tale principio deve attenersi alle fluttuazioni conformemente alle disposizioni dello Statuto Personale, per salvaguardare la famiglia e diritti della donna lesi dal divorzio (*Cass.Civ.n.5221/2006 del 16.11.2006*).

Se la Corte cassa senza rinvio la sentenza d'appello la causa non viene più rimandata alla Corte d'Appello. La legge 93/74 del 12/7/93 ha abolito il dovere di obbedienza del marito, mentre sul piano dei rapporti tra genitori e figli minori ha previsto la possibilità pur essendo ancora in vita il padre, di un'estensione della tutela legale in capo alla madre qualora ottenga la custodia del figlio.

Tale ragionamento è stato ammesso dalla Corte di Cassazione insieme con l'interpretazione estensiva dell'art. 88 "Cass Civ. 3384, 31 janvier 1966 in R.T.D".

In sintesi possiamo riassumere le tre fasi nel seguente modo:

Prima Istanza: in presenza di giudizio:

-1 Senza appello entro 30 giorni: definitivo

con appello entro 30 giorni: non definitivo

Appello: in presenza di giudizio:

-1 Senza ricorso in Cassazione entro 30 giorni: definitivo

con ricorso in Cassazione entro 30 giorni: non definitivo

Cassazione: 1) rifiuta divorzio definitivo; 2) cassa senza rinvio: giudizio definitivo; 3) cassa con rinvio: giudizio non definitivo; 4) causa in appello; 5) la corte d'Appello convalida o rigetta il giudizio di 1° istanza; 6) possibilità di ritornare in Cassazione.

Effetti del Divorzio

Il divorzio definitivo pone fine alla relazione matrimoniale, comporta determinate conseguenze nei confronti degli ex-coniugi e dei figli¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Per gli effetti nei confronti dei figli si veda gli istituti elencati in precedenza tutela, custodia e il diritto di visita.

Effetti del divorzio nei confronti degli ex-coniugi: di ordine materiale e morale.

Conseguenze materiali del divorzio.

L'assegno alimentare comprende in generale il vitto, l'abbigliamento, l'alloggio, l'istruzione e tutto ciò che è necessario all'esistenza¹⁰⁷.

Nella pratica della giurisprudenza tunisina vengono accordati assegni familiari alle donne straniere residenti in Tunisia, il loro ammontare non supera i 300 D.T. mensili¹⁰⁸.

La moglie ha diritto all'assegno alimentare a condizione che il matrimonio sia stato consumato.

In questo caso, in presenza di giudizio al riguardo la donna lo riceve fino al termine del periodo di continenza. Il marito che non paga alla donna divorziata l'assegno alimentare stabilita dal giudice ella può chiedere il pagamento al fondo di garanzia (legge 93/65 del 5 luglio 1993).

Per usufruire del fondo occorre presentare denuncia per abbandono familiare, successivamente bisogna presentare domanda all'ufficio regionale della CNSS¹⁰⁹ nella circoscrizione del tribunale di prima istanza che ha accolto la denuncia per abbandono. Ad es. la denuncia depositata presso il Procuratore della Repubblica di Tunisi, deve essere indirizzata all'ufficio regionale della CNSS di Tunisi.

La domanda valida deve contenere: a) la sentenza che fissi gli assegni alimentari o il ricorso al fondo di garanzia; b) il verbale di notifica del giudizio avvenuto tramite messo giudiziario; c) il verbale di tentata esecuzione notificata per mezzo

¹⁰⁷ Art.50 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

¹⁰⁸ L'equivalente di 232.40 Euro.

¹⁰⁹ Caisse Nationale de Sécurité Sociale.

di messo giudiziario; d) la certificazione che attesti l'avvenuta presentazione della denuncia al Procuratore della Repubblica; e) lo stato di famiglia del beneficiario dell'assegno alimentare o del fondo di garanzia.

I beneficiari dovranno fornire al fondo una volta l'anno uno stato di famiglia, quest'ultimo è tenuto a versare la somma prevista entro quindici giorni dalla presentazione della domanda.

Il fondo non è più tenuto a versare la pensione quando l'azione di abbandono della famiglia termina con un non luogo a procedere e quando non sono più soddisfatte le condizioni legali: se la donna divorziata, per es. si risposa o se i figli diventano maggiorenni o se viene provato che il beneficiario è in cattiva fede¹¹⁰, in questo caso egli dovrà restituire quanto percepito maggiorato degli interessi e delle eventuali sanzioni penali.

I diritti della sposa riguardo al domicilio non sono legati né allo stato di sposa divorziata, né alla sua nazionalità, né alla confessione religiosa.

La sentenza di divorzio che consente alla donna di beneficiare dell'alloggio familiare o di uno equivalente, si verifica nell'ipotesi di divorzio per mutuo consenso.

Prima della riforma del 2008, l'alloggio non era attribuito alla sposa nella sua qualità di custode dei figli, salvo non fosse stata proprietaria di altri alloggi.

Il padre infatti, provvedeva all'alloggio del figlio¹¹¹, ma i diritti della donna assegnataria di un alloggio (quale custode del figlio), costituivano semplici diritti d'uso che duravano finché permaneva la custodia del figlio.

¹¹⁰ Il beneficiario è in cattiva fede quando viene provato che ha ricevuto in modo indebito delle somme.

¹¹¹ In conformità all'art. 56 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956, modificato con la legge n.20/2008 del 4 marzo 2008 che ha aggiunto i paragrafi 2 e 7 ed ha introdotto l'art.56 bis.

Conseguenze morali del divorzio

L'effetto morale è costituito dal periodo di continenza *idda* (ritiro legale), durante il quale la donna divorziata o vedova non ha diritto a contrarre un nuovo matrimonio.

L'obbligo è previsto solo per la donna divorziata o vedova che abbia consumato il matrimonio, l'uomo non vi è tenuto.

L'art. 35 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956 ha lo scopo di verificare se la donna è incinta e di stabilire così la paternità del bambino. In caso di divorzio, il periodo di continenza se la donna è incinta durerà fino al momento del parto. Il figlio nato entro l'anno successivo al divorzio è considerato figlio del marito divorziato.

La donna incinta è tenuta ad osservare un periodo di continenza di tre mesi a partire dal giorno in cui il divorzio è divenuto definitivo.

Inoltre, **l'art.38** prevede che il marito deve gli alimenti alla donna dopo la consumazione del matrimonio e durante la dilazione della vedovanza in caso di divorzio.

La Suprema Corte di Cassazione intervenuta sul punto nel novembre 2006 ha attribuito al giudice cantonale il diritto di decidere nelle questioni relative alla pensione alimentare, senza affidare a quest'ultimo la competenza in materia di abbandono del domicilio coniugale, in quanto quest'ultima è riservata solo al giudice di famiglia¹¹².

La vedova

La vedovanza è il risultato della morte o della scomparsa del coniuge, ella è vedova per decesso quando lo sposo muore prima o dopo la consumazione del

¹¹² Cass. Civ. n.4676/2006 del 16 novembre 2006.

matrimonio. Si considera scomparsa la persona che non da notizia di sé o che non è più possibile ritrovare in vita¹¹³.

Il giudice fissa un termine non superiore a due anni per ritrovare la persona scomparsa in tempo di guerra o in circostanze eccezionali tali da implicare seri rischi di morte.

In altre circostanze il giudice dopo aver utilizzato ogni mezzo di informazione se la persona scomparsa è viva o deceduta, stabilirà la durata del periodo al termine del quale emetterà giudizio definitivo di scomparsa¹¹⁴.

La vedova è tenuta ad osservare un periodo di vedovanza di quattro mesi e dieci giorni a partire dalla data della morte dello sposo.

Se ella è incinta il periodo termina con il parto. Il periodo in caso di scomparsa per la moglie dello scomparso è lo stesso, ma con inizio decorrente dalla sentenza che certifica la sparizione e ne dichiara la morte.

La vedova acquista automaticamente la tutela sui figli minori avuti dallo sposo deceduto.

8.La filiazione

La filiazione è stabilita dalla coabitazione, dalla confessione del padre o dalla testimonianza di due o più persone onorate¹¹⁵.

Essa non è stabilita in caso di disconoscimento di un figlio di una donna maritata di cui la non coabitazione con il marito è stata provata, di un anno dopo l'assenza o il decesso del marito o la data del divorzio.

Nel caso di prova perentoria contraria, la confessione è inoperante, il riconoscimento di una filiazione ignota, materna o paterna, costituisce una prova

¹¹³ Art. 81 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

¹¹⁴ Art. 82 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

¹¹⁵ Libro VI Art.68-72 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

di questa, a condizione che il padre o la madre riconoscenti siano in grado di generare un bambino simile all'autore del riconoscimento e confermato la pretesa di quest'ultimo che diviene di fronte ai genitori riconosciuti oggetto di diritti e obblighi. Il figlio nato da una donna sposata, sei mesi o più dopo la conclusione del matrimonio, ha per padre il marito¹¹⁶.

La fine della filiazione esclude il figlio dalla parentela consanguinea e abolisce il suo diritto agli alimenti e alla successione.

Il riconoscimento

Il riconoscimento della filiazione determina un onere per i terzi come il fratello, lo zio paterno, il nonno e il nipote del ramo maschile, non stabilisce la parentela¹¹⁷.

Nel caso in cui il marito neghi la paternità del figlio nato o concepito durante il matrimonio, la filiazione contestata sarà rotta solo con una decisione giudiziale. Tutti i modi di prova, previsti nella materia dalla legge, sono ammessi. Se il giudice stabilisce la sconfessione,¹¹⁸ egli pronuncerà la rottura della filiazione e la separazione perpetua dei due sposi.

L'abbandono di minori

Le disposizioni relative all'abbandono¹¹⁹ affermano che chiunque dopo autorizzazione del giudice, si occupa delle cure del bambino, è tenuto a fornire gli alimenti finché egli sia capace da provvedere a sé. Il bambino abbandonato non sarà portato via alla persona che lo aveva raccolto, salvo decisione giudiziale nel caso si presentino i genitori. I beni trovati con il bambino sono acquisiti.

¹¹⁶ Salvo validità o invalidità del matrimonio.

¹¹⁷ Art.73 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

¹¹⁸ In conformità all'art.75 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

¹¹⁹ At. 77-80 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

9. La successione per le donne

Alla morte dei coniugi i beni sono divisi tra il congiunto e il sopravvissuto¹²⁰. Il congiunto tunisino musulmano ha diritto ha una parte importante della successione che varia tra la metà, il quarto e l'ottavo.

La legislazione Tunisina prevede per il sesso femminile che la donna possa ereditare da una persona deceduta una quota fissata a priori nella successione. Gli eredi fissati dal legislatore sono: a) la madre; b) la nonna materna, a condizione che non vi sia un erede di sesso maschile; c) la nonna paterna, a condizione che non vi sia un erede diretto di sesso maschile anche se di grado inferiore; d) la figlia; e) la nipote in linea maschile, anche se di grado inferiore, a condizione che non esista un erede di sesso femminile; f) la sorella germana, consanguinea o uterina; g) la moglie. Le eredi di sesso femminile possono beneficiare della metà, della quarta parte dell'ottava parte, dei due terzi o della sesta parte. Hanno diritto alla metà (**1/2**): a) la figlia, a condizione che non vi siano altri eredi di sesso maschile o femminile; b) la figlia del figlio, a condizione che sia l'unica discendente e che la persona non abbia figli propri né un figlio maschio nato da un figlio; c) la sorella germana, a condizione che non esistano né il padre, né i discendenti diretti del defunto di sesso maschile o femminile, che non vi siano discendenti del figlio e del fratello germano; d) la sorella consanguinea, a condizione che sia l'unica discendente, con esclusione della condizione di sorella germana, di fratello consanguineo e di sorella consanguinea del defunto. La sposa eredita dal marito defunto se al momento della morte di quest'ultimo esiste ancora il legame coniugale. Se il matrimonio è

¹²⁰ Secondo gli art.26, 27 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

nullo la donna non ha diritto all'eredità¹²¹, se è valido la sposa può ereditare un quarto o un ottavo. Un quarto quando il marito defunto non ha lasciato discendenti, un ottavo nel caso contrario. Hanno diritto ai due terzi (**2/3**): a) le due figlie o le figlie del defunto a condizione che siano le sole discendenti e che il defunto non abbia alcun figlio; b) le due nipoti o le nipoti del defunto a condizione che siano le sole discendenti e che il defunto non abbia alcun figlio maschio o femmina, né alcun nipote; c) le due sorelle germane a condizione che siano le sole discendenti del defunto; d) le due sorelle consanguinee a condizione che siano le sole discendenti del defunto e che non vi siano né sorelle germane, né fratelli uterini. Ereditano (**1/3**) tra gli eredi di sesso femminile, la madre può ereditare un terzo a condizione che il defunto non abbia discendenti che possano avanzare pretese alla successione. Ereditano un sesto (**1/6**): a) la madre, a condizione che non vi siano figli del defunto o nipoti da parte del figlio o due fratelli o altri eredi aventi diritto; b) la nipote da parte del figlio, a condizione che vi sia una sola figlia del defunto o un nipote da parte del figlio; c) la sorella consanguinea, a condizione che vi sia una sola figlia germana del defunto e che non vi siano suoi discendenti maschili o femminili e che non vi sia un fratello consanguineo; d) la nonna materna o paterna. Le nonne se sono due divideranno il sesto a condizione che siano dello stesso grado.

La nonna materna avrà un grado maggiore di parentela avrà diritto al sesto da sola.

¹²¹ Secondo quanto stabiliscono gli art. 21 e 22 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956, l'art. 23 bis della legge 1/8/1957 sullo stato civile.

9.1 Esclusione della Successione

L'evizione¹²² è l'esclusione totale o parziale di un erede ad opera di un altro. L'esclusione totale non può essere invocata contro eredi come la madre, la figlia, la moglie. L'esclusione riduttiva si ha per alcuni eredi femminili come la moglie, la madre, la nipote di parte maschile, la sorella germana e consanguinea. Il figlio adultero, in mancanza di stato giuridico del bambino nato al di fuori del matrimonio, non ha legami con il padre. La sua filiazione è rapportata a quello della madre, il figlio adulterino potrà ereditare solo da sua madre e dai parenti di questa¹²³. In diritto musulmano non esiste una vocazione successoriale tra persone di culto differente. Il diritto tunisino e musulmano ne fanno materia di statuto personale, mentre il diritto europeo pone la successione nel diritto di beni. Il testamento è valido anche tra persone di religione diversa¹²⁴, nella misura della quota parte disponibile ognuno degli sposi è libero di lasciare all'altro parte dei suoi beni¹²⁵. Per un tunisino la quota parte disponibile rappresenta un terzo del patrimonio, salvo gli eredi non siano d'accordo per aumentarla. La sposa straniera dovrà riferirsi alla propria legge personale che determina la parte di quota di cui può disporre per testamento.

9.2 Il riconoscimento di filiazione e la successione

Il riconoscimento di una filiazione che genera un onere per dei terzi come il fratello, lo zio paterno, il nonno e il nipote del ramo maschile, non stabilisce la parentela. Esso è valevole nei confronti del suo autore in caso di assenza di successori di costui al di fuori dell'altra parte e di conferma da parte di

¹²² L'art 88 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956 regola questa materia in conformità al diritto musulmano.

¹²³ Gli effetti di tale filiazione si ritrovano nell'art.152 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

¹²⁴ Art. 174 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956 .

¹²⁵ Il testamento consente di ovviare ai problemi legati alla successione .

quest'ultima. In caso contrario questa non avrà diritto alla successione, per determinarla occorre riferirsi alla data del decesso dell'autore del riconoscimento e non a quella del riconoscimento. In caso di ritrattazione ulteriore a un riconoscimento, il bambino riconosciuto eredita dall'autore del riconoscimento. Al contrario quest'ultimo non eredita dal figlio deceduto prima di lui e la successione di questi è riservata. Alla morte dell'autore del riconoscimento la successione è devoluta ai suoi eredi¹²⁶.

9.3 La successione per i bambini abbandonati

In caso di assenza di eredi dell'abbandonato i beni di quest'ultimo saranno acquisiti dal Tesoro. Tuttavia la persona che lo aveva raccolto può promuovere contro lo Stato un'azione di restituzione delle somme da lei spese e ciò a concorrenza dei beni del bambino abbandonato¹²⁷.

¹²⁶ Art. 73, 74 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

¹²⁷ Disposizioni relative ai bambini abbandonati Art. 80 del Codice dello Statuto Personale Tunisia 1956.

La disciplina di alcuni reati in Tunisia

10. Reati contro la moralità pubblica e il buon costume

La prostituzione. La legge definisce cos'è la prostituzione, la donna che senza autorizzazione e al di fuori dei luoghi consentiti fa commercio del proprio corpo è colpevole del delitto di prostituzione clandestina che consiste nell'avere rapporti sessuali illegali con un uomo al fine di ricavarne un guadagno. In Tunisia esiste la prostituzione legale elementi di questa sono: a) il compimento dell'atto per mezzo di una controparte; b) il carattere abituale; c) l'intenzione delittuosa ossia la consapevolezza della donna mentre si rende colpevole del delitto di prostituzione. L'art 231 del Codice Penale tunisino prevede che la donna si rende colpevole del delitto di prostituzione sia punita, insieme con il suo complice con la carcerazione da 6 mesi a 2 anni con l'ammenda da 20 a 200 D.T.¹²⁸

L'omosessualità. L'atto sessuale tra omosessuali, uomo o donna, è punito con 3 anni di carcere.

La violenza sessuale. Con questo termine si intende il compimento dell'atto sessuale con l'introduzione totale o parziale del membro virile nell'organo sessuale della donna contro la sua volontà. Il consenso e la costrizione sono lasciati alla valutazione del magistrato. Nel caso in cui una vittima abbia un'età inferiore ai 13 anni, il consenso è considerato inesistente. La costrizione può essere materiale quando consiste nell'esercizio abituale della violenza, morale quando consiste nell'impedire alla vittima di esprimere il proprio consenso e di esercitare la libertà di scelta. Il delitto di violenza carnale è punito con: a) pena di morte se è commesso con violenza, con l'uso delle armi o con la minaccia di

¹²⁸ L'equivalente di 180,75 Euro (350000 Lit).

fare ricorso alle armi; b) con la carcerazione a vita negli altri casi. Inoltre qualunque relazione sessuale con una minore anche se consenziente è punibile con: a) 6 anni di carcere se il minore ha meno di 15 anni; b) 5 anni di carcere se il minore ha più di 15 anni e meno di 20. Il tentativo è punibile. Nei due casi precedenti il matrimonio tra l'autore del reato e la sua vittima sospende la condanna. La procedura sarà ripresa se il marito, prima che siano passati 2 anni a partire dalla consumazione del matrimonio, chiede il divorzio per capriccio.

L'attentato al pudore. L'attentato al pudore è il gesto commesso da una persona con l'intenzione di portare offesa al pudore di un altro, si verifica quando il pregiudizio corporale o morale subito dalla vittima raggiunge una tale gravità da lasciare una ferita nel suo pudore. Se commesso ai danni di una persona di uno dei due sessi senza il suo consenso è punito con 6 anni di carcere, è aumentata a 12 anni se la vittima ha meno di 15 anni. L'attentato al pudore è commesso senza violenza su un bambino o una bambina di età inferiore a 15 anni, il reato è punito con 5 anni di carcere, la pena è raddoppiata se l'autore del reato è un parente, se possiede la stessa autorità, se è l'istitutore o il medico e se il reato è commesso da più persone.

L'adulterio. L'adulterio consiste nell'intrattenere rapporti intimi illegali con una persona sposata. L'autore del reato viola uno dei doveri coniugali più sacri, che costituisce il fondamento stesso della famiglia. L'adulterio deve essere contestato direttamente dalla parte lesa, che può decidere di conseguenza, gli elementi sono tre: a) il rapporto sessuale illegale con penetrazione del membro virile; il vincolo matrimoniale esistente per una delle parti o per entrambi; l'intenzione. L'art 236 del Codice Penale prevede per l'adulterio del marito o

della moglie la carcerazione per 5 anni e l'ammenda di 500 D.T.¹²⁹. Se l'adulterio è commesso nel domicilio coniugale, le circostanze attenuanti non hanno valore. Il complice è soggetto alla stessa pena.

10.1 Reati contro la famiglia

L'abbandono della famiglia

Il marito o il padre si rende responsabile del delitto di abbandono della famiglia, nel caso in cui egli è condannato a pagare gli assegni familiari o versare una indennità per il divorzio, è inadempiente per un mese. La pena è la carcerazione da 3 mesi a 1 anno di ammenda da 100 a 1000 D.T.¹³⁰, il suo pagamento comporta la sospensione dell'azione in giudizio e della pena (legge 93/74 del 12/7/1993). Gli assegni alimentari spettano: a) alla moglie e ai figli, **l'art 23** del Codice dello Statuto Personale prevede per il marito l'obbligo di provvedere ai bisogni della casa, della moglie e dei figli, in proporzione alle sue possibilità e alle condizioni economiche della moglie. La moglie se possiede la possibilità deve contribuire alle spese familiari. **L'art. 38** del Codice dello Statuto Personale stabilisce l'obbligo del marito per gli assegni alimentari alla moglie dopo la consumazione del matrimonio. b) Ai genitori, ai nonni paterni di qualunque grado appartengono e ai nonni materni di primo grado¹³¹. c) Ai discendenti, a qualunque grado appartengano, il nuovo **art.46** del Codice dello Statuto Personale prevede che gli alimenti siano versati ai figli fino al raggiungimento della maggiore età, se continuano gli studi fino al compimento del 25° anno. La figlia ne ha diritto finché non dispone di un proprio reddito o

¹²⁹ L'equivalente di 438,98 Euro (850000 Lit).

¹³⁰ L'equivalente di 826,33 Euro (1600000 Lit).

¹³¹ I nonni materni ne hanno diritto dal 1993 (art 43, 44 legge 93/74 del 12/7/1993).

non viene presa a carico del marito. Gli alimenti sono versati nei confronti dei portatori di handicap che non possono provvedere a loro stessi.

La mancata riconduzione del figlio

Il reato consiste: a) nella mancata riconduzione del figlio da parte da chi ha la custodia o il diritto di visita; b) nella mancata riconduzione del figlio da parte da chi ha il diritto di visita nei confronti di chi ne ha la custodia. Per la custodia è necessario che essa si stia attribuita mediante un giudizio definitivo, che l'autore del reato sia al corrente degli obblighi giuridici connessi alla custodia, che sia volontariamente fuggito con il figlio. Il colpevole viene punito con la carcerazione da 3 mesi a 1 anno con l'ammenda da 24 a 240 D.T.¹³². E' prevista anche soltanto una delle pene.

L'abbandono del minore

Il reato consiste nei maltrattamenti inflitti al minore o nella manifestazione, nei suoi riguardi, di atteggiamenti in grado di causare danni morali e materiali. E' punito con la carcerazione da 3 a 5 anni e l'ammenda da 250 a 500 D.T.¹³³ La pena è elevata a 12 anni di carcere se il bambino, in seguito all'abbandono, resta mutilato o infermo, mentre se sopravviene alla morte la pena è l'ergastolo. Il minore per il Codice Penale è colui che ha un età compresa tra i 13 e i 18 anni. Prima di questa età l'infrazione non è punibile. I crimini e i delitti commessi dai minori sono giudicati dal giudice minorile e dal tribunale minorile. Il giudice sottoporrà il minore a misure di protezione, assistenza, sorveglianza e educazione che riterrà opportune.

¹³² L'equivalente di Euro 20.65; 206.58 (40000; 40000 Lit).

¹³³ L'equivalente di Euro 206.58; 413.16 (400000; 800000 Lit).

L'infanticidio

L'infanticidio è la soppressione di un figlio al momento della nascita o subito dopo da parte del padre o della madre. Il reato commesso dal padre è punito con l'ergastolo, se commesso dalla madre è punito con il carcere fino a 10 anni. Gli elementi di questo sono l'elemento materiale, quello intenzionale e la volontà di dare la morte.

L'aborto

L'aborto costituisce l'interruzione volontaria della gravidanza, è autorizzato nei primi 3 mesi della gravidanza e deve essere praticato in una struttura ospedaliera, sanitaria o in una clinica autorizzata da parte di un medico che eserciti legalmente la professione. L'aborto può essere praticato anche dopo i 3 mesi di gravidanza nel caso di pericolo per la salute morale, fisica della madre o del bambino. Negli altri casi esso è considerato un delitto.

La violenza coniugale

La violenza coniugale è un atto che causa un pregiudizio ad altri, può essere grave o lieve. La violenza (può essere anche morale), deve essere provata con ogni mezzo, suoi elementi sono: la violenza e il legame di causalità tra la violenza e la persona accusata. Essa è provata mediante certificato medico, questo non costituisce prova sufficiente, ma consente solo di provare l'esistenza di tracce di violenza. Occorre presentare denuncia a un posto di polizia con una fotocopia del certificato medico¹³⁴. La Polizia farà un'inchiesta e trasmetterà i documenti al procuratore della Repubblica che deciderà in base agli elementi in suo possesso, se portare in giustizia la persona accusata. Il Tribunale deciderà tenuto conto delle prove presentate. Le prove possono essere di due tipi

¹³⁴ L'originale è preferibile conservarlo in Tribunale.

confessione o testimonianza. I responsabili di violenze che non comportano conseguenze serie o durature per la salute altrui sono passibili di una pena di 15 giorni di carcere e di un ammenda di 4 D.T.¹³⁵ Le altre forme sono soggette a pene di carcerazione da 6 mesi ad un anno, con un'ammenda di 1000 D.T.¹³⁶ In caso in cui l'autore del delitto è congiunto o un parente della vittima la pena è di 2 anni di carcere e di 2000 D.T.¹³⁷ di ammenda, se vi è premeditazione è di 3 anni di carcere e di 3000 D.T.¹³⁸ di ammenda. La legge 93/72/ del 12/7/1993 introduce la sospensione dell'azione legale e della pena, se la denuncia viene ritirata. Il tentativo se vi è mutilazione, infermità o incapacità permanente in misura non inferiore al 20%, il colpevole è punito con 5 anni di carcere. Se l'incapacità supera il 20% la carcerazione sarà di 10 anni, 12 anni se il colpevole è parente della vittima, quale sia il grado d'incapacità constatato.

¹³⁵ L'equivalente di 3.61 Euro (70001 Lit).

¹³⁶ L'equivalente di 842.33 Euro (1600000 Lit).

¹³⁷ L'equivalente di 1652.66 Euro (3200000 Lit).

¹³⁸ L'equivalente di 2582.28 Euro (5000000 Lit).

CAPITOLO II

IL GIUDICE TUNISINO E LO STATUTO PERSONALE

1. Statuto Personale: significato e contenuto

Per la sociologia, i rapporti della famiglia costituiscono un fenomeno sociale che ha bisogno di essere analizzato.

Il giurista afferma che la famiglia e lo statuto personale costituiscono un domani fertile nel quale il diritto avrà bisogno di intervenire.

L'espressione Statuto Personale, utilizzata dalla dottrina latina e anglosassone designa un insieme di regole che sostengono i rapporti della famiglia.

Esso raggruppa tutte le questioni riguardanti il matrimonio, il divorzio, gli alimenti, l'affidamento dei minori, la filiazione, testamenti, successioni, donazioni, interdizione, emancipazione...ecc.

Più esaustiva appare l'enumerazione fatta dall'articolo 2 del decreto del 12 luglio 1956, in particolare lo statuto personale comprende le contestazioni relative allo stato e alla capacità delle persone, al matrimonio, ai regimi matrimoniali, al diritto reciproco degli sposi, al divorzio, al ripudio, alla filiazione, al riconoscimento della paternità, alle relazioni tra ascendenti e discendenti, alle obbligazioni alimentari, all'adozione, alla tutela, alla curatela, all'emancipazione, alle donazioni, alle successioni, al testamento e alle altre disposizioni in caso di morte, all'assenza e alla presunzione in caso di morte.

Tuttavia, l'influenza dell'eredità arabo-musulmana sembra avere un peso notevole in materia.

Infatti, nel diritto tunisino non c'è una disposizione che definisce in modo chiaro e preciso il concetto di famiglia.

1.2 I Problemi posti e gli approcci adottati

Un conservatorismo di convinzione

L'attaccamento del giudice ai precedenti storici sembra aver creato un riflesso incondizionato e sistematico alle prescrizioni del diritto musulmano, attraverso un testo di legge ambiguo.

Gli esempi in materia sono tanti, ma i più importanti si riferiscono alla disparità di culto, al *Doukhoul hokmy* o alla consumazione effettiva o assimilata del matrimonio.

La disparità di culto

La disparità di culto è considerata come causa d'impedimento al matrimonio e d'indegnità successoria.

La questione da risolvere consiste nel stabilire se il diritto positivo tunisino si allinea con le norme di diritto musulmano classico o se al contrario esso preferisce una soluzione differente.

La risposta è controversa, la soluzione passa per l'interpretazione degli articoli 5 e 88 del C.S.P. che trattano rispettivamente i casi d'impedimento al matrimonio e i casi d'interdizione alla successione.

Nella versione francese il primo enuncia che: "I due futuri sposi non si devono trovare in uno dei casi d'impedimento previsti dalla legge", mentre in quella araba quest'articolo rappresenta un impedimento sciaraitico.

Secondo l'art.88 invece, nella versione francese: "L'omicidio volontario costituisce un impedimento alla successione", così come previsto in quella araba.

Quale senso dare allora ai due articoli?

La ragione per la tendenza conservatrice risiede nel fatto che la disparità di culto nel diritto positivo tunisino è considerata come impedimento al matrimonio e come causa d'indegnità successoria.

Ciò si evidenzia soprattutto nell'interpretazione dell'espressione "impedimento sciaraitico" contenuta nell'articolo 5 del C.S.P., nel quale il senso etimologico si riferisce al diritto musulmano classico.

L'articolo 88 invece, contiene una lista indicativa delle cause d'interdizione alla successione.

Fedeli all'applicazione i giudici sono tenuti ad applicare questi testi alla luce del diritto musulmano classico.

In tal senso, si è espressa anche la Corte di Cassazione con una celebre sentenza del 1966 divenuta principio, notoriamente conosciuta come la Sentenza *Hourya*¹.

Hourya è una donna tunisina musulmana che sposa nel 1945 un non musulmano conosciuto nella città di Sousse, che esercitava all'epoca la funzione di Giudice di Pace.

Quindici anni dopo la madre di Hourya muore, la successione è aperta.

La commissione che si occupa della liquidazione dei beni *Habous* dichiara decaduta la Signora Hourya dal diritto di ereditare da sua madre, perché gli altri eredi della defunta contestano alla stessa la qualità di erede; poiché ella era divenuta non musulmana in quanto apostata.

Di conseguenza, la Signora decide di adire l'autorità giudiziaria, la questione viene così regolata dai Tribunali Tunisini alla luce della prescrizione del Codice dello Statuto Personale (C.S.P.); (l'apertura della successione avvenne nel 1960, ovvero successivamente all'entrata in vigore del CSP).

¹ Cass.Civ. n° 3384, del Gennaio 1966 R.J.L. 1967, p.37 R.T.D., 1968, p.115 note E.G. De Lagrange.

I giudici a domanda della Signora Hourya decidono di investire della questione la Corte di Cassazione, la quale dichiara decaduta la donna sul fondamento dell'articolo 88 C.S.P.

Infatti, secondo la Suprema Corte Hourya è decaduta dal suo diritto ereditario materno, poiché è divenuta apostata sposando un non musulmano, rinunciando quindi, di fatto, alla nazionalità tunisina e al profitto della nazionalità francese.

Per risolvere tale problematica in realtà i giudici hanno focalizzato l'attenzione sul diritto positivo tunisino, in particolare sull'articolo 88 del C.S.P. che ha incluso l'apostasia tra le cause d'indegnità successorie.

In primo luogo, osservano i giudicanti che da un'attenta analisi del testo arabo del suddetto articolo, le cause d'indegnità successorie indicate nel testo non sono limitative, ma semplicemente indicative.

Pertanto, sarà compito del giudice completare la lista di tali cause a secondo delle esigenze che si presentano.

In secondo luogo i giudici considerano indiscutibili le norme di diritto musulmano, rilevando che per completare la lista indicativa delle cause d'indegnità successoria di cui all'art.88 C.S.P. era necessario il ricorso al diritto musulmano classico.

L'apostasia dunque era ricompresa tra le cause previste all'articolo sopraindicato.

La seconda questione affrontata invece, consisteva nello stabilire se la Signora Hourya era divenuta apostata per l'effetto di un matrimonio con un non musulmano o per naturalizzazione volontaria.

Sul punto affermarono i giudici che il matrimonio della donna faceva presumere che la sua apostasia derivasse dallo stesso, in quanto lei aveva sposato un non musulmano.

Infatti, con la stipulazione del matrimonio i dogmi musulmani lasciavano lo spazio a quelli di altre religioni.

Di conseguenza, il principio che ne deriva da questo ragionamento è la piena nullità del matrimonio tra donna musulmana e uomo non musulmano, così come previsto dall'art.5 del C.S.P.²

La conclusione aberrante, fu, dunque, che tutte le persone di nazionalità francese furono considerate non musulmane, in realtà nulla ha impedito che vi furono francesi di nazionalità di confessione musulmana.

Dalla realtà sociale si desume, dunque, che in Francia molti musulmani erano di nazionalità francese.

Tuttavia, venti anni più tardi la Corte di Cassazione mutò il suo costante orientamento con la sentenza detta "Louis Charlotte".³

Secondo questa pronuncia la disparità di culto non deve essere considerata in Tunisia come causa d'interdizione alla successione, come previsto dall'art 88 del C.S.P., formalmente inclusa nelle cause d'indegnità a succedere⁴.

Tale orientamento ha subito quindi, l'influenza della sentenza della Corte d'Appello di Tunisi del 14 luglio 1993, che stabilì che il diritto a succedere a un musulmano deve essere indicato nella lista delle persone successibili.

Il 29 giugno 1999 il Tribunale di Prima Istanza seguendo il nuovo orientamento sopra enunciato affermò la validità del matrimonio tra musulmano e non musulmano, dove l'impedimento sciaraitico contenuto nell'articolo 5 del C.S.P e nell'art.14 dello stesso codice, prevede due categorie d'impedimento perpetuo e provvisorio.

² La Signora Hourya celebrò il matrimonio in data anteriore all'entrata in vigore del C.S.P.

³ Cass.Civ.n.6844-98 del 6 luglio 1999.

⁴ Cass. Civ.n.10610 del 13 Febbraio 1985, R.J.L. 1993 novembre, p102.

Il Tribunale trovò il suo fondamento nella Convenzione Internazionale di New York del 10 dicembre 1962 che è stata ratificata dalla Tunisia ed ha garantito a tutti i cittadini senza distinzione di sesso, di razza o confessione, l'intera libertà di scegliere il proprio congiunto.

Tuttavia, la Convenzione suddetta aveva fatto riferimento a quella precedente di Copenaghen del 18 dicembre 1979 ratificata in precedenza dalla Tunisia, la quale stabiliva l'eliminazione di tutte discriminazioni, la tutela della donna, e assicurava a tutti cittadini basandosi sul principio di uguaglianza di sesso e razza, "il diritto di scegliere il congiunto con il quale contrarre matrimonio".

Un anno più tardi il 18 Maggio del 2000, il Tribunale di Prima Istanza di Tunisi⁵, affrontò un altro caso riguardante il matrimonio di una donna non musulmana che una settimana successiva al decesso di suo marito musulmano decise di adottare l'Islam e di sostituire il suo cognome con quello del marito.

Nella connotazione islamica, il certificato d'islamizzazione consentì al Mufti della Repubblica di attestare che lei era divenuta ufficialmente musulmana.

Di conseguenza, Neïla poteva figurare tra gli eredi indicati nella lista con la possibilità di partecipare alla successione⁶.

Tuttavia cinque anni più tardi, il Tribunale Cantonale rigettò la richiesta della Signora Neïla di essere inserita come erede del marito, poiché la sua adozione all'Islam è avvenuta una settimana dopo il decesso dello stesso.

⁵ Tribunale di Prima Istanza di Tunisi, giudizio civile n.7602 del 18 maggio 2000 R.T.D. 2000, partie en langue arabe, p.247, note *A.Mezghani*, in arabo.

⁶ Actualité Juridiques Tunisiennes n.14 Anno 2000, *Moncef Bouguerra*, Le juge tunisien et le droit du statut personnel, p.36, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis.

Pertanto, il Tribunale adito rettificò il certificato di morte indicando che la Signora Neïla non era erede di suo marito, ma semplicemente una beneficiaria del suo testamento.

Il Tribunale di Prima Istanza invece, rilevò che le eliminazioni di tutte le discriminazioni fondate sulla disparità di culto costituiscono un principio fondamentale insieme alla legislazione positiva tunisina in vigore.

Il giudicante rilevò che la manifestazione della libertà di culto è garantita non solamente dall'art.5 della Costituzione Tunisina, ma anche dagli articoli 2, 16 e 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, in linea con l'articolo 2 del Patto Internazionale relativo ai diritti economici, sociali, culturali e dal paragrafo 2 dell'articolo 2 del Patto Internazionale relativo ai diritti politici e ai patti, ai quali la Tunisia ha aderito.

Successivamente, una settimana dopo, la Corte di Cassazione è intervenuta su un caso consimile con la sentenza Louis Charlotte, riguardante il matrimonio di una donna belga, non musulmana d'origine con un uomo tunisino musulmano.

In particolare, dalle circostanze fattuali risultava che dopo il decesso del marito, la donna entrava a far parte della successione.

Il suo nome era indicato sul certificato di morte del defunto.

Nel contempo gli eredi chiedevano l'esclusione della donna dalla successione perché lei non essendo musulmana, non poteva ereditare dal marito non musulmano.

In replica affermava la donna che vivendo con il marito aveva adottato l'Islam, tanto è vero che il suo nome figurava sul certificato di decesso.

La Corte d'Appello dichiarò di conseguenza la vedova erede del defunto marito.

Il Giudice Tunisino e lo Statuto Personale

La Suprema Corte di Cassazione intervenuta in materia decise di allinearsi con la precedente pronuncia del Tribunale di Prima Istanza stabilendo per la vedova la possibilità di acquisire la qualità di erede del congiunto deceduto.

L'unica cosa che il giudicante chiedeva alla vedova era di allegare la certificazione del Mufti della Repubblica, attestante l'adozione dell'Islam da parte della donna.

1.3 Il “*Doukhoul Hokmy*” la consumazione del matrimonio effettiva o assimilata

Nel diritto musulmano è comunemente ammesso che la consumazione del matrimonio consiste nell’atto che segue la conclusione del contratto e prelude all’esecuzione materiale dell’unione coniugale.

La Corte di Cassazione ha affermato conformemente al rito malichita che la consumazione deve essere provata indipendentemente dall’atto di matrimonio.

Si è passati, in effetti, dal “*Doukhoul maddi*” o la consumazione puramente carnale alla “*Doukhoul fili*” o consumazione reale ed effettiva.

La pronuncia del 15 luglio 1997 seguendo il rito malichita, conio un altro concetto, il “*Doukhoul Homky*” traducibile nell’espressione “consumazione effettiva e assimilabile”.⁷

Tale sentenza concerne il caso di una giovane donna che sposatasi, non ha consumato il matrimonio, poiché suo marito era reticente.

La donna si reca dal Notaio per chiedere allo sposo la consumazione del matrimonio riportando la data del matrimonio più avanti, ma lo sposo si rifiuta.

Pertanto, ella si rivolge al giudice cantonale del luogo per risolvere la questione e ottenere un sussidio.

In replica il difensore precisa che il matrimonio non è stato consumato, quindi la donna non può esigere un sussidio per gli alimenti.

Al contrario, la giovane donna afferma che la responsabilità è addebitabile al marito, il quale si è rifiutato di consumare il matrimonio senza un giusto motivo, determinando un pregiudizio alla richiesta di una pensione alimentare della sposa.

⁷ Cass.Civ.n.1229, del 15 luglio 1997, Bull.Civ, 1977, II, p.81.

La Corte intervenuta a dirimere la controversia rilevò che l'obbligazione alimentare grava sul marito e nell'ipotesi in cui quest'ultimo risulti debitore egli sarà soggetto all'esecuzione forzata sui suoi beni, conformemente agli articoli 273 del C.O.C. e 53 del C.S.P.

Inoltre, l'obbligazione alimentare ha carattere pecuniario e diventa quindi, legalmente esecutiva in virtù dell'art.38 del C.S.P.

La soluzione adottata dalla Corte di Cassazione basata sul diritto musulmano e più precisamente dal rito malechita, ha avuto applicazione in materia dell'“*Ithibas*”, ovvero sul fatto che la donna dichiara di offrirsi a suo marito e di mettersi a sua esclusiva disposizione.

In particolare, la nozione di “*Doukhoul Homkmy*” è stata integralmente assorbita dal diritto positivo tunisino, tanto è vero che la filosofia generale del diritto musulmano malechita prevede secondo le regole di adattamento, la possibilità di ricorrere all'esecuzione dell'obbligazione di consumazione e di coabitazione.

Tale termine è definito anche come consumazione reale ed effettiva del matrimonio al fine di esigere la pensione alimentare.

Di conseguenza, la soluzione giuridica adottata prevede per la sposa la facoltà di domandare il divorzio, nell'ipotesi in cui il marito si rifiuti di eseguire l'obbligazione, rappresentata dalla consumazione del matrimonio.

Quest'obbligazione è considerata dai giudici come costitutiva dell'esecuzione del contratto il matrimonio.

Infatti, questi ultimi sono convinti della necessità di ricorrere a questa materia, al diritto musulmano classico d'obbedienza malechita, per trovare una soluzione compatibile con il diritto positivo tunisino.

Il Giudice Tunisino e lo Statuto Personale

La sentenza della Corte di Cassazione ha rilevato dunque, per la donna sposata il diritto di esigere dal marito il versamento della pensione alimentare, senza bisogno di attendere che il matrimonio sia realmente consumato.

Al riguardo, l'articolo 71 del C.S.P., fa espressamente decorrere la presunzione della paternità dalla data di stipulazione del matrimonio.

Questa teoria elaborata nel 1977 fu adottata cinque anni più tardi dal Tribunale Cantonale di Mareth⁸, che applicò la teoria del “*Doukhoul Homky*” regolata dal diritto musulmano malichita.

⁸ Tribunale Cantonale di Mareth, giudizio civile n.301, del 3 febbraio 1982, R.J.L 1982 Luglio, p.132.

1.4 Il cambiamento di sesso

Il cambiamento di sesso resta l'ultimo caso di operazione chirurgica di uno stato patologico d'intersessualità.

