

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI ROMA

TOR VERGATA

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

Dottorato di Ricerca in Sistema Giuridico Romanistico e Unificazione del Diritto

XX CICLO (2004/2005)

Tesi di dottorato

***L'EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO MATRIMONIALE IN ITALIA,
TUNISIA E MAROCCO: PROFILI COMPARATIVI***

IL RELATORE

Prof. Massimo Papa

IL DOTTORANDO

Dott. Roberto Iozzo

Matr. 1595

Anno Accademico 2006/2007

L'evoluzione dell'istituto matrimoniale in Italia, Tunisia e Marocco: profili comparativi

Introduzione

Il diritto divino. Le categorie di riferimento.....p. 6

Capitolo I

Brevi considerazioni sul diritto canonico e sul diritto musulmano.

Alcune note per un confrontop. 16

1. Il diritto della cristianità p. 17

2. La nascita del diritto canonico classico.....p. 20

3. L'ordinamento giuridico canonico.....p. 22

4. La storia del diritto musulmano dalle origini ad oggi.....p. 25

5. La *Sharī'a* e la sua scienza (il *Fiqh*).....p. 33

6. Somiglianze e differenze tra il diritto musulmano e il diritto canonicop. 47

Capitolo II

Il vincolo matrimoniale nella prospettiva storica occidentale

ed in quella dei Paesi islamici.....p. 53

1. L'evoluzione storica del matrimonio in Occidente.....p. 54

-La tradizione giuridica romana.....p. 54

-Gli inizi della dottrina cristiana del matrimonio.....p. 62

-Il matrimonio nel medioevo.....p. 65

-Il matrimonio nell'età moderna.....p. 71

-Il matrimonio nell'epoca contemporanea.....p. 78

2. Il matrimonio nell' <i>Islām</i>	p. 85
-Considerazioni generali.....	p. 85
-Le fonti <i>malikite</i> del diritto matrimoniale musulmano.....	p. 88
3. L' influsso della modernizzazione sulla disciplina del matrimonio nei Paesi islamici.....	p. 105

Capitolo III

Il matrimonio canonico	p. 115
1. Considerazioni generali.....	p.115
2. La formazione del legame matrimoniale.....	p. 123
-Requisiti per la valida costituzione del matrimonio.....	p. 123
-La forma di celebrazione del matrimonio.....	p. 136
-La convalidazione del matrimonio.....	p. 139
3. Effetti del matrimonio.....	p. 141
-Effetti della valida celebrazione del matrimonio nei riguardi dei coniugi e dei figli.....	p. 141
-La separazione personale.....	p. 144
-Gli effetti civili del matrimonio canonico.....	p. 145
4. Lo scioglimento del matrimonio.....	p. 151
-La dispensa dal matrimonio rato e non consumato; il privilegio paolino.....	p. 151
-La soluzione delle poligamie e delle poliandrie: il c.d. privilegio petrino.....	p. 155

Capitolo IV

Il metodo comparativo applicato al matrimonio canonico e musulmano	p. 157
---	--------

Capitolo V

Il matrimonio negli ordinamenti statuali di Tunisia e Maroccop. 161

Tunisia..... p. 161

1. Considerazioni generali.....p. 161

2. La formazione del legame matrimoniale.....p. 163

-Il fidanzamento.....p. 163

-Le condizioni sostanziali (l'età, il consenso, gli impedimenti).....p. 165

-Le condizioni formali.....p. 171

-Sanzioni per l'inosservanza delle condizioni sostanziali e formali.....p. 173

3. Effetti del matrimonio.p. 174

-Rapporti personali tra coniugi.....p. 174

-Rapporti patrimoniali tra coniugi.....p. 175

-I disaccordi tra gli sposi.....p. 178

-Effetti del matrimonio rispetto ai figli.p. 179

4. Lo scioglimento del matrimonio.....p. 181

-Diritto tunisino e tradizione musulmana.....p. 181

-Il divorzio: cause, procedimento ed effetti.....p. 183

Marocco.....p. 190

1. Considerazioni generali.....p. 190

2. La formazione del legame matrimoniale.....p. 192

-Il fidanzamento.....p. 192

-Le condizioni sostanziali.....p. 193

-Le condizioni formali.....p. 195

-Sanzioni per l'inosservanza delle condizioni sostanziali e formali.....p. 197

3. Effetti del matrimonio.	p. 198
-Rapporti personali tra coniugi.....	p. 198
-Rapporti patrimoniali tra coniugi.....	p. 200
-Effetti del matrimonio rispetto ai figli.....	p. 201
4. Lo scioglimento del matrimonio.....	p. 203
-Il divorzio: cause, procedimento ed effetti.....	p. 204
-Il ripudio: procedimento ed effetti.....	p. 206

Capitolo VI

Il matrimonio civile italiano	p. 209
1. La formazione del legame matrimoniale.....	p. 211
2. Effetti del matrimonio.....	p. 214
3. Lo scioglimento del matrimonio.	p. 219

Capitolo VII

I problemi scaturenti dalla pluralizzazione dei modelli matrimoniali coesistenti in Italia	p. 226
1.Considerazioni introduttive.....	p. 226
2. Punti di attrito.....	p. 229
3. Soluzioni possibili.....	p. 238
Bibliografia	p. 248

INTRODUZIONE

Il diritto divino. Le categorie di riferimento

“*La loi fut d’abord une partie de la religion*”: è con queste parole che lo storico francese del XIX secolo *Fustel de Coulanges* nella sua opera *La Cité antique*, espresse il rapporto tra diritto e religione¹; è dall’esame di questo rapporto che ritengo si debba partire per analizzare il fenomeno del diritto divino. Le riflessioni che ne scaturiscono serviranno a comprendere meglio quanto si dirà a proposito dei due diritti religiosi che interessano in modo particolare, e cioè il canonico ed il musulmano². Ciò a sua volta consentirà di definire il quadro generale al cui interno è collocato l’oggetto della ricerca: l’istituto del matrimonio così come inteso e disciplinato nella società occidentale, in modo particolare italiana, ed in quella dei Paesi islamici, in modo particolare in Tunisia e Marocco.

Occorre subito evidenziare che lo studio del matrimonio musulmano nell’ambito dei due differenti ordinamenti statuali deriva dal fatto che la sua disciplina anche se si fonda su un complesso di norme di origine sacra, è stata con il tempo variamente riformulata nelle leggi dei diversi Stati islamici.

Le preoccupazioni religiose hanno da sempre influenzato l’agire dell’uomo; se agli albori di ogni società l’adorazione degli dei non permetteva una netta separazione tra questa attività e le altre, nelle quali rientrava quindi anche quella giuridica³, con il passare del tempo per alcune di queste società si registrò una laicizzazione del diritto, cioè la perdita, o quanto meno un ridimensionamento della sua portata religiosa. Se questa si esprimeva anche nella monopolizzazione della sapienza giuridica da parte di quelle caste dedite al culto, alle quali era dunque affidato il compito di determinare ed individuare le regole di comportamento della comunità, la laicizzazione del diritto si espresse nella perdita da parte di dette caste del potere loro attribuito.

¹ Fustel de Coulanges, *La cité antique: études sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*, 21. ed., Paris, Librairie Hachette, 1923, p. 218.

² Il termine «musulmano» è il participio di un verbo arabo, che significa essere devoti a Dio. Da esso deriva anche «*Islām*», ossia «ciò che è opera di un musulmano»; l’azione di colui che si abbandona e si sottomette interamente a Dio.

³ Per tutti, Henry Sumner Maine, *Diritto antico*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 7 e ss., traduzione italiana a cura di Vincenzo Ferrari.

Così ad esempio il diritto arcaico della società romana era completamente imbevuto di religione e di sacrificio, controllato dai Pontefici al pari di ogni altra conoscenza rilevante per il popolo⁴; solo con il trascorrere del tempo questi persero le facoltà di cui erano custodi che passarono ai giuristi laici, cioè a soggetti la cui autorevolezza si fondava non più sulla carica rivestita ma sulle conoscenze tecniche acquisite, le quali, contemporaneamente a tale processo di sostituzione dei soggetti abilitati a esprimere il diritto, avevano perso la componente magico-religiosa per attestarsi su un piano di razionalità sempre più consistente⁵.

Tuttavia anche se gradatamente si imposero forme di produzione del diritto non più legate ad una volontà sovranaturale, l'identità religiosa delle varie società non fu mai completamente sopita; pertanto la presenza di un diritto religioso, da intendersi come diritto fondato su una rivelazione divina⁶, accompagnò e accompagna sempre l'uomo nel corso della sua esistenza. Le società islamiche, addirittura, come si vedrà a breve, si caratterizzano "per un nascere religioso-politico segnato da un *dna* specifico di indistinzione tra le due categorie"⁷. Anche al diritto di queste società ben si adatta la definizione romana di *ius* come *ars boni et aequi*, nonché quella di *iurisprudentia* come *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (Ulpiano, D. 1.1.1 pr. e Ulpiano, D. 1.1.10.2), definizioni che in modo chiaro esprimono la dimensione religiosa del diritto⁸.

Come evidenziò *Max Weber* nella sua famosa opera *Economia e società*, "in taluni casi la separazione tra precetti laici e diritto sacro poteva non aver luogo perdurando la mescolanza specificamente teocratica di aspirazioni religiose e rituali con aspirazioni

⁴ Fritz Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, Sansoni, 1968, p. 19 e ss., traduzione italiana a cura di Guglielmo Nocera. Mario Bretone, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, Laterza, 1997, 4 ed., p. 107 e ss..

Paolo Gallo. *Grandi sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1997, pag. 42.

⁵ Anche Andrew Huxley è incline ad includere il diritto romano tra i diritti religiosi. Si legga a tal proposito quanto da lui scritto su *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, 2001/1, Bologna, Il Mulino, 2001: *Si può parlare di sistemi giuridici religiosi?* p. 195, traduzione italiana a cura di Silvia Pasquetti. Chiaramente anche per questo autore ciò vale per la fase arcaica del diritto romano e per i primi secoli della Repubblica. Per il successivo processo di laicizzazione del diritto romano si veda per tutti Federico D'Ippolito, *Giuristi e sapienti nella Roma arcaica*, Roma-Bari, Laterza, 1986.

⁶ per alcuni autori però, come Silvio Ferrari nel suo scritto *Lo spirito dei diritti religiosi*, Bologna, il Mulino, 2002, p. 28, per diritto religioso deve intendersi il diritto che nasce e si sviluppa all'interno di una comunità religiosa, che pertanto non deve essere necessariamente di origine rivelata.

⁷ Romano Bettini, *Sociologia del diritto islamico*, Milano, F. Angeli, 2004, p. 14.

Si veda anche Alessandro Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 340 e ss., nonché, Francesco Castro e Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *I Paesi musulmani*, in *Che cos'è il diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 137-150.

⁸ Francesco Castro e Pierangelo Catalano, *La condition des "autres" dans les systèmes juridiques de la méditerranée*, CNR, Roma, Isprom/Publisud, 2001, p. 13 e 14.

giuridiche”⁹. Ciò si rinveniva e si rinviene ancora oggi soprattutto in India, in Cina e come appena detto nei Paesi di religione islamica.

Nella realtà contemporanea si assiste ad un processo di rivalutazione dell’importanza dei diritti religiosi nel contesto della struttura pluralista che caratterizza, in modo più o meno evidente, tutti gli ordinamenti giuridici.

Tali diritti religiosi presentano secondo parte della dottrina¹⁰, particolarità tali da giustificare una loro autonoma classificazione tra le varie «famiglie» di «sistemi giuridici».

Prima di verificare tale posizione dottrinale nonché quelle che da questa si discostano, ritengo opportuno illustrare brevemente i concetti fondamentali della sistemologia giuridica testé citati: il sistema giuridico, l’ordinamento giuridico e la famiglia giuridica.

Il «sistema giuridico» è *species* del genere «sistema»; se l’espressione «sistema» in generale designa un complesso di elementi interdipendenti che formano un tutto, il «sistema giuridico» in particolare è un insieme di istituzioni, di norme. In questo senso la locuzione «sistema giuridico» sarebbe l’equivalente di «ordinamento giuridico»¹¹.

L’«ordinamento giuridico» nella sua accezione più piena e completa è il più vasto aggregato di norme afferente ad una società¹².

Tale ricostruzione non è però condivisa da tutti gli studiosi giacché vi è anche chi sostiene che il sistema giuridico non debba intendersi come fondato solo su caratteri giuridico-formali ma come entità che prende in considerazione anche realtà importanti come quelle etiche, ideologiche, economiche¹³. Pertanto la categoria «sistema giuridico» è più composita e complessa di quella di «ordinamento

⁹ Max Weber, *Economia e società, III: Sociologia del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981, p. 132.

¹⁰ Si veda per esempio Jean Passicos, *Droit canonique et droit comparé aujourd’hui. Renouveau d’une problématique*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1, 1981, pp. 17-31.

Si veda anche Michel Fromont, *Grands systèmes de droit étrangers*, 4^o édition, Paris, Dalloz, 2001, pp. 5 e 6.

¹¹ *Amplius*, Franco Modugno, *Sistema Giuridico* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIX, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1993, par. 1.1.1, p. 1 e par.1.1.3, p. 2. Si veda sull’argomento anche Michel Troper, *Système juridique et Etat*, in *Archives de philosophie du droit*, tome 31, 1986, pp. 29-44; nonché Eric Agostini, *Droit comparé*, Paris, Presses universitaires de France, 1988, p. 28 e ss.

¹² *Amplius*, Elio Fazzalari, *Ordinamento giuridico* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXI, cit. 1990, par. 3.9, p. 5.

¹³ Si veda per esempio Marc Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d’introduction générale à l’étude comparative des droits*, Neuchâtel, Ides et calendes, 1971, p. 39 ss.. Léontin-Jean Costantinesco, *Traité de droit comparé, I*, Paris, Pichon et Durand-Auzies, 1972, p. 46 e ss.

giuridico»¹⁴. Quest'ultimo, nel significato appena riportato, mal si presta a rappresentare alcune realtà umane soprattutto non occidentali, a differenza del concetto di sistema giuridico che invece meglio le esprime.

La realtà ci mostra come un sistema giuridico particolarmente articolato può essere caratterizzato da una pluralità di ordinamenti giuridici; se si prende il caso del Marocco è possibile rendersi conto come all'interno del suo sistema giuridico coesistano almeno tre ordinamenti giuridici: gli "usi" e i "costumi", le "prescrizioni musulmane", il "diritto francese"¹⁵.

Per quanto riguarda invece l'Occidente, al fine di evidenziare l'ampiezza del termine «sistema» rispetto a quello che deriva dal latino «*ordo*» cioè ordine, disposizione ordinata, quindi «ordinamento» come somma ordinata di norme, di principi, di concetti, "particelle giuridiche elementari" per usare la terminologia del Costantiniano¹⁶, è possibile prendere in considerazione il concetto di diritto comune durante il medioevo e l'età moderna. "Lo *ius commune* designò il sistema nel quale si componevano molteplici norme, di varia fonte e di vigore diverso; il suo ambito di applicazione variava da ordinamento ad ordinamento, secondo che più o meno ampio fosse l'insieme delle deroghe, apportato ad esso dal *ius proprium* di ogni entità sovrana"¹⁷. Le sue componenti erano rappresentate dal diritto giustiniano nella lettura fornite dai Maestri di Bologna e dal diritto canonico¹⁸.

Se poi sempre in ambito occidentale ci si riferisce ai nostri giorni, si può verificare come anche in questo contesto spazio-temporale la categoria «sistema» viene utilizzata per designare l'insieme delle regole di diritto applicabili in una determinata comunità che non necessariamente corrisponde ad uno Stato e pertanto esprime un concetto più ampio di quello di «ordinamento» nazionale; ad esempio negli Stati Uniti sono presenti più sistemi: un sistema di diritto federale, i vari sistemi dei singoli Stati ed un

¹⁴ Per una ampia analisi dell'argomento rinvio a Bruno Paradisi, *Qualche riflessione preliminare sul sistema giuridico*, in *La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1991, p. 7-33; a Angelo Falzea, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in *La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*, cit, p. 33 e ss; a Niklas Luhmann: *L'unité du système juridique*, in *Archives de philosophie du droit*, tome 31, 1986, pp. 163- 188.

¹⁵ J. Deprez, *Réflexion sur la connaissance du phénomène juridique au Maroc. Projet pour une recherche adaptée aux réalités marocaines*, in *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, 1 (décembre 1976), p. 63e ss.

¹⁶ Léontin-Jean Costantiniano, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 223.

¹⁷ Severino Caprioli, *Variante e costante del diritto comune*, in *Rivista di diritto civile*, 1993, II, p. 639.

¹⁸ Laura Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo, I Dal crollo dell'Impero romano d'Occidente alla formazione dello ius comune*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 45.

sistema di diritto uniforme sovrastatale che non corrisponde al diritto federale: ad es. il sistema dello *Uniform Commercial Code*.

Per quanto concerne poi il concetto di «famiglia giuridica» va detto che esso rappresenta un espediente pratico, didattico, utilizzato al fine di evidenziare le somiglianze esistenti tra i vari sistemi, sulla base di identità o analogia di struttura concettuale delle norme, delle fonti, della giurisdizione, della dottrina, e di facilitarne conseguentemente la comprensione¹⁹.

Fatta questa sintetica e parziale illustrazione del lessico basilare del diritto comparato, cioè della disciplina scientifica che studia l'insieme delle culture giuridiche contemporanee e che perciò si differenzia dalla storia giuridica che invece studia tutte le culture giuridiche, quindi non solo quelle del presente ma anche quelle del passato, è possibile riprendere quanto sopra accennato a proposito di quell'orientamento dottrinale che sostiene l'opportunità di classificare autonomamente i diritti ad ispirazione religiosa nell'ambito delle differenti «famiglie» di sistemi giuridici.

A metà del secolo scorso René David²⁰ collocava i diritti religiosi unitamente ad altri diritti a carattere non religioso, in una apposita categoria intitolata «altre concezioni dell'ordine sociale e del diritto», in considerazione del fatto che esse si basavano su concezioni totalmente diverse da quelle prevalenti in Occidente.

Anche altri studiosi come Konrad Zweigert e Hein Kotz²¹, nonché Henry Ehrmann²², proposero ricostruzioni sostanzialmente analoghe a quelle del David.

Tuttavia diverse sono anche le posizioni che hanno criticato la linea di pensiero dei suddetti autori. Paolo Gallo²³ ha recentemente proposto di abbandonare la quadripartizione delle famiglie di sistemi giuridici proposta dal David (quella «romano-germanica», quella di «*common-law*», il «diritto dei Paesi socialisti», e appunto quella intitolata «altre concezioni dell'ordine sociale e del diritto») per adottare una tripartizione: «tradizione giuridica occidentale», «Paesi in via di transizione» (costituiti dagli ordinamenti dei Paesi ex-socialisti), «ordinamenti a base consuetudinaria religiosa».

¹⁹ Francesco De Simone, *Introduzione allo studio dei sistemi giuridici*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 13.

²⁰ *I Grandi sistemi giuridici contemporanei*, quarta edizione italiana a cura di R. Sacco, Padova, Cedam, 1994, p. 23 e ss..

²¹ Konrad Zweigert – Hein Kotz, *Introduzione al diritto comparato*, I, Milano, Giuffrè, 1998.

²² Henry W. Ehrmann, *Comparative Legal Cultures*, Englewood Cliffs, 1976.

²³ Paolo Gallo, *Grandi sistemi giuridici*, cit., p.17 e ss..

Anche altri due studiosi, Ugo Mattei e Pier Giuseppe Monateri²⁴, pur seguendo un diverso criterio, hanno ritenuto di poter individuare ugualmente tre tipologie di famiglie giuridiche: quella che raggruppa i «sistemi a egemonia professionale» (che a loro volta riguardano gli ordinamenti di tradizione occidentale, sia di *common-law* che di *civil-law*), quella che raggruppa i «sistemi a egemonia politica» (che a loro volta includono il diritto dei Paesi ex socialisti, dei Paesi Africani e Latino-Americani in via di sviluppo), infine quella che raggruppa i «sistemi a egemonia tradizionale (dove vengono collocati i diritti religiosi ma anche quelli della Cina e del Giappone).

Una delle ultime sistemazioni date ai diritti religiosi è quella che li qualifica come «sistemi in evoluzione». Alcuni autori, come per esempio Francesco Castro, hanno però difficoltà ad inserire all'interno di tale categoria alcuni di questi diritti, come per esempio quello musulmano, poiché esso, “come sistema religioso puro è oggi in fase di involuzione”²⁵. Ritengo di poter interpretare le parole del Professore nel senso che è possibile evidenziare un certo regresso nei confronti della intangibilità che caratterizzò questo sistema a partire dal X secolo rispetto all'influenza delle culture straniere che con esso vennero in contatto; dalla metà del XIX secolo è infatti in atto negli Stati musulmani un processo di modernizzazione che nel campo del diritto si è tradotto in una “acculturazione giuridica”, cioè nella nascita di concezioni giuridiche di tipo laico all'interno del sistema giuridico tradizionale.

E' pur vero però che nel corso di questi ultimi anni è registrabile un'inversione di tendenza: un recupero di leggi a contenuto islamico, sia in campo economico che penale, attraverso i meccanismi del diritto autoritativo di emanazione statale²⁶.

A fronte delle posizioni dottrinali esposte v'è anche quella che ritiene che non si possa parlare di sistemi giuridici religiosi. Questa categoria sarebbe priva di significato a fini comparativi perché tutti i sistemi giuridici sarebbero «*culture-specific*»²⁷.

Anche *Andrew Huxley* suggerisce di “abbandonare ogni classificazione basata sulla religione in favore di una classificazione che includa ogni sistema giuridico che si basi su testi euroasiatici, scritti, auto-tramandatisi”²⁸. A questa conclusione l'autore giunge dopo aver evidenziato da un lato, che la famiglia dei sistemi giuridici religiosi include

²⁴ *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, Cedam, 1997, p. 74.

²⁵ Francesco Castro, *I diritti religiosi*, in *Quaderni del Dipartimento di diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici comparati, dell'Università degli Studi di Salerno*, Salerno, Edizioni Ippogrifo, 1999, p. 19.

²⁶ La questione sarà approfondita nel capitolo successivo.

²⁷ Cfr. Werner Menski, *Hinduism as a religious legal system*, in *Religion, Law and Tradition*, London, Routledge Curzon, 2002.

tipicamente il diritto ebraico e quello musulmano mentre il diritto *hindu*, cinese e *buddhista* sono considerati come delle aggiunte opzionali, e dall'altro lato l'assenza di elementi comuni tra le religioni monoteistiche, il politeismo *hindu* e l'ateismo *buddhista*. L'assenza di questi elementi comuni si riflette anche nell'ambito giuridico e infatti tra i due gruppi di testi dei diritti antichi, la *Torah* e gli *Aḥādīth* da una parte, il *Manusmṛti* e i frammenti del codice *Han* dall'altra, non si rinvencono tratti tali per poter affermare una stessa, o quanto meno simile, matrice. A ciò si aggiunga che per l'autore i diritti *buddhista* e cinese non hanno neppure carattere religioso.

Come già detto i diritti religiosi che vengono presi in considerazione in questa tesi di dottorato sono quello canonico ed islamico, con riferimento però, soprattutto, alle parti, di essi, dedicate alla disciplina del matrimonio. Essi si collocano in un contesto culturale relativamente omogeneo; il cristianesimo e l'*Islām*, assieme all'ebraismo, fanno parte delle cosiddette «religioni di salvezza» e, all'interno di questa categoria, delle «religioni di salvezza profetiche»²⁹.

Nel capitolo successivo ci si soffermerà ad esaminare in linea generale questi due diritti religiosi focalizzando l'attenzione sull'epoca contemporanea. Come evidenziato da molti studiosi, sia sincronicamente che diacronicamente sono esistiti ed esistono tanti diritti canonici ed islamici; pertanto, pur senza omettere i riferimenti storici la comparazione tra essi sarà operata sulla base dei dati che li definiscono oggi.

A questo punto, esplicitando quanto appena detto, illustrerò le premesse di carattere metodologico che ritengo necessarie adottare per una migliore comprensione delle realtà giuridiche in questione. Innanzitutto va detto che tra le molteplici correnti che convivono all'interno delle due religioni monoteiste saranno assunti come punti di riferimento rispettivamente l'interpretazione del diritto canonico sostenuta dal magistero pontificio e quella del diritto islamico sostenuta dalla scuola sunnita³⁰.

In secondo luogo con riferimento al diritto religioso islamico è importante da subito chiarire che il diritto islamico o diritto musulmano è cosa diversa dal diritto dei Paesi islamici o musulmani.

²⁸ Andrew Huxley, *Si può parlare di sistemi giuridici religiosi?*, cit., p. 194.

²⁹ Si veda per queste classificazioni Giovanni Filoramo, *Riflessioni comparative in margine ai meccanismi di ingresso e di uscita da una religione*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni 1/2001*, cit., p. 149 e ss.

³⁰ Per l'illustrazione della scuola sunnita e delle altre scuole si rinvia al capitolo successivo, p.30.

Mentre quest'ultimo è il diritto connesso all'autorità statale e quindi dei singoli Stati islamici, il primo è la legge religiosa islamica, la *Sharī'a*. Essa è "la Parola divina, il precetto dato da *Allāh*, sovrano e legislatore della Comunità musulmana"³¹.

Il diritto musulmano nasce e si afferma con la nascita e l'affermazione dell'*Islām*, che è il nome con il quale viene designata sia la religione monoteistica fondata da Maometto, sia il sistema politico, sociale e culturale che intimamente con essa si riconnette³².

Rinviando al prossimo capitolo l'analisi di ciò che costituisce il cuore dell'*Islām* e cioè proprio la legge divina e tutto ciò che essa esprime (quindi l'esplicazione delle sue componenti, in modo particolare del *fiqh*, le scuole giuridiche, nonché varie altre tematiche), in tale sede desidero concludere le considerazioni che concernono il rapporto diritto musulmano-diritto dei Paesi musulmani, evidenziando come tale dicotomia si sia sviluppata per effetto dell'influenza dei diritti stranieri che a partire dal XIX secolo vennero in contatto con i Paesi islamici. Sono tali quelli che riconoscono la primazia della *Sharī'a*. Vi sono però Stati che, pur avendo di fatto la maggioranza della popolazione musulmana, non sono islamici nel senso anzidetto, come il Senegal, o come la Turchia; quest'ultima pur avendo al momento un Governo con maggioranza islamista, ha ancora l'ordinamento laico di Kemal Atatürk³³.

Gli Stati islamici oltre ad avere in comune un diritto apicale rappresentato appunto dalla legge religiosa³⁴, possiedono anche un proprio diritto, che in termini occidentali è qualificabile come politico, cioè espressione di una autorità sovrana. E' stato osservato³⁵ che la definizione del diritto come emanazione del potere sovrano è pensata in funzione dello Stato laico e centralizzato di tipo europeo e perde di significato se la si riferisce al diritto islamico perché nel contesto islamico il potere sovrano spetta a Dio; se invece per potere sovrano s'intende l'autorità di fatto esercitata dal califfo (nome che significa appunto "vicario" di Dio) si attribuisce la

³¹ Carlo Alfonso Nallino, *Sistema religioso* (voce *Islamismo*), in *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere ed arti*, vol. XIX, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1951, p. 605.

Si veda a tal proposito anche la fondamentale opera di David Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I, Roma, Istituto per l'Oriente, 1926, p.5 e ss.

³² Francesco Castro, *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XI, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989, p. 12

³³ Aberto Predieri, *Sharī'a e Costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 61.

³⁴ Alberto Predieri, *Il diritto apicale metastatale. Analogie tra diritto comunitario e diritto islamico*, in *il Diritto dell'Unione Europea*, 1996/3, pp. 671-717.

³⁵ Mario G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Torino, Einaudi, 1978, p. 290.

qualifica di diritto ad una serie di disposizioni che invece non fanno parte del diritto islamico in senso stretto. Non è un caso che gli Stati più conservatori come il sultanato dell'Oman o come l'Arabia Saudita denominino il frutto della loro attività normativa non “legge” bensì “regolamento” (*niẓām*), per rispetto formale alla *Sharīʿa*. L'insieme di queste norme costituisce il citato diritto dei Paesi musulmani che è cosa diversa dal diritto musulmano per così dire “tradizionale”, cioè sciaraitico, perché non è, come visto, di origine divina.

Se nel medioevo l'*Islām* trovandosi a contatto con altre civiltà ed altri diritti, ne assorbì ed assimilò in forme originali solo alcuni aspetti, dalla metà dell'ottocento la *Sharīʿa* non ha più mostrato quella forza di resistenza dinanzi ad essi e ciò si è tradotto, appunto, nella creazione di norme giuridiche da parte degli apparati legislativi dei diversi Paesi musulmani, cioè delle specifiche entità statuali, a imitazione di quelle degli Stati occidentali presi a modello.

Occorre precisare che anche prima di questa fase storica, già dagli albori dell'*Islām*, i vari governanti per fare fronte ai bisogni contingenti della vita erano stati soliti ricorrere alla c.d. «*siyāsa šar'iyya*», attività amministrativa, ma questa doveva essere però conforme alla *Sharīʿa* e sempre improntata ad una utilità pratica³⁶.

«*Siyāsa*» significa, letteralmente, «linea di condotta» e comprende tutto il complesso della giustizia amministrativa che è applicata dal sovrano e dai suoi rappresentanti in campo politico, in contrasto con il sistema ideale della *Sharīʿa*.

Con il XIX secolo quindi non emerse tanto un diritto autoritativo, giacché questo era sempre esistito e sempre stato in rapporto dialettico con la *Sharīʿa*: la novità che si è introdotta a partire da questo periodo è stata la recezione dei modelli occidentali³⁷. Questi hanno permesso l'affermarsi dei differenti diritti statuali che riflettono concezioni giuridiche di tipo laico più o meno intense. Dove lo sono meno, e cioè nei Paesi più conservatori, è perché in essi il diritto statale oltre che ad essere formalmente denominato “attività amministrativa”, continua ad essere anche *sciaraiticamente* ispirato. Dove le dette concezioni laiche sono invece più intense è perché le norme tradizionali che regolano aspetti importanti della vita dei membri della comunità costituiscono oggetto di interventi riformatori piuttosto incisivi

³⁶ Cfr. Francesco Castro, *La codificazione del diritto privato negli Stati arabi contemporanei. Appunti sulla circolazione dei modelli normativi*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1985, 1, pp. 387-447.

³⁷ Le vicende storiche dell'*Islām* hanno posto in contatto il mondo arabo-islamico con i tre grandi sistemi giuridici mondiali e cioè con il sistema romanistico, con quello di *common law* e con quello dei Paesi socialisti.

effettuati con diversi metodi; tra questi si può ricordare quello degli espedienti procedurali, cioè quello che per non intaccare la validità teorica di queste norme stabilisce un ordine per i giudici di prescindere in presenza di determinate circostanze; o ancora la tendenza di alcuni legislatori ad accompagnare i testi dei codici con delle relazioni in cui si illustrano i punti in cui le loro norme non sono in linea con il diritto tradizionale.

E' stato affermato che “nella maggior parte dei circa cinquanta Paesi musulmani o a maggioranza musulmana il diritto sembra orientato per l'idealtipo legislativo, lasciando sempre più in retroguardia il diritto sciaraitico fondato sulla dottrina dei giuristi anziché sull'autorità del politico legislatore; ciò pur mantenendo manifesta una generica ispirazione musulmana degli ordinamenti”³⁸.

Il David ha ritenuto che “il rapporto che lega il diritto musulmano con i diritti dei Paesi musulmani è uguale a quello che unisce il diritto canonico ai diritti dei diversi Paesi cristiani”³⁹. Il Bettini nel commentare tale considerazione mette in rilievo il fatto che “come nei Paesi a maggioranza cristiana l'influenza del diritto canonico è diventato marginale, così, anche se con notevole ritardo rispetto ai tempi di quest'ultimo, sembra sempre più limitato il terreno di competenza del diritto *sciaraitico* rispetto a quello secolare, occidentalizzante”⁴⁰.

Come si vedrà nel corso del lavoro di ricerca, il diritto di famiglia è il settore dove con maggiore difficoltà si è realizzata, non sempre appieno, la laicizzazione degli ordinamenti statuali, e questo perché il mondo chiuso della famiglia tardò ad essere scosso dalla modernizzazione. Nel suo ambito il prestigio e l'effettività della *Sharī'a* furono sempre elevatissimi perché molte delle regole in materia di matrimonio e di successioni trovano la loro fonte diretta nella rivelazione coranica e dunque sono sentite come intangibili⁴¹.

³⁸ Romano Bettini, *Sociologia del diritto islamico*, cit., p. 22.

³⁹ René David, *La place du droit canonique dans les études de droit comparé*, in *Le droit comparé*, Paris, Economica, 1982, p. 181.

⁴⁰ Romano Bettini, *Sociologia del diritto islamico*, cit., p. 22.

⁴¹ Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 2 e 3.

CAPITOLO I

BREVI CONSIDERAZIONI SUL DIRITTO CANONICO E SUL DIRITTO MUSULMANO. ALCUNE NOTE PER UN CONFRONTO

*1. Il diritto della cristianità 2. La nascita del diritto canonico
3. L'ordinamento giuridico canonico 4. La storia del diritto musulmano
dalle origini ad oggi 5. La Sharī'a e la sua scienza (il Fiqh)
6. Somiglianze e differenze tra i due diritti religiosi*

In questo capitolo si esporranno sinteticamente i tratti caratteristici di questi due diritti “confessionali”⁴², maturati rispettivamente in venti e in quindici secoli. Si individueranno inoltre alcune somiglianze esistenti tra essi nonché alcune importanti differenze, quelle che, fra le molteplici, sono apparse più rilevanti ai fini della presente ricerca, in considerazione del fatto che la comparazione generale tra i due diritti non costituisce l’oggetto specifico del lavoro, ma, come già ricordato, solo un’attività strumentale a quello che è il suo vero obiettivo e cioè l’analisi della differente disciplina del matrimonio.

Per quel che concerne il diritto musulmano, devo evidenziare sin d’ora che l’attività di analisi condotta sulle sue fonti, nonché, anche se in misura minore, quella condotta sul diritto dei due Paesi musulmani presi in considerazione, Tunisia e Marocco, è stata sicuramente limitata per una serie di ragioni: innanzitutto per la mancanza di conoscenza della lingua araba, che ha comportato la necessità di rifarsi agli scritti in lingue occidentali degli studiosi dell’*Islām*; in secondo luogo per la stessa *forma mentis* di tipo occidentale dello scrivente, il quale, per quanto consapevole delle differenze esistenti tra il mondo islamico ed il proprio, è altrettanto conscio del fatto di non potersi collocare in modo assoluto nella logosfera islamica e conseguentemente, di cogliere in pieno le sue categorie, che mal si adattano a quelle proprie. Spero comunque che l’impegno prestato nello studio della parte di fonti indirette di informazioni possa aver “contenuto” gli effetti negativi delle lacune citate.

1. Il diritto della cristianità

L'origine del diritto canonico⁴³ è rappresentata dal diritto dell'epoca apostolica che si snodò nei primi tre secoli. Inizialmente non avendo la Chiesa una consistente dimensione numerica non ebbe bisogno di un diritto che iniziò ad emergere solo con il formarsi di comunità organizzate. Questo si sostanziò in una serie di «scritti, attribuiti dagli autori ignoti, per accrescerne l'autorità, ad un apostolo o al collegio degli apostoli nel suo complesso»⁴⁴ e perciò detti pseudo-apostolici; si possono ricordare i *Canones Apostolorum* e le *Constitutiones Apostolorum*.

E' stato evidenziato che l'esistenza del diritto vide la sua giustificazione nell'aspetto umano della Chiesa, quindi in ultima analisi per il principio «*ubi societas, ubi ius*»; tuttavia, «essendo elementi costitutivi della Chiesa la Parola e il Sacramento, il diritto non è qualcosa di esteriore e secondario, ma elemento essenziale della significatività sacramentale della Chiesa stessa»⁴⁵. Essa in realtà, è dono di Dio, istituita per chiamare alla sua fede, quindi, non frutto dell'iniziativa dell'uomo o della sua esigenza di socialità, anche se appare come comunità visibile di uomini. Questa comunità sin dall'inizio non si presentò come omogenea e indifferenziata, in cui tutti i membri avevano eguali responsabilità; i fedeli e il clero costituirono un quadro variegato. Ai vescovi, in comunione tra loro e con il vescovo di Roma, successore di Pietro, spettarono la giurisdizione e la cura pastorale del gregge cristiano. Tali compiti vennero assolti sulla base di quanto raccolto nelle opere suddette che riguardavano prevalentemente materie sacramentali e cultuali; esse quindi contenevano in massima parte principi teologici, liturgici, morali.

“Gesù Cristo, non intese perfezionare, e per sempre, tutte le strutture della Chiesa, ma soltanto definirne quelle essenziali: poteri degli Apostoli e quindi dei vescovi, che

⁴² Il termine «confessionale» intende esprimere il fatto che il diritto è connesso con il fattore religioso.

⁴³ Nella sterminata bibliografia inerente il diritto canonico e la sua storia si possono indicare le fonti basilari come Pietro Agostino D'Avack, *Trattato di diritto canonico*, Milano, Giuffrè, 1980; Gaudemet, *Les sources du droit de l'Eglise en Occident, du II° au VII° siècle*, Paris, Aldrshot, Variorum, 1994; Luciano Musselli, *Storia del diritto canonico. Introduzione alla storia del diritto e delle istituzioni ecclesiali*, Torino, Giappichelli, 1992.

⁴⁴ Luciano Musselli, *Storia del diritto canonico. Introduzione alla storia del diritto canonico e delle istituzioni ecclesiali*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 18.

⁴⁵ Morsdorf, il cui pensiero è stato oggetto di riflessione da parte di Carlo Roberto Redaelli nel suo scritto *Il concetto di diritto della Chiesa. Nella riflessione canonistica tra Concilio e Codice*, Milano, Glossa stampa, 1991, p. 57.

sono i loro successori, primato di S. Pietro e dei suoi successori, che sono i Romani Pontefici”⁴⁶.

Fu nel corso dei secoli IV, V, VI e VII, periodo c.d. dei Concili e della piena affermazione del primato romano, che la Chiesa, espressione della religione divenuta non solo lecita per effetto dell’editto di Milano del 313⁴⁷, ma addirittura «di Stato» dopo il 380, necessitò, in conseguenza appunto della sua crescita, di una regolamentazione più dettagliata che non fu possibile rinvenire nelle collezioni pseudo-apostoliche; per le questioni di maggiore importanza si instaurò la prassi di riunire il Concilio di zona o addirittura quello ecumenico le cui decisioni iniziarono ad essere raccolte costituendo così una fonte del diritto. Nello stesso tempo il pontefice assunse un ruolo nuovo: con le Decretali, cioè le lettere con cui decideva controversie o fissava prescrizioni di tipo giuridico, raggiunse il primato giurisdizionale su tutta la Chiesa.

Accanto alla Tradizione divina⁴⁸, Sacra scrittura nel Vecchio e nel Nuovo Testamento nonché Tradizione apostolica, si collocò quindi la tradizione umana, che si manifestò per l’appunto nel diritto umano positivo dei canoni conciliari e delle decretali dei Pontefici. La *Collectio Dionisiana* tra la fine del V e l’inizio del VI secolo segnò un momento decisivo nel lavoro di ordine e di conservazione delle norme derivate dai Concili e dai Pontefici.

Il bisogno di riorganizzare tutto il poderoso materiale che si era sedimentato nelle raccolte canoniche nel corso dei secoli, emerse anche in conseguenza del fatto che ormai la Chiesa si sentiva sufficientemente matura per rivendicare una sua propria autonomia, che a sua volta poté esprimersi in Occidente nel periodo delle invasioni barbariche, soprattutto per l’indifferenza della classe politica di stirpe germanica verso gli atti di questa nuova istituzione⁴⁹.

Nel corso del IX secolo poi tali raccolte si arricchirono di testi giuridici romani e franchi, genuini o falsi, che ebbero lo scopo di fornire un fondamento al riconoscimento di diritti e privilegi, rilevanti sotto il profilo politico.

⁴⁶ Card. P. Felici, *Congresso internazionale di diritto canonico*, Milano, 10-15 settembre 1973, *discorso inaugurale*, in *Communicationes* 1973, p. 247.

⁴⁷ Non va dimenticato che la Chiesa nacque nel vasto impero romano.

⁴⁸ Sulle componenti di questa importante fonte del diritto ci si intratterà nell’ultimo paragrafo del capitolo.

⁴⁹ Si veda, Adriana Campitelli, *Europeenses. Presupposti storici e genesi del diritto comune*, Bari, Cacucci Editore, 1993, pp. 39 e ss.

Questo richiamo al diritto romano offre l'occasione di evidenziare come il rapporto del diritto canonico con quest'ultimo, da sempre improntato alla sua recezione, abbia costituito per esso lo strumento attraverso cui operare «l'affrancamento dal metodo teologico»⁵⁰.

Sempre per rimanere in tema di rapporti tra il diritto canonico e quello romano ritengo utile riportare il pensiero del David⁵¹ su questo argomento perché quest'ultimo rappresenta a mio avviso l'espressione di una posizione intermedia, come si vedrà nel terzo paragrafo, tra coloro che riconoscono e coloro che invece negano la configurabilità di un ordinamento giuridico canonico; ebbene questo autore pur non considerando il diritto canonico un sistema completo di diritto, destinato a sostituirsi al diritto romano, non essendo mai stato altro che un completamento di questo o degli altri diritti «civili», sorto per regolare materie come l'organizzazione della comunità, i sacramenti, che non trovano regolamentazione nei detti sistemi, non esclude categoricamente, come invece fanno altri studiosi, la possibilità di costituire in ordinamento il diritto della Chiesa, perché esso anche se non completo non è a suo giudizio un diritto rivelato; certo, egli afferma, «si basa sui principi rivelati della fede e della morale cristiana, ma è opera dell'uomo, e non parola di Dio».

Il pensiero di questo autore si può comprendere tenendo conto di quanto espresso dal Ferrari in un suo scritto, dove, utilizzando il linguaggio usato dalla stessa Chiesa, ha avuto modo di evidenziare come «l'ordinamento canonico sia caratterizzato dall'idea che all'interno del diritto divino sia possibile distinguere tra diritto positivo o rivelato, che riguarda in primo luogo il fedele, e diritto divino naturale, che riguarda ogni persona umana, indipendentemente dalla sua fede religiosa ed è razionalmente conoscibile»⁵²; ebbene, se è possibile individuare un diritto naturale distinto da quello rivelato, si può collocare nell'ambito di questo la regolamentazione dei rapporti intersoggettivi di natura secolare ed in quello canonico la disciplina dei rapporti religiosi e dell'organizzazione della società ecclesiastica, che però deriverebbe dall'uomo.

Ma tornando ora all'analisi dello sviluppo del diritto canonico, si deve ricordare che dopo la conclusione della lotta per le investiture, con il concordato di *Worms* del 1122, le collezioni di fonti canoniche si moltiplicarono in tutti i Paesi. Emerse quindi

⁵⁰ Carlo Fantappiè, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 121.

⁵¹ Renè David, *I grandi sistemi giuridici comparati*, cit., p.404.

⁵² Silvio Ferrari, *Lo spirito dei diritti religiosi*, cit., pp. 77-78.

con maggiore vigore la necessità di ordinare e sintetizzare il materiale esistente; l'operazione venne compiuta dal monaco camaldolese Graziano attraverso la sua opera intitolata *Concordia discordantium canonum*.

Essa fu “un punto di arrivo e nello stesso tempo punto di partenza per la costruzione di quello che sarà definito il diritto canonico classico o dell'età aurea”⁵³.

2. La nascita del diritto canonico classico

Senza addentrarsi nella struttura dell'opera di Graziano, più nota con il nome di «*Decretum*», ed in quella delle opere successive che andarono a costituire il *Corpus Juris Canonici*, che rappresentò la consolidazione organica e analitica del diritto della comunità cristiana, e senza soffermarsi, per ora, sul Concilio di Trento i cui Decreti rappresentarono un'importante fonte del diritto con riferimento ad importanti settori⁵⁴, è opportuno invece riflettere sul processo che fece compiere “la graduale emersione della *lex ecclesiastica* accanto alla *lex mundana*, attuando così quello che il Calasso ha chiamato «connubio indissolubile» tra la *lex saeculi* e la *lex canonica*, l'*utrumque ius*, l'uno e l'altro diritto, struttura portante del diritto comune”⁵⁵.

Il *Corpus Juris Canonici*, nel testo approvato da Gregorio XIII nel 1580, si componeva del *Decretum* di Graziano, delle Collezioni delle Decretali di Gregorio IX e Bonifacio VIII, delle *Constitutiones* di Clemente V, e delle *Extravagantes* di Giovanni Chappius. L'opera sorse dal confronto con il *Corpus* organico e completo della legislazione romana, il *Corpus Juris Civilis*⁵⁶; quest'ultimo ne rappresentò appunto il suo modello: ne venne recepita la struttura logica, ma non ne fu invece accolta l'anima, giacché quest'ultima non si conciliava con i principi cristiani di *humanitas, benignitas, pietas, humilitas, charitas*⁵⁷.

⁵³ Luciano Musselli, *Storia del diritto canonico. Introduzione alla storia del diritto e delle istituzioni ecclesiali*, cit., p. 33.

⁵⁴ Parte della normativa emersa dal Concilio di Trento sarà esaminata nel prossimo capitolo.

⁵⁵ Adriana Campitelli, *Europeenses. Presupposti storici e genesi del diritto comune*, cit., pp. 45 e 46.

⁵⁶ Come è noto il nome di *Corpus Juris Civilis* a tutta l'opera legislativa giustiniana fu dato da Dionisio Gotofredo nel 1583.

⁵⁷ Per degli approfondimenti si veda Onaroto Bucci, *Utrumque ius. Le ragioni del diritto nella storia della Chiesa*. Roma, Sapientia, 2002.

Questo *Corpus* non fu una legislazione esaustiva: molte materie trovarono in esso solo principi disciplinatori di fondo, per cui nei secoli XVI, XVII e XVIII, posizione centrale assunsero ancora le decretali pontificie appositamente emanate, nonché la *communis opinio* dei dottori.

“Siamo di fronte ad un mondo variegato e complesso, in cui la risposta al problema non viene, come nel moderno *civil law*, da una precisa norma di legge, ma da norme che sono, questo è il caso delle Decretali, sovente soluzioni concrete di problemi, estese a casi simili attraverso l’opera della dottrina e della giurisprudenza. Si tratta di un sistema giuridico parente più prossimo, forse, dei sistemi di *common law*, di quanto lo sia il diritto codificato attuale”⁵⁸.

Prima di giungere all’analisi del diritto codificato attuale, occorre concludere quella delle fasi che condussero a quest’ultimo: quella del Concilio Vaticano I e del Concilio Vaticano II.

Con il primo riemersero istanze per un generale riordino del diritto della Chiesa che sfociò nel 1917 nell’elaborazione del *Codex Iuris Canonici*. Anch’esso, come il *Corpus*, non raccolse l’«*universum ius*» poiché non comprendeva le leggi liturgiche, tuttavia costituì un’assoluta novità nella storia della Chiesa perché con la sua emanazione vennero formalmente abolite tutte le collezioni anteriori.

Ancora una volta, come era già accaduto per il *Corpus Iuris Canonici* elaborato in analogia del *Corpus Iuris Civilis*, la Chiesa agli inizi del novecento risentendo questa volta “dell’atmosfera quasi umanistica a favore delle codificazioni”⁵⁹ che pervadeva le varie nazioni, pose in essere dopo anni di lavoro, il *Codex Iuris Canonici*, che si presentava ispirato alle stesse teorie dell’anzidetto processo di codificazione, come per esempio la presenza di concetti giuridici e formule astratte, la distribuzione delle disposizioni con numerazione progressiva, l’introduzione per tali disposizioni di rubriche che ne enunciavano sinteticamente l’argomento trattato.

Il Codice, che stimolò l’attività scientifica tanto da farvi dedicare approfonditi commentari, per oltre mezzo secolo assolse il compito di regolare la vita sociale del popolo di Dio.

⁵⁸ Luciano Musselli, *Storia del diritto canonico. Introduzione alla storia del diritto e delle istituzioni ecclesiali*, cit., p. 59.

⁵⁹ Carlo Fantappiè, *Per la storia della codificazione canonica (a cento anni dal suo avvio)*, in *Ius Ecclesiae*, 2004, /1 p. 49.

In occasione del Concilio Vaticano II si avvertì una nuova esigenza di adeguare il diritto della Chiesa alle trasformazioni della stessa e della società⁶⁰. L'opera di revisione del *Codex* si protrasse per molti anni e il nuovo *Codex Juris Canonici* venne emanato nel 1983; si compone di 1752 canoni (contro i 2414 del Codice del 1917) e tenta un difficile equilibrio tra innovazione e tradizione.

Esso disciplina solo il diritto della Chiesa latina, lasciando fuori quello delle Chiese orientali cattoliche per le quali nel 1990 venne promulgato il *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, frutto anch'esso di un lavoro durato molti anni.

La sintetica panoramica fatta in questo paragrafo ed in quello precedente delle fasi che hanno caratterizzato la storia del diritto canonico nella prospettiva delle sue fonti, consente non solo di comprendere meglio quanto si dirà nel prossimo paragrafo a proposito del concetto di ordinamento giuridico canonico, ma anche come già accennato, di evidenziare le somiglianze e le differenze esistenti tra il diritto canonico e quello musulmano.

3. *L'ordinamento giuridico canonico*

Quando si parla di ordinamento giuridico della Chiesa ci si riferisce a quello della Chiesa cattolica, che a sua volta si identifica con la Chiesa di Cristo, articolato in una normativa originaria e autonoma, cioè di diretta produzione, concorrente e spesso contrastante con il diritto statale, con il quale pure deve confrontarsi nella regolamentazione delle cosiddette "discipline miste"⁶¹.

E' stato evidenziato⁶² che un modulo concettuale come quello di ordinamento giuridico, nel suo significato tecnico non molto risalente perché pensato per assicurare o sottolineare l'uniformità spazio-temporale di un'esperienza storica e per garantirne

⁶⁰ Per una sintetica ma precisa analisi dell'evento Concilio Vaticano II si rimanda allo scritto del Prof. Gian Piero Milano, *Vaticano II*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1993.

⁶¹ Velasio De Paolis, *La Chiesa cattolica e il suo ordinamento giuridico*, in *Ius Ecclesiae*, 2006, 18, p. 3 ss.

⁶² Si veda Salvatore Berlingò, *Ordinamento giuridico canonico*, (Voce) in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXI, cit., 1990, p. 2.

Sulla stessa linea di pensiero si pone anche il Costantinesco, che a dire il vero, in modo estremamente categorico sostiene che il diritto canonico non costituisce un ordinamento giuridico; si veda il suo *Traité de droit comparé*, tomo III, cit., p.110.

l'identità-esclusività, può far sorgere dubbi circa la sua compatibilità con la missione della Chiesa.

Altri studiosi come il Sohm hanno invece rilevato che essendo la Chiesa «il Regno di Dio» non può avere altro capo se non lo spirito divino e di conseguenza essa non può accettare alcun potere fondato su principi esteriori da intendersi cioè come giuridici. Oggi questa posizione non viene sostenuta in modo rigoroso non corrispondendo alla effettiva realtà; nell'ottica di quest'ultima si comprende la costituzione *Sacrae disciplinae leges* di Giovanni Paolo II nella quale è detto che la legge canonica «è lo strumento indispensabile per assicurare ordine sia nella vita individuale e sociale, sia nell'attività stessa della Chiesa».

La trascendenza dei fini che caratterizza la Chiesa richiede anche la trascendenza dei mezzi, di conseguenza l'ordinamento canonico che ha alla sua base la legge divina non può che essere un “ordinamento giuridico particolare” che vede la sua originalità nello stile evangelico del potere, secondo l'insegnamento di Gesù stesso. E' per questo che il legislatore canonico conosce strumenti che danno flessibilità e adattabilità alla sua legge: si tratta di istituti giuridici, come per esempio la dispensa, che consentono di rendere possibile la “pastoralità” di qualsiasi ministro della Chiesa e quindi esercitare concretamente “il servizio dell'amore di Dio” verso i fedeli. Questa enunciazione va completata con una osservazione: mi riferisco a quella fatta dal De Paolis per la quale la “pastoralità” non può essere concepita come assenza della legge, “ma questa deve fare appello alla coscienza umana, perché essa ha la sua radice nella persona e serve allo sviluppo della persona”⁶³.

A questo punto per avere un quadro più preciso dell'ordinamento canonico è opportuno analizzare più specificatamente le sue diverse componenti, perché quanto detto sino ad ora a proposito delle fonti del diritto ha avuto soprattutto un taglio storico e non invece di riflessione su come esse concretamente caratterizzino il diritto in questione.

Si è visto che le fonti alle quali la Chiesa riconosce valore normativo per la sua vita sono la legge divina naturale, la legge divina positiva, e la legge che la stessa Chiesa si dà in modo autonomo nel corso dei tempi⁶⁴. Vi è poi la tradizione, il magistero, che si

⁶³ Velasio De Paolis, *La Chiesa e il suo ordinamento giuridico*, cit., p. 14.

⁶⁴ Sul tema, per tutti, si veda Giorgio Feliciani, *Le basi del diritto canonico*, Bologna, Il Mulino, 1990, pp. 65-69.

estrinseca nella voce dei Padri, cioè di quei dottori dell'antichità riconosciuti ortodossi: persone il cui insegnamento la Chiesa ha recepito.

Volendo ulteriormente schematizzare, le anzidette fonti sarebbero rappresentate dalla Parola di Dio, dal magistero della Chiesa e dalle norme della Chiesa.

La Parola di Dio è rappresentata dalla Bibbia il cui termine deriva dall'espressione greca *tà Biblìa*, «i libri». Quella cristiana va distinta da quella ebraica; la prima (che si distingue a sua volta in cattolica e protestante) riporta quarantasei testi per l'Antico Testamento e ventisette per il Nuovo. Di quest'ultimo fanno parte i Vangeli⁶⁵, gli Atti degli Apostoli, quattordici lettere di Paolo, sette lettere di altri Apostoli e, infine, l'Apocalisse di Giovanni. «Per la composizione dei libri sacri, Dio scelse e si servì di uomini nel possesso delle loro facoltà e capacità, affinché agendo Egli in essi e per loro mezzo, scrivessero come veri autori, tutte e soltanto quelle cose che Egli voleva fossero scritte»⁶⁶.

La Sacra Scrittura si presenta come la norma suprema che deve essere applicata ogni giorno come dottrina e insegnamento.

Per quanto riguarda il magistero va detto che esso si esprime in diverse forme tutte comunque accomunate dall'aver alla loro base la Parola di Dio.

Con riferimento alla legge si può invece evidenziare, ricordando l'insegnamento di Tommaso D'Aquino per il quale la *lex* era una disposizione della ragione diretta al bene comune, che questa nel diritto canonico si caratterizza per il fatto di presentare come requisito essenziale la ragionevolezza.

«Circa l'estensione nello spazio occorre distinguere: mentre le leggi universali obbligano le persone per cui sono state promulgate dovunque siano, le norme emanate per un determinato territorio riguardano solo coloro che, oltre a risiedervi abitualmente, vi si trovano effettivamente.

Circa il soggetto passivo, qualora non ripetano precetti stabiliti direttamente da Dio, obbligano solamente quanti hanno ricevuto il battesimo nella Chiesa cattolica o vi sono stati successivamente accolti»⁶⁷.

⁶⁵ Giuseppe D'Ercole, docente della Pontificia Università Lateranense di Roma, ha compiuto un'attività di studio volta all'individuazione di principi giuridici estrapolabili dal Vangelo; si rimanda pertanto alla sua opera intitolata *Gesù legislatore e la struttura giuridica della Chiesa nei Vangeli*, Roma, Ateneo Lateranense, 1957.

⁶⁶ Costituzione Conciliare *Dei Verbum* 11.

⁶⁷ Giorgio Feliciani, *Le basi del diritto canonico*, cit., p. 48.

Per completare il seppur sintetico quadro descrittivo dell'ordinamento canonico non resta che verificare il ruolo svolto dalla consuetudine e come viene affrontato e risolto il problema delle lacune della legislazione.

Gli usi e i comportamenti praticati dai fedeli non costituiscono una fonte del diritto acquistando valore di legge solo dopo la loro approvazione da parte del legislatore.

Nell'ipotesi poi che un caso non trovi espressa disciplina nella legislazione o nel diritto consuetudinario, esso è risolto utilizzando le leggi emanate per casi simili oppure ricorrendo ai principi generali del diritto, o ancora, alla giurisprudenza e alla prassi della Curia romana, nonché alla comune e costante opinione dei dottori. Con riferimento all'analogia va però precisato che essa è vietata per diverse materie e innanzitutto per le pene.

4. Storia del diritto musulmano dalle origini ad oggi

Come già accennato, il diritto musulmano nasce e si afferma con la nascita e l'affermazione dell'*Islām*, costituendone la sintesi, il nucleo centrale. Il suo concreto processo di formazione è stato oggetto di svariati studi che hanno condotto all'elaborazione di differenti teorie.

Tra le più importanti si possono ricordare quella del Schacht, del Goldzieher, del Nallino e fra le ultime quella del Cilardo.

Per Schacht tale diritto “si è sviluppato da un sostrato politico e amministrativo eterogeneo”⁶⁸; questo significa che non sarebbe derivato direttamente dal Corano, le cui prescrizioni giuridiche, tranne quelle più elementari, sarebbero state introdotte al suo interno solo in uno stadio successivo.

Dopo aver precisato che il citato sostrato amministrativo era quello *omàyyade*, cioè quello della prima dinastia dell'*Islām* (41-132 dell'ègira⁶⁹, 661-750 dell'era cristiana),

⁶⁸ Joseph Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, Edizione della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995, p. 3, traduzione italiana a cura di Paola Guazzotti e Enrico Lanfranchi.

⁶⁹ L'ègira rappresenta l'inizio dell'era musulmana: la migrazione di *Muhammad* e dei suoi seguaci da Mecca a Medina; con essa il Profeta recise i legami di sangue che lo vincolavano alla tribù e li sostituì con un nuovo vincolo basato sulla fede.

occorre iniziare a soffermarsi sul cuore della legge divina islamica, il libro della Rivelazione, il Corano (*Qur'an*)⁷⁰, sovente indicato come il «Dio incartato».

“Il Corano è il libro che contiene l’insieme delle Rivelazioni che il Profeta *Muhammad* ritenne di avere ricevuto testualmente in arabo da Dio, attraverso il messaggero celeste, poi identificato con l’Arcangelo Gabriele”⁷¹.

Esso fu rivelato a *Muhammad* a brani isolati nel corso della sua predicazione religiosa iniziata a Mecca nel 612 d.C. e conclusasi a Medina nel 632 d. C. con la sua morte. I versetti che lo compongono non vennero scritti dal Profeta giacché questi, secondo la tradizione islamica, li comunicava ai suoi discepoli, i quali a loro volta provvedevano ad impararli a memoria o ad annotarli sul materiale scrittorio che avevano a disposizione; la collocazione unitaria di questi scritti si ebbe solo dopo la morte di Maometto per ordine del terzo califfo *Othman* (23-25 eg., 644-656 d.C); la sua compilazione venne fatta senza che fosse seguito alcun ordine logico, né di cronologia delle singole rivelazioni, né di materia; l’unico criterio seguito fu quello di ordinare i suoi capitoli (in arabo *sura*) in ordine decrescente per lunghezza; questi sono 114 e si suddividono in versetti che vanno da un minimo di tre ad un massimo di duecento ottantasei. “Il suo contenuto è assai vario essendovi precetti morali, esortazioni, racconti biblici, polemiche, minacce contro gli avversari della nuova fede e qua e là varie disposizioni di ordine giuridico”⁷².

Il Schacht⁷³ ricostruendo la genesi del diritto musulmano ha evidenziato come esso non possa essersi formato sulla base delle rivelazioni coraniche, che si sarebbero quindi imposte sulle norme di comportamento preesistenti all’affermarsi dell’*Islām* e su quelle dettate dai capi politici della comunità dei credenti dopo la morte di Maometto. Le prescrizioni coraniche avrebbero giocato un ruolo determinante solo con il formarsi delle scuole giuridiche, cioè a partire dall’inizio del secondo secolo dell’*Islām*, e quindi non da subito. Per esempio “l’interpretazione letterale di Cor. II,

⁷⁰ Vocabolo di origine aramaica che indica sia la recitazione o «lettura salmodiata», sia il complesso delle rivelazioni ricevute. Sinonimo di Corano è *al-Kitāb*, «la Scrittura» o «il Libro». Nel Corano stesso il termine *al-Kitāb* ricorre per indicare i libri sacri precedentemente rivelati ad ebrei e cristiani, cioè «le Scritture» (*Torah*, Vangelo, Libro dei Salmi). Si veda Francesco Castro, *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, cit., pag. 6.

⁷¹ Francesco Castro, *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, cit., pag. 6. Si veda inoltre quanto scritto a suo proposito da Carlo Alfonso Nallino nella relativa voce su *Novissimo Digesto*, vol. IV, Torino, Utet, ristampa 1982, pp. 850,851,852.

⁷² David Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I, cit., p.25 e ss.

⁷³ Joseph Schacht, *The origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press,1950, p. 224 e ss.

236 e XXXIII, 49, è nel senso che quando il marito muore prima della consumazione del matrimonio e senza fissare una *donatio propter nuptias* (*ṣadāq*), la moglie non ha diritto al *ṣadāq*; secondo la dottrina irachena basata su un ragionamento sistematico (*ra'y*), la moglie aveva diritto al *ṣadāq* medio, quello di una donna della sua condizione sociale; l'insegnamento coranico, patrocinato da un gruppo di oppositori, che riferivano la loro dottrina ad 'Alī, prevalse faticosamente in *Ḥiğāz*,⁷⁴.

Per questo autore il sostrato culturale preislamico, rappresentato in ambito giuridico dalle consuetudini della popolazione araba beduina e sedentaria, non venne subito modificato dalla predicazione di Maometto perché “come Profeta egli non aveva lo scopo di edificare un nuovo sistema giuridico, ma quello di insegnare agli uomini come comportarsi per superare il giorno del Giudizio ed avere accesso al Paradiso”⁷⁵.

L'alba del sistema giuridico musulmano rappresentata dalle prime tre generazioni dopo la morte del Profeta, in cui si definirono molti dei suoi caratteri peculiari, vide l'influsso del Corano superato dalla pratica popolare amministrativa dei califfi *omāyyadi* che per quanto privi dell'autorità religiosa esercitarono la funzione di legislatori della comunità, organizzando soprattutto i territori di nuova conquista. Questa attività amministrativa non si pose in contrasto con il diritto consuetudinario vigente e assieme ad esso costituì il primo nucleo del diritto musulmano che si sarebbe poi sviluppato con le integrazioni coraniche.

Non poche consuetudini locali entrarono a costituire la dottrina delle antiche scuole giuridiche, finirono per confluire nella *Sunna* profetica sotto forma di *aḥādīṭ*. Quest'ultima ha svolto un ruolo importantissimo nella formazione del diritto musulmano.

Il Goldziher⁷⁶, attraverso i suoi studi volti all'individuazione del processo di formazione del diritto in questione, iniziati già prima di quelli del Schacht, ritenne di poter affermare che questo ebbe origine nel tardo periodo *omāyyade* ad opera di soggetti che dominati da interessi religiosi mirarono ad affermarli con decisione nella sfera pratica dell'agire umano; operazione che venne compiuta non solo attraverso una crescente assimilazione delle norme coraniche ma soprattutto attraverso una azione di

⁷⁴ Agostino Cilardo, *Teorie sull'origine del diritto islamico*, Roma, Istituto per l'Oriente, 1990, pp. 55-56.

⁷⁵ Joseph Schacht, *Introduzioni al diritto musulmano*, cit., p. 14.

⁷⁶ Fra le varie opere di Ignazio Goldziher, si possono ricordare: *Le dogme et la loi de l'Islām: histoire du développement dogmatique et juridique de la religion musulmane*, tradotto da Felix Arin, Paris, Paul Genthner, 1958; *Etudes sur la tradition islamique*, tradotto da Leon Bercher, Paris, Maisonneuve, 1984; *Lezioni sull'Islām*, (a cura) di Agostino Cilardo, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2000.

indagine delle intenzioni e della prassi del Profeta, ciò che appunto viene indicato tecnicamente come *Sunna* del Profeta. Tale espressione, si rinvenne per la prima volta in una lettera indirizzata dal capo *Kharigita* 'Abd Allāh ibn Ibād al califfo omāyyade 'Abd al-Malik verso il 695 d.C., per essere poi inserita nella dottrina giuridica musulmana dai giurisperiti iracheni già a fine secolo.

Prima di questo periodo il concetto di *Sunna* era comunque presente presso gli arabi pagani nel significato di precedente o tradizione; quando venne ripreso dall'*Islām* indicò dapprima l'abitudine della primitiva comunità musulmana e successivamente quella, appunto, del Profeta⁷⁷. "È interessante notare che quando il concetto di *Sunna* acquistò piena connotazione islamica, il suo sinonimo preislamico, *adab*, acquistò significati diversi"⁷⁸.

Tutte le norme che si potevano ricavare dalle azioni, dai detti e persino dai silenzi di Maometto furono fissate come *aḥādīṭ*. Se inizialmente tale termine indicava ogni sorta di narrazione, da quella religiosa a quella storica, ad un certo momento, appunto intorno al 695 d.C, esso iniziò ad indicare solo le informazioni relative alla vita e all'insegnamento del Profeta. Poiché però era facile inventare *aḥādīṭ*, per assicurare la loro attendibilità si stabilì che il loro testo dovesse avere un "sostegno" (*isnād*). "Esso consiste di un elenco di persone che hanno verbalmente trasmesso il testo; personaggi affidabili e degni di fede"⁷⁹. Nonostante questa regola, l'elevatissimo numero di *aḥādīṭ* fa legittimamente dubitare che essi possano essere ricondotti tutti al Profeta; il Goldziher benché concorde con l'idea della non totale autenticità di essi, ritenne comunque che rappresentando l'interpretazione più adeguata della parola incompleta del Corano, abbiano fatto sì che la *Sunna* del Profeta rappresentasse la componente fondamentale nella nascita e affermazione del diritto musulmano.

Per concludere l'esposizione delle diverse tesi elaborate sul processo di formazione del diritto musulmano, non resta che riportare quelle del Nallino e del Cilardo.

In estrema sintesi si può affermare che per il primo studioso esso si sarebbe formato già nel corso della generazione successiva a quella del Profeta, la quale

⁷⁷ Agostino Cilardo, *Teorie sull'origine del diritto islamico*, cit., p. 5. Si veda anche Albert Hourani, *Storia dei popoli arabi: da Maometto ai nostri giorni*, Milano, CDE, 1992, traduzione di Vermondo Brugnatelli, p. 72-73

⁷⁸ Francesco Castro, *Corso elementare di diritto musulmano*, Venezia, Libreria Editrice Cafoscarina, p. 34.

⁷⁹ William Montgomery Watt, *Breve storia dell'Islām*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 75.

avrebbe iniziato ad applicare al diritto consuetudinario di Medina le norme religiose espresse dal Corano e dalle “Tradizioni” risalenti a Maometto⁸⁰.

Per il secondo studioso al diritto preisalmico il Corano avrebbe apportato delle sostanziali modifiche senza abrogarlo; successivamente, un lungo processo di islamizzazione ad opera di teologi-giuristi durato per circa due secoli avrebbe portato alla formazione del sistema giuridico islamico classico⁸¹.

Se si riflette sulle opinioni espresse dai ricercatori che si sono presi in considerazione ci si potrà rendere conto che il vero tratto distintivo del diritto musulmano non è tanto quello di basarsi su una scrittura rivelata, ma è il metodo con cui esso venne ad esistenza. Esso è quello elaborato dal *fiqh* cioè la scienza giuridica musulmana. Questa si sostanzia nella conoscenza della legge religiosa, “quella conoscenza che permette una lettura appropriata ed una corretta interpretazione della volontà divina”⁸². La legittimità di questa conoscenza va individuata nel prestigio dei giuristi musulmani, i *fuqahā’*.

Una più approfondita analisi del *fiqh* verrà effettuata nel paragrafo successivo, in questo paragrafo si desidera solo fare un *excursus* delle varie fasi che hanno caratterizzato la storia del diritto musulmano; una volta soffermatisi sul suo inizio, seppure come visto, nelle diversità delle precise ricostruzioni temporali che in definitiva esprimono l’assenza di una sua chiara visione globale su esso, occorre proseguire approfondendo l’importanza svolta per esso dalle scuole giuridiche. Inizialmente esse furono condizionate prevalentemente da fattori geografici⁸³ per trasformarsi in un secondo momento, a partire dal secondo secolo dell’*ègira*, in centri di studio basati sull’insegnamento individuale di maestri. Furono proprio costoro a porre in essere il processo di razionalizzazione e organizzazione sistematica del diritto musulmano.

Il Schacht ha osservato a tal proposito che “nonostante il diritto musulmano sia un «diritto sacro», la sua sostanza non è affatto irrazionale: è stato creato non sulla base di

⁸⁰ Si veda C.A. Nallino, *Considerazioni sui rapporti tra diritto romano e diritto musulmano*, in *Raccolta di scritti editi e inediti*, a cura di M. Nallino, vol. IV, 1942, pp. 85-94. Ancora, Carlo Alfonso Nallino, *Maometto*, in *Enciclopedia Italiana*, vol. XXII, 1934, pag. 195.

⁸¹ Agostino Cilardo, *Teorie sulle origini del diritto islamico*, cit. p. VI.

⁸² Nicola Fiorita, *Dispense di diritto islamico*, Università degli studi di Firenze, Firenze University Press, 2002, p. 16.

⁸³ Si possono ricordare la Scuola di Medina, della Mecca, di Kufa, di Basra.

un processo irrazionale di rivelazione continua, ma attraverso un metodo interpretativo razionale⁸⁴».

Tra le tante scuole giuridiche sorte nell'ambito delle sette in cui il movimento islamico si divise dopo la morte del Profeta e precisamente quella *Sunnita*, *Sciita* e *Karigita*, tutt'oggi esistenti, anche se l'ultima rappresentata dal ramo moderato *ibadita*, ne sono sopravvissute quattro di quella *sunnita* il cui nome trae origine dal loro rispettivo fondatore: *Hanafita* da Habū Ḥanīfa⁸⁵, *Malikita* da Mālik Ibn Hanas⁸⁶, *Sciafita* da Muhammad al-Shāfi'ī⁸⁷ e *Hambalita* da Ahmad Ibn Ḥanbāl⁸⁸. Tuttavia accanto ad esse si rinvenivano altre scuole minoritarie come ad esempio quella *zahirita* di cui si dirà tra breve⁸⁹.

Tutte queste scuole⁹⁰, attraverso i loro membri, rappresentarono l'esplicazione e l'affermazione del c.d. «sforzo interpretativo della legge divina», l'*iğtihād*⁹¹, diretto a ricavare da essa quelle regole giuridiche costituenti appunto il diritto musulmano. Dall'opera di riflessione dei giuristi prese forma lo stesso «sistema delle fonti del diritto musulmano». Quest'ultimo fu espressione della c.d. «teoria classica del diritto musulmano» o dottrina degli «*uṣūl al-fiqh*» secondo la quale esso si fonda su quattro fonti (*uṣūl*): il Corano, la *Sunna* del Profeta raccolta nelle tradizioni ritenute valide, il consenso dei dottori (*iğmā'*) e il ragionamento per analogia (*qiyās*).

⁸⁴ Joseph Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, cit. p. 4

⁸⁵ Habū Ḥanīfa (m. 767) fondatore appunto della prima delle quattro grandi scuole sunnite, quella che attribuisce valore anche alla valutazione personale (*ra'y*) del giurista; il suo insegnamento fu quasi esclusivamente orale e l'elaborazione delle sue dottrine fu opera dei suoi discepoli Abū Yūsuf e Muhammad ash-Ṣaybānī.

⁸⁶ Mālik ibn Anas (m. 795) è come detto il secondo caposcuola del diritto sunnita, compilatore della più antica raccolta di detti del Profeta.

⁸⁷ Muhammad al-Shāfi'ī (m. 820) fu colui che sistematizzò il *fiqh* definendone le quattro fonti: *Corano*, *Sunna*, consenso (*iğmā'*) e principio di analogia (*qiyās*). Va detto tuttavia che recenti studi hanno evidenziato dubbi a tal proposito. La questione sarà esaminata più avanti.

⁸⁸ Ahmad Ibn Ḥanbāl (m. 855) capo della più rigida delle scuole giuridiche islamiche, fu strettamente legato al metodo positivo nell'interpretazione degli *aḥādīṭ* e del *Corano*; la sua opera maggiore è il *Musnad*, grande raccolta di tradizioni classiche secondo il compagno di Maometto che le ha tramandate.

⁸⁹ Va rilevato che poiché tutte e quattro le scuole sunnite sono considerate alla pari come ortodosse, ne deriva che le differenze che le dividono non sono considerate sostanziali, ma addirittura «doni» di Dio che ha lasciato agli uomini più possibilità. Ciascun musulmano deve appartenere ad una di esse e seguirne i precetti, avendo anche la facoltà di passare da una all'altra.

⁹⁰ Per maggiori informazioni su queste si rimanda ai seguenti testi: Francesco Castro, *Corso elementare di diritto musulmano*, cit., p.88; Joseph Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., p. 33 e seg.; Henri de Wael, *Le droit musulman*, 2. ed., Paris, Cheam, 1993, p.17 e seg.; Frédéric-Jérôme Pensier et Guellat Karim, *Le droit musulman*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, p. 42 e ss.; Monica Ruocco, *Il mondo arabo*, Roma, I.P.O., 1998, pp. 33-35; Gerhard Endress, *Introduzione alla storia del pensiero musulmano*, a cura di Giorgio Verdelli, Venezia, Marsilio, 1994, p. 83 e ss.

⁹¹ Come si vedrà nel prossimo paragrafo, l' *iğtihād* non è tanto la semplice interpretazione della legge rivelata, quanto il trarre vere e proprie norme giuridiche dalle fonti del diritto.

Si può dunque affermare che il diritto musulmano venne elaborato dalla dottrina e pertanto è rinvenibile nei trattati, nei commentari dei vari giurisperiti⁹².

A partire dagli inizi del quarto secolo dell'ègira (che corrisponderebbe a quelli del 900 dell'era cristiana) i giuristi di tutte le scuole ebbero chiara la consapevolezza che tutti i problemi essenziali erano stati discussi in modo approfondito e risolti una volta per tutti. Questa situazione venne definita come la «chiusura della porta dell' *iğtihād*», implicante la necessità del «*taqlīd*» cioè un'acritica accettazione delle dottrine delle scuole e delle autorità riconosciute.

Il rifiuto del «*taqlīd*» divenne uno dei principi della scuola *zahirita*⁹³; i giuristi di questa scuola ritennero ingiustificato e pericoloso seguire ciecamente l'autorità di un qualsiasi uomo, con la sola eccezione del Profeta, in materia di religione e di diritto religioso.

Dal diciottesimo secolo in poi fecero la comparsa singoli individui e scuole di pensiero che sostennero la necessità di un ritorno alla purezza originaria dell'*Islām*: fra questi si può ricordare il movimento della *Salafīya*⁹⁴.

Ma un altro momento importante nella storia del diritto musulmano è rappresentato da quello in cui ebbe inizio il fenomeno dell'acculturazione giuridica che condusse alla creazione di una miriade di sistemi giuridici nazionali.

Manifestazione del fenomeno in questione fu la codificazione, che diede origine appunto ai sistemi anzidetti.

Come si è avuto occasione di accennare l'acculturazione giuridica è consistita in una profonda trasformazione della società islamica che ha comportato la nascita o l'innesto nella sua cultura di nuove concezioni giuridiche di tipo laico⁹⁵.

Le vicende storiche dell'*Islām* hanno posto il diritto musulmano a contatto in aree e momenti storici diversi, con almeno tre dei grandi sistemi giuridici mondiali: con

⁹² A titolo esemplificativo si può ricordare la *Mudawwana* (che nel suo significato letterale corrisponde al «Digesto» giustiniano) del giurista *Ibn al-Qasim* discepolo di *Mālik*, che raccoglie la dottrina di quest'ultimo e quindi in definitiva il diritto musulmano della scuola *malikita*.

⁹³ Tale scuola venne fondata da *Dawud ibn Halaf*; essa deve la sua esistenza e il suo nome al principio giuridico teorico che è alla sua base: quello secondo cui bisogna attenersi esclusivamente al senso letterale (*zāhir*) del Corano e alle tradizioni fatte risalire direttamente al Profeta.

⁹⁴ Con il nome di *Salafīya* si indica il partito riformista fondato a Parigi nel 1883 da *Gamāl al-Dīn al-Afgānī* e da *Muhammad 'Abduh*, che ebbe un influsso decisivo sulla rinascita sociale e politica del vicino oriente. Esso mirò alla rigenerazione dell'*Islām* mediante il ritorno alla tradizione dei «pii antenati», ispirandosi alle idee della scuola *hambalita* delle origini.

Sull'argomento si rimanda all'opera di Ramadan Tariq, *Essere musulmano europeo: studio delle fonti islamiche alla luce del contesto europeo*, Troiana (EN), Città aperta, 2002, p. 322 e ss.

⁹⁵ Francesco Castro, *La codificazione del diritto privato negli Stati arabi contemporanei. Appunti sulla circolazione dei modelli normativi*, cit., p. 388.

quello romanista, con quello della *common law* e, da ultimo, con il sistema dei Paesi socialisti.

“Dal XIX secolo, la recezione di idee e modelli giuridici occidentali, espressione dell'acculturazione, ha suscitato processi di modificazione, che pur facendo ancora coesistere una pluralità di ordinamenti giuridici (statale, sciaraitico e consuetudinario) ha attribuito irreversibile prevalenza alla produzione normativa da parte dello Stato”⁹⁶. E' possibile rinvenire quindi una diversificazione delle esperienze giuridiche nazionali, nell'ambito delle quali, con particolare riferimento alla suddetta area vicino-orientale e per quel che concerne il diritto civile, sono individuabili tre modelli di codificazione: quello ottomano, quello egiziano e quello maghrebino. Per quanto concerne il diritto commerciale, occorre evidenziare come maggiori siano gli intrecci e le sfumature tra i diversi modelli; infatti accanto al modello ottomano ed egiziano, che rappresenta una fase di recezione letterale del *code de commerce* francese, nasce un modello libanese; in alcuni Paesi come il Sudan poi, sono individuabili elementi della *common law* di formazione anglo-indiana.

Senza entrare nello specifico dei modelli giuridici, nei quali ci si addenterà nelle parti della ricerca dedicate all'analisi del diritto matrimoniale nell'ambito degli ordinamenti giuridici della Tunisia e del Marocco, la cosa importante da evidenziare a livello generale in questa sede, è che con la codificazione il metodo del diritto musulmano solo in apparenza sembra divenire obsoleto e di riflesso sembra venire meno l'islamicità delle norme. Infatti, ad una attenta analisi della normativa codificata e di tutto ciò che ad essa si connette, emerge un dato fondamentale per la comprensione dei diritti dei Paesi islamici, con la sola eccezione della Turchia per i motivi poco sopra illustrati. Il dato in questione è che il carattere islamico della regola di diritto non viene esaurito dal processo di codificazione: quest'ultimo rimanda ad una entità esterna alla regola codificata, entità che esprime l'islamicità di fondo di questo prodotto giuridico, così come avveniva per il prodotto giuridico delle scuole. Se per queste l'islamicità era rappresentata dall' *iğtihād* posto in essere dai giuristi che operavano avendo come punto di riferimento assoluto la *Sharī'a*, per i moderni legislatori nazionali, essa va individuata nelle diverse illustrazioni da essi adottate per giustificare i punti in cui le loro regole codificate si discostano da quello che era il

⁹⁶ Francesco Castro, *Sistema sciaraitico, siyāsa šar'iyya e modelli normativi europei nel processo di formazione degli ordinamenti giuridici dei Paesi del vicino oriente*, in *Il mondo islamico tra interazione e acculturazione*, Roma, 1981, p. 165.

diritto tradizionale; queste spiegazioni contenute nelle relazioni che i legislatori pongono accanto ai testi dei codici, fanno a volte riferimento al rispetto dell'interesse generale o ad altri fatti che legittimano l'innovazione.

5. La *Sharī'a* e la sua scienza (il *Fiqh*)

Come si è avuto modo di accennare nell'introduzione, la *Sharī'a* può essere definita come la Legge di origine divina⁹⁷; tuttavia essa non va intesa come tavola, codice, documento; è piuttosto sistema di valori che trascende i luoghi e i tempi⁹⁸.

Nel Corano (XLV, 18) si fa riferimento ad essa in questi termini; infatti è detto: «Poi ti demmo una Legge per la Nostra Causa: seguila dunque, e non seguire le passioni di quei che non sanno»⁹⁹.

Come evidenziato dal Castro, “il vocabolo arabo *Sharī'a* metaforicamente «via diritta rivelata da Dio», ha una triplice accezione: in senso latissimo indica la «via», cioè la legge religiosa, comprendente dogmi, riti, precetti morali e giuridici, rivelata agli ebrei, ai cristiani e ai musulmani; in senso lato, è la via rivelata ai soli musulmani e riguardante sia il foro interno sia il foro esterno; in senso stretto indica invece la «via» o «legge religiosa» rivelata ai soli musulmani per regolare il solo foro esterno¹⁰⁰. In questa accezione più ristretta il concetto di *Sharī'a* viene a coincidere con il concetto di *fiqh*”¹⁰¹.

Lo studioso arabo Muhammad Said al-Ashmawy¹⁰², ha però evidenziato che l'intendere per *Sharī'a* il *fiqh* quale si è formato nella storia, e quindi utilizzare una parola nel senso che ha acquisito nel corso del tempo, se può avvenire nell'ambito

⁹⁷ C.A. Nallino, *Sistema religioso* (voce *Islamismo*) citato nella nota n° 31.

⁹⁸ La formula «la *Sharī'a* è valida per tutti i luoghi e tutte le epoche» diventerà uno degli *slogan* più noti del pensiero integralista islamico.

⁹⁹ Traduzione Alessandro Bausani. *Il Corano*, Firenze, Biblioteca Universale Rizzoli, 1988. Anche per le successive traduzioni del Corano si farà riferimento allo stesso testo.

¹⁰⁰ David Santillana nella sua opera più volte citata (*Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafiita*, p. 12) evidenzia come a questa «diritta via» il credente deve attenersi affinché la sua condotta sia conforme ai precetti divini, ne eviti le sanzioni e ne meriti i premi, avendo essa per sfondo il giorno del giudizio e la vita eterna.

¹⁰¹ Francesco Castro, *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, cit., pp. 16-17.

delle scienze profane non può invece avvenire in ambito coranico, perché ogni alterazione del senso del termine conduce immancabilmente a deformare il senso del testo, e dunque a snaturare la Rivelazione.

E' considerando questa distinzione che Asad Maududi¹⁰³ ha definito la *Sharī'a* «Legge suprema» data nelle forme del Corano, che incarna le istruzioni di Dio, e della *Sunna*, ossia gli insegnamenti del Profeta, che spiega e chiarisce il Corano.

La considerazione che essa è venuta da Dio per mezzo del suo Profeta affinché avesse corso in ogni tempo e in ogni luogo, fa ritenere che debba essere applicata fino a quando non sarà abrogata. Pertanto, “regola fondamentale in tema di *Sharī'a* è che i suoi testi non possono essere abrogati che da altri testi di forza uguale o superiore. I testi abroganti devono quindi appartenere al Corano o alla *Sunna*. Ovviamente, dopo il Profeta non vi è più Corano, visto che la rivelazione si è fermata; egualmente non vi è più *Sunna*, visto che il Profeta è morto. E non si può pretendere che per le istanze legislative umane si possano emanare dei testi che abbiano il peso del Corano o della *Sunna*, al punto di poter abrogare il *Corano* e la *Sunna*”¹⁰⁴.

Anche Muhammad Hashim Kamali ha insistito sulla differenziazione tra *Sharī'a* e *fiqh* affermando che la prima “fornisce la luce che serve da guida”, mentre il secondo “elabora soluzioni specifiche”¹⁰⁵.

Prima di soffermarsi sul *fiqh* e verificare come esso debba intendersi esclusivamente come studio della *Sharī'a*, occorre procedere nell'analisi di quest'ultima illustrando il dibattito sulla sua applicazione all'interno dei Paesi musulmani.

Se dunque essa “è un insieme universale di doveri religiosi, la totalità dei comandamenti di *Allāh* che regolano la vita di tutti i musulmani in tutti i suoi aspetti”¹⁰⁶, “la bussola che ogni musulmano possiede nel suo cuore e nella sua memoria”¹⁰⁷, si comprende benissimo come rappresenti il migliore mezzo a disposizione per la realizzazione dell'unità culturale e conseguentemente come il suddetto dibattito assuma sempre più vigore nelle varie comunità musulmane.

¹⁰² Muhammad Said al-Ashmawy, *Riflessione giuridica sul problema della codificazione della Sharī'a*, in *Dibattito sull'applicazione della Sharī'a*, Torino, Fondazione Agnelli, 1995, p. 78.

¹⁰³ S.A. Asad Maududi, *The Islamic Law and Constitution*, Lahore, Islamic Publications, 1975, p. 69.

¹⁰⁴ 'Abd al-Qādir 'Ūda, *La Sharī'a: costituzione fondamentale dei musulmani*, in *Dibattito sull'applicazione della Sharī'a*, cit. pp. 12-15.

¹⁰⁵ Muhammad Hashim Kamali, *La Sharī'a e le sfide della modernità*, in *Dibattito sull'applicazione della Sharī'a*, cit. p. 126.

¹⁰⁶ Joseph Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, cit. p. 1.

Come detto il dibattito ebbe origine intorno agli anni trenta del secolo scorso, soprattutto in Egitto, per opera di quei movimenti che reagirono all'occidentalizzazione in corso ed espressero, pur con accenti diversi, la necessità di ritornare ad una visione islamica della società; si trattò soprattutto del Movimento dei Fratelli Musulmani fondato da Ḥasan al-Bannā in questo Paese nel 1928¹⁰⁸.

Accanto ai grandi nomi dei *leader*, il Movimento poté contare su una folta schiera di divulgatori delle sue tesi che contribuirono a formare una vasta letteratura nella quale si trovano opere di grande valore. Nell'ambito di questa si possono annoverare gli scritti di 'Abd al-Qādir 'Ūda che si distinguono in particolare per l'estrema chiarezza. In quello intitolato "L'*Islām* e le nostre istituzioni giuridiche", l'autore intende dimostrare come ogni legge, per rispondere ai propri fini, deve unire l'elemento dell'obbligazione esterna all'adesione della coscienza. Solo nella *Sharḥa*, per la sua istituzione divina, si possono unire i due elementi. Quest'ultima è l'esempio per eccellenza di quella categoria di leggi in cui l'autorità si fonda sull'elemento spirituale e sull'elemento dell'obbligazione. Un'altra categoria di leggi è data da quelle in cui è presente il solo elemento dell'obbligo con assenza dell'adesione interiore da parte dell'individuo; è questo il caso della maggior parte delle leggi umane.

Infine vi è la categoria di leggi in cui oltre a mancare l'elemento dell'adesione interiore della persona, queste vanno contro la fede e le profonde convinzioni della gente. Le leggi egiziane sono di questo terzo tipo per il fatto di essere state stabilite dall'autorità coloniale nel totale disprezzo della coscienza musulmana egiziana.

L'autore è portatore di una di "una concezione statica della Legge sacra: il suo legame diretto con la rivelazione ne garantisce la perfezione e ne impedisce qualsiasi evoluzione; all'uomo è richiesta solo la sua applicazione concreta"¹⁰⁹.

La pressione esercitata verso i governanti dagli intellettuali e attraverso questi dai popoli musulmani in generale e arabi in particolare per un ritorno all'applicazione della *Sharḥa* non è espressione di fanatismo, quanto del desiderio di riconquistare una identità araba. Alcuni di coloro che hanno sposato questa linea di pensiero criticano poi quanto sostenuto dai c.d. laicisti. "Questi sono coloro che mirano a chiudere l'*Islām* nelle moschee: essi credono che il diritto islamico si è servito del diritto

¹⁰⁷ Alberto Predieri, *Sharḥa e Costituzione*, cit., p. 78.

¹⁰⁸ Sull'argomento si rinvia di O. Carré e G. Michaud, *Les Frères Musulmans*, Paris, Gallimard-Julliard, 1983.

romano e conseguentemente non ha una propria identità¹¹⁰. Ne deducono che è lecito rifarsi a questa fonte che è appunto il diritto romano, così come ai diritti che ne sono derivati, come quello francese. Ma questa opinione secondo alcuni orientalisti non è conforme alla verità storica: il diritto romano è l'espressione della volontà della collettività, è prodotto della ragione umana e separato completamente dalla religione. Questa separazione è considerata come una dei fondamenti più importanti della civilizzazione greco-romana e dunque della società europea attuale. Ciò che invece è al cuore della *Sharʿa* è la provvidenza divina che si manifesta direttamente nel Corano o indirettamente nella tradizione del Profeta. Quest'ultimo non ha lasciato la penisola araba che per due brevi viaggi effettuati rispettivamente nell'infanzia e nell'adolescenza. Egli fu a contatto solo con gli arabi e quindi non ha avuto modo di conoscere il diritto romano. Dopo la sua morte non si sa nulla di giureconsulti musulmani che abbiano potuto avere conoscenza di opere di diritto romano. Le differenze tra le fonti, i metodi interpretativi e le strutture giuridiche dei due diritti sostengono questa tesi¹¹¹. La ricostruzione proposta da questo autore, Sufi Abu Taleb, non appare però condivisibile giacché essa ignora completamente la c.d. "volgarizzazione del diritto romano" e le sue conseguenti implicazioni nei territori orientali dell'impero. Essa ha rappresentato un fatto storico che seppur complesso non può non essere tenuto in considerazione. In generale si può affermare che il diritto volgare romano fu l'espressione dei bisogni pratici della vita tra i quali rientrarono certamente anche le risoluzioni di questioni giuridiche derivanti dai rapporti tra i romani operanti nel territorio dell'impero in cui in una fase successiva al loro arrivo si sviluppò l'*Islām*, e i soggetti autoctoni, soprattutto "in tempi di carenza del potere pubblico"¹¹² di Roma. Accanto al diritto ufficiale l'esperienza giuridica dovette registrare anche la presenza di tutto un insieme di norme "percepite" dai destinatari in modo differente dall'interpretazione canonica delle disposizioni ufficiali e questo

¹⁰⁹ Andrea Pacini, in *Dibattito sull'applicazione della Sharʿa*, cit. p. 6.

¹¹⁰ L'influenza del diritto romano e di altri diritti stranieri sul diritto musulmano ha interessato diversi studiosi. Il Schacht se ne è occupato in modo particolare in due articoli ai quali si rimanda: *Foreign elements in ancient Islamic law*, in *Mémoires de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, III-4, Roma, 1955, pp. 127-141; e *Droit byzantin et droit musulman*, in *XII Convegno "Volta"*, Roma, 1957, pp. 197-230. Antonio D'Emilia nel suo scritto intitolato *Roman Law and Muslim Law. A Comparative Outline*, in *East and West*, vol. IV, Italia, 1953, pp. 73-80; ancora dello stesso autore si rimanda al "Il diritto musulmano comparato con il bizantino dal punto di vista della tipologia del diritto", in *Scritti di diritto islamico*, I.P.O., Roma, 1976, pp. 197-99.

¹¹¹ Sufi Abu Taleb, *La Sharʿa islamique et le droit positif dans les Pays Arabes: histoire et prospective*, in *Politiques législatives Egypte, Tunisie, Algérie, Maroc*, 1994, pp.147-148.

¹¹² Francesco Calasso, *Medio evo del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1954, p. 65.

certamente anche per conciliarle con quelle presenti su questa porzione di impero. Fu proprio attraverso questo “diritto emergente”, questo “diritto vivo” che l’essenza del diritto romano poté comunque penetrare, anche se non in modo pregnante, e a dispetto di quello ufficiale, nella mentalità giuridica di questi popoli orientali. Si può quindi affermare che l’apporto giuridico romano all’assestamento dei rapporti tra privati riguardando anche le popolazioni arabe non poté non influenzare il nascente diritto musulmano che si rivolse alle stesse popolazioni. Quand’anche quindi, come asserito da Sufi Abu Taleb, il Profeta non ebbe rapporti diretti con romani, Egli visse comunque nell’ambito di un contesto culturale in parte anche romanizzato che portò ad una compenetrazione di posizioni giuridiche diverse.

“Per Santillana l’influenza del diritto romano su quello musulmano è incontestabile ed è probabile che si sia esercitata attraverso le consuetudini provinciali. Tali influssi sarebbe vano cercarli nella forma, poiché essa è originale, avendo quasi sempre una facciata araba e musulmana; le tracce ed analogie più palesi vanno ricercate sempre nella sostanza, cioè nelle forme direttive e nelle regole speciali dei singoli istituti”¹¹³.

L’intellettuale egiziano, Sayyid Quṭb, esaltò la concezione sacrale della *Sharḥa* evidenziandone la conseguente immutabilità nonché soprattutto il ruolo cosmico da essa svolto; “derivando da Dio essa garantisce che l’organizzazione della società umana sia conforme all’intenzione creatrice e ordinatrice di Dio, che è l’unico creatore del cosmo e l’unico legislatore; è chiaro che, data tale eminenza, le leggi umane non possono essere considerate che ingenui tentativi di interpretare ulteriormente la realtà, se non addirittura espressioni delle passioni umane che non vogliono sottomettersi alla legge divina”¹¹⁴.

Più recentemente, un importante attore nel dibattito sull’applicazione della *Sharḥa*, Husain Aḥmad Amīn, non ha esitato a criticare i sostenitori di un improbabile ritorno all’*Islām* delle origini. Egli¹¹⁵ pur dichiarandosi favorevole all’applicazione della *Sharḥa* ha fatto notare come dall’innesto di questa sulle consuetudini dei popoli

¹¹³ Agostino Cilardo, *Teorie sull’origine del diritto islamico*, cit., p. 26.

Intorno al problema dei rapporti tra diritto romano e diritti orientali si rimanda per un’analisi generale al testo di Edoardo Volterra “*Diritto romano e diritti orientali*”, Napoli, Jovene, 1983, e per un approfondimento specifico ad uno studio di Emilio Bussi intitolato “*Ricerche intorno alle relazioni fra retratto bizantino e musulmano*”, Milano, Vita e pensiero, 1933, nel quale l’autore ha sostenuto la recezione di alcuni istituti romano-bizantini nel diritto musulmano.

¹¹⁴ Andrea Pacini, in *Dibattito sull’applicazione della Sharḥa*, cit., p. 6.

¹¹⁵ Si veda la sua recente opera intitolata *Tathiq al-Sharḥa al-islāmiyya (L’applicazione della Sharḥa)*, Cairo, 1987, contenuta anche in *Voci dell’Islām moderno. Il pensiero arabo-musulmano fra tradizione e rinnovamento*, di Paolo Branca, Genova, Marinetti, 1997, pp. 282-289.

convertitisi all’*Islām* sia derivata la diversificazione dei suoi precetti, tanto che si può continuare a parlare di un *Islām* iracheno, siriano, egiziano, specie dopo che Abū Ḥanīfa e Ibn Anas Mālik dichiarano lecito che il giurista nella sua attività doveva tenere conto delle condizioni ambientali in assenza di un chiaro precetto coranico a cui attenersi o a cui rifarsi per analogia. Tale stato di cose era stato messo in discussione da Muhammad al-Shāfi’ī preoccupato del fatto che esso avesse potuto condurre alla dissoluzione dell’*Islām* e alla disparità delle norme tra le diverse generazioni e le differenti località. Ritenne necessario pertanto che si raccogliessero i dettami del Profeta al fine di farne una seconda fonte della *Sharī’a*.

I musulmani per aggirare l’ostacolo di questa seconda fonte del diritto inventarono *aḥādīth* nei quali inserirono quanto da essi ritenuto adatto al progresso, così come iniziarono a legittimare una determinata questione attraverso l’*iğmā’*, cioè l’accordo degli esperti. Da tutto ciò Amin ricava che non sia possibile pretendere una obbedienza totale a norme che variano nel tempo, cioè norme che una generazione ha considerato valide a dispetto della successiva e che la terza generazione è tornata a rispettare. Infine egli conclude la sua riflessione con un auspicio: quello che i suoi interlocutori e tutti i musulmani comprendano che il modo di pensare del Profeta si sia evoluto dalla sua giovinezza alla sua morte e che le disposizioni della *Sharī’a*, quali si trovano nei libri di *fiqh*, non sono tali e quali a quanto sancito dal Corano e dalla *Sunna*; “la *Sharī’a* è un palazzo elevato i cui piani sono stati costruiti dagli uomini uno dopo l’altro nel corso di lunghi secoli, in funzione dell’evoluzione della società e delle sue esigenze”¹¹⁶.

Quasi sulla stessa linea di Husain Ahmad Amīn si pone anche il contributo di un altro insigne studioso: Maḥmūd Muhammad Taha. Anche lui non concorda con coloro che hanno una visione statica della *Sharī’a*. Per lui è inconcepibile continuare a credere che i problemi del secolo attuale possano essere trattati e risolti dalla stessa legislazione che ha affrontato e risolto quelli del VII secolo. Egli afferma: “I musulmani sostengono che la *Sharī’a* è una legislazione perfetta, e hanno ragione. Ma la sua perfezione risiede proprio nella sua capacità di evolversi e di integrare le forze vive degli individui e delle collettività orientando la loro esistenza sulla via di un progresso permanente, in funzione del livello da essi raggiunto. Quando si sentono fare questo discorso reagiscono dicendo che la *Sharī’a* è perfetta e non ha quindi bisogno di

¹¹⁶ Husain Ahmad Amīn, *L’applicazione della Sharī’a*, cit. p. 288.

evolversi, poiché sono solo le cose mancanti che devono svilupparsi. E' invece esatto il contrario: solo ciò che è perfetto sa evolversi. Sono i perfetti che hanno per ideale di modellarsi su Dio, il quale dice di sé: «Ogni giorno Egli lavora ad opera nuova» (Corano, LV, 29)¹¹⁷.

A conclusione di questo paragrafo non rimane che prendere in esame la scienza della *Sharḥa*, il *fiqh*, rinviando per degli approfondimenti su quanto detto a proposito del dibattito sulla applicazione della Legge religiosa, agli scritti di altri importanti pensatori quali Fouad Zakariya, Al-Tahir al-Haddad, Hmida al-Nayfar, Muhammad Said al-Ashmawy alcuni dei quali sono contenuti nel citato testo della Fondazione Agnelli; importante è anche quanto emerge dall'opera di Said Ramadan¹¹⁸ alla quale pure si rimanda.

Il *fiqh*, come più volte detto, scienza della Legge religiosa, si sostanzia nel diritto sacro dedotto appunto dalla *Sharḥa* per opera dei giuristi musulmani. Anche il suo concetto come si è visto a proposito della *Sunna*, aveva in principio un significato ampio e meno tecnico, quello di «comprensione, sapere, intelligenza», e veniva applicato a tutte le branche del sapere; solo nel proseguo del tempo assunse il significato più ristretto e più tecnico di scienza del diritto religioso dell'*Islām*.

“Per gli *Hanafiti* il *fiqh* è la conoscenza dei diritti e dei doveri mediante la quale l'uomo può ben condurre la sua vita in questo mondo e prepararsi alla vita futura”¹¹⁹.

Il *fiqh*, può dunque essere definito come “la conoscenza della quintuplice ripartizione sciaraitica delle azioni umane, nel senso di atto obbligatorio (*farḍ*), o proibito (*ḥarām*), o consigliato (*mandūb*), o sconsigliato (*makrūh*), o, infine, libero (*mubāḥ*)”¹²⁰.

La scienza in questione (*ilm al-fiqh*) si caratterizza per la bipartizione in «radici della giurisprudenza (*uṣūl al-fiqh*)» e «rami della giurisprudenza (*furū' al-fiqh*)»; questi ultimi a loro volta bipartiti in *ibādāt* o regole rituali e *mu 'amalāt* o *negotia*, cioè quelli che secondo le nostre categorie sarebbero per esempio il diritto penale, il diritto processuale, parte del diritto dei tributi, proprietà, possesso e così via.

¹¹⁷ Mahmud Muhammad Taha, *Sharḥa e Sunna: la seconda missione dell'Islām*, in *Voci dell'Islām moderno. Il pensiero arabo-musulmano fra tradizione e rinnovamento*, cit. p. 268.

¹¹⁸ Said Ramadan, *La Sharḥa. Le droit islamique, son envergure et son équité*, tradotto dall'inglese da Claude Dabbak, Parigi, Edition Al Qalam, 1997.

¹¹⁹ David Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I, cit. p. 12.

¹²⁰ Francesco Castro, *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, cit., p. 1.

La c.d. «dottrina delle fonti» è il risultato di un lungo processo storico che ha condotto alla sua fissazione nell'ordine attuale alla fine del terzo secolo dell'ègira (il decimo della nostra era); questa teoria individua nell'ordine il *Corano*, la *Sunna*, l'*iğmā'* o consenso e il *qiyās* o analogia.

“Per molto tempo si è attribuita la fondazione degli *uṣūl al-fiqh* a Muhammad al-Shāfi'ī, nel suo famoso trattato *al-Risāla*, ma tale convinzione è oggi messa in discussione dai ricercatori.

Il Calder per esempio ritiene che la *Risāla* sia posteriore al suo presunto autore”¹²¹. “Il sintagma *uṣūl al-fiqh*, utilizzato per designare le radici del diritto islamico e, al tempo stesso, la metodologia dei giuristi musulmani, non è dello stesso periodo di M. al-Shāfi'ī, ma è posteriore”¹²². M. al-Shāfi'ī nella storia dell'elaborazione del *fiqh* rivestì comunque un ruolo importantissimo, non fosse altro che per il fatto di essere stato il fondatore della scuola *sciafiita*, e non a caso un grande studioso di diritto musulmano, il Coulson, lo definì, proprio in materia di *fiqh*, “maestro architetto”¹²³.

Anche il Schacht è dell'opinione che la «teoria classica o degli *uṣūl al-fiqh*» “rappresentò per molti aspetti un'evoluzione rispetto alla teoria di M. al-Shāfi'ī”¹²⁴; essa infatti riprese il concetto di consenso dei dottori, ritenendolo infallibile al pari di quello di tutti i musulmani, che era stato invece messo da parte dalla teoria di M. al-Shāfi'ī il quale per riuscire a seguire nel modo più rigoroso le tradizioni fatte risalire al Profeta aveva dovuto rifiutare il principio del consenso dei dottori, che esprimeva invece la tradizione vivente delle prime scuole.

M. al-Shāfi'ī espose la teoria secondo la quale la *Sunna* del Profeta faceva parte della Rivelazione, nella misura in cui quest'ultimo era stato ispirato da Dio¹²⁵. A suo avviso dunque la *Sunna* veniva a completare il Corano. Essa, espressa in tradizioni formali, subentrò conseguentemente al posto del concetto di «tradizione vivente», che era stato tipico delle antiche scuole. Le tradizioni fatte risalire al Profeta non potevano essere invalidate neppure dal *Corano*: era quindi il Sacro Testo ad essere interpretato alla luce della *Sunna* e non il contrario.

¹²¹ Sabrina Mervin, *L'Islām: fondamenti e dottrine*, Milano, Mondadori, 2001, p. 49.

¹²² George Makdisi, *The juridical theology of Shafi: origins and significance of uṣūl al-fiqh*, in *Religion, Law Learning in Classical Islam*, London, Variorum, 1991, pp. 7-9.

¹²³ Noel J. Coulson, *Histoire du droit islamique*, Parigi, Presses Universitaires de France, 1995, p. 53.

¹²⁴ Joseph Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, cit. p. 63.

¹²⁵ Sabrina Mervin, *L'Islām: fondamenti e dottrine*, cit. p. 50.

Nella visione di M. al-Shāfi'ī non c'era spazio per l'esercizio discrezionale dell'opinione personale (*ra'y*) e il ragionamento umano doveva limitarsi a delle conclusioni sistematiche tratte dalle tradizioni del Profeta. Quindi questo giurista riconobbe in via di principio soltanto il ragionamento strettamente analogico e sistematico (rispettivamente *qiyās* e *iğtihād*) escludendo le opinioni arbitrarie e le decisioni discrezionali (cioè *ra'y* e *istiḥsān*) alle quali avevano normalmente fatto ricorso i suoi predecessori; questa è una delle importanti innovazioni per cui la sua teoria giuridica si diversificò completamente rispetto a quella delle antiche scuole, assumendo maggiore coerenza dal punto di vista logico e formale.

A questo punto occorre non solo analizzare nello specifico le fonti del diritto indicate ma anche i concetti cui si è fatto appena riferimento: il *ra'y* e l'*istiḥsān*; l'*iğtihād*, si è visto essere lo «sforzo interpretativo» dei giuristi e anche esso costituirà oggetto di approfondimento, ma una volta analizzate tutte le fonti del diritto.

Procedendo per ordine si dovrebbe iniziare dal *Corano* e proseguire con la *Sunna* del Profeta, ma visto che su di essi ci si è già soffermati, e a quelle pagine si rimanda¹²⁶, si può iniziare ad esaminare il «consenso» (*iğmā'*) e proseguire con l'analogia (*qiyās*).

L'*iğmā'* è la terza fonte del diritto; tale posizione viene giustificata con vari argomenti e in particolare sulla base di un detto attribuito al Profeta secondo il quale «La mia Comunità non si troverà mai d'accordo sopra un errore»; «ciò che ai Musulmani è apparso buono, è buono anche al cospetto di Dio»; il consenso quindi, dopo il *Corano* e la *Sunna* è il terzo grado di manifestazione della volontà divina, pertanto è fonte di legge al pari di un testo formale del Corano o di un «*ḥadīth*».

Si distinguono due specie o gradi di consenso, secondo la materia cui si riferisce: l'*iğmā'* che riguarda i doveri elementari noti a tutti i fedeli e l'*iğmā'* che riguarda le regole più speciali del culto, nonché le regole del diritto; mentre nel primo caso l'*iğmā'* è costituito dal consenso generale di tutti i credenti (*iğmā' al-ummah*), nel secondo è costituito dal consenso dei dottori (*iğmā' al-a'immaḥ*)¹²⁷.

Il *qiyās* è la quarta fonte del diritto, dipendente dal «criterio fallibile dell'uomo»¹²⁸. Come indica il nome, analogia, si sostanzia in un processo induttivo disciplinato dalle regole della logica, per cui quando non vi è una precisa regola per la risoluzione di un caso questa dovrà essere desunta da quanto disposto in altri casi consimili.

¹²⁶ PP. 26, 27 e 28.

¹²⁷ Si veda David Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafita*, vol. I, cit., p. 33 e ss.

Prima di passare, come anticipato, all'esame del ragionamento individuale (*ra'y*) e dell' *istiḥsān*, è opportuno fare un accenno a quella che è da taluni considerata una fonte secondaria del diritto: la consuetudine (*'urf*). Va infatti ricordato che molti tra gli *hanafiti* la considerano come una varietà del consenso generale (*iḡmā'*) annoverandola tra le fonti canoniche degli «*uṣūl*» del diritto. Nonostante le opinioni discordanti essa ha avuto un ruolo di primo piano sia nel periodo di formazione del diritto musulmano¹²⁹, sia in quello più recente, contribuendo efficacemente ad integrare la *Sharī'a* nelle diverse parti del mondo ove essa è stata e continua ad essere introdotta.

Sulla consuetudine come fonte subalterna il Castro ha notato come “in alcune regioni del mondo islamico essa ha addirittura prevalso sulla *Sharī'a*; così in talune regioni berbere del Maghreb e in Indonesia, dove il *fiqh*, non ha avuto la forza di scalzare il precedente sostrato giuridico”¹³⁰.

Dell'importanza della consuetudine è convinto anche un altro studioso, Massimo Papa, che in suo recente libro sull'ordinamento giuridico afghano, ha evidenziato come in questo Paese ancora oggi “non si riesce a cancellare il diritto invisibile e latente d'ispirazione consuetudinaria”¹³¹.

La consuetudine può essere generale, cioè fondata su un interesse generale e permanente, o particolare ad un dato luogo, cioè valevole solo nel luogo e nel tempo in cui vige; quest'ultima non è però fonte di diritto.

Per quanto riguarda il ragionamento individuale (*ra'y*) si può affermare che esso si sostanzia nell'opinione personale del giurista nella particolare accezione di «opinione sana, ponderata». Il ricorso a questo tipo di ragionamento fu tipico dei primi specialisti di diritto musulmano e soprattutto dei *qāḍī* cioè dei giudici¹³².

¹²⁸ David Santillana, *ibidem*, p. 36

¹²⁹ Si ricorda che l'influenza della consuetudine sulla fase formativa del diritto musulmano è stata sostenuta con vigore dal Schacht.

¹³⁰ Francesco Castro, *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, cit., p. 302.

¹³¹ Massimo Papa, *Afghanistan: Tradizione giuridica e ricostruzione dell'ordinamento tra Sharī'a, consuetudini e diritto statale*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 15.

Si veda anche Juan José Ruiz Ruiz, *Consuetudini tribali e Sharī'a nell'ordinamento libico*, in *Diritti tradizionali e religiosi in alcuni ordinamenti contemporanei*, a cura di Serena Bandin, Trieste, E.U.T., 2005, p. 45 e ss.

¹³² La figura del *qāḍī* venne creata dalla dinastia *omāyyade* alla quale si deve l'istituzione dell'amministrazione della giustizia; questo funzionario amministrativo delegato del governatore sostituì l'arbitro delle liti, *ḥakam*, tipico dell'Arabia preislamica e dei tempi patriarcali dell'*Islām*. Si veda per tutti Francesco Castro, *Qāḍī*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, vol. XVI*, Torino, Utet, 1993, p. 153.

L'*istiḥsān*, assieme all'*istiṣlāḥ*, rappresenta una guida sussidiaria nel ragionamento giuridico. Più precisamente l'*istiḥsān* è l'opinione discrezionale del giurista guidato dalla sua idea di giustizia, l'*istiṣlāḥ* è il dare prevalenza all'utilità generale.

All'*istiḥsān* ricorre principalmente il giudice per far prevalere una soluzione più equa sull'applicazione di una interpretazione più rigorosa, ma capace di addurre un danno¹³³.

A conclusione del paragrafo non resta che soffermarsi ad indagare più specificatamente la metodologia giuridica, cioè la pratica dell'*iğtihād*, seguita dagli operatori del diritto musulmano in vista della comparazione che verrà fatta con l'altro diritto religioso e cioè il canonico.

Innanzitutto è necessario intendersi sui diversi operatori del diritto; una volta chiarite le loro specifiche funzioni si potranno comprendere con maggiore chiarezza sia il modo in cui concretamente il *fiqh* è venuto ad esistenza sia il suo contenuto.

Partendo dalla circostanza che anche nella comunità musulmana si è potuto assistere all'emergere della figura del giureconsulto, da intendersi come studioso del diritto, il *faqīh*, si può affermare che costui inizialmente si distingueva dal *'alim* perché quest'ultimo era profondamente versato nella *Sharī'a*, e non solo nello studio del diritto; come già si è avuto modo di evidenziare, il concetto di diritto in questione è quello di diritto sacro, che riguarda approssimativamente le attività esterne del credente verso Dio, se stesso e gli altri.

Con il passare del tempo e soprattutto nella realtà contemporanea, poiché nella quasi totalità dei Paesi musulmani il diritto di produzione statale ha finito per prevalere sul *fiqh*, i termini *faqīh* e *'alim* sono divenuti sinonimi. Il processo di secolarizzazione del diritto ha prodotto un vero e proprio declassamento del *faqīh* da «giurista» a «uomo di religione», senza comportare la nascita di un clero o di un ceto sacerdotale, che non sono mai esistiti nell'*Islām*¹³⁴.

Nell'uso corrente oggi il termine *faqīh* indica il professore universitario di discipline giuridiche e il termine il *qāḍī* il giudice togato dei tribunali laici statali. Originariamente però, a partire dal periodo della nascita delle scuole giuridiche (secondo secolo dell'*ègira*), il *faqīh* oltre che insegnare, creava il *fiqh* attraverso l'attività di *iğtihād* sulle fonti del diritto. Non ogni *faqīh* però esercitava l'*iğtihād*,

¹³³ Valentina Colombo e Gustavo Gozzi, *Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani nell'area del Mediterraneo*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 302.

applicava cioè il proprio sforzo intellettuale “all’individuazione della qualificazione giuridica ed etico-religiosa nei casi in cui *Corano* e *Sunna* non avessero contenuto una prova testuale esplicita e decisiva in proposito¹³⁵”; colui che svolgeva questa importantissima attività era detto *muğtahid*. A sua volta il *muğtahid* si distingueva dal *muftī*¹³⁶, cioè da quel *faqīh* che per fama acquisita o per nomina delle autorità emetteva pareri (*fatwā*) da intendersi come «decisioni» prive però di forza vincolante¹³⁷. L’interlocutore del *muftī* poteva essere tanto la comunità quanto un singolo, ma anche un *qāḍī*, il giudice chiamato ad applicare i precetti della *Sharīa* e del *fiqh* al caso concreto, qualora questi si fosse trovato in difficoltà nell’emettere la sua sentenza. La funzione di *muftī* non era istituzionalizzata come quella del *qāḍī* che sin dall’inizio della civiltà islamica fu funzionario addetto ai tribunali pubblici.

Fu dall’opera dei *muğtahid* che nel corso dei secoli venne elaborato il diritto musulmano. Essi assieme ai *muftī* rappresentarono la continuità della conoscenza (*‘ilm*) orientata da *Corano* e *Sunna* per permettere la sua giusta applicazione nel corso della storia¹³⁸.

Appare evidente quindi che il diritto in esame si sviluppò sulla base della dialettica tra Testo e ragione. Le opere di *fiqh* raccolsero il frutto di questa dialettica plurisecolare e contribuirono a rendere il *fiqh* stesso un sistema giuridico-teologico molto esteso e pregnante, tanto da poter far ritenere che esso caratterizzi l’*Islām* più della sua teologia e della sua mistica. Le opere in questione raccolgono oltre alle disposizioni che regolano l’osservanza rituale e religiosa per ciò che concerne ciò che deve essere fatto e ciò che deve essere evitato, l’intera sfera del diritto di famiglia, di quello ereditario, della proprietà e del contratto, nonché ciò che attiene alle pene, alle procedure da seguire nei processi, e in generale le disposizioni per tutte le questioni legali che sorgono nella vita sociale.

L’attività del giurista, naturalmente approvata e sostenuta dal consenso, strumento tipico di un diritto di elaborazione dottrinale quale fu quello musulmano, si è però trasformata nel corso dei secoli perché, come già si è detto, all’inizio del quarto secolo

¹³⁴ Francesco Castro, *Faqih*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, vol. VIII*, cit., p. 222.

¹³⁵ Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *Muğtaihd*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, vol. IX*, cit., p. 489.

¹³⁶ Carlo Alfonso Nallino, *Mufti*, in *Nuovo Digesto Italiano, vol. VIII*, Torino, Utet, 1939, p. 789 e ss..

¹³⁷ La *fatwā*, corrisponde ai *responsa* del diritto romano. Per degli approfondimenti in materia si rimanda allo scritto di Jeane Ladjili, “*La fonction de juriste en Méditerranée ancienne: Les civilisations romaine et arabo-musulmane*”, in *L’annuaire de la Méditerranée*, Maroc, Publisud, 1996, pp.151-176.

¹³⁸ Tariq Ramadan, *Les Musulmans d’occident et l’avenir de l’Islām*, cit., p. 93.

dell'ègira¹³⁹ la c.d. «chiusura della porta dell'*iğtihād*» comportò per questo importante personaggio l'impossibilità di stabilire norme dalle radici del diritto prescindendo da ciò che era stato già stabilito dalla dottrina precedente.

Comunque il suo operato continuò a svolgere un ruolo determinante anche dopo questa scelta effettuata dalla comunità dei dottori; nei primi secoli successivi si ebbe un *iğtihād* di scuola, nel senso che il *faqīh* fu autorizzato a dispiegare il suo metodo ermeneutico sulle dottrine del proprio caposcuola; successivamente fu limitata anche tale possibilità imponendosi un pedissequo adeguamento (*taqlīd*), all'insegnamento di scuola; il *faqīh* pedissequo, il c.d. *muqallid*, restò pur sempre un eminente operatore del diritto.

Le cose mutarono però a partire dalla seconda metà del XIX secolo per effetto dell'acculturazione giuridica che interessò il mondo islamico; la codificazione secolarizzò il diritto trasformandolo da dottrinale a legislativo, anche se in realtà quest'ultimo non venne e non viene tuttora formalmente qualificato come tale, ma semplicemente come insieme di regole amministrative di buon governo; essa “fece tramontare il tradizionale ruolo di inventore del diritto del *faqīh*”¹⁴⁰.

Tuttavia si deve evidenziare che oggi si sta assistendo ad una rivalutazione della figura del *faqīh muftī* giacché è “ad esso che vengono posti quesiti su argomenti importanti come il ruolo delle nuove tecnologie o della bioetica”¹⁴¹; questo però non significa che esso crei diritto, perché la sua attività interpretativa non si estrinseca nello stabilire norme, sul modello di ciò che invece era accaduto con l'*iğtihād* del *muğtahid*.

E' importante sottolineare che la pratica dell'*iğtihād* si sostanziava proprio nella creazione delle norme; non deve trarre in inganno il fatto che spesso il termine *iğtihād* sia tradotto con “sforzo di interpretazione della legge divina”, perché se la nozione di sforzo è contenuta nella radice della parola che è la stessa del termine *ğihād*¹⁴², non è esatto parlare di interpretazione, nella sua accezione cognitiva, giacché non si tratta di interpretare qualcosa di dato, appunto la legge rivelata, bensì di trarre norme

¹³⁹ Questa data è stata però recentemente contestata sulla base di dati testuali per i quali il concetto di chiusura della porta dell'*iğtihād* emergerebbe soltanto all'inizio del VI secolo. Si vedano i lavori di Wael Hallaq come per es. “*On the origins of the controversy about the existence of mujtahids and the gate of iğtihād*”, in *Law and Legal Theory in Classical and Medieval Islām*, Variorum, Aldershot 1995.

¹⁴⁰ Francesco Castro, *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, cit., p. 16.

¹⁴¹ Sabrina Mervin, *L'Islām: fondamenti e dottrine*, cit., p. 146.

¹⁴² Per il concetto di *ğihād* si veda Sabrina Mervin, *L'Islām: fondamenti e dottrine*, cit., pp. 146-148. Nonché Giorgio Vercellin, *Ğihād. L'Islām e la guerra*, in *Introduzione allo studio delle istituzioni giuridiche dell'Islām classico e contemporaneo*, Dispense ad uso degli studenti della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tor Vergata, a.a. 2006/2007, Roma, pp. 89-117.

giuridiche dalle radici del diritto. L'*iğtihād* era dunque comparabile con "l'*interpretatio*" della cultura occidentale, non con "l'interpretazione" nell'accezione moderna anch'essa occidentale. A questo punto s'impongono delle precisazioni sui concetti appena esposti perché queste consentiranno una migliore comprensione del fenomeno che si sta analizzando. E allora va evidenziato che "l'interpretazione" intesa come riconoscimento degli enunciati normativi nel loro significato rappresenta il portato dello Stato moderno caratterizzato dall'appartenenza delle elementari funzioni pubbliche ad organi contrapposti. Essa quindi non va confusa con l'attività di "*interpretatio*", "che nei tempi in cui la cultura giuridica ebbe forma di tradizione romanistica era teorizzata e praticata come fenomeno compreso tra i fatti normativi"¹⁴³. Con riferimento a tale attività, va ricordato che l'imperatore Giustiniano con la costituzione «*Tanta*» (paragrafo 21) proibì agli operatori del diritto di aggiungere (*adnectere*) commentari al testo delle sue leggi per evitare che il suo dettato normativo si confondesse con l'attività di studio, di commento (*expositio*) operata su di esso dai giurisperiti¹⁴⁴. Ma dopo di lui, in Occidente, non solo tale attività compilativa fu ampiamente praticata, ma l'*interpretatio* fu il fatto normativo anche di soggetti diversi dal *princeps*: per esempio del *iudex* nel limite stesso entro cui *diffiniebat* la lite fra le parti; delle assemblee cittadine nel momento di redigere lo «*statutum*» o di modificarlo¹⁴⁵.

Nel mondo musulmano come si è visto, questa attività creatrice del diritto era riservata al *faqīh*, e venne meno con la chiusura della porta dell'*iğtihād*; il conseguente *taqlīd* fu condannato con particolare forza solo a partire dal XIX secolo dal sorgere del riformismo musulmano (*wahhabismo*) che auspicò un nuovo e sistematico ricorso all'*iğtihād*. Ebbene, come si diceva poc'anzi, l'attività oggi svolta dal *muftī* sul Corano

¹⁴³ Severino Caprioli, *Lineamenti dell'interpretazione*, in Voce *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, *Digesto IV ed. X Civile*, Torino 1993, pp. 13-25.

¹⁴⁴ *Cost. Tanta, par. 21:..... tempestivum nobis videtur et in praesenti sancire, ut nemo neque eorum, qui in presenti iuris peritiam habent, nec qui postea fuerint audeat commentarios isdem legibus adnectere: nisi tantum si velit eas in Graecam vocem transformare sub eodem ordine eaque consequentia* sembra a noi consono prescrivere che nessuno e neppure coloro che ora sono dotati di giurisprudenza e neppure coloro che lo saranno in futuro, osi aggiungere commentari alle stessi leggi: a meno che non si voglia tradurre quelle leggi in lingua greca sotto lo stesso ordine e successione.....
.....alias autem legum interpretationes, immo magis perversiones eos iactare non concedimus, ne verboritas eorum aliquid legibus nostris adferat ex confusione dedecus..... ma tutte le altre forme di commento delle leggi, anzi, vere e proprie deviazioni, noi non permettiamo loro di osare mostrare, affinché la loro prolissità non arrechi alle nostre leggi qualcosa di vergognoso per confusione.....

¹⁴⁵ E' stato osservato, che i maestri degli ordinamenti medievali riscontrarono quindi varie specie di *interpretatio* le quali differivano per ambito di efficacia in relazione ai soggetti che la compivano.

al fine di individuare risposte a varie questioni sollevate dalla vita quotidiana, può essere intesa come “interpretazione” nell’accezione cognitiva che si è descritta.

6. Somiglianze e differenze tra il diritto musulmano e il diritto canonico

Il primo passo da compiere nel lavoro di comparazione consiste nel considerare la posizione riconosciuta al diritto all’interno di ciascuna religione, perché l’esatta comprensione del ruolo ad esso attribuito permette una migliore messa a fuoco delle proprie caratteristiche, facilitando quindi l’individuazione degli elementi comuni e di quelli che tali non sono.

Partendo dal significato che il diritto assume nel percorso che conduce alla salvezza eterna del fedele secondo quanto previsto dalle due religioni, si deve evidenziare come mentre in quella islamica esso è di fondamentale importanza in considerazione del fatto che il diritto si sostanzia nella volontà di Dio e conseguentemente la sua osservanza deve essere assoluta, in quella cristiana tale significato non è altrettanto basilare; la minore centralità del diritto si spiega considerando che per il cristianesimo ciò che veramente conta è la fede in Dio da parte dei suoi membri. E’ proprio la fede, che è contemporaneamente dono di Dio e forza del fedele, a costituire il segno evidente ed essenziale della religione, e non invece il suo diritto. Come è stato osservato “l’apparato giuridico è soltanto un aspetto della Chiesa e soprattutto non ne costituisce l’essenza”¹⁴⁶. Anche tenendo conto di quella corrente di pensiero che invece individua ed esalta la dimensione giuridica della Parola di Dio, si deve convenire sul fatto che il diritto nella prospettiva cristiana ha comunque una valenza diversa, inferiore per l’appunto, rispetto al *fiqh* islamico, perché, diversamente da quest’ultimo che ha come fine precipuo quello di esplicitare i comandi Dio, esso ha invece piuttosto quello di regolare la natura sociale della Chiesa, e quindi, la sua concreta funzione nel disegno di salvezza dell’uomo è molto modesta. Come ha evidenziato il Schacht “la cultura islamica tradizionale intende il proprio diritto come un complesso di doveri religiosi che regolano ogni aspetto della vita dei

¹⁴⁶ René Metz, *L’eglise a ses lois: le droit canon*, Paris, Fayard, 1959, p. 17.

fedeli”¹⁴⁷ e questo perché il messaggio che il diritto musulmano intende trasmettere è la sottomissione completa dell’uomo a Dio.

Da questo differente grado d’importanza che si riconosce al diritto, rispettivamente nell’ambito dell’*Islām* e del cristianesimo, discendono diverse conseguenze che ora si esporranno.

Innanzitutto esso incide sulla stessa ampiezza del diritto, nel senso cioè che laddove questo è considerato decisivo nel guidare la vita del credente regola una molteplicità di attività umane che non lo sono invece laddove al diritto è assegnato un ruolo più marginale; così si può constatare come il diritto musulmano disciplini settori come quello successorio, commerciale, della responsabilità civile, che il diritto canonico trascura.

Per converso però si deve registrare come il diritto canonico dedichi all’organizzazione e all’attività della Chiesa uno spazio che non ha corrispondenza con quello dato dal diritto musulmano e questo per il fatto che nell’*Islām* non è mai esistito un clero.

Ma tornando al discorso della differente disciplina delle materie per così dire secolari, va detto che il diritto canonico si affida per lo più alla regolamentazione data loro dallo Stato mantenendo su di esse solo “un certo controllo *ratione spirituali*, che dopo il Concilio di Trento coinvolse sempre meno il diritto canonico e sempre più la teologia morale”¹⁴⁸. “La Chiesa tende a trasferire tutta la propria giurisdizione sul foro interno, sul foro della coscienza, costruendo, con lo sviluppo della confessione e con il rafforzamento del suo carattere di tribunale, con la teologia pratica e morale, con le elaborazioni della casistica, un sistema completo di norme alternativo a quello statale, ma anche a quello canonico, a cui resta soltanto la disciplina della vita matrimoniale”¹⁴⁹.

Il riferimento testé fatto alla elaborazione casistica, più precisamente al metodo casistico attraverso cui i diritti religiosi che si stanno considerando affrontano e risolvono le questioni che il vivere sociale pone, offre l’occasione per porre in luce quella che è una ulteriore conseguenza della diversità d’importanza riconosciuta al diritto nell’ambito delle due religioni: ci si riferisce alla corrispondente diversità d’importanza riconosciuta ai giuristi, cioè *fuqahā’* e canonisti. Il fatto che il diritto

¹⁴⁷ Joseph Schacht, *Introduzione al diritto islamico*, cit. p. 1.

¹⁴⁸ Silvio Ferrari, *Lo spirito dei diritti religiosi*, cit., p. 78.

¹⁴⁹ Paolo Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 276.

musulmano sia un diritto dottrinale, in cui appunto la dottrina con il metodo casistico risolve le controversie nel massimo rispetto degli insegnamenti di Dio, fa sì che l'attività svolta dal *faqīh* sia percepita come quella attraverso la quale è compiuto il suo volere; dal che discende automaticamente la posizione di eccellenza del giurista.

Diverso ciò che accade all'operatore del diritto canonico; poiché per questo diritto l'elaborazione casistica è molto limitata e non è tale da essere determinante per la salvezza dell'anima, ne discende che il compito di guidare la comunità sulla via del Signore non è affidato al giurista in quanto tale ma piuttosto al clero, al teologo e quindi la sua posizione riflette tale sua subordinazione, essendo pertanto di grado inferiore rispetto a questi ultimi.

Detto questo, è opportuno proseguire nell'illustrazione delle differenze esistenti tra i due diritti religiosi ponendosi sempre nell'ottica dell'operatività concreta di essi. Una volta constatata la loro differente ampiezza e le ragioni che ne sono alla base, è importante verificare anche come e perché le norme che li costituiscono operino in modo differente. Ciò implica una riflessione sulle fonti del diritto, ma prima ancora su come sia concepito lo stesso diritto divino e quindi su come esso si espliciti. Se nel mondo cristiano "è costante la tendenza a negare una sua operatività diretta"¹⁵⁰, una eguale considerazione non è invece valida per l'*Islām* per il quale è assolutamente estranea l'idea che l'operatività del diritto divino sia condizionata dalla necessità di una formalizzazione umana. L'intervento dell'autorità umana, appunto per concretizzare il diritto divino canonico, deriva dalla sua ridotta carica precettiva, che invece è ben presente nel testo coranico.

Senza addentrarsi troppo sui caratteri dei diritti divini in esame, a cominciare da quello per cui pur essendo entrambi "rivelati" lo sono però in misura diversa, e precisamente in maniera totale quello musulmano, ovviamente nella componente scaturente dal Corano e dalla *Sunna* del Profeta¹⁵¹, e in maniera parziale quello canonico nella componente scaturente dalle Scritture, con la precisazione però che per quest'ultimo il diritto divino non è tutto diritto rivelato, tematica questa già sinteticamente affrontata in un precedente paragrafo¹⁵², è invece, come accennato, il caso di analizzare, partendo

¹⁵⁰ Salvatore Berlingò, *L'ultimo diritto. Tensioni escatologiche nell'ordine dei sistemi*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 14.

¹⁵¹ Deve ricordarsi che la *Sunna* del Profeta fa parte della rivelazione nella misura in cui Maometto era stato ispirato da Dio.

¹⁵² In esso si è riportata la distinzione tra *ius divinum naturale* e *ius divinum positivum*. Il diritto divino rivelato è «positivamente» posto da Dio attraverso la rivelazione e non è conoscibile all'uomo al di fuori della rivelazione, nel senso che non può essere conosciuto soltanto mediante la ragione. Il diritto

dalle rispettive fonti, come e perché le norme dei due diritti operino in modo differente all'interno delle rispettive società. A tal fine si deve iniziare con l'evidenziare che mentre in quello musulmano la componente divina orale è ampiamente sviluppata, in quello canonico non lo è altrettanto; la funzione che la *Sunna* ha svolto con riferimento al Corano articolandone e specificandone gli spunti giuridici in esso contenuti, non può essere paragonata a quella svolta dalla Tradizione apostolica come fonte di produzione normativa ulteriore rispetto alla Scrittura¹⁵³. Tenendo conto di ciò e del fatto che le disposizioni dei testi sacri cristiani non hanno adeguata determinazione e coattività, ne discende che nel diritto canonico le fonti primarie non sono rappresentate da quelle corrispondenti al Corano e alla *Sunna* del Profeta e cioè la Bibbia e la Tradizione apostolica, quanto invece dalla legge, dalla consuetudine e dagli atti amministrativi. Nell'ambito di quest'ultimo diritto non va però neanche sottovalutato il ruolo svolto dagli studiosi di esso, "in quanto l'opera dei teorici intesa ad interpretare le leggi, a valutare criticamente l'attività legislativa e giudiziaria, a costruire il sistema e a colmare le lacune è un'espressione della vita stessa del diritto che incide in modo sostanziale sulla legislazione e la giurisprudenza"¹⁵⁴. Va precisato che il consenso della dottrina, la c.d. "*communis opinio doctorum*", oggi è una semplice fonte di produzione del diritto suppletoria. Detto ciò si può proseguire rilevando che il diritto musulmano non annovera la legge tra le sue fonti umane di produzione: esso prevede, come visto, al posto di questa, il consenso (della comunità e dei dottori) e l'analogia. Più esattamente è stato affermato¹⁵⁵ che queste ultime sono in realtà fonti attraverso cui il diritto può essere appreso. Ecco quindi una prima spiegazione del diverso atteggiarsi delle norme scaturenti dalle varie fonti nell'ambito dei due diritti; più precisamente si comprende che quelle scaturenti dal Corano e dalla *Sunna* sono caratterizzate da una rilevanza primaria, assoluta, immediata e tendenzialmente immutabile¹⁵⁶, costituendo inoltre la

divino naturale è anch'esso posto da Dio ma attraverso la creazione e quindi non si tratta di diritto rivelato in senso stretto: esso è iscritto nella natura umana ed è conoscibile attraverso il corretto uso delle facoltà razionali di cui dispone ogni persona. Questa ricostruzione, ripresa dal Ferrari nella sua opera più volte citata, fa comprendere come per il diritto canonico la parte strettamente divina non è tutta rivelata (ovvero positivamente posta da Dio) a differenza di ciò che accade nel diritto musulmano dove le norme divine coincidono con quelle rivelate.

¹⁵³ Cfr. Silvio Ferrari, *Lo spirito dei diritti religiosi*, cit., p. 126.

¹⁵⁴ Giorgio Feliciani, *Le basi del diritto canonico*, cit., p.55.

¹⁵⁵ Wael B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 1.

¹⁵⁶ Nella realtà, il diritto musulmano, come anche quello canonico, ha elaborato tecniche e strumenti che, senza infrangere la continuità formale del diritto divino, ne consentono l'adattamento al mutare

base dello sforzo interpretativo del giurista; per quanto concerne quelle del diritto canonico si comprende invece che poiché la formazione della maggior parte di esse ricade nella disponibilità dell'uomo queste si caratterizzano per la loro modificabilità. L'atto amministrativo poi, se fa parte del diritto canonico non costituisce invece una componente del diritto musulmano che non riconosce dignità di diritto all'attività amministrativa di governo, la c.d. *siyāsa šar'iyya*.

Passando ora ad esaminare le somiglianze che si possono individuare tra i due diritti in questione, il primo dato che viene in rilievo è quello collegato al loro carattere confessionale e cioè al fatto di essere tutti e due diritti a base personale e non territoriale: il diritto musulmano e quello canonico vincolano musulmani e cattolici ovunque essi si trovino. Va però precisato che l'elemento territoriale non è completamente irrilevante: il musulmano che vive nel *dār al-ḥarb*¹⁵⁷ non è soggetto a tutti gli obblighi che ricadono sul fedele residente nel *dār al-Islām*¹⁵⁸ ed il non musulmano residente in uno Stato islamico è tenuto al rispetto del diritto islamico in tutte le materie che quest'ultimo non attribuisce all'autonomia giurisdizionale delle singole comunità non musulmane¹⁵⁹.

Il diritto canonico invece segue il principio della territorialità per le leggi particolari¹⁶⁰.

Altro punto comune ai due diritti è rappresentato dall'utilizzo di uguali strumenti per raggiungere l'importante medesimo obiettivo di evitare che l'applicazione delle varie norme al caso concreto possa condurre a risultati ingiusti. Questi strumenti sono rappresentati dall'*aequitas* per il diritto canonico e dall'*istiḥsān* per il diritto musulmano.

Elemento di affinità è poi ovviamente quello che per entrambi i diritti la componente divina è conosciuta dall'uomo attraverso la rivelazione; non nel senso che essa raggiunga l'uomo attraverso una sua capacità progressiva di scoperta e di conoscenza (come può accadere in altre esperienze religiose), ma perché essa viene resa nota per iniziativa di Dio, senza il cui intervento l'uomo non avrebbe la capacità di apprenderne il contenuto. Si è visto però come tale componente divina non abbia la medesima

delle condizioni storiche; in tal senso si può affermare che l'immutabilità di questi diritti è più apparente che reale.

¹⁵⁷ E' il territorio non islamico anche detto territorio di guerra.

¹⁵⁸ E' il territorio islamico.

¹⁵⁹ Sul punto si veda, per tutti, Francesco Castro, *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, cit., p. 4.

¹⁶⁰ Si veda a tal proposito quanto stabilito dal canone 13 del vigente codice di diritto canonico.

funzione all'interno dei due diritti, tuttavia non può neppure negarsi che essa rappresenti un elemento caratterizzante comune, anche se con forza differente.

Per concludere, ritornando alla appena descritta natura personale dei diritti in esame, desidero porre in evidenza un'ultima riflessione del Ferrari¹⁶¹ che trae spunto proprio da essa. Partendo dalla considerazione che tale carattere rappresenta un importante fattore di distinzione tra i diritti religiosi e quelli secolari che in epoca moderna sono venuti acquistando un carattere sempre più marcatamente territoriale, e constatando che il diritto canonico è quello che per così dire “confina più da vicino” con i diritti secolari, per via dell'adozione da parte sua di tutta una serie di istituti giuridici, procedimenti, meccanismi normativi, analoghi a quelli dei diritti secolari, si sarebbe portati a ritenere che il suo baricentro non sia più rappresentato da Dio, quanto dall'uomo; in realtà però così non è perché tutti gli anzidetti elementi continuano ad essere inseriti in un contesto dominato dall'idea che il diritto e la giustizia sono un attributo di Dio e non un prodotto umano. Quest'ultima convinzione unisce in profondità il diritto canonico e quello musulmano, anche se a livello della metodologia giuridica le differenze restano rilevanti.

¹⁶¹ Silvio Ferrari, *Lo spirito dei diritti religiosi*, cit. p. 263 e ss.

CAPITOLO II

IL VINCOLO MATRIMONIALE NELLA PROSPETTIVA STORICA OCCIDENTALE ED IN QUELLA DEI PAESI ISLAMICI

1.L'evoluzione storica del matrimonio in Occidente 2.Il matrimonio nell'Islām 3.L'influsso della modernizzazione sulla disciplina del matrimonio nei Paesi islamici

In questo capitolo si desiderano individuare le vicende che hanno condotto all'affermarsi del matrimonio cristiano e di quello musulmano.

Con riferimento al primo si evidenzierà l'evoluzione lenta e complessa che lo ha caratterizzato, anche per l'azione svolta dell'elaborazione dottrinale di teologi e giuristi. Nel quadro limitato che l'esposizione consente si partirà dall'epoca romana, passando attraverso il medioevo, l'età moderna, fino a giungere all'epoca contemporanea.

Per quanto concerne il secondo si esporranno delle considerazioni di carattere generale che serviranno non solo a comprendere l'istituto nell'ottica del diritto religioso, ma anche ad evidenziare le innovazioni apportate dal fenomeno dell'acculturazione giuridica alla sua regolamentazione nell'ambito degli ordinamenti statuali di alcuni Paesi islamici.

1. L'evoluzione storica del matrimonio in Occidente

La tradizione giuridica romana. Gli inizi della dottrina cristiana del matrimonio. Il matrimonio nel medioevo. Il matrimonio nell'età moderna. Il matrimonio nell'epoca contemporanea.

La tradizione giuridica romana

Il matrimonio è un evento alquanto complesso per il fatto di appartenere tanto alla sfera degli usi quanto a quella delle istituzioni. In quanto aderente al mutare delle istanze sociali, per poter essere adeguatamente compreso occorre procedere ad una analisi della sua regolamentazione in prospettiva storica.

Per quel che concerne l'Occidente detta analisi va condotta nell'ambito della tradizione giuridica romana e cristiana.

I primi cristiani sono vissuti nel mondo romano risentendo del suo ambiente culturale e quindi del suo diritto, pertanto prima di intraprendere la disamina della disciplina cristiana del matrimonio è fondamentale delineare, seppur brevemente, quella romana. Di quest'ultima i cristiani dei primi secoli accettarono quelle prescrizioni che non si ponevano in contrasto con la loro nuova morale, per divergere poi su punti, anche importanti, come per esempio l'indissolubilità dell'unione in ragione della sua natura sacramentale; su questo punto e sugli altri che segnano il distacco tra le due impostazioni dell'istituto ci si soffermerà in seguito.

Occorre subito evidenziare che quando ci si riferisce alla struttura e disciplina del matrimonio romano si ha riguardo a quelle dell'età classica, postclassica e giustiniana e questo perché il matrimonio nel diritto romano preclassico era un istituto dello *ius sacrum* le cui norme erano nel contempo religiose e giuridiche; esso si liberò del retaggio religioso con la laicizzazione della società in epoca tardo-repubblicana e imperiale.

“Il matrimonio del più antico diritto romano era un atto o fatto giuridico, in forza del quale una donna, *sui* o *alieni iuris*, usciva dalla famiglia di origine ed entrava in una

famiglia nuova, in condizioni di sottoposta e con la particolare funzione di procreare al capo casa o ad un suo sottoposto libero una discendenza legittima”¹⁶². Gli atti giuridici predisposti erano due: la *confarreatio* e la *coemptio*.

La prima era una cerimonia religiosa, la seconda un’applicazione della *mancipatio*, cioè un atto di acquisto, attraverso il quale il futuro marito o l’avente potestà sopra di lui acquistava la moglie o da colui che aveva la potestà sopra di lei o da lei medesima; il marito o suo padre, acquistava quella particolare potestà, che prendeva il nome di *manus maritalis*. Agli eventuali vizi della *coemptio*, e forse anche alla sua mancanza, sopperiva l’*usus* prolungato per un anno. Poiché il passaggio della donna alla famiglia del marito comportava la perdita delle aspettative di successione della *uxor* e di quelle che aveva l’*adgnatus proximus* sull’eredità di lei, per impedire che egli rendesse difficili le nozze, si cercò di configurare un tipo di convivenza che non producesse l’acquisto della *manus*; e lo si trovò tralasciando la *coemptio* e impedendo che il termine dell’*usus* si compisse. Poiché le XII tavole disponevano che la donna si poteva assentare dalla casa coniugale ogni anno per tre notti consecutive (*usurpatio trinocitii*), la giurisprudenza ritenne che, in mancanza di *coemptio*, il termine dell’*usus* non si compiva se la donna si assentava dalla casa coniugale per tre giorni: la donna restava nello *status familiae* originario, ma nel costume sociale la libera unione che si veniva a creare era ugualmente considerata *matrimonium*. Il *matrimonium* che così si poneva in essere era *sine manu*: negli ultimi secoli della Repubblica questa figura fu così prevalente, da poter essere considerata come il matrimonio tipico del diritto romano.

Nell’esaminare la legge di Roma in tema di matrimonio occorre ovviamente partire dalle fonti: queste sono rappresentate soprattutto dalle tre componenti dell’opera di Giustiniano cioè le Istituzioni, il Digesto e il Codice.

Va detto che la maggior parte degli scritti dei giuristi classici accolti in essa sono stati dichiarati interpolati. Così per esempio, molti studiosi hanno voluto vedere nelle più tipiche affermazioni ed applicazioni del principio, fondamentale in tema di matrimonio, *consensus facit nuptias*, la manifestazione proprio di un pensiero postclassico e giustiniano. La massima secondo la quale “non è l’unione sessuale, ma il consenso che fa il matrimonio”, appartenente al giurista classico Ulpiano e che si ritrova in D. 35,1,15 sarebbe in realtà secondo il Levy, il Violardo¹⁶³, l’Albertario¹⁶⁴,

¹⁶²Vincenzo Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1989, p. 434.

¹⁶³ Cfr. Giacomo Violardo, *Il pensiero giuridico di San Girolamo*, Milano, Vita e pensiero, 1937.

¹⁶⁴ Cfr. Emilio Albertario, *Studi di diritto romano I*, Milano, Giuffrè, 1933.

l'espressione del legislatore bizantino che si sarebbe mosso sulle orme dei Padri della Chiesa latini e greci. Operando un confronto tra questa massima e alcuni passi di alcune opere di Sant'Agostino e Sant'Ambrogio, i citati autori hanno sostenuto che la prevalenza del carattere spirituale del matrimonio su quello materiale che emergerebbe appunto dal pensiero di Ulpiano, in realtà sarebbe da ricondursi alla posizione assunta da questi primi grandi personaggi della cristianità.

Di diversa opinione l'Orestano per il quale la concezione più diffusa del matrimonio presso la dottrina cristiana rimane quella naturalistica della *unitas carnis*, in tutto e per tutto conforme al precetto della Genesi "...*et erunt duo in carne una*"¹⁶⁵. Nel cristianesimo la negazione dell'elemento materiale è stata secondaria e contingente, per spiegare la natura coniugale del rapporto tra San Giuseppe e la Madre di Gesù. L'autore, nel suo studio sulla struttura giuridica del matrimonio romano prosegue evidenziando che l'esaltazione dell'elemento spirituale del matrimonio operata dal cristianesimo non ha nulla a che fare con "l'elemento spirituale" inteso nel senso di elemento giuridicamente costitutivo dello stesso e indipendente da ogni oggettivo comportamento. La dottrina e la prassi della Chiesa hanno richiesto, in maniera sempre più pressante e rigorosa, che il segno e la grazia sacramentale dell'unione andassero congiunti a situazioni di fatto sempre più obiettivamente certi. A questa conclusione induce il pensiero di quegli stessi Padri della Chiesa di cui la critica moderna aveva pensato di utilizzare qualche frase, che staccata dalla sua connessione naturale acquistava un significato diverso e falso¹⁶⁶.

Queste prime osservazioni esegetiche consentono di porsi nella giusta prospettiva per la comprensione della nozione di matrimonio che rappresenta il punto di partenza per lo studio dell'istituto nel sistema del diritto romano.

Proseguendo nell'analisi specifica dei passi più significativi si può iniziare da quelli contenuti nelle Istituzioni per poi continuare con quelli del Digesto e del Codice.

La sistematica delle Istituzioni di Giustiniano che segue il modello delle Istituzioni del giurista classico Gaio, trattando prima delle persone, poi dei rapporti assoluti reali, quindi della successione e delle obbligazioni, colloca l'istituto in esame nell'ambito del primo libro dedicato alle persone. Il matrimonio è qui indicato come la «congiunzione dell'uomo e della donna che include una unitaria intimità di vita» (J. 1,

¹⁶⁵ Riccardo Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano, dal diritto classico al diritto giustiniano*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"* (1940 e 1941), p. 113.

¹⁶⁶ Riccardo Orestano, *ibidem*, p. 131.

9, pr.). Nel titolo dieci dello stesso libro vi è un riferimento al «vero matrimonio», quello capace cioè di produrre effetti giuridici: «nozze legittime contraggono tra loro i cittadini romani che si uniscono secondo le norme di legge: puberi i maschi, in età da marito le femmine, siano padri di famiglia siano figli di famiglia, purché però i figli di famiglia abbiano anche il consenso degli ascendenti di cui sono in potestà».

Come ricorda Volterra¹⁶⁷ il matrimonio esiste quando un uomo e una donna liberi, aventi tra loro il *conubium*, cioè la capacità riconosciuta loro dal diritto positivo di costituire una unione giuridicamente valida, e l'età prescritta, stabiliscono un rapporto coniugale con la volontà di essere uniti in matrimonio durevolmente.

L'unione conforme al diritto distingue pertanto il matrimonio dalle unioni inferiori che si formavano tra schiavi (*contubernium*), tra schiavi e liberi, tra persone di diversa condizione sociale, tra romani e non romani. Per gli schiavi si deve ricordare che non essendo essi delle persone non potevano avere una volontà riconosciuta dal diritto. Con riferimento invece ai matrimoni tra cittadini romani e stranieri va detto che la generalizzazione del diritto di cittadinanza con l'Editto di Caracalla del 212 d.C. tolse gran parte del suo interesse a questa proibizione.

Certamente più interessanti sono le definizioni di matrimonio che si rinvengono nei passi del Digesto contenuti soprattutto nei libri ventitré, ventiquattro e venticinque; in esse la terminologia tecnico-giuridica utilizzata, *coniunctio*, *consortium*, *communicatio*, consente di interrogarsi sugli elementi costitutivi dell'istituto.

La definizione data dal giurista del terzo secolo Modestino, riportata in D. 23, 2, 1, è così generale che venne adottata dal diritto canonico: «Nuptiae sunt coniunctio maris et femine, consortium omnis vitae, divini et humani iuris comunicatio» (Nozze sono la congiunzione del maschio e della femmina e il consorzio di tutta la vita, comunicazione del diritto divino ed umano). Con i termini *coniunctio*, *consortio* e *communicatio*, il giurista vuole sottolineare la totale e duratura comunione creata dall'unione coniugale. Un tale impegno esige la volontà di coloro che decidono in tal senso. Da ciò emerge la natura essenzialmente consensuale del matrimonio.

E' importante a questo punto riprendere la massima ulpiana illustrata poco sopra (D. 35, 1, 15): «Quando si lasciò in legato qualcosa sotto la condizione -se si fosse sposato entro la famiglia- s'intende avverata la condizione non appena abbia preso moglie, anche se non sia entrata nella casa del marito. Le nozze infatti sono perfezionate dal consenso, non dall'accoppiamento». In questo passo il giurista

ponendosi nell'ottica dei rapporti patrimoniali coglie l'occasione per fornire un'importante indicazione circa il momento costitutivo del rapporto matrimoniale: il *consensus*.

La dottrina si è soffermata molto sul valore da attribuire all'affermazione che la volontà, cioè elemento spirituale, intenzione, *consensus*, *affectio maritalis*, rappresentava l'elemento costitutivo base del matrimonio romano. A parte quanto visto poco sopra a proposito della supposta interpolazione e della tesi contraria, va detto che gli studiosi si sono interrogati, appunto, anche sulla funzione costitutiva della volontà, considerandola come legata alla realizzazione di uno stato di fatto oppure come autonoma ed autosufficiente. Quest'ultimo orientamento è stato sostenuto dall'Orestano il quale ha fatto notare come non vi sia nessun genere di fonte di qualsivoglia natura ed epoca che affermi la essenzialità, sotto qualsiasi forma, della convivenza, o dell'elemento materiale, in genere, per il sorgere o per il perdurare del matrimonio¹⁶⁸.

Essendo ammesso dalla giurisprudenza sia repubblicana che classica che un matrimonio pienamente valido poteva sorgere anche tra persone lontane, ciò ha fatto ritenere che per il diritto classico la convivenza effettiva non era da annoverare tra i requisiti essenziali della costituzione del matrimonio.

Per la tesi anzidetta di essenziale vi era quindi solo l'*affectio maritalis*. Sempre il giurista Ulpiano insiste sulla sua importanza in un altro passo: nel trentatreesimo libro a Sabino, riportato in D. 24,1,32,13, riferendosi ad esso afferma che «non l'accoppiamento costituisce il matrimonio, ma l'affetto matrimoniale».

La valutazione dell'esistenza o dell'assenza di questo "affetto" si faceva in base alla constatazione della presenza o meno del requisito di ordine sociale rappresentato dall'*honor matrimonii*.

Il modo più palese in cui si manifestava questo *honor matrimonii* era l'entrare e il permanere della donna nella casa maritale in posizione di *domina*. Questa forma non era però la sola; pur non essendovi coabitazione, se l'*honor* era altrimenti desumibile, per esempio attraverso il reciproco comportamento dell'uomo e della donna, il matrimonio sussisteva ugualmente.

¹⁶⁷ Edoardo Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, La Sapienza, 1993, p. 652 e ss.

¹⁶⁸ Riccardo Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano, dal diritto classico al diritto giustiniano*, cit., p. 340.

L'esigenza di osservare reciprocamente "l'onore del matrimonio" comportava come conseguenza che non rispettandolo un uomo e una donna che conducevano vita coniugale, non venivano considerati uniti "in matrimonio legittimo". La differenza tra il matrimonio e "l'unione libera" non stava nell'osservanza di forme costitutive dell'unione, ma nell'intenzione dei coniugi¹⁶⁹.

La c.d. *deductio in domum maritii* rappresentando un'estrinsecazione della convivenza ha fatto ritenere agli interpreti delle fonti romane, glossatori e pandettisti, che essa fosse necessaria alla costituzione del matrimonio. La dottrina moderna invece si è schierata in gran parte per la posizione contraria. Per suffragare la sua tesi si è basata sul già più volte citato passo ulpiano contenuto in D. 35, 1, 15 dal quale emerge con evidenza che la *deductio* è assunta come elemento di prova dell'esistenza di matrimonio ma non come suo presupposto necessario.

Per concludere l'analisi della tematica relativa alla definizione di matrimonio romano desidero riportare quanto stabilito in un frammento del giurista Paolo conservato nel Digesto 25,2,1: in esso in realtà non si rinviene una vera e propria definizione di matrimonio, ma una indicazione che è simile ad essa; si parla di una «società della vita» che renderebbe la moglie in certo qual modo «padrona delle cose sottratte al marito».

Anche l'Imperatore Gordiano in una costituzione del 243, contenuta in Codex 9,32,4 si esprime in termini molto simili: «Nei confronti della moglie, che è stata ricevuta nella casa come socia delle cose umane e divine, i successori del marito morto non possono intentare l'azione per il crimine di furto delle cose ereditarie».

Anche di fatto, prima quindi del detto disposto legislativo, la sposa, pur non trovandosi sotto la potestà del marito, era una "associata", in forza del posto che le veniva riconosciuto nella vita sociale.

L'unione ha come scopo quello di costituire una società domestica articolata nei rapporti di reciproca assistenza e protezione, che comporta per entrambe i coniugi una vita comune finalizzata alla procreazione e all'educazione dei figli. Fino a quando la volontà persiste in tal senso le viene riconosciuta la conseguenza giuridica di rendere

¹⁶⁹ Jean Gaudemet. *Le mariage en Occident: les moeurs et le droit*, Paris, Cerf, 1987, traduzione italiana Bruno Pistocchi, *Il matrimonio in Occidente*, Torino, Società editrice internazionale, 1996, p. 23.

effettivo il matrimonio e, per questo deve avere come oggetto costante la partecipazione ad una vita comune, durevole, non sottoposta a termine o condizione¹⁷⁰.

Uno stretto consensualismo, secondo molti¹⁷¹, legittima lo scioglimento del matrimonio al venir meno dell'accordo di volontà diretto all'unione.

Il Manenti¹⁷² ha messo in evidenza che il matrimonio romano sorgeva e si manteneva in vita non per un accordo iniziale di volontà, ma per una volontà continuativa che lo poneva in essere e lo sorreggeva per un tempo indefinito, facendolo venir meno al cessare di essa.

Questa appena esposta rappresenta una posizione dottrina moderna; la dottrina del secolo XIX e di quello successivo, analizzando le due grandi correnti di pensiero che si erano affermate in tema di interpretazione del matrimonio romano, ha enucleato la citata impostazione che ha rappresentato senza dubbio una novità rispetto ad esse; la prima di queste correnti, plurisecolare, attribuiva al matrimonio natura contrattuale, la seconda sosteneva invece che esso non potesse rientrare nel novero dei contratti. Quest'ultima si è sostanziata soprattutto nell'accostare il matrimonio al possesso. Accostamento che venne affermato la prima volta da Vacario nella sua *Summa de matrimonio*. In età moderna, il Ferrini¹⁷³ ha ritenuto di poter spiegare il parallelismo tra i due istituti facendo leva sul fatto che il rapporto di matrimonio non era restituito dal *postliminio*. Se un cittadino romano fatto prigioniero dal nemico riusciva a tornare in patria era *ipso iure* reintegrato in tutti i suoi diritti (*iure postliminii*) ma non poteva ripristinare il matrimonio, così come non riacquistava il possesso, e questo perché esso era venuto a mancare per l'impossibilità del verificarsi dell'elemento materiale rappresentato dalla convivenza. Quindi il matrimonio aveva analoga struttura giuridica del possesso: alla loro essenza appartenevano il rapporto di fatto e la volontà di disporre dei rispettivi beni.

Per quanto riguarda invece la prima corrente occorre evidenziare che poiché la giurisprudenza romana e le fonti giustinianee¹⁷⁴ non avevano offerto una ricca

¹⁷⁰ Adriana Campitelli, *Il vincolo matrimoniale nella prospettiva storica: dalla tradizione romana alla disciplina nell'età del diritto comune*, in *El dret comu' i Catalunya. Actes del IX Simposi Internacional Barcelona 4-5 de juny de 1999*, p. 41.

¹⁷¹ Manenti, *Della inopponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio*, Siena, 1889. Vittorio Scialoja, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1934. Pietro Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1925.

¹⁷² Opera citata nella nota precedente, p. 42.

¹⁷³ Contardo Ferrini, *Manuale di Pandette*, Milano, SEI, 1900, p. 879.

¹⁷⁴ Si ritiene che la Novella XXII di Giustiniano, con la quale s'intese riordinare l'insieme della materia, fosse ancora
assai imperfetta e quindi non avesse raggiunto lo scopo prefisso.

elaborazione sistematica del matrimonio, gli interpreti medievali la tentarono dando vita a varie costruzioni dogmatiche dell'istituto. Una di queste fu appunto quella contrattuale che ebbe maggiore diffusione influenzando in modo determinante il diritto moderno.

Le prime tracce della teoria del matrimonio-contratto si trovano in alcune opere dell'alto medioevo, come ad esempio la *Glossa di Casamari* alle Istituzioni di Giustiniano, la *Summa Perusina* al Codice di Giustiniano. Ma la prima testimonianza di questo inquadramento dogmatico si trova nella *Summa codicis Trecensis*, ritenuta inizialmente di Irnerio, e che ora la storiografia tende a considerare a lui posteriore.

Come ha osservato l'Orestano¹⁷⁵ ciò che è importante osservare in quest'opera è che l'inquadramento del matrimonio tra i contratti, più che dipendere da ragioni "estrinseche", dipende da cause "interne" inerenti alle stesse fonti romane. Nel Digesto e nel Codice la trattazione relativa al matrimonio segue quella dei contratti. In quest'ordine di esposizione i detti interpreti credettero di vedere un nesso di carattere sistematico. Oggi in base alle conoscenze storiche che abbiamo del diritto romano, si sa che i commissari giustinianeî presero a modello le opere classiche composte a loro volta sullo schema dell'Editto pretorio. Nelle prime l'esposizione del matrimonio veniva sempre compiuta con riferimento all'istituto della dote, nel secondo il *iudicium rei uxoriae* seguiva gli editti relativi ad una lunga serie di contratti, ultimi dei quali erano quelli che davano luogo ai giudizi di buona fede (deposito, fiducia, mandato, società, compravendita, locazione-conduzione). Avendo i compilatori del Codice e del Digesto perpetuato questa sistematica, i giuristi medievali pensarono che la vicinanza tra contratto e matrimonio fosse dovuto ad un inquadramento dogmatico creato e attuato dai romani stessi.

Il Brandileone fece osservare che "se il diritto romano aveva affermato che il matrimonio al pari dei contratti consensuali, si perfeziona con il nudo consenso (D. 20,1,4 e 22,4,4) non aveva mai chiamato contratto il matrimonio, e tantomeno aveva cercato di applicare a questo le norme giuridiche vigenti per quelli. Nei secoli XI e XII ricorre invece con notevole frequenza il caso di sentire chiamato *contractus* il matrimonio, di vederlo avvicinato ora alla compravendita ora alla società"¹⁷⁶.

¹⁷⁵Riccardo Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano, dal diritto classico al diritto giustiniano*, cit., pp. 176-177.

¹⁷⁶ Francesco Brandileone, *Il contratto di matrimonio*, in *Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia*, Milano, Hoepli, 1906, p. 371 e ss.

Nella *Summa Codicis* di Rogerio il matrimonio è incluso nella categoria *contractus personarum*. Un ulteriore progresso segna, per la maggiore precisione dei concetti, la *Summa* di Azzone: in essa il matrimonio è qualificato come *societas coniugalis*. I commentatori seguirono e svilupparono quest'ultima impostazione.

La natura contrattuale del matrimonio si trovò ad essere sostenuta con vigore oltre che dai civilisti anche dai canonisti. I primi spunti di una concezione contrattuale del matrimonio per le fonti canoniche si rinvennero già in Graziano, ma è solo con il Concilio di Trento (1545-1563) che si fissarono definitivamente i termini della dottrina del matrimonio come contratto-sacramento.

Rinviando l'approfondimento della disciplina medievale del matrimonio al terzo punto di questo paragrafo, desidero concludere la trattazione della regolamentazione romana dell'istituto ricordando che esso oltre ad essere fondato su base consensuale fu monogamico. La poligamia incontrò una riprovazione sociale talmente grande che i giuristi non la ritennero giuridicamente pensabile. Un secondo matrimonio comportava automaticamente lo scioglimento del primo¹⁷⁷.

Gli inizi della dottrina cristiana del matrimonio

Come accennato all'inizio del paragrafo precedente la Chiesa nascendo all'interno dell'Impero romano, per quanto poté accettò le norme del suo ordinamento e solo quando queste contrastavano in maniera forte con i suoi principi né creò altre cercando poi di farle accogliere anche nell'ambito civile. Ciò avvenne per esempio in tema di impedimenti al matrimonio dove riuscì a determinare il divieto di nozze tra zio e nipote e a far riconoscere l'impedimento dell'ordine sacro.

La nuova Istituzione era conscia del fatto che forti contrasti con l'ordinamento romano sarebbero ricaduti a proprio danno e a quello dei suoi fedeli.

La cosa più importante che deve attribuirsi al Cristianesimo in materia matrimoniale fu il forte accrescimento del contenuto etico e spirituale della nozione di matrimonio, che fu tale da elevarlo a sacramento.

¹⁷⁷ Nelle *Istituzioni* di Gaio, *lib.I,tit.63*, è detto: «neque eodem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere».

Esso è un istituto di diritto divino, creato da Dio. Quando poi il Redentore lo elevò con la sua presenza alle nozze di Cana a dignità di sacramento in senso stretto, tale valore e la grazia che ne discendeva vennero riservati alle unioni tra fedeli. I matrimoni tra infedeli, anche se non erano sacramento in senso stretto erano pur sempre matrimoni legittimi, per cui allorquando entrambe i coniugi si convertivano alla fede cristiana, la loro unione acquistava valore di sacramento senza che occorresse rinnovazione del consenso¹⁷⁸.

Il consensualismo che caratterizzava il matrimonio romano, fu dunque fatto proprio dalla Chiesa che si sforzò però di conferire pubblicità all'atto attraverso mezzi che fossero stati in grado di dare certezza della sua legale esistenza e della legittimità della filiazione: questi strumenti vennero individuati nelle *coniugales tabulae*. Frequente è il riferimento ad esse in Sant'Agostino.

Il *consensus* cristiano, diversamente da quello romano, fonda uno *status* che una volta instaurato non è più nella disponibilità dei coniugi i quali non possono quindi farlo cessare¹⁷⁹.

Per il Cristianesimo l'indissolubilità è dunque la proprietà essenziale del matrimonio.

Rinviando al prossimo capitolo l'analisi specifica del matrimonio canonico, in questa sede mi limiterò ad indicare quelli che sono i punti essenziali del sistema cristiano in materia di diritto matrimoniale nella fase che ha preceduto la nascita del diritto canonico come scienza a se stante. Il Decreto di Graziano che ha segnato appunto questo momento, contiene un grande numero di *auctoritates Patrum*, di canoni attinti cioè a scritti dei Padri della Chiesa. E' soprattutto sulla loro base che la Chiesa dei primi secoli elaborò la sua dottrina dell'unione coniugale. Essa non venne espressa in trattati ma è rinvenibile in frammenti di lettere, sermoni, commentari dell'Antico e del Nuovo Testamento.

Su alcuni punti precisi i Padri marcarono la differenza tra la legge romana e la disciplina cristiana. Come sopra detto l'indissolubilità fu uno di questi punti.

In Matt., XIX, 6 è scritto: «Quod Deus coniunxit homo non separet»; sulla stessa linea di pensiero si colloca anche Sant'Ambrogio. Dai testi di questi autori emerge che il

¹⁷⁸ Riccardo Orestano, *Alcune considerazioni sui rapporti fra matrimonio romano e matrimonio cristiano nell'età postclassica*, in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 360.

¹⁷⁹Cfr. Giuseppe D'Ercole, *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa*, Roma, Apollinaris, 1939.

consenso una volta posto è irrevocabile. Fatta eccezione per il privilegio paolino¹⁸⁰, non si dà potestà di scioglimento del matrimonio: si permette, se vi sono giuste ragioni, la separazione dei coniugi, ma non il passaggio ad altre nozze, il che significa, in ogni caso, che il matrimonio perdura.

Fu Sant'Agostino per primo ad elaborare nelle sue opere *De bono coniugali* e *De nuptiis et concupiscentia* la dottrina dell'indissolubilità del sacramento. In esse pur prevedendo una separazione, che egli chiama *divortium*, sostiene che quest'ultimo non sopprime il consorzio matrimoniale (*confederatio nuptialis*), e quindi i coniugi restano tali anche se separati.

Nel *De adulterinis coniugiis ad Pollentium*, Sant'Agostino chiarisce come solo l'adulterio autorizzi la separazione sulla base delle parole dell'Apostolo Paolo (1 Cor. 7, 10-11); "Ai coniugi non sono io, ma il Signore, che ingiunge: la donna non si separi dal marito; ma se si separa, non si risposi, o si riconcili con il proprio marito; e l'uomo non ripudi la moglie". Per lui, l'Apostolo, con il divieto di risposarsi dopo la separazione, si riferisce solo a quella donna che si è separata dal marito per l'unico motivo lecito e cioè proprio a causa della colpevolezza per adulterio.

Sempre nella stessa opera confuta poi la dottrina di Pollenzio, il quale, invocando l'inciso di Matteo (Mt 19,19) permetteva un secondo matrimonio.

In Sant'Ambrogio si nota un particolare interesse soprattutto per la teoria degli impedimenti al matrimonio; anche in questo ambito è possibile notare un certo allontanamento della regolamentazione cristiana da quella romana. Originale fu soprattutto la posizione della Chiesa per quanto riguarda il computo del grado di parentela che costituisce impedimento al matrimonio; a differenza della disciplina romana, molto liberale, quella cristiana è invece più severa; ad es. Sant'Ambrogio non accettava il matrimonio tra cugini e Sant'Agostino era ancora più severo in quanto esortava a cercare il coniuge fuori della propria parentela.

Per quanto riguardava invece il matrimonio tra un cristiano e un non cristiano, sempre Sant'Ambrogio, esprime parere sfavorevole, anche se l'Apostolo Paolo nella prima lettera ai Corinzi (7, 12-16) lo aveva solo sconsigliato. Il Concilio di Calcedonia lo subordinò alla conversione del coniuge pagano.

¹⁸⁰ Lo scioglimento per privilegio paolino concerne quei matrimoni in cui la parte convertita viene abbandonata da quella non cristiana. Esso è collegato all'apostolo Paolo, il quale nella prima lettera ai Corinzi (7, 12-15) affermò: "se il non credente vuol separarsi, si separi". Proprio per questa frase, questo tipo di separazione fu detta "privilegio paolino".

Con riferimento al voto religioso si stabilì che il celibe non doveva sposarsi dopo aver ricevuto gli ordini, ma il matrimonio non era ritenuto nullo¹⁸¹.

Si può affermare che in questi primi secoli in cui venne elaborata la dottrina patristica, se da un lato si rinvengono posizioni favorevoli al matrimonio, dall'altro si registrano oltre a delle tendenze estremistiche che lo ritenevano immorale, anche delle considerazioni che ne sminuivano l'importanza, come per esempio l'esaltazione della verginità esprime lo stato di massima perfezione; conseguenza di tale visione era l'esortazione ai coniugi di attendere ad un casto amore, orientato esclusivamente alla procreazione.

L'importanza che venne ad assumere la questione dell'unione fisica tra marito e moglie sarà tale da costituire il centro della costruzione teologica, morale e giuridica del matrimonio nell'età medievale.

Il matrimonio nel medioevo

“Il matrimonio medievale costituiva una fusione di nozioni e usanze derivate dall'antichità, ereditate dal mondo ebraico e dalla Chiesa delle origini, da Roma e dai barbari”¹⁸².

L'ingresso delle popolazioni germaniche nei territori dell'impero, il loro insediamento al fianco delle popolazioni locali di tradizione giuridica romana, e poi la successiva fusione dei due gruppi introdussero in materia matrimoniale nuove concezioni che, invece di integrarsi nel sistema romano, contribuirono ad alterarlo.

I germani conoscevano almeno due forme di unioni: un matrimonio dal carattere ufficiale e uno, per così dire “minore”, sprovvisto di tale carattere ed esprime un concubinato. Il primo rappresentava lo strumento per stringere alleanze tra famiglie e si sostanziava in una sorta di acquisto della donna: il marito infatti offriva doni di valore alla famiglia della moglie. Questi doni costituivano la *dos ex marito*, diversa

¹⁸¹ Concilio di Adige, (506) can. 39.

¹⁸² N.L. Christofer Brooke, *Il matrimonio nel medioevo*, Oxford, Oxford University, 1989, traduzione italiana di Gino Scatista, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 49.

dalla dote romana giacché quest'ultima veniva versata da colui che aveva l'autorità sulla donna al marito per i bisogni della coppia.

Come nel mondo romano anche in quello germanico la donna era sotto l'autorità di un uomo (c.d. *mundium*) e generalmente era lui che decideva il matrimonio, perché solo in alcuni casi accadeva che fosse lei a decidere la scelta del suo coniuge; per esempio la legge burgunda riconosceva questo diritto per la donna che non avesse più né padre, né fratello.

Il secondo tipo di unione, quello cioè che si sostanzialmente in un concubinato, si poneva al di fuori del diritto e quindi non trovava regolamentazione. Esso tuttavia non era meno duraturo e diffuso del vero e proprio matrimonio, così come del resto era accaduto nell'area romanizzata ed in quella di influenza della Chiesa, per lo meno per quest'ultima fino al XII sec.¹⁸³.

Nella tradizione di queste popolazioni la consumazione del matrimonio rivestì un ruolo certamente più importante che in quella romana, ma non si può affermare con certezza che essa fosse condizione essenziale per la conclusione del matrimonio¹⁸⁴.

Le leggi "barbare" ammettevano ampiamente lo scioglimento del matrimonio. I Concili tentarono di reagire al lassismo dei costumi germanici favoriti da legislazioni troppo permissive. Già prima delle invasioni barbariche nonostante la fermezza della dottrina patristica, la legislazione degli imperatori cristiani non aveva potuto imporre l'indissolubilità del vincolo e le tradizioni dei nuovi popoli contribuirono certamente ad ostacolarne l'introduzione.

Tuttavia in quel mondo in preda all'incertezza la Chiesa si affermava sempre di più riuscendo a divenire molto influente nel campo del diritto matrimoniale. "Spiritualizzare la concezione germanica che aveva a base una compravendita della donna, considerata semplicemente oggetto del negozio, non era facile impresa: e tuttavia nella legislazione lombardo-franca è visibile il cammino che la Chiesa fece percorrere rapidamente alla mentalità dei barbari"¹⁸⁵.

Come era avvenuto per il mondo romano, anche per quello germanico la Chiesa attuò quindi un continuo processo di adeguamento degli antichi usi alla nuova spiritualità di cui essa era portatrice. Va però evidenziato che il realismo popolare presente in questi

¹⁸³ Per verificare quanto sia durata a lungo la tolleranza della Chiesa nei confronti del concubinato si legga l'opera di J.A.Brundage, *Concubinage and marriage in medieval canon law*, in *Journal of Medieval History*, 1975, 1, pp. 1-17

¹⁸⁴ Jean Gaudemet, *Le mariage en Occident: les moeurs et le droit*, cit., p. 72.

usi influenzò a sua volta talune posizioni ecclesiastiche dell'alto medioevo; così per esempio, sempre per restare in tema di consumazione del matrimonio, più precisamente di elemento costitutivo del vincolo matrimoniale, si può affermare che accanto alla tradizione rimasta fedele al puro consensualismo romano se ne affiancò un'altra altrettanto autorevole, la quale, combinando il citato realismo popolare con l'esegesi di alcuni testi biblici¹⁸⁶ in cui si raffigura il matrimonio come istituito da Dio per realizzare l'unione dell'uomo e della donna che saranno "una sola carne", ritenne l'unione fisica come condizione del perfezionamento del matrimonio.

Questa dottrina venne sostenuta dall'Arcivescovo di *Reims* Incmaro. Nella seconda metà dell'800 egli fu il rappresentante più illustre di quella rinascita intellettuale che consentì lo sviluppo della dottrina canonistica. In particolare Incmaro dedicò molto studio all'istituto del matrimonio e anche per questo venne consultato su varie questioni matrimoniali riguardanti alcuni membri della famiglie regnanti.

I principi da lui espressi influenzarono la dottrina successiva, soprattutto quella del X secolo. Questo, ma ancor di più l'undicesimo e il dodicesimo, furono secoli molto importanti per lo sviluppo dell'istituto del matrimonio, soprattutto perché fu in questo periodo che esso iniziò a dipendere in modo sempre maggiore dalla Chiesa.

Una competenza che i poteri civili non contestarono in quanto poco desiderosi di legiferare o anche di giudicare. La duplice competenza, legislativa e giurisdizionale, che da Costantino in poi non aveva fatto altro che svilupparsi, nel medioevo divenne esclusiva¹⁸⁷.

Ciò dipese in gran parte dal fatto che in quel tempo i teologi stilando l'elenco dei sacramenti all'interno del quale il matrimonio venne incluso, iniziarono ad interrogarsi in cosa consistesse effettivamente tale sacramento, e la conseguenza di ciò fu proprio la sua attrazione nell'ambito della responsabilità ecclesiastica e quindi la sua trasformazione da istituzione civile a religiosa.

In realtà la dottrina del matrimonio come sacramento non rappresentò una novità perché essa è rinvenibile già nel Nuovo Testamento e in Sant'Agostino¹⁸⁸, ma fu nel medioevo che essa si rafforzò e affermandosi fece sì che la Chiesa fosse l'unica autorità, o quasi, ad essere investita dei problemi matrimoniali.

¹⁸⁵ Francesco Calasso, *Medio Evo del diritto, I, Le Fonti*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 221.

¹⁸⁶ Genesi 2,18 «Poi Dio, il Signore, disse: Non è bene che l'uomo si a solo. Gli farò un aiuto, adatto a lui».

¹⁸⁷ Jean Gaudemet, *Le mariage en Occident: les moeurs et le droit*, cit., p. 105.

¹⁸⁸ Si veda in particolare N. L. Christopher Brooke, *Il matrimonio nel medioevo*, cit., p. 62.

Essa, tra elaborazione teologica e dottrina canonistica, fece sì che signori e principi secolari considerassero il matrimonio come un atto anzitutto religioso.

Solo a partire dal XVI secolo con l'affermarsi del concetto giuridico e politico di sovranità statale autonoma e indipendente la Chiesa iniziò a perdere la propria giurisdizione sul matrimonio in buona parte dei Paesi dell'Europa occidentale anche se ciò non comportò un abbandono dei principi della morale cristiana sul matrimonio¹⁸⁹.

Fu dunque nell'undicesimo secolo che la Chiesa diede inizio a quel monopolio legislativo attraverso canoni conciliari, decretali pontificie, statuti dei sinodi diocesani, che contribuirono a disegnare il matrimonio cristiano così come oggi lo conosciamo.

Rinviando al capitolo successivo l'analisi specifica del matrimonio-sacramento, desidero concludere questa breve illustrazione dell'unione coniugale nel medioevo facendo qualche ulteriore considerazione sulla sua concezione nell'opinione comune e analizzando lo sviluppo dell'autorità della Chiesa sulla sua disciplina.

Si è già detto che la donna era ritenuta un oggetto: il padre decideva il suo matrimonio con la persona da lui scelta.

Era costume diffuso formare una serie di vincoli derivanti da atti matrimoniali destinati a costituire o rafforzare rapporti che interessavano più le famiglie, come realtà politiche o come poteri economici, piuttosto che l'interesse e la sfera affettiva dei singoli individui¹⁹⁰.

Generalmente il matrimonio era preceduto dal fidanzamento (*sponsalia*) cioè la "promessa di futuro matrimonio". Esso si formava tramite lo scambio del consenso degli sposi e di coloro che avevano la potestà su di essi. Seguivano la consegna di un anello, il versamento della dote da parte del marito e la redazione di un documento scritto, il tutto alla presenza di testimoni.

Nell'undicesimo secolo la Chiesa iniziò a trasformare quest'anello nel simbolo centrale del matrimonio legittimo¹⁹¹.

I rituali ci informano che dopo la benedizione dell'unione da parte del sacerdote i genitori della ragazza la consegnavano al marito. Ma il sacerdote non era considerato

¹⁸⁹ Andrea Bettetini, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, in *Pubblicazioni dell'Istituto di diritto pubblico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*, Cedam, 1996, p. 13-14.

¹⁹⁰ Adriana Campitelli, *Il vincolo matrimoniale nella prospettiva storica: dalla tradizione romana alla disciplina nell'età del diritto comune*, cit. p. 52.

¹⁹¹ Owen Hughes, *Il matrimonio nell'Italia medievale*, in *Storia del matrimonio*, a cura di Michela De Giorgio e Klapisch-Zuber, Roma, Laterza, 1996, p. 23.

ministro del sacramento del matrimonio e la benedizione non era una condizione per la validità del vincolo.

In Oriente, invece, in modo molto chiaro sin dall'ottavo secolo, il rito della benedizione è forma costitutiva del matrimonio e questa rimarrà la dottrina delle Chiese ortodosse orientali¹⁹².

Con riferimento alla *traditio* pubblica va detto che essa rimase molto a lungo nel medioevo una caratteristica essenziale e determinante del matrimonio, contro la quale la Chiesa iniziò ad insistere sempre di più: precisamente essa cercò di spostare l'elemento cardine dal trasferimento della sposa al requisito del consenso tra gli sposi. Lo schema di Graziano, esposto nel suo *Decretum*, vedeva il matrimonio come un processo in due fasi, la seconda delle quali consistente nella consumazione sessuale. Ma nella prima fase egli sostituiva la *traditio* longobarda della sposa con un reciproco scambio di consensi, espresso in prima persona, persino contro la volontà dei genitori. Secondo Graziano il consenso generava l'unione spirituale, il rapporto sessuale quella fisica, e per dar vita ad un matrimonio c'era bisogno di entrambi¹⁹³.

Con riferimento invece ai doni che suggellavano l'unione coniugale, occorre evidenziare come essi sempre nel medioevo subirono una trasformazione profonda, soprattutto nella nostra penisola, perché il sistema delle popolazioni germaniche, che come sopra detto si era sovrapposto a quello romano, perse la sua efficacia; esso, che si sostanziava appunto in offerte da parte del marito nei confronti dei parenti della sposa in cambio dell'assunzione del controllo giuridico su di essa, lasciò il posto a quella che era stata l'impostazione romana, cioè offerte da parte della famiglia della sposa allo sposo, per sostenere i costi del matrimonio.

Va ricordato come nel XIV e XV secolo il valore delle doti subì una enorme lievitazione che vide come cause un complesso intreccio di fattori demografici, economici e sociali¹⁹⁴.

Per quanto concerne poi la sempre crescente influenza della Chiesa in materia matrimoniale, deve dirsi che essa si realizzò attraverso le decisioni dei Concili e dei Sinodi che a loro volta determinarono lo sviluppo di una procedura giudiziaria.

¹⁹² Jean Gaudemet, , *Le mariage en Occident: les moeurs et le droit*, cit., pp.88-89.

¹⁹³ Owen Hughes , *Il matrimonio nell'Italia medievale*, cit., p. 20.

¹⁹⁴ Si veda Lorenzo Fabbri, *Trattistica e pratica dell'alleanza matrimoniale*. In *Storia del matrimonio*, cit., p. 108 e ss.

Anche le decretali pontificie svolsero un ruolo determinante nel precisare la disciplina matrimoniale. I papi si interessarono a casi concreti dando risposte di diritto alle questioni che venivano loro sottoposte.

Tutti questi interventi si realizzarono in diversi secoli e costituirono spesso delle risposte a fermenti e critiche che provenivano sia dalla società laica che da quella ecclesiastica. In particolare con il Concilio di Trento la Chiesa di Roma diede una risposta forte non solo ai sovrani secolari ma anche alle posizioni dei riformatori protestanti che con riferimento al matrimonio stavano ormai introducendo una nuova disciplina. Questi ultimi rifiutavano di considerare il matrimonio come un sacramento e di conseguenza sostenevano che la giurisdizione in materia matrimoniale non dovesse essere di competenza della Chiesa, bensì del potere secolare¹⁹⁵.

Tra i canoni di riforma del matrimonio che vennero adottati nel corso delle varie sessioni del Concilio tridentino il più celebre è quello comunemente indicato con la sua prima parola: *Tametsi*; esso risale al 1563 e da allora la concezione della Chiesa cattolica in materia matrimoniale risultò profondamente innovata.

Se fino a quel momento, secondo la dottrina elaborata nel XII secolo, per contrarre un matrimonio giuridicamente valido, bastava lo scambio del consenso tra i due contraenti non essendo pertanto prevista una specifica forma di celebrazione, il decreto *Tametsi* stabilì invece che il consenso degli sposi non era più sufficiente a garantire la validità del matrimonio, se non era accompagnato dalla celebrazione in Chiesa, alla presenza del parroco e di due o tre testimoni. Venne, inoltre, richiesta la pubblicazione dei bandi in Chiesa per tre domeniche successive, prima della cerimonia, affinché il parroco potesse essere informato dai fedeli di eventuali impedimenti al matrimonio, come nel caso in cui gli sposi fossero legati da vincoli di parentela entro il quarto grado di consanguinità¹⁹⁶.

Per tutto il medioevo fino al Concilio di Trento il matrimonio era stato quindi considerato come un contratto aformale, per la cui validità non erano richieste né la pronuncia di *verba*, né la presenza di testimoni, né l'intervento di un pubblico ufficiale o di un sacerdote benediciente¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Daniela Lombardi *Fidanzamenti e matrimoni dal Concilio di Trento al '700*, in *Storia del matrimonio*, cit., p. 219.

¹⁹⁶ Daniela Lombardi, *ibidem*, cit., p. 215.

¹⁹⁷ Piero Rasi *La definizione essenziale giuridica del matrimonio*, in *Atti del colloquio romanistico-canonistico, Roma 13-16 marzo 1979*, Roma, 1980, p. 209.

Come appena evidenziato con le nuove disposizioni la Chiesa ritenne di aver riaffermato la propria competenza in ambito matrimoniale, ma in realtà non fu proprio così perché esse non vennero ricevute ovunque e dove lo furono, non sempre integralmente. In Germania per esempio, l'accoglienza non fu uniforme; la Spagna le accolse con "riserve"; in Francia il clero si mostrò molto resistente all'applicazione dei decreti in questione anche perché la loro accoglienza ufficiale, che necessitava di una decisione del potere regio, non ebbe mai luogo. Per quanto riguarda l'Inghilterra va ricordato che in conseguenza del suo distacco dalla Chiesa di Roma questo Paese non accettò il Concilio.

Il matrimonio nell'età moderna

Se nel corso del XVI secolo la Chiesa di Roma era stata su più fronti oggetto di critiche per la sua pretesa assoluta competenza nella regolamentazione del rapporto matrimoniale, durante i secoli successivi questi attacchi si intensificarono, soprattutto quelli da parte degli Stati, desiderosi di "secolarizzare" l'istituto e quindi affermare la loro autorità anche su quest'aspetto fondamentale della vita del cittadino.

Gli studiosi del diciassettesimo e diciottesimo secolo proposero nuovi punti di vista sul matrimonio, partendo, per poi approfondire e sviluppare, talune posizioni che erano emerse tempo prima in ambito ecclesiastico.

Per esempio il pensiero di Melchior Cano, teologo domenicano vissuto nel cinquecento (1509-1560), che aveva individuato nel matrimonio due realtà distinte anche se inscindibilmente unite, contratto e sacramento, diede adito, nell'elaborazione da parte della dottrina regalista successiva, all'affermazione dell'idea del matrimonio come contratto a contenuto prettamente civile, di negozio avente ad oggetto un insieme di diritti e doveri che gli sposi potevano esigersi reciprocamente e, in caso di inadempimento, rivendicare presso la giurisdizione statale¹⁹⁸.

Simili posizioni costituirono la premessa all'introduzione, in tempi diversi nei vari Stati, del matrimonio civile obbligatorio.

¹⁹⁸ Andrea Bettetini, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., p.14.

Come ci ricorda il Bettetini, nell'opera citata¹⁹⁹, il primo Paese ad introdurre un matrimonio civile fu l'Olanda mediante l'*Ordonnantie van der polityen* dell'aprile del 1580; esso però non costituiva una forma obbligatoria, bensì alternativa per quelle persone che non intendessero o non potessero accedere al matrimonio religioso, in quel periodo regolato dalla confessione calvinista.

In Inghilterra la forma obbligatoria civile fu stabilita da Cromwell nel 1653 (abrogata poi da Carlo II già nel 1660). Nella Francia rivoluzionaria invece questa forma di celebrazione fu adottata con la legge 20-25 settembre del 1792; essa costituì la base di quella che fu poi la regolamentazione dell'istituto matrimoniale nel *Code* di Napoleone.

Tale codice vide dunque il matrimonio come un atto laicizzato la cui iscrizione nei registri dello stato civile ne era la sola prova. Non proibendo la cerimonia religiosa, ma subordinandola a quella civile, si volle evitare il ritorno all'*Ancien Régime*, quando essa formava l'atto costitutivo del matrimonio²⁰⁰.

Anche se la regolamentazione codicistica non si pronunciò sul carattere contrattuale del matrimonio, analizzandolo tuttavia come un vero scambio di volontà, restò fedele alla tradizione dei giuristi del diritto antico. Ciò emerge anche dall'accettazione del divorzio inteso come strumento attraverso il quale ogni persona poteva decidere di scegliere il proprio destino; anche se non poteva più ottenersi per volontà unilaterale, come nelle leggi rivoluzionarie del 1792 e successive, ma solo per cause determinate, o per mutuo consenso scambievole e perseverante, tuttavia anche con queste limitazioni esso costituiva ugualmente un istituto chiave in grado di esprimere la trama giuridica individualistica dell'intera opera.

Concentrando ora l'attenzione sull'analisi di ciò che avvenne in Italia è necessario distinguere la situazione nella fase preunitaria da quella in cui venne realizzata appunto l'unità della nazione. Questo paragrafo prenderà in considerazione l'oggetto di studio fino al 1865, anno di adozione del primo codice civile nazionale emanato in seguito all'unificazione politica e amministrativa dei diversi Stati italiani, per lasciare al paragrafo successivo le considerazioni sul matrimonio per il periodo che dal codice Pisanelli (dal nome del guardasigilli) giunge sino a i nostri giorni.

“Se agli inizi del settecento, la vita pubblica italiana appariva nel complesso alquanto arretrata e ancora molto legata agli schemi di origine medievale, nella seconda metà

¹⁹⁹ Andrea Battetini, *ibidem*, cit. p. 16.

²⁰⁰ Cfr. Jean Gaudemet, *Le mariage en Occident: les moeurs et le droit*, cit., p. 307.

del settecento nei vari Stati italiani la diffusa esigenza di riforme trovò numerosi sostenitori fra teorici e operatori del diritto i quali confluirono a formare un movimento di pensiero coerente, l'illuminismo giuridico, dove venivano accolti e applicati alla sfera del diritto gli ideali filosofici dell'individualismo, dell'eguaglianza e della laicizzazione²⁰¹.

Venendo allo statalismo o laicismo in materia matrimoniale, in considerazione di quanto appena detto, si può iniziare con il ricordare quelle misure qua e là disposte per assoggettare a controllo o avocare allo Stato le procedure di separazione fra coniugi.

Nel Regno di Napoli, il cui ordinamento era autonomo da quello spagnolo, a metà del settecento il giurista e politico Tanucci, deciso fautore di riforme, legò il suo nome soprattutto alla lotta anticuriale: essa si espresse anche in dispacci che non solo rivendicavano al magistrato civile le cause di divorzio e di nullità per bigamia, ma affermavano la tesi del carattere contrattuale del matrimonio²⁰².

La prima importante forma di disciplina civile del matrimonio, cioè direttamente riguardante la rilevanza giuridica del vincolo, che abbia avuto vigore nei territori italiani, si ebbe nel 1784 con l'estensione alla Lombardia della «*patente*» austriaca del 1783, che confermando come forma esclusiva di celebrazione quella canonica, imponeva la giurisdizione dei tribunali dello Stato sul “contratto” di matrimonio, cioè appunto sulla dimensione contrattuale dell'istituto²⁰³.

E' però solo con l'entrata in vigore del codice civile di Napoleone che si ebbe una profonda e duratura impronta sull'assetto giuridico matrimoniale, sia nei territori incorporati nell'impero francese che in quelli degli Stati satelliti. Anche se in Francia questo codice poteva rappresentare un regresso rispetto a ciò che in materia era stato raggiunto nel periodo della rivoluzione, non così fu per il resto d'Europa e per l'Italia in particolare.

Prima di procedere alla disamina specifica delle varie disposizioni presenti nei vari codici dei diversi Stati italiani preunitari iniziando proprio da quelle facenti parte del codice del Regno Italico, dove con il decreto imperiale del 16 gennaio 1806 si dispose che il codice Napoleone avrebbe sostituito la legislazione preesistente nelle materie in esso contemplate, è d'obbligo fare qualche considerazione, sia pur breve, sul fenomeno della codificazione.

²⁰¹ Maria Rosa Di Simone, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime all'unità*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 4.

²⁰² Paolo Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 55-56.

²⁰³ Cfr. Franco Anelli, *Il matrimonio. Lezioni*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 7.

Quella francese nasce dall'esigenza di realizzare un diritto semplice e unitario in considerazione del fatto che nel Paese non vi era un unico ordinamento giuridico bensì una pluralità di diritti territorialmente limitati: al Nord vigevano le consuetudini locali di più sensibile derivazione franco-germanica (c.d. *droit coutumier*), al Sud invece la tradizione teodosiana conservata nei testi della legislazione romano-barbarica dei Visigoti e dei Burgundi (c.d. *droit écrit*)²⁰⁴.

Tale opera era stata preceduta dagli sforzi compiuti in altri Paesi, in particolare in Prussia e Austria, per mettere ordine nel particolarismo dei vari ordinamenti giuridici.

Il termine "codice" trae spunto dal diritto romano. "Impiegata per le prime volte nel mondo romano, così dai privati come dalle cancellerie imperiali, per designare le raccolte, su fogli, di brani estratti da costituzioni imperiali, in questo senso la metafora codice compare nella grande compilazione ordinata da Giustiniano"²⁰⁵. Come affermato dall'autore della detta citazione, i caratteri denotanti il *Codex* sono l'unità dell'atto, posto dal solo organo competente alla normazione e l'esclusività della disciplina. Anche nei codici moderni si riscontra il tratto dell'esclusività, ma con imputazione non più ad un *princeps*, ad una *diuina maiestas*, ma al popolo intero cui appartiene la sovranità nazionale.

Nel codificare, le comunità nazionali, mettono in scala i valori che esse intendono perseguire.

La geografia del codice civile in Italia si identifica con la storia degli ordinamenti, prima e dopo l'unificazione del regno²⁰⁶.

Come accennato con riferimento all'impostazione da seguire nell'analisi delle varie disposizioni che i codici dettano in tema di matrimonio, partendo dal codice del Regno Italico si può vedere come il suo libro I dedica il titolo V al matrimonio. "In esso emerge la personalità dell'atto di matrimonio e del rapporto conseguente che non viene scalfita da quel residuo di vecchio regime che è l'autorizzazione dei genitori, richiesta per il figlio che non abbia compiuto i venticinque anni e per la figlia che non abbia compiuto i ventuno. Quando i due giovani abbiano superato i trent'anni, basterà un solo atto rispettoso; dopo il quale, se i titolari delle potestà familiari non abbiano prestato il proprio assenso, il matrimonio potrà celebrarsi non prima di un mese"²⁰⁷.

²⁰⁴ Si veda Adriana Campitelli, *Europeenses. Presupposti storici e genesi del diritto comune*, cit. p. 147.

²⁰⁵ Severino Caprioli, *Codice civile - Struttura e vicende, Bozza di stampa ad uso degli studenti della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*, Roma, 2006, p. 2.

²⁰⁶ Severino Caprioli, *ibidem*, cit., p.11.

²⁰⁷ Severino Caprioli, *ibidem*, cit., p. 15.

La normativa prevede anche lo scioglimento volontario del matrimonio che prende il nome di divorzio e trova una disciplina minuziosa nel titolo VI (artt. 229-331).

“Le cause che abilitano a domandarlo ripetono un’esperienza plurisecolare: la violazione dell’obbligo di fedeltà, cioè l’adulterio della moglie e quello del marito, se qualificato dal «tenere la...concubina nella casa comune»; la «condanna a pena infamante», senza differenza qui tra moglie e marito; «l’insopportabilità della vita comune», che deve però essere attentamente valutata da parte dell’organo giudicante. Quando si verifichi una delle cause di divorzio tassativamente previste dalla legge, spetta a ciascuno dei coniugi la facoltà di domandare in giudizio il minore provvedimento di separazione personale. La situazione ha carattere di provvisorietà; sicché il protrarsi di essa oltre un triennio, quando alla sua origine non sia l’adulterio della moglie, abilita il coniuge contro cui fu domandata a chiederne la cessazione; ed in mancanza la sentenza di divorzio”²⁰⁸.

Con la restaurazione si ebbe il ripristino delle antiche dinastie; negli Stati della penisola fu instaurato un rigido assolutismo, che nell’ambito specifico dell’oggetto di studio, si tradusse in una vera e propria reazione politico-morale.

Il codice per il Regno delle due Sicilie, in attuazione del Concordato del 1818, escluse all’art. 67 atei e acattolici dalla possibilità stessa di formare una famiglia legittima²⁰⁹.

Negli Stati del Nord della penisola vi fu una generale esclusione del matrimonio civile, e naturalmente del divorzio, anche se talora solo per i cattolici.

Una eccezione rappresentò il codice civile austriaco. Il 28 settembre 1815 Francesco I imperatore d’Austria promulgò il codice civile generale per le provincie del Regno Lombardo-Veneto, già in vigore per le provincie tedesche. Più di novanta articoli sono dedicati al matrimonio definito come «contratto con cui due persone di differente sesso dichiarano nel modo voluto dalla legge la loro volontà di vivere in consorzio inseparabile, di procreare figli ed educarli, e di prestarsi reciproca assistenza». Anche in questo codice si richiede l’autorizzazione del padre, o del tutore, per il matrimonio dei figli minorenni, e costituiscono formalità necessarie le preve pubblicazioni e la solenne dichiarazione; quest’ultima «deve farsi innanzi al curato ordinario dello sposo o della sposa»²¹⁰.

Il marito «è capo della famiglia»; la moglie «assume il cognome del consorte».

²⁰⁸ Severino Caprioli, *ibidem*, cit., p. 16.

²⁰⁹ Paolo Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, cit., p. 129.

²¹⁰ Severino Caprioli, *Codice civile - Struttura e vicende, Bozza di stampa ad uso degli studenti*, cit., p. 43.

Unica fattispecie estintiva del matrimonio, diversa dalla morte di un coniuge, è il provvedimento dell'autorità giudiziaria. Questa può dichiarare la nullità del matrimonio solo in presenza di cause tassative; se queste non ricorrono, per le persone cattoliche non vi può essere scioglimento, a differenza di quanto invece ammesso per le persone acattoliche, giacché per esse la legge prevede che secondo i principi della loro religione si possa procedere a scioglimento; le cause di divorzio fra acattolici sono però tassative. L'autorità giudiziaria può altresì concedere la sospensione dell'obbligo di convivenza anche se solo dopo che il parroco abbia espletato un tentativo di conciliazione, ma sempre qualora ricorrano determinate circostanze.

Per quanto riguarda invece il Regno di Sardegna va innanzitutto evidenziato che il codice civile elaborato sotto Carlo Alberto, promulgato nel 1837 ed entrato in vigore l'anno successivo, è largamente ispirato a quello napoleonico a partire dalla suddivisione in tre libri dedicati il primo alle persone, il secondo ai beni e alle diverse modificazioni della proprietà, il terzo ai modi di acquisto della proprietà (comprendendovi anche le norme relative alle successioni, donazioni, contratti e altre obbligazioni convenzionali, contratti di matrimonio e rapporti patrimoniali tra coniugi)²¹¹.

Esso in 2415 articoli conforma il prototipo francese ai principi della religione cattolica e a quelli fondamentali della monarchia²¹².

L'art. 150 stabilisce che «il matrimonio si celebra giusto le regole o con le solennità prescritte dalla Chiesa cattolica, salvo ciò che è (...) stabilito riguardo ai non cattolici e agli ebrei»; per i quali il codice appunto rinvia agli usi e ai regolamenti che li riguardano.

«Il matrimonio non si scioglie che per la morte di uno dei coniugi, e secondo le leggi della Chiesa salvo quanto ai non cattolici e agli ebrei ciò che è infra stabilito».

La separazione è vietata, anche quando consensuale, «senza l'autorizzazione del giudice ecclesiastico»; solo in casi urgenti l'autorità civile può disporla per assicurare «la sicurezza di un coniuge».

Dal gennaio del 1849 una speciale commissione di legislazione iniziò a lavorare a Torino alla riforma dello stato civile e del diritto matrimoniale, ma fino al 1865, anno in cui vide la luce il codice civile nazionale, i proposti mutamenti nel diritto di

²¹¹ Maria Rosa Di Simone, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime all'unità*, cit., p. 173.

²¹² Severino Caprioli, *Codice civile - Struttura e vicende, Bozza di stampa ad uso degli studenti*, cit., p. 35.

famiglia non trovarono attuazione. Le discussioni che accompagnarono la nuova codificazione civile si articolarono in due fasi: quella in cui l'orizzonte rimase limitato ad una più o meno profonda revisione del codice albertino, e una seconda fase caratterizzata dall'alternativa fra modello francese e modello napoletano; ciò che emerse fu un codice che avvicinandosi maggiormente al primo modello, vi innestò però principi ed istituti più aderenti alle tradizioni degli antichi Stati della penisola²¹³.

In esso si presenta però come assoluta novità rispetto a tutti gli Stati preunitari l'affermazione senza riserve del principio separatista tra Stato e Chiesa, quindi tra rito civile e rito religioso. Vi è il ripudio di tutta una serie di impedimenti canonici al matrimonio e l'introduzione invece di altri non ammessi dalla Chiesa, come ad esempio il consenso dei genitori.

Il codice civile del regno d'Italia si preoccupa inoltre di garantire il principio della libertà matrimoniale; l'art. 53 stabilisce infatti che «la promessa scambievole di futuro matrimonio non produce obbligazione legale di contrarlo»; ma l'articolo seguente tuttavia prevede che «se la promessa fu fatta per atto pubblico o per scrittura privata da chi sia maggiore d'età, o dal minore autorizzato dalle persone, il concorso delle quali è necessario per la celebrazione del matrimonio, oppure consta delle pubblicazioni ordinate dall'ufficiale dello stato civile, il promittente che ricusi di eseguirla senza giusto motivo, è obbligato a risarcire l'altra parte per le spese fatte per causa del promesso matrimonio».

Questi due articoli attraversarono indenni il novecento; il codice civile del 1942 li ripete quasi integralmente ed essi estendono la loro autorità sino ai nostri giorni²¹⁴.

Il cinquantennio che seguì la codificazione unitaria fu caratterizzato per quel che riguarda la famiglia, da una presso che assoluta stazionarietà legislativa²¹⁵, ma l'analisi di questo periodo storico e di quello dei nostri giorni verrà affrontata nel paragrafo successivo.

²¹³ Paolo Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, cit., pp. 154-155.

²¹⁴ Pelaja M., *La promessa*, in *Storia del matrimonio*, cit., p. 396.

²¹⁵ Paolo Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, cit., p. 177.

Il matrimonio nell'età contemporanea

L'istituto del matrimonio civile, come sopra detto, venne imposto dalla rivoluzione francese e introdotto nel Regno d'Italia con il codice civile del 1865; dal 1° gennaio 1866 lo Stato italiano riconobbe soltanto il matrimonio celebrato dinanzi all'ufficiale dello stato civile, che divenne quindi obbligatorio visto che la legge non riconosceva altra modalità di formazione del rapporto di coniugio. La disciplina del matrimonio civile anche se modellata su quella napoleonica fu tuttavia caratterizzata da un orientamento dottrinale-ideologico molto diverso da quello che aveva segnato la Francia rivoluzionaria. Anche se si affermò la distinzione tra contratto e sacramento²¹⁶, il contesto italiano era contraddistinto dalla presenza della Chiesa che esercitava sull'intero territorio un'influenza non indifferente; essa si tradusse, nell'ambito che si sta esaminando, nella concezione dell'istituto come vincolo indissolubile. Pur non essendo previsto il divorzio vi era però un capo, il decimo, dedicato alla separazione dei coniugi, "che tolse la riserva all'autorità ecclesiastica sancita nel codice albertino, riducendo a miglior sistema i disposti delle leggi civili"²¹⁷. A questo proposito va evidenziato che anche sotto questo aspetto emergeva la supremazia del marito nei confronti della moglie, infatti l'adulterio di questo non era causa di separazione, a meno che egli non avesse commesso un vero e proprio concubinato. Il codice civile italiano recepiva da quello francese la disposizione per cui il marito era "capo della famiglia".

Invece, "a differenza della legislazione francese, dove la legge aveva vietato la celebrazione del matrimonio religioso prima di quello civile, il legislatore italiano del 1865 lasciò la libertà ai nubendi di procedere a contrarre il matrimonio religioso indifferente prima o dopo il rito civile"²¹⁸; in ogni caso comunque, come appena detto, restava giuridicamente rilevante solo il matrimonio civile.

L'impianto del codice ottocentesco fu riprodotto in gran parte inalterato nel libro primo del codice civile del 1942 ma prima di soffermarsi su quest'ultimo è

²¹⁶ E' il caso di ricordare che il Portalis, artefice primo della redazione del code Napoléon, scolpì la separazione tra regime civile e religioso affermando che, rispetto alla disciplina del matrimonio, la legge civile non deve vedere che cittadini, mentre la religione non vede che credenti.

²¹⁷ Severino Caprioli, *Codice civile - Struttura e vicende, Bozza di stampa ad uso degli studenti*, cit., p. 61.

necessario prendere in esame il Concordato del 1929 tra lo Stato italiano e la Chiesa perché esso ha rappresentato un momento importantissimo nella storia del matrimonio italiano, e ancora prima è il caso di esporre alcune considerazioni circa il carattere pubblicistico del matrimonio civile introdotto nell'ordinamento italiano; queste ultime considerazioni servono a comprendere anche il dibattito dottrinale più recente, quello cioè che a partire dal periodo della seconda guerra mondiale, con vigore sempre maggiore ha dato una nuova interpretazione del matrimonio, opposta a quella dell'ottocento.

Questa seconda chiave di lettura dell'istituto matrimoniale è quella c.d. privatistica. Ma, procedendo per ordine, va detto che il matrimonio civile italiano nascendo come strumento giuridico predisposto dall'ordinamento per acquisire e mantenere il controllo dello stato civile, si connotò inizialmente per il suo carattere pubblicistico; carattere confermato dal fatto che la costituzione del vincolo coniugale fu da subito data dalla dichiarazione con cui l'ufficiale dello stato civile dichiarava i nubendi marito e moglie; il momento negoziale riflettente la volontà dei soggetti di unirsi in matrimonio restò un fatto esclusivamente privato esterno alla celebrazione.

Questa impronta pubblicistica che il codice civile italiano del 1865 diede al matrimonio rappresenta un ulteriore elemento di differenziazione rispetto al modello francese, infatti nel codice napoleonico, come già in precedenza nella legislazione giacobina, l'istituto era stato costruito in prospettiva privatistica, tant'è che era stato definito contratto, secondo quella che era la terminologia canonistica.

Con il codice civile del 1942 la famiglia nascente dal vincolo coniugale, divenne, “per usare una espressiva definizione del giurista Rocco, «un istituto sociale e politico» in considerazione del fatto che i suoi interessi venivano subordinati a quelli nazionali”²¹⁹, e pertanto ciò espresse ancor più chiaramente l'inquadramento pubblicistico del matrimonio. Ciò che si desiderava far emergere era l'immagine di una forte famiglia in uno Stato forte, che rispecchiava il volere del regime²²⁰.

²¹⁸ N. Zanini, *Il matrimonio nel diritto civile*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza, La famiglia, I*, Torino, Utet, 2000, p. 67.

²¹⁹ Chiara Saraceno, *Mutamenti della famiglia*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 47-48.

²²⁰ Nella vasta bibliografia sul processo di trasformazione della famiglia nel contesto occidentale ci si limita a segnalare gli scritti di Jack Goody, *Famiglia e matrimonio in Europa: origini e sviluppi dei modelli familiari dell'Occidente*, Roma, Laterza, 1991; N. Zanini, *La famiglia-Generalità*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza, La Famiglia, I*, cit.; Gilda Ferrando, *Matrimonio e famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, vol. I, 2002. Per quanto concerne invece la famiglia italiana in particolare si rimanda a Mario Barbagli e Kerser, *Storia della famiglia italiana*, Bologna, Il Mulino, 1992.

Progressivamente però iniziò a farsi strada l'inquadramento privatistico del matrimonio e questo secondo alcuni studiosi²²¹ è spiegabile tenendo conto della posizione di svantaggio giuridico in cui versavano coloro che contraevano il matrimonio civile rispetto a coloro che lo contraevano con il rito concordatario. A questo punto è necessario illustrare l'accennato Concordato tra Stato e Chiesa che introdusse proprio questo rito.

“Con il Concordato la Chiesa riacquistò sull'istituto un potere in qualche modo simile a quello previsto dal Concilio di Trento”²²². Questo perché al sistema del matrimonio civile obbligatorio si sostituì un sistema facoltativo con riferimento alla scelta della forma della celebrazione nonché delle norme sulla costituzione del vincolo e relativa giurisdizione per le cause di nullità o scioglimento, rimanendo però inalterata la regolamentazione civile dell'istituto per quanto riguarda gli effetti del vincolo. Quindi, pur mantenendosi il matrimonio civile si stabilì che anche quello canonico potesse essere rilevante agli effetti civili purché trascritto nei registri dello stato civile; le cause di nullità del vincolo erano riservate alla giurisdizione dei Tribunali ecclesiastici le cui sentenze erano rilevanti nel diritto dello Stato così come rilevanti erano anche le dispense pontificie sul matrimonio rato e non consumato.

Ebbene, per tornare a quanto si diceva poc'anzi a proposito della posizione di svantaggio di coloro che non optavano per il rito concordatario, poiché quest'ultimo permetteva di invocare ipotesi molto più ampie per ottenere la declaratoria dell'invalidità dell'atto, essendo stato il medesimo sottoposto allo stesso regime di invalidità previsto per il matrimonio religioso, si notò come esso “apportava una notevole deroga all'uguaglianza giuridica dei cittadini in materia di stato civile essendo stato introdotto solo a favore dei cattolici il principio della rilevanza della legge personale confessionale.

Tale istituto non poteva non entrare in crisi con il mutamento del regime e con l'adozione della Costituzione repubblicana. E' vero che questa aveva, in blocco, confermato i Patti Lateranesi, ma restava aperto il confronto tra le singole norme di derivazione pattizia e le singole norme costituzionali, che avevano ribadito l'uguaglianza dei cittadini «senza distinzione di religione» (art. 3 primo comma), la libertà religiosa (art. 19), ecc.”²²³.

²²¹ Cfr. N. Zanini, *Il matrimonio nel diritto civile*, cit., p. 70.

²²² Francesco Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, 3 ed., Bologna, Zanichelli, 1995, p. 318.

²²³ Francesco Finocchiaro, *ibidem*, cit., p. 318.

Si affermò dunque nella dottrina l'opportunità di focalizzare l'attenzione sul momento del consenso dei nubendi piuttosto che sulla componente pubblicistica ereditata dalla codificazione del secolo precedente. La riforma del diritto di famiglia del 1975 recepì queste istanze e anche ovviamente quelle strettamente socio-culturali²²⁴ che in definitiva hanno determinato e determinano in buona parte quelle dottrinali, coordinandole con le disposizioni della legge 1° dicembre 1970 n° 898 che aveva introdotto lo scioglimento del matrimonio. Come è stato evidenziato dalla Ferrando "la possibilità di sciogliersi da un vincolo ormai non più alimentato da una comunione di vita costituisce segno di una «privatizzazione» del matrimonio, in quanto esprime il riconoscimento di più ampi spazi di autonomia dei coniugi"²²⁵. Ciò che tutto l'impianto normativo fece emergere fu quindi l'idea del matrimonio come atto giuridico bilaterale, certamente *sui generis* perché contraddistinto da caratteri propri. Ma mentre taluni autori, come per esempio Fulvio Uccella²²⁶, sono dell'opinione che il matrimonio pur discendendo dalla manifestazione di volontà negoziale non è per nulla un contratto, altri²²⁷ invece sono dell'opinione che lo sia.

Nel periodo tra gli anni settanta e il 1982, la disciplina del matrimonio concordatario perse la sua caratteristica di uniformità tra *status* coniugale canonico e *status* coniugale civile attribuitale dal Concordato e dalla prassi giurisprudenziale, interrotta proprio nel 1982 a seguito di una pronuncia della Corte Costituzionale (sentenza n° 18) che dichiarò l'illegittimità costituzionale sia del riconoscimento delle dispense pontificie dal matrimonio rato e non consumato, sia del procedimento di esecuzione delle sentenze di nullità, che non avrebbero consentito alla Corte di Appello di controllare se nel processo canonico fosse stato rispettato il diritto di difesa delle parti e se la sentenza ecclesiastica fosse in contrasto con i principi d'ordine pubblico italiano.

I rapporti tra l'ordinamento civile e quello canonico, a proposito del matrimonio, furono poi ulteriormente definiti con il nuovo Accordo del 1984 che tenendo conto di quanto stabilito dalla Corte Costituzionale stabilì che le sentenze dei Tribunali ecclesiastici possono essere rese esecutive nell'ordinamento italiano con le modalità e alle condizioni previste per tutte le altre sentenze non italiane. Il nuovo

²²⁴ Quelle di matrice liberal-radicali sollecitano il modello matrimoniale e familiare di tipo privatistico, perché esso legittima tutti i possibili tipi di aggregazione su base negoziale, così da far coincidere la famiglia e il matrimonio con le differenti fisionomie storicamente assunte dal corrispondente fenomeno sociale.

²²⁵ Gilda Ferrando, *Matrimonio e famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, vol. I, 2002, p. 135.

²²⁶ Fulvio Uccella, *Famiglia e diritto*, Editrice IANUA, 2003, p. 12.

²²⁷ G. Giaimo, *Il matrimonio tra status e contratto*, in *Matrimonio, Matrimonii*, Milano, Giuffrè, p. 368.

accordo segnò inoltre la fine della riserva giurisdizionale ecclesiastica in materia di cause di nullità del matrimonio canonico con effetti civili perché da quel momento le parti sarebbero state libere (dal punto di vista giuridico s'intende, non certo da quello canonico) di avvalersi, per la cessazione degli effetti civili, della procedura concordataria o della legge sul divorzio.

Per completare il quadro d'insieme che si è cercato di dare a proposito della regolamentazione del matrimonio nell'età contemporanea nell'ambito italiano, prima di passare all'illustrazione, anche questa piuttosto generica e succinta, di quello che è accaduto in altri Paesi europei, va ricordato che attualmente nel nostro Stato vi sono tre diverse discipline del negozio matrimoniale civilmente rilevante: oltre al matrimonio civile vero e proprio, cioè celebrato davanti l'ufficiale dello stato civile e interamente regolato dalle disposizioni del codice civile; oltre al matrimonio canonico celebrato innanzi un ministro di culto cattolico e avente effetti civili, sottratto alla disciplina del codice civile in quanto regolato, come stabilito dall'art. 82 dello stesso codice «in conformità del Concordato con la Santa Sede e delle leggi speciali sulla materia»; il matrimonio c.d. acattolico, celebrato innanzi i ministri dei culti diversi da quello cattolico: esso secondo quanto previsto dall'art. 83 del codice civile è regolato dalle disposizioni del capo seguente (quello del matrimonio civile), salvo quanto stabilito dalla legge speciale concernente tale matrimonio, cioè la Legge n° 1159 del 1929 cui oggi vanno aggiunte le leggi relative alle confessioni che hanno stipulato l'intesa ex art. 8, terzo comma, della Costituzione.

Il legislatore italiano in tema di matrimonio e famiglia non ha però affrontato se non in maniera timida la problematica che si configura a seguito della loro scissione, e non ha neppure trattato direttamente delle coppie c.d. multietniche limitandosi a rinviare alla legge sul diritto internazionale privato per la risoluzione di eventuali situazioni di conflitto.

Detto questo, è ora il caso di verificare come l'oggetto di studio, cioè la secolarizzazione del matrimonio, sia stato affrontato dagli ordinamenti giuridici di due Paesi dell'Europa occidentale a noi vicini non solo geograficamente ma anche perché appartenenti alla stessa tradizione giuridica: Francia e Spagna.

Per quanto riguarda l'esperienza francese si deve riprendere dal periodo affrontato nel precedente paragrafo e cioè da quello rivoluzionario, in cui si spazzò via definitivamente l'*ancien régime* e con esso anche la struttura patriarcale della famiglia, non più congeniale al nuovo assetto dello Stato moderno che non poteva

tollerare il ruolo praticamente istituzionale svolto sino a quel momento da quest'ultima in considerazione della sua rilevanza politico-economica. Fu a partire da allora che la base della famiglia, il matrimonio appunto, iniziò ad essere concepito come diritto che il cittadino doveva esercitare nella libertà più assoluta, quindi senza controlli da parte della Chiesa e con l'illimitata possibilità di ricorrere al divorzio. Nel periodo che intercorse tra l'emanazione del codice civile e l'indomani della seconda guerra mondiale nella materia in esame i grandi dibattiti e le grandi variazioni della legislazione riguardarono il divorzio. Con la Restaurazione quest'ultimo venne eliminato ma venne mantenuta la misura parziale della separazione legale, ammessa dalla Chiesa divenuta religione di Stato. Con una legge del 1884 il divorzio venne poi reintrodotta nell'ordinamento francese, tuttavia non era consentito quello per consenso scambievole ma solo quello a causa di adulterio²²⁸, a causa di sevizie e ingiurie gravi di uno dei coniugi contro l'altro e infine quello per pena afflittiva e infamante. Le leggi successive riguardanti sempre il divorzio si connotarono per essere sempre più liberali, ad eccezione di una adottata dal governo di *Vichy* che venne abrogata con l'istituzione della Repubblica; essa vietava qualsiasi richiesta di divorzio nei primi tre anni di matrimonio e lasciava alla discrezionalità del giudice la conversione della separazione legale in divorzio quando la richiesta proveniva dal coniuge ritenuto colpevole.

Ancora oggi in Francia l'unico matrimonio rilevante per l'ordinamento è quello civile non conoscendo la forma di un matrimonio religioso che, senza bisogno di un'ulteriore celebrazione, possa assumere effetti civili, come invece accade non solo in Italia ma anche in Spagna.

In quest'ultimo Stato infatti, la legislazione riconosce ai nubendi la facoltà di celebrare matrimonio nella forma civile o religiosa e ciò non soltanto ai cattolici ma anche agli appartenenti ad altre comunità religiose riconosciute dallo Stato. Il matrimonio religioso acquista effetti civili con la trascrizione sempre però che siano osservate le norme del codice civile sulle condizioni necessarie per la validità del matrimonio.

In Spagna il matrimonio canonico quale unica modalità di formazione del vincolo coniugale si era affermato in modo esplicito dall'epoca di Filippo II e tale restò fino al 1870, anno in cui si impose l'obbligatorietà del matrimonio civile; cinque anni più

²²⁸ L'adulterio poteva essere tanto quello del marito quanto quello della moglie e questo costituiva una novità per l'ordinamento giuridico francese perché fino a quel momento esso non aveva conosciuto l'assimilazione della colpa del marito a quella della moglie.

tardi si ristabilì la forma canonica come ordinaria. Fu il *codigo civil* del 1889 ad ammettere entrambe le forme di celebrazione, quella canonica e quella civile. Tale dualità si mantenne sino alla Costituzione del 1978, sia pure con una eccezione nel periodo della seconda Repubblica, allorquando i matrimoni canonici cessarono di avere rilevanza agli effetti civili²²⁹. L'entrata in vigore della Costituzione ha prodotto profonde modifiche nella legislazione e nel sistema dei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica. Il primo si è riservato l'esclusiva competenza per le cause di separazione che prima era riconosciuta ai Tribunali ecclesiastici ma si è impegnato a riconoscere ancora gli effetti civili del matrimonio canonico e delle sentenze di nullità pronunciate dai Tribunali della Chiesa²³⁰.

Senza entrare nell'analisi specifica della regolamentazione del diritto di famiglia spagnolo che recentemente ha riconosciuto anche le unioni omosessuali, concludo questa trattazione generale del matrimonio nell'età contemporanea in ambito occidentale, facendo presente che lo studio approfondito del matrimonio canonico e di quello civile italiano sarà effettuato nei prossimi capitoli, il tutto, in vista della comparazione tra il primo e il matrimonio musulmano, nonché dell'individuazione dei profili conflittuali che rispetto al secondo presenta la disciplina islamica del matrimonio fatta propria dagli ordinamenti statuali dei Paesi musulmani.

²²⁹ Cfr. Andrea Bettetini, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., p. 65.

²³⁰ Cfr. Joseph Prader, *Il matrimonio nel mondo: celebrazione, nullità e scioglimento del vincolo*, Padova, Cedam, 1986, p. 523.

2. Il matrimonio nell'Islām

Considerazioni generali. Le fonti malikite del diritto matrimoniale musulmano.

Considerazioni generali

Nei paragrafi precedenti si è analizzata l'evoluzione del matrimonio nella prospettiva storica occidentale, ora, prima di giungere al cuore del lavoro di ricerca e quindi alla sua parte conclusiva, consistente rispettivamente nello studio del matrimonio tunisino e marocchino, e nell'analisi dei profili conflittuali tra l'ordinamento giuridico italiano e la disciplina islamica del matrimonio così come questa emerge oggi nell'ambito dei diversi ordinamenti statuali, è opportuno "esplorare" l'istituto in esame nell'*Islām*, perché la comprensione della concreta regolamentazione ad esso data appunto nei Paesi islamici, in modo particolare in quelli che si sono presi in maggiore considerazione, passa attraverso la conoscenza della sua concezione nell'ambito della *Sharī'a*, che, come si sa costituisce l'essenza dell'*Islām*. Fondamentale quindi è l'aver ben chiari quei concetti basilari che costituiscono la sua stessa struttura, e che le riforme portate dalla modernizzazione con lentezza e con difficoltà sono riuscite solo in parte a modificare.

Per fare tale chiarezza si rendono indispensabili alcune considerazioni preliminari.

Innanzitutto, ricordando quanto detto a proposito delle *'ibādāt* e *mu'amalāt*²³¹, va rilevato come dal punto di vista della *Sharī'a* il matrimonio si trovi a cavallo tra queste due categorie di regole rituali e di *negotia*; rendendo leciti i rapporti tra uomo e donna esso appartiene alla prima categoria, ma poiché è un contratto civile, allo stesso tempo ricade sotto la seconda categoria, quella appunto delle *mu'amalāt*. Quest'ultimo aspetto dell'istituto sarà di qui a poco ampiamente analizzato, per ora però è il caso di concludere l'analisi del suo aspetto più strettamente legato alla religione e cioè quello inerente la sua considerazione sociale, riflesso di quella religiosa.

²³¹ Si veda p. 39.

Per l'*Islām* il matrimonio è un atto lodevole, tuttavia, nella suddivisione delle azioni umane in cinque categorie esso è *farḍ*, cioè obbligatorio, per l'uomo che dispone di beni sufficienti per mantenere la moglie o le mogli dato il suo carattere poligamico, divenendo invece *makrūh*, sconsigliato, o addirittura *ḥarām*, proibito, quando costui dubiti o sia addirittura certo di rendere infelice la moglie o sappia di essere impotente a generare, o ancora, in caso di soggetti legati da una precisa serie di legami di sangue o anche di latte (Corano IV, 23)²³².

Il Corano²³³ raccomanda dunque con insistenza il matrimonio, in arabo *nikāḥ*, perché è considerato come il mezzo per assicurare la moralità privata e la pace sociale, per moltiplicare il numero dei credenti e distinguere quindi l'*Islām* dalle religioni che privilegiano il celibato.

Se come si è visto il matrimonio romano era un *consortium omnis vitae*, caratterizzato dal fatto di essere una *divini atque humani iuris communicatio*, e quello cristiano un sacramento avente come fine il perpetuare la specie, unione mistica e fisica allo stesso tempo, il matrimonio musulmano è invece un atto giuridico che rende leciti i rapporti sessuali tra uomo e donna. Non è quindi in sé un atto religioso, un sacramento²³⁴, “anche se di regola la celebrazione assume forma religiosa con l'invocazione di *Allāh* e la lettura di versetti del Corano”²³⁵. Come il matrimonio cristiano anche quello musulmano ha per scopo il costituire un rapporto di convivenza, tuttavia non ha la medesima natura indissolubile, vista la libertà di ripudio concessa al marito, e come si vedrà tra poco, l'ammissibilità di un tipo particolare di unione che si caratterizza per il fatto di essere a tempo determinato.

Il *malikita Ibn 'Arafa* definisce il *nikāḥ* come “il contratto che ha per oggetto il semplice godimento fisico della donna”²³⁶. Il diritto dell'uomo ad avere rapporti sessuali con la donna, che divengono così legittimi, rappresenta la controprestazione di quest'ultima rispetto all'impegno del marito di darle una dote (*mahr*) e di mantenerla. Come s'intuisce la componente sinallagmatica è molto forte, ma il complesso di

²³² Cfr. Giorgio Vercellin, *Istituzioni del mondo musulmano*, Torino, Einaudi editore, 1996, p. 138.

²³³ L'ingiunzione divina esplicita è quella contenuta nella sura XXIV, versetto 32 dove è detto: «E unite in matrimonio quelli fra voi che sono celibi e gli onesti fra i vostri servi e le vostre serve; e se saran poveri certo Dio li arricchirà della Sua grazia, perché Dio è ampio e sapiente».

²³⁴ Va ricordato che il Profeta Muhammad non istituì sacramenti, né ministri di culto, giacché alle pratiche religiose ogni musulmano può attendere direttamente una volta che le abbia apprese.

²³⁵ Joseph Prader, *Il matrimonio nel mondo: celebrazione, nullità e scioglimento del vincolo*, cit., pp. 17-18.

²³⁶ Cfr. Linant De Bellefond, *Trattato sul matrimonio nell'età contemporanea, Tomo II*, p. 23. Si veda anche Emilio Bussi, *Principi di diritto musulmano*, Milano, Ispi, 1943, p. 93.

prestazioni e di controprestazioni che sono alla base del contratto risulta essere assolutamente non eguale per i coniugi e questo perché esso ha scopi differenti per essi: per il marito sono quelli di fargli acquistare oltre al detto godimento sessuale anche una generale autorità sulla moglie; per questa il diritto al *marh*²³⁷ e il soddisfacimento dei bisogni materiali e affettivi²³⁸.

Gli elementi costitutivi del *nikāḥ* indispensabili per la sua validità sono rappresentati oltre che dalla costituzione del citato *mahr*, dalla capacità giuridica delle parti che si raggiunge con la pubertà, dal consenso dei futuri coniugi, dall'intervento del tutore (*walī*)²³⁹, rappresentato dal parente maschio più prossimo alla donna in ordine di successione; tutto il resto fa parte del rituale.

Va evidenziato che seppure il matrimonio e le istituzioni ad esse correlate trovano un preciso riferimento nella Legge divina, la loro completa definizione è stata effettuata dalle scuole giuridiche, pertanto in merito ad essi numerose sono le diversità se non addirittura le posizioni inconciliabili che si registrano. In questa ottica si comprende come ad esempio l'assenza del *walī* al momento della stipulazione del contratto per taluni sia causa di nullità (scuola *sciafiita*), per altri solo causa di annullabilità (scuola *malikita*); ancora, in tema di capacità matrimoniale, anche se questa è collegata al raggiungimento della pubertà, le soluzioni accolte dai giuristi sono comunque differenti, tanto da considerare addirittura valido il matrimonio anche in età infantile.

Questo proliferare di scuole giuridiche e la conseguente elaborazione di regole divergenti tra loro, rende difficile una trattazione unitaria delle caratteristiche e delle proprietà essenziali dell'istituto del matrimonio nell'ambito del diritto musulmano, quindi si è deciso di fare riferimento all'elaborazione del diritto matrimoniale effettuata dalla scuola *malikita*, illustrando però anche qualche particolarità delle altre maggiori scuole, soprattutto di quella *sciafiita*.

²³⁷ Insieme e accanto al *mahr* divenne consuetudine che i padri particolarmente facoltosi, offrirono alle figlie una serie di doni che la giovane portava con sé nella nuova casa; questi donativi costituivano delle vere e proprie «doti» come quelle europee. Si può ricordare che nel diritto romano figura diversa dalla dote era la c.d. *donatio propter nuptias*, cioè quella donazione che veniva conferita alla moglie dal marito in corrispondenza del matrimonio.

²³⁸ Cfr. Nicola Fiorita, *Dispense di diritto islamico*, cit., p. 23.

²³⁹ Sulle qualità richieste per l'esercizio della *wilāya* si veda Yagi Viviane Amina, *Droit musulman*, Paris, Publisud, 2004, pp. 74-75.

Le fonti malikite del diritto matrimoniale musulmano

Nell'illustrare la concezione e la disciplina del matrimonio nelle fonti della scuola *malikita* si farà riferimento a due di queste: la *Risāla*, di 'Abn Abī Zayd al-Qayrawānī, giurista vissuto tra il 922 e il 996 d.C., capo della scuola *malikita* di Qayrawān; il *Muḥtaṣar*, di Ḥalīl Ibn Ishāq, giurista vissuto a metà del XIV sec., il quale, nell'opera in questione, riassunse tutta la giurisprudenza che si era consolidata fino ai suoi giorni.

Si terranno poi in considerazione anche i commenti effettuati a tali opere dagli studiosi occidentali, in modo particolare quelli del Santillana. Del Santillana è anche la traduzione in italiano del *Muḥtaṣar* che si è utilizzata.

Prima di iniziare la trattazione della materia ritengo opportuno illustrare brevemente la storia di questi due lavori perché attraverso essa si comprenderà meglio il motivo della loro fortuna.

La *Risāla* venne commissionata all'autore da un maestro di una confraternita *sufi*²⁴⁰ tunisino al fine di trasmettere ai fanciulli quell'insegnamento necessario per conformarsi all'ordine divino. Anche se in modo sintetico lo scritto in questione tratta tutti gli argomenti di cui si interessa la legge religiosa; esso è dunque un "compendio", o anche un "prontuario normativo" della *Sharī'a*. Dalla sua funzione divulgativa ne discese quella semplicità che attirò l'attenzione anche degli adulti non specialisti, i quali poterono utilizzarla con maggiore facilità rispetto ad altri testi sicuramente più esplicativi ma al contempo più complicati; tale circostanza fu il motivo del successo dell'opera che così poté, come affermato da Lodovico Zamboni nella sua introduzione ad una traduzione in italiano dell'opera, "scavalcare i secoli sino a servire da orientamento di fondo dei musulmani non arabofoni (di lingua francese soprattutto, vista la traduzione di Leon Bercher del 1952, più volte ristampata) che vogliono seguire il diritto *malikita*"²⁴¹.

Per quanto riguarda il *Muḥtaṣar* v'è dire che anch'esso si sostanzia in un "compendio", anche se molto più ampio e tecnico della *Risāla* di al-Qayrawānī, ma

²⁴⁰ Il sufismo è la denominazione della corrente di maggior rilievo della mistica islamica. L'esigenza mistica percorre tutto l'Oriente, e la rivelazione coranica, accanto ai ben noti e prevalenti tratti cosiddetti «teocratici», contiene elementi che tra i secoli VII e X, vennero sviluppati sino a divenire base di un movimento ascetico-mistico quale appunto il sufismo.

che non per questo esso rappresenta una codificazione del diritto *malikita*; la materia in esso trattata si ritrova nei libri dei predecessori dell'autore ai quali egli non intese aggiungere niente di nuovo; l'importanza assunta dall'opera derivò dall'autorità di cui godette lo studioso, soprannominato a titolo di onore *Diya' ad-Dīn* cioè «Splendore della Religione».

Fatta questa premessa è possibile, come poco sopra anticipato, intraprendere l'analisi dell'istituto del matrimonio, partendo dai suoi elementi essenziali. Secondo l'elaborazione della scuola che si sta considerando è capace di contrarre matrimonio il maschio musulmano pubere, sano di mente e abile a consumare il matrimonio; per quanto riguarda la sposa oltre alle suddette condizioni essenziali, è richiesto altresì che si tratti di donna musulmana o appartenente alla religione ebraica o cristiana²⁴².

Il matrimonio tra impuberi non è nullo ma semplicemente annullabile²⁴³, ma è evidente che in questo caso il contratto si perfeziona tra i rappresentanti legali degli sposi. A tal proposito il *Muḥtaṣar* afferma che “Il minore cui il suo tutore ha dato moglie, con certi patti, o che ha stretto da sé il contratto, poi ratificato dal tutore, può, divenuto pubere, ripudiare la donna se non approva quei patti, purché il matrimonio non sia stato consumato”.

Da quanto detto si evince che le parti del contratto di matrimonio non coincidono necessariamente con gli sposi; la donna non può di norma concludere direttamente il matrimonio ma avrà bisogno, come visto, di un tutore; “i giuristi (Abū Dāwūd, *K. Al-nikāḥ*, 25, al-Tirmidī, *K. Al-nikāḥ* 18) parlano a questo proposito di associazione della donna e del *walī* nella scelta matrimoniale: il *walī* e la donna sono associati (*ṣarīkān*) nel matrimonio della donna: né egli può decidere il matrimonio senza di lei, né ella può deciderlo senza di lui”²⁴⁴.

Nella *Risāla* di al-Qayrawānī così come nell'altra fonte *malikita* (il *Muḥtaṣar*) è scritto che il figlio di una donna ha maggior diritto di esserne il *walī* piuttosto che il padre, e

²⁴¹ Lodovico Zamboni, *La Risāla ovvero “Epistola sul diritto islamico malikita”*, di ‘Abn Abī Zayd al-Qayrawānī, traduzione di Abdu-Zraim ‘Umar, Caprara di Campegine, Edizioni Orientamento, 2006, p. XI.

²⁴² Vige infatti il principio, per questa scuola come per tutte le altre, secondo il quale una donna musulmana non può sposare un uomo non musulmano, mentre all'uomo musulmano è consentito contrarre matrimonio anche con una donna di religione ebraