



I contributi

“Città in movimento”, Anno XVI (2021), N. 1-2 (ISSN 1971-1190)
(ISSN 1971-1204)

La condizione della donna marocchina nello spazio privato e nello spazio pubblico.

La discriminazione positiva nella giurisprudenza costituzionale.

di Giuseppe Arena*

Sommario: 1. Premessa. 2. La condizione della donna nello spazio privato: la *Moudawanah al-usra*. 3. La condizione della donna nella Costituzione del 2011. 4. Le disposizioni della legge sulla Corte costituzionale e la decisione n. 943.14 del 25 luglio 2014 del Consiglio Costituzionale. 5. Le precedenti decisioni del Consiglio Costituzionale in materia di parità uomo donna. 6. Gli argomenti utilizzati dal Consiglio Costituzionale: il principio di non discriminazione. 6.1 Gli argomenti utilizzati dal Consiglio Costituzionale: l'uguaglianza davanti alla legge. 6.2 Gli argomenti utilizzati dal Consiglio Costituzionale: il legislatore non è abilitato a stabilire (garantire) preliminarmente un tasso determinato all'uno o l'altro dei due sessi nella funzione pubblica. 6.3 Gli argomenti utilizzati dal Consiglio Costituzionale: il Consiglio ritiene che la qualità di membro della Corte Costituzionale sia esclusivamente determinata dalla presenza di criteri sostanziali previsti dall'art. 130 della Costituzione. 7. Le diverse possibili letture.

1. Premessa.

La condizione della donna in Marocco ha conosciuto una forte evoluzione nell'ultimo ventennio grazie alla a due riforme fondamentali: la riforma del 2004 del Codice di Statuto personale, detta *Moudawanah*, e la riforma della Costituzione del 2011. Si tratta dei due atti fondamentali che definiscono l'attuale status della donna marocchina nello spazio privato e nello spazio pubblico. La Costituzione del 2011 del Marocco ha innovato profondamente in tema di parità uomo donna facendo proprie le istanze provenienti dall'assetto sociale che vede le donne ormai ricoprire posti di enorme responsabilità e rilevanza collettiva. Si tratta di un ulteriore passo avanti dopo la riforma della *Moudawanah*, che ha senz'altro migliorato la posizione della donna nello spazio privato pur conservando elementi di residui disuguaglianza. Stride con tale processo di ampliamento e attuazione del principio di parità di genere la decisione del Consiglio Costituzionale relativa alla composizione della Corte costituzionale, nuovo organo di controllo della legittimità degli atti normativi e del contenzioso elettorale prevista dalla Costituzione del 2011 in sostituzione del Consiglio Costituzionale. Con la suddetta decisione, la n. 943 del 2014¹, relativa alla legge organica 66-13², il Consiglio Costituzionale ha cassato la norma che prevedeva come obbligatoria la rappresentanza di genere nella composizione della Corte costituzionale. Ad oggi la partecipazione femminile è ridotta solo ad un componente³. L'esiguità di tale presenza ha acquistato rilevanza con

¹ <https://www.cour-constitutionnelle.ma/node/1894/>

² Dahir n.1-14-139 du 16 chaoual 1435 (13 agosto 2014) portant la promulgation de la loi organique n. 66-13 relative à la Cour Constitutionnelle

³ Si tratta del magistrato Saadia Belmir che dal 1999 al 2005 era già stata componente del Consiglio Costituzionale.



I contributi

“Città in movimento”, Anno XVI (2021), N. 1-2 (ISSN 1971-1190)
(ISSN 1971-1204)

L'avvio dell'attività della Corte facendo emergere un forte dibattito sull'interpretazione delle norme della Costituzione che prevedono il principio di uguaglianza uomo-donna, sulla loro efficacia precettiva o solamente programmatica, sull'utilizzo di misure anche temporanee per il raggiungimento della parità, quali le disposizioni normative che disciplinano forme di discriminazione positiva, riportando d'attualità la decisione del Consiglio Costituzionale. Ma prima di esaminare questi *case study* va delineato il quadro normativo definito dalla *Moudawanah al-uslra* e dalla Costituzione del 2011.

2. La condizione della donna nello spazio privato: la *Moudawanah al-uslra*

La condizione della donna nello spazio privato è definita dal Codice di Statuto Personale del 2004, la cosiddetta *Moudawanah al-uslra*, la quale presenta, in termini di diritti delle donne, un forte passo avanti rispetto al passato. È opportuno seguire l'evoluzione storica per coglierne le novità. Nel 1956 il Regno del Marocco con a capo il sovrano Mohammed V ha ottenuto l'indipendenza affrancandosi dal colonialismo francese. Tra il 1957 e 1958 viene emanato il primo Codice di Statuto Personale, promulgato con cinque successivi *dahir*. Il quadro giuridico che delineava la condizione della donna in Marocco era contenuto nel suddetto Codice, il quale riproduceva in toto le norme sciaraitiche in materia di famiglia, secondo l'elaborazione del *fiqh* malikita. Si trattava di una condizione che possiamo definire di “minorità” nello spazio privato e di totale esclusione nello spazio pubblico. Il confinamento in determinati spazi della casa familiare⁴ (*hareh*), la sottoposizione ad una rappresentante legale di sesso maschile, sia esso il padre, il fratello o il marito, per la conclusione degli atti giuridici più importanti, erano i tratti più importanti che regolavano giuridicamente la vita delle donne in Marocco. Da un punto di vista sociologico il Codice rifletteva il modello di famiglia estesa patrilineare, riconoscendo ai singoli i diritti secondo la posizione che gli stessi hanno all'interno del gruppo familiare. Erano previsti tutti gli istituti caratterizzanti il patriarcato secondo il modello di famiglia proprio diritto islamico classico⁵: la preminenza del marito sulla moglie, il ripudio, la poligamia, la tutela, la separazione dei beni. La trasmissione della cittadinanza era possibile solo in via maschile. Tale quadro, iniquo in sé, appariva palesemente in contrasto con l'evolversi della società marocchina e con le posizioni emergenti che le donne incominciavano a ricoprire a partire dagli anni

⁴ F. MERNISSI, *La terrazza proibita. Vita nell'harem*, Firenze, Giunti Editore 2007; F. MERNISSI, *L'harem e l'occidente*, Firenze, Giunta Editore, 2006.

⁵ M. BORRMANS, *Statut personnel et famille au maghreb de 1940 a nos jours*, Paris, Mouton, 1977; A. CILARDO– F. MENNILLO, *Due sistemi a confronto. La famiglia Nell'islam e nel diritto canonico*, Padova, Cedam, 2006; R. ALUFFI PECCOZ – A. FERRARI – A. MORDECCHIA RABELLO, *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, Torino, Giappichelli, 2006; R. ALUFFI PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, Torino, Edizioni della Fondazione Agnelli, 1997.



I contributi

**“Città in movimento”, Anno XVI (2021), N. 1-2 (ISSN 1971-1190)
(ISSN 1971-1204)**

Ottanta. Si aggiunga che l'ammissione all'istruzione⁶, in percentuali prima irrilevanti, ma con il passare del tempo sempre più significative, aveva aperto alle donne la strada di professioni di forte rilievo sociale. Nel 1992 il Marocco, che già aveva aderito a diverse Convenzioni internazionali per la tutela dei diritti umani, aderisce al C.E.D.A.W. (Convention for the Elimination of Discrimination Against Women) anche se con riserve fondate su motivazioni religiose. L'adesione a tale convenzione non era ritenuta incompatibile con la *Moudawana* secondo una interpretazione islamica ortodossa. La giustificazione della normativa sulla famiglia era basata sull'affermazione che non esiste in tale normativa alcuna discriminazione basata sul sesso visto le differenze biologiche esistenti tra uomo e donna. Le differenze naturali tra uomo e donna giustificano il diverso trattamento secondo un principio che troverebbe fondamento nella *shari'ah*. Tuttavia, il dibattito pubblico sulla eliminazione delle discriminazioni nei confronti della donna e sulla tutela dei diritti umani si fece sempre più pressante. Negli anni Novanta si forma e cresce in maniera vertiginosa, specie nelle realtà urbane, il movimento associativo femminile⁷ per la lotta dei diritti delle donne e si comincia a parlare di femminismo islamico⁸, movimento che il Marocco, a differenza delle teorizzazioni fatte in occidente, ha un fondamento non solo elitario ma popolare. Le Associazioni femminili il cui scopo era la riforma del diritto di famiglia per eliminazioni delle disparità tra uomo e donna, divennero numerosissime, fin quando, una campagna per la parità di genere particolarmente efficace condotta nel 1992 dalla UAF, (fondata da Latifa Jbarbdi) una organizzazione che raggruppava quasi tutte le associazioni femminili, indusse l'allora re Hassan II ad avviare un percorso di revisione della *Moudawana*. Il processo di revisione, che partì con la convocazione da parte del Sovrano delle rappresentanze delle Associazioni femminili, coinvolse nella redazione del progetto, *fquqha'*, giudici, avvocati, professori scienziati e psicologi. Le riforme che ne scaturì scontentò le richieste delle associazioni femminili che ritennero si trattasse di un semplice “remaquillage” del Codice di Famiglia. I cambiamenti più significativi riguardavano: il

⁶ L'ammissione all'istruzione delle donne fu iniziata dai francesi ma secondo la concezione elitaria del Residente Generale Maresciallo Hubert Gonzalve Liautey, come efficacemente descritto in *Lyautey l'Africain, Textes et Lettres du Marechal Lyautey presentes par Pierre Lyautey*, Parigi, Librairie Plon 1919-1935, pag 25, ma resa efficace e generalizzata dai nazionalisti marocchini capeggiati dal Re Mohammed V alla fine degli anni quaranta allorché l'appoggio delle donne fu ritenuto essenziale nella lotta per l'indipendenza contro i francesi: sul punto F. MERNISSI, *Chabrazad n'est pas marocaine*, Casablanca, 1991, Edition Le Fennec, tradotta in italiano a cura di S. SCAGLIOTTI *Chabrazad non è marocchina*, Torino, Sonda, 1993, pagg. 68-82..

⁷D. ABDESSAAMAD, *Femme et société civile au Maghreb*, Casablanca, 1996; B. MOUNIA, *Soumis et rebelles. Les jeunes au Maroc*, Paris, 1994; A. GHAZALI, *Contribution à l'analyse du phenomena associative au Maroc*, in *Changements politiques en Afrique du Nord*, Paris, 1991.

⁸R. SALIH, *Musulmane rivelate: donne, islam, modernità*, Roma, Carrocci Editore, 2008; R. PEPICELLI, *Femminismo islamico: corano, diritti, riforme*, Roma, Carrocci Editore, 2010; A. VAZAN, *Le donne di Allah. Viaggio nei femminismi islamici*, Milano, Bruno Mondadori, 2010; L. SCUDERI, *Oltre i confini del harem. Femminismi islamici e diritto*, Milano, Libreriauniversitaria.it, 2013.



I contributi

**“Città in movimento”, Anno XVI (2021), N. 1-2 (ISSN 1971-1190)
(ISSN 1971-1204)**

diritto della prima moglie ad essere avvisata nel caso di successivo matrimonio del marito, il diritto della sposa ad essere avvisata dell'esistenza di un precedente matrimonio da parte del marito, il divieto per il tutore di obbligare la donna nel caso di mancato prestazione del consenso al matrimonio di quest'ultima, la previsione della competenza del Tribunale per l'esperimento del tentativo di conciliazione nell'ipotesi di divorzio. Nonostante la delusione, la forte attenzione sul tema delle discriminazioni della donna mantenne un ruolo centrale nel dibattito pubblico al punto di portare il governo marocchino ad elaborare il PANIFD - *Plan d'Action National pour l'Integration de la Femme au Developpement*. Tale piano si muoveva su quattro ambiti principali: l'educazione, la sanità, l'integrazione nello sviluppo, ed il rafforzamento delle capacità e dei poteri delle donne in campo giuridico, politico e istituzionale. Il piano per la prima volta adotta il concetto di “genere” facendo propri molte delle proposte di riforma della *Moudavanah* avanzate dall'associazionismo femminile. Il piano divise fortemente la società marocchina provocando una forte reazione da parte dei settori più conservatori e degli islamisti. Il culmine fu raggiunto con l'organizzazione nello stesso giorno, il 12 marzo del 2000, di due manifestazioni contrapposte, una a Rabat di sostegno, a cui parteciparono i partiti di governo e le associazioni femminili⁹, l'altra a Casablanca, a cui parteciparono i partiti di opposizione, ed i movimenti islamisti. L'accusa principale avanzata contro il piano era di essere contrario ai precetti islamici ed agli insegnamenti coranici e fortemente nociva per la famiglia secondo la concezione islamica. Le maggiori critiche riguardavano: l'elevazione dell'età della donna dai 15 a 18 anni per contrarre matrimonio, il divieto di poligamia (ammessa solo in casi eccezionali), il divorzio giudiziario previsto per porre fine al ripudio, la divisione dei beni acquisiti nel corso della vita coniugale nel caso di divorzio. Di fronte ai toni eccessivamente accesi che il dibattito aveva assunto, il governo ritira il piano invocando l'arbitraggio del Sovrano Mohammed VI, succeduto al padre Hassan II nel 1999, il quale nomina una commissione con lo specifico incarico di riesaminare il Codice di Famiglia. Il nuovo Sovrano già nel discorso di insediamento aveva affermato la necessità di valorizzare il ruolo delle donne nella società marocchina riconoscendo l'impossibilità di assicurare il progresso e la prosperità allorché i diritti delle donne che costituiscono la metà della società sono violati. L'intervento del Re è decisivo considerato il ruolo di *Amir Al Mouminne* – Comandante dei Credenti secondo l'accezione più comune – che l'assetto istituzionale espressamente gli riserva. La commissione che vede la presenza di *'ulamà* ma anche di tre donne (Zhor El – Horr, giudice presso la Corte Suprema, Rhama Bourkhia, sociologo e preside della facoltà di lettere dell'università di Mohammedia, e Nouzha Guessous, professore presso la facoltà di medicina e farmacia di Casablanca) utilizza l'*ijtihad*, - lo sforzo interpretativo - per trovare attraverso l'esame dei testi sacri le soluzioni giuridiche più idonee alle istanze sociali cui la riforma del codice di famiglia deve dare risposte. La riforma rientra perfettamente all'interno della cornice del

⁹ A. DIALMY, *Le féminisme au Maroc*, Casablanca, 2008, Les Editions Toubkal, pagg. 193-197.



I contributi

“Città in movimento”, Anno XVI (2021), N. 1-2 (ISSN 1971-1190)
(ISSN 1971-1204)

diritto islamico (il Re afferma “Io non posso autorizzare ciò che Dio ha vietato né vietare ciò che Dio ha autorizzato”) il che la mette al riparo dalle contestazioni di ordine religioso. Essa si pone lo scopo di assicurare la stabilità del nucleo familiare attraverso il riconoscimento dell’uguaglianza tra uomo e donna all’interno della famiglia, tutelando i diritti dei figli grazie al nuovo equilibrio stabilito tra i coniugi. La riforma, a differenza di ciò che avveniva in passato, viene sottoposta all’esame del Parlamento, tranne per le norme di carattere religioso la cui approvazione rientra nella competenza esclusiva del Re. Si arriva così alla legge n. 03/70 di riforma della *Moudawanah*, composta da 400 articoli, promulgata con Dahir 1.04.22 del 3 febbraio 2004. I punti salienti della riforma sono:

a) La condivisione della responsabilità dei coniugi.¹⁰

Il primo elemento caratterizzante la riforma è dato dalla condivisione della responsabilità con il superamento del concetto di capo famiglia¹¹, configurando il matrimonio come fondativo di una “... famiglia stabile sotto la direzione dei due sposi”: entrambi, quindi, sono responsabili degli affari familiari e di tutte le decisioni che riguardano i figli. La riforma impone nel matrimonio e, più in generale, in tutti i procedimenti relativi allo statuto personale la presenza dello Stato. Il nuovo Codice prevede l’intervento automatico del Pubblico Ministero in tutti i procedimenti relativi allo statuto personale. Vengono create per lo scopo le strutture giudiziarie specializzate, le sezioni della giustizia della famiglia. I matrimoni vengono registrate con l’intervento degli *adul* previa autorizzazione giudiziale. Le procedure previste dalla *Moudawanah* rendono inesistente il cosiddetto matrimonio *fatiba*, cioè il matrimonio posto in essere con la recita da parte dei due nubenti della *fatiba*, la *sura* aprente del Corano, senza alcuna altra formalità, fonte di matrimoni con le cosiddette donne-bambine. Nel 2004 dopo l’entrata in vigore della riforma ben 90.000 matrimoni cosiddetti *fatiba* sono stati ufficializzati tramite registrazione.

b) Innalzamento dell’età minima¹² per contrarre matrimonio.

L’età minima per contrarre matrimonio è stabilita a 18 anni per entrambi i coniugi. L’età della donna prima era fissa a 15 anni. Il codice prevede però la possibilità di derogare in presenza di una autorizzazione motivata del giudice, qualora il minore sia maturo e sia idoneo fisicamente alla conclusione del matrimonio. Il Codice impone una perizia medico – sociale e che sia alla base dell’autorizzazione del Giudice. Per evitare i matrimoni forzati viene richiesto che l’istanza di matrimonio del minore deve essere firmata dal minore stesso e dal suo tutore legale.

¹⁰ R. N. EL MEKKAoui, *La Moudawanah*, Tomo I, 3° edizione, Rabat, Editions & Impressions Bouregreg, 2009.

¹¹ B. AGAHI – ALAOUI, *L’autorité maritale en droit iranien et marocain*, Parigi, L’Harmattan 2010.

¹² Si tratta di una richiesta avanzata dalla donna nel mondo arabo sin dagli anni ’70: vedesi M. J. ESSAID, *Introduction a l’étude du droit*, Rabat, Fondation M.J. Essaid, 2010.



I contributi

“Città in movimento”, Anno XVI (2021), N. 1-2 (ISSN 1971-1190)
(ISSN 1971-1204)

c) Eliminazione dell’obbligo per la donna maggiorenne di contrarre matrimonio con l’intervento del tutore detto *wali*.

La donna maggiorenne può sposarsi senza la presenza del *wali* pur riconoscendo la riforma la facoltà, se vuole, di scegliersi liberamente un *wali*. L’eliminazione della tutela della donna per contrarre matrimonio e l’innalzamento alla maggiore età sono innovazioni che dovrebbero ridurre il fenomeno dei matrimoni imposti. La presenza del *wali*, una sorta di rappresentante legale della donna che ne certificava lo stato di minore capacità rispetto all’uomo, secondo l’interpretazione patriarcale del diritto islamico, ha rappresentato una modifica simbolica di grande rilevanza che ha inciso in altri settori dell’ordinamento giuridico marocchino.

d) Restrizione della poligamia con la previsione di limiti sostanziali e formali particolarmente stringenti.

Il matrimonio poligamico è un istituto caratterizzante il diritto di famiglia islamico classico. La nuova *Moudawanah* restringe fortemente la possibilità della poligamia che non è più un diritto dell’uomo (come in passato) ed è sottoposta ad una serie di restrizioni di carattere sostanziale e procedurale tali da renderlo, se non impossibile, estremamente difficile. L’uomo già sposato che intende sposarsi nuovamente deve ottenere una autorizzazione del giudice, dopo un procedimento in contraddittorio con la prima moglie, in cui emerge una giustificazione oggettiva ed eccezionale ad un nuovo matrimonio e sempre che sia dimostrata la capacità economica a far fronte equamente alle esigenze di vita di alloggio dei due nuclei familiari. La poligamia è comunque vietata nel caso si tema una ingiustizia tra le due spose o se nel contratto di matrimonio sia stata inserita una clausola di monogamia¹³. Come si vede la poligamia è concepita come situazione eccezionale sottoposta ad un ferro controllo giudiziario: il contraddittorio tra il marito e la prima moglie può provocare il divorzio, su richiesta della prima moglie, qualora sia accertata l’impossibilità di prosecuzione del rapporto coniugale.

e) Riforme in senso più egitario dei rapporti patrimoniali dei coniugi.

Ispirate ai nuovi principi di uguaglianza dei coniugi e di solidarietà sono le norme che riguardano l’aspetto patrimoniale della famiglia. Il regime legale è dato dalla separazione dei beni. Viene previsto però la possibilità di una sorta di comunione convenzionale mediante un accordo distinto dal contratto di matrimonio con il quale gli sposi stabiliscono le condizioni di fruizione e di ripartizione dei beni acquistati durante il matrimonio. Gli *adoul* hanno l’obbligo al momento del matrimonio di avvisare i nubenti dell’esistenza di tale possibilità. E’ chiaro che, anche in mancanza di un accordo, nell’ipotesi di controversie i coniugi possono adire il giudice provando il contributo lavorativo prestato per far fruttare i beni di famiglia e, quindi, partecipare alla relativa divisione. La nuova *Moudawanah* prevede come la precedente l’istituto della dote – *sadaq* – a carico dello sposo ed a vantaggio della sposa, modificandone però la *ratio*. Tale

¹³Sulla giustificazione storica della poligamia e sulla nuova disciplina dettata dalla *Moudawanah*, M. CHAFI, *Le droit de la famille au Maroc*, Marrakech, L’Harmattan, 2015.



I contributi

“Città in movimento”, Anno XVI (2021), N. 1-2 (ISSN 1971-1190)
(ISSN 1971-1204)

istituto portava ad equiparare il matrimonio, secondo il diritto islamico classico, ad una vera e propria compravendita: si trattava, infatti, di un dovere incombente sul marito quale corrispettivo per i diritti che egli acquisisce con il matrimonio sulla moglie. La *Moudawanah* espressamente afferma che il fondamento legale del *sadaq* consiste nel suo valore morale e simbolico e non nel suo valore materiale. Non più un dovere di corrispettivo fondato su un contratto sinallagmatico ma, in coerenza con la nuova concezione della famiglia affermata dalla *Moudawanah*, un impegno di valore morale circa il progetto di vita coniugale che si intraprende.

f) Riforma delle modalità di scioglimento del matrimonio.

La nuova *Moudawanah* ha notevolmente inciso sulle modalità di scioglimento del vincolo matrimoniale¹⁴ al fine di preservare il legame da abusi e garantendo i diritti della sposa divorziata e dei figli. Ha rafforzato i meccanismi di accordo estendendo notevolmente il tentativo di conciliazione. Le novità sulle modalità di scioglimento del vincolo matrimoniale sono le seguenti:

Ripudio (*Talaq*).

Viene modificato l'istituto del ripudio definito come “lo scioglimento del patto di matrimonio richiesto dal coniuge o dalla coniuge secondo le condizioni di ciascuno sotto il controllo giudiziario”: si tratta di un diritto esercitabile da entrambi i coniugi. Il Legislatore marocchino, al fine di limitare l'uso di tale istituto, ha previsto l'intervento del giudice che deve esperire il tentativo di conciliazione ed autorizzarne la registrazione. Inoltre, al fine di tutelare la posizione debole della donna e dei figli, ha dettato una serie di norme di tutela dell'interesse economico di tali soggetti. La donna ripudiata ha diritto al versamento per intero della dote prevista nell'atto di matrimonio, ad un assegno di mantenimento per un periodo determinato successivo al ripudio, al riconoscimento del diritto di alloggio presso il domicilio familiare o, in caso di necessità, ad un alloggio adeguato alle sue esigenze e in funzione della situazione finanziaria del coniuge; in alternativa il Tribunale fissa una somma che l'ex marito dovrà versare per la copertura delle spese per l'abitazione della coniuge ripudiata; ancora, la donna avrà diritto al dono di consolazione determinato in funzione della durata del matrimonio, alla situazione finanziaria del coniuge, alla causa del ripudio e alla misura dell'abuso commesso dal coniuge nel richiedere il ripudio. Tali somme sono fissate dal Tribunale, il quale deve tenere conto della ragione per cui è richiesto il ripudio. Le somme devono essere depositate entro 30 giorni, pena l'automatica rinuncia al ripudio. Per ciò che riguarda i figli, il padre dovrà garantire un livello di vita uguale a quello goduto dai figli prima dello scioglimento del vincolo matrimoniale.

Ripudio dietro compenso (*Khol*).

La *Moudawanah* ripropone, modificandolo, il cosiddetto ripudio dietro compenso: si tratta dell'autoripudio che la donna esercita dietro corrispettivo. L'istituto era già pre-

¹⁴ R. N. EL MEKKAoui, *La Moudawanah*, Tomo II, 3° edizione, Rabat, Editions & Impressions Bouregreg 2009.



I contributi

“Città in movimento”, Anno XVI (2021), N. 1-2 (ISSN 1971-1190)
(ISSN 1971-1204)

visto dalla vecchia *Moudawanah*, ma ne differisce per il controllo giudiziario oggi previsto: spetta al Tribunale autorizzare lo scioglimento dopo il tentativo di conciliazione e determinare il compenso nel caso in cui i coniugi non raggiungono l'accordo sul *quantum*. Anche in questo caso è evidente la maggiore tutela della donna realizzata dalla nuova disciplina.

Divorzio consensuale.

Il divorzio consensuale non era previsto dalla precedente versione della *Moudawanah*. Si tratta di una procedura consensuale di scioglimento del vincolo matrimoniale: i due sposi trovano un accordo sulle condizioni del divorzio che viene sottoposto al controllo del Tribunale, il quale valuta che l'accordo non sia contrario alle norme del Codice o di pregiudizio agli interessi dei figli. Differisce dal *khol* perché nel divorzio consensuale vi è accordo dei coniugi, mentre nel *khol* lo scioglimento del matrimonio è basato sulla volontà unilaterale della donna e subordinato all'approvazione del coniuge.

Divorzio giudiziario (*Chiqaq*)

Si tratta di una procedura conciliativa¹⁵: i coniugi in presenza di una controversia che potrebbe determinare la fine del loro rapporto si rivolgono al Tribunale che esperisce qualunque tentativo di conciliazione compreso la nomina di due arbitri che si adoperano per ricomporre il dissidio. Se il tentativo fallisce gli arbitri redigono un rapporto dove individuano le responsabilità eventuali di ciascuno dei due coniugi suggerendo le condizioni economiche dello scioglimento del matrimonio. Il Tribunale, sulla base del rapporto degli arbitri, pronuncia il divorzio, determinando le condizioni economiche in considerazione della responsabilità dei due coniugi nello scioglimento del matrimonio con conseguente riparazione del coniuge che subisce pregiudizio.

Divorzio per altre cause

La *Moudawanah* prevede come cause di divorzio 1) l'inadempimento del coniuge ad una delle clausole stipulate nell'atto di matrimonio; 2) il pregiudizio subito; 3) il mancato mantenimento; 4) l'assenza del coniuge; 5) il vizio; 6) il giuramento di astinenza (*ilā'*) e l'abbandono (*hagr*). La concezione contrattuale del matrimonio¹⁶ fa sì che i coniugi possono inserire nell'atto matrimoniale le clausole che devono regolare la vita comune: la loro violazione è motivo di divorzio. Ma anche in assenza di precise clausole contrattuali il codice prevede la possibilità di chiedere il divorzio nel caso di pregiudizio, intendendo per pregiudizio ogni “...atto o comportamento infamante o con-

¹⁵ Sul punto vedesi gli Atti della giornata di studi “Deux ans après la promulgation de la *Moudawanah*” organizzata dal Ministero della giustizia del Regno del Marocco a Rabat il 3 febbraio 2006.

¹⁶ Sul punto vedesi R. N. EL MEKKAOU, *La Moudawanah, Tomo I e Tomo II, 3° edizione*, Rabat, Editions & Impressions Bouregreg, 2009; A. FINOCCHIARO, *Il paradigma contrattuale nel matrimonio islamico*, Barrafranca (EN), Bonferraro Editore, 2012.



I contributi

**“Città in movimento”, Anno XVI (2021), N. 1-2 (ISSN 1971-1190)
(ISSN 1971-1204)**

trario al buon costume che cagioni un danno materiale o morale all'altro coniuge rendendo impossibile la prosecuzione del rapporto matrimoniale”. La nozione di pregiudizio è molto vasta e lascia ampia autonomia ai due coniugi. Essa richiama il concetto di intollerabilità della vita coniugale prevista nel codice italiano. Trattandosi di una vera e propria clausola generale diviene determinante nella sua configurazione l'indirizzo della giurisprudenza, la quale, nei primi pronunciamenti, ha per lo più avuto una posizione restrittiva. Il divorzio sarà possibile nel caso di inadempimento dell'obbligo di mantenimento: il Tribunale, nel caso in specie, anche in presenza di domanda di divorzio, se il coniuge inadempiente è solvibile, autorizza il prelievo necessario per il mantenimento non dando corso al divorzio. Qualora il coniuge inadempiente sia privo di mezzi, gli assegna trenta giorni per effettuare il pagamento, pronunciando nel caso di omissione di pagamento, salvo casi eccezionali e di forza maggiore, il divorzio. Del pari pronuncia il divorzio se il coniuge inadempiente si rifiuta di pagare la somma dovuta. L'assenza del coniuge, sia volontaria che per causa di detenzione è, altresì, causa di divorzio. Il termine minimo nel caso di assenza è di 1 anno: il Tribunale deve verificare l'assenza e la durata e tentare in tutti i modi possibili la localizzazione del coniuge assente per permettere l'instaurazione del contraddittorio. Nel caso di mancata comparizione pronuncia il divorzio. L'assenza per condanna a una pena detentiva superiore a tre anni dà luogo al divorzio dopo un anno dall'inizio della detenzione. Il divorzio è possibile anche per vizio. Il Codice considera vizi che possono compromettere la vita coniugale, vizi che ostacolano i rapporti coniugali e le malattie che mettono in pericolo la vita o la salute dell'altro coniuge, di cui non vi è speranza di cura entro un anno. La domanda di divorzio però è legittima solo in presenza di 2 condizioni: se l'istante non era a conoscenza del vizio al momento della conclusione del contratto matrimoniale o se, pur conoscendone l'incurabilità, non ha accettato manifestamente il vizio. In tali casi il Codice disciplina in maniera minuziosa la restituzione o meno del *sadaq*. Infine, il divorzio nel caso di giuramento di astinenza (*ilâ'*)¹⁷ è un istituto già previsto nel diritto islamico: la nuova *Moudavanah* prevede come dato nuovo l'intervento del Tribunale. Se il coniuge fa giuramento di astinenza dai rapporti sessuali confronti della coniuge o la trascura, quest'ultima può adire il Tribunale, il quale fissa un termine di 4 mesi trascorso il quale, in mancanza di ripensamento, pronuncia il divorzio. Come già detto tutte le procedure di scioglimento del vincolo sono mediate dall'intervento del Tribunale e caratterizzate sempre dal tentativo di conciliazione

- g) Riforma della custodia dei figli e del loro diritto di alloggio e mantenimento.

¹⁷ R. A. PECCOZ – A. FERRARI – A. MORDECHAI RABELLO, *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, di S. FERRARI, (a cura di) Torino, Giappichelli, 2006, pag. 235.



I contributi

**“Città in movimento”, Anno XVI (2021), N. 1-2 (ISSN 1971-1190)
(ISSN 1971-1204)**

La *Moudawanah* ha modificato la disciplina della custodia dei figli dopo lo scioglimento del matrimonio. I figli sono affidati in prima istanza alla madre, poi al padre, infine, alla nonna materna. E' il Tribunale che accerta la capacità di custodia. Raggiunta l'età di 15 anni i figli hanno diritto di decidere il genitore, o in mancanza di genitori, i parenti a cui essere affidati. La donna che ha l'affidamento dei figli non perde automaticamente la custodia nel caso di nuovo matrimonio ma solo al raggiungimento dell'età di 7 anni. Anche in questo caso il minore resta con la madre se il distacco gli causa pregiudizio o se è affetto da handicap. Viene meno però la remunerazione che il precedente coniuge doveva per le spese di alloggio e di mantenimento. Il trasferimento all'interno del Marocco non comporta più la perdita automatica della custodia salvo l'accertamento del Tribunale di cause ostative. Circa le modalità di visita del genitore non affidatario il Codice lascia libertà ai due genitori di concordare le modalità ed i tempi, salvo, in caso di disaccordo, l'intervento del Tribunale che deciderà orari, tempi e luoghi tenendo conto delle circostanze. La *Moudawanah*, innovando rispetto al passato, afferma il diritto del figlio nel caso di divorzio al mantenimento secondo uno standard idoneo a garantirgli il livello socioeconomico uguale a quello che godeva prima del divorzio dei genitori.

h) Riforma della disciplina della filiazione.

Il Marocco ha aderito agli accordi internazionali per la tutela dei diritti del fanciullo. Ciò ha comportato grandi novità in materia di filiazione con forti miglioramenti della condizione dei minori. La *Moudawanah* dà una definizione naturalistica della filiazione affermando che essa “si realizza con la procreazione da parte dei genitori”. Innovando rispetto al passato la *Moudawanah* ammette che la filiazione possa procedere tanto da filiazione legittima, cioè basata sul matrimonio, che da relazione extra matrimoniale: si vuole tutelare il diritto del bambino alla paternità. La filiazione è legittima fino a prova contraria: trattasi di presunzione. Il termine stabilito dal Codice è la gestazione di sei mesi dalla data del matrimonio. La *Moudawanah* introduce la possibilità della madre di riconoscere il figlio naturale. Ulteriore novità introdotta dalla *Moudawanah* è rappresentata dalla possibilità riconosciuta alla donna non sposata di far valere la responsabilità dell'uomo dal quale ha avuto un figlio con qualunque mezzo permesso dalla legge, compreso l'esame del DNA nei cinque anni successivi alla nascita. I figli sono a carico dei genitori e non più del solo padre. La diversità di religione della madre non è più contemplata come causa di perdita della custodia dei figli. In tema di successione, invece, la *Moudawanah* non innova. Il figlio eredita il doppio della figlia e la differenza di culto è causa di impedimento alla successione per la donna. È palese come il diritto successorio sia ancora ancorata a concezioni antiche e sicuramente non più conformi al comune sentire. Oggi è vivo il dibattito¹⁸ per un suo ammodernamento e

¹⁸Cfr. A. LAMRABET *Islam e Femmes: les questions qui fâchent*, Casablanca, En Toutes Lettres, 2017, pp.121-129; H. LEBBAR (a cura di), *Le somme défendent l'égalité en héritage*, Rabat, L'Harmattan 2017; S. BENENCHEKROUN, (a cura di), *L'héritage des femmes*, Casablanca, En Toutes Lettres, 2017;



I contributi

“Città in movimento”, Anno XVI (2021), N. 1-2 (ISSN 1971-1190)
(ISSN 1971-1204)

l'equiparazione di genere anche nel diritto ereditario rappresenta uno degli obiettivi dell'associazionismo femminile. La *Moudawanah* prevede che, per ciò che non è da essa previsto, si fa rinvio alla scuola malikita e all' *Ijtihad* - lo sforzo interpretativo - nell'esercizio del quale si tiene conto dei principi di giustizia, di uguaglianza e di coesistenza armoniosa dell'Islam. Le riforme realizzate in un primo momento hanno incontrato varie difficoltà ad affermarsi sia per la mentalità conservatrice dei giudici sia per l'ignoranza di buona parte del mondo femminile dei diritti riconosciuti dalla *Moudawanah*. Non a caso è stato necessario prevedere delle sezioni specializzate nei Tribunale per la famiglia. La prospettiva aperta dal nuovo Codice di famiglia è stata rafforzata nel 2011 dall'emanazione della nuova Costituzione in senso più liberale e garantista per la tutela dei diritti delle donne e dei minori. Sui dati riguardanti il numero di matrimoni poligamici, di matrimoni di minori e di divorzi in questi anni vi è stata una vera disputa tra il Ministero della giustizia e i dati raccolti dalle Associazioni Femminili¹⁹. Si contesta la troppa facilità con la quale si concedono le autorizzazioni al matrimonio poligamico e al matrimonio dei minori. Tuttavia, la riforma rappresenta sicuramente un forte passo in avanti per le donne. L'approvazione del nuovo diritto di famiglia marocchino si inquadra perfettamente in quella dialettica tutta interna alla storia dell'Islam tra statalizzazione dell'Islam e islamizzazione della società²⁰. Il Regno del Marocco pone l'Islam come religione di Stato, ed attua perciò una statalizzazione dell'Islam che la Costituzione del 2011 ha accentuato facilitando l'estensione dei diritti delle donne. Si tratta di dinamiche che, se osservate con le categorie occidentali, sono incomprensibili, ma che dall'origine hanno caratterizzato lo sviluppo degli ordinamenti islamici.

3. La condizione della donna nella Costituzione del 2011.

Le condizioni ed i motivi che hanno portato al processo di modificazione della Costituzione marocchina del 1996 ed all'entrata in vigore della nuova Costituzione del 2011 sono ben note. Ma per comprendere a pieno il valore e la portata delle innovazioni da essa introdotte nel sistema giuridico marocchino specie per ciò che riguarda i diritti delle donne è opportuno richiamarle. Senza andare troppo indietro nel tempo va tenuto presente che le riforme costituzionali introdotte tra il 1992 ed il 1996 hanno configurato il passaggio del Regno del Marocco da un sistema di governo che possiamo definire una monarchia assoluta ad un sistema di governo configurabile come monarchia costituzionale retta da un sistema parlamentare sicuramente imperfetto di tipo “orleanista”²¹. Infatti, il Re Hassan II, dopo i terribili anni Settanta ed Ottanta, noti come gli

¹⁹ Sul punto vedesi la ricerca posta in essere dalla Associazione per i diritti umani Global Rights “*Promouvoir les droits humains des femmes au maroc, en Algérie et en Tunisie à travers l'utilisation stratégique du contrat de mariage*”, Rabat, 2011.

²⁰ C. SBAILO', *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo. Linee evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto*, Padova, CEDAM 2015, pagg. 52-55; C. SBAILO', *I diritti di Dio*, Padova, 2016, pagg. 61-64..

²¹ Vedesi M.Oliviero, *Il costituzionalismo dei paesi arabi*, Milano, Giuffrè Editore, 2003, pag. 59-64.



I contributi

**“Città in movimento”, Anno XVI (2021), N. 1-2 (ISSN 1971-1190)
(ISSN 1971-1204)**

“anni di piombo marocchini”, in conseguenza degli effetti della caduta del muro di Berlino e del clamore internazionale suscitato dalla diffusione delle notizie relative allo stato dei diritti dell’uomo ed ai metodi repressivi utilizzati²², negli anni novanta apre all’opposizione²³ ed acconsente alla revisione della Costituzione avviando un processo di democratizzazione. Secondo il testo della Costituzione del 1996 il Governo, a differenza del passato, non risponde solo al Re, ma anche al Parlamento di cui deve avere la fiducia. Il Parlamento diviene un elemento fondante del sistema politico pur rimanendo il Re il fulcro centrale e l’attore politico principale. Il Re, infatti, quale Capo dello Stato e Comandante dei Credenti, “*Amir al Mouminin*”, in un sistema che fa dell’islam, secondo la scuola malikita, la religione di Stato, rimane depositario dei poteri fondamentali in tutti i settori dello Stato²⁴ con conseguente attenuazione del principio della separazione dei poteri. In materia di diritti delle donne, nonostante l’attività di rivendicazione dell’associazionismo femminile nulla recepisce, limitandosi a riprodurre, all’art. 8, la Costituzione del 1962: “Uomini e donne devono godere degli stessi diritti politici. Sono elettori tutti i cittadini maggiorenni dei due sessi che godono dei diritti civili e politici”. Non vi è altra traccia di riferimento ai diritti delle donne o di misure da prendere per eliminare la loro discriminazione. Di ben altro tenore la Costituzione del 2011 il che ha portato alcuni a definire tale Costituzione come una Costituzione “femminista”. L’emanazione della Costituzione del 2011 è stata provocata, a detta di alcuni, dallo scoppio dei moti popolari, poi denominati come “primavera araba”, che, partiti dalla Tunisia, rapidamente si sono estesi a tutto il mondo arabo ed hanno trovato in Marocco espressione nelle proteste del “movimento 20 febbraio”. Il Re Mohammed VI, per far fronte alle proteste, forte anche di un sostegno popolare

²² Vedesi P. VERMEREN, *Histoire du Maroc depuis l’indépendance*, Parigi, La Découverte 2016, pagg. 86-90.

²³ L’opposizione è costituita di partiti di sinistra, dai nazionalisti e dall’islam politico. A partire dal 1970 l’*Istiqlal*, il partito nazionalista attore principale nella lotta al colonialismo francese, insieme all’UNFP nato dalla scissione della corrente di sinistra dell’*Istiqlal*, danno luogo alla *Koutla* un fronte di opposizione cui si aggiungerà poi USFP nata dalla scissione dell’UNFP. Il fonte comune di opposizione, la *koutla*, ricostituita negli anni Novanta, è l’attore principale della trattativa con il Re Hassan II per il processo di riforma del sistema che sfocerà nella partecipazione al governo presieduto dal socialista Abderrahmane Yousoufi con la presenza per la prima volta della sinistra dell’USFP e del PPS, oltre all’*Istiqlal*. Tale governo pone le basi delle riforme sociali e porta avanti la trattativa PANIFD, il piano d’azione per l’integrazione delle donne nello sviluppo, finalizzato al rafforzamento dei diritti delle donne sul piano giuridico, politico ed istituzionale.

²⁴ Per l’art. 42 della nuova Costituzione del 2011 “Il Re è il Capo dello Stato, suo rappresentante supremo, simbolo dell’unità, garante della perennità e della continuità dello Stato, arbitro supremo delle sue istituzioni...”. Per l’art. 46 della Costituzione afferma che “la persona del Re è inviolabile e gli è dovuto rispetto”. Nel vecchio testo della Costituzione si affermava che “la persona del Re è sacra e inviolabile”.



I contributi

**“Città in movimento”, Anno XVI (2021), N. 1-2 (ISSN 1971-1190)
(ISSN 1971-1204)**

acquisito grazie all'intensificazione del processo di riforme iniziato²⁵ negli anni Novanta, ma accelerato con la sua ascesa al potere nel 1999, avrebbe utilizzato il processo di revisione costituzionale per attutire e sgonfiare il malcontento incanalandolo per le vie istituzionali. Il che avrebbe permesso alla Monarchia, pur cedendo dei poteri importanti, di restare comunque il perno della determinazione delle politiche generali²⁶. Al di là delle ricostruzioni che rimangono sempre opinabili è vero che il sistema ha conosciuto la completa parlamentarizzazione²⁷. Inoltre, l'ampliamento ed il rafforzamento del sistema di tutela dei diritti hanno portato gli osservatori internazionali a dare una valutazione positiva della Costituzione del 2011. Per la materia che qui interessa è chiaro che la prospettiva è del tutto cambiata rispetto al passato. La parità uomo-donna è considerata un obiettivo costituzionale. L'art. 6 Cost. prevede che i poteri pubblici debbano adoperarsi per creare le condizioni idonee a rendere effettivi i principi di libertà e di uguaglianza “delle cittadine e dei cittadini” nonché la loro partecipazione alla vita politica, economica, culturale e sociale. Sulla stessa linea l'art. 19 afferma: “L'uomo e la donna godono, in condizioni di eguaglianza, dei diritti e delle libertà a carattere civile, politico, sociale, culturale e ambientale sanciti dal presente Titolo e dalle altre disposizioni della Costituzione, nonché dalle convenzioni e patti internazionali debitamente ratificati dal Marocco, nel rispetto delle disposizioni della Costituzione, delle consuetudini del Regno e delle sue leggi. Lo Stato si adopera per la realizzazione della parità fra uomini e donne. È istituita, a tal fine, una Autorità per la parità e la lotta contro tutte le forme di discriminazione”. L'articolo è posto all'inizio del titolo II dedicato alle Libertà ed ai Diritti Fondamentali a testimonianza dell'importanza riconosciuta alla parità uomo-donna, consacrato espressamente dalla Costituzione come principio costituzionale cui rivolgere tutti gli sforzi per renderlo effettivo. Tutta la Costituzione rimarca e richiama la parità uomo-donna, equiparando le cittadine ed i cittadini. Così in materia di partiti politici che devono formare le “cittadine ed i cittadini” (art. 7 Cost.), in materia di presentazioni di “mozioni e in materia legislativa” quale diritto spettante a “cittadine ed i cittadini” (art. 14 Cost.), e lo stesso dicasi per la presentazione di petizioni (art. 15 Cost.), nonché per la protezione dei diritti e degli interessi legittimi delle “cittadine e dei cittadini” residenti all'estero (art. 16 Cost.). Spetta alle “cittadine ed ai cittadini” il diritto di accedere alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni, le istituzioni elettive e gli organismi titolari di servizi pubblici (art. 27 Cost.). Stessa cosa per l'elettorato attivo e passivo previsto dall'art. 30 Cost, che te-

²⁵ Prima della riforma della Costituzione erano stato approvato, come detto, il nuovo Codice della Famiglia nel 2004, era stata istituita *l'instance équité et réconciliation* per chiudere con gli “anni di piombo” e lanciata *l'initiative nationale pour le développement humain*, istituito il *Conseil économique et social* nel 2011, messa in atto la riforma delle autonomie locali e del sistema religioso.

²⁶ Cfr. C. DRIGO, *La Costituzione del Marocco*, in L. Mezzetti (a cura di) *Codice delle Costituzioni*, Milano Assago, Wolters Kluwer Cedam, 2016, pag. 383.

²⁷ Vedesi C. SBAILO', *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo*, Milano Assago, Wolters Kluwer Cedam, 2015, pagg. 59 - 63.



I contributi

**“Città in movimento”, Anno XVI (2021), N. 1-2 (ISSN 1971-1190)
(ISSN 1971-1204)**

stualmente recita “La legge prevede disposizioni che favoriscono l’uguale accesso delle donne e degli uomini alle funzioni elettive” aggiungendo che gli stranieri godono delle libertà riconosciute alle “cittadine ed ai cittadini” marocchini. Ancora, lo Stato, gli enti pubblici e le collettività territoriali mobilitano tutti i mezzi a disposizione per facilitare l’uguale accesso delle “cittadine e dei cittadini” alle condizioni che permettano loro di godere dei diritti alla cura, alla salute, alla protezione sociale, alla copertura medica, ed alla solidarietà mutualistica organizzata dallo Stato; ad una educazione moderna, accessibile e di qualità; alla formazione professionale, al lavoro, all’accesso alla funzione pubblica secondo il merito, all’accesso all’acqua ed ad un ambiente sano; allo sviluppo duraturo (art. 31 Cost.). L’equiparazione di “cittadine e cittadini” riguarda la materia dei doveri loro spettanti ex art. 37 e 38 Cost., la materia della partecipazione agli organismi dei Consigli regionali e collettività territoriali e la formazione dei loro programmi di sviluppo ex art. 139, e 146 Cost... I servizi pubblici sono organizzati sulla base dell’uguale accesso delle “cittadini e dei cittadini” (art. 154). Il Consiglio Nazionale dei Diritti dell’Uomo, istituzione pluralista ed indipendente, ha tra le sue funzioni la preservazione della dignità, dei diritti e delle libertà individuali e collettive delle “cittadine e dei cittadini” (art. 161). E’ palese come l’impianto della nuova Costituzione, nell’ambito del processo di democratizzazione del sistema, accoglie le istanze delle associazioni femminili che rivendicano la parità di genere rappresentando uno spartiacque rispetto al passato.

4. Le disposizioni della legge sulla Corte Costituzionale e la decisione n. 943.14 del 25 luglio 2014 del Consiglio Costituzionale

Vediamo ora di esaminare il caso di studio esposto in premessa. L’art. 2 della legge organica n. 66-13 relativa alla Corte Costituzionale, richiamando il dettato dell’art. 130 Cost., prescrive le modalità di scelta dei 12 componenti della Corte: sei membri sono designati dal Re, di cui un membro proposto dal Segretario generale degli Ulema, sei membri sono eletti, metà dalla Camera dei Rappresentanti e metà dalla Camera dei Consiglieri a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera. Il comma 4 di questo articolo espressamente prevede il rispetto della rappresentanza delle donne nelle categorie suddette. Tale norma è stata ritenuta illegittima dal Consiglio Costituzionale perché non conforme al preambolo ed al comma 1 dell’art. 6 della Costituzione che prevedono il principio di uguaglianza davanti alla legge e vietano tutte le forme di discriminazione fondata sul sesso. Secondo il Consiglio Costituzionale il legislatore non è abilitato a prevedere e garantire a uno dei due sessi un tasso di presenza predefinito nella funzione pubblica. L’accesso alla Corte Costituzionale è possibile, secondo il Decidente, se si è in possesso dei requisiti previsti dall’art. 130 Cost. secondo il quale i membri della Corte Costituzionale sono scelti tra le personalità che dispongono di una alta formazione nel campo giuridico e di una competenza giudiziaria, dottrinale o amministrativa avendo esercitato la loro professione da più di quindici anni e siano riconosciuti per la loro imparzialità e probità. Ne consegue, secondo il Decidente, che la rappresentanza delle donne in seno alla Corte Costituzionale è possibile solo



I contributi

**“Città in movimento”, Anno XVI (2021), N. 1-2 (ISSN 1971-1190)
(ISSN 1971-1204)**

se, in presenza dei requisiti richiesti, presentata la proposta o la domanda, vi è la nomina o l'elezione non essendo legittima una disposizione normativa che preveda un tasso prefissato di genere o una forma di discriminazione positiva. E ciò vale sia per gli uomini che per le donne.

5. Le precedenti decisioni del Consiglio Costituzionale in materia di parità uomo donna.

In materia di riserva di rappresentanza femminile il Consiglio Costituzionale ha preso importanti decisioni di segno opposto rispetto alla decisione 943.14 del 25 luglio 2014. Nel 2002 ha validato la legge organica relativa alle elezioni della Camera dei Rappresentanti che prevedeva un tasso di rappresentanza di genere, facendo passare la presenza femminile da 2 membri a 30 membri nella lista elettorale nazionale. Nel 2011 la suddetta legge organica è stata modificata venendo incontro al clima istaurato dai riflessi della cosiddetta “primavera araba”, che ha provocato in Marocco l'entrata in vigore della nuova Costituzione e l'apertura ad una logica di forte partecipazione. La modifica ha previsto una specifica lista nazionale con la presenza di 60 donne e 30 giovani. Il Consiglio Costituzionale esita positivamente le modifiche senza contestare le norme alla previsione delle suddette categorie e non facendo alcun riferimento alla concezione universalista francese dell'eguaglianza che non ammette frammentazione della sovranità né differenziazioni della rappresentanza. Nel 2014 la legge organica relativa alla Corte Costituzionale, sull'onda delle affermazioni di principio della Carta Costituzionale del 2011, impegna i due rami del Parlamento alla riserva di rappresentanza di genere nella scelta dei componenti della Corte Costituzionale. Il Consiglio Costituzionale, distaccandosi dalle posizioni sopra menzionate, con la predetta decisione 943.14, invalida la norma che si ispira alla parità uomo donna per le motivazioni seguenti: la rappresentanza delle donne in seno alla Corte viola il principio di non discriminazione e di uguaglianza davanti alla legge, il legislatore non può determinare una soglia, la Costituzione ha previsto per i membri della Corte Costituzionale delle condizioni professionali ed etiche specifiche non prevedendo la parità di genere: Secondo il Consiglio la discriminazione positiva non riguarda le funzioni pubbliche, essa è valida (*évoquée*) per le elezioni e non per le nomine. E' opportuno analizzare gli argomenti del Consiglio Costituzionale in maniera analitiche per verificarne la loro fondatezza: il principio di non discriminazione, l'uguaglianza davanti alla legge, il legislatore non può determinare una soglia, la Costituzione ha previsto dei criteri specifici e non la parità, la discriminazione positiva non riguarda le funzioni pubbliche.

6. Gli argomenti utilizzati dal Consiglio Costituzionale: il principio di non discriminazione

Certamente è un principio di carattere democratico ed umanista che può far nascere forti dubbi circa la questione delle quote di genere e della discriminazione positiva. Tuttavia, bisogna considerare il principio di non discriminazione come un obiettivo che per essere realizzato necessita la messa in opera di misure straordinarie: tale può esser il principio di discriminazione positiva. Il Consiglio Costituzionale nella decisio-



I contributi

**“Città in movimento”, Anno XVI (2021), N. 1-2 (ISSN 1971-1190)
(ISSN 1971-1204)**

ne non tiene in nessun conto le convenzioni internazionali ignorando il valore e la forza normativa che il preambolo della Costituzione attribuisce ad esse una volta ratificate. Il preambolo, che è parte integrante della Costituzione, come afferma testualmente, sancisce la supremazia delle convenzioni internazionali ratificate rispetto al diritto interno. In effetti l'art. 4 della CEDAW, la convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna, adottata dall'ONU nel 1979 ed entrata in vigore nel 1981, cui il Marocco ha aderito nel 1992 anche se con delle riserve, precisa che “L'adozione, da parte degli Stati, di misure temporanee speciali, tendenti ad accelerare il processo di instaurazione di fatto dell'eguaglianza tra gli uomini e le donne non è considerato atto discriminatorio.....” aggiunge, inoltre, l'art. 7 “ Gli Stati parte prendono ogni misura adeguata ad eliminare la discriminazione nei confronti delle donne nella vita politica e pubblica del paese ed, in particolare, assicurano loro, in condizioni di parità con gli uomini, il diritto: a)..... b) di prendere parte alla elaborazione della politica dello Stato ed alla sua esecuzione, di occupare gli impieghi pubblici e di esercitare tutte le funzioni ad ogni livello di governo”. Come è evidente il ragionamento del Decidente in proposito non tiene in conto alcuno i principi affermati nella CEDAW che sicuramente avrebbero giustificato la norma cassata, rendendola perfettamente legittima dal punto di vista costituzionale.

6.1 Gli argomenti utilizzati dal Consiglio Costituzionale: l'uguaglianza davanti alla legge.

Il Consiglio Costituzionale richiama il principio di uguaglianza davanti alla legge. E' possibile ribattere che l'uguaglianza davanti alla legge è una cosa, ma che l'uguaglianza nella o per legge è una cosa diversa. L'uguaglianza davanti alla legge riguarda il giudice, l'uguaglianza nella legge o per legge riguarda il legislatore che può, come nel caso in esame, mediante misure di discriminazione positiva ristabilire l'uguaglianza o tendere a stabilirla.

6.2 Gli argomenti utilizzati dal Consiglio Costituzionale: il legislatore non è abilitato a stabilire (garantire) preliminarmente un tasso determinato all'uno o l'altro dei due sessi nella funzione pubblica.

Si evidenzia come tale affermazione è contraddittoria rispetto alla posizione che il Consiglio Costituzionale ha precedentemente assunto. Infatti, il legislatore ha, nella legge elettorale per le elezioni politiche, previsto e garantito un tasso determinato di presenza di 60 donne e 30 giovani ed il Consiglio Costituzionale nulla ha avuto da ridire in seno di controllo di legittimità costituzionale. Trattasi di materia elettorale, ma non vi è alcun divieto che limita la previsione normativa di quote garantite in base al sesso o all'età alla sola sfera elettorale! Per i giovani e le donne il Consiglio Costituzionale ha fatto un controllo di opportunità/proporzionalità affermando che non c'erano abbastanza giovani e donne in Parlamento, e che bisognava rimediare a tale fatto trattandosi di realizzare un obiettivo di sviluppo politico del paese. In sede di validazione delle liste elettorali, addirittura il controllo di opportunità e proporzionalità, che pre-



I contributi

**“Città in movimento”, Anno XVI (2021), N. 1-2 (ISSN 1971-1190)
(ISSN 1971-1204)**

senta aspetti ragguardevoli di invasività, si spinge anche a giustificare la non sottoposizione delle donne ai limiti d'età. Testualmente il Consiglio Costituzionale afferma: “la Haute instance considère que la non soumission des femmes candidates à la condition d'âge à la différence des hommes candidats tend à ouvrir pour elles le plus largement possible l'accès aux fonction sélectives, en raison de leur situation dans la société marocaine”. Se è quello appena esposto il ragionamento del Consiglio Costituzionale è possibile pensare che dopo tre anni, al momento del sindacato di legittimità della legge sulla Corte Costituzionale, la situazione si sia evoluta al punto da ritenere non necessaria il ricorso a misure compensatorie costituite dalle forme di discriminazione positiva? Lo stesso giudice delle leggi sempre a proposito delle liste donne e giovani afferma che “est dans la limite de 22% du total des sièges de la Chambre des représentants, ce qui met ce moyen en adéquation avec l'objectif constitutionnel poursuivi.....”. E' chiaro che sorge spontaneo la domanda: se nella decisione del 2011, validando la partecipazione dei giovani e delle donne il Consiglio argomenta affermando che la partecipazione dei giovani e delle donne è un obiettivo da perseguire ai fini dello sviluppo politico del paese perché tre anni più tardi non è stata valutata la presenza femminile negli stessi termini di obiettivo da raggiungere per lo sviluppo del paese?

6.3 Gli argomenti utilizzati dal Consiglio Costituzionale: il Consiglio ritiene che la qualità di membro della Corte Costituzionale sia esclusivamente determinata dalla presenza dei criteri sostanziali previsti dall'art. 130 della Costituzione.

Una ultima considerazione va fatta con riferimento ai requisiti che il Consiglio Costituzionale ritiene esclusivi per l'accesso, mediante nomina o elezione, alla Corte Costituzionale enunciati dall'art 130 della Costituzione: disporre di una alta formazione nel campo giuridico e di una competenza giudiziaria, dottrinale o amministrativa avendo esercitato la loro professione da più di quindici anni ed essere riconosciuti per imparzialità e probità. L'interpretazione dell'art. 130 Cost. non può essere isolata dal contesto cointegrato normativo dettato dalla Costituzione essendo necessaria una lettura olistica della Costituzione. La considerazione dei tre criteri previsti dall'art. 130 della Costituzione, qualificazione professionale, esperienza e condizioni etiche, deve essere coniugata al principio di parità uomo donna che emerge dall'art. 19 Cost. che resta la pietra angolare della questione uguaglianza di genere. Infatti, se si menzionano solo i tre criteri suddetti e non si fa riferimento nella loro applicazione al principio di parità si può pensare che il Costituente abbia voluto estraniare solo la Corte Costituzionale dalla logica della parità. Affermazione quest'ultima che non trova fondamento alcuno e che, anzi, è contraddetta dal carattere di norma generale dell'art. 19 della Costituzione.

7. Le diverse possibili letture

Conclusivamente si può a buon diritto affermare che la decisione del Consiglio Costituzionale, per quanto abbia fondamento, ben poteva essere di segno opposto con altrettanta legittimità costituzionale. L'interpretazione dell'art. 19 come norma immediatamente precettiva e la parità di genere come un obiettivo costituzionale vincolante in



I contributi

**“Città in movimento”, Anno XVI (2021), N. 1-2 (ISSN 1971-1190)
(ISSN 1971-1204)**

tutte le materie, avrebbe avuto come conseguenza il legittimo generale utilizzo della di discriminazione positiva: Si pensi, oltre alla materia elettorale e alla rappresentanza negli organi locali di governo, anche alle norme sulla la rappresentanza nel Consiglio superiore del potere giudiziario e la sulla composizione della Corte Costituzionale. La presenza delle donne nella Corte Costituzionale sarebbe fondamentale in funzione dell'affermazione della parità di genere in tutti i settori. E' evidente che il Consiglio Costituzionale cassando la riserva di genere in seno alla Corte Costituzionale ha assunto una posizione che presenta ben chiari profili “politici”. Del resto, i giudici costituzionali non sono semplici giudici ordinari. Essi sono dei giudici particolari nel senso che il loro operato ha una ricaduta “politica” in senso lato sull'ordinamento. Si pensi alle decisioni in materia di pena di morte, orientamento sessuale, diritti di libertà ecc. Si pensi alle pronunce della Corte Costituzionale egiziana che hanno inciso profondamente in termini di ammodernamento del sistema²⁸. Si comprende, quindi, come una presenza significativa delle donne nella Corte Costituzionale marocchina avrebbe avuto sicuramente un impatto notevole su tanti temi delicati dove vigono ancora i principi sciaraitici. La decisione del Consiglio Costituzionale è, in termini di parità uomo donna, una evidente battuta d'arresto rispetto Costituzione del 2011.

* Docente a contratto di Diritto pubblico comparato, Università degli studi di Enna “Kore”.

[pervenuto: 31 agosto 2021]

²⁸ Cfr.. C. SBAILLO', *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egiziano*, Milano Assago, Wolters Kluwer Cedam, 2012, pagg. 205-220.