Il legislatore tunisino non sembra essere interessato a tale fenomeno sociale, tuttavia la Corte d'appello di Tunisi di fronte a questa carenza legislativa dovette affrontare un caso celebre riguardante il cambiamento di sesso del Signor Sami/Signora Samia.

La problematica concerne il mutamento di sesso di un cittadino tunisino che nel 1963 era di sesso maschile.

L'uomo durante l'adolescenza diventa ermafrodita, così all'età di 23 anni decide di sottoporsi in Spagna a un intervento chirurgico per facilitare il passaggio dal sesso maschile a quello femminile.

Successivamente, dopo l'intervento ritorna in Tunisia per ottenere il cambiamento di stato civile e trascrivere sui registri il cambiamento del suo nome da Sami a Samia e il mutamento da sesso maschile a femminile.

Il Tribunale di Prima Istanza pronunciandosi in merito si rifiutò di modificare lo Stato Civile del Signor Sami, affermando che il mutamento sessuale in maniera artificiale e volontaria non può essere giuridicamente autorizzato.

Inoltre, precisa il giudicante che tale cambiamento non può essere autorizzato in quanto contrario alle prescrizioni del codice penale e alle leggi divine.

L'avvocato del cittadino tunisino intervenuto in appello affermò che l'operazione effettuata non era né artificiale, né legata ai capricci e alle turbe psichiche dell'uomo.

Infatti, a parere del difensore essa era indispensabile per l'effetto naturale che si stava realizzando in quanto legato alla fisionomia e ai segni esteriori che iniziavano ad apparire sul corpo della Signora.

Il Giudice Tunisino e lo Statuto Personale

La Corte d'Appello di Tunisi intervenuta a dirimere la controversia si rifiutò di modificare il mutamento di sesso nello Stato Civile dell'appellante, rilevando che tali operazioni sono contrarie all'ordine pubblico e alla morale.

Al riguardo, osserva la Corte che nel silenzio del legislatore tunisino è necessaria ricorrere al diritto musulmano e al diritto positivo dello statuto personale.

Quanto al problema di cambiamento di sesso effettuata successivamente all'intervento chirurgico, il giudice di secondo grado affermò l'assenza nel diritto musulmano di una regolamentazione specifica su questa situazione.

Il giudice di secondo grado utilizzò per risolvere il caso pratico, lo stesso ragionamento adottato dai dottori musulmani "*Fuquahas*".

L'analisi passò per l'esame delle prescrizioni coraniche contenute nel versetto 8 della Sura 13 secondo la quale "Dio fa nascere la donna e la conduce alla gestazione" dunque, il cambiamento di sesso operato volontariamente non può essere deplorato e rigettato, ma semplicemente andare contro la volontà divina.

In effetti, l'ordine naturale delle cose risiede nell'ordine stabilito da Dio tra uomini e donne, il cambiamento volontario di sesso rompe l'equilibrio volontario prestabilito e la perturbazione dell'ordine naturale delle cose.

Successivamente la Corte d'Appello invocò un "*Hadith*" del Profeta nel quale si afferma che: "Dio maledice gli uomini che vogliono essere simili alle donne e le donne che vogliono assomigliare agli uomini". "Le persone maledette saranno trattate in Giorno del Giudizio alla stessa maniera delle persone atee, rinnegate e ipocrite".

Tuttavia, la Corte d'Appello stabilì che l'intervento chirurgico potrà essere lecito ed eccezionalmente valido mediante l'applicazione delle regole di diritto musulmano,

per salvaguardare la vita da un pericolo imminente o da un danno grave che può mettere in serio pericolo l'integrità psichica dell'individuo.

Al riguardo, la Corte di Tunisi decise di ricorrere a un medico esperto per stabilire se l'intervento chirurgico eseguito fosse stato necessario.

Nella sua relazione l'esperto rilevò che le componenti biologiche, così come l'apparato di riproduzione erano rimasti inalterati dalla nascita.

Pertanto, l'operazione non era necessaria per eliminare un'anomalia naturale della quale il Signor Samir soffriva, ma era stato fatto artificialmente, solo per acquisire i caratteri morfologici femminili.

La Corte osservò dunque, che l'appellante non si poteva sposare in nessun caso.

Inoltre, in sentenza nella loro motivazione i giudici di secondo grado dichiararono l'illiceità dell'intervento chirurgico, rigettando di conseguenza la modifica dello Stato Civile, poiché contraria all'ordine pubblico e alla salvaguardia della pace sociale.

Il cittadino tunisino sarà costretto dunque a rispettare l'eredità nazionale e la cultura della Nazione.

Al contrario, la dottrina si rifiutò di accogliere l'interpretazione giurisprudenziale della Corte d'Appello di Tunisi, poiché contraria ai diritti dell'individuo di scegliere liberamente il proprio sesso e di disporre liberamente del proprio corpo, conformemente alla Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo⁹.

Tali principi furono recepiti anche dalla Corte di Cassazione francese che finì per ammetterne i contenuti con un'assemblea plenaria del 11 dicembre 1992, che

⁹ H. Redissi et S. Ben Abid "L'affaire Samia ou le drame d'être , autre" *Journal International de bioéthique*, 1995 volume 6, n.2, rubrique: Etique et aspects organisationnels de la transplation d'organes.

Il Giudice Tunisino e lo Statuto Personale

dichiarò ufficialmente e solennemente lecite tutte le operazioni di cambiamento di sesso per gli individui.

Pertanto, la giurisprudenza francese, con questa sentenza dichiarò non ricevibile la domanda di modificazione dello Stato Civile a seguito di cambiamento di sesso, fino a quando non verrà stabilito che quest'ultimo non sia stato realizzato in modo artificiale e fantastico, in ragione del principio d'indisponibilità dello Stato.

La Corte Suprema di Cassazione rilevò soprattutto nella risposta dei giudici della Corte d'Appello di Tunisi, un esplicito rifiuto di riferirsi ai principi universali e di decidere alla stesso modo dell'assemblea plenaria francese, argomentando solo il fatto di non conformità dei principi al patrimonio civile, storico e culturale della Tunisia.

Un Conservatorismo di reazione.

1.5 La reazione contro il liberalismo sessuale

La reazione del giudice contro il liberalismo legislativo sul piano del diritto penale.

Nel diritto musulmano le relazioni sessuali tra uomo e donna al di fuori del matrimonio sono interdette.

L'inosservanza di queste norme, (per coloro che contravvengono alla celebrazione del matrimonio) comporta delle severe sanzioni qualificate come "*Houdouds*" che va dalla flagellazione "*Al Jald*" alla lapidazione se si sopravvive alla morte.

Il diritto positivo tunisino invece, fonda la sua funzione sulla protezione, la salvaguardia della morale e la repressione di certe attività sessuali.

In particolare, certe relazioni sessuali intrattenute tra un uomo e una donna non sposate sono considerate lecite, anche se entrambi devono rispettare l'età di pubertà legale.

I tanti testi di legge che il legislatore inizialmente ha promulgato nella prospettiva di lottare contro le vecchie e arcaiche tradizioni, diventano incompatibili con una società moderna e sviluppata: il legislatore moderno deve essere messo al servizio del conservatorismo giudiziario.

In effetti, lo strumento legale utilizzato a questo fine è l'articolo 36 della legge del 1 agosto 1957 che prevede per gli sposi piena libertà privata in caso di matrimonio.

L'articolo 31 del C.S.P prevede per il legislatore la lotta contro il fenomeno sociale del matrimonio di costume, detto matrimonio "*Orf*"¹⁰.

Per pervenire al loro fine, i giudici assimilano le relazioni sessuali liberamente intrattenute tra maggiorenni, ai matrimoni celebrati senza la forma legale.

¹⁰ *M.Charfi* "Les conditions de forme du mariage", articolo sul matrimonio "*Orf*".

Il Giudice Tunisino e lo Statuto Personale

Al riguardo, la Corte di Cassazione intervenuta con la sentenza del 9 ottobre 1986, ha rilevato che l'art.36 della legge 1 agosto 1957 stabilisce che la prova del rapporto tra i due sposi comporta notoriamente l'intrattenimento delle relazioni sessuali e le soddisfazioni dei bisogni alimentari.

Inoltre, i giudici ricorrendo all'art.36 e più precisamente all'art.18 del C.S.P., relativo alla repressione della poligamia, prevedono per i medesimi fatti, un cumulo ideali d'infrazioni così come previsto dall'art.54 del Codice Penale.

A voler apprezzare il valore sul piano giuridico, la soluzione della Corte di Cassazione può essere bizzarra.

I giudicanti sembrano aver proceduto in uno spirito di confusione nel matrimonio e nel concubinato per essere celebrato nella forma autentica.

Il nodo della confusione comporta una coabitazione all'interno delle relazioni intime e la soddisfazione dei bisogni alimentari.

In particolare, nell'ipotesi di matrimonio nullo sia per l'articolo 36 della legge del 1 agosto 1957 che per l'art.18 del C.S.P. 3° comma, le parti convengono di prendersi mutualmente per marito e moglie.

Entrambi danno il loro consenso al matrimonio conformemente all'articolo 3 del C.S.P.

Nell'articolo 36 della suddetta legge, il matrimonio celebrato senza la forma legale e nell'articolo 18 del C.S.P. relativo al matrimonio bigamo, il legislatore sembra avere incriminato entrambi due casi, il matrimonio e non il concubinato.

Le sanzioni istituite per le due testi non sono fondate solo sull'elemento materiale della coabitazione tra le parti, ma sono basate soprattutto sull'elemento psicologico, costituito dal consenso al matrimonio e dall'accordo delle parti.

La prova dell'accordo si fonda sulla volontà delle parti di prendersi come marito e moglie, per avere diritto al beneficio della dote.

Le parti senza questa prova non potranno rapportarsi, i giudici devono incriminare i matrimoni *contra legem*, un'interdizione alla relazioni sessuali avvenute tra soggetti maggiorenni non legate dal vincolo matrimoniale.

b) Sul piano del diritto civile.

Sul piano del diritto civile, il liberalismo del legislatore è fondato principalmente sul diritto di filiazione paterna.

Importante innovazione nel campo è la legge 28 ottobre 1998.¹¹ Relativa all'attribuzione di un nome patronimico ai minori, il "*naçab*" ovvero il vincolo di sangue senza il quale la paternità legittima non potrà essere stabilita.

In effetti, dopo l'articolo 68 del C.S.P., il matrimonio non costituisce la sola procedura per stabilire il legame di "*naçab*": che può essere legalmente stabilito mediante la confessione paterna o per la testimonianza di due persone onorevoli.

Il legislatore tunisino invece, era favorevole al solo "*naçab*" a differenza dei giudici per i quali non c'è "*naçab*" senza matrimonio.

Testimonianza ne è la giurisprudenza relativa al riconoscimento della paternità legittima che lascia intendere che la confessione paterna non sarà stabilito sul legame di "*naçab*" che si basa sull'esistenza del matrimonio ma sull'esistenza di un matrimonio nullo.

Ciò dipende dal fatto che i Tribunali e le Corti esigono sovente che i rapporti siano basati sulla prova dell'esistenza di un matrimonio e sul riconoscimento del minore

¹¹ Legge n.75 del 28 ottobre 1998 relativa all'attribuzione di un nome patronimico ai minori abbandonati o di "*naçab* sconosciuto.

da parte della madre, mentre il padre riconosce lo stesso, senza fornire informazioni sulle circostanze che ne hanno accompagnato la nascita.

Tuttavia, la non esigenza della prova del matrimonio da parte dei giudici, quando l'azione è fondata per il padre sulla confessione semplice e astratta, non sempre essa costituisce una regola assoluta e costantemente rispettata.

Tale problematica è stata affrontata dal Tribunale di Prima Istanza di Sfax nel 1971.¹² il caso riguardava una donna che dopo aver accolto suo figlio, intentò un'azione (in nome e per conto del bambino) nei confronti del padre al fine di ottenere il legittimo riconoscimento della paternità.

Il Tribunale rigettò tale azione perché mancava la prova effettiva del matrimonio, così come stabilito dall'art.420 C.O.C., secondo il quale la prova della obbligazione deve essere fatta per colui che la richiede.

Al riguardo, l'articolo 3 del C.S.P. prevede che la prova del matrimonio può essere rapportata da un atto autentico nelle condizioni fissate da una legge ulteriore.

In particolare, per ciò che concerne il matrimonio celebrato tra stranieri, la prova deve essere riferita alla legge dei Paesi, dove il matrimonio è stato concluso.

Pertanto, la dichiarazione dell'esistenza del matrimonio fatta dal padre mediante l'azione per il riconoscimento del "naçab", non è fondata sul matrimonio, ma è basata sulla confessione paterna.

Infatti, l'art.68 del C.S.P., in merito afferma che il riconoscimento del "naçab" e l'azione fondata sul riconoscimento della paternità costituiscono due procedimenti distinti e separati.

¹² Tribunale di Prima Istanza di Sfax, giudizio civile n.1292 del 26 luglio 1971.

La confessione paterna quindi, è considerato alla stessa maniera del “*naçab*”, di conseguenza il giudice dovrà esigere la prova del matrimonio per dedurne l’inesistenza¹³.

Nella realtà però non sembra essere così, infatti, nella pratica giudiziaria i giudici accettano liberamente di stabilire il “*naçab*” sul fondamento della confessione paterna, senza avere l’esigenza di una prova effettiva del matrimonio.

La sentenza della Corte di Cassazione del 1981 al riguardo è molto espressiva, la ragione di fondo risiede nel fatto che i giudici a tutt’oggi sono fedeli ai comandamenti dei giudici musulmani, considerando nullo il matrimonio non celebrato nella forma legale¹⁴.

La giurisprudenza sul punto rileva che sarà nullo e non autorizzato in Tunisia stabilire il “*naçab*” di un minore, nell’ipotesi in cui quest’ultimo sarà il frutto di relazioni sessuali intrattenute al di fuori del matrimonio.

La Suprema Corte di Cassazione motivò questa soluzione e precisò che il “*naçab*” non è legittimo, poiché contrario alla legge e alla morale, come previsto dall’art.439 C.O.C. 3° comma.

Certi autori, in particolare Sassi Ben Halima al contrario sostengono che non sempre le relazioni sessuali avvenuti al di fuori del matrimonio sono contrarie alla legge.

I casi di relazioni sessuali intrattenute in pieno accordo tra individui maggiorenni ne sono la prova inconfutabile.

Difatti, non vi è nessun disposizione repressiva in merito che in applicazione ai principi costituzionali autorizzi tale relazioni.

¹³ R. Ben Attar “La Filiation dans, le code du staut personnel tunisien” R.T.D., 1963- 1965, p.28

¹⁴ Cass.Civ.n.3712 del 12 marzo 1981.

Quanto ai principi morali gli autori affermano che la nozione ha contenuto variabile a seconda delle persone e dell'ambiente al quale esse appartengono.

I giuristi musulmani si riferiscono all'*Hadith* (racconto) del Profeta in virtù del quale "il bambino appartiene al letto, l'amante deve essere lapidato".

Più precisamente la sentenza della Corte di Cassazione del 12 marzo 1981 conferma tale assunto, ricordando che la quasi totalità delle regole contenute nel C.S.P., in particolare nell'articolo 68 relativo ai modi di stabilimento del "*naçab*" contengono regole di diritto musulmano classico.

La Suprema Corte rileva che le condizioni che completano questa materia per la confessione paterna sono fruttuose e operanti, poiché consentono di desumere l'illeicità della filiazione.

La Corte si è rivolta per l'appunto a un autore di diritto musulmano il Cheikh Mohamed Abou Zahra, applicando alla lettera il diritto musulmano classico, i giudici vogliono acquisire quindi, il liberalismo del legislatore e ammettere la possibilità di stabilire il legame di "*naçab*" in tutti i casi al di fuori del matrimonio.

1.6 La reazione contro le nuove istituzioni

Le nuove istituzioni che si stimano contrarie al diritto musulmano o che si considerano incompatibili con il diritto dello statuto personale, sono insuscettibili di ricevere applicazione da parte dei giudici.

Reazioni per la ripugnanza

I giudici manifestano la loro ripugnanza per l'adozione, che è considerata contraria alle prescrizioni del diritto musulmano.

L'adozione costituisce un contratto concluso davanti all'autorità giudiziaria, mediante la quale il minore adottato diviene per l'adottante assimilato al minore legittimo con tutti i diritti e le obbligazioni reciproche¹⁵.

L'art 13 della legge del marzo 1958 stabilisce che l'adozione è stabilita da un giudizio definitivo, il legislatore al riguardo sembra avere la tutela del silenzio quanto alla possibilità di non volere l'interpretazione.

A questo effetto le due difficoltà devono essere appianate.

La prima riguarda la determinazione della giurisdizione competente per revocare l'adozione, la seconda concerne i fondi e la ricerca di un fondamento di revocazione.

Il problema della procedura si basa sul principio del parallelismo delle forme, ovvero se ritenere automaticamente competente per l'adozione il solo Tribunale Cantonale, mediante l'utilizzo di testi di legge speciali o se rivolgersi al Tribunale di Prima Istanza, quale giudice di diritto comune affidando allo stesso piena giurisdizione.

Tra le due alternative i giudici sembrano aver optato per la seconda, in quanto la ritengono più convincente.

I giudici in generale sono quindi favorevoli alla tesi della revocabilità dell'adozione, corroborati dalla legislazione tunisina e dagli elementi di diritto comparato.

In realtà, la lettura di certi giudizi rilevano una profonda fragilità che caratterizza l'istituto dell'adozione rispetto alle prescrizioni coraniche che la vietano e la proibiscono; a supporto di ciò interviene la legislazione tunisina coadiuvata da elementi di diritto comparato.

¹⁵ Art.13 della legge n.58 -27 del 4 marzo 1958 relativo alla tutela pubblica , alla tutela ufficiale e all'adozione.

Testimonianza di questo è la sentenza della Corte d'Appello di Monastir del 9 gennaio 1986, che riguarda un'azione di revocazione dell'adozione di un minore esperita dai parenti legittimi contro i parenti adottivi.

Il diritto musulmano costituisce quindi il fondamento stesso del diritto tunisino dello statuto personale, che proibisce questa istituzione.

La revocazione dell'adozione non sarà in definitiva che un ritorno all'ordine normale delle cose.

La Corte d'Appello ha tenuto a precisare che la sua decisione di revocare l'adozione, sia per la giurisprudenza che per la legislazione tunisina dello statuto personale, passa per il diritto musulmano classico.

In particolare, la grande importanza che l'Islam accorda alla discendenza costituisce per i credenti, il decoro della via sulla quale si basa il mondo.

Tuttavia, l'adozione è inevitabile e necessaria, poiché permette di evitare la fornicazione e l'adulterio.

Il giudice di secondo grado rileva che questa necessità risiede nel desiderio dei parenti legittimi e adottivi di stabilire l'ordine normale delle cose.

Da allora secondo il giudicante l'adozione eccezionalmente autorizzata, non ha più ragione di essere, quindi può essere revocata¹⁶.

Pertanto dalla sentenza della Corte d'Appello di Monastir l'insegnamento che si trae è che l'adozione, proibita e interdetta dal diritto musulmano è un'istituzione ripugnata dai giudici che la considerano in generale come fragile.

1.7 La rendita vitalizia per la donna divorziata

Accanto all'adozione, la rendita vitalizia della donna divorziata, resta per i tradizionalisti contraria al diritto musulmano classico.

¹⁶ La Corte cita gli studi dottrinali di Bèchir Bel Hadj Yahia et de Mahmoud Chamman.

Il primo indice rivelatore riguarda la rendita vitalizia della donna divorziata, che integra l'articolo 31 del C.S.P., il 18 febbraio 1981, questa istituzione però non è stata ben accolta dai giudici, testimone ne è la sentenza della Corte di Cassazione del 21 luglio 1981.

Il problema giuridico che si pone innanzi ai giudici è di sapere se l'applicazione della legge 1981, può essere legalmente reclamata da una donna mediante un'istanza di divorzio intentata prima dell'entrata in vigore della legge.

A tale questione la corte regolatrice ha risposto negativamente, contrariamente alle leggi di procedura, e alle leggi di fondo che contengono i principi, che non possono ricevere applicazione retroattivamente se non successivamente alla data della loro pubblicazione.

La prima riflessione che questa decisione sembra suscitare è contenuta nella circolare ministeriale del 16 marzo 1981, nella quale si chiede ai tribunali e alla corte di applicare la legge del 18 febbraio 1981 agli affari in corso.

Pertanto, i principi che la Corte ha invocato, correttamente formulati sono effettivamente ammessi in dottrina e in giurisprudenza, nel diritto comparato e nel diritto tunisino.

In effetti, è comunemente ammesso in dottrina e in giurisprudenza che per appianare le difficoltà nelle conflitti di legge nel tempo, la regola d'applicare consiste nel distinguere le situazioni legali da quelle contrattuali.

Per quanto riguarda gli effetti futuri è applicabile la legge in vigore al momento della conclusione del contratto, in funzione dell'accordo delle parti.

Invece per le situazioni legali, create dalla volontà del legislatore e dunque obbligate a obbedire al cambiamento di questa volontà, la nuova legge presunta migliore deve essere applicata ai processi in corso.

La ragione risiede nel fatto dice il giurista M.Charfi¹⁷ risiede nel fatto che: “I giudizi definitivi non sono stati ancora acquisiti”.

Sul punto si pongono due problematiche:

- 1) Perché la Corte di Cassazione ha rotto la tradizione?
- 2) Perché ha rifiutato di applicare la legge 18 febbraio 1981¹⁸ ai processi ancora in corso, senza avere effetto retroattivo, con un’incapacità di reagire alle situazione giuridiche anteriori?

La ragione profonda interiormente pensata è incoerente con il diritto musulmano classico, di conseguenza la soluzione di una concezione strettamente contrattuale che la Corte di Cassazione ha adottato è fondata generalmente sul matrimonio e sulla concezione ereditata dal diritto musulmano classico.

Il matrimonio quindi, è assimilato a un semplice contratto, mentre il divorzio a una domanda capricciosa¹⁹, detta ripudio.

M.Charfi definisce il ripudio come rottura di un legame puramente contrattuale, i giudici considerano che questa rottura sia consumata nell’istante in cui il marito esprime la sua volontà di porre fine alla vita coniugale.

Al contrario, la realtà giuridica è un’altra, il divorzio sarà giuridicamente acquisito e produrrà legalmente i suoi effetti quando il giudice che lo pronuncerà avrà acquisito l’autorità di scegliere il giudizio.

Da questa data precisa e solo da essa, i doveri coniugali cesseranno d’avere effetto e gli sposi perderanno la loro qualità.

¹⁷ *M.Charfi R.T.D., 1984 p.584.*

¹⁸ Cass.Civ.n.4860, del 22 gennaio 1981, Bull.Civ.1981, 1, p.35 R.J.L. février 1982, p.103.

¹⁹ Per il marito, sul fondamento del comma 3 dell’articolo 31 del C.S.P.

Inoltre, a partire da questa data cominceranno a decorrere il periodo di vedovanza che deve essere osservato dalla donna divorziata quando il matrimonio è stato consumato.

Così possiamo inquadrare il matrimonio nei limiti di un semplice contratto e il divorzio, come rottura di un legame strettamente contrattuale.

I giudici dovranno riconoscere la concezione legislativa dominante del matrimonio e del divorzio, che fanno della prima un'istituzione veritiera e della seconda una situazione legale.

In realtà, esso deve essere obbligatoriamente pronunciato mediante una decisione del giudice, il divorzio costituisce dunque, uno stato di diritto, che la legge organizza e regola in modo meticoloso.

Tuttavia, la Corte ha preferito conformarsi alle vecchie abitudini, rigettando la tutela dell'istituzione della rendita vitalizia per la donna divorziata, considerando la stessa come un male, come un intruso che turba l'ordine pubblico prestabilito.

I giudici sono pronti a prendere nuove misure per arginare tale fenomeno, in questa prospettiva la misura che appare migliore è di privare la donna divorziata della rendita vitalizia.²⁰ E reclamare la riparazione del danno materiale che il divorzio ha determinato sotto forma di capitale fisso e variabile.

Questa misura è stata effettivamente ritenuta da un certo numero di decisioni del giudice nelle due situazioni: la prima trattata dalla Corte riguarda la durata del matrimonio, la seconda la donna che lavora.

1.8 Casi della corte, durata del matrimonio.

Per quanto riguarda la durata del matrimonio, la Corte di Cassazione ha stimato che la rendita vitalizia della donna divorziata, dunque il montante deve essere applicato

²⁰ Articolo 31, 4 comma del C.S.P.

così come previsto dal 4° comma dell'articolo 31 del C.S.P. in funzione della durata della vita coniugale.

Secondo le sentenze della Corte di Cassazione nello spirito dei giudici, la rendita vitalizia è incompatibile con un matrimonio di durata, la donna deve abituarsi al ritmo di vita che suo marito le offre di vivere.

Quest'argomentazione che può essere a priori eloquente e logica, non è un fenomeno istantaneo, l'abitudine all'uso e al costume, esige veramente l'adattamento che non può essere sufficiente per privare la donna di un diritto riconosciuto.

La natura sanzionatrice ed eccezionale dunque, non è esplicitamente prevista da un testo di legge.

Quanto all'elemento dell'abitudine il 4° comma dell'articolo 31 del C.S.P., per la Corte di Cassazione la motivazione di privare il diritto di rendita vitalizia, si basa sulla durata del matrimonio che deve essere un elemento necessario in linea con la valutazione e la determinazione del *quantum*²¹.

Casi della donna che lavora

Nella sentenza del 29 novembre 1994, la corte regolatrice ha deciso di ricorrere alla Corte di Cassazione conformemente all'art.31 del C.S.P.,

Infatti, la sentenza d'appello dichiarò che la donna che lavora non può richiedere in caso di divorzio la rendita vitalizia.

Per giungere a tale decisione la Suprema Corte ha rilevato che la donna divorziata non può usufruire di due pensioni, la prima rappresentata dalla remunerazione del suo lavoro, la seconda relativa al divorzio.

Al contrario, una soluzione diversa non sarebbe conforme al quarto comma dell'articolo 31 del C.S.P.

²¹ Cass.Civ.n.42066 del 29 novembre 1994, Bull.Civ., 1994, p.316 R.T.D. 1998 (parte in arabo) p.185, Nota *M.BagBag*.

In effetti, con tale disposizione il legislatore ha privato la donna che lavora di percepire un ulteriore salario, nell'ipotesi di divorzio quindi la riparazione del pregiudizio materiale sarà realizzata sotto forma di capitale fisso.

La determinazione del quantum della rendita vitalizia ha la finalità di permettere alla donna di mantenere lo stesso tenore di vita di quando era sposata²².

Tale soluzione però non è accolta dai giudici in quanto contraria alle norme di diritto musulmano classico.

Infatti, la presenza di questo istituto all'interno del sistema giuridico tunisino, è vista come intrusione, in definitiva una regola ben fondata è male applicata.

1.9 La reazione alla paternità

La legge del 31 dicembre 1963 sulla confessione della paternità e la legge del 15 luglio 1977 sul "*doukhoul homky*" o la consumazione effettiva o assimilata del matrimonio.

L'esempio della sentenza reso dalla Corte di Cassazione in data 17 gennaio 1961 ne è la perfetta illustrazione.

Esso riguarda un'azione di annullamento del matrimonio esperita in relazione agli articoli 14, 17, 21 del C.S.P., concernente l'avo paterno, nell'ipotesi d'impedimento tra gli sposi riguardante la collazione.

Dopo l'audizione delle tre signore che hanno testimoniato il fatto che gli sposi sono stati allattati dalla medesima donna durante il periodo di allattamento, i giudici di fondo hanno concluso per l'annullamento del matrimonio.

Di conseguenza, i due sposi sono ricorsi in Cassazione invocando per l'appunto due motivi:

²² Cass.Civ. n.22695 del 23 novembre 1989, R.J.L., 1993, giugno p.59 nota *S.Ben Halima*.

di natura procedurale, il primo motivo riguarda l'errore di qualità del padre del marito di agire per l'annullamento del matrimonio.

Il secondo motivo si situa sul terreno probatorio e riposa sulla insufficienza e la contraddizione, che hanno caratterizzato la testimonianza delle tre signore.

Dopo l'esame, la Corte di Cassazione ha deciso di adottare il primo motivo che contrariamente alla allegazione dei due sposi l'azione di annullamento è stata regolarmente intentata.

Nel caso di specie il padre del marito gioca il ruolo di semplice denunciante, poiché l'azione viene in verità esperita dal Pubblico Ministero.

La Corte Suprema al riguardo ha precisato che la funzione del Ministero Pubblico degli Esteri e della Giustizia relativa all'azione di annullamento del matrimonio si riferisce all'impedimento sulla base del quale l'azione è stata intentata, in quanto protettrice dell'ordine pubblico.

In particolare, il legislatore nell'articolo 17 del C.S.P., prevede l'impedimento della collazione congiuntamente all'articolo 18 che interdice la poligamia e la reprime con una sanzione ai sensi dell'articolo 21 dello stesso codice, nel quale l'ordine pubblico è il principale interesse.

L'art.17 dunque è conforme al diritto musulmano classico.

In effetti, nel suddetto articolo sono contenuti i principi relativi all'impedimento, ovvero quello che fa riferimento alla condizione di allattamento per la stessa donna nei due anni che seguono la nascita.

I testimoni utilizzati nell'ipotesi de quo chiamati a testimoniare non possono essere dotati della qualità di notaio.

Inoltre, la Corte ha rafforzato tale assunto introducendo nell'art.17 la condizione di notorietà, accogliendo il silenzio osservato dal legislatore in materia.

La prova dell'allattamento durante i due primi anni che seguono la nascita²³, non ha bisogno di essere certificata per essere conosciuta da tutti²⁴.

In realtà, l'amministrazione della prova testimoniale semplice non sarà ritenuta in diritto musulmano classico, essa sarà riconosciuta come soddisfattiva della condizione di notorietà e del fatto dell'allattamento.

Infatti, i giudici sembrano ridurre l'applicabilità delle regole contenute nel C.O.C. in materia di statuto personale.

L'incompatibilità di tali regole con questa disciplina del diritto è rilevata da Mahmoud Chamman, presidente della camera onoraria della Corte di Cassazione, la quale ha affermato che se gli sposi decidono di contrarre matrimonio essi saranno sottomessi esclusivamente alle sole disposizioni del C.S.P.

La presente decisione permette in definitiva, di concludere l'idea che i giudici del diritto hanno applicato le norme del C.O.C. in materia di statuto personale in conformità al diritto musulmano classico.

L'analisi effettuata sulle sentenze, così come i precedenti studi hanno permesso di constatare il conservatorismo dei giudici.

L'attaccamento incondizionato dei giudici ai precetti di diritto musulmano classico è determinato dalla applicazione della norma positiva alla luce dei principi sopraenunciati, ciò determinerà un conservatorismo più moderato.

²³ Condizione stabilita dall'art.17 del C.S.P.

²⁴ Condizione stabilita dai giudici non dall'art.17 del C.S.P.

Un conservatorismo temperato

L'obiettivo del giudice tunisino consiste nell'applicare la legge conforme alla volontà del suo autore²⁵, ciò è reputato legalmente ammesso per ricorrere al diritto musulmano e un domani allo statuto personale.

La ricerca di un fondamento legale

Occorre stabilire quale ruolo occuperà il diritto musulmano classico ai sensi del sistema giuridico tunisino.

La dottrina classifica le fonti in formali e materiali.

La fonte formale è rappresentata dalla legge, quali le norme scritte elaborate dall'autorità costituzionale abilitate a legiferare. I suoi contenuti, infatti, traducono la volontà dell'autore.

La legge è considerata come la fonte principale del diritto in Tunisia²⁶.

Al contrario, la fonte materiale sarà influenzata dal legislatore e dall'elaborazione del diritto scritto.

La questione che si pone dunque, sarà di determinare la vera funzione del diritto musulmano all'interno del rapporto tra diritto tunisino e statuto personale.

La negazione della fonte formale

Certe legislazioni fanno riferimento espressamente al diritto musulmano, mentre altre alla fonte formale del diritto in materia di statuto personale.

Il caso riguarda la legislazione marocchina, in particolare l'art.297 della *Moudawana* stabilisce che: "Tutti i casi che non sono possono essere risolti in

²⁵ Articolo 23 della legge n.67-29 del 14 luglio 1967 relativo all'organizzazione giudiziaria al Consiglio Superiore della Magistratura e allo statuto dei magistrati, modificato dalla legge n.71 – 19 del 3 maggio 1971, dalla legge organica n.85-79 del 11 agosto 1985, dalla legge organica n.87 -14 del 10 giugno 197, dal decreto legge n.88 del 15 settembre 1998, successivamente modificati dalla legge organica n.88-73 del 2 luglio 1988 e per la legge organica n.91 -9 del 25 febbraio 1991.

²⁶ *M.Charfi*, Introduction à l'étude du droit, pag.125 n.225.

applicazione del presente codice sono regolati dall'opinione dominante e dalla giurisprudenza costante nel rito malichita".

Nel diritto tunisino invece, vi è l'assenza di una disposizione speciale analoga, esiste dunque un arsenale giuridico tunisino formato due disposizioni d'ordine generale in materia d'interesse.

La prima, di natura costituzionale riguarda l'articolo 1 della Costituzione del 1 giugno 1959.

La seconda invece, ha valore legislativo, ed è contenuta nell'articolo 535 del C.O.C. L'articolo primo della Costituzione del 1 giugno 1959 enuncia che la Tunisia è uno stato libero e indipendente, la sua religione è l'Islam, la sua lingua è l'arabo e il suo regime è la Repubblica.

Nello studio fatto di questo testo Y.Ben Achour²⁷ ha scritto: "Noi siamo...davanti a due principi contraddittori, il primo afferma la sottomissione dell'ordine pubblico positivo a un ordine trascendente; il secondo afferma la sovranità.

La coesistenza dei due principi suscita nella dottrina delle discussioni vive e passionali.

Gli articoli 40 e 42 della Costituzione stabiliscono che "Islam è religione di Stato".

La legge del 18 agosto 1988 inoltre, prevede che il principio islamico dei membri del governo.

Y. Ben Achour afferma che l'Islam riconosce certi privilegi che le altre religioni non riconoscono.

In particolare l'art.5 rileva che: "La Repubblica Tunisina garantisce l'invulnerabilità della persona umana e la libertà di coscienza e protegge il libero esercizio del culto, che non deve essere contrario all'ordine pubblico".

²⁷ *Y.Ben Achour* "Islam et constitution".

Al contrario, lo Stato deve garantire questa libertà ai cittadini²⁸.

Secondo Ezzedine Arfaoui l'espressione "Islam religione di Stato" non deve essere confusa con "Islam diritto di uno Stato".

Ciò sembra affermarsi attraverso la critica, in relazione alla sentenza della Corte d'Appello di Tunisi a proposito del caso "Sami-Samia", nel quale lo studioso afferma: "Noi pensiamo che non ci sia possibilità per la questione riguardante la transessualità di invocare il Corano o la Sunna, né l'articolo primo della costituzione tunisina che dichiara che la Tunisia ha per religione l'Islam".

La confusione tra diritto di uno Stato e religione di uno Stato è rigettata.

Mohamed Charfi da parte sua ha previsto l'idea di una necessaria conformità tra il diritto tunisino e quello musulmano.

Egli afferma che l'espressione "Islam religione di Stato" contenuta nell'articolo primo della Costituzione deve trovare la sua migliore esplicazione nel fatto che i principali libri per risolvere i problemi economici, sociali si basano su regole giuridiche...il legislatore deve attenersi alla tradizione islamica e al rispetto della morale religiosa.

L'assenza di una disposizione che sarà esplicitamente consacrata nel principio della conformità della legge positiva al diritto musulmano, al momento della nascita dell'articolo 64 della costituzione afghana del 1 ottobre del 1964 impose all'autorità abilitata a legiferare di non andare incontro ai precetti fondamentali dell'Islam.

L'espressione "Islam religione di Stato" implica come conseguenza la necessità di conformare la legge positiva tunisina alla legge musulmana.

Dall'altro lato l'idea della cittadinanza implica la nozione di legalità, essa accusa una rottura con la legge musulmana tradizionale²⁹.

²⁸ H.Chèkir cit. p.410.

Lo spirito del legislatore tunisino ha promulgato la costituzione del 1 giugno 1959, contrariamente agli altri paesi arabi musulmani, la Tunisia, dopo l'indipendenza si concretizza nel principio di legalità dei cittadini davanti alla legge.

Attraverso l'abrogazione delle leggi confessionali al profitto dell'elaborazione di un diritto etico, come conseguenza della soppressione delle giurisdizioni competenti secondo la religione professata e un piano di giurisdizione secolare unico, la nozione del conflitto interno della legge e la giurisdizione che non esiste più.

Tutti questi giudizi sono raccolti a unanimità dalla dottrina.

Bèchir Tèkari, non ha espressamente enunciato nella costituzione tunisina, contrariamente a certe costituzioni d'altri paesi arabi e islamici, che il Pakistan, l'Afghanistan, l'Arabia Saudita e Yemen nei quali i precetti dell'Islam costituiscono una risorsa imperativa del legislatore.

Il giudice deve rispettare tali principi, sia prima di dettare una legge che nell'interpretare il contenuto dell'espressione "Islam religione di Stato", di cui all'articolo primo della costituzione, preceduto dal preambolo che ha marcato l'attaccamento del popolo tunisino all'insegnamento dell'Islam fedele alla carta costituzionale tunisina.

Questo ragionamento è contenuto nella dichiarazione fatta dalle parti tunisine al momento della firma della Convenzione di Copenaghen del 18 dicembre 1979, relative alla eliminazione di tutte le forme di discriminazione a tutela delle donne.

I dettami costituzionali non sono scritti nei testi giuridici per l'applicazione della convenzione che andrà incontro alla religione musulmana, la stessa dichiarazione

²⁹ K.Mèziou p.56, in quest'ordine d'idee l'autore fa riferimento ad A.Miquel, *L'Islam et sa civilisation*, Collection Destins du monde, Editions A.Collin, 1990, p.322.

però non stabilisce né la forma repubblicana di regime, né la lingua araba. La religione sarà quella musulmana.

Come chiudere finalmente il dibattito sin da ora affrontato?

Al riguardo, K.Mèziou ha evidenziato che il privilegio dell'Islam si concretizza in un obbligo dello Stato e del diritto positivo alla sottomissione, che dall'altro lato si proclama la loro sovranità.

In definitiva, ella afferma che interdire al legislatore e al giudice di ricorrere al diritto musulmano, indica che la disposizione dell'art.1 della costituzione, non sarà equivalente sola a essa, ma costituirà un'affermazione senza equivoco nella quale il diritto musulmano costituisce una fonte formale del diritto positivo tunisino.

La ritenzione della fonte materiale

Dopo la sua apparizione, il C.S.P. non ha cessato di suscitare la polemica quanto alle relazioni che potranno essere intrattenute con il diritto musulmano³⁰.

Le illustri personalità della scuola sciaraitiche sono severamente criticate dall'autore Cheïkh El Aziz Jaïet, membro della commissione che ha partecipato all'elaborazione del progetto di codificazione.

Egli afferma: "Più articoli del codice non riconoscono la mia adesione".

Al contrario, altri autori considerano tale progetto come: "La conquista da parte dello Stato del nuovo monopolio della produzione giuridica e della preponderanza della legge positiva"³¹.

Agli stranieri esso si presenta come un modello di adattamento del diritto musulmano alla realtà del XX° secolo.

³⁰ Su questa polemica cf. la diatriba di *Cheïk Moncef Mestiri*, in arabo, nel giornale *Al istiqlal* in data 19 settembre 1956.

³¹ *H. Cheïkir*, tesi p.169; cf. anche *S.Ben Achour* "Etats non séculariès, laïcité et droit dans le monde arabe, Editions CERES Productions, Tunis 1992, p.216; *M.Sayah*, in, *Le nouvel Etat. Les grandes réformes ou de la Constituante à la République, Collectin Histoire du mouvement national tunisien, Le nèò- destour à l'épreuve du pouvoir, Dar El Amal, T.2, p.153.*

L'argomento dal quale desumere lo spirito innovatore che anima questo codice è la soppressione del diritto di "Jabr" o contraente matrimoniale della regolamentazione del divorzio, che può essere pronunciata dal Tribunale, soprattutto con riguardo alla soppressione della poligamia in materia di uguaglianza tra gli sposi³².

La Tunisia è stato il primo Paese arabo ad adottare tale misura.

Tuttavia, alcuni giuristi di formazione occidentale e di concezione rivoluzionaria, ritengono questo codice incompleto e insufficiente per la sopravvivenza di certi costumi antichi e regole arcaiche appartenenti al diritto musulmano classico, quali l'immagine di mantenere l'inegalità successoriale tra i due sessi e la non riconoscenza reale della paternità naturale.

Le novità introdotte dal legislatore modernista non sembrano quindi, aver conquistato totalmente la sfera islamica che rimane ben salda ai suoi principi.

2. La sopravvivenza del diritto musulmano classico

Contrariamente a Kemmel Atatürk che ha mutato la fisionomia della Turchia nel ottobre del 1923, abolendo nel 1924 il "Callifato" basato sull'autorità religiosa del Sultano, modificando la Costituzione del 1928, sopprimendo l'articolo riguardante L'Islam come religione di Stato basata sul diritto nazionale, ed ha dato luogo al diritto musulmano classico, totalmente straniero ispirato alle codificazioni civili svizzere, italiane e tedesche.

I militanti dell'indipendenza della Tunisia, seguaci delle idee rivoluzionarie e moderniste di *Tahar El Haddad* sono convinti di seguire il leader turco e di operare un nuovo movimento di riforma mai operato in precedenza.

Per questi ultimi l'evoluzione del diritto deve avvenire senza fratture, seguendo la loro coscienza, affidandosi alla loro personalità.

³² *M.Charfi*, "Le droit tunisien de la famille entre l'Islam et, la modernité.p.200 n°424 e seguenti.

Più indici dunque sul piano legislativo hanno operato questa conferma.

Il primo riguarda la composizione della Commissione formata da *Habib Bourghiba* in qualità di Primo Ministro del Bey, incaricata di redigere un progetto di Codice dello Statuto Personale.

Questa commissione presieduta dal Primo Ministro della Giustizia, *Ahmed Mestiri*, contiene sei membri illustri della scuola sciaraitica, quale *Cheikh Mohamed El Aziz Jaïet* grand Mufti malikita e anziano Ministro del Bey, *Mohamed El Fadhel Ben Achour*, *Mohamed El Hèdi Bel Kadhi*, entrambi anziani *qadhis*³³ dei tribunali sciaraitici, *Abdelaziz ben Jaâfar* e *Hattab Bouchhnak*.

Il loro sapere, la loro presenza e partecipazione pesò notevolmente sulla codificazione.

Il secondo indice è inerente ai documenti sui quali la commissione ha lavorato e si è ispirata.

Nel quadro generale, di un movimento di rinnovazione e codificazione la commissione si insedia attraverso il decreto beycale del 16 giugno 1949, di *Cheikh Mohamed El Aziz Jaïet* all'epoca Ministro della Giustizia.

Questa commissione aveva il compito di preparare un modello di codificazione di regole sciaraitiche, che dopo i due riti malichita e hanafita sono le più predominanti in Tunisia.

Nella redazione del progetto essi si ispirarono al modello ottomano, ovvero la *Magialla* del 1878 d'ispirazione hanafita, della quale il massimo esponente è il giurista musulmano egiziano Kadri Pacha³⁴.

³³ Giudici.

³⁴ *Kadri Pacha* 1881 “Le regole sciaraitiche in materia di statuto personale” denominato come “*Morshod El Hayran*, tradotto come “il consigliere dell’ambasciata”.

Il Giudice Tunisino e lo Statuto Personale

Questa commissione è riuscita a mettere in piedi un progetto comprendente 2464 articoli di cui 903 relativi alla famiglia e allo statuto personale.

I restanti articoli sono riservati ai beni e alle obbligazioni a carattere pecuniario e finanziario.

Tale codice fu dunque precursore del Codice dello Statuto Personale Tunisino del 13 agosto 1956.

Nel testi sono citate le leggi egiziane del 1920, del 1929 sul matrimonio, del 1926 sul testamento e del 1943 sulle successioni.

Sono citati inoltre legalmente il codice dello statuto personale siriano del 1953, elaborato da un progetto preparato da *Cheikh Ali Tantaoui, qādi* di Damasco all'epoca.

Infine, quest'ultimo contiene dei riferimenti al codice civile iraniano del 1928, disposizioni che si riferiscono essenzialmente al rito Jaāfarita, utilizzato come documento di lavoro dal legislatore tunisino.

In particolare ciò si ritrova all'interno dell'art.143 bis del C.S.P. introdotto dalla legge n° 59-77 del 19 giugno 1959.

Il terzo indice riguarda il Ministero della Giustizia che ha accompagnato nel 1956 la promulgazione del C.S.P. che contiene principi di diritto musulmano.

Il quarto indice è inerente al C.S.P., il primo gennaio 1957 e il 27 settembre dello stesso anno il codice non ha ricevuto applicazione imperativa a tutela dei soli tunisini musulmani.

L'articolo 3 del decreto di promulgazione, ha istituito uno statuto transitorio per i tunisini di confessione israelita, mentre l'art.5 dello stesso ha previsto il giudizio davanti ai Tribunali Rabbinici.

Qualche mese più tardi la Convenzione franco-tunisina del 3 luglio 1957 ha diviso le giurisdizioni francesi della Tunisia.

Infatti, da un lato il decreto n°57-40 del 7 luglio dello stesso anno ha soppresso i tribunali rabbinici e unificato la giustizia, dall'altro il C.S.P. è divenuto applicabile *erga omnes* e il suo campo di applicazione viene esteso a tutti i tunisini, a prescindere dalla confessione di loro appartenenza.

Sul piano della forma si evince che alcuni articoli del codice sono redatti con uno stile arcaico ed esoterico che ricorda quello dei giureconsulti musulmani, un esempio è costituito dall'art.73 relativo alla confessione paterna legittimo: “La riconoscenza della filiazione, valida anche per i terzi, ovvero il fratello, lo zio paterno, il nonno, i figli piccoli maschi.

Tale riconoscimento sarà valido a tutela del suo autore nell'ipotesi di assenza dei successori di questo.

In caso contrario, egli non avrà diritto ad alcuna successione.

L'articolo in questione non è altro che una riproduzione integrale dell'articolo 589 del progetto di *Cheïkh Mohamed El Aziz Jaïet*.

L'articolo 73 summenzionato non è, il solo modo per costituire la prova, anche l'articolo sembra omologarsi al progetto di *Jaïet*.

Il solo cambiamento che il legislatore ha introdotto risiede nella sostituzione della formula “*Nikah*” con l'espressione “*Zawaj*”, contenuto nell'articolo 15 che non è altro che la riproduzione letterale dell'articolo 42 versione malichita del progetto di *Jaïet*.

Dall'altro lato il passaggio periodico dei differenti articoli del codice permette di constatare che il legislatore oltre allo stile, ha impiegato una terminologia

equivalente alla legislazione dei Paesi Occidentali, non presente nel diritto musulmano e negli scritti dei giureconsulti.

Testimone di ciò è l'espressione "*Naçab*" impiegato nell'articolo 68 e seguenti del Codice dello Statuto Personale ovvero la filiazione paterna legittima o la relazione legittima che unisce il minore a suo padre.

Di conseguenza, è esclusa la filiazione materna e la paterna naturale semplice o adulterina.

Ciò si realizza anche nella formula "*firash*³⁵" contenuta nell'articolo 68.

Tale accezione ereditata dal diritto musulmano è impiegata dal Profeta nel suo sermone d'addio: "Il bambino appartiene al "*firash*" ovvero il letto³⁶, l'amante deve essere lapidato.

Il termine suindicato è stato tradotto impropriamente nella versione francese dell'articolo 68 del C.S.P., utilizzando l'espressione equivoca "coabitazione", l'equivalente esatto in lingua araba è "*Muâacharah*".

Tuttavia, l'espressione "*firash*" ingloba in materia di "*Naçab*", tutte le relazioni sessuali lecite intrattenute tra il padre e la madre del minore.

Ne segue dunque che oltre i matrimoni validi e nulli, rientrano ugualmente per il diritto musulmano nel "*firash*", le relazioni tra il padrone e la schiava e il "*watti Bi shubba*" cioè le relazioni intrattenute tra un uomo e una donna, che crede per errore essere suo marito³⁷.

Alle due espressioni sopraesposte si aggiunge il termine "*istilhak*" usato congiuntamente alla accezione "*ikrar*" o confessione della paternità.

³⁵ "il bambino appartiene al letto".

³⁶ C.f. *L.Milliot*, Introduction à l'étude du droit musulman P.U.F. p.388 n°414.

³⁷ C.f. *Sassi Ben Halima* op.cit.

Entrambi traducono la volontà genitoriale di legare il minore al “*naçab*”, diverso è invece la formula “*arradhâ*” contenuto nell’articolo 17 del C.S.P. che significa collazione o allattamento, considerato come impedimento perpetuo al matrimonio.

Tale espressione considerata come una sopravvivenza del diritto musulmano trova la sua origine nel Corano e nella Sunna.

Il “*Mahr*” ovvero la dote è la traduzione ufficiale ritenuta dal C.S.P. nella sua versione francese, terminologia giuridica propria del diritto musulmano; essa designa il bene o la somma di denaro che l’uomo dona alla donna in previsione del matrimonio, a testimonianza del suo amore per lei³⁸.

Il “*Doukhoul*” e il “*Bina*” sono due terminologie utilizzate dal C.S.P. quale la consumazione del matrimonio, conosciuta dal diritto tunisino e costituente una nozione ereditata dal diritto musulmano.

Essi portano il simbolo di un’istituzione divenuta vetusta e arcaica, nonostante l’intervento innovativo del legislatore.

Gli esempi sono molteplici e si ritrovano nel libro 9 del C.S.P. nel quale il legislatore ha consacrato, regolamentato la materia successoriale, più espressioni ricordano il diritto musulmano costituendone la sopravvivenza.

Per citare questa tutela i termini “*Fardh*” o eredi riservati, “*Hasab*” o eredi agnati, “*hajib*” ovvero evizione di un erede dell’eredità e “*radd*”.³⁹.

³⁸ Nella pratica ebraica l’equivalente del “*mahr*” è il termine “*Kiddouchim*” che indica un dono nuziale che l’uomo fa alla donna al momento del fidanzamento, prima di contrarre matrimonio. Il giorno del matrimonio l’uomo pronuncia nella via della sua futura sposa la seguente formula sacramentale: “Ti consacro con quest’anello (o oggetto a seconda dei casi) a me, secondo la legge di Mosè”. Per l’effetto di questa formula il matrimonio nel diritto ebraico sarà perfettamente realizzato. Al contrario, questo matrimonio sarà ritenuto inesistente nel ipotesi in cui il “*kiddouchim*” non sia stato effettuato e accettato.

C.f. *A.Zagouri* “Le mariage en droit hébraïque. Publications de la Faculté de Droit du Maroc, Collections d’études juridiques, politiques et économiques, série en langue française, L.G.D.J. 1960, p.38.

³⁹ Per effetto del primo comma dell’art.122 del C.S.P., che può essere totale o parziale.

In effetti, la regolamentazione contenuta nel libro 9 del codice riservato alle successioni è una ripresa quasi integrale delle regole di diritto musulmano.

E' notoriamente riconosciuto che secondo i principi del diritto musulmano l'uomo eredita il doppio di ciò che riceve la donna.

La legislazione del "*Naçab*" è largamente ispirata anch'essa a diritto musulmano, esso costituisce gli stessi impedimenti al matrimonio perpetui fondati sulla paternità, l'alleanza e la collazione.

Ciò è legalmente riconosciuto nell'ipotesi riguardanti la "*idda*" ovvero periodo di vedovanza che la donna divorziata deve osservare quando il matrimonio è stato consumato.

Da quanto sopraenunciato, si evince come all'interno del C.S.P. sono contenute regole di diritto musulmano classico di obbedienza essenzialmente malichita e hanafita.

Tuttavia, l'apertura innovativa che il legislatore ha effettuato mediante numerose leggi non ha soddisfatto totalmente la sfera islamica.

Al riguardo, molti sostengono che queste sopravvivenze sembrano essere sempre meno.

Infatti, il lavoro dell'innovazione che questo codice cominciò, perseguì attraverso una moltitudine di leggi posteriori una maggiore invadenza nella sfera islamica.

2.1 L'innovazione nel quadro islamico

Nel comunicato reso dal Ministro della Giustizia il 3 agosto 1956 all'annuncio del C.S.P., egli afferma che le disposizioni del codice sono fondate sui principi direttivi del diritto musulmano.

Successivamente il 10 agosto 1956 il Primo Ministro del Bey Habib Bourghiba nel suo discorso diffuso via radio, precisa che le innovazioni contenute nello Statuto Personale sono in linea con i principi fondamentali dell' Islam.

Innovazioni contenute nel C.S.P.

Le innovazioni sono numerose vanno dalla abolizione della poligamia all'insaturazione del divorzio giudiziario, alla ammissione del triplice divorzio come impedimento perpetuo al matrimonio e la soppressione del diritto di " *Jabr*".

L'abolizione della poligamia

Dopo l'entrata in vigore del C.S.P. il consiglio superiore della Shariâa affermò che certe disposizioni del codice sono contrarie ai precetti musulmani, in particolare all'art.18 che abolisce la poligamia.

Innanzitutto il suddetto articolo per essi è contrario al Corano, alle prescrizioni del Profeta e all' " *Ijmâa*" degli *Ulémas* o consenso universale dei giureconsulti musulmani.

Al riguardo, Habib Bourghiba ha tenuto a sottolineare che questa interdizione in materia matrimoniale era importante, non perché contraria alle norme sciaraitiche, ma perché frutto del desiderio di tutti i cittadini tunisini⁴⁰.

Per esplicitare il suo pensiero Bourghiba colse l'occasione per ricordare che prima dell' Islam la poligamia non solo era autorizzata, ma era permessa senza alcuna limitazione, tanto è vero che un uomo poteva contrarre matrimonio con un numero illimitato di donne.

Successivamente con l'avvento dell' Islam l'uomo potrà sposare al massimo quattro donne, sul punto i versetti del Libro Sacro stabiliscono che l'uomo dovrà trattare in

⁴⁰ *Mohamed Sayah*, celebre giurista, dirà che le riforme sono frutto dell'innovazione della stessa legge islamica e delle esegesi dei testi coranici operate da riformatori e modernisti, di cui i principali esponenti sono *Kacem Amine* in Egitto e *Tahar El Haddad* in Tunisia, op.cit *H.Cheïk a Jaïet*.

modo giusto ed egualitario tutte quattro le mogli, anche se la soluzione migliore indicata è di sposare una sola donna.

Al riguardo, il versetto 3 della Sura delle Donne afferma che: *“Se voi prendete in sposa due, tre o quattro donne e temete di non essere equi sposate solo una”*.

Se ne desume quindi, che il marito poligamo si ritroverà nell'impossibilità assoluta di soddisfare questa condizione⁴¹.

Delle stessa idea è Tahar El Haddad che vede all'interno del Libro Sacro l'interdizione pura e semplice della poligamia.

Sembra evidente quindi, che se il Corano da un lato favorisce letteralmente la poligamia, dall'altro lato il suo spirito intende favorire la monogamia.

Infatti, i giureconsulti musulmani riconoscevano alla donna la possibilità di inserire nell'atto di matrimonio la clausola detta monogamica, che se violata riconosceva alla donna la facoltà di chiedere il divorzio.

Tale clausola è attualmente in uso nei Paesi Arabi e Islamici, ad esempio in Marocco ove la poligamia è ammessa solo in casi eccezionali stabiliti dal giudice, previo consenso della prima moglie⁴² che può escludere questa eventualità esplicitandolo nel contratto di matrimonio.

Ciò posto, possiamo senz'altro affermare che l'interdizione della poligamia non è totalmente estranea al diritto musulmano, nel quale s'inserisce come norma positiva all'interno dell'articolo 18 del C.S.P.

⁴¹ Voi non riuscirete mai ad assicurare una perfetta equità tra le vostre mogli, anche se voi avete il più vivo desiderio. Non fate entrare in voi comunque la parzialità, al punto di abbandonare completamente una di loro, lasciandola come sospesa!. Piuttosto stabilite con un buon intento la comprensione di ogni bene e la fuga da ogni iniquità: Dio userà la sua clemenza verso Voi e vi darà misericordia! Sura delle Femmine vers.129.

⁴² Riforma Moudawana del 2004 operata da Re Mohamed VI.

A maggior ragione, essa sembra integrarsi perfettamente in armonia con lo spirito generale, filosofico e l'esperienza della Tunisia alla vigilia dell'indipendenza, atteso che le spose poligame non sono trattate alla stessa maniera dai loro mariti.

Il divorzio giudiziario

Al momento dell'abolizione della poligamia il divorzio giudiziario non ha mancato di suscitare la discussione.

Il legislatore è stato più che mai risoluto sul punto, d'altronde il diritto applicabile alla vigilia dell'entrata in vigore del C.S.P. consentiva al marito di ripudiare la moglie con la semplice parola, senza essere tenuto a passare attraverso la macchina giudiziaria.

Infatti, molto spesso le donne erano le vittime principali degli abusi da parte dei mariti; con una diminuzione dei diritti e delle garanzie, abbandonate in compagnia dei loro bambini alla loro sorte, dopo tanti anni di matrimonio.

Eventualmente concepibile in una società anziana nella quale l'autorità maritale costituita, senza limiti, la regola nel quale il marito capo famiglia era il padrone e responsabile supremo.

Quest'ordine delle cose sarà regolato da una concezione della famiglia più moderna, fondata sullo spirito di collaborazione che anima i due sposi e sul reciproco rispetto che deve regnare tra loro.

Una concezione ove la natura giuridica del matrimonio passa da una sfera strettamente contrattuale a una dimensione più veritiera e istituzionale.

In effetti, per evitare tutti i generi di abusi, il divorzio ha bisogno di essere controllato legalmente, regolamentato e giudizialmente pronunciato, per salvaguardare i diritti legittimi degli uni e degli altri.

E' incontestabile che il nuovo ordine è preferibile al vecchio, inserendosi perfettamente nello spirito liberale delle regole coraniche in materia.

Tali norme dunque, non hanno inteso lasciare al marito capriccioso la libertà illimitata di porre fine al matrimonio senza subire controlli e assumersi responsabilità.

Al riguardo, c'è un importante passo del Profeta nel quale egli afferma: “Non c'è cosa più ripugnante per Dio che il divorzio”.

Nell'ipotesi d'impossibilità di proseguire la vita coniugale, il Corano designa due arbitri, uno da parte dell'uomo e uno da parte della donna, che hanno la funzione di conciliare i due sposi.

Nel caso di fallimento del tentativo di conciliazione la responsabilità sarà rimessa al *qādi* che avrà il compito di decidere⁴³.

Inoltre, qualora vi fosse un pregiudizio per la donna derivante da un torto subito, ella dovrà rivolgersi al *qādi* per pronunciarsi sull'offesa del marito⁴⁴.

La donna non sarà più oggetto di una composizione amichevole, l'indennità di riparazione non sarebbe *a priori* apprezzata che attraverso l'apparecchio giudiziario, quale garante dei diritti giustiziabili.

La pronuncia del divorzio e l'apprezzamento del danno che può risultare ai sensi del tribunale ne costituisce una “*bidâa*” o cosa estranea all'Islam, di spirito più liberale del corano⁴⁵.

Il triplice divorzio

Il triplice divorzio costituisce all'interno del C.S.P. un impedimento provvisorio nel senso che il marito che avrà ripudiato la donna per tre volte consecutive, non potrà

⁴³ Sura delle Femmine vers.35

⁴⁴ Sura del Divorzio, vers.2

⁴⁵ Sullo spirito liberale del Corano *c.f. A.Thàalbi*, L'esprit libéral du Coran, Dar Al-Islami, II^eedition, Beyrouth, Liban 1985.

riprenderla se ella non avrà convolato a giuste nozze con un altro uomo dopo il divorzio⁴⁶.

La finalità di tale prescrizione coranica è quella di infliggere una sanzione al marito capriccioso, libero da preoccupazioni, non rispettoso delle istituzioni del matrimonio.

Questa sanzione consiste, in effetti, nel suscitare in lui la sofferenza, il sentimento di rammarico e di rimorso nel vedere sua moglie dividere il letto con un altro uomo prima di potersi ricongiungere a lui.

Comunque la scienza degli artifici “*Hyals*” contorna il rigore di questa sanzione per la donna che è ripudiata per tre volte consecutive da suo marito, mediante l’utilizzo del “*mûhallil*” o arbitro.

Quest’ultimo può essere impubere, impotente e dovrà provare successivamente al ripudio, che il matrimonio è stato fittiziamente consumato.

Dall’altra parte anche il legislatore tunisino ha considerato il triplice divorzio come impedimento perpetuo al matrimonio, in linea con i precetti coranici.

Al contrario, esso avrebbe trasgredito e posto fine a queste pratiche “*Hyals*” o artifici.

Pertanto, da quanto sopraesposto si evince come il legislatore tunisino sia in linea con le direttive e i comandamenti coranici, tenendo conto della loro finalità sanzionatrice.⁴⁷

⁴⁶ Sura del Divorzio vers.2.

⁴⁷ *Mohamed Charfi* dice “questa istituzione integra il museo, non il museo degli orrori, ma quello di bellezze storiche, nel quale le regole di divorzio giudiziario non hanno più alcuna utilità”, in “Le droit tunisien de la famille entre l’Islam et, la modernité”, op.cit.

La soppressione del diritto di “*jabr*”

Uno dei principali apporti primo comma dell’articolo 3 del C.S.P. secondo il quale “il matrimonio non è formato che per il consenso dei due sposi”, ciò ha posto fine al diritto di “*jabr*” o diritto matrimoniale di costringere il pupillo a sposare il congiunto prescelto dall’autorità paterna.

È bene rilevare che il diritto di “*jabr*” è stato ereditato dai costumi antichi preislamici, da certi riti in particolare per quello malichita, esso infatti, non trova fondamento né nel Corano, né nella Sunna.

Con l’innovazione legislativa introdotta dallo statuto personale, la condizione della donna migliorerà, con la libertà della donna di scegliere il suo congiunto così come previsto anche negli “*hadith*” (racconti) del Profeta.

2.2 Innovazioni apportate successivamente alle leggi posteriori al C.S.P.

Uno delle innovazioni più importanti è rappresentata dalla legge 18 febbraio 1981 che ha riformato parte degli articoli 31 e 32 del C.S.P., introducendo l’articolo 53 bis.

L’apporto principale di questa legge è di aver istituito a favore della donna divorziata una nuova modalità di riparazione del pregiudizio materiale derivato dal divorzio⁴⁸, in modo di consentire ad ella di avere lo stesso tenore di vita avuto durante la vita coniugale.

Inizialmente l’intento della commissione incaricata di redigere il progetto di codificazione era di inserire all’interno della stessa, la comunione dei beni tra gli sposi, per garantire a entrambi stessi diritti e doveri.

⁴⁸ Articolo 31 C.S.P. 2 e 3 comma.

Tuttavia, per non andare contro i principi di diritto musulmano e per ragioni di opportunità, si scelse il regime della separazione dei beni tra i coniugi, risolvendo la problematica con una rendita vitalizia a favore della donna divorziata⁴⁹.

Tale rendita non è stata ben accolta dai giudici, che spesso la disattendono.

Per quanto riguarda gli alimenti, la legge consente alla donna divorziata di ricevere una delazione di vedovanza per consentirle di beneficiare di una pensione alimentare.

Un ulteriore problematica da affrontare, concerne il decesso del ex-marito, in tale ipotesi la rendita si trasforma automaticamente in un capitale, dunque il montante sarà estratto dall'eredità del defunto e sarà stanziato a favore della moglie.

La donna divorziata quindi, concorrerà alla successione del marito così come la vedova partecipa a quella del coniuge defunto, ciò senza contravvenire ai principi dell'Islam.

In effetti, nel Corano, per la donna ripudiata dal marito non è prevista una forma precisa di indennità o di risarcimento, ciò lascia presumere quindi, che saranno le parti a stabilirlo.

La natura indennitaria della pensione alimentare invece, è contenuta nel 4° comma dell'articolo 31 del C.S.P. il quale prevede che il pregiudizio materiale sarà riparato sottoforma di rendita pagabile mensilmente⁵⁰.

⁴⁹ Si assiste finalmente con la legge del 9 novembre 1998 alla promulgazione di un testo di legge istitutivo di un regime della comunità dei beni tra gli sposi. Questo regime facoltativo e convenzionale non sembra contraddire le direttive del diritto musulmano. I giuristi musulmani si accordano nell'affermare che il regime legale della separazione dei beni tra coniugi non appartiene all'ordine pubblico. I coniugi possono inserire all'interno di un atto di matrimonio una clausola secondo la quale essi possono optare secondo la loro volontà per il regime scelto.

S.Jalel "“Khisr Al Sahart” o clausola di pentimento del diritto musulmano e delle volontà intermittenti”, Mélanges Louis Boyer, (Editions Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1996, p.295).

⁵⁰ Il pagamento effettuato sotto forma di capitale fisso o di rendita vitalizia, non avrà alcuna incidenza sulla sua natura riparatrice.

Successivamente la legge n.74 del 1993 è intervenuta più incisivamente, all'interno dei rapporti tra coniugi, per quanto riguarda l'obbligo tra coniugi.

Il compito principale della legge è stato quello di abolire il dovere di obbedienza della moglie nei confronti del marito, e tutelare maggiormente gli interessi della madre nei rapporti tra genitori e figli minori, nell'ipotesi di custodia alla madre.

Con specifico riferimento al consenso al matrimonio del minore, la legge n. 93-74 del 12 luglio 1993 ha modificato l'art. 6 C.S.P. subordinando il consenso al matrimonio anche alla madre.⁵¹

Quest'ultima oltre a prevedere l'assenza di alcuni impedimenti al matrimonio, ha abolito il dovere di obbedienza della moglie, imponendo al marito di adempiere ai propri doveri coniugali⁵², restando comunque capofamiglia.

Altro importante apporto realizzato da questa legge è l'istituzione di un fondo di garanzia a favore delle donne divorziate e dei figli nati dall'unione con i debitori⁵³. Esso è rivolto al pagamento della pensione alimentare o della rendita di divorzio, non effettuato a causa della proroga dei debitori.

Inoltre, un importante innovazione è stata apportata di recente dal legislatore con la legge del 10 marzo 2006 n.10, che ha garantito una maggior tutela al diritto di visita mediante la modifica dell'art.66 e l'introduzione dell'articolo 66bis.

Infatti, il primo prevede che il giudice della famiglia decida in considerazione dell'interesse del bambino, mentre il secondo, nell'ipotesi di decesso di uno dei genitori estende il diritto di visita ai nonni.

⁵¹ Art.6 C.S.P. modificato dalla legge n. 93- 74 del 12 luglio 1993.

⁵² Art.23 C.S.P. modificato dalla legge n. 93- 74 del 12 luglio 1993.

⁵³ Art.53 bis C.S.P. modificato dalla legge n. 93- 74 del 12 luglio 1993.

Successivamente nel 2007 il legislatore ha modificato l'art.5 del C.S.P., stabilendo pari eguaglianza tra l'uomo e donna, fissando l'età matrimoniale a 18 anni per entrambi⁵⁴.

Un altro emendamento del 2008, prevede la modifica dell'art.56 mediante l'aggiunta dei paragrafi 2 e 7, nonché con l'introduzione di un nuovo articolo rappresentato dall'art.56 bis.

Le disposizioni in esame, istituiscono una doppia protezione per quanto riguarda il diritto di alloggio alla madre o della persona che si occupa della custodia dei bambini.

Inoltre, quest'ultime prevedono la possibilità per la madre che ha in affidamento i bambini di ricevere l'alloggio in affitto a spese del marito.

Tuttavia, qualora il padre del minore dovesse procedere a vendere il domicilio coniugale a un terzo, quest'ultimo potrebbe espellere i beneficiari (madre e figlio), risolvendo il contratto di locazione con il proprietario, determinando l'esclusione degli stessi per difetto di qualità.

Per converso, per evitare tali in inconvenienti l'art.56 bis⁵⁵ prevede una doppia protezione sia a livello civile che penale.

In primo luogo, sul piano civile il padre è tenuto a dare l'alloggio alla madre e al figlio di cui ella ha la tutela.

La donna beneficerà dunque, del diritto di mantenimento se i locali sono di proprietà del marito, mentre nell'ipotesi di alloggi locati, quest'ultimo sarà tenuto a pagare l'affitto ai locatori.

⁵⁴ Art.5 C.S.P modificato dalla legge n. 64-1 del 20 febbraio 1964, ratificato poi dalla legge n. 64-1 del 21 aprile 1964 dalla legge n.32/2007 del 14 maggio 2007.

⁵⁵ I paragrafi 2 e 7 di questo articolo sono stati aggiunti all'articolo dalla legge n.20/2008 del 4 marzo 2008, la quale ha introdotto anche l'art.56 bis.

In secondo luogo, dal punto di vista penale sarà punito chiunque cede scientemente a titolo oneroso, gratuito, l'abitazione coniugale affidata coattivamente al possessore della tutela e al bambino; ovvero ipoteca l'immobile senza aver menzionato nel titolo di trasferimento il diritto alla manutenzione della casa, relativo ai suddetti soggetti.

La sanzione penale prevista è la reclusione da 3 mesi ad 1 anno, con la multa da 100 a 1000 Dt⁵⁶.

Leggi separate dal C.S.P.

Nella categoria delle leggi non appartenenti al C.S.P. possiamo citare essenzialmente, la legge del 1 agosto 1957 riguardante l'organizzazione dello stato civile delle persone e regolamentata dalla forma del matrimonio e dalla legge del 4 marzo 1958 portante l'istituzione della tutela pubblica, della tutela ufficiale soprattutto l'adozione.

Legge del 1 agosto 1957

A voler dire una dei principali apporti della legge 1 agosto 1957 è di aver messo fine ad una pratica remota, relativa ad un fenomeno sociale, quale il matrimonio di costume, denominato matrimonio "*Orf*".

Tale pratica utilizzata in passato su tutto il territorio tunisino, considerava il matrimonio sul piano della forma, valevole come celebrazione, mediante il consenso delle parti (o dei loro mandatari abilitati alla celebrazione dello stesso) alla presenza di due testimoni onorabili e con la costituzione di una dote.

Ciò indicava di conseguenza che per essere valido il matrimonio, non necessitava di nessun atto, autentico, notarile o scrittura privata.

Tale validità formale, riguardo al diritto musulmano non poteva occultare gli inconvenienti che questa istituzione presentava.

⁵⁶ Da 55 a 550 Euro.

La storia dunque, ci insegna che questo tipo di matrimonio è generalmente all'origine di molte difficoltà.

Infatti, esso impedisce alla donna di rivendicare i suoi diritti nei confronti del marito e al minore di domandare gli alimenti, poiché le difficoltà per provare il “*naçab*” sono numerose, soprattutto per provare la paternità.

Per risolvere i problemi enunciati il legislatore ha previsto all'articolo 31 della legge 1 agosto 1957 che l'atto di matrimonio deve necessariamente essere stipulato davanti due notai o davanti l'ufficiale di stato civile.

Egli ha fatto di questa modalità un condizione di validità del matrimonio, ai sensi dell'articolo 36 della stessa legge, che prescrive chiaramente che sarà dichiarato nullo il matrimonio celebrato senza rispettare la forma dell'articolo 31 suindicato⁵⁷.

La prima innovazione è stata quella di far acquisire all'atto notarile la formula dell'atto autentico effettuato davanti all'ufficiale dello stato civile.

La seconda invece, riguarda l'atto autentico nella doppia modalità, non solamente come condizione di validità del matrimonio, ma soprattutto quale elemento costitutivo della violazione dell'articolo 36 della legge del 1 agosto 1957.

I principi enunciati però non sono contrari ai precetti del diritto musulmano, tanto è vero che alcuni versetti del Corano o gli “*Hadiths*” del Profeta garantiscono nella sua concezione di ordine sociale i diritti dell'uomo e una migliore condizione della vita dello stesso all'interno della società⁵⁸.

Questa pratica conosciuta dal diritto tunisino in precedenza è lasciata all'iniziativa futura degli sposi.

⁵⁷ Sulla forma del matrimonio *C.f. M.Charfi* “Les conditions de forme du mariage en droit tunisien” *op.cit.*

⁵⁸ *C.f.* per es. l'articolo 41 1° comma della “*Moudawana*” marocchina statuto personale: “ l'atto di matrimonio deve essere stipulato davanti due “*Adoul*” (notai).
C.f. per es. gli articoli 40 e seguenti del C.S.P. siriano promulgato dall'effetto del decreto legge n°59 del 17 settembre 1953, modificato successivamente della legge n°34 del 31 dicembre 1975.

Tuttavia, questa legge non ha conosciuto la resistenza dei cittadini e giudici che hanno aderito senza obiezione né reazione ad essa.

Verso l'adozione di un nuovo approccio

Il legislatore tunisino è riuscito a fare del C.S.P un codice del mondo musulmano come tipico esempio di possibilità e di modernizzazione del diritto musulmano fedele alla religione musulmana⁵⁹.

Si è pervenuti quindi, all'instaurazione della monogamia, non mediante un portamento laicale, ma mediante una nuova interpretazione dei testi coranici, fondata sul diritto musulmano e sull'apertura di Dio agli uomini.

Secondo il legislatore solo il divino è immutabile e sacro, quanto al profano esso è limitato nel tempo e nello spazio.

Il conservatorismo giudiziario temperato, consentirà al giudice di evitare di includersi nel diritto musulmano umano⁶⁰ e di inserirsi direttamente nel diritto musulmano divino⁶¹.

2.3 I motivi per evitare di includersi nel diritto musulmano umano

Le ragioni

Alcune ragioni riguardano il diritto musulmano umano, altre invece si riferiscono al diritto positivo tunisino.

Ragioni del diritto musulmano umano

Generalmente le quattro principali fonti sono in ordine d'importanza il Corano, la Sunna, il "Qyas" e l'"Ijmâa", il diritto musulmano classico sarà l'insieme delle regole stabilite dai "Fuquabas" detti anche "Ulémas" o giureconsulti, frutti del loro "Ijtihad" o sforzo di comprensione, cioè interpretazione dei testi coranici sacri e

⁵⁹ M.Charfi, Introduction à l'étude du droit op.cit. p.65 n°96

⁶⁰ C.f., per esempio M.Charfi, "Introduction à l'étude du droit, op.cit. p.57 n°84; M.Dabbab e T.Abid. p.28."

⁶¹ C.f. anche, B.E.Alayli, "La réglementation des rapports sexuels en droit musulman".

delle tradizioni del Profeta o Sunna, principio fondamentale di queste prescrizioni coraniche.

Il diritto musulmano classico si presenta come un edificio coerente “dunque ogni pietra è stata presa nel Corano” cosa che potrebbe fare di esso l’una della quattro o cinque grandi famiglie giuridiche del mondo⁶².

Il diritto musulmano classico sarà in realtà la risultante di una lunga evoluzione storica.

In effetti, davanti la morte del Profeta, il mondo musulmano sarà basato sull’inesistenza di una legge umana e l’assenza di un legislatore profano⁶³.

Sarà l’origine della “*Shariàa*” ovvero i comandamenti che Dio ha indicato per i credenti, la voce che tutti gli uomini devono seguire.

Nel significato più tecnico l’espressione “*Shariàa*” viene definita da Joseph Schacht come l’insieme dei comandamenti d’Allah⁶⁴.

Gli *hadiths* santi raccolti dal Profeta sono conservati nella tradizione detta “*Sunna*” considerati a tutela come sacri, che sono i comandamenti di Dio.

Più precisamente nello stesso ordine di idee Dio ha comandato ai credenti: “Seguite il Profeta, ed astenetevi dal fare ciò che egli vi ha proibito di fare”.

In realtà, il messaggio è di seguire la via di Dio e di conformarsi ai suoi precetti”⁶⁵.

Alla morte del Profeta e dopo la devoluzione del Regno ai “*Califes*” le prerogative erano circoscritte nei limiti dell’esecutivo e del giudiziario; il compito di legiferare

⁶² M. Charfi, “Introduction à l’étude du droit, op.cit. p.57 n°83.

⁶³ M. Shakankiri “Loi divine, loi humaine et droit dans l’histoire juridique de l’Islam” R.I.D.C. 1981 p.767.

⁶⁴ “Encyclopédie de l’Islam” T.4, p.331.

⁶⁵ K. Tarzi “La révélation et la clôture de la prophétie en Islam, Editions El Hidaya, Tunis, 1980. p.8

era deferito ai “*Fuquahas*⁶⁶” o giureconsulti che devono d’ora in poi incarnare l’autorità legislativa musulmana.

Per ciò che concerne il “*Fiqh*” le regole veramente giuridiche sono principalmente ispirate al Corano e alla Sunna e sussidiariamente costituite a partire dai processi del “*kyas*” o analogia e dell’ “*ijma*” o consenso giuridico generale, ovvero l’accordo unanime dei giureconsulti⁶⁷.

Più precisamente coerentemente con gli “*Ulémas*” all’epoca della civilizzazione musulmana, il diritto positivo tunisino applicato ai musulmani, consente di far fronte alle difficoltà della via quotidiana e di rispondere ai bisogni imperiosi ed occasionali della società, per supplire a una certa carenza che qualche volta si osserva nella “*Shariàa*”.

Questa operazione è divenuta imminente, poiché il Libro Santo non costituisce un vero codice di diritto musulmano.

Infatti, sovente i “*Fuquaha*” ricorrono spesso all’impiego, oltre che al “*kyas*” e all’ “*Ijma*” al metodo dei ragionamenti a base sociologica, in particolare l’ “*Istihsan*” o ricerca di una soluzione migliore e l’ “*Istislah*” detto anche “*Masalah marsala*” o divisione degli interessi, degli “*Adas*” o usi.

La pratica degli “*Hyals*” o artifici è utilizzata al momento del bisogno, l’esempio più significativo in materia che gli autori citano in generale è la sospensione della pena qualificata come “*hadd*” o pena fissa⁶⁸.

Contrariamente al papato e agli uomini di Chiesa che costituiscono gli intermediari tra gli esseri umani e Dio, una verità ascendente religiosa, invece “*l’Imam*” o Islam

⁶⁶ D.Santillana “Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafita. Pubblicazioni dell’Istituto Per L’Oriente (I.P.O.), Italia p.112.

⁶⁷ Il Profeta nei suoi “*hadith*” afferma la mia comunità non sarà mai d’accordo su un errore”.

⁶⁸ Sospensione ordinata dal Califfo Omar durante un periodo di siccità e carestia.

sunnita svolge il semplice ruolo di autorità morale che accompagna i credenti nella preghiera.

Nella loro accettazione islamico ortodossa rivelatrice “*Wahy*” e ispirazione “*Ilham*” sono due nozioni di apprendere differentemente solo la rivelazione sacra.

L’Augusto Corano è anche contenuto nel verbo a differenza della Sunna, di una parte, degli altri Libri Santi, quali il Vecchio e il Nuovo Testamento che costituiscono una rivelazione solo per il loro contenuto.

Il Profeta appare come una causa strumentale che distingue la tutela di essere credenti considerata come causa strumentale libera.

All’opposto, l’ispirazione o “*Ilham*” è una operazione messa in rapporto diretto con “*Ijtihad*” o sforzo intellettuale fornito dal “*Faqih*” per comprendere i testi rivelati, questo è dunque il frutto dell’intelligenza umana.

Abou Hanifa una dei quattro eminenti giureconsulti sunniti, denotano una verità ed un senso di umanità scientifica dell’edificio delle regole giuridiche positive, che in realtà è il frutto di una forte interpretazione, si parlerà di volontà del creatore “*Ijtihad*”.

Questo diritto è finalmente composto da più riti appartenenti a scuole differenti l’una dall’altra, ma ciascuna con un proprio rito “il genio creatore della legge che si manifesta come il modo più originale”.

Inoltre, contrariamente al diritto canonico che esige a pena di nullità la celebrazione del matrimonio in Chiesa davanti al sacerdote, nel diritto musulmano non ha bisogno per la sua validità di essere celebrato in Moschea in presenza dell’Imam.⁶⁹

Per quanto riguarda lo studio di ricerca del fondamento di diritto nell’Islam, Chafik Chéta nelle sue riflessioni lascia intravedere l’idea di una integrazione del profano

⁶⁹ Sul matrimonio nel diritto musulmano *C.f. M.Charfi*, Introduction à ‘étude du droit, op.cit.

nel divino realizzato attraverso gli “*Usulistes*” o specialisti della scienza del fondamento del diritto.

Queste sono le regole elaborate dal “*Fiqh*”, nelle fonti divine dell’Islam che sono il Corano e la Sunna.

L’elaborazione delle regole precede nel tempo, la nascita, la teologia musulmana o “*Ilm al kalam*” e la “*Falsafa*” o filosofia e “*Ilm a usul*” o scienza di fondamento.

Ali Mezghani sottolinea che la loro conformità suppone attraverso il metodo degli *Usul Al Fiqh* che le opinioni dei giureconsulti, dottori della legge, sono anch’esse sacre.

Questa sacralizzazione del profano integra la sfera delle regole divine, che sembra essere stata all’origine del conservatorismo in generale e del giudice in particolare, traducendosi in un attaccamento quasi incondizionato all’apertura dei “*Fuquahas*” per esplicitare, soprattutto completare i testi sacri e la Sunna rivelata⁷⁰.

Di conseguenza, il temperato conservatorismo sembra dover passare in prima istanza per una desacralizzazione del profano, una chiara e netta demarcazione tra ciò che è veramente divino e ciò che è puramente umano.

In effetti, i giudici più adeguati e meglio appropriati alle congiunture della loro epoca, le regole gratuitamente elaborate dai giureconsulti per più di quattordici secoli saranno l’immagine di tutte le regole di diritto positivo appellate all’evoluzione e ai cambiamenti economici, sociali e culturali.

Queste prescrizioni saranno eterne e immutabili destinate a riempire la funzione delle disposizioni a carattere puramente giuridiche e non regole imperative dedotte dalla morale religiosa.

⁷⁰ In Nature, structure et divisions du droit musulman “*Reveu algérienne juridique économique, 1973, p.555.*”

Queste sono dunque, le differenti ragioni inerenti al diritto musulmano umano. Qual è dunque, la natura del diritto positivo tunisino?

3. Le ragioni del diritto positivo Tunisino

I giudici sono stati notevolmente influenzati dal diritto musulmano classico, ciò si desume dallo studio della sentenza Hourya pronunciata dalla Cassazione⁷¹.

In effetti, la donna musulmana d'origine che abbandona volontariamente la nazionalità tunisina per ottenere la nazionalità francese, sottostando ai suoi dogmi religiosi, si presume che abbia rinnegato l'Islam.

La Corte quindi, nel caso di specie ha ragionato nel quadro del diritto positivo tunisino allo stesso modo del diritto musulmano classico.

In realtà, il ragionamento che la Corte ha condotto, nel diritto musulmano classico è considerato come la norma soggettiva di credenza e di confessione, in quanto, l'Islam costituisce una funzione oggettiva che attribuisce la nazionalità.

Al riguardo, è bene evidenziare che solo il musulmano credente è abilitato a portare la nazionalità islamica, il non musulmano per il rapporto che ha con la comunità musulmana, viene considerato straniero o "Dhimmi" se è ebreo o cristiano.

In particolare, quest'ultimo sarà tenuto ad adempiere una tassa speciale chiamata "Jézia"⁷².

Egli per risiedere nella terra islamica, deve conformarsi ai diritti civili e le garanzie dei cittadini delle quali beneficiano i musulmani, fatta eccezione per il suo statuto personale; per il quale secondo le norme di diritto musulmano classico saranno sottoposti alle regole della propria religione che professano.

⁷¹ Cass.Civ.n° 3166, del 31 gennaio 1966.

⁷² A voler dire la nazionalità si presenta come una nozione controversa nel diritto musulmano (C.f. K.Méziou). K.El Gueddawy, afferma che la natura della nazionalità costituisce una nozione particolare che si basa su un sistema giuridico del diritto musulmano classico contenuto nella filosofia generale basata sull'idea fondamentale dell'universalismo dell'Islam.

Il diritto positivo tunisino in materia di attribuzione della nazionalità fa uso dei criteri materiali, di natura territoriale e di sangue, soprattutto spirituali, di credenza e confessione.

Il criterio materiale è fondato sul legame di sangue o d'appartenenza territoriale o geografica⁷³.

Questi criteri sensibilmente differenti l'uno dall'altro, incompatibili, non potranno coabitare senza difficoltà.

Gli ordini giurisdizionali confessionali autonomi sono istituiti in via applicativa, ciascuno secondo la religione alla quale appartengono.

La giurisdizione è ripartita a seconda delle nazioni, suddivise in musulmani, cristiani o ebrei.

Religione, nazionalità e diritto quindi, si confondono⁷⁴.

Successivamente, dopo l'indipendenza il 27 settembre 1957, questo sistema di conservatorismo legislativo, integrato a quello arabo musulmano muta, con la soppressione dei Tribunali Rabbini e l'unificazione della giustizia⁷⁵.

Più precisamente l'effetto di sottoporre tutti i cittadini tunisini senza distinzione di razza, religione, o degli stessi diritti, la sola espressione è la volontà dello Stato legislatore.

Questo sistema nuovo di unicità dei diritti sostanziali e giurisdizionali istituiti in Tunisia, in materia di statuto personale, indipendentemente dall'appartenenza

⁷³ Art.6 Codice della nazionalità.

⁷⁴ *J.Déprez*, "Pérennité de l'Islam, dans l'ordre juridique au Maghreb", in *Islam et politique au Maghreb*, Publications du C.R.E.S.M , 1980, p.315.

⁷⁵ Convenzione giudiziaria franco-tunisia del 7 marzo 1957, entrata in vigore il 1°luglio 1957, che ha soppresso i Tribunali francesi in Tunisia, trasferendo le loro competenze alle giurisdizioni tunisine moderne (c.f. *R.Jambu Merlin*, "La nouvelle organisation judiciaire tunisienne" R.T.D., 1956 p.404; *F.Luchère*, "La mort des tribunaux français de Tunisie", D., 1957 cronique, p.61).

confessionale o rituale, sarà come conseguenza incompatibile con il diritto musulmano classico e applicato dalla regole di diritto non musulmano.

Le ragioni trattate dal diritto musulmano riguardanti il diritto positivo tunisino inerenti alla medesima natura del diritto musulmano umano, dovranno condurre il giudice tunisino a riconsiderare la concezione dei rapporti tra i diritti sopraindicati.

Il giudice procederà quindi, con regolamentazione metodologica.

Regolamentazione metodologica

La priorità viene data alla fonte formale e in casi sussidiari alla fonte materiale, nel rispetto della gerarchia che il giudice invita a seguire.

Priorità alla fonte formale

Nella legislazione tunisina non esiste una disposizione che sarà formalmente analoga all'articolo 5 del codice civile francese e sarà fatta interdizione espressamente ai giudici di disporre allo stesso modo che il legislatore ha utilizzato nei precedenti regolamenti.

Mohamed Charfi ha osservato che la giurisprudenza tunisina deve essere vicino ai testi e allo stesso tempo assai timida, allorché nei paesi dove la giurisprudenza è la fonte secondaria, i tribunali sono qualche volta prova di una grande audacia e procedono in verità alla creazione del diritto⁷⁶.

Dopo l'entrata in vigore il C.S.P., la legislazione tunisina è divenuta novatrice e costitutiva di un elemento di liberazione della donna, dello sviluppo della famiglia e della mutazione sociale che ha sconvolto gli antichi costumi ed ha soppresso le istituzioni arcaiche.

⁷⁶ Introduction à l'étude du droit, op.cit. p.195. L'autore ha citato per l'appunto l'esempio francese, riguardante la responsabilità civile di fatto delle cose inanimate, nel quale la giurisprudenza è basata su una teoria fondata sul solo primo comma dell'articolo 1384 del codice civile.

Di conseguenza, sarà preferibile invitare i giudici a conoscere la loro attitudine conservatrice ed a rapportarsi con la legge ed i suoi contenuti conformandosi alla volontà del suo autore.

Ma, oltre la gerarchia tra le norme, esiste in seno ad una stessa norma una gerarchia che i giudici dovranno egualmente rispettare; concernente la distinzione tra leggi generali e leggi speciali.

La legge denominata generale, disciplina tutti gli aspetti di un domani e di un tipo di attività sociale, mentre quella speciale ha per oggetto un'attività precisa, una operazione determinata sulle transazioni di merci o su prodotti particolari, si veda in tale senso l'art 563 del C.O.C.

Tale distinzione risiede nell'applicazione della legge speciale che a tutt'oggi è prioritaria.

Quanto alla legge generale, essa interverrà in tutti quei casi in cui la legge speciale sarà ambigua o carente.

La Legge speciale di primo grado.

Dall'analisi compiuta in precedenza sulle decisioni dei giudici, si evince una volontà di questi ultimi di applicare il diritto musulmano classico in materia di statuto personale, costitutiva di una fonte formale primordiale del diritto positivo tunisino.

Infatti, alla vigilia dell'indipendenza il diritto di scuola malichita e hanafita rappresenta in materia di statuto personale, la risorsa formale speciale del diritto positivo tunisino applicabile ai tunisini musulmani.

Tuttavia, questo sistema è stato stravolto con l'entrata in vigore del C.S.P. che esprime la volontà del legislatore di far cessare l'applicazione formale e sostanziale del diritto musulmano classico a vantaggio della nuova legislazione e delle leggi posteriori.

I giudici accomunano la confessione paterna, in materia di paternità legittima, al matrimonio che si fonda sull'articolo 68 del C.S.P. , nel quale il legislatore ha esplicitamente effettuato una procedura autonoma.

Attraverso il giudizio reso il 21 febbraio 1994, il tribunale di prima istanza di Gafsa ha mostrato che il passo era nettamente sormontabile⁷⁷.

In particolare, la giurisprudenza ha rilevato che il riconoscimento del “*Naçab*” può essere formulato dal padre della sposa sul fondamento della sua confessione, quando il minore è nato da una relazione sessuale adulterina.

Egli potrà ottenere dunque, una copia del giudizio penale definitivo e allo stesso tempo la condanna della madre del minore ai sensi dell'articolo 236 del codice penale e dell'art.68 del C.S.P.

Tanto è vero che per ciò che concerne l'iniziativa della giustizia stabilita sul “*naçab*”, il papà pretenderà non solo di fornire la prova inconfutabile, ma di legare il suo minore al “*Naçab*” o vincolo di sangue.

Al contrario, la fonte formale del diritto positivo tunisino non è solamente la legge speciale, ma è anche la legge generale, in caso di confusione o carenza della legge speciale.

La legge generale di secondo grado

La legge generale incontestabilmente è contenuta nel codice delle obbligazioni e dei contratti, più precisamente il libro primo intitolato “Le obbligazioni in generale”.

Considerato tutto insieme in un dominio così speciale, che il diritto di famiglia e lo statuto personale sembrano essere applicati con ortodossia e rigore.

⁷⁷ Tribunale de première instance de Gafsa, jugement civil n°43979, du 21 février 1994, R.T.D. 1994 partie en langue arabe, p.199, note S.Ben Halima.

La volontà del legislatore passa quindi, attraverso la filosofia generale delle disposizioni del C.S.P. e delle leggi successive.

Pertanto, ci troviamo di fronte ad una sana applicazione della legge, in modo da far prevalere gli aspetti del matrimonio su quelli inizialmente contrattuali.

La priorità della fonte formale dunque, non sembra equivalere ad un abbandono totale della fonte materiale.

Ricorso sussidiario alla fonte materiale

Il diritto musulmano classico potrà essere utilizzato in caso di ambiguità o lacuna della legge positiva, rappresentando un elemento del patrimonio storico del diritto tunisino⁷⁸.

A ben guardare, si finisce per ammettere che dopo i “*Fuquahas*” le soluzioni più liberali sono pronunciate dalla legge positiva stessa.

In realtà, dall’analisi fatta dalla sentenza civile resa dalla Corte di Cassazione in data 17 gennaio 1961⁷⁹, abbiamo constatato che i giudici di diritto, hanno eccepito il silenzio osservato dal C.S.P., quando la prova della collazione, ha dichiarato inapplicabili le regole della prova contenuta nel C.O.C..

I giureconsulti musulmani esigono di riempire la prova in fatto, relativa alla condizione di notorietà dell’allattamento, mediante la semplice testimonianza che l’articolo 17 del C.S.P. ha omissis di porre in essere.

In realtà, essi esigono di provare l’allattamento, quando la prova è fatta per semplice testimonianza.

Essi vogliono lottare contro l’eventuale abuso di certe persone, che hanno interesse ad impedire la celebrazione del matrimonio invocando una collazione immaginaria.

⁷⁸ *M.Charfi*, Introduction à l’étude du droit, op.cit. p.102.

⁷⁹ Cass.Civ. n.319, del 17 gennaio 1961.

L'insegnamento di questo esempio pratico è la soluzione della Corte di Cassazione, soggetta a critica sul piano legale, che può essere però meritoria e degna approvazione.

Tale concezione, più liberale è contenuta nell'articolo 17 del C.S.P. che ha contribuito a superare questo impedimento parziale, fonte di difficoltà e di abusi.

Infatti, l'evoluzione più rapida della vita sociale, delle scoperte scientifiche e genetiche, ha dato un importante apporto al diritto di filiazione, ed ha determinato un notevole impatto sul diritto delle persone; consentendo così al giudice di basare in alcuni casi, il suo ragionamento nella fonte divina.

4. La nuova vita nel diritto musulmano divino

La natura offre al giudice l'occasione più propizia di mettersi in contatto diretto con l'apertura divina sacra, secondo le esigenze e i bisogni della società⁸⁰.

Le ragioni

Diritto e religione saranno agli antipodi o saranno tra loro in antinomia?

Questa problematica ha suscitato diverse critiche e controversie all'interno della dottrina.

Occorre osservare, che diritto e dottrina rappresentano due ordini distinti, una separazione del potere temporale da quello spirituale⁸¹.

L'argomento invocato a sostegno di questa tesi è la religione derivante dal termine "*Religio*" che congiunge l'uomo alla verità assoluta che Dio incarna.

⁸⁰ Disacralizzare il profano e contrariamente agli Sciafiti "*Salafites*" che raccomandano di ammettere la continuità dell'*Ijtihad*.

⁸¹ *A. Mezghani*, *Lieux et non-lieu de l'identité*, op.cit; *S. Laghmani* *Elements d'Histoire de la philosophie du droit*, T II, *La modernité, l'Etat et le droit*, Centre de Publications universitaires, Collection M/Sciences juridiques, Tunis 1999, C.Chéhata, *Etude de droit musulman*, P.U.F., 1971; *Droit musulman*, op.cit Dalloz 1970, *Nature, Structure et divisions du droit musulman* op.cit.

L'adesione dell'uomo alla religione entra sotto l'egida dei comandamenti di Dio costituendo un atto puramente volontario, come vendetta alla sottomissione statale ed alle regole contrarie e coercitive.

D'altra parte per l'Islam, religione e diritto sono inseparabili, contrariamente alle Sacre Scritture delle altre religioni celesti, il Corano riguarda solamente gli "Ibadat" o relazioni tra Dio e gli uomini, e governa egualmente i "Mouàmalat", ovvero i rapporti tra gli uomini.

Il realtà, i versetti del Corano più tradizionalisti e conservatori conducono alla sacralizzazione nel diritto musulmano, ed all'apertura giuridica umana dei "Fuquahas", che invitano il giudice ad abbandonare il senso di una rottura totale con le fonte divine islamiche.

Le molteplici ragioni, permettono di esplicitare quindi, questa attitudine, con riferimenti specifici alla religione islamica e alla natura sociologica.

Specificità della religione islamica

Come abbiamo visto precedentemente, il Corano non presenta un vero e proprio codice di diritto musulmano, eccetto qualche versetto relativo alla materia successoriale.

Più autori infatti, affermano che i principi generali sono insuscettibili di ricevere applicazione diretta ed effettiva.

E' vero che certi atteggiamenti condannabili sul piano religioso sono reputati vevoli sul piano giuridico, M.Charfi cita al riguardo, l'esempio "della vendita di uno schiavo che comporta la separazione dai suoi genitori". Ciò è religiosamente condannabile, detto "Ithm", ma giuridicamente valido⁸².

L'apertura di Dio è totale, ed abbraccia la spiritualità e la temporalità.

⁸² M.Charfi, Introduction à l'étude du droit, op.cit., p.70, n°104.

David Santillana celebre giurista rivela che un numero di infrazioni numerose costituiscono allo stesso tempo, dei peccati.

A differenza degli altri Libri Santi, il Corano contiene le regole giuridiche e nel contempo quelle destinate ai credenti in Dio.

Nel Corano, si affrontano argomenti quali la preghiera, il matrimonio e la verità rivelata, preghiera e regole successoriali sono egualmente regolamentati dalla Parola di Dio⁸³.

Nell'analisi fatta nei versetti coranici, il giureconsulto musulmano d'obbedienza sciafita Abu Hamed Al Ghazali ha delineato quattro categorie di regole⁸⁴.

Due riguardano i rapporti tra l'uomo e Dio, quali "l'*akaïd*" o regole relative alla credenza in Dio, di una parte degli "*Ibadat*" o regole organizzative di differenti atti culturali.

Gli altri due concernono i rapporti tra gli uomini, che sono gli "*Akhlak*" o regole etiche morali, e i "*Mouàmalet*" o regole giuridiche dall'altra parte.

Tutte le regole sono intangibili e immutabili.

In effetti, insuscettibili di variazioni, le regole relative agli "*akaïd*" e "*ibadat*" sono delle regole fisse, delle quali il Corano ne ha determinato i dettagli in maniera esplicita e definitiva.

Le norme di Dio sono immutabili ed eterne, ad esempio dopo l'avvenimento dell'Islam i musulmani si accomunano in preghiera cinque volte al giorno ed i giovani praticano durante il mese il *ramadan*⁸⁵.

I credenti almeno una volta nella vita devono andare in pellegrinaggio alla Mecca.

⁸³ M.Charfi, Introduction à l'étude du droit, op.cit., p.68, n°101.

⁸⁴ M.Charfi, Introduction à l'étude du droit, op.cit., p.69, n°93 bis.

⁸⁵ Letteralmente questa espressione si traduce come Digiuno (esso viene effettuato dai musulmani nel periodo previsto dal calendario arabo). In questo arco temporale, essi possono mangiare e bere solo prima dell'alba e dopo il tramonto.

Le regole relative agli “*Akhlak*” e ai “*Mouàmalet*”, per contro sono intangibili e immutabili nei loro principi direttivi.

In realtà, quest’ultime sono destinate a governare i rapporti tra uomini, che subiscono la variazione del tempo e nello spazio, dal punto di vista economico, sociale e politico⁸⁶.

Il carattere eterno delle norme risiede finalmente nelle misure di evoluzione tutt’oggi possibili, riguardanti regole positive adattate al matrimonio nel tempo.

L’introduzione degli organi ne costituisce una perfetta illustrazione, ignorata dal diritto musulmano classico, sconosciuta nel tempo ai “*Fuquahas*”, che forma diritto all’interno dei testi coranici sacri.

In particolare, nel versetto nel quale si afferma: “...Colui che uccide una persona senza un motivo legittimo... Questo è come uccidere l’intera umanità, come togliere la vita a tutti gli uomini.

Tutte le prescrizioni contenute all’interno del Corano, si presentano sottoforma di principi generali.

Sayed Hussein Narsr sostiene che la differenza tra l’Islam e il Cristianesimo, non risiede nella legislazione divina, ma nell’abbandono del potere temporale da parte degli uomini di chiesa a Cesare.

In particolare, egli afferma che la missione iniziale degli uomini è puramente spirituale, essi devono sfruttare a loro favore il vuoto del cristianesimo, appropriarsi del potere, riempirlo e accordare a quest’ultimo la prerogativa per legiferare.

⁸⁶ *M.Charfi*, nota 93 bis precisa. L’autore fa rimarcare negli atti puramente culturali detti normalmente “*Ibadat*”, il problema di adattamento al tempo e allo spazio. La questione in effetti, si pone per gli “*Ulemas*” quanto alla determinazione dell’orario del giovane durante il mese di ramadan, per gli abitanti delle zone polari, nelle quali le notte sono interminabili. (*in Islam et liberté – le malentendu historique*, op.cit. p.151).

All'epoca della rinascita e della laicità, il simbolo dello Stato sovrano e secolare, impersonificato nella persona di Cesare, si occupa di tutelare la vita politica, economica e sociale.

La tutela della Chiesa invece, si incarna nell'autorità spirituale che lega i rapporti tra i credenti e il loro Creatore.

Infatti, la separazione tra le autorità statali e secolari, da una parte e quelle tra le autorità ecclesiastiche e religiose dall'altra, non equivale ad un abbandono dell'apertura divina sacra.

Nell'Islam sunnita invece, non vi è un sacerdote, né un ordine ecclesiastico, così come la dignità degli apostoli o del vicario di Cristo...non corrispondono nell'Islam⁸⁷.

Inoltre, nell'Islam non c'è il monachesimo, non esiste un' autorità che si frappone sul piano spirituale tra l'uomo e il suo Creatore, non c'è bisogno quindi, di intermediari.

Infine, occorre osservare che l'autorità abilitata a vigilare sui rapporti tra gli uomini è quella civile, il diritto positivo applicabile è quello musulmano.

La sua funzione, dunque è limitata solamente a disegnare le fonti che sono il Corano, la Sunna e a determinarne i destinatari che sono i musulmani.

La qualificazione del musulmano non ha un significato religioso simile o identico alle autorità ecclesiastiche.

Più precisamente in quest'ordine di idee come previsto gli "*Ulémas*", sono puramente e semplicemente degli uomini di scienza che non hanno alcuna vocazione religiosa o ascendente di qualsiasi natura sui credenti.

⁸⁷ *H.Boularés, l'Islam – La peur et l'espérance, Editions J.C. Lattés, Paris, 1983, p.115.*

Dall'analisi effettuata, se ne desume che tutt'oggi è possibile per il giudice uscire dal lavoro umano e mettersi in contatto diretto con le vere fonti dell'Islam, quali il Corano e la Sunna, utilizzate in caso di bisogno.

Ragioni di ordine sociologico

E' indubbio che l'Islam è la religione alla quale aderiscono la maggioranza dei tunisini, poiché rappresenta per loro non solo un messaggio spirituale, ma ugualmente il simbolo di tutto il patrimonio storico, culturale e civile.

Il rispetto dei principi islamici, con l'avvento dell'epoca moderna si inserisce perfettamente all'interno della sfera islamica, e si concretizza nei precetti dell'Islam e nelle sue direttive.

Al riguardo, M.Charfi afferma che l'espressione Islam contenuta nell'articolo 1 della Costituzione, si riferisce alla fonte divina sacra e soprattutto all'umanità dissacrata dai giureconsulti⁸⁸.

Anche Napoleone Bonaparte, il fondatore della laicità in Francia, fervente difensore dello Stato francese laico, padre spirituale del codice civile detto "code de Napoléon" sottolinea l'importanza della religione, definendo il Cristianesimo la religione più solida e più abile per poter servire lo Stato.

André Castélot autore di testi su Bonaparte, sottolinea che l'ordine di idee di Napoleone non va a detrimento della religione, ciò è confermato dallo stesso, il quale afferma: "*Io non sono sicuramente ateo*"⁸⁹.

In effetti, la realtà giuridica ci insegna che la commissione composta da Bonaparte condotta da Cambacérés avente il compito di preparare un progetto di codice civile, non doveva rifarsi interamente alla religione.

⁸⁸ M.Charfi, Introduction à l'étude du droit op.cit. pag.82, n°127.

⁸⁹ André Castélot, in Bonaparte, Librairie académique, Perrin, Paris, 1967, p.537.

Un altro studioso Georges Ripert, evidenzia che il diritto naturale è parte del diritto divino, ovvero il divino può essere utile per il giudice in alcuni casi, soprattutto in materia di statuto personale e di diritto di famiglia.

Il diritto sembra quindi, aver bisogno della moralità religiosa⁹⁰.

Alì Abderrazek, sulla base del pensiero tradizionalista e conservatore di Mohamed Charfi sottolinea la moralità religiosa, non costituisce un codice di legge o un manuale di diritto, ma è veramente rappresentativa di un insieme giuridico applicato direttamente all'apertura divina sacra.

Essa per i grandi principi in riforma della giustizia e dell'equità, dovrà costituire una fonte d'ispirazione del legislatore, mediante l'acquisizione di un nuovo metodo.

Il metodo

Nell'ipotesi di ambiguità o di lacuna, il giudice potrà supplire al legislatore utilizzando le fonti divine sacre adattandole alle circostanze dei tempi e alle congiunture dell'epoca.

La difficoltà risiede nella recezione del messaggio divino da parte degli uomini.

Tuttavia, essa non è insormontabile, poiché Dio ha dotato l'essere umano di spirito e di ragione che permette ad egli di possedere la scienza e l'accesso alla conoscenza di trascendere e di attendere la verità.

Egli è qualificato dal Corano come il vicario di Dio sulla terra, di conseguenza i giureconsulti attribuiscono il medesimo ruolo al legislatore, nulla impedisce però al giudice di intraprendere con successo la sua missione.

Il procedimento

Quale procedimento deve seguire il giudice?

⁹⁰ G. Ripert *Mélanges Melangés* 1950, T.1, p.125; C.f. J.Carbonnier "Terre et ciel dans le droit privé du mariage"; V.Dekeuwer-Défossez "Reflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille", R.T.D. Civ.1995, p.249.

Mohamed Charfi, sottolinea che il procedimento frena il processo di innovazione e di creazione, attraverso questo metodo nulla potrà essere inventato.

A tal proposito, egli afferma che il diritto musulmano classico, edificato da più anni dagli “*Ulémas*”, troverà sicuramente nelle scuole giuridiche la soluzione più simile a quella scelta dal giudice⁹¹.

A questa operazione potrà essere di aiuto il diritto musulmano umano che dovrà relazionarsi direttamente con le fonti sacre dell’Islam.

Più opportuno secondo Mohamed Charfi è intraprendere la procedura detta “*Talfik*” utilizzando la soluzione pronunciata dai “*Fuquahas*”, desunta dagli Hadith del Corano suscettibili di diversa interpretazione.

Tuttavia, tale soluzione non sempre è la migliore, poiché essa costituisce un mezzo per evitare l’applicazione del diritto, gli inconvenienti saranno dunque, doppi.

Il primo, per Mohamed Charfi è rappresentato dal fatto di interpretare il versetto diversamente dal suo senso letterale, o introdurre un dubbio nell’*hadith* che ha forti possibilità di essere autentico⁹².

Il secondo, invece è costituito dal considerare la soluzione raccomandata dai “*Fuquahas*” come sacra, caratterizzata al contrario, da argomenti spesso inappropriati, invocati dal giudice a supporto della sua decisione.

Il diritto musulmano umano, onde evitare tale problematiche ed essere quindi, illogico ed aberrante, deve adeguarsi alla realtà sociale ed attuale.

Il giudice pertanto ricerca la soluzione più appropriata al caso di specie nei *fuquahas*, e nell’ipotesi di assenza di casi consimili, egli deve proseguire la sua ricerca nelle fonti sacre dell’Islam.

⁹¹ *M.Charfi*, Le droit tunisien de la famille entre l’Islam et la modernité” op.cit. p.25.

⁹² *M.Charfi*, Islam et liberté - Le mal-entendu historique, op.cit.p.37.

Quest'ultimo deve operare allo stesso modo, quando il diritto tunisino risulta carente o la legge è ambigua.

In realtà, il procedimento migliore che il giudice deve seguire è quello di non seguire i “*fuquahas*” in maniera incondizionata, ma perseguire la linea dettata dal legislatore.

Allinearsi, dunque alla modernità, ed evitare allo stesso tempo fratture con le origini islamiche, che consentono alla autenticità e alla cultura di coabitare.

Di conseguenza, il giudicante è invitato a procedere ad una interpretazione razionale e scientifica dei testi coranici, per far prevalere lo spirito del Corano su quello letterale.

Inoltre, egli è tenuto ad attenersi ai principi fondamentali essenza dell'Islam, i quali devono prevalere sui dettagli di applicazione che possono contraddirli⁹³.

L'elemento storico al riguardo, occupa in materia un ruolo importante, quasi determinante.

Infine, il giudice deve differenziare nei testi sacri, il senso eterno di alcuni versetti verosimilmente eterni da quelli puramente circostanziali⁹⁴.

Lo spirito razionale e scientifico, non è contrario all'Islam, né estraneo ai versetti coranici, ma ne costituisce la loro essenza.

L'Islam è il tempio del sapere, esso distingue i sapienti dai non sapienti, preferendo i primi.

Più precisamente, i giudicanti sono convinti che lo spirito razionale e scientifico domina la religione islamica.

Tanto è vero che i giudici della Corte d'Appello di Sousse hanno ammesso per la prima volta, nel 1974 la possibilità per il marito di procedere inversamente alla

⁹³ *M.Charfi*, Le droit tunisien de famille entre l'Islam et la modernité op.cit.

⁹⁴ *M.Charfi*, Islam et liberté - La malentendu historique, op.cit. p.148.

presunzione di paternità, attraverso l'impiego della tecnica scientifica moderna, rappresentata dalle analisi del sangue.

Questa tecnica è compresa all'interno dell'art.75 del C.S.P. nella versione araba, espressione traducibile come modi di prova sciaraitica.

In effetti, affermano i giudici di secondo grado di Sousse⁹⁵ che la formula utilizzata dall'articolo suddetto è la stessa della “*Shariâa*” islamica, inglobata all'interno del “*lian*” o giuramento di anatema.

E' bene osservare che la tecnica delle analisi del sangue, nonostante fosse inclusa nel diritto musulmano classico, era sconosciuta dai giureconsulti musulmani.⁹⁶

Lo spirito scientifico e razionale viene ad aggiungersi alla tendenza liberale che caratterizza i testi sacri, immutabili ed eterni, tutt'oggi avanti con il tempo.

Testimoni di ciò sono i minori che vengono definiti “naturali” in occidente e qualificati come legittimi nel diritto musulmano.

In alcuni momenti, i testi sacri non si sono opposti al minore nato al di fuori del matrimonio che può beneficiare dello stato di legittimo.

Ciò avviene per il nascituro avuto dal padrone con la sua schiava o da quello derivante da una relazione che l'uomo ha intrattenuto con una donna, che per errore credeva fosse la sua sposa.

La stessa religione quindi, ha permesso al minore nato da relazione extra-matrimoniale di essere riconosciuto come legittimo per il solo “*Ikrar*” o confessione paterna.

⁹⁵ Cour d'Appel de Sousse sentenza civile n.3411, del 17 gennaio 1974, R.J.L. 1974, p.316.

⁹⁶ C.f. nello stesso senso Cass.Civ. n.27777, del 26 gennaio 1993, *Bull.Civ.*, 1993, p.283, A.J.T., 1996, n.10, p.15, nota *S.Ben Halima* (in arabo); e questo malgrado la controversia che il problema ha suscitato in dottrina, tra i magistrati, C.f. opinione favorevole, *M.H.Dhidah*, anziano presidente della Corte d'Appello di Sousse in 357, 1974 e opinione sfavorevole *T.Bsaïtes*, anziano presidente della camera della Corte di cassazione, in 363, 1974.

Al contrario, nella legislazione francese al nascituro era conferita solo la paternità naturale.

Successivamente con la legge del 3 gennaio 1972 i minori naturali sono stati considerati eguali per diritto ed obbligazioni a quelli legittimi.

Le circostanze di rivelazione sono da prendere in considerazione dal giudice per misurare il senso reale delle prescrizioni sacre e misurarne la sua portata esatta.

D'altronde, l'Hadith del Profeta secondo il quale "il bambino appartiene al letto, l'amante deve essere lapidato", deve essere osservato dal giudice tunisino per stabilire il "*naçab*", nell'ipotesi in cui il minore sia frutto di fornicazione.

Per quanto attiene alla presunzione di paternità da parte dell'amante della madre, si rileva che l'occultare apparentemente l'adulterio della donna e l'origine illecita del nascituro, per salvaguardare la famiglia, necessita della fissazione del legame di "*naçab*" o vincolo di sangue.

Questo vuoto è stato portato davanti al Profeta che ha proceduto alla convocazione di tutte le persone coinvolte, quali il marito, l'amante e il minore.

Egli sulla base dei caratteri somatici, della fisionomia e dell'adulterio commesso dalla donna, è giunto alla conclusione che l'amante è il padre biologico del bambino.

Pertanto, il Profeta senza alcuna esitazione ha dato ragione al marito della donna, affermando che: "il bambino appartiene al letto, l'amante deve essere lapidato".

Ne consegue che dalle circostanze contenute negli *hadith*, il problema di conflitto positivo della paternità che si pone per decidere il "*naçab*" è rappresentato da due procedimenti.

Il primo è rappresentato dal "*firash*" (inteso, nel senso di matrimonio) e l'"*ikrar*" o confessione paterna dall'altro.

Quanto alla soluzione del Profeta, lontano da essere ambigua o equivoca, prevale il “*firash*”.

La presunzione di paternità è un diritto per il marito che la persona non può contestare.

Se ne desume dunque, dal *hadith* del Profeta un interdizione di fissare il “*naçab*” al minore prodotto della fornicazione e risultante dalle relazioni extra-matrimoniali.

Il giudicante, quindi deve approcciarsi ai testi sacri dell’Islam, senza attenersi pedissequamente al significato dato dai giureconsulti musulmani, ma effettuare la sua valutazione sulla base degli “*hadith*” e delle motivazioni concernenti il bambino nato al di fuori del matrimonio.

Questi principi di giustizia, equità e uguaglianza che dominano i testi sacri sia nella Sunna, così come nel Corano, non possono far incombere sul bambino la responsabilità derivante dal fatto dei suoi genitori.

In nessun caso i testi sacri intendono creare tra gli esseri umani una ineguaglianza, che discende dal matrimonio o da una relazione di fornicazione⁹⁷.

Ciò posto, l’ulteriore problema che si pone è di conoscere quali sono le motivazioni utilizzate dal giudice nell’interpretazione dei testi sacri.

I motivi

I motivi che il giudice può utilizzare nell’interpretazione dei testi sacri sono gli stessi che il legislatore ha qualificato come “regole generali di diritto” incorporate nel C.O.C.

Mohamed Charfi ha rilevato che queste regole contenute nell’articolo 541, non possono essere di grande utilità per il giudice, perché la missione essenzialmente

⁹⁷ Actualité Juridiques Tunisiennes n.14 Anno 2000, *Moncef Bouguerra*, Le juge tunisien et le droit du statut personnel, p.176, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis.

pragmatica, consiste nel fare della legge positiva astratta una applicazione effettiva, materiale e concreta.

A tal fine, esse potranno essere utili se non avessero per destinatari i “*fuquahas*” dottori della legge musulmana⁹⁸.

In realtà, abbandonando il senso dell’analisi che questo autore ha fatto del contenuto del Corano della regole particolari, incorporandole in una raccolta di leggi positive e all’occorrenza nel C.O.C., il giudice tunisino sarà tenuto ad applicare quest’ultime a casi concreti.

Inoltre, egli dovrà operare nel rispetto dell’interpretazione dei testi coranici, della Sunna e della giurisprudenza.

Il legislatore tunisino dopo il 1907, ha lanciato al giudice l’appello di mettersi in contatto diretto con le fonti sacre dell’Islam e di procedere allo stesso modo dei *fuquahas* stessi.

Il lavoro delineato dal legislatore per il giudice è diverso da quello dei giureconsulti e dei “*mujtahid*”, poiché, basato sull’esegesi dei testi coranici e degli *hadiths* profetici, un metodo razionale e scientifico per adattare le soluzioni al contesto ambientale e alla modernità.

È bene evidenziare che Il Profeta all’interno non ha previsto nessuna tutela per il minore, l’unica sanzione prevista, quale la lapidazione si riferisce all’amante.

Quanto al minore, non può che godere della legittimità che la presunzione di paternità gli riconosce.

Ciò può costituire un’eccezione, la sanzione deve essere quindi, interpretata strettamente⁹⁹.

⁹⁸ *M.Charfi*, Introduction à l’étude du droit op.cit. pag.202, n°433.

⁹⁹ E per l’applicazione un’altra regola generale di diritto è contenuta nell’art.540 del C.O.C.

5. L'orientamento giurisprudenziale recente, in materia di Statuto Personale

Pensione alimentare/ Art.31 C.S.P.

Domanda di revisione articolo 31 C.S.P. Divorzio/ elementi materiali

Il legislatore ha disposto ai sensi dell'articolo 31 del codice dello statuto personale precedentemente citato che: la rendita vitalizia è rivedibile in aumento o in diminuzione delle fluttuazioni che possono intervenire.

La giurisprudenza al riguardo, ha constatato a tutela dell'obbligazione, di tenere conto nella valutazione della riparazione dei pregiudizi del divorzio, di più elementi oggettivi, in particolare, quelli materiali relativi a elementi di base più importanti.

Questo elemento complementare per valutare la riparazione si basa sulla nuova vita, secondo il quale la sposa è stata abituata alla vita coniugale costituente una pretesa irricevibile nelle misure o l'azione del fondo; riguardante l'aumento della rendita di divorzio e non la riparazione del pregiudizio.

L'aumento della rendita dunque, è un diritto acquisito, chiaramente affermato dall'articolo 31 che consacra il principio della revisione attenendosi alle fluttuazioni, conformemente alle disposizioni dello statuto personale che cerca di salvaguardare la famiglia e diritti della donna lesi dal divorzio. (Cour de Cassation Civile n.5221/2006 del 16 novembre 2006)¹⁰⁰.

Pensione alimentare/ abbandono del domicilio/ Art.38 C.S.P.

L'articolo 38 del C.S.P. dispone che "il marito deve gli alimenti alla donna dopo la consumazione del matrimonio e la delazione della vedova in caso di consegna.

L'articolo 39 del C.P.C.C. prevede che il giudice cantonale conosce solo le domande in materia di pensione alimentare introdotte a titolo principale.

¹⁰⁰ "Infos Juridiques" "La Revue Droit N.24-25 Mai 2007, Tunis 2007.

Lo spirito dei due articoli infatti, attribuisce al giudice cantonale il diritto di decidere nelle questioni relative alla pensione alimentare conformemente alle condizioni materiali delle parti senza esaminare la questione di abbandono del domicilio, in considerazione che quest'ultima è di competenza esclusiva del giudice della famiglia (Cour de Cassation Civile n.4676/2006 del 16 novembre 2006)¹⁰¹.

Divorzio Indennità materiale capitale/ Articolo 32 C.S.P.

La Suprema Corte di Cassazione ha rilevato che per l'imputato che lavora e percepisce una pensione di insegnante, la riparazione del pregiudizio materiale non può conformarsi alle disposizioni dell'articolo 32 del Codice dello Statuto Personale, ma succede sottoforma di capitale. (Cass. Civ. n.2005/9469 del 6 luglio 2006)¹⁰².

Filiazione naturale: i caratteri obbligatori della valutazione biologica in materia di filiazione e le conseguenze derivanti dal rifiuto di sottoporsi ad essa.

La valutazione biologica è diritto in materia di filiazione, salvo esista un motivo legittimo di non procedere. Il solo rifiuto di sottoporsi a un esame del sangue non stabilisce l'esistenza di relazioni intime durante il periodo legale di concepimento. (Cass. Civ. Sez. I , 17 settembre 2003)¹⁰³.

Tutela, maggiore età, giudizio/Art.54 e 61 C.S.P

Il diritto di tutela del minore deve essere rapportato all'età, all'educazione e alla tutela dello stesso.

¹⁰¹ *Infos Juridiques* "La Revue Droit N.24-25 Mai 2007, Tunis 2007.

¹⁰² *Infos Juridiques* "La Revue Droit N.20-21 Mars 2007, Tunis 2007.

¹⁰³ *Revue de la Jurisprudence et de la legislation* n.4, Avril 2004 p.33.

Di conseguenza, secondo la giurisprudenza la tutela non ha un termine finale, poiché in virtù del giudizio e della giurisdizione essa può contenere e stabilire di far attendere la maggiore età (legale)¹⁰⁴ (Cass. Civ. n.1878 del 29 settembre 2005).

Tutela del minore/educazione islamica/interesse del minore.

La giurisdizione per ciò che concerne l'attribuzione della tutela alla mamma si fonda sull'apprezzamento del giudice.

Il caso preso in esame della Corte di Cassazione si riferisce ad una ragazza che si trova a Tunisi e vuole proseguire gli studi in una scuola in Italia, mantenendo presso i suoi nonni materni musulmani e arabi il credo paterno.

La giurisprudenza al riguardo, rileva la possibilità per la ragazza di partire senza alterare le proprie radici, consentendo alla stessa di continuare gli studi presso una scuola italiana e di progredire la sua educazione secondo la tradizione arabo musulmano in un ambiente arabo-musulmano. (Cass.Civ. N.4001/2006 del 19 ottobre 2006)¹⁰⁵.

Articolo 52 C.S.P./evoluzione del montante della pensione alimentare/libero apprezzamento del giudice.

La giurisprudenza con riferimento all'art.52 C.S.P. ha affermato che l'esame dei motivi sostanziali di difesa delle parti e la loro risposta, costituiscono una condizione essenziale che deve essere valutata secondo il libero apprezzamento del giudice.

In particolare, nel caso di specie il tribunale dopo l'esposizione dei fatti e della giustificazioni, per pervenire a un buon reddito ha stimato l'abbassamento del montante della pensione alimentare, giudicando per la sposa e i suoi figli senza alcun motivo.

¹⁰⁴ *Infos Juridiques* "La Revue Droit N.10-11 Ottobre 2006, Tunis 2006.

¹⁰⁵ *Infos Juridiques* "La Revue Droit N.18-19 Febbraio 2007, Tunis 2007.

Infatti, erroneamente il giudice d'appello non ha tenuto conto che il marito, professore di musica percepisce un reddito fisso importante, e che svolge dei corsi di musica in istituto privato al quale appartiene. (Cass.Civ.n.2241/2006 del 28 settembre 2006)¹⁰⁶.

Divorzio, pregiudizio materiale del marito/ obbligazione alimentare, responsabilità della sposa (art.23 C.S.P.)

Il fatto per la sposa di poter contribuire al mantenimento della famiglia, al fine di pervenire a buon standard di vita; non permette al marito di domandare i danni materiali e gli interessi per il pregiudizio materiale, derivante dalla privazione di una vita dignitosa.

Infatti, tale condotta non è causa del divorzio, poiché il marito, quale capo famiglia è il primo responsabile che deve provvedere ai bisogni alimentari, tuttavia tale responsabilità è accessoria e non principale. (Cass.Civ. n.1716 del 6 ottobre 2005)¹⁰⁷.

6. Conclusioni

L'analisi delle decisioni di giustizia fornisce dei risultati probanti, rivela il conservatorismo del giudice e il suo attaccamento ai *fuquahas*, nonché al diritto musulmano classico.

Il conservatorismo del giudice costituisce una misura di reazione, egli non esita a manifestare la sua ripugnanza verso una legge o una istituzione che ritiene contraria o estranea al diritto musulmano.

L'influenza culturale islamica e l'eredità del patrimonio storico sembra essere decisiva e determinante.

¹⁰⁶ *Infos Juridiques* "La Revue Droit N.16-17 Gennaio 2007, Tunis 2007.

¹⁰⁷ *Infos Juridiques* "La Revue Droit N.6-7 Juillet 2006, Tunis 2006.

A tutela di questo, il modello legislativo appare essere un esempio che merita di essere seguito.

In effetti, il diritto di famiglia e lo statuto personale non impediscono di essere fedeli ai precetti fondamentali dell'Islam contenuti nel Corano e nella Sunna.

Tanto più che il legislatore tunisino si rapporta alle fonti divine sacre, non lesinando di considerare l'apertura classica dei *fuquahas*, tutte le volte che la soluzione si adatta all'evoluzione e alla modernità.

Pertanto, la missione del giudice è di applicare la legge e conformarsi alla volontà del suo autore.

Il conservatorismo giudiziario temperato e moderato, si basa su una desacralizzazione del profano, seguito da una netta distinzione tra il diritto musulmano, a sua volta suddiviso in divino ed umano.

Solo il divino diventa sacro, quanto al profano esso deve essere desacralizzato.

Immutabili ed eterne, queste fonti sacre sono tutt'oggi di attualità, capaci di adattarsi alla evoluzione della società conformi all'ambiente e alle esigenze della modernità.

Essa, non è affatto contraria all'Islam, "Islam è una religione che si evolve"¹⁰⁸.

L'essenziale per il giudice è sapere come sfruttare lo spirito liberale e la tendenza evolutiva che i principi di giustizia e di equità sono contenuti all'interno dei testi sacri.

Tanto è vero che certe decisioni con il tempo hanno costituito prova di liberalismo, di agilità e di moderazione.

In particolare, il giudizio civile del Tribunale di grande istanza di Bressuire del 1944¹⁰⁹, ha costituito giurisprudenza con il caso "Berthon, sentenza della Corte di

¹⁰⁸ Intitolato allo studio realizzato da *Abul Kacem Mohamed Kerrou*, pubblicato in revue *Ibla* 1996, p.253.

¹⁰⁹ Tribunal de Grande Instance de Bressuire, jugement civil du 26 juillet 1944, D., 1945 p.94.

Cassazione francese a Sezioni Unite del 1862, in materia di nullità di matrimonio per errore sulla persona della sposo¹¹⁰.

La speranza, sarà dunque di vedere il giudice, all'inizio del XXI° secolo, usare il metodo di apprendimento del diritto musulmano.

Per verificare, il presente studio quest'ultimo avrà bisogno di essere ripreso di nuovo con il passare degli anni.

¹¹⁰ Court de Cassation française, Chambres Réunies, arrêt civil du 24 avril 1862, S., 1862, I, p.361, D., 1862, I, p.341, conclusions du Procureur Général Dupin.

Nel 1862, la Cassazione francese a Sezioni Unite hanno stabilito il principio fondato sull'errore della persona ai sensi dell'articolo 180 del codice civile, che non può essere inteso nelle qualità sostanziali dello sposo. Essa non saprebbe trascinare la nullità del matrimonio che sarà basata sulla identità civile della persona del congiunto. Questa decisione ha fatto giurisprudenza durante il vicino secolo (c.f. *G.Cornu* "Centenaire", D., 1959, Chronique, Doctrine, p.215). La prima decisione in senso opposto è stata quella del Tribunale di grande istanza di Bressuire del 1944 (Tribunal de Grande Instance de Bressuire, jugement civil du 26 juillet 1944). Questo tribunale ammise l'errore sulla nullità del matrimonio per applicazione dell'articolo 180 del codice civile. L'interpretazione è ammessa nel 1975 dalla corte di cassazione (Court de Cassation française chambre civil 1° Section, 29 janvier 1975, D.1975, p.688 note *Hauser*) e dal legislatore successivamente. La legge n.75-617 del 11 luglio 1975 ha riformato l'articolo 180, a espressamente previsto che l'errore sulla persona può determinare la nullità del matrimonio, così come quello relativo alle qualità sostanziali dello sposo.

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

CAPITOLO III

L'EQUILIBRIO DELLA FAMIGLIA NEL CODICE DELLO STATUTO PERSONALE E LA FILIAZIONE NATURALE NEL DIRITTO TUNISINO

1. Il Codice dello Statuto Personale simbolo dell'equilibrio della famiglia

All'avvento dell'indipendenza la prima apertura sociale intrapresa dalla Tunisia è stata l'emancipazione della donna, promulgata dal codice dello statuto personale, conformemente al decreto del 13 agosto 1956.

Dopo il cambiamento del 7 novembre 1987, il presidente Ben Alì ha permesso alla donna di acquisire più diritti, attraverso le numerose leggi e più in particolare la legge n.93/74 del 21 luglio 1993.

Quali sono dunque i diritti prescritti o menzionati che sono considerati come simbolo dell'equilibrio familiare?

Il codice dello statuto personale simbolo dell'equilibrio familiare durante le tappe pre e post maritali.

Il codice dello statuto personale ha conosciuto una evoluzione progressiva, passata attraverso l'uguaglianza tra uomo e donna, il raggiungimento della famiglia e l'interesse del minore.

Vediamo dunque questa evoluzione progressiva:

1.2. Uguaglianza tra uomo e donna

Il legislatore tunisino con la legge del 13 agosto 1956 ha realizzato il massimo della uguaglianza tra i due sessi per un buon equilibrio familiare.

Il codice ingloba principi basati sulla visione conflittuale e sulla ricerca della uguaglianza tra uomo e donna.

Su questa base:

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

- il legislatore tunisino prevede che il matrimonio può essere contratto solo con il consenso dell'uomo e della donna.

Inoltre, egli statuisce che la poligamia è interdetta (Articolo 5 del C.S.P.);

- il legislatore include il diritto della ragazza prima del matrimonio, della cura affidata al genitore, all'obbligazione del congiunto di consumare il matrimonio;
- Il diritto di tutela esercitato dal tutore sulla ragazza dal quale dipende la sua responsabilità.

il matrimonio non potrà essere contratto senza il consenso del tutore;

- È interdetto il matrimonio della giovane di età per preservare la sua integrità fisica, psichica e salvaguardare l'interesse della famiglia;

La limitazione legale minima del matrimonio stabilita per entrambi i sessi a 18 anni;

- L'acquisizione per la ragazza maggiorenne consente alla donna di contrarre affari personali, civili e commerciali;
- la delimitazione dell'obbedienza della moglie al suo sposo concerne i diritti giuridici, la menzione della partecipazione della sposa al fabbisogno familiare (art.23 del C.S.P.);
- la legge 93/74 del 12 luglio del 1993 il legislatore tunisino ha statuito la cooperazione tra i congiunti per il bene della famiglia e dei suoi figli.

L'associazione tra l'uomo e la donna

L'associazione tra l'uomo e la donna si manifesta conformemente alla legge n.93/74 del 12 luglio 1993, su più piani che riassume i quattro punti:

- consacrazione della uguaglianza tra i fidanzati;
- l'associazione della donna alla gestione degli affari di famiglia;

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

- doveri dei famigliari e dei minori;
- concessione della nazionalità tunisina ai bambini della tunisina sposata con uno straniero.

1.3 Consacrazione dell'uguaglianza tra i due fidanzati

La promessa di matrimonio può provenire indistintamente dall'uno dei due fidanzati.

Essi possono promettersi in matrimonio e offrirsi mutualmente i doni.

Il fidanzato può recuperare i regali che ha offerto alla sua fidanzata in caso di rottura.

Conformemente a questo l'articolo 2 del C.S.P. ha stabilito che: *“ciascuno dei fidanzati ha diritto alla restituzione dei presenti offerti all'altro in caso di rottura della promessa o della stipulazione contraria”*.

Associazione della donna alla gestione degli affari di famiglia:

- diritto della madre a scelta di rifiutare o accettare il matrimonio dei suoi figli o delle figlie (minori), l'articolo 6 del C.S.P. stabilisce che *“il matrimonio del minore è subordinato al consenso del tutore o a quello di sua madre. In caso di rifiuto del tutore o della madre e la persistenza del minore, decide il giudice”*.
- Associazione della madre a provvedere alla direzione della famiglia, la buona educazione dei minori e la gestione degli affari familiari (insegnamenti, il viaggio e gli affari finanziari, art.23 del C.S.P.)
- Dovere della sposa di partecipazione finanziaria ai bisogni della famiglia accanto a quello dello sposo (art.23 C.S.P.).
- Mantenimento della qualità di capo famiglia dello sposo e la conferma di contribuire al fabbisogno della famiglia e dei suoi figli;

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

1.4 Dovere di alimenti per la famiglia e i minori

- Obbligazione per l'origine materna nel limite di prima generazione (art.43 del C.S.P) ricordando che la famiglia d'origine paterna è senza limite;
- Obbligazione per i minori (art.44 C.S.P.);
- Per la giovane ragazza che non dispone di risorse finanziarie o non sia a carico del marito; (articolo 46 del C.S.P.)
- Obbligazione dei minori alla maturità e dopo, a condizione di non aver superato i 25 anni;

la nazionalità tunisina ai figli di donna tunisina sposata con uno straniero.

I figli minori della tunisina sposata con uno straniero hanno gli stessi diritti, acquisire la nazionalità tunisina prima dei 19 anni, a condizione di avere l'accordo del padre che firma la domanda di ricongiungimento alla madre;

- La donna gode di particolari diritti durante la relazione coniugale:
- diritto della cura dei figli minori in associazione con il padre;
- la tutela di congiungersi con il padre del minore.

2. Il codice dello statuto personale simbolo dell'equilibrio familiare durata iniziale di un conflitto

- E' opportuno porre in evidenza i diritti della donna in caso di rottura della relazione coniugale per divorzio o decesso;

Rottura della relazione coniugale per divorzio:

- La promulgazione del codice dello statuto personale il 1 agosto 1956 ha specificato gli atti positivi introduttivi dal legislatore tunisino a profitto dell'equilibrio familiare in tre punti:
- 1) Interdizione perpetua della ripresa del matrimonio dopo il triplice ripudio (Art.14 e 19 del C.S.P.);

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

- 2) Istituzione del divorzio giuridico, il divorzio non può che avere luogo che davanti il tribunale (Art.30 C.S.P.).
- 3) La conferma della eguaglianza tra uomo e donna quanto alla cause di divorzio; (Art.31 del C.S.P.);
- Importante evoluzione per la donna divorziata con la legge n.93/74 del 12 luglio 1993;
- I diritti della donna divorziata sono: per capriccio, pregiudizio, godimento di una compensazione per pregiudizio materiale e morale;

La donna può optare per una compensazione materiale o per una rendita vitalizia;

- Il diritto di divorzio gode dei servizi del fondo di garanzia della pensione alimentare e della rendita di divorzio che l'uomo versa alla donna.

Tale rendita potrà essere reclamata o rivista per il rimborso di quanto è stato pagato;

segnaliamo brevemente il ruolo della Cassa di garanzia e della pensione alimentare e la rendita vitalizia menzionata nell'articolo 53 bis del C.S.P, istituito con la legge del 5 luglio 1993;

Questa Cassa si occupa di pagare il montante delle pensioni o la rendita di divorzio, in virtù di un giudizio definitivo, ma l'esecuzione non opera a profitto dei divorziati e dei loro figli nell'ipotesi di condanna conformemente alle condizioni menzionate dalla legge istituita per la Cassa.

Quest'ultima si sostituisce ai beneficiari per il recupero di parte della condanna e delle somme pagate.

Il fondo di garanzia versa il montante della pensione alimentare o della rendita di divorzio a favore dei beneficiari ogni mese, con una delazione non

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

eccedente i quindici giorni a partire dalla data di presentazione della domanda contenente le condizioni legali.

- Quanto alla cura dei bambini, sono accordati alla donna dei vantaggi relativi alla tutela relativa al viaggio del minore, degli studi e alla gestione delle competenze bancarie.

Il magistrato può affidare la cura alla donna a seconda dei casi o al tutore nelle ipotesi di negligenza, di assenza dal suo domicilio, o persona dall'indirizzo sconosciuto.

Pertanto, non importa la ragione che ha determinato il pregiudizio, ciò che rileva per il giudicante è interesse del bambino.

- Il diritto della madre di impedire al tutore di far uscire il minore dal suo domicilio senza il suo consenso, salvo per il bene dello stesso non necessita il contrario.
- Il diritto di visita del tutore dipende dall'affidamento della madre;
- Per proteggere l'equilibrio familiare tale diritto si estende anche alla donna divenuta nonna;

questo diritto si manifesta con il finanziamento ai minori per far fronte ai bisogni e alle esigenze che si presentano;

l'equilibrio familiare attraverso il codice dello statuto personale non si arresta di fronte alla rottura dell'unione coniugale con il divorzio, ma si ferma davanti al diritto successorio.

2.1 Fine della relazione coniugale per decesso di uno dei congiunti

Dopo il decesso del padre o la perdita della capacità giuridica, la madre diviene unica tutrice legale dei suoi figli minori, salvo l'ipotesi di matrimonio o l'accordo del tutore protettore.

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

A parte questo la madre resta l'unica tutrice legittima.

2.2 Considerazioni finali

- Oggigiorno la legge specifica che la figlia unica eredita l'intero lascito alla retrocessione, a dispetto dei fratelli dell'erede e dei suoi cugini;
- Ciò costituisce una procedura rivoluzionaria che consacra il diritto della figlia di ereditare e la uguaglianza dei diritti senza alcuna ingiustizia;
- La figlia che muore prima della sua famiglia o dei suoi figli, il diritto di godere la raccomandazione necessaria per avere da parte della madre un terzo del lascito; (Art.191 del C.S.P.);
- Il diritto della donna di ereditare dai minori un sesto nell'ipotesi di decesso della madre o del padre.

Il codice dello statuto personale sembra armonizzarsi perfettamente con i trattati, i patti, gli accordi promulgati per l'organizzazioni delle Nazioni Unite e ratificati dalla Tunisia.

Al riguardo, si evidenzia che:

- La carta di New York rapporta il suo consenso al matrimonio e all'età minima che si esige per la registrazione dei contratti di matrimonio, firmati a New York il 10.12.1962 e ratificati dalla legge 41/67 il 2 Nov.1967.
- La carta di New York di rapporta alla libertà matrimoniale senza considerare alcun sesso, razza, o religione, firmata il 10.12.1962 e ratificata dalla Tunisia con legge n.41/67 in data 4 maggio 1967.
- La carta concerne la soppressione di tutti i generi di discriminazioni contro la donna, firmata il 18 dicembre 1979.
- La carta concerne i diritti del minore ratificati dall'organizzazione delle Nazioni Unite il 30 novembre 1989 e per la Tunisia il 26.11.1991.

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

- Il codice fonda i suoi recenti emendamenti su una visione d'associazione tra i congiunti esenti da tutte le ostilità e la concorrenza;
- La carta pone l'accento sui beni del bambino in relazione ai beni della famiglia, alla tensione dei rapporti coniugali che possono essere per lui pregiudizievoli.
- La famiglia costituisce la prima cellula di società con l'obiettivo prioritario di riformarsi.
- La promulgazione della legge n.10/2006 del 6 maggio 2006 ha consentito ai nonni l'esercizio del diritto di visita in caso di decesso di uno dei familiari o tenendo conto dell'interesse del minore;
- Questa nuova tappa ha determinato una nuova dimensione civile consistente nella preoccupazione dell'uguaglianza tra coniugi, che sono chiamati a consacrare il bene della famiglia tunisina a profitto della società civile e dell'evoluzione della donna; nella cooperazione e l'affezione reciproca¹.

3. La filiazione naturale nel diritto tunisino

La filiazione è legittima quando il bambino nasce dal matrimonio, è naturale quando i familiari del minore non sono sposati ed è adultera quando uno dei due familiari è sposato con una terza persona².

Questa divisione contenuta nel diritto occidentale non si ritrova nel diritto tunisino.

Il Codice dello Statuto Personale Tunisino non utilizza il termine "filiazione naturale".

Infatti, anche la codificazione sembra ignorare tale accezione, poiché utilizza l'espressione "Ibn Zinà" (minore nato da fornicazione" o bambino nato al di fuori

¹ *Revue de la Jurisprudence et de Legislation* n.6 Giugno 2006, Tunisi, *M.me Jaouida Guiga* Membro del Consiglio Costituzionale Presidente della Camera alla Corte di Cassazione.

² "La filiation naturelle en droit tunisien" *Sassi Ben Halima* in "Actualites Juridiques Tunisiennes" Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis" 2003.

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

del matrimonio) all'interno dell'articolo 152 del codice dello Statuto Personale, inserendolo alla fine del ottavo capitolo del nono libro intitolato "Questioni Diverse" nel quale il legislatore dispone: "il minore nato al di fuori del matrimonio eredita da sua madre e dalla sua parentela; ereditano da lui sua madre ed i suoi parenti.

E' chiaro quindi, che l'articolo non intende dare al nascituro nato al di fuori del matrimonio uno statuto giuridico.

Al contrario, il legislatore ha voluto solamente escluderlo dalla successione di suo padre, restando sconosciuto in tutti quei casi in cui il legame non è legalmente riconosciuto.

La questione non sembra aver avuto una particolare attenzione dalla dottrina, così come dalla stessa giurisprudenza, in quanto per il Codice dello Statuto Personale la filiazione naturale materna non solleva problemi di interesse rilevante.

Tuttavia, la situazione giuridica della filiazione paterna naturale del diritto tunisino deve tenere conto di due elementi essenziali, il primo è costituito dalla giurisprudenza e dall'interpretazione favorevole o contraria al figlio naturale; il secondo riguarda invece, una dimensione umana incontestabile che non può lasciare indifferenti i magistrati³.

In tal caso il Diritto musulmano gioca qui un ruolo rilevante, poiché esso condanna certi rapporti illeciti, quali quelli derivanti da relazioni extra-matrimoniali, con la tendenza quindi, ad escludere la paternità legittima per i minori nati da tali rapporti.

La posizione del legislatore tunisino apparentemente sembra la stessa della giurisprudenza dominante che tende a privare il minore della paternità, quando trattasi di nascita di origine illecita, ovvero di nati al di fuori del matrimonio.

³ Sulla filiazione nel diritto tunisino, vedi: "La filiation paternelle légitime en droit tunisien, *Sassi Ben Halima*, Tunis 1976; "L'établissement de la filiation dans le droit tunisien", *Lucie Pruvost*, Paris II, 1977; "La filiation dans le Còde du statut personnel tuisien" *Raoul Ben Attar*, R.T.D. 1963-1965 p.25; "L'enfant illégitime dans la société musulmane" *Nadia Ait Zai*, R.T.D.,1990, p.11.

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

La tendenza però ad escludere il minore in questa ipotesi è temperata da certe posizioni legislative favorevoli basate sul “*Naçab*” che per una giurisprudenza benevola tutela il figlio naturale.

Tale assunto è stato rinforzato dalla legge del 28 ottobre 1998 che afferma che la filiazione paterna naturale è restata estranea alle preoccupazioni del legislatore, pertanto sarà necessario un intervento della giurisprudenza per risolvere la problematica suindicata.

3.2 L'esclusione della Filiazione Naturale

Nessuna parte del Codice dello Statuto Personale utilizza l'espressione “filiazione paterna naturale” o filiazione paterna al di fuori del matrimonio.

Il minore naturale è completamente ignorato dal Codice.

Tuttavia il libro 8 relativo alla filiazione contiene alcune tracce in questa espressione.

Il redattore del Codice usa un altro termine, ovvero “*Naçab*”.

La distinzione classica contenuta dai paesi occidentali nella filiazione legittima e naturale non viene ripresa.

La codificazione è influenzata dal diritto musulmano e dalla civiltà araba che considera il solo legame paterno per la trasmissione del nome patronimico, per gli alimenti e la successione.

L'importanza del Principio di “*Naçab*” è contenuta nel legame stabilito tra il bambino e il padre, il quale solamente può riconoscere il minore.

Il legislatore del 1957 ha regolamentato tale principio negli articoli 68 e ss. del C.S.P.

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

Il Codice dello Statuto Personale al riguardo dispone: "il minore nato fuori il matrimonio eredita da sua madre e dalla parentela della stessa; la madre a sua volta eredita da lui.

E' evidente che questa impostazione soddisfa la esigenze del padre naturale, esente da responsabilità e da un eventuale azione relativa alla pensione alimentare, ma non quelle della madre naturale.

La genitrice è tenuta solo ad impartire l'educazione al minore naturale, ella assumerà lo statuto di giovane madre o madre celibe.

Tale situazione tutt'oggi non sembra ancora integrarsi nelle società liberali e può divenire drammatica nelle società arabo musulmane che considerano l'esistenza del figlio naturale come un disonore per la madre e la sua famiglia.

Il nascituro dovrà affrontare la realtà sociale senza un padre confrontandosi con la società sempre attraverso l'utilizzo di una carta d'identità congiuntamente al suo atto di nascita.

La situazione del bambino privo del padre sia sul piano amministrativo, sociale, psicologico non può che essere drammatica e la disposizione dell'articolo 152 del C.S.P. che permette a lui di ereditare da sua madre non può che essere una magra consolazione⁴.

Anche la giurisprudenza dominante invece, di ricorrere ad una larga interpretazione dell'art.68 del C.S.P ne adotta una decisamente più restrittiva.

4. Interpretazione restrittiva dell'articolo 68 del C.S.P. per la giurisprudenza

L'articolo 68 del C.S.P. prevede tre modi per stabilire la filiazione: il matrimonio, la confessione paterna e i testimoni.

⁴ *R.Ben Attar*, "La filiation dans le Code du statut personnel tunisiens *R.T.D.*, 63-65, pp 25 e ss.

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

La giurisprudenza potrà permettere al figlio naturale di stabilire la filiazione mediante due tipi di prova: attraverso la testimonianza, così come previsto da entrambi gli orientamenti dominanti, mentre per quella restrittiva la natura illecita dei rapporti tra la famiglia del bambino non consente di stabilire la filiazione.

La confessione della paternità.

La giurisprudenza rileva che per stabilire la filiazione è sufficiente la confessione della paternità, senza la necessità di provare il vincolo matrimoniale.

Una interpretazione logica dell'articolo 68 C.S.P., impone quindi, di considerare dei tre metodi di prova del matrimonio, solo due che devono essere considerati come indipendenti dal matrimonio altrimenti si potrebbe incorrere in una tautologia⁵.

La Corte di Cassazione però non ha esitato a dichiarare qualche settimana più tardi che per la confessione paterna l'origine illecita della filiazione è nulla non perché contraria all'ordine pubblico e alla morale, ma per l'applicazione dell'articolo 227 bis del codice penale.

Infatti, per quanto concerne i rapporti extramatrimoniali la confessione della paternità è nulla, quindi, non potrà utilizzarsi una azione per stabilire il *Naçab*.

La stessa soluzione viene utilizzata anche per i testimoni.

I testimoni

La giurisprudenza sulla base della testimonianza accetterà di stabilire il legame di filiazione senza l'esigenza di un "*Firach*" ovvero relazione lecita tra i genitori del minore.

L'art.68 del C.S.P. deduce che la testimonianza è un modo di distinzione del "*Firach*".

⁵ Cass.Civ. 31 dicembre 1963 rapporto annuale contenuto negli scritti di *Moncef Bougerra*.

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

Sarà compito dei testimoni quindi, provare l'esistenza dei rapporti tra i familiari e il periodo legale di concezione.

La giurisprudenza, deciderà fermamente che i testimoni devono provare l'esistenza di una relazione lecita tra i parenti del bambino, altrimenti il matrimonio sarà nullo poiché non celebrato nella forma autentica⁶.

Adottando questa soluzione la giurisprudenza della Corte di Cassazione condanna il figlio naturale a restare fuori del "Naçab". Solo la filiazione paterna naturale può essere stabilita.

Si può allora domandare se vi è una giustificazione per la quale due soluzioni differenti danno la maternità e la paternità naturale.

Come stabilire quindi la presunzione di paternità?

La paternità si baserà sull'analisi genetica, che troverà il suo fondamento nella legislazione tunisina, ovvero nella legge del 28 ottobre 1998.

La vera ragione non risiede nell'impossibilità di provare la filiazione naturale, ma nella concezione che il diritto musulmano influenza la materia del diritto tunisino e dei rapporti sessuali.

Nel diritto musulmano classico i rapporti sono leciti se fondati sul matrimonio, mentre illeciti se stabiliti al di fuori dello stesso.

Nel primo caso la filiazione paterna (legittima) è stabilita, nel secondo non può essere stabilita.

Ciò sarà la conseguenza di un *hadith* del profeta, secondo il quale il nascituro deve essere attaccato al matrimonio, l'adultero invece deve essere lapidato.

⁶ Vedi Cass.Civ.9210 del 6 marzo 1973, *B.Civ.*1973, I, p.142, Cass.Civ. 9108 del 11 dicembre 1973, *B.Civ.*1973, I, p.144, Cass.Civ.760 del 26 aprile 1977, *B.I.*, p.243, Cass.Civ. 4339 del 6 gennaio 1981, n°2, p.61, Cass.Civ.26431 del 2 giugno 1992, *B.Civ.*1992, p.183, Cass.Civ. n.43-354 del 18 novembre 1996, II, p.225 La Corte di Cassazione ha affermato nel 1996 la stessa soluzione negli altri due precedenti: Cass.Civ. 51-346 del 26 novembre 1996, *B.*,II p.228. Cass.Civ.49089 del 7 maggio 1996, *B.*,1996, II, p.231.

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

Questo *hadith* è stato interpretato dai giuristi musulmani nel seguente significato che: solo il matrimonio può stabilire la filiazione, mentre i rapporti al di fuori non sono considerati.

L'*Hadith* deve essere interpretato dai giureconsulti musulmani nel suo contesto, il profeta è stato sollecitato per rivendicare tutti e due i bambini.

L'eccezione al matrimonio, invocata da alcuni attiene alla rassomiglianza psichica tra il minore e un altro uomo sposato.

Tuttavia, il profeta per evitare ogni problema ha risolto il conflitto a favore del matrimonio

Difatti, in caso di conflitto tra la verità giuridica e quella biologica, predomina la prima.

L'amante (il fornicatore) che avrà deciso di reclamare la paternità dovrà essere dunque lapidato; siamo nell'ipotesi di un dibattito civile.

In effetti, in una certa misura questo *hadith* ha dominato la questione, che la giurisprudenza ha risolto escludendo la filiazione paterna naturale.

Inoltre, vi è un'altra tendenza contraddittoria secondo la quale il desiderio di stabilire la filiazione viene inteso come filiazione naturale paterna⁷.

5. Il riconoscimento della filiazione naturale paterna

Il diritto tunisino riconosce che solo in due ipotesi la filiazione paterna naturale può essere stabilita.

Nel primo caso il figlio naturale è considerato come legittimo, nel secondo il minore appare come naturale.

⁷ La filiation naturelle en droit tunisien” *Sassi Ben Halima* in “ Actualites Juridiques Tunisiennes” Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis” 2003.

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

Il minore naturale considerato come legittimo

Il minore naturale può nel diritto tunisino essere considerato legittimo, tale soluzione si ritrova sia sul piano legislativo che giurisprudenziale.

Il piano legislativo

Il favore legislativo fa apparire il figlio naturale come legittimo, esso si manifesta essenzialmente in tre maniere: la molteplicità dei motivi per stabilire la filiazione, la larga concezione del matrimonio, la larga concezione della delazione.

La molteplicità dei motivi per stabilire la filiazione

Per stabilire il *Naçab*, la filiazione paterna legittima, il legislatore non esige il matrimonio.

Tale prova è contenuta all'interno dell'articolo 68 del C.S.P. che stabilisce tre tipi di prova:

- le *firāch* ovvero il fatto del matrimonio;
- la confessione paterna;
- la testimonianza.

La semplice analisi grammaticale del testo afferma che il matrimonio non è che un tipo di prova del “*Naçab*” e che questo modo non è necessario⁸.

Tale assunto è espresso dalla giurisprudenza a più riprese, così come dalla dottrina⁹.

Possiamo dunque, concludere che teoricamente la filiazione del bambino (naturale per acquisizione) può essere stabilita solo dalla confessione paterna o dalla testimonianza.

⁸ Vedi Cass.Civ., n.2300, 5 dicembre 1963 rapporto sull'anno della memoria di M.Bougerra préc. Soussse, sent.n.5332, 1978, *R.J.L.*1979, n.5 p.124 Cass.Civ.3712 del 12 marzo 1981, *B.*, 1981, I, p.99 Civ.11027 del 20 novembre 1984, *B.Civ.*1984, II, p.92, Civ.15709 del 3 marzo 1987, *B.*, 1987, p.227.

⁹ *R.Ben Attar*, “La filiation dans le Code du statut personnel tunisiens *R.T.D.*, 63-65, pp 25 e ss.

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

Il matrimonio non è necessario, di conseguenza, potrà essere concluso in maniera più larga dal legislatore.

La concezione larga del matrimonio

Il legislatore ha impiegato nell'articolo 68 del C.S.P. l'espressione "*Firach*". Questo termine è stato utilizzato dal diritto musulmano per ciò che concerne le relazioni lecite.

L'espressione più larga del matrimonio ha inglobato dunque, nel matrimonio valevole o nullo anche i rapporti tra una schiava o una donna che si credeva sposata.

Il minore naturale, sarà considerato legittimo attraverso l'applicazione dell'art.22 del C.S.P.

I casi di matrimonio nullo sono contenuti nell'art.36 bis della legge del primo agosto 1957, ma il legislatore non è stato contento di affermare che il matrimonio nullo può stabilire la filiazione, concludendo per la delazione massima e minima della gravidanza.

6. La concezione larga della delazione minima e massima della gravidanza

Per l'articolo 71 del C.S.P., il nascituro nato più di sei mesi dopo il matrimonio non può avere come padre il marito della donna.

Questa delazione contiene un minimo ed un massimo nel diritto tunisino.

Questa regola è un fondamento coranico, in effetti i giuristi citano al riguardo due versetti.

Nel primo il periodo di gravidanza e di allattamento è di 30 mesi, Sura 46 vers.15: per una donna che porta in grembo il suo bambino: la gravidanza e l'allattamento dura 30 mesi.

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

Nella seconda parte, invece il Corano dispone che il periodo di allattamento è di due anni, permettendo così di affermare che la dilazione della gravidanza è di mesi sei ($30-24=6$).

Questa regola è ben stabilita nel diritto musulmano e all'unanimità dai giureconsulti di quattro riti.

La gravidanza di 6 mesi è tuttavia un fatto eccezionale del nascituro che nasce e vive.

Nella maggior parte dei casi il nascituro nato sei mesi dopo al matrimonio viene considerato nato al di fuori dello stesso.

Infatti, per quanto riguarda il minore naturale, il legislatore musulmano prima e successivamente quello tunisino hanno accordato al bambino il beneficio della legittimità.

Questo favore legislativo si ritrova a proposito del termine massimo della gravidanza.

Questa dilazione contenuta negli articoli 35 e 69 C.S.P. è di un anno.

Occorre segnalare che sul punto i giureconsulti musulmani sono divisi sulla questione.

Infatti, per gli Hanafiti il tempo di dilazione della gravidanza è di un anno, mentre per i malichiti è quattro volte cinque anni.

Nonostante tali termini possano apparire stravaganti, la realtà biologica non è ignorata dai *Fuqaha*, per le ragioni umanitarie.

Se la filiazione (paterna legittima) è stabilita sarà evitato alla donna di apparire come "fornicatrice" coppia di "Zina" (relazione al di fuori del matrimonio) e dunque dovrà essere penalmente sanzionata.

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

Di conseguenza, il nascituro nato al di fuori del matrimonio potrà beneficiare dello statuto di figlio legittimo.

I molteplici favori legislativi tenderanno a donare al figlio naturale lo statuto di minore legittimo in favore di una larga concezione del matrimonio.

Sul piano giurisprudenziale

Siamo in un periodo epocale nel quale sia la giurisprudenza dei giudici di merito che quella della Corte di Cassazione è favorevole al minore naturale (questo periodo è compreso tra il 1963 e il 1973¹⁰).

In particolare, la Suprema Corte affronta la problematica riguardante la giovane donna che dopo la conclusione della promessa di matrimonio, sedotta, dà alla vita il nascituro.

In tal caso, dopo la rottura del fidanzamento, la donna non può esperire nessuna azione per stabilire il *Naçab* o la paternità legittima.

Infatti, secondo la giurisprudenza (fino al 1998), le scelte possibili a tutela di questa azione sono:

in primo luogo, alcuni metodi di prova previsti dall'articolo 68 del C.S.P., ovvero la mancata prova dell'esistenza di rapporti illeciti.

In secondo luogo, l'applicazione dell'articolo 36 bis della legge del 1 agosto 1957 che consente di provare la filiazione, nonostante tale legame (motivato dal consenso al matrimonio delle parti) sia nullo, in quanto non celebrato nella forma autentica, (art.36 della legge 1 agosto 1957);

Questa giurisprudenza è manifestamente erronea, poiché il fidanzamento non ha lo stesso valore del matrimonio.

¹⁰ "L'établissement de la filiation d'enfant de fiancées d'après la jurisprudence tunisienne" di *Mohamed Moncef Bougerra*.

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

Nel caso di specie, l'azione per stabilire il legame di filiazione era stata esperita davanti al Tribunale di Prima Istanza di Sousse.

Per l'appunto questa azione produceva nel giudizio la condanna penale (art.227 bis del codice penale), poiché l'analisi sanguigna permetteva di stabilire che il minore e l'imputato appartenevano allo stesso gruppo sanguigno.

Tuttavia, il Tribunale rigettò l'istanza, così venne presentato appello dalle parti innanzi la Corte d'Appello di Sousse, la quale a sua volta confermò che i motivi prodotti non consentivano di stabilire la filiazione.

In effetti, la sentenza di condanna stabiliva che l'esistenza dei rapporti sessuali tra le due parti, così come l'appartenenza del nascituro e del padre (imputato) allo stesso gruppo sanguigno, non consentivano di stabilire il legame di filiazione

La Corte di Cassazione dovette quindi, cassare la sentenza della Corte d'Appello di Sousse per insufficienza dei motivi.

I giudici di fondo sono stati dunque negligenti, nel discutere due motivi portanti; in realtà, la natura ha influenzato la soluzione della controversia, così come il sapere della decisione penale e l'analisi sanguigna¹¹.

Sul rinvio la Corte d'Appello di Tunisi ha deciso quindi, di stabilire la filiazione non sul fondamento della decisione penale e dell'analisi sanguigna, ma sulla promessa di matrimonio analizzata come matrimonio nullo.

In effetti lo stesso uomo può essere considerato come colpevole della diversità del minore ai sensi dell'articolo 227 bis o come marito, così come previsto dall'art.36 della legge 1 agosto 1957.

Solo il desiderio della Corte di Cassazione e della Corte d'Appello di Tunisi che non hanno privato il nascituro della filiazione può spiegare questa soluzione.

¹¹ Civ.5931 del 21 agosto 1968, p.86, *R.J.L.*, 969, n.8, R.T.D. 1969-70, 197, nota E.L..

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

Questa posizione della giurisprudenza ha fatto beneficiare il minore naturale dello statuto di figlio legittimo quindi il “*Naçab*” è stabilito.

Ma la giurisprudenza non ha provato la stessa mansuetudine a tutela del minore naturale.

Il legislatore ha affermato per ciò che concerne il *Naçab* che l'origine illecita della filiazione è apparente.

Per risolvere questa situazione egli, attraverso la legge 28 ottobre 1998, ha permesso al bambino di stabilire la filiazione naturale¹².

Stabilire il legame di filiazione naturale

Il legislatore ha deciso il 28 ottobre 1998 di promulgare una legge che permetta di stabilire la filiazione naturale.

L'espressione “filiazione naturale” non figura all'interno del testo.

Il termine impiegato “*Naçab*” è contenuto all'interno degli articoli 68 e seguenti del Codice dello Statuto Personale senza che la legge del 28 ottobre 1998 non abbia fatto alcun riferimento.

Il contesto generale di questa legge è l'attribuzione di un nome patronimico ai minori di filiazione sconosciuta, senza lasciare dubbi sulla natura della filiazione.

Il legislatore dunque, non ha impiegato l'espressione più esplicita riguardante la filiazione naturale o filiazione al di fuori del matrimonio, ciò comporta dunque, un'analisi più profonda della legge 28 ottobre 1998.

7. Analisi della legge del 28 ottobre 1998

La legge relativa a stabilire la filiazione (naturale) ha attribuito al minore la filiazione e la prova di attestare il diritto di filiazione.

¹² *S.Ben Halima* “L'établissement de la filiation d'après la loi du 28 octobre 1998” *Mélanges Habib El Ayadi, C.P.U., 1999.*

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

I modi di prova della filiazione naturale

Nel 1998 i due modi di prova del “*Naçab*” riguardanti la prova legittima sono:

- la confessione paterna
- i testimoni

Il primo principio, permette di stabilire la filiazione naturale, non quella legittima, attraverso l'articolo 68 del C.S.P..

La confessione paterna può prevedere l'origine illecita delle relazioni tra i genitori del bambino, per converso tale legame non potrà essere stabilito, qualora fosse contrario all'ordine pubblico e alla morale¹³.

Il secondo invece, si riferisce alle testimonianze che costituiscono un motivo di prova del “*Naçab*”, per provare l'esistenza dei rapporti leciti tra i genitori del bambino, matrimonio valido o nullo.

Secondo una giurisprudenza dominante e restrittiva, l'errore sul rapporto di prova è considerato insufficiente per stabilire la filiazione.

I testimoni dunque, possono essere ammessi a provare la filiazione naturale.

Al riguardo, per stabilire le relazioni tra la madre e il presunto padre è sufficiente tener conto del periodo legale di concezione, ciò non sarà necessario qualora si tratti di relazioni lecite.

Alla confessione paterna, ai testimoni, il legislatore ha aggiunto nel 1998 un modo di prova entrato all'interno del dominio del diritto, rappresentato dall'analisi genetica¹⁴.

Tuttavia, per ciò che concerne tale metodo probatorio alcune difficoltà possono nascere dal rifiuto del presunto padre di sottoporsi all'esame genetico.

¹³ Il legislatore è intervenuto contro una giurisprudenza eccessivamente moralizzatrice.

¹⁴ *La valutazione biologica è diritto in materia di filiazione, eccetto esista un motivo legittimo di non procedere. Il solo rifiuto di sottoporsi a un esame del sangue non stabilisce l'esistenza di relazioni intime durante il periodo legale di concepimento.* (Cass.Civ.Sez. I, 17 settembre 2003).

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

Il legislatore, al riguardo, non ha ancora risolto tale questione, poiché al momento la legge resta lettera morta e il minore privo di filiazione.

Ammettiamo però che questa filiazione naturale possa essere prova, ora il problema che si pone è di conoscere quali sono i diritti del bambino.

b) *Diritti del minore*

Prima della promulgazione della legge del 28 ottobre 1998 se il *Naçab* era stabilito il minore era considerato come figlio legittimo e godeva di tutti i diritti e della tutela di suo padre, mentre se tale vincolo non era attribuito, al bambino non spettava nessun diritto e nessuna tutela paterna.

Quest'ultima legge ha introdotto anche un termine diverso nell'ipotesi in cui la filiazione (naturale) prevede per il minore il diritto:

- al nome patronimico di suo padre;
- agli alimenti;
- ai diritti susseguenti la cura e la tutela.

I diritti riconosciuti al minore non possono essere trascurati, poiché il disconoscimento della paternità può causare danni psicologici al bambino.

La preoccupazione di dare un nome patronimico al bambino è il motivo principale che ha indotto il legislatore a promulgare la legge del 28 ottobre 1998.

Pertanto, non si può essere più indifferenti al diritto del minore di ottenere gli alimenti.

Di conseguenza, l'ulteriore problematica da affrontare riguarda l'eredità del minore.

Al riguardo, la dottrina ha sottolineato che il bambino non è espressamente escluso dalla successione del suo padre naturale, tanto è vero che il legislatore non lo ha previsto.

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

Questo ragionamento però non sembra convincere, *Sassi Ben Halima*¹⁵, secondo il quale il legislatore ha escluso il figlio naturale dalla successione.

Infatti, all'interno dell'art.152 C.S.P., il minore naturale non viene menzionato come erede¹⁶.

In definitiva dunque, mentre da un lato il legislatore ha ampliato i diritti del figlio naturale, dall'altro però egli non ha esteso la portata di quest'ultimi alla materia successoria.

L'apprezzamento della legge.

Dopo aver esaminato la legge dal punto di vista formale è opportuno verificare chi sono i beneficiari di questa legge.

Secondo la dottrina possono beneficiare della legge i minori interessati, indipendentemente dalla data nascita che sia avvenuta prima o dopo l'applicazione della legge del 28 ottobre 1998.

A maggior ragione anche la giurisprudenza ha evidenziato che le azioni relative alla filiazione non si possono prescrivere.

Di conseguenza, possiamo senz'altro affermare che l'applicazione della legge sopracitata si estende a tutti i minori.

Ciò posto, l'ulteriore problematica da affrontare si riferisce ai modi di prova e ai diritti riconosciuti al minore naturale.

¹⁵ Professore della Facoltà di Diritto e Scienze Politiche di Tunisi , esperto in materia di filiazione. Cfr “*De la modernité par le droit: Études offertes à M.Charfi*”, La filiation naturelle en droit tunisien” *Sassi Ben Halima* in “ Actualites Juridiques Tunisiennes” Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis” 2003.

¹⁶ Art .152 “*il minore adultero non erediterà che da sua madre e dalla famiglia di lei. La madre ed i suoi famigliari saranno i solo eredi vocati nella successione del suddetto minore*”. Code du Statut Personnel Editions-cle. Tunis 2007.

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

a) Quanto ai modi di prova

I tre modi di prova per stabilire la filiazione naturale sembrano costituire il doppio dei metodi di prova utilizzati nella filiazione legittima.

Ciò si evince nelle formule vaghe e generali impiegate dal legislatore francese e contenute all'interno del 340 del codice civile, il quale prevede che: *“La paternità al di fuori del matrimonio può essere giudizialmente dichiarata. La prova non può essere rapportata se non esistono delle presunzioni o degli indici gravi”*¹⁷.

A tal proposito è opportuno evidenziare che le testimonianze non sono ammissibili, se le presunzioni di prova o gli indici risultanti dai fatti sono assai gravi.

Tanto premesso, occorre spiegare cosa si intende con il termine presunzione o indice grave.

Al riguardo, possiamo pensare ad esempio al concubinato, per il quale è notorio che il periodo legale di concezione o frequentazione della donna, che successivamente diviene incinta può costituire una grave presunzione prevista dal testo.

Pertanto, possiamo affermare sul piano legislativo che un rifiuto dell'imputato di sottoporsi all'esame genetico potrebbe equivalere ad esempio alla confessione di paternità, anche se teoricamente potrebbe eccipirsi il diritto all'integrità fisica dell'individuo.

Il legislatore dunque, non ha voluto ledere l'incolumità personale dell'individuo, ma ha solo introdotto una sanzione indiretta rappresentata dallo stabilire il legame di filiazione.

A maggior ragione, per evitare la prescrizione dell'azione di filiazione è necessario prevedere delle dilazioni della stessa, onde evitare che tale azione possa costituire

¹⁷ Il legislatore del Quebec dispone nell'art.533 del codice civile *“la prova della filiazione deve essere effettuata con ogni mezzo”*.

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

una eterna minaccia per il padre ed eventualmente la famiglia legittima, che avrà fondato uguaglianza altrove.

Il legislatore deve prevedere anche dei motivi di difesa che la parte potrà utilizzare per combattere l'azione di riconoscimento della filiazione.

Inoltre, egli dovrà modificare la legge per ciò che concerne il figlio naturale e quello legittimo.

a) I diritti del minore naturale.

Perché il legislatore ha riconosciuto al minore naturale certi diritti e lo ha privato del diritto all'eredità?

La giustificazione a questa problematica risiede *a priori* nella disparità di trattamento riservato ai minori legittimi ed a quelli naturali.

Infatti, nonostante l'evoluzione legislativa ed il progresso del Paese i figli naturali non hanno acquisito gli stessi diritti di quelli legittimi.

Di conseguenza, sarà necessario dare alla società tunisina il tempo per comprendere ed applicare la legge del 28 ottobre 1998 al passo con il succedersi dei secoli, ed accordare al figlio naturale lo statuto giuridico che merita.

8. Conclusioni

La stampa genetica dunque, conferisce la possibilità di dare alla verità biologica una dimensione nuova.

Utilizzata nei limiti del controllo giudiziario, essa costituisce una garanzia ai diritti del minore abbandonato o alla filiazione sconosciuta.

Apprezzare il giusto valore con coscienza reale e con i possibili limiti, sarà senza dubbio un motivo di prova scientifica e di paternità stabilita per semplice presunzione.

L'equilibrio della famiglia nel Codice dello Statuto Personale e la filiazione naturale nel diritto Tunisino.

Questa specificità, giustifica quindi, la creazione di fondamenti legali che conferiscano ai magistrati certe attitudini, per evitare di porre certi diritti in pericolo, preservare la vita dell'individuo, della famiglia e il rispetto dei morti.

Al riguardo, il testo legislativo sottolinea la necessità di un consenso espresso, di qualunque interesse al fine di sottoporsi ad una analisi genetica, indipendentemente dal supporto utilizzato, fine che guiderà i tribunali.

Le modalità di realizzazione dell'analisi su un cadavere o compiute dopo la sepoltura saranno egualmente interessate ad evitare di violare il rispetto dei deceduti.

Tuttavia, affidabilità della tecnica di stampa genetica non è assoluta, è necessario pertanto instaurare un sistema di controllo regolamentare della qualità dei test del DNA effettuati nei laboratori.

Tale sistema deve determinare le condizioni di aggregazione dei laboratori con la standardizzazione dei metodi di prelievo e di analisi, garantendo un livello minimo di affidabilità all'interno del quadro rigoroso delle banche genetiche.

Inoltre, è necessario rimettere in causa l'assenza di un'identificazione genetica effettuata a titolo privato (attualmente in Tunisia le analisi vengono effettuate solo all'interno dei laboratori pubblici, ma nell'avvenire può essere decentralizzata a profitto dei laboratori privati).

Il legislatore tunisino secondo il grado protettivo di protezione instaura delle regole che limitino l'utilizzazione della prova genetica alle procedure giudiziarie, o al contrario ne permettano l'uso al di fuori dell'identificazione genetica.

Le misure adottate però, devono sempre tenere conto dei diritti fondamentali delle persone in causa¹⁸.

¹⁸ *Revue Tunisienne de Droit 2004*, Centres de Publication Universitaire, "Monia Ben Tardaiet Ghamersa "La preuve génétique de la paternité".

CAPITOLO IV

IL MINORE NELLO STATUTO PERSONALE E NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

1.La consacrazione del principio dell'interesse del minore nel Codice dello Statuto Personale

L'im maturità intellettuale del minore ha sollecitato il giudice alla promulgazione del codice legislativo, a consacrare un principio giuridico fondamentale relativo al rispetto dell'interesse del minore¹.

Nel codice dello statuto personale il minore occupa un posto importante, in una dimensione umanitaria basata sulla dignità e l'uguaglianza.

Il principio del rispetto dell'interesse del minore passa attraverso disposizioni esplicite e implicite.

Sezione I: il dominio esplicito della consacrazione:

E' necessario segnalare che il termine "minore" impiegato nel Codice dello statuto personale si distingue dal termine "bambino" menzionato nel Codice di Protezione del bambino.

In effetti, il primo termine indicato dall'art.153 del Codice dello Statuto Personale è previsto per tutte le persone di sesso maschile o femminile che non hanno raggiunto la maggiore età di 20 anni.

Il secondo termine invece, contenuto nell'art.3 del Codice di Protezione del bambino riguarda tutte le persone che hanno meno di diciotto anni o coloro che non hanno ancora raggiunto la maggiore età stabilita dalle disposizioni speciali.

¹ *Revue de la Jurisprudence et de la Legislation* n.4, Avril 2007, M.me Samia Doula : "La consècration du principe de l'intérêt du mineur dans le code du statut personnel.

E' chiaro quindi, che il Codice dello Statuto Personale assicura una protezione alle persone che hanno più di 18 anni, finché quest'ultime non raggiungano la maggiore età civile summenzionata.

Da un esame degli articoli del Codice si evidenzia esplicitamente l'obbligazione di salvaguardare l'interesse del minore, nella questione concernente il matrimonio, la cura, la tutela, la visita e tutte le misure urgenti che il giudice della famiglia ha previsto durante il periodo di conciliazione degli affari riguardanti il divorzio.

1.2 Il matrimonio del minore

Il Codice dello Statuto Personale ha regolamentato le condizioni legali di validità del contratto di matrimonio, e quella relativa all'età matrimoniale enunciata dall'art.5 del C.S.P che dispone: *“l'età matrimoniale per l'uomo e per la donna è stata fissata ad anni 18. Al di sotto di questa età il matrimonio non può essere contratto se non con una autorizzazione speciale del giudice che lo accorderà per motivi gravi e nell'interesse ben compreso, dei due futuri sposi”*.

L'importanza di questa disposizione legislativa si manifesta attraverso l'innalzamento del livello di istruzione dei figli, per quanto riguarda l'insegnamento primario, secondario e universitario, al punto di divenire nei paesi arabi e occidentali, materia di istruzione dei giovani².

Il giudice deve assicurare l'esistenza di un interesse inerente al matrimonio del minore prima di accordare l'autorizzazione.

Il minore ad esempio trarrà profitto direttamente dal padre nella misura degli alimenti, il marito diventerà dunque, l'ultimo debitore di questi alimenti dopo la consumazione del matrimonio.

² La percentuale degli studenti in Tunisia è del 58%.

Tuttavia, questo genere di interesse non deve essere preso in considerazione dal giudice al momento dell'accordo, relativo all'autorizzazione del matrimonio del minore.

Egli deve rifiutare tale autorizzazione se ciò è necessario per preservare l'interesse del minore.

Un altro obiettivo che compete al giudice si riferisce alla lite tra il minore, il suo tutore o la madre che si oppone al matrimonio del figlio.

A tal proposito, l'articolo 6 del C.S.P. dispone che: “ *il matrimonio del minore è subordinato al consenso del suo tutore, di sua madre, in caso di rifiuto del tutore o della madre, deciderà il giudice.*”

Il legislatore quindi, presa coscienza ha affidato al giudice la missione di proteggere il minore dai problemi che possono essere contrari ai suoi interessi.

1.3 La cura del minore

L'articolo 54 del C.S.P. dispone che “*la cura consiste nell'allevare il bambino assicurando allo stesso la protezione*”.

Durante il matrimonio, la cura appartiene al padre, alla madre, ma in caso di divorzio essa può essere affidata ad uno dei due, o una terza persona conformemente all'articolo 67 3° comma che dispone: “*il giudice decide in considerazione dell'interesse del bambino*”.

Il giudice ricerca la persona più adatta per la cura del bambino³, richiamando i servizi di assistenza sociale, effettuando investigazioni sociali e psicologiche per vedere come vive il minore e i candidati alla cura.

A tal fine sarà opportuno selezionare le persone più degne della salvaguardia dell'interesse del minore durante l'affidamento.

³ Articolo 156 del C.S.P.

Il minore nello Statuto Personale e nel Diritto Internazionale Privato

Dopo aver eseguito le investigazioni sociali, il giudice procede all'audizione del minore che ha compiuto i 13 anni per ascoltare le sue opinioni riguardanti la cura.

Il codice della protezione del bambino nell'articolo 10, garantisce al minore il diritto di esprimere liberamente le sue opinioni, che devono essere prese costantemente in considerazione, conformemente alla sua età e al suo grado di maturità.

Questa disposizione ha contribuito:

- in primo luogo, ad accordare al minore l'occasione di abituarsi a esprimere le sue opinioni per convincere;
- in secondo luogo, ha garantito l'esecuzione del giudizio concernente la cura del bambino che si rifiuta di essere accompagnato da chi ha l'affidamento legale, ed insiste a restare con chi ha di fatto la cura.

Il giudice dunque, dovrà tenere conto dei bisogni morali, affettivi e psichici del bambino che devono essere presi in considerazione così come previsto dall'art.4 del codice della protezione del bambino.

1.4 Il diritto di visita dei nonni

Il programma elettorale del Presidente Ben Ali per l'anno 2004-2009 consacra il diritto di visita dei nonni ai loro piccoli bambini, questa misura iscrive nelle generazioni il senso della famiglia.

In questa prospettiva si è inserita la legge n.10 del 6 marzo 2006 che aggiunto l'articolo 66 bis, il quale ha preservato l'interesse del minore ed ha esteso il diritto di visita ai nonni⁴.

Il legislatore in questa legge ha optato per le procedure di riferimento che sono applicabili al giudice di famiglia, in relazione alla domanda presentata dai nonni per ottenimento del diritto di visita.

⁴ Per un maggiore approfondimento si veda il Capitolo sul Codice dello Statuto Personale.

La scelta di questa procedura si esplica attraverso la semplicità del giudice di famiglia da una parte e la celerità dall'altra, ciò assicurerà ulteriormente una buona esecuzione delle decisioni rese in materia.

1.5 La tutela del minore

La tutela è un regime di protezione delle persone da una parte e dei beni dall'altro, così come previsto dagli articoli 154 e 155 del C.S.P. secondo il seguente ordine:

- il padre;
- la madre in caso di decesso o l'incapacità del padre;
- il tutore testamentario in caso di decesso o incapacità della madre;
- il tutore nominato dal giudice in caso di decesso dei familiari o della loro incapacità o di contumacia del tutore testamentario;
- la tutela garantisce la protezione delle persona del minore e dei suoi beni, a questo fine il legislatore tunisino ha introdotto dalla legge n.74 del 12 luglio 1993 più modifiche concernenti le prerogative di tutela, per garantire una migliore protezione dell'interesse del bambino.

Questa tutela può realizzarsi attraverso la partecipazione della madre nell'attribuzione della tutela durante il matrimonio e dopo il divorzio.

A – la partecipazione durante il matrimonio

L'articolo 6 del C.S.P. prima della modifica del 1993, non accordava nessun interesse giuridico all'opinione della madre che si riferisce al matrimonio dei minori, subordinato al consenso del loro tutore.

Il nuovo articolo 6 subordina il matrimonio del minore al consenso della madre che partecipa egualmente come il padre alle decisioni relative all'accordo o al rifiuto del matrimonio del minore.

Questa disposizione consacra anche il principio di cooperazione tra gli sposi per condurre gli affari di famiglia enunciato al 3° comma dell'articolo 23 dello stesso codice.

Tali emendamenti risultano da una volontà evidente del legislatore per rinforzare il ruolo della donna in seno alla famiglia, instaurando il principio di collaborazione tra gli sposi per una buona educazione dei minori.

Il fatto di affidare alla madre l'esercizio delle attribuzioni e della tutela durante il matrimonio ha posto fine alle numerosi difficoltà⁵.

Alcune problematiche si presentano per il marito che risiede all'estero, per lo straniero o nel governo nel quale la madre e il minore sono residenti.

Inoltre, nell'ipotesi in cui la madre non arriva ad ottenere questa autorizzazione parentale⁶, il diritto alla prestazione del profitto del figlio minore può essere precluso secondo le delazioni scritte dall'amministrazione che concede questo beneficio.

b- L'esercizio della tutela in caso di divorzio

l'articolo 67 del C.S.P. consente alla donna di esercitare le attribuzioni della tutela dopo la dissoluzione del matrimonio per il divorzio nei seguenti casi:

L'esercizio della tutela a ragione dell'affidamento:

Per quanto riguarda la cura del bambino, alla madre è affidata la prerogativa della tutela concernenti i viaggi del minore, gli studi, la gestione e le competenze finanziarie.

Ella può compiere dunque gli atti relativi alla protezione del bambino senza avere l'autorizzazione del padre.

⁵ Tuttavia, è richiesta l'autorizzazione paterna per compiere certi atti relativi alla gestione degli affari del minore.

⁶ Normalmente, l'autorizzazione parentale è redatta su carta semplice a condizione che il pubblico ufficiale legalizzi la firma del tutore.

L'esercizio della tutela a ragione di una autorizzazione giudiziaria:

Il giudice secondo l'articolo 67 del C.S.P. può dare le attribuzioni a tutela della madre che si occupa della cura del minore, se il tutore:

- si trova impedito nell'assicurarne l'esercizio;
- fare prova di un comportamento abusivo nella sua missione;
- negligenza nell'adempiere l'obbligazione;
- assenza dal suo domicilio e diviene senza domicilio conosciuto;
- causa un pregiudizio all'interesse del bambino.

La tutela non è più un diritto assoluto e riservato al tutore, poiché essa costituisce principalmente un diritto consacrato per proteggere il minore,

Infatti, nel momento in cui il tutore abusi di questo diritto, il giudice interverrà per porre fine a questa tutela, trasferirla alla madre, al fine di preservare l'interesse del minore.

1.6 Le misure urgenti prese con l'udienza di conciliazione

Il Codice dello Statuto Personale ha affidato dal 1993 al giudice di famiglia il tentativo di conciliazione tra i due sposi.

Questa nuova istituzione, inserita in un quadro di specializzazione dei giudici in materia di statuto personale ha contribuito a risolvere nel migliore dei modi i problemi familiari.

L'articolo 32 del C.S.P. prevede che nel caso di esistenza di più minori si terranno tre udienze di conciliazione con un intervallo minimo di un mese.

Il giudice avrà quindi, il compito di realizzare la conciliazione tra gli sposi, per evitare ulteriormente ai bambini i problemi derivanti dal divorzio dei familiari.

Inoltre, egli deve ordinare d'ufficio tutte le misure urgenti concernenti la residenza degli sposi, la pensione alimentare, la cura del bambino e il diritto di visita del minore senza pensione alimentare, fino all'istanza di divorzio.

Entrambi gli sposi possono accordarsi per rinunciare in tutto o in parte espressamente a queste misure, per converso nell'ipotesi in cui questa rinuncia leda l'interesse dei minori, il giudice ordinerà tutte le misure urgenti per salvaguardare l'interesse del bambino.

Tali misure sono oggetto di un'ordinanza esecutiva non suscettibile né di appello, né di ricorso in Cassazione, ma potrà essere oggetto solo di revisione da parte del giudice di famiglia che non ha deciso sul fondo.

Sezione II: il Dominio implicito della consacrazione:

il legislatore non ha impiegato testualmente i termini di protezione nell'interesse del bambino, salvaguardando indirettamente l'interesse della donna di contribuire al mantenimento della famiglia, la garanzia della pensione alimentare, il legato obbligatorio o la revoca della donazione.

1.7 Il dovere di contribuire al mantenimento della famiglia

Secondo l'articolo 23 del C.S.P. la donna che possiede dei beni non è obbligata a contribuire al fabbisogno familiare.

Al riguardo, la sentenza della Corte di Cassazione del 23 maggio 1989 n.22695 ha rilevato che: “la madre deve partecipare alla pensione alimentare perchè il lavoro e la riscossione del salario costituisce una violazione degli articoli 46 e 47 del C.S.P. che impone l'obbligo alimentare solo al padre; la madre non è tenuta in caso di indigenza del padre⁷ .

⁷ Cfr *M.Sassi Ben Halima, Revue de la jurisprudence et de la législation, Juin 1993, pag.59 et ss.*

Tuttavia, la nuova formula dell'articolo 23 del C.S.P. obbliga madre a contribuire al mantenimento della famiglia se possiede dei beni.

La madre può astenersi giudizialmente dal pagare una parte dei contributi, per tutelare l'interesse dei figli.

L'apporto del C.S.P. relativo alla lista delle persone debtrici degli alimenti da versare ai minori, costituisce una garanzia supplementare per la tutela del loro interesse.

L'obbligo alimentare incombe al padre, alla madre in caso di indigenza di quest'ultimo, al nonno nell'ipotesi di indigenza della madre.

Successivamente, dopo la revisione del 1993, la madre deve contribuire alla pensione alimentare dei minori se possiede dei beni, senza aver bisogno di provare l'indigenza del padre.

1.8 La garanzia del pagamento della pensione alimentare

La donna e il bambino godono di un'attenzione considerevole nelle misure che sono parti delle categorie più deboli esposte ai problemi finanziari e sociali nell'ipotesi di divorzio.

In effetti, la maggior parte delle madri divorziate soffrono di problemi finanziari e psichici, risultanti dal fatto del temporeggiamento dei debitori, della pensione alimentare o della rendita di divorzio.

La donna divorziata e i suoi figli devono vivere nelle migliori condizioni di vita all'interno della società.

Al riguardo, Il Presidente della Repubblica ha istituito la creazione di un fondo che garantisce il pagamento della pensione alimentare⁸ e della rendita di divorzio per la donna divorziata e i suoi figli.

Le condizioni sono le seguenti:

A- giudizio definitivo reso in materia di pensione alimentare:

il giudizio riguardante la pensione alimentare dei minori diventa definitivo nell'ipotesi in cui non è suscettibile di alcuna voce di ricorso sospensivo d'esecuzione o appello, relativo alla delazione legale.

Il legislatore con la legge n.65 del luglio 1993, ha istituito il fondo di garanzia della pensione alimentare e della rendita di divorzio a favore dei bambini di sesso maschile o di entrambi i sessi, senza discriminazione, a condizione che sussista un giudizio definitivo pronunciato a loro favore⁹.

In ultimo, un importante riforma si è avuta nel 2008, mediante la modifica dell'art.56 e l'introduzione dell'art.56 bis C.S.P¹⁰.

Entrambe le disposizioni, prevedono una doppia protezione civile e penale, in relazione al diritto di alloggio della madre o della persona alla quale è affidata la custodia dei bambini; salvaguardando maggiormente gli interessi del minore.

B- La non sottomissione al giudizio definitivo

La salvaguardia dell'interesse dei bambini e il carattere necessario della pensione alimentare ha consentito il legislatore da una parte a facilitare la prova di non sottomissione al giudizio, dall'altro infliggere una sanzione penale in caso di temporeggiamento del debitore.

⁸ “Dichiarato nel suo discorso, in occasione della festa nazionale della donna il 2 agosto 1992”.

⁹ Legge n.93-65 del 5 luglio 1993, pubblicato sul J.O.R.T. n.62 del 20 agosto 1993, p.1302.

¹⁰ Legge n.20/2008 del 4 marzo 2008.

Il minore nello Statuto Personale e nel Diritto Internazionale Privato

1- *Flessibilità in materia di prova:*

la legge relativa alla creazione di un fondo considerato provato il carattere recalcitrante del debitore è oggetto di una azione di giustizia per l'abbandono della famiglia, conformemente alle disposizioni del art.53 bis del C.S.P.

2- *La sanzione penale*

Secondo l'articolo summenzionato chiunque, condannato a pagare la pensione alimentare o a versare la rendita di divorzio, rimarrà un mese senza adempiere a ciò che è stato pronunciato contro di lui, è punito con la reclusione da tre mesi ad un anno e con la multa da cento a mille dinari.

Il pagamento arresta l'azione giudiziaria, il processo o l'esecuzione della pena”.

C- La presentazione di richiesta del fondo

Le domande per ottenere il fondo di garanzia, la pensione alimentare o la rendita di divorzio devono contenere:

- Il processo verbale relativo al giudizio del debitore;
- Il processo verbale del tentativo di esecuzione del giudizio;
- Una attestazione di presentazione di un piano per l'abbandono della famiglia, per menzionare i servizi del Ministero della Giustizia e dei Diritti dell'uomo posti a disposizioni dei giustiziabili in materia;
- Un estratto dello stato civile del beneficiario del giudizio della pensione alimentare o la rendita di divorzio;
- Una copia del giudizio attribuyente la cura dei minori o alle altre persone oltre ai genitori;

Il minore nello Statuto Personale e nel Diritto Internazionale Privato

- Infine, se questa domanda è conforme alle condizioni già enunciate, il fondo è tenuto a versare il montante della pensione alimentare o della rendita ai beneficiari nei quindici giorni a partire dalla data di presentazione della domanda.

1.9 Il legato obbligatorio

I figli minori orfani, i giovani, rischiavano di essere esclusi dall'eredità nel caso di decesso del nonno, poiché in tal caso gli zii ereditavano totalmente l'eredità del loro nonno.

Pertanto, al fine di evitare questa situazione drammatica dei minori orfani la legge n.77 del 19 giugno 1959 ha aggiunto al Codice dello Statuto Personale relativo al legato obbligatorio il capitolo V.

L'articolo 191 dispone che i minori, i giovani o i figli delle persone decedute prima del tempo usufruiscono di un legato obbligatorio equivalente a una parte successoriale che sarà raccolta dal padre e dalla madre se essi sono vivi, senza che questa oltrepassi un terzo dell'atto successorio.

La preoccupazione del legislatore di proteggere l'interesse dei minori orfani è evidente attraverso l'eliminazione di tutte le forme di discriminazioni tra i due sessi, nella concessione o beneficio del legato, a consacrazione dei principi di:

- Uguaglianza tra il nonno e la nonna nel legato obbligatorio;
- Uguaglianza tra i figli minori e discendenti di figli beneficiari del lascito obbligatorio;
- L'uguaglianza tra i due sessi, figli e figlie minori che beneficiano del legato obbligatorio;

A tal proposito, occorre osservare che la specificità del Codice dello Statuto Personale deriva dal fatto che le disposizioni si ispirano alle differenti scuole confessionali.

In particolare, l'istituzione del legato obbligatorio adottato dalla scuola "Thariste", la quale stabilisce che la successione non è limitata ai solo eredi e legatari, ma vi è un'altra categoria rappresentata dai legati volontari.

1.10 La revoca della donazione

Il Codice dello Statuto Personale all'articolo 200 del C.S.P. ha definito la donazione come un contratto mediante il quale una persona trasferisce ad un'altra, a titolo gratuito la proprietà di un bene.

Questa donazione sarà valevole attraverso un atto autentico e che viene aperto al decesso del donatore.

Il risultato della donazione ha degli effetti considerevoli sul patrimonio del donatore, il quale cede gratuitamente una parte dei beni ad una terza persona.

Infatti, egli può esporsi nell'avvenire al rischio, rappresentato dalla mancata somministrazione degli alimenti.

A tal fine, per proteggere il bambino i paragrafi 2 e 3 dell'articolo 210 del C.S.P. prevedono per il donatore la possibilità di domandare la revoca della donazione quando:

- Egli si trova nell'impossibilità di far fronte alle obbligazioni alimentari legalmente previste;
- In caso di sopravvenienza del donatore, dopo la donazione del minore vivo al momento della revoca.

In relazione, a quanto sopraesposto occorre osservare che il codice dello statuto personale non ha fissato per il donatore un termine per esperire la revoca della

Il minore nello Statuto Personale e nel Diritto Internazionale Privato

donazione, per causa di impossibilità di far fronte alle obbligazioni alimentari o nell'ipotesi di sopravvenienza del donatore del minore.

L'articolo 211 del C.S.P. si è solo limitato a fissare una delazione della prescrizione dell'azione di revoca della donazione per ingratitudine ovvero, *“un anno a partire dal giorno del luogo di ingratitudine o da quando è conosciuta dal donatore”*.

Al fine di colmare questa lacuna legislativa, occorre prendere in esame il principio di interesse dei minori che prescrive:

In primo luogo, un termine nel quale i familiari possono domandare la revoca della donazione per i motivi previsti dai paragrafi 2 e 3 dell'art.210 del C.S.P.

In secondo luogo, consentire ai minori in caso di decesso del donatore, il diritto di esercitare l'azione di revoca senza tener conto che il donatore non ha esercitato questa azione in vita, soprattutto se i figli sono minori.

In conclusione, le disposizioni legislative consacranti il principio dell'interesse del minore enunciato nel Codice dello Statuto Personale pongono in evidenza la portata della protezione giuridica a favore del bambino, che costituisce la garanzia più importante per stabilità del Paese¹¹.

¹¹ Estratto del discorso del Presidente della Repubblica in occasione della legge che ha promulgato il codice della protezione del bambino del 9 novembre 1995.

2. L'applicazione del diritto internazionale

L'applicazione del diritto internazionale in Tunisia, ha avuto una maggiore difficoltà per ciò che concerne i diritti dell'uomo, al contrario minori sono stati i problemi nel campo commerciale. Un primo accordo tra L'unione Europea e la Tunisia, firmato il 17 luglio 1995, ed entrato in vigore il 1 marzo 1998, riguarda la nascita di una zona di libero scambio, che ha determinato una prima integrazione tra norme comunitarie e diritto tunisino.

Successivamente a tale accordo, la Tunisia ha ratificato nel 1966, la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, nonché la Convenzione sui diritti politici delle donne nel 1967 e nel 1968 la Convenzione sul matrimonio che oltre a garantire la libertà di matrimonio, statuisce l'età minima per contrarlo.

Inoltre, con legge nr. 68-30 del 28 novembre 1968, il Paese ratificava il Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali.

Nell'anno 1970 la Tunisia procedeva a ratificare sia la Convenzione sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e di quelli contro l'umanità, che quella contro l'eliminazione e la repressione del crimine dell'apartheid.

Anche nell'anno 1980, sono state oggetto di ratifica sia la convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazioni nei confronti delle donne, che quella contro la tortura e i trattamenti crudeli e inumani.

Infine nel 1991, la Tunisia ha ratificato un'importante convenzione riguardante i diritti dell'infanzia.

La costituzione tunisina stabilisce allo scopo, i meccanismi per la ricezione dei trattati internazionali.

In particolare l'articolo 48 della Costituzione statuisce che: "il Presidente della Repubblica conclude i trattati,

Tuttavia, la realtà dimostra, come alcune convenzioni ratificate non siano immediatamente applicabili.

2.1 Introduzione al diritto del minore nel Diritto Internazionale Privato

I grandi testi fondatori dei diritti dell'uomo non hanno fatto dell'infanzia un caso di particolare umanità.

Infatti, sia la Dichiarazione Francese del 1789 che la Dichiarazione Universale del 1948, si rivolge a tutti i membri della famiglia, non al minore.

La stessa terminologia è utilizzata all'interno della Convenzione Europea della salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 e nei protocolli addizionali.

Infine, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000 costituita da cinquantaquattro articoli, dedica un solo articolo ai diritti del minore.

Tuttavia, due specifici trattati internazionali donano ampio spazio ai diritti del minore.

In particolare, la Convenzione relativa ai diritti del minore firmata a New York il 28 giugno 1990¹, si ispira alla Dichiarazione dei diritti del minore adottata nel 1950 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

Il preambolo della Convenzione di New York enuncia chiaramente il suo obiettivo:

"In ragione della sua mancata maturità fisica e intellettuale, il minore ha

¹ J.O. 1990, pag.12.363.

bisogno di una protezione speciale e giuridica appropriata, sia prima che dopo la nascita".²

L'articolo 1 al riguardo, evidenzia che: *"sono minori tutti gli essere umani che hanno meno di diciotto anni, salvo sia stabilito diversamente dalle disposizioni speciali e dalle leggi applicabili"*.

Il trattato dunque, per quanto concerne i minori lascia alle legislazioni nazionali la facoltà di abbassare la maggiore età al di sotto dei diciotto anni.

Questa definizione, ispira qualche osservazione sulla natura giuridica dell'embrione, sia nel trattato internazionale che nella legge nazionale francese.

Nel primo si protegge l'essere umano sia prima che dopo la nascita, la seconda invece *"garantisce il rispetto dell'essere umano che inizia la sua vita"*.

Le differenze tra la Convenzione e il diritto francese sono ancora più profonde.

Nel primo, la qualità del minore si riferisce ad un piano unico corrente nella concezione della maggioranza.

Nel secondo, al contrario, si riconosce al minore l'età della ragione, la maggioranza penale, più precoce di quella civile, l'accelerazione dell'emancipazione, la differente età per il nubilato secondo il sesso...

Più minuziosi sono gli aspetti relativi al diritto civile e all'infanzia.

Al riguardo, l'articolo 371 del Codice Civile, statuisce che il minore deve onorare e rispettare la famiglia.

Infatti, egli nell'ipotesi di necessità deve dare loro gli alimenti (art.205), tale obbligo è previsto nel medesimo caso a favore dei minori (art.207).

² "Actualites Juridiques Tunisiennes "Pierre Catala "Le droit de l'enfant", n.16, Tunis 2003.

Occorre osservare che il trattato internazionale enumera i diritti soggettivi multipli del minore, ma non elabora un diritto oggettivo dello stesso, poiché elaborazione di questo diritto è lasciata al potere legislativo degli Stati.

Sul punto anche la Cassazione Francese ha rilevato che gli Stati firmatari aderenti alla Convenzione di New York, possono invocare a titolo individuale la legislazione del proprio Stato³.

Tutti i grandi testi del XX° secolo proclamano in testa il diritto dell'uomo alla vita⁴.

Al riguardo, la Convenzione di New York ha stabilito che ogni minore ha diritto alla vita (art.5), tuttavia la dottrina ha criticato tale espressione.

In particolare, quest'ultima basandosi la sua analisi su un concetto scientifico riferito all'ordine di essere e non dell'avere, ha affermato che più di diritto alla vita, deve parlarsi di diritto di vivere.

Di conseguenza, il minore sarà rispettato come essere umano all'inizio della sua vita, ovvero prima della sua nascita.

Ciò posto la problematica che si pone è di stabilire se il diritto di vivere è un diritto anche a nascere

2.2. Nascere o non nascere.

L'embrione prima, il feto dopo, costituiscono un diritto a nascere?

In un certo numero di Paesi la donna ha ottenuto il potere di decidere.

In Francia, la dodicesima settimana di gravidanza della donna incinta non può provocare l'interruzione in un ambiente medico.

³ *Cass 1° Civ., 10 mars 1993 D.1993.361, obs.Massip; 15 juillet 1993: JCP 1994, II, 22259, nota Benhamou; D.1994.191, obs.Massip.*

⁴ *Déclaration de 1948, art.3; CEDH, art.2; Charte, art.2.*

Questo periodo temporale di tre mesi corrisponde al termine generale ammesso alla fase embrionale; la gestazione che seguirà sarà quella del feto.

Forse è opportuno concludere che il diritto a nascere dell'embrione non è un diritto assoluto opponibile *erga omnes*, tanto più che a decidere l'interruzione volontaria della gravidanza (I.T.G) è la madre.

In qualche modo quindi, questo diritto soccombe al diritto della donna di disporre del proprio corpo.

Al di là dei tre mesi dunque, inizia per il feto, un vero diritto a nascere, la sua morte determinerà per l'aborto delle conseguenze penali.

L'aborto sarà consentito solo nell'ipotesi in cui è stato diagnosticata al nascituro, il rischio di avere una grave malformazione o patologia congenita.

In tal caso, la legge consente attraverso il consenso della madre di interrompere medicalmente la gravidanza denominata con l'espressione I.T.G. (interruzione terapeutica della gravidanza) che succede all'I.V.G..

Il diritto a nascere dell'essere umano in divenire afferma il passaggio dallo stato embrionale a quello fetale, ma non è ancora assoluto.

Occorre osservare che la pratica dell'I.V.G. e dell'I.T.G. ha fatto suggerire una questione inversa di invocare il diritto a non nascere, ovvero a morire.

Il problema si pone nel caso di errore diagnostico del medico o del laboratorio biologico medico.

In tale ipotesi, i genitori ottengono una certa riparazione per il pregiudizio morale e materiale, determinato dalla nascita di un minore malato o disabile.

Ciò posto è opportuno stabilire quali sono i diritti del minore, nato disabile per errore medico.

Al riguardo, il costante orientamento giurisprudenziale ha affermato che: *“quando un medico ed un laboratorio della biologia medica commettono degli errori che hanno impedito alla donna di esercitare la sua scelta di interrompere la sua gravidanza, per evitare la nascita di un bambino disabile; il minore richiede la riparazione del pregiudizio risultante da questo handicap e derivante dalla limitazione di errori”*⁵.

La dottrina invece, a differenza della Suprema Corte ha fondato il suo ragionamento solamente sul pregiudizio incontestabile dei familiari e del minore, aprendo il dibattito sul pregiudizio di nascere o sull'esistenza di un interesse legittimo a non nascere.

Essa ritiene che solo i familiari possono domandare la riparazione del proprio pregiudizio che accompagnerà loro per tutta la durata della vita del bambino.

In fondamento di questa ragione si ritrova nella stessa legge⁶ che autorizza la diagnostica prenatale e il reimpianto, dopo l'I.V.G. o I.T.G.

Concludendo quindi non c'è in Francia un proprio diritto a nascere o a non nascere.

Questo diritto è esercitato dalla donna, tanto più che quest'ultima è stata indotta in errore dai medici.

La giurisprudenza è stata dunque, più coerente con la legge bioetica del 1994, diversamente dalla legge del 4 marzo 2002.

Dopo la legge del 1994 è nata l'esigenza di formare uno statuto giuridico al minore ancora nell'utero.

In particolare, durante un convegno organizzato dall'Istituto di Diritto ed Etica dell'Università di Lille dal titolo *“La vie humaine mise sur le marché”*, il punto nodale della questione è costituito dallo statuto dell'embrione.

⁵ Cour de Cassation Assemblée plénière (17 novembre 2000 e 28 novembre 2002).

⁶ Loi 4 mars 2002 du patronyme.

L'embrione infatti, non aveva personalità giuridica, ma era considerato come una semplice cosa.

Successivamente però con la Convenzione di New York i firmatari riconoscono al nascituro una personalità giuridica, ed attribuiscono allo stesso un diritto al nome, alla nazionalità, quello di essere riconosciuto dai suoi familiari e di essere allevato da loro, ovvero il diritto alla famiglia.

La lista dei diritti del bambino contenuti nella Convenzione di New York⁷, più dettagliata rispetto ai quelli dell'uomo⁸, conferisce al minore una protezione giuridica più appropriata, in funzione della maturità psichica ed intellettuale dello stesso⁹.

Al riguardo, occorre osservare che il rapporto mutuale dal punto di vista economico, demografico, morale e sociale costituisce insieme al diritto, la causa e l'effetto di questa evoluzione sociale.

Questa mutualità è evidenziata in alcuni esempi che verranno qui di seguito citati.

Primo Esempio: il Diritto al nome

La Legge del 4 marzo 2002, relativa al nome della famiglia muta la tradizione francese del patronimico che attribuiva inizialmente al minore solo il cognome del padre.

Successivamente, con la legge su indicata i familiari possono dare oggi giorno al proprio figlio il cognome del padre o della madre o entrambi nell'ordine da loro scelto.

Inoltre, se i genitori hanno un doppio cognome, possono trasmettere al minore uno solo; la scelta fatta per il primo minore si impone anche ai successivi.

⁷ Art.3-40.

⁸ Art.3-28, Dichiarazione Universale.

⁹ Preambolo della Convenzione di New York 28 gennaio 1990.

Tuttavia, il minore divenuto successivamente maggiorenne che alla nascita ha un solo nome, può aggiungerne quello dell'altro familiare e modificare il suo stato civile.

Le regole più complicate si riferiscono al minore nato al di fuori del matrimonio e per i minori adottati.

La parità dei sessi deve realizzarsi nel nome delle persone, lasciando ai familiari un margine di libertà, ciò potrebbe essere fonte di conflitti.

Un altro capitolo del diritto delle persone illustra la mutabilità delle leggi civili sugli effetti del cambiamento che produce nella scienza e nella morale; esso riguarda "*il diritto di conoscere i suoi familiari*", proclamato dall'articolo 7 della Convenzione di New York.

In Francia, l'accesso alla filiazione dei minori adulterini e degli minore naturali è stato unificato dalla legge del 25 giugno 1982, ed ammesso dalla filiazione naturale, come la legittima, stabilita dalla solo possesso di stato fissata dalla completa prova extragiudiziaria.

Queste riforme sono salutate come una vittoria della legalità, una raccolta di discriminazioni fondate sulla nascita, come un omaggio alla verità sociologica, basata sull'apparenza.

Per converso questo trionfo dell'apparenza lascia lo spazio al progresso biotecnologico, al trattamento dei laboratori relativo all'identificazione genetica e al esame comparato del sangue.

Questa ultima pratica è stata legalizzata attraverso la legge 29 del luglio 1994 all'articolo 16-11 del Codice Civile, in un numero limitato di situazioni, relative soprattutto alle procedure di filiazione e alla concessione dei sussidi.

I testi effettuati in questa occasione sono oggetto di diverse parte del corpo quali: cellule, capelli, unghie, saliva...

I risultati di questi esami permettono di avere una probabilità quasi certa, tanto è vero che la prova scientifica acquisirà una verità biologica più forte di quella sociologica.

Un'altra importante rivoluzione scientifica e giuridica per il minore è rappresentata dall'inseminazione artificiale, la quale non consentirà mai al donatore di conoscere l'identità del padre "inseminatore" e di verificare le circostanze relative alla verità della procreazione.

Al riguardo, l'articolo 341-1 del Codice Civile autorizza la donna a domandare che la sua identità sia preservata.

La legge 8 gennaio del 1993 non ha tardato di trovare dei detrattori che rivendichino per qualcuno il diritto di accesso alla verità e alle sue origini.

La Convenzione di New York quindi, ha ottenuto una soddisfazione parziale attraverso la legge del 22 gennaio 2002 inserita all'interno dei nuovi articoli contenuti all'interno dell'azione sociale e familiare.

D'ora in poi, la donna che chiede di partorire sotto anonimato¹⁰ (sotto la x) è invitata a lasciare, se lo vuole, informazioni sul suo stato di salute, su quello del padre, sulle origini del minore, sulle circostanze di nascita e sulla sua identità.

Il cognome del bambino, il suo sesso, la data, il luogo e l'ora della sua nascita, invece è menzionato al di fuori di quanto sopraesposto.

Inoltre, nell'ipotesi in cui il minore "non sia nato sotto la X o non sia stato adottato", deve cercare le sue origini attraverso il Consiglio Nazionale, creato a tale scopo.

¹⁰ "Actualites Juridiques Tunisiennes" *Pierre Catala* "Le droit de l'enfant", n.16, Tunis 2003, p.15.

Questa procedura molto lunga tende ad eliminare il segreto se la madre lo richiede, tuttavia l'accesso alle sue origini non avrà nessuno effetto sullo stato civile e sulla filiazione.

Di conseguenza, non nascerà nessun diritto, né obbligazione per chiunque.

Nella Convenzione di 1990 i genitori si scrivono al plurale, ciò evidenzia il diritto del bambino di essere allevato da loro (art.7) e di essere parte della famiglia. (art.8).

La responsabilità comune verso il nascituro, per ciò che concerne il suo sviluppo e la sua educazione (art.5, 18, 27 e 29)¹¹.

I censimenti demografici realizzati dall'INSEE in Francia rivelano un numero crescente di famiglie monoparentali che risultano dal divorzio, dalla vedovanza, dalla volontà di procreare al di fuori del matrimonio.

La dualità parentale fondata sulla procreazione naturale ha tenuto conto della differenza di sesso nelle coppie parentali, attualmente però la pressione dei gruppi omosessuali ha messo in crisi questa tradizione.

Infatti, sono numerose le coppie di donne omosessuali che vogliono divenire madri a beneficio della procreazione medica assistita, ma la legge rifiuta loro questa possibilità.

Tuttavia, è previsto per queste coppie la possibilità di richiedere l'adozione.

Per soddisfare però questa esigenza l'educazione e lo sviluppo dei bambini può essere realizzata da due persone dello stesso sesso, al di fuori del triangolo edipico.

Al riguardo, i giudici hanno sottolineato in una recente sentenza della Corte di Strasburgo, una reticenza incoraggiante.

¹¹ Questa dualità parentale derivante dal trattato internazionale non costituisce un imperativo categorico.

All'interno del diritto del minore ciò che prevale è l'interesse superiore di quest'ultimo, enunciato all'articolo 9 della Convenzione di New York¹².

Nel nuovo ordine familiare quindi, si prefigura l'uguaglianza tra uomo e la donna, tra il padre e la madre, per il bene comune della famiglia fondata sulla eterosessualità delle coppie parentali.

2.3 I diritti dell'infanzia in Tunisia

La convenzione relativa ai diritti del nascituro definisce con il termine minore colui che è nato da meno di 18 anni.

In particolare, l'articolo 153 del Codice dello Statuto Personale stabilisce che la persona con meno 20 anni di età considerata come minore, non può disporre della proprietà.

Il minore diviene maggiore con il matrimonio, e può disporre degli affari civili e commerciali.

L'articolo 5 del Codice dello Statuto Personale prevede che possono contrarre matrimonio l'uomo e la donna che hanno compiuto diciotto anni.”

3. Il Diritto Internazionale Privato

Il Diritto Internazionale privato influenza l'integrazione degli stranieri nel Paese.

Le norme di diritto internazionale interessano soprattutto la materia matrimoniale, di filiazione e di successione.

In particolare, quest'ultime, indicano al giudice l'applicazione di un diritto straniero in Italia, nel momento in cui possono sorgere delle problematiche.

¹² *“in tutte le decisioni concernenti il minore, all'interno delle istituzioni pubbliche o private di protezione sociale, nei tribunali amministrativi o organi legislativi, l'interesse dell' minore deve essere una considerazione primordiale”.*

Infatti, il sistema internazionale di diritto pubblico statuisce in alcune casi di applicare un diritto straniero in Italia, mentre prevede di non applicarlo qualora quest'ultimo sia in contrasto con i principi di ordine pubblico internazionale.

Posto ciò, occorre evidenziare che per quanto riguarda la Tunisia, il diritto di famiglia così come nella maggior parte dei Paesi musulmani, costituisce parte integrante dell'identità culturale dell'uomo e della collettività.

Le problematiche che possono sorgere riguardano prevalentemente il riconoscimento del matrimonio contratto tra il musulmano e la donna non musulmana.

La legge nr.98-97 novembre 1998, ha introdotto il Codice di Diritto Internazionale Privato.

Le condizioni per contrarre matrimonio, sono disciplinate separatamente dalle leggi nazionali di ciascuno dei due sposi.

Infatti, per quanto riguarda le forme del matrimonio, l'articolo 46 del Codice Internazionale di Diritto Privato, fa riferimento oltre che alla legge nazionale anche al luogo di celebrazione del matrimonio.

Nel caso in cui uno dei due nubendi è nato in un Paese nel quale la poligamia è autorizzata, l'ufficiale dello Stato civile o il notaio, non possono rilasciare la certificazione attestante il matrimonio, poiché non sussiste nessuna documentazione da cui desumere eventuali legami coniugali.

Le rispettive obbligazioni degli sposi sono regolate dalla legge nazionale.

Se i due sposi non hanno la stessa nazionalità, la legge applicabile è l'ultimo loro domicilio o la legge del luogo di celebrazione del matrimonio¹³.

¹³ Art. 48 Codice di Diritto Internazionale Privato.

L'articolo 48 del Codice Internazionale di Diritto Privato prevede invece l'applicazione della legge nazionale per gli sposi della stessa nazionalità.

Gli istituti del divorzio e della separazione, sono disciplinati dalla leggi nazionali comuni o da quella del luogo nel quale viene avanzata l'istanza.

Le misure provvisorie statuite al momento della presentazione dell'istanza, sono regolate dal diritto tunisino.

Il giudice qualora vi siano dei minori, applicherà la legge più favorevole al minore.

Posto ciò, occorre evidenziare che per quanto riguarda gli obblighi alimentari¹⁴, il giudicante applicherà la legge nazionale, il domicilio o il luogo del debitore.

In particolare, l'articolo 52 stabilisce che il Giudice applicherà la legge più favorevole per stabilire la filiazione del minore, attraverso la legge nazionale:

- del difensore o il suo domicilio
- la legge del minore o il suo domicilio.

3.1 Introduzione

La convenzione relativa ai diritti del minore ratificata da tutti i Paesi del mondo¹⁵ ha fatto entrare il diritto internazionale del minore in una nuova prospettiva, nella quale il bambino viene considerato come una persona indipendente, un essere umano degno di rispetto.

Il dibattito sullo statuto del minore in materia di conflitto di legge è essenzialmente uno statuto protettore “orientato verso la promozione e l'esaltazione dei diritti del bambino”, tenendo largamente conto dell'interesse superiore.

¹⁴ Art. 51 Codice di Diritto Internazionale Privato.

¹⁵ Ad eccezione della Somalia e degli Stati Uniti che sono i due Paesi del mondo che non hanno ancora ratificato la Convenzione dell'O.N.U. relativa ai diritti del minore.

Al riguardo, conviene precisare che norma di conflitto non costituisce una norma essenziale, e non si pronuncia sugli interessi giuridici in causa¹⁶.

Tanto più che la nozione di minore è stata oggetto di una definizione non uniforme, rinviata al diritto interno degli Stati.

L'espressione "minore" nel latino medievale indica "colui che non parla" a differenza del vocabolario giuridico che definisce "minore" tutte le persone minori.

In effetti, il termine minore ha due colorazioni diverse, l'una giuridica e l'altra politica.

In questo discorso si include con il termine minore giuridico lo stato di una persona che non ha ancora l'età legale o non è pienamente capace e responsabile di compiere i suoi atti.

Dunque, sono minori tutte le persone che non hanno raggiunto la maggiore età¹⁷.

Attualmente, invece dopo la Convenzione di New York si intende con il termine minore tutte le persone che hanno meno di 18 anni.

Nel diritto tunisino la nozione minore include tutte le persone umane che hanno meno di 18 anni¹⁸.

Occorre osservare che il bisogno di sicurezza giuridica del nascituro nelle relazioni internazionali ha progressivamente messo in evidenza la necessità del rispetto del interesse del minore, basato sul principio fondamentale del diritto del bambino in Tunisia.

¹⁶ *A.Mezghani* "Droit International privé. Etas nouveau privées internationales système de droit applicable et judiciaire Internationale" Cères 1991, p.140.

¹⁷ Nel diritto romano classico la maggiore età era di 25 anni.

¹⁸ Art.3 del codice di protezione del bambino pubblicato dalla legge n.95-92 del 9 novembre 1995, J.O.R.T. n.90 del 10 novembre 1995.

Questo fondamento riaffermato nel codice del minore e rinforzato dal diritto internazionale privato deve prendere in considerazione i bisogni fisici, affettivi, psicologici del bambino, in relazione alla sua età e al suo sviluppo.

Al riguardo, per definire l'interesse del minore *Mr. Garbonnier*¹⁹ afferma che sul piano concettuale, da un lato l'interesse fondamentale fa riferimento alla autonomia, alla sua riuscita sociale, professionale, affettiva, sessuale e alla valutazione spirituale, dall'altro ai desideri e ai bisogni immediati.

Ciò posto, è bene rilevare che per un magistrato, scoprire l'interesse concreto del minore, risiede nell'esame della situazione particolare ed attuale del bambino, al fine di intravedere le possibili conseguenze di una decisione derivante dal suo stato²⁰.

Infatti, i giudici dispongono di un insieme di elementi che si rapportano al minore medesimo e agli individui che lo circondano.

In realtà l'interesse del minore ha provocato la trasformazione del diritto, questa nozione è posta al servizio di un obiettivo più grande, esso in effetti crea nell' minore uno stato di natura differente.

Tale stato è diretto a mutare il comportamento dell'adulto, in quanto essere umano, dunque persona giuridica.

In definitiva, le soluzioni previste dal sistema giuridico tunisino rilevano una netta inclinazione a voler assicurare il miglior trattamento possibile al minore, al fine di poter arrivare a raggruppare tutte le questioni relative ad esso in un corpo omogeneo tanto ricercato.

L'approccio adottato pone due quesiti principali: Qual è lo statuto del minore nel diritto internazionale privato?; Quali sono le manifestazioni di giustizia favorevoli a stabilire la continuità dello stato del minore?

¹⁹ *Garbonnier* Sent. C.A. Parigi, 10 aprile 1959, D 1960, p.673.

²⁰ *Guidèc* : "La notion de l'interêt de l'enfant en droit civil français" Nantes 1973, p.472.

3.2 L'adozione di regole di conflitto classico

La ricerca dell'interesse superiore del minore si riflette nell'esame di regole di conflitto classiche e si rapporta al suo statuto nel codice internazionale privato.

La struttura di tali regole è rivelatrice di limiti, che possono ledere seriamente l'interesse del minore.

In particolare, la protezione del minore è stabilita nel suo statuto, mentre il legislatore segue un percorso diverso basato sulla cura, la filiazione, gli obblighi alimentari, per mantenere una "giustizia unitaria".

Questa si manifesta in primo luogo, nella scelta della legge nazionale competente per garantire una maggiore sicurezza giuridica e tutela al bambino.

In secondo luogo, nella applicazione di una sola legge per provare la filiazione del minore ed assicurare una certa unità nei conflitti relativi alla stessa.

La tutela

La tutela può essere considerata come una protezione "esteriore" o sociale del minore, può essere definita come un insieme di diritti e doveri esercitati dal rappresentante legale del minore dei suoi beni e della sua persona.

L'articolo 41 del DIP (Diritto Internazionale Privato) necessita una certa analisi del regime di protezione del minore che si instaura a profitto di tutti i bambini che si trovano sul territorio tunisino nonostante le loro origini.

La stessa tutela ufficiale è regolamentata dall'articolo 53 del DIP.

L'analisi delle disposizioni dell'articolo 41 del CDIP (Codice Diritto internazionale Privato):

La Tutela è un potere che detiene il tutore per assicurare la sicurezza del minore in relazione allo stato di salute, la moralità, la gestione dei beni; in modo da realizzare l'interesse superiore del bambino in tutti i casi²¹.

La tutela ricopre la “*wilaya*” che è una prerogativa principale del padre, la quale può essere sussidiariamente accordata alla donna successivamente all'emendamento del 1993.

L'art.41 del CDIP sottomette la tutela alla legge nazionale del minore.

Il legislatore, attraverso questa disposizione ha ribadito il principio di base del sistema relativo alla competenza della legge nazionale, per governare le questioni in materia di statuto personale.

Di conseguenza, egli ha dato competenza alle giurisdizioni del luogo ove risiede abitualmente o che sono prossime al minore.

Il compito del legislatore è dunque, quello di scegliere le misure di protezione più conformi al suo interesse e di vigilare sulla loro buona esecuzione.

Inoltre, la legge nazionale è la più appropriata a governare la tutela seguendo l'idea secondo la quale lo stato di una persona è una qualità inerente alla stessa, al di fuori dei limiti del costume del suo domicilio.

Questa scelta si applica sia al minore legittimo che naturale, in effetti esso rappresenta un principio certo del diritto tunisino.

La legge nazionale è applicabile anche sulla persona del minore e sui suoi beni, essa determina anche gli atti che il bambino non può compiere da solo.

²¹ *Ben Moussa*: “La déchéance de la tutelle”, R.J.L., n.1, janvier 1999.

Tuttavia, per una buona amministrazione è necessario escludere la tutela sui beni del minore che sono mobili o immobili di competenza della legge nazionale del bambino, governata dalla legge dei beni, dunque dalla nazionalità del minore che non sembra essere ammessa in tutti i casi.

Nell'articolo 41 del CDIP, il legislatore ammette al secondo comma una eccezione che dispone le misure provvisorie o urgenti, adottate dal diritto tunisino.

Tali misure sono previste per il minore o l'interdetto che si trova sul territorio tunisino in quel momento, o sono utilizzate a protezione dei beni mobili o immobili situati in Tunisia.

In realtà, gli autori sono parte di un principio secondo il quale il minore è protetto nel modo migliore dalle autorità giudiziarie e amministrative che sono più prossime e possono garantire lui il rispetto dei diritti e dei beni.

Al riguardo, è opportuno osservare che attualmente nella gestione del patrimonio del minore si evidenziano delle differenze di sistema che non dipendono dalla qualità della filiazione, ma a vantaggio della presenza effettiva dei familiari.

Ciò giustifica in gran parte l'emendamento del 12 giugno 1993 apportato dal C.S.P. che ha mutato le disposizioni esteriori che consentivano al padre la prerogativa della sola tutela, nell'ipotesi in cui la madre non poteva assicurare i bisogni materiali del minore, quali abbigliamento e alimenti.

Nonostante la competenza della legge nazionale, i tribunali tunisini intervenuti per proteggere il minore, si trovano in una situazione di pericolo che permette al giudice di prendere le misure di protezione secondo le prescrizioni della legge tunisina caratterizzata dalla loro urgenza.

Pertanto, conviene declassare la legge nazionale del minore a profitto della legge del foro.

La sostituzione della legge tunisina alla legge nazionale del minore è fondata sulla vocazione sussidiaria della legge del foro, nell'ipotesi in cui la legge normalmente competente è impraticabile.

La competenza della legge del foro si applica nel caso di deficienza della legge competente.

Monsieur Lequette ha proposto di riconoscere all'urgenza una funzione propria che costituisce la sola considerazione dei ritardi pregiudiziali a protezione dell'incapace²².

La tutela officiosa

La legge nazionale può garantire la sicurezza giuridica necessaria nelle relazioni private internazionale, ma essa può essere insufficiente per governare la tutela legale che include gli interessi delle persone.

La tutela officiosa “*Kafala*” è essenzialmente una istituzione islamica che rimedia all'interdizione dell'adozione.

Anche all'art.3 della legge del 4 marzo 1958 definisce la tutela non ufficiale come un atto per il quale una persona maggiorenne gode della piena capacità civile, o di un organismo di assistenza che si occupa del minore assicurando alla stesso la cura, nonché di provvedere ai suoi bisogni.

Inoltre, l'atto di tutela ufficiale è un contratto stipulato innanzi un notaio, tra un tutore non ufficiale e dall'altra parte i genitori del bambino, o se l'altro è sconosciuto o deceduto, il tutore pubblico o il suo rappresentante.

Nel diritto internazionale privato, la tutela officiosa si sottomette alle disposizioni dell'articolo 53 del CDIP che regola essenzialmente d'adozione.

²² *Lequette*: T.G.I. de Paris du 3 décembre 1973, RCDIP, 1974, p.655.

In particolare, questa disposizione concerne l'adozione, ovvero la condizione della tutela officiosa sottomessa alla legge del tutore ufficiale relativa al minore.

Il minore è il principale interesse del rapporto di protezione, la tutela costituisce quindi, il rimedio alla sua incapacità.

3.3 La contestazione dello stabilimento della filiazione

La contestazione della filiazione secondo l'articolo 52 del 2° comma è sottomessa alla legge in virtù di quanto stabilito.

Ciò posto il problema che si pone è di verificare qual è l'ostilità del legislatore tunisino a tutela della contestazione della filiazione.

Al riguardo, occorre affermare che tutte le discipline giuridiche che interessano il diritto del minore risiedono nello stabilire la filiazione.

Tuttavia, qualche volta (anche se è raro) la rottura del legame di filiazione è migliore per l'interesse del bambino se viene provato che mantenimento è pregiudizievole per il bambino o genera in lui un pericolo per la sua integrità fisica e morale.

Il caso riguarda, la madre di due bambini che contesta il riconoscimento della paternità, poiché il padre è un pericoloso criminale internazionale.

La contestazione della filiazione legittima o la contestazione della filiazione sconosciuta è stabilita in virtù dell'articolo 52 CDIP.

L'interesse del minore è rivolto alla ricerca della verità biologica, così come previsto dall'articolo 7 della convenzione dell'ONU relativa ai diritti del bambino.

Questa disposizione prevede le misure e i diritti di conoscere i suoi familiari e di essere elevato al vero diritto di conoscere le sue origini e stabilire per il minore, le procedure di prova concernenti la ricerca della verità biologica o la filiazione riconosciuta.

I minori legittimi beneficiano della prova prevista dall'articolo 68 C.S.P, quale la prova di maternità, essenziale nel matrimonio.

In effetti, secondo Mr.*Garbonnier* “ il padre impossibile, il padre probabile, il vero padre, la semplice possibilità della paternità è considerata solamente nell'azione alla fine del sussidio (articolo 324 e seguenti del codice civile francese)²³.

Attualmente è possibile provare scientificamente la non paternità attraverso il ricorso alle analisi genetiche basate sull'unità biologica dell'individuo.

L'interesse del minore, come la stabilità del suo stato e la continuità dello statuto del minore legittimo giustifica l'evizione e non l'ordine pubblico; la legge straniera detta l'imprescrittibilità delle azioni relative alla contestazione della filiazione.

L'adozione internazionale

L'adozione è un istituto che consente ai familiari che non hanno figli e desiderano creare una famiglia, di prendersi cura di bambini abbandonati o orfani.

Esistono due forme di adozione, quella piena e la semplice.

Quest'ultima crea tra l'adottato e la famiglia adottiva un nuovo legame di filiazione (fittizia), che non interrompe il legame che unisce il minore alla famiglia d'origine, che conserva i suoi diritti ereditari.

L'adozione piena invece, scioglie il legame con la famiglia d'origine e rende uguale l'adottato al figlio legittimo.

In tal caso il minore cessa di appartenere ai suoi genitori biologici ed entra a far parte della famiglia adottiva.

L'adozione conosciuta nel diritto tunisino attraverso la legge n.58-27 del 4 marzo 1958 relativo alla tutela pubblica, alla tutela non ufficiale, è l'adozione piena

²³ *Garbonnier* “Droit civil”, Tome 2, la famille, 1991, p.365.

secondo la concezione del diritto francese; nonostante il legislatore tunisino non ha dato una vera e propria definizione.

Inoltre, l'adozione può essere nazionale nell'ipotesi in cui l'adottante adotta un minore del proprio Paese o internazionale se data al minore di un paese straniero.

L'adozione prevista dall'articolo 53 del codice del D.I.P. non può che essere internazionale, poiché rapporta più sistemi giuridici relativi alla differenza tra l'adottante e l'adottato, l'elemento di estraneità è costituito dalla nazionalità delle parti presenti; famiglia adottiva e minore adottati²⁴.

Interdetta in tutti i Paesi arabi musulmani, l'adozione internazionale è regolamentata dal diritto internazionale privato tunisino, ovvero, dagli articoli 50, 51 e 52 del codice D.I.P., che impone al giudice l'applicazione della legge più favorevole al minore.

Determinazione della legge applicabile

La vita familiare è parte integrante della sfera di intimità di ciascun individuo, al riguardo l'art.53 opta per l'applicazione delle due leggi dell'adottante e dell'adottato alle nuove condizioni di formazione del luogo di adozione.

Applicazione distributiva delle legge dell'adottante e dell'adottato

L'articolo 53 del Codice del D.I.P. contiene solamente le condizioni di fondo ignorando quelle di forma, sottolineando il carattere contrattuale dell'adozione, regolamentata dalle nuove forme di legislazione dei Paesi nei quali è pronunciata.

Per estensione l'articolo 68 dispone che il contratto è valevole quanto alla forma se soddisfa le condizioni previste dalle legge applicabile allo stesso o al luogo di conclusione di quest'ultimo.

²⁴ Bourel "Adoption conflits de loi" Jurisclasseur de droit International privé fasc. N.548, p.2.

La stessa soluzione è stabilita dall'art.46 del codice de D.I.P. per ciò che concerne le condizioni del matrimonio.

In effetti, il matrimonio nella formazione si rapporta all'adozione, mediante due atti di volontà che creano un legame giuridico e familiare, ispirandosi alla teoria generale degli accordi.

Tuttavia, la differenza tra i due istituti risiede nel fatto che mentre il contratto di matrimonio si conclude davanti l'ufficiale di stato civile, quello di adozione, si realizza innanzi il giudice.

L'articolo 53 del codice del D.I.P. conserva la competenza della legge dell'adottante per governare le condizioni di fondo di adozione del minore.

Il diritto tunisino, rifiuta di accordare l'adozione a un celibe nella misura della filiazione adottiva creando un apparente servizio a profitto del minore, rappresentato dal minore legittimo di parenti adottivi²⁵.

Inoltre, per quanto riguarda l'adozione di stranieri la giurisprudenza tunisina aggiunge una condizione non prevista dalla legge 1958, attraverso una interpretazione estensiva del 2° comma dell'art.10 che "consente al cittadino tunisino di adottare uno straniero", di conseguenza, uno straniero non può adottare un tunisino.

I giudici di fondo esigono che l'adottante sia musulmano quando l'adottato è musulmano e tunisino, demandando la produzione di un certificato di islamizzazione per gli stranieri che non sono di origine arabo-musulmana²⁶; o la condizione di islamizzazione che la prevede non sia contraria alla legge, poiché il diritto musulmano interdice formalmente l'adozione.

²⁵ T.P.I. Tunis, giudizio n. 30070 del 28 giugno 1999.

²⁶ Tribunale cantonale di Tunisi, giudizio n.2272 del 26 dicembre 1974, RTD 2-1975, p.117.

In definitiva, l'adozione contrappone nel contempo l'interesse dell'adottante e dell'adottato fondato sulla eguaglianza che giustifica l'applicazione distributiva della legge, solamente la legge dell'adottante governa quindi, gli effetti dell'adozione.

3.4 Applicazione esclusiva della legge dell'adottante

L'adozione conferisce all'adottante nuovi diritti e doveri che modificano profondamente la situazione familiare.

L'adozione è accordata alla coppia sposata di differente nazionalità, in tal caso la legge del loro domicilio sarà applicata agli effetti dell'adozione.

La soluzione adottata dall'articolo 53 sembra quindi, più equa per il minore nella misura in cui si sceglie di applicare la legge dell'adottante per gli effetti dell'adozione”.

Infatti, essa è utilizzata anche dalla giurisprudenza “TORLET” la quale ha osservato che gli effetti della adozione²⁷ sono regolati dalla legge nazionale dell'adottante, la legge dell'adottato deve solamente determinare le condizioni di consenso o di rappresentazione dell'adozione²⁸.

L'adozione dunque, ha stabilito un legame giuridico, sociale e familiare tra l'adottante e l'adottato, che conduce ad una imitazione completa della famiglia legittima e una integrazione totale del minore; di fatto l'unità dello statuto delle relazioni familiari impone una sola legge a tutti i minori adottati e legittimi di una stessa persona.

Di conseguenza, l'adottato acquisisce gli stessi diritti e le medesime obbligazioni del figlio legittimo, mentre l'adottante assume gli stessi diritti che la legge riconosce ai genitori legittimi e i medesimi doveri stabiliti dalla legge.

²⁷ *Loussouarn e Bourel* “Droit International privé”, p.425.

²⁸ *Cass.Civ. sent del 7 novembre 1984, JDI 1985, p.434.*

Insufficienza della soluzione dell'articolo 53

Nel diritto tunisino l'istituto dell'adozione dopo il decreto del 12 luglio 1956 e la legge del 4 marzo 1958, non ha subito più modifiche nonostante il processo di modernizzazione.

In particolare, l'articolo 53 evidenzia una negligenza nel disciplinare l'interesse superiore del minore, senza statuire la revoca dell'adozione.

La negligenza dell'interesse superiore del minore

La nozione di interesse del minore all'interno dell'adozione è onnipresente non solamente nella maggior parte delle legislazioni nazionali, ma anche a livello internazionale.

In particolare, la legge tunisina del 1958 fa riferimento all'interesse del minore, allorquando questa espressione è assente nell'articolo 53 del D.I.P. a differenza della legislazione internazionale.

Infatti, la Convenzione dell'Haye del 29 marzo 1993, relativa alla protezione dei minori e alla cooperazione in materia di adozione internazionale stabilisce che l'interesse superiore del minore è la base di tutte le istituzioni.

In realtà, l'articolo 53 del codice del D.I.P. non consacra il primato della persona dell'adottato, ma moltiplica le scelte del minore di avere una famiglia.

La protezione dell'adottato è assicurata più efficacemente dalla propria legge nazionale che coincide con il luogo di residenza abituale.

La ricerca dell'interesse del minore dunque, opera tra l'adozione da una parte e la filiazione legittima dall'altra, al fine di assicurare l'unità dello statuto del minore adottato e realizzare l'uguaglianza tra tutti i minori residenti nello stesso territorio.

La revocabilità dell'adozione

L'adozione accordata in Tunisia costituisce un atto giudiziario definitivo che rivela una graziosa competenza del Tribunale Cantonale, della stessa giurisprudenza tunisina che ammette il carattere irrevocabile dell'adozione²⁹.

Tuttavia, la Suprema Corte qualifica l'adozione semplice, come contratto omologato dal giudice e quindi revocabile dal mutuale consenso delle parti in applicazione dell'articolo 242 COC³⁰.

La pietra angolare dell'adozione è l'interesse del minore, dunque la revocazione è possibile solo se questo interesse lo prevede.

L'ulteriore problematica che si pone è di verificare quali sono gli effetti dell'adozione internazionale nel momento in cui l'adottato beneficia della nazionalità del suo adottante.

In effetti, l'articolo 18 del codice della nazionalità dispone che *“lo straniero minore adottato da una persona di nazionalità tunisina acquisisce questa nazionalità alla data del giudizio di adozione a condizione di non essere sposato”*.

Tuttavia, il codice non fa riferimento al futuro del minore straniero nel caso di revoca della sua adozione, quale sarà dunque il suo futuro?

Nessuna indicazione viene data dal l'art.53, così come dalla Convenzione dell'Haye del 29 marzo 1993 concernente la protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale.

In realtà, l'omissione della revocazione ha il fine di assicurare la coerenza dello statuto del minore.

²⁹ T.P.I.: giudizio n.57554 del 17 aprile 1978, RTD 1979 I, p.127.

³⁰ Cass.Civ., sent. N.29557 del 2 marzo 1993, Bull. Civ. 1993, p.290.

La convenzione quindi, ha il merito di preservare l'unità dello statuto del minore, poiché l'adozione pronunciata nello Stato contraente è riconosciuta pienamente dagli altri Stati contraenti.

In definitiva, la ricerca della sicurezza nell'applicazione della legge necessita di una certa coscienza di importanza in relazione alle istituzioni giuridiche, che si trova fuori dai limiti dell'applicazione della legge più favorevole.

Il ragionamento conflittuale dei valori materiali concepiti come fondamentali all'interno dell'ordine giuridico tunisino relativi al minore, costituisce una alternanza tra la legge del domicilio o nazionale del minore, o solo la nazionale nell'ipotesi di conflitto classico, che dona una concezione frammentaria dell'interesse del minore nel diritto internazionale privato.

3.5 L'intervento delle regole di conflitto alternative

Le regole di conflitto alternative esprimono più sovente il prolungamento in un domani di una relazione internazionale di una regola considerata come indispensabile e che già manifesta un diritto interno che risponde ad uno standard universale in materia.

La concezione della giustizia non è la stessa, essa varia da un paese all'altro, ed è regolamentata da conflitti di legge che si armonizzano con il sistema giuridico statale.

Questa giustizia è contenuta negli articoli 50, 51, e 52 del CDIP che si presentano una pluralità di criteri adottando un'idea a favore della tutela del minore che sono il risultato materiale di una ricerca.

Le regole di conflitto alternative a differenza delle regole di conflitto classico offrono al giudice la legge potenzialmente applicabile.

Queste sono egualmente delle regole di conflitto a colorazione materiale che derogano alla neutralità tradizionale verso una protezione del minore, all'interno dei rapporti extrapatrimoniali e patrimoniali.

La protezione del minore nei rapporti extrapatrimoniali: l'affidamento

Lo scioglimento del matrimonio determina numerosi problemi per il minore, in questo contesto l'affidamento occupa un ruolo di primo piano.

Nel diritto interno la cura consiste nell'assicurare al minore la dimora³¹, sarà compito del giudice assicurare la cura ad uno dei familiari e il diritto di visita all'altro.

Questo diritto è riconosciuto nell'interesse del minore al padre, alla madre, ai nonni ed eccezionalmente può essere accordato ad altre persone.

Al riguardo, la cura o affidamento è regolamentata dall'articolo 50 del CDIP attraverso una pluralità di disposizioni che necessita di una certa analisi.

3.6 L'analisi delle disposizioni dell'articolo 50 del codice del D.I.P.

L'articolo 50 consacra una interpretazione unanime della dottrina sulla qualificazione della cura come "una istituzione rilevante dello statuto personale".

Il legislatore conferma l'interesse del minore sottolineando che il giudice deve pronunciarsi sull'affidamento, dopo il divorzio³² secondo l'articolo 67 del C.S.P..

L'articolo 50 del D.I.P invece, considera l'affidamento come effetto del divorzio o come aspetto della filiazione³³ o come rilevante all'interno dello statuto del minore³⁴, ma l'unico parametro da prendere in considerazione è l'interesse del minore.

³¹ Art.54 C.S.P.

³² Preambolo della Convenzione dell'Haye del 25 ottobre 1980.

³³ Sabbagh "L'evolution du droit de la garde dans les pays du Maghreb", R.T.D 1969-1970, p.57.

³⁴ TPI di Grombalia, giudizio del 7 marzo 1977, RTD 1978 n.2, p.95.

La tutela come effetto del divorzio

La disposizione prevista dall'articolo 50 è perfettamente giustificata dalla scelta della legge relativa agli effetti del divorzio tra le leggi potenzialmente applicabili all'affidamento e la soluzione adottata dalla giurisprudenza tunisina.

Per estensione è interessante sottolineare l'assenza della legge riguardante gli effetti del matrimonio, poiché l'articolo su indicato non distingue le ipotesi nelle quali la coppia è separata o è unita.

All'interno dell'assenza di dissoluzione del matrimonio, può trovare applicazione l'articolo 50, in tal caso la scelta riguarderà la legge nazionale del minore o quella relativa al suo domicilio.

La tutela come aspetto della filiazione

L'applicazione della legge nazionale del minore presenta il vantaggio di sottomettere ad un'unica legge le relazioni che il bambino intrattiene con i suoi genitori.

Infatti, il minore è più protetto dalla legge nazionale che appare più appropriata a disciplinare le relazioni con i suoi genitori, poiché è la sola in grado di assicurare la continuità dello statuto del minore.

Pertanto, l'attribuzione della tutela non è una misura definitiva, in quanto è per sua natura rivedibile o soggetta a modifiche a seconda delle circostanze che possono cambiare dopo il divorzio.

La tutela all'interno dello statuto del minore

Il legislatore adotta le stesse direzioni esistenti nel diritto convenzionale che prevedono la competenza delle autorità di residenza abituale del minore per prendere le misure tendenti a proteggere la persona³⁵.

Anche la convenzione dell'Haye sulla protezione del minore consacra il principio di applicazione della legge di residenza abituale del minore³⁶.

Il problema che si pone è di verificare se il minore può avere un domicilio indipendente da quello dei suoi genitori.

Al riguardo, occorre osservare che se per ragioni differenti i genitori si stanziano in un paese straniero ad esempio per motivi di lavoro, il minore resta nel suo paese d'origine, in questo caso l'applicazione della legge del domicilio sarà più confortevole e favorevole al minore; poiché il suo attacco psicologico e materiale sarà più reale ed effettivo.

4. Diritto di visita: corollario inseparabile dell'affidamento

Il diritto di visita originariamente non ispirato all'interesse del minore, era destinato a soddisfare l'affetto frustato del visitatore.

Oggi giorno invece, per il suo interesse, il minore deve essere consultato per la necessità di mantenere un legame con i suoi genitori, onde evitare problemi fisici, psicologici e sociali.

Tuttavia, i genitori non devono abusare del loro diritto di visita tanto è vero che il legislatore di diritto interno prevede che "il padre o la madre non possono limitare il diritto di visita dell'uno o dell'altro, così come l'affidamento di uno dei due"³⁷.

³⁵ *Chebi* "L'idée de faveur dans le règlement de conflit de lois dans le nouveau code de droit International privé en matière de droit de la famille", mémoire D.E.A., F.S.J.P.S., Tunis II, 2001, p.48.

³⁶ *Lagarde* "La nouvelle convention de la Haye sur la protection des mineurs", TCFDIP, 1977, p.217.

In relazione a quanto enunciato, anche la Convenzione dell'Haye stabilisce che la violazione del diritto di visita costituisce un illecito, poiché contiene il diritto di decidere il luogo di residenza del bambino.

Per converso ciò che sorprende è l'assenza nel codice D.I.P. di questo diritto, nonostante l'importanza dello stesso; tale vuoto può essere motivato dal fatto che il diritto di visita si fonda più su norme sociali che giuridiche.

In realtà, questo vuoto è colmato dalla Convenzione di New York relativa ai diritti del minore che consente ai genitori separati di intrattenere regolarmente dei rapporti personali e dei contatti diretti tra loro, salvo l'ipotesi in cui non si determini un grave danno all'interesse del minore³⁸.

Il diritto di visita è concluso dunque, nell'interesse del minore³⁹, per realizzare un equilibrio tra l'esercizio dei diritti dei due poli delle coppie separate per una crescita armoniosa del minore.

Stabilire la filiazione

Il riconoscimento della filiazione è sinonimo di prova della stessa, esso presenta il legame giuridico esistente tra il minore e i suoi genitori⁴⁰.

Il minore è legittimo se è nato da una coppia sposata, è naturale se nato da coppia non sposata, o adultero.

In effetti, il diritto di stabilire la filiazione non è solamente un diritto alla verità, ma è parte integrante del diritto alla vita, dell'interesse del minore, della pace di famiglia, degli affetti e dei sentimenti morali⁴¹.

³⁷ Art.66 C.S.P., modificato di recente dalla legge del 6 marzo 2006 n.10 discussa ed adottata dalla chambre des députés il 21 febbraio 2006 e dalla chambre conseillers il 2 marzo 2006. Pubblicata sul Journal Officiel de la République Tunisienne (JORT) il 6 marzo 2006.

Per maggior approfondimento si veda Capitolo "Origini della Tunisia e Statuto Personale" il diritto di visita p.47 e ss.

³⁸ Articolo 5 della Convenzione ONU relativa ai diritti del minore.

³⁹ Cass.Civ. sent.n.275 del 18 maggio 2006.

⁴⁰ Foyer "Problèmes de conflit de lois en matière de filiation"RCADI, 1985, Tome 193, p.29.

La protezione giuridica del minore rende possibile l'integrazione dello stesso nella sua famiglia sia legittima o naturale, per condurre una normale vita familiare.

L'articolo 52 non instaura alcun privilegio per l'applicazione della legge del padre o quella della madre, ed impiega il termine "attore" che può ricorrere ai due genitori per la ricerca della filiazione paterna o materna.

Lo stesso articolo trova applicazione nei modi di stabilimento della filiazione, ovvero di riconoscimento o di legittimazione, sconosciuta al diritto tunisino.

In realtà, la legge del difensore o quella del minore ricerca la realizzazione di una finalità sostanziale dell'ordine giuridico tunisino per conoscere l'interesse del minore e stabilire la filiazione.

La legge del convenuto

Il rapporto di filiazione riguarda tre persone: il padre, la madre e il minore.

Il legislatore utilizza il termine "convenuto", rompendo la vecchia tradizione del decreto del 12 luglio 1956 che favorisce la legge del padre.

Correlativamente il legislatore non accorda alcuna priorità alla legge del madre nelle ipotesi piuttosto rare in cui ella esperirà le azioni di ricerca della filiazione, più soventi sono invece, quelle di ricerca della paternità.

Ciò è determinato dal fatto che mentre nella filiazione materna si tratta di un legame naturale, in quella paterna il riconoscimento della paternità può far insorgere dei problemi.

La legge nazionale della madre all'interno del riconoscimento della filiazione non è sostenuta da nessuna dottrina in Tunisia, da nessuna decisione nei paesi che l'hanno ammessa così come in Francia.

⁴¹ *Ben Halima* "La filiation naturelle en droit Tunisien" in *mélange Mohamed Charfi*, CPU 2001, p.459 e ss.

La legge del convenuto ha il vantaggio di essere più realista rispetto a quella nazionale del minore.

Ciò si evince dalla pronuncia del Tribunale di Tunisi, relativa al minore nato da genitori algerini, nella quale la filiazione è regolata dalla legge tunisina del luogo di domicilio del convenuto, che appare più favorevole per il riconoscimento della filiazione ai sensi dell'articolo 52 del CDIP⁴².

Inoltre, una recente sentenza del Tribunale di Prima Istanza (TPI) di Manouba⁴³ ha riconosciuto la filiazione del minore nato al di fuori del matrimonio da due tunisini residenti entrambi in Libia.

Nel caso di specie, il bambino non aveva nessun stato giuridico, in questa ipotesi i giudici hanno correttamente applicato la legge nazionale del padre, poiché più favorevole al minore e alla prova della sua paternità, rispetto alla legge libica.

In merito a quanto affermato anche l'articolo 68 del C.S.P. dispone che la filiazione è stabilita dalla coabitazione, dalla confessione paterna o dalla testimonianza di due persone onorabili.

Appare evidente quindi, che la legge tunisina, ovvero la legge del padre è più vantaggiosa per il minore non residente in Libia.

L'idea della applicazione della legge più favorevole all'interesse del bambino trova le sue origini all'interno della Convenzione dell'ONU relativa ai diritti del minore, più precisamente all'articolo 3 che dispone *“in tutte le decisioni riguardanti i minori, operate da istituzioni pubbliche o private di protezione sociale dei tribunali, dalle autorità amministrative o dagli organi legislativi, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato come primario.*

⁴² T.P.I. Tunisi giudizio n.41373 del 26 novembre 2002.

⁴³ T.P.I. Manouba, giudizio n.1525 del 4 marzo 2006.

Di conseguenza, appare evidente che solo la superiorità della legge del minore può assicurare al bambino la continuità dello statuto del minore e sarà dunque, la sola a rispettare il minore legittimo o illegittimo.

La legge personale del minore

L'applicazione della legge del minore è giustificata dall'idea che il principale interesse in materia di filiazione è assicurare al bambino una maggior protezione.

L'articolo 52 del CDIP, nella scelta della legge del minore ammette l'applicazione della legge nazionale o del suo domicilio.

La competenza della legge del bambino è una delle norme più contestate.

In particolare, la legge più favorevole al minore costituisce una necessità principale di tutte le azioni di ricerca della paternità.

Tale assunto è invocato anche da una sentenza della Corte di Cassazione Francese del 5 dicembre 1949 “nella causa Verdier/Tasoniero” a proposito di un bambino italiano che acquista la nazionalità francese a seguito di una azione di paternità.

La Corte dichiara che dopo il riconoscimento della filiazione, il bambino può scegliere le disposizioni a lui favorevoli, ovvero la nazionalità francese acquisita in corso d'istanza⁴⁴.

Questa concezione è mantenuta anche in Tunisia attraverso la legge del 28 ottobre 1998⁴⁵, relativa al minore abbandonato modificata dalla legge del 7 luglio 2003.

Inoltre, dopo la legge del 1998 una circolare del Ministro della Sanità Pubblica in data 27 novembre 1999 traduce la volontà delle autorità di conformarsi alle disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del minore.

⁴⁴ Commentario di Ancel et Lequette: “Les grands arrêts de la jurisprudence Française, Allemand et Suisse, Strasbourg, 1973.

⁴⁵ Legge n.98-75 del 28 ottobre 1998 relativa all'attribuzione di un nome patronimico ai minori abbandonati o di filiazione sconosciuta.

L'articolo 8 di questa circolare ha creato delle commissioni speciali per stabilire il legame di filiazione dei bambini nati al di fuori del matrimonio.

Inoltre, la nazionalità tunisina è attribuita a titolo suppletivo ai bambini nati in Tunisia conformemente all'articolo 9 del codice della Nazione.

In particolare, il minore che si oppone alla nazionalità di suo padre non sarà considerato tunisino.

L'assenza di un indice temporale che permette al giudice di scegliere il cambiamento della nazionalità, del domicilio al momento della nascita del minore o la legge al momento dell'esercizio dell'azione di ricerca della paternità.

In realtà, questa alternanza non può che giocare a profitto del minore, l'eco di questo favore si ritrova anche nello statuto patrimoniale del minore.

5. La protezione del minore nello statuto patrimoniale: le obbligazioni alimentari

Lo statuto patrimoniale del minore contiene le obbligazioni alimentari per due diverse ragioni.

La prima di ordine sociale derivante dal fatto che l'obbligazione alimentare presenta una assistenza materiale al minore, in quanto essere umano che ha bisogno di risorse finanziarie per crescere.

La seconda, proviene essenzialmente dalla legislazione in materia che consacra l'obbligazione alimentare con una regolamentazione minuziosa.

Il minore quindi, ha diritto ad una pensione alimentare, l'obbligazione è a carico dei suoi familiari e trova il suo fondamento nella religione.

La pensione alimentare comprende gli alimenti, l'alloggio, l'istruzione e tutto ciò che è necessario alla sua esistenza⁴⁶.

Nel diritto internazionale privato, l'obbligazione alimentare è disciplinata dall'art.51 del codice del D.I.P., all'interno del quale il minore rimane il beneficiario principale. Il legislatore precisa che il diritto applicabile dal giudice deve tener conto della protezione più appropriata per l'interesse del minore.

Questa molteplicità si presenta una diversità di soluzione che trova la sua origine nella politica legislativa che si manifesta nel controllo delle relazioni familiari.

La molteplicità dei criteri

L'articolo 51 garantisce il diritto agli alimenti e tutto ciò di cui necessita il minore.

La presente disposizione prevede un carattere alternativo, ovvero: legge nazionale del creditore, del domicilio, della legge nazionale del debitore o quella del suo domicilio.

La legge del creditore

Le regole di conflitto relative alle obbligazioni alimentari nel codice di diritto internazionale hanno la finalità di realizzare una protezione finanziaria al bambino, tenendo conto del suo stato e delle sue condizioni sociali.

La percezione della pensione alimentare è giustificata come un dovere derivante dall'incapacità di soddisfare i bisogni individuali del minore.

Il legislatore dunque, prende in considerazione l'interesse del creditore che consente di realizzare al meglio la tutela del minore, secondo la legge, in ragione del suo fondamento morale⁴⁷.

⁴⁶ Art.5 C.S.P.

⁴⁷ Rezgui "Commentaire du code de droit international privé" Publications de L'Imprimerie officielle de la République Tunisienne, 2001, p.52.

La discussione dell'art.51 del codice del D.I.P. è fondata sulla legge del creditore, il Ministro della Giustizia risponde che il fondamento di scelta è basato sul carattere vitale e necessario dell'obbligazione alimentare.

Infatti, la legge nazionale del creditore è più favorevole rispetto a quella del domicilio, poiché garantisce una maggior tutela all'interesse del bambino.

In realtà, entrambe le leggi garantiscono una certa uguaglianza tra lo statuto del minore legittimo e quello naturale, il legislatore vede quindi, l'obbligazione alimentare come una istituzione indipendente dalla legge, dagli effetti del divorzio e da quelli della filiazione.

La legge del debitore

La formulazione della norma di conflitto che concerne la possibilità di applicazione della legge del debitore, non distingue tra padre e madre, poiché tale distinzione è stabilita dalle obbligazioni alimentari.

Il minore beneficia di una alternativa fondata sulla domanda della legge nazionale del padre, della madre o la legge del domicilio del padre o della madre, secondo i bisogni e le esigenze del caso.

Al riguardo, il problema che si pone è di stabilire quale è il rapporto tra l'obbligazione alimentare e il figlio naturale.

L'articolo 51 del CDIP non opera nessuna distinzione tra figli legittimi e naturali.

Infatti, al minore naturale non è riconosciuto nessun diritto alla pensione alimentare, poiché l'obbligazione alimentare appare come conseguenza della filiazione.

La Tunisia è ancora lontana da proclamare un diritto alla pensione alimentare in assenza di una filiazione stabilita prima, nonostante la discriminazione tra minore legittimo e naturale è fortemente attenuata.

L'obbligazione alimentare dunque, è una obbligazione legale stabilita dalla legge, sarà dunque inaccettabile pretendere dal padre il versamento di una pensione al minore allorché la filiazione non è ancora stabilita.

6. Origini e soluzioni dell'articolo 51 del codice del D.I.P.

La sola famiglia ammessa dall'orientamento giurisprudenziale è la famiglia fondata sulla coabitazione legale⁴⁸, ovvero sul matrimonio e sugli effetti derivanti dallo stesso, così come sulle obbligazioni alimentari.

Di conseguenza, non sono ammesse le relazioni nate al di fuori del matrimonio.

Occorre osservare che prima del 1998 il minore nato al di fuori del matrimonio poteva chiedere gli alimenti solo alla madre.

Tuttavia, dopo la legge del 1998 che ha introdotto il nome patronimico, il minore può stabilire la filiazione a tutela del padre naturale, il quale provvede a soddisfare i bisogni dello stesso.

L'articolo 51 del codice del D.I.P. instaura dunque, una uguaglianza tra minore legittimo e illegittimo, nonché una eguaglianza tra i minori senza discriminazioni di sesso.

In definitiva, sarà compito dello Stato dettare delle norme che salvaguardino i diritti del minore in relazione ad una certa politica legislativa in funzione socio-giuridica.

L'influenza del diritto convenzionale

L'obbligazione alimentare è un dovere morale una dimensione morale, nonostante vi siano numerose convenzioni in materia⁴⁹, la nozione di alimenti è contenuta solo nella Convenzione dell'Haye del 1973.

⁴⁸ *Pruvost*: "L'établissement de la filiation en droit Tunisien" "Thèse Paris II, 1977, p.40.
Sent. Cass. del 31 dicembre 1963 "il termine coabitazione impiegato dall'articolo 68 del C.S.P. non potrà essere interpretato diversamente che come "come coabitazione legale" fondata sul matrimonio" RTD, 1963-1965, p.49.

In effetti, questa convenzione non è destinata esclusivamente al minore, ma si applica a tutte le obbligazioni alimentari.

La Convenzione del 2 ottobre 1973 instaura un sistema regolamentato sui conflitti di legge, in particolare l'articolo 4 pone il principio di competenza della legge interna di residenza abituale a partire dal momento in cui è avvenuto il cambiamento.

Anche l'articolo 5 autorizza *la legge del creditore a prevalere sulla legge nazionale, se la legge di residenza non consente di ottenere gli alimenti.*

In tal senso l'articolo 6 prevede che *“la legge dell'autorità si applica quando il creditore non può ottenere gli alimenti del debitore”*, in virtù delle disposizioni stabiliti dagli articoli 4 e 5 della suddetta convenzione.

In definitiva, l'alternanza dell'articolo 51 tra le leggi del domicilio, nazionale, del creditore o del debitore instaura una scelta di legge applicabile tra le differenti leggi potenzialmente applicabili.

A tal proposito è importante citare la convenzione dell'ONU relativa ai diritti del minore nell'articolo 27 che enuncia: *“ai genitori o alle altre persone si impone la responsabilità di assicurare nei loro limiti, le risorse finanziarie e le condizioni di vita necessarie allo sviluppo del minore”*.

L'unificazione del diritto internazionale privato in materia di obbligazione alimentare è generalmente riconosciuto come necessario dal punto di vista umanitario e sociale, *“in ragione del suo carattere vitale”*.

Occorre rilevare che nel diritto tunisino non c'è alcun testo che definisce la famiglia, ciò che si evidenzia è solo la consacrazione della concezione alimentare secondo la

⁴⁹ Convenzione dell'Haye del 24 ottobre 1956 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari nei confronti del minore; Convenzione delle Nazioni Unite del 20 giugno 1956 sugli alimenti allo straniero. Le due convenzioni dell'Haye del 20 ottobre 1973 sulla riconoscenza e l'esecuzione delle decisioni relative alle obbligazioni alimentari.

quale la famiglia comprende tutte le persone che mantengono tra loro diritti e obbligazioni alimentari.

Attualmente il nuovo orientamento si rapporta all'interesse superiore del minore, su di un piano equo, ovvero sulla concezione che riconosce al minore uno statuto autonomo proprio della persona.

L'insufficienza di certe regole non sembra dunque, diminuire l'utilità di certe norme così come la sua applicazione che impone dei correttivi di eccezione alle regole di conflitto in ragione della loro particolarità.

7. L'evoluzione del contenuto di eccezione dell'ordine pubblico ai sensi del D.I.P. in materia di minori

Il livello delle obbligazioni alimentari

La regolamentazione delle obbligazioni alimentari in Tunisia a livello internazionale ha la funzione di salvaguardare le politiche legislative in materia.

Il legislatore tunisino ha garantito al minore il diritto agli alimenti, così come stabilito dal 2° comma dell'articolo 52 del C.S.P, nonché dall'articolo 53 del C.S.P. in materia di stabilità finanziaria del minore prima e dopo il divorzio.

Al riguardo, la Convenzione di New York ratificata dalla Tunisia riconosce il diritto del minore di avere un livello di vita sufficiente, rapportato al suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale (articolo 27).

Sarà legittimo dunque, d'accordo con il giudice, rifiutare l'applicazione della legge straniera che sottovaluta il diritto del minore naturale agli alimenti se la filiazione è stabilita dal presunto padre.

Questo principio è fondamentale per l'ordine giuridico tunisino, in tal senso il giudice deve intervenire mediante l'eccezione dell'ordine pubblico ai sensi del DIP,

soprattutto con l'audace scelta fatta dal legislatore per la regolamentazione dello statuto giuridico del minore nato al di fuori del matrimonio.

Il ricorso all'eccezione dell'ordine pubblico in materia è previsto anche dalla giurisprudenza francese che ha riconosciuto un'evoluzione permanente.

L'orientamento giurisprudenziale della Tunisia ha riconosciuto all'obbligazione alimentare il carattere dell'ordine pubblico nonostante il mancato accordo dei genitori, nell'interesse del minore e conformemente all'ordine pubblico⁵⁰.

L'applicazione del diritto francese si instaura a profitto del minore naturale una azione alla fine del sussidio del presunto padre, allorquando la filiazione del minore non è stabilita.

In relazione a quanto affermato anche l'articolo 37 del C.S.P. dispone che *“l'obbligazione alimentare trova la sua fonte nel matrimonio, nella famiglia o l'impegno volontario”*.

Pertanto, il minore non ha alcun diritto a chiedere gli alimenti quando la filiazione non è stabilita.

Il livello dello statuto extrapatrimoniale

La protezione dei valori fondamentali della società si rapporta essenzialmente agli obiettivi legislativi.

Una attitudine chiara a livello dello stato extrapatrimoniale del minore concerne la tutela, la filiazione e l'adozione.

L'intervento del giudice in materia di tutela del minore è fondato generalmente sul rifiuto dell'accordo conformemente alle pronunce straniere che prevedono di affidare la tutela alla madre straniera.

⁵⁰ Giudizio TPI, Tunis n.33551 del 27 giugno 2000.

Inoltre, il rifiuto della sposa tunisina di accompagnare il marito che decide di ritornare in Tunisia costituisce una violazione del suo dovere di coabitazione, che giustifica il divorzio ai sensi dell'articolo 31 del 2° comma del C.S.P.

Tuttavia, per la tutela nulla giustifica il diritto della madre, nonostante quest'ultima sia residente in Francia, ove il matrimonio è avvenuto in Francia e il bambino è nato nello stesso Paese.

A maggior ragione, se il marito ha deciso di ritornare in Tunisia e la moglie non ha cambiato la residenza e si trova ad una distanza che impedisce al tutore di compiere i suoi doveri nei confronti del bambino, vista la giovane età del bambino, l'unico parametro da prendere in considerazione impone di accordare la cura alla madre⁵¹.

In realtà, la tutela secondo l'articolo 67 del C.S.P. "è considerata come una questione che interessa l'ordine pubblico e l'interesse del minore, l'unico da prendere in considerazione senza l'interesse di alcun altro".

In effetti, "la decisione di attribuzione della tutela del minore diviene più grave, ciò indica per *M.Charfi* che il minore sarà allevato nella sua religione⁵²".

La tutela deve essere concepita quindi, in ragione all'autonomia del minore ed in funzione del suo interesse.

Questa evoluzione è coerente con la convenzione ratificata dalla Tunisia, con l'articolo 50 del D.I.P., nonché con la Convenzione di New York relativa ai diritti del minore, relativa all'interesse del minore e la sua integrità fisica⁵³.

Ciò posto, il problema che si pone è di stabilire se la tutela può essere concessa alla madre straniera.

⁵¹ *Cass.Civ. sent n.8661 del 13 aprile 2006.*

⁵² *Charfi* : "L'influence de la religion dans le droit International privé des pays musulmans" RCADI, 1987 III p.338.

⁵³ Articolo 19 della Convenzione di New York relativa ai diritti del minore.

Sul punto i giudici rifiutano di accordare tale diritto alla madre straniera per motivi culturali e confessionali, poiché la cultura arabo-musulmano alla quale il minore appartiene è quella del padre tunisino⁵⁴.

La Suprema Corte di Cassazione ha osservato che il diritto di tutela deve essere affidato alla madre, se il padre si trova nell'impossibilità di provvedere al minore e di mantenere i contatti con lo stesso⁵⁵.

I giudici attribuivano la tutela alla madre solo nel ipotesi in cui ella risiede in un Paese diverso da quello del padre, tutore legale del minore⁵⁶.

Tuttavia, il Tribunale di Prima Istanza di Tunisi nel novembre del 1999 intervenuto a dirimere la controversia riguardante il divorzio di due tunisini in Germania, ha affidato alla madre la tutela e il diritto di visita al padre, poiché entrambi risiedono nello stesso Paese, dunque la prerogativa paterna viene meno.

Successivamente, la Corte d'Appello con la sentenza n.62925 del 29 novembre 2000, sulla base di una decisione belga, ha accordato la tutela del minore alla madre danese residente in Belgio; tale pronuncia trova conferma nel 2001 anche nella Corte di Cassazione⁵⁷.

Ciò è giustificato dal fatto che la residenza della tutrice anche se lontana dalla nazione del minore non è contraria all'interesse del bambino.

In materia di filiazione, il contenuto dell'ordine pubblico si è certamente evoluto dopo la legge del 28 ottobre 1998 che riconosce uno statuto giuridico al minore naturale, nonostante il mancato riferimento del codice dello statuto personale⁵⁸.

⁵⁴ *Ben Halima* "Religions et statut personnel en Tuniise" RTD 2000, p.107 e ss., p.133 e ss.

⁵⁵ Cass.19 ottobre 1985 n.14220 Bull.civ. II 195, p.61; Cass.Civ.8 marzo 1994 n.38798. Bull.Civ.1982, p.284; Cass.Civ. 9 settembre 1982 n.6791 Bull.Civ.1982 vol.4 p.21.

⁵⁶ Cass.Civ. sent. n.2000 del 15 maggio 1979, Bull.Civ. 1979 n.1, p.227.

⁵⁷ Cass.Civ. sent. 7286 del 2 marzo 2001, RJL gennaio 2002, p.182.

⁵⁸ Il Codice dello Statuto Personale considerava solamente i minori nati da coabitazione legale, ovvero dal matrimonio.

Al riguardo, anche l'articolo 2 della convenzione internazionale riconosce egualmente il diritto a tutti i minori.

Dopo la legge del 1998 quindi, la filiazione è stabilita fuori dal matrimonio, al minore viene attribuito un nome patronimico, il diritto alla tutela, il diritto alla pensione alimentare, ma resta il dibattito sull'eredità⁵⁹.

Il riconoscimento della filiazione rappresenta dunque, la consacrazione dell'interesse della filiazione che obbliga il giudice ad accordare egualmente al giudice straniero la filiazione, con tutte le conseguenze e gli effetti che ne derivano.

Inoltre, l'articolo 7 del 1 comma della Convenzione di New York prevede la registrazione della data di nascita, il diritto al nome, l'acquisizione della nazionalità, nonché quello di conoscere i suoi genitori ed essere allevato da loro.

Il patto internazionale relativo ai diritti dell'uomo stabilisce all'articolo 2 comma 2 e 4, il principio di non discriminazione a tutela del minore nato al di fuori del matrimonio.

La stessa soluzione è adottata dall'articolo 2 comma 2, 3, 10, del patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali del 1962.

Al riguardo, l'articolo 52 del codice del D.I.P. evidenzia gli effetti delle leggi straniere che proibiscono il riconoscimento della filiazione del minore nato da relazione extra matrimoniale.

In effetti, l'evoluzione dello statuto del minore naturale trova la sua origine nella politica legislativa tendente all'eliminazione di tutte le forme di discriminazione dei bambini, qualunque sia l'origine della loro filiazione.

Questo giustifica la retroattività della legge del 1998 e l'assenza di un termine per introdurre una azione di giustizia basata sulla stessa legge.

⁵⁹ *Abdelkader* "La filiation pater nelle après la loi du 28 octobre 1998" Mémoire DEA, FSJPS 2000, p.64 e ss.

Di conseguenza, l'eccezione dell'ordine pubblico ai sensi del diritto internazionale privato sarà contraria a tutte le leggi straniere che dichiarano prescritta una simile azione. Per converso, la legge straniera che riconosce dei metodi di prova più liberali per stabilire la filiazione, non potrà trovare applicazione.

In definitiva, da quanto sopra esposto si evince come la cultura, la civiltà e la religione abbiano un peso determinante sulla personalità del giudice, influenzata dal comportamento a tutela della legge e dal metodo impiegato dal diritto musulmano.

Il sentimento di appartenere ad un paese arabo islamico sembra quindi, avere una notevole influenza sulle decisioni del giudice.

Tuttavia, sarebbe ingiusto non adeguarsi al valore, al progresso latente, sintomi finali non ancora percepibili.

8. Conclusioni

L'interesse superiore del minore è il principio fondamentale concernente tutte le decisioni del giudice.

Infatti, quest'ultimo procederà ad una esame di tutti i fattori finanziari, domiciliari, affettivi, psicologici, educativi e sanitari intorno al bambino.

Pertanto, tutto dipende dal temperamento del giudice, la legge applicabile sarà quindi, quella che egli ritiene conforme alla propria legislazione e ai principi fondamentali dei Paesi, senza stabilire la situazione del minore.

La volontà del legislatore è orientata quindi, alla salvaguardia l'interesse del bambino e la stabilità del suo statuto per rendere una giustizia equa.

Di conseguenza, la scelta della legge più vantaggiosa permette di ottenere direttamente la legge che sarà applicabile in materia, che rende inutile il ricorso alla

legge del foro e delle leggi di polizia, l'eccezione dell'ordine pubblico ai sensi del diritto internazionale è considerata dal giudice come eccessiva.

In definitiva, l'unico motivo efficace per rendere conto della specificità dei rapporti internazionali è di costituire un diritto materiale sostanziale, con l'esclusione di tutti i diritti di origine interna o internazionale, onde evitare discriminazioni tra i minori che si trovano sullo stesso territorio.

Modulistica e casistica.

Ai fini esemplificativi sono riportati i modelli utilizzati in Tunisia per la celebrazione del matrimonio e la relativa trascrizione.

Certificato di matrimonio

In virtù delle leggi che regolano lo Statuto Personale e di quelle dello stato civile:

Noi.....in qualità di.....Ufficiale dello Stato Civile.....nel mese di.....anno.....ora

Sono qui comparsi

Il Signor.....nato il.....a.....Precedentemente sposato con la SignoraDeceduta il.....Separato con sentenza di divorzio in data.....e la Signora.....nata il Separata con sentenza di divorzio in data.....del tribunale di.....Precedentemente sposato con la SignoraDeceduta il.....Il Signore sopra nominato dichiara di accettare di contrarre il matrimonio con la signora nominata sopra.

La signora sopra nominata acconsente e accetta di contrarre il matrimonio con lui.

Il Signore ha menzionato una dote di.....a vantaggio della Signora. La signora dichiara di averla ricevuta

Altre clausole e condizioni, se esistenti.....Vista

l'autorizzazione il contratto è concluso in presenza dei testimoni:

Cognome e Nome

Cognome e Nome

Modulistica e Casistica

che hanno dichiarato che gli sposi sono liberi da ogni altro vincolo matrimoniale e che non esistono impedimenti legali.

Il presente contratto è trascritto nei registri dei matrimoni con il n.....

A.....il

L'ufficiale di Stato Civile

Trascrizione del Matrimonio

Repubblica Tunisina

Ministero degli Affari Esteri

Consolato di Tunisia

a.....

Noi¹certifichiamo che agli atti in nostro
possesso risulta che il Sig.....nazionalità...
.....professione.....residente anato il
.....figlio die die di
nazionalità.....residentea
.....nata.....a.....figlia di.....

Hanno contratto il matrimonio il.....presso il Comune di
.....Si rilascia il presente atto ai fini previsti dalla legge.

A.....il.....

L'Ufficiale di Stato Civile

N.b. Il presente atto è rilasciato visto l'atto di matrimonio
n.....del.....

¹ Ambasciatore di Tunisia, Console Generale, Console di Tunisia.

Casistica

Il caso

Il caso in esame riguarda la celebrazione del matrimonio tra donna tunisina e cittadino egiziano entrambi appartenenti alla religione musulmana.

Per quanto concerne il paese di origine della donna, quale la Tunisia si presentano alcuni problemi burocratici in quanto il matrimonio celebrato dalla Repubblica Araba d'Egitto, non viene equiparato a quello della Repubblica di Tunisi.

Infatti, il Paese non ammette la poligamia come testimonia l'art 18 del Codice di Statuto Personale della Tunisia a differenza della Repubblica Araba d'Egitto.

Questo matrimonio non è riconosciuto dalla Repubblica Tunisina, poiché quest'ultima chiede alla donna di celebrare il matrimonio nel suo Paese per avere l'effettivo riconoscimento ed acquisire efficacia agli effetti legali.

Oggi, dopo un lungo periodo, questo ostacolo sembra superato.

Infatti, dopo essermi recato personalmente prima presso le autorità consolari della Repubblica Tunisina e della Repubblica Araba di Egitto, poi presso le autorità italiane, l'annosa questione finalmente appare essersi risolta.

La prima problematica da affrontare riguardava l'autenticazione del matrimonio contratto presso l'autorità consolare della Repubblica Araba d'Egitto.

La seconda concerneva l'autenticazione dello stesso in Italia.

La terza questione invece atteneva, alla registrazione dell'atto matrimoniale presso l'Anagrafe Centrale del Comune di residenza dei coniugi.

Orbene, per risolvere il primo problema è stato necessario ottenere dalla autorità Consolare della Repubblica Araba d'Egitto una certificazione attestante la regolare unione tra i nubendi, tradotta debitamente in italiano, datata, e sottoscritta dall'Ufficiale di Stato Civile (**Allegato 1**).

Il pubblico ufficiale, oltre all'unione doveva attestare nella documentazione, che il marito fino a quella data non aveva contratto altri matrimoni.

Ottenuta la certificazione relativa, per risolvere la seconda questione mi sono recato presso la Prefettura della Provincia di residenza dei nubendi al fine di far autenticare l'atto matrimoniale, per farlo trascrivere nei registri dello Stato Civile.

Infine, per ottenere la registrazione del matrimonio all'Anagrafe Civile di residenza dei coniugi, mi sono recato all'Anagrafe Centrale per ottenere la trascrizione dello stesso.

Al riguardo, i documenti necessari per la registrazione sono il regolare permesso di soggiorno di entrambi o di uno dei coniugi, nonché un documento identificativo degli stessi.

Di conseguenza, dopo aver risolto i vari nodi procedurali attualmente i coniugi sono in attesa di ricevere la registrazione del matrimonio, poiché a causa di problemi burocratici la carta di soggiorno della moglie (in attesa di ricevere la cittadinanza) non è ancora pronta.

Ciò posto, per esemplificare quanto sopraindicato ho allegato a questo testo il contratto di matrimonio (tradotto anche in italiano) stipulato tra la donna tunisina e il cittadino egiziano (**Allegato 2**), celebrato presso la Repubblica Araba d'Egitto, con relativa traduzione in italiano della trascrizione (**Allegato 3**).

In esso sono riportate le generalità dei coniugi, i documenti identificativi, la data di stipulazione, con la relativa approvazione del Console della Repubblica Araba d'Egitto.

Questi documenti presi in esame sono la vera testimonianza del matrimonio islamico, il quale risulta essere un vero e proprio "contratto di compravendita".

Gli sposi, dai quali ho ricevuto i documenti, sono due miei carissimi amici che hanno permesso di pubblicare il loro contratto matrimoniale, e per questo li ringrazio.

Allegato 1

**Certificato di attestazione matrimoniale
rilasciata dall'Autorità Consolare della
Repubblica Araba d'Egitto.**



AMBASCIATA DELLA REPUBBLICA ARABA

D'EGITTO
ROMA

سفارة جمهورية مصر العربية

في روما

Sezione Consolare

No. /

A CHI DI COMPETENZA

L'Ambasciata della Repubblica Araba d'Egitto a Roma - Sezione Consolare certifica che:

il cittadino egiziano

nato a
titolare del passaporto egiziano

(Egitto)
rilasciato

è valido fino al

ha contratto matrimonio in data

Con la signora

nata il

a Tunisi, titolare del passaporto

rilasciato a Roma

Certifica inoltre, che fino ad oggi i suddetti risultano coniugi.

Si rilascia il presente certificato su richiesta dell'interessato, per tutti gli usi consentiti dalla legge.

Roma, li

Il Console



Allegato 2

Contratto matrimoniale

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

In the name of Allah, the Most Gracious, the Most Merciful.

And among His Signs
Is this, that He created
For you mates from among
Yourselves, that ye may
Dwell in tranquillity with them,
And He has put love
And mercy between your (hearts):
Verily in that are Signs
For those who reflect.

[From Koran]

CONTRACT OF MARRIAGE

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

In the name of Allah, the Most Gracious, the Most Merciful.

المركز الثقافي الإسلامي
ابطاليسا
"Centro Culturale Islamico d'Italia"

CONTRATTO DI MATRIMONIO

عقد زواج

15/05/2015

منذ أماننا نحن إمام المركز الإسلامي الثقافي جديده روما ميلين:

<p>الزوجة:</p> <p>المولودة:</p> <p>المقيمة بـ:</p> <p>تحمل:</p> <p>جنسيتها:</p> <p>والدها:</p>	<p>الزوج:</p> <p>المولود في:</p> <p>المقيم بعنوان:</p> <p>وعله:</p> <p>جنسيته:</p> <p>والده:</p> <p>والدته:</p>
--	---

<p>والده:</p> <p>جنسيته:</p>	<p>معدية:</p> <p>تحمل:</p>	<p>ولي الامر:</p> <p>وعله:</p>
------------------------------	----------------------------	--------------------------------

و تأكد لدينا رغبة الطرفين في عقد زواجهما وفق الشريعة الإسلامية عن اقتناع ورغبة واتفاق بعد أن شرحت لهما نظام الزواج في الإسلام وما يترتب عليه من الحقوق والواجبات، وتأكد لدينا خيرا من الواضع الشرعية، وقد وافق الزوج على الصداق المستوفى شروطه الشرعية باعتدال بمقتضى ما كان الزوجا قد اتفقا عليه في العقد، وقد وافق الزوج على الصداق المستوفى شروطه الشرعية باعتدال بمقتضى ما كان الزوجا قد اتفقا عليه في العقد، وقد وافق الزوج على الصداق المستوفى شروطه الشرعية باعتدال بمقتضى ما كان الزوجا قد اتفقا عليه في العقد.

<p>المؤجل:</p> <p>التوقيع:</p>	<p>الشهود:</p> <p>الاسم:</p> <p>الاسم:</p> <p>الاسم:</p> <p>الاسم:</p>
--------------------------------	--

We have taken note of the firm and separately expressed will, conviction and by mutual agreement of the parties – to contract marriage. After having explained to the man the Islamic marriage law, its rights and duties, and after having been assured that there is no legal impediment, he declared to agree upon the dowry (MAHR) – being the integral part of the legal clause of the marriage contract – fixed by the parties for the total amount of _____ from which payed in advance the sum of _____ and payable posteriorly the sum of _____

We have contracted legally this marriage according to the Book of God, the Most High and to the Sunnah of His Messenger P.B.U.H., in the presence of two undersigned witnesses.
May Allah guide us to the success.

Abbiamo preso atto del fermo desiderio-deliberatamente espresso con convinzione e di comune accordo tra le due parti di unirsi in matrimonio. Dopo avergli spiegato l'ordine del matrimonio nell'Islam, i diritti ed i doveri dallo stesso derivati e dopo essersi assicurati che non vi è nessun impedimento legale, l'uomo si è dichiarato d'accordo sulla dote (MAHR) – facente parte integrale delle clausole legali del contratto del matrimonio – prestabilita tra le due parti, per la somma complessiva di _____ di cui un anticipo di _____ ed un importo posteriore di _____

Abbiamo concluso legalmente il suddetto matrimonio conformemente al Libro di Dio l'Altissimo ed alla Sunnah del suo Inviato P.d.D.s.L., in presenza dei due sottoscritti testimoni. Che Allah ci guidi al successo.

حضر هذا العقد من أربعة نسخ احدها للزوج والثانية للزوجة والثالثة لسجلات المركز والرابعة للجل المدني.

Allegato 3

Traduzione del contratto matrimoniale



Tradotto dall'arabo

Centro Culturale Islamico d'Italia

Contratto di matrimonio

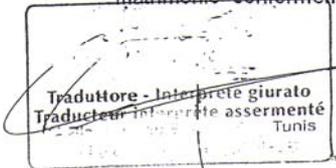
Dio sia lodato,
sono comparsi davanti a me L'Imam del centro Culturale Islamico di Roma,
per contrarre matrimonio .

Lo sposo il signor :
Nato il :
Domiciliato in :
Professione :
Cittadinanza :
Titolare del passeporto n° :

la sposa : la signora :
Nata il :
Domiciliata in :
Titolare del passeporto n° :
Cittadinanza :
Professione :
Figlia :
Tutore :
Nato il :
Figlio :
Professione :
Titolare del passeporto :
Cittadinanza :

Lo sposo ha portato in dote 50 mila lire che la sposa ha ricevuto secondo le
sue dichiarazioni
gli sposi hanno dichiarato di essere liberi dai vincoli matrimoniali e dagli
impedimenti legali

Abbiamo preso atto del fermo desiderio - deliberatamente espresso con
convinzione e di comune accordo tra le due parti di unirsi in matrimonio .
Dopo avergli spiegato l'ordine del matrimonio nell'Islam, i diritti ed i doveri
dallo stesso derivati e dopo esserci assicurati che non vi è nessun
impedimento legale, l'uomo si è dichiarato d'accordo sulla dote (MAHR)
facente parte intergrale delle clausole legali del contratto del matrimonio
prestabilita tra le due parti, per la somma complessiva di 50 mila lire
Di cui un anticipo di 50 mila lire
ed un importo posteriore di abbiamo concluso legamente il suddento
matrimonio conformemente al libro di dio l'altissimo ed alla sonnah del suo





inviato P.d.D.s.I, in presenza dei due sottoscritti testimoni . Che Allah ci guidi al successo .

Lo sposo : firma illeggibile

la sposa : firma illeggibile
Tutore : firma illeggibile

I testimoni :
Il signor :
Il signor :

Fatto il

L'imam

: Firma illeggibile
Timbro del Centro Culturale Islamico di Roma
Centro Culturale Islamico d'Italia

Visto per copia conforme all'originale
Repertorio :
Tunisi li
Taher Akroui :firma illeggibile
Timbro del comune di Tunisi
Visto per l'autenticazione della firma del signor,
P/ il sindaco di Tunisi
Tunisi
Repertorio :
Il governatore – il primo delegato
- Firma illeggibile
Timbro del governatorato di Tunisi

Visto al ministero degli affari esteri per l'autenticazione della firma del signor

P/ il governatore di Tunisi
Repertorio N - Tunisi li
P/ il ministro degli affari esteri
P/ il direttore generale degli affari consolari
- Firma illeggibile
Timbro del ministero degli affari esteri
Marca da bollo da : 3.000d

Per traduzione conforme
Tunisi ,li

مترجم معترف
Traduttore - Interprete giurato
Traducteur - interprète assermenté
Tunis
Tél. / Fax :

Giurisprudenza

Court de Cassation française, Chambres Réunies, arrêt civil du 24 avril 1862, S., 1862, I, p..361, D., 1862, I, p.341, conclusions du Procureur Général Dupin.

Tribunal de Grande Instance de Bressuire, jugement civil du 26 juillet 1944, D., 1945 p.94.

Garbonnier Sent. C.A. Parigi, 10 aprile 1959, D 1960.

Cass.Civ. n°319, del 17 gennaio 1961.

Cass.Civ., n.2300, 5 dicembre 1963.

Cass.Civ. del 31 dicembre 1963.

Cass. Civ.5931 del 21 agosto 1968.

Cass.Civ. n° 3384, del Gennaio 1966 R.J.L. 1967, p.37 R.T.D., 1968, p.115 note E.G. De Lagrange.

Tribunale di Prima Istanza di Sfax, giudizio civile n.1292 del 26 luglio 1971.

Cass.Civ.9210 del 6 marzo 1973, B.Civ.1973, I.

Cass.Civ. 9108 del 11 dicembre 1973, B.Civ.1973, I.

Tribunale cantonale di Tunisi, giudizio n.2272 del 26 dicembre 1974, RTD 2-1975, p.117.

Cour de Cassation française chambre civil 1° Section, 29 janvier 1975, D.1975.

Cass.Civ.760 del 26 aprile 1977, B.I.

TPI di Grombalia, giudizio del 7 marzo 1977, RTD 1978 n.2, p.95.

T.P.I.: giudizio n.57554 del 17 aprile 1978, RTD 1979 I, p.127.

Cass.Civ. sent. n.2000 del 15 maggio 1979, Bull.Civ. 1979 n.1 .

Cass.Civ. 4339 del 6 gennaio 1981, n°2.

Cass.Civ.n.4860, del 22 gennaio 1981, Bull.Civ.1981, 1, p.35 R.J.L. février 1982, p.103.

Cass.Civ.n.3712 del 12 marzo 1981.

Tribunale Cantonale di Mareth, giudizio civile n.301, del 3 febbraio 1982, R.J.L 1982 Luglio, p.132.

Cass.Civ. 9 settembre 1982 n.6791 Bull.Civ.1982 vol.4 .

Cass. Civ.11027 del 20 novembre 1984.

Cass. Civ. sent del 7 novembre 1984, JDI 1985, p.434.

Cass. Civ.15709 del 3 marzo 1987.

Cass. Civ.n.10610 del 13 Febbraio 1985, R.J.L. 1993 novembre, p102.

Cass.19 ottobre 1985 n.14220 Bull.civ. II 195.

Commentario di Ancel et Lequette: "Les grands arrêts de la jurisprudence Française, ALLemand et Suisse, Strasbourg, 1973.

Cass.Civ.26431 del 2 giugno 1992, B.Civ.1992.

Cass.Civ. n.22695 del 23 novembre 1989, R.J.L., 1993, giugno p.59 nota S.Ben Halima.

Cass.Civ., sent. N.29557 del 2 marzo 1993, Bull. Civ. 1993, p.290.

Cass 1° Civ., 10 marzo 1993 D.1993.

Cass. Civ. 15 luglio 1993: JCP 1994, II, 22259, nota Benhamou; D.1994.191, obs.Massip.

Tribunale de première instance de Gafsa, jugement civil n°43979, du 21 février 1994, R.T.D. 1994 partie en langue arabe, p.199, note S.Ben Halima.

Cass.Civ.8 marzo 1994 n.38798 Bull.Civ.

Cass.Civ.n.42066 del 29 novembre 1994, Bull.Civ., 1994, p.316 R.T.D. 1998 (parte in arabo) p.185, Nota M.BagBag.

Cass.Civ.49089 del 7 maggio 1996, B.,1996, II.

Cass.Civ. n.43-354 del 18 novembre 1996, II.

Cass.Civ. 51-346 del 26 novembre 1996, B.,II.

T.P.I. Tunis, giudizio n. 30070 del 28 giugno 1999.

Cass.Civ.n.6844-98 del 6 luglio 1999.

Tribunale di Prima Istanza di Tunisi, giudizio civile n.7602 del 18 maggio 2000 R.T.D. 2000, partie en langue arabe, p.247, note A.Mezghani, in arabo.

Giudizio TPI, Tunis n.33551 del 27 giugno 2000.

Cour de Cassation Assemblée plénière (17 novembre 2000 e 28 novembre 2002).

Cass.Civ. sent. 7286 del 2 marzo 2001, R.JL gennaio 2002.

T.P.I. Tunis giudizio n.41373 del 26 novembre 2002.

Cass.Civ.Sez. I, 17 settembre 2003.

Cass.Civ. n.18782005 del 29 settembre 2005.

Cass.Civ. n.1716 del 6 ottobre 2005.

Cass.Civ. n.1716 del 6 ottobre 2005.

T.P.I. Manouba, giudizio n.1525 del 4 marzo 2006.

Cass.Civ. sent n.8661 del 13 aprile 2006.

Cass.Civ. sent.n.275 del 18 maggio 2006.

Cass.Civ. n.4001/2006 del 19 ottobre 2006.

Cass.Civ.n.5221/2006 del 16.11.2006.

Cass. Civ. n.4676/2006 del 16 novembre 2006.

Cass.Civ.n.2241/2006 del 28 settembre 2006.

Tabella Cronologica

Codice dello Statuto Personale

Delibera del 13 agosto 1956, promulgazione del Codice dello Statuto Personale.

Legge n° 58-70 del 4 luglio 1958, che modifica l'articolo 18 del codice dello statuto personale.

Legge n° 59-77 del 19 giugno 1959.

Delibera-legge n° 62-21 del 30 agosto 1961, che modifica l'articolo 32 del codice dello statuto personale, ratificato dalla legge n° 62-41 del 22 ottobre 1962.

Decreti n° 64-1 del 20 febbraio 1964, che modifica gli articoli 5, 18 e 21 del codice dello statuto personale, ratificati dalla legge n° 64-1 del 21 aprile 1964.

Legge n° 64-17 del 28 maggio 1964, che completa il codice dello statuto personale da un XII libro intitolato "Le donazioni".

Legge n° 66-49 del 3 giugno 1966, che modifica gli articoli 57, 64 e 67 del codice dello statuto personale.

Legge n° 81-7 del 18 febbraio 1981, che modifica gli articoli del codice dello statuto personale.

Legge n° 92-48 del 4 maggio 1992, che modifica l'articolo 204 del codice dello statuto personale.

Legge n° 93-74 del 12 luglio 1993, che modifica gli articoli del codice dello statuto personale.

Legge n° 2006-10 del 6 marzo 2006, sistemazioni che completano del codice dello statuto personale.

Legge n° 2007-32 del 14 maggio 2007, emendamento strutturale del codice dello statuto personale.

Legge n° 2008-20 del 4 marzo 2008, emendamento strutturale del codice dello statuto personale.

I Decreti

Decreto beycale del 9 giugno 1881 attribuiva anche se non in modo esplicito le funzioni del Ministero degli Affari Esteri al Residente Generale Francese.

Decreto del 26 aprile 1956 che istituì il diploma tunisino per le scuole elementari. per gli istituti secondari il diploma.

Decreto del 27 aprile 1957 dal Ministro dell'Educazione Nazionale, per gli istituti secondari il diploma.

Tabella Cronologica

Decreto beycale del 29 dicembre 1955.

Decreto beycale del 4/6/1957 .

Le altre leggi

Legge fondiaria del 1 luglio 1885.

Legge 57/40 del 27 settembre 1957 ha soppresso il Tribunale Rabbिनico.

Legge 1 agosto 1957 sullo stato civile.

Convenzione di Copenaghen del 18 dicembre 1979.

Preambolo della Convenzione di New York 28 gennaio 1990.

Legge del 28 ottobre 1998 sulla filiazione naturale.

Legge nr.98-97 novembre 1998 che ha introdotto il Diritto Internazionale Privato.

Legge del 4 marzo 2002 sul patronimico.

BIBLIOGRAFIA

ORIGINI DELLA TUNISIA E STATUTO PERSONALE

- ALUFFI BECK- PECCOZ. R., *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Milano 1990.
- ANDERSON J.N.D., *The Tunisian Law of Personal Status in tern. Law Quart* 1985 pp 262-279.
- BAUSANI A., *Il Corano*, BUR (Biblioteca Univ. Rizzoli), 2006.
- BORRMANS M. *Divorce et abus de droit en Tunisie*, in *“Ibla”* 1967 pp 222-272.
- BRANCA P. *I Musulmani il Mulino*, Bologna 2000.
- CASTRO F., *La Codificazione del diritto privato negli stati arabi contemporanei*, in *Riv. Dir. Civ.* 1985, pp.387-448.
- CASTRO F., *Il modello islamico*, Giappichelli Torino 2007.
- CHARFI M., *L'introduction à l'étude du droit*, Tunis 1983.
- DAGRADI PIERO e FARINELLI FRANCO *“Il Mondo Arabo e Islamico”* Editore Utet 1992.
- D'EMILIA A., *Scritti di diritto islamico* Roma 1976.
- G. DI MAGGIO., *“Habib Burghiba”* Ed I.P.O., 1960.
- GABRIELE CRESPI., *“Il matrimonio e il diritto di famiglia nel Maghreb”* Guida sociale, Quaderni I.S.M.U. 1997.
- MAHFOUDH D., *Tunisienes en devenir*, Tunis 1992.
- MEZIOU K., *Tunisine: Mariage –Filiation in Juris Classeur. Legislation Compareè* 1988.
- OLIVIERO M., *“Il costituzionalismo dei Paesi Arabi”*; Vol I *“Le Costituzioni nel Maghreb”* Editore Giuffrè 2003.
- JAMBU- MERLIN., *Droit Privè* Rabat 1960.
- TESSIER H., *L'Eglise en Islam* Paris 1985.

Bibliografia

ZANFRINI L., *Donna, Famiglia e Società nei Paesi del Maghreb Quaderni I.S.M.U. 1993.*

IL GIUDICE TUNISINO E LO STATUTO PERSONALE

- ALUFFI BECK PECCOZ R., *“PERSONE FAMIGLIA DIRITTI. Riforme legislative nell’Africa Mediterranea con appendice legislativa, - Atti dei Convegno 26 maggio 2006 – Torino, G.Giappichelli, 2006 - pp. VIII-268.*
- BEN ATTAR R., *“La Filiation dans, le code du statut personnel tunisien”* R.T.D., 1963- 1965, p.28.
- BOULARÉS H., *L’Islam – La peur et l’espérance*, Editions J.C. Lattés, Paris, 1983, p.115.
- CARBONNIER J., *“Terre et ciel dans le droit privé du mariage”*.
- CASTÉLOT A., *“Bonaparte”* Librairie académique, Perrin, Paris, 1967, p.537.
- CHARFI M., *“Le droit tunisien de la famille entre l’Islam et, la modernité.p.200 n°424 e seguenti.*
- CHEÏKIR H., Tesi p.169; cf. anche S.Ben Achour *“Etats non sécularisés, laïcité et droit dans le monde arabe*, Editions CERES Productions, Tunis 1992.
- DÉPREZ J., *“Pérennité de l’Islam, dans l’ordre juridique au Maghreb”*, in *Islam et politique au Maghreb*, Publications du C.R.E.S.M , 1980.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ V., *“Reflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille”*, R.T.D. Civ.1995.
- LUCHÈRE F., *“La mort des tribunaux français de Tunisie”*, D., 1957 cronique.
- MEZGHAN A., *Lieux et non-lieu de l’identité*, op.cit; S.LAGHMANI *Elements d’Histoire de la philosophie du droit*, T II, La modernité, l’Etat et le droit, Centre de Publications universitaires, Collection M/Sciences juridiques, Tunis 1999, C.Chéhata, *Etude de droit musulman*, P.U.F., 1971; *Droit musulman*, Dalloz 1970, Nature, Structure et divisions du droit musulman.
- JALEL S., *“Khisr Al Sahart”* o clausola di pentimento del diritto musulmano e delle volontà intermittenti”, *Mélanges Louis Boyer*, (Editions Presses de l’Université des Sciences sociales de Toulouse, 1996, p.295).
- JAMBUR. R., MERLIN., *“La nouvelle organisation judiciaire tunisienne”* R.T.D., 1956 p.404.
- MILLIOT L., *Introduction à l’étude du droit musulman* P.U.F. p.388 n°414.
- MIQUEL A., *L’Islam et sa civilisation*, Collection Destins du monde, Editions A.Collin, 1990, p.322.
- REDISSI H. e S. BEN ABID ., *“L’affaire Samia ou le drame d’être , autre”* *Journal International de bioéthique*, 1995 volume 6, n.2, rubrique: *Etique et aspects organisationnels de la transplation d’organes.*

Bibliografia

SANTILLANA D., *“Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafita.* Pubblicazioni dell’Istituto Per L’Oriente (I.P.O.), Italia p.112.

SAYAH M., in, *Le nouvel Etat. Les grandes réformes ou de la Constituante à la République,* Collectin Histoire du mouvement national tunisien, Le nè- destour à l’épreuve du pouvoir, Dar El Amal, T.2, p.153.

SHAKANKIRI M. *“Loi divine, loi humaine et droit dans l’histoire juridique de l’Islam”* R.I.D.C. 1981 p.767.

RIPERT G., *Mélanges Melangés* 1950, T.1, p.125.

TARZI K., *“La révélation et la clôture de la prophétie en Islam,* Editions El Hidaya, Tunis, 1980. p.8.

THÀALBI A., *L’esprit libéral du Coran,* Dar Al-Islami, II° edition, Beyrouth, Liban 1985.

ZAGOURI A. *“Le mariage en droit hébraïque.* Publications de la Faculté de Droit du Maroc, Collections d’études juridiques, politiques et économiques, seriè en langue française, L.G.D.J. 1960, p.38.

*L'EQUILIBRIO DELLA FAMIGLIA NEL CODICE DELLO STATUTO PERSONALE E LA
FILIAZIONE NATURALE NEL DIRITTO TUNISINO*

AIT ZAIN., *L'enfant illégitime dans la société musulmane*, R.T.D.,1990.

BEN ATTAR R., *La filiation dans le Code du statut personnel tunisien*, R.T.D. 1963-1965.

BEN HALIMA S., *La filiation naturelle en droit tunisien* in “ Actualites Juridiques Tunisiennes”
Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis” 2003.

BEN HALIMA S., “L'établissement de la filiation d'après la loi du 28 octobre 1998” Mélanges
Habib El Ayadi, C.P.U., 1999.

La consacrazione del principio dell'interesse del minore nel Codice dello Statuto Personale.

CODE DU STATUT PERSONNEL TUNISIE, Publications de l'Imprimerie Officiel de la
Republique Tunisienne, Tunis 2008.

IL MINORE NELLO STATUTO PERSONALE E NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

ABDELKADER., “*La filiation paternelle après la loi du 28 octobre 1998*” Mémoire DEA, FSJPS 2000.

ARENA M., *Adozione e filiazione fuori dei matrimonio in Tunisia* in ALUFFI BECK PECCOZ R., “*PERSONE FAMIGLIA DIRITTI. Riforme legislative nell’Africa Mediterranea con appendice legislativa, - Atti dei Convegno 26 maggio 2006 – Torino, G.Giappichelli, 2006 - pp. VIII-268.*

BEN HALIMA S., “*La filiation naturelle en droit Tunisien*” in mélange Mohamed Charfi, CPU 2001.

BEN HALIMA S., “*Religions et statut personnel en Tunisie*” RTD 2000.

BOUREL., “*Adoption conflits de loi*” Jurisclasseur de droit International privé fasc. N.548.

CHARFI M., “*L’influence de la religion dans le droit International privé des pays musulmans*” RCADI, 1987 III.

CHEBI., “*L’idée de faveur dans le règlement de conflit de lois dans le nouveau code de droit International privé en matière de droit de la famille*”, mémoire D.E.A., F.S.J.P.S., Tunis II, 2001.

CHEKIR., “*Les riserve présentées par la Tunisie*”, in “*La non discrimination à l’égard des femmes entre la Convention de Copenhague et le discours identitaire*”, CERP – UNESCO, Tunis le 13 – 16 janvier 1998.

DROZ (G.A.L.), “*La protection des mineurs en droit interational privé depuis l’entrée en viguer de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961*” JDI, 1973.

FOYER., “*Problèmes de conflit de lois en matière de filiation*”RCADI, 1985, Tome 193.

LAGARDE., “*La nouvelle convention dell’Haye sulla protezione dei minori*”, TCFDIP, 1977.

GARBONNIER., “*Droit civil*”, Tome 2, la famille, 1991.

GUIDÈC., “*La notion de l’interêt de l’enfant en droit civil français*” Nantes 1973.

MEZGHANI A., “*Droit International privé. Etas nouveau privées internationales système de droit applicable et judiciaire Internationale*” Cères 1991,.

PRUVOST., “*L’etablissement de la filiation en droit Tunisien*” “*Theése Paris II.*

REZGUI., “*Commentaire du code de droit international privé*” Publications de L’Imprimiere offici elle de la rèpubblique Tunisienne, 2001.

SABBAGH “*L’evolution du droit de la garde dans les pays du Maghreb*”, R.T.D 1969-1970.

RIVISTE GIURIDICHE

Riviste giuridiche periodiche

LEQUETTE., T.G.I. de Paris du 3 décembre 1973, RCDIP, 1974.

“*Reveu algérienne juridique économique, 1973, p.555.*”

R.BEN ATTAR, “La filiation dans le Code du statut personnel tunisiens *R.T.D.*, 63-65.

BEN HALIMA S.,Revue de la jurisprudence et de la législation, juin 1993.

BEN MOUSSA., “La déchéance de la tutelle” , R.J.L., n.1, janvier 1999.

Actualité Juridiques Tunisiennes n.14 Anno 2000, Moncef Bouguerra, Le juge tunisien et le droit du statut personnel, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis.

Actualites Juridiques Tunisiennes., “Pierre Catala “Le droit de l’enfant”, n.16, Tunis 2003.

Actualites Juridiques Tunisiennes ., “La filiation naturelle en droit tunisien” Sassi Ben Halima Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis” 2003.

Code de Droit International Privé annoté Tunis, novembre 2003.

Revue de la Jurisprudence et de la législation n.4, Avril 2004.

Revue Tunisienne de Droit 2004, Centres de Publication Universitaire, “Monia Ben Tardaiet Ghamersa “La prevue génétique de la paternité”.

Revue de la Jurisprudence et de Legislation n.6 Giugno 2006, Tunisi, M.me Jaouida Guiga Membro del Consiglio Costituzionale Presidente della Camera alla Corte di Cassazione.

Infos Juridiques “La Revue Droit N.6-7 Julliet 2006, Tunis 2006.

Infos Juridiques “La Revue Droit N.10-11 Ottobre 2006, Tunis 2006.

Infos Juridiques “La Revue Droit N.18-19 Febbraio 2007, Tunis 2007.

Infos Juridiques “La Revue Droit N.20-21 Mars 2007, Tunis 2007.

Infos Juridiques “La Revue Droit N.24-25 Mai 2007, Tunis 2007.

Infos Juridiques “La Revue Droit N.16-17 Gennaio 2007, Tunis 2007.

Revue de la Jurisprudence et de la Legisaltion n.4, Avril 2007, M.me Samia Doula : “La consècration du principe de l’intérêt du mineur dans le code du statut personnel.

Code du Statut Personnel Editions-cle. Tunis 2007.

BIBLIOGRAFIA WEB

BIBLIOGRAFIA WEB

www.jurisitetunisie.com;

www.FDSPT.rnu.tn;

www.cnudst.rnt.tn;

N.b. Gli indirizzi web sopra enunciati sono particolarmente utili per la consultazione diretta delle fonti legislative tunisine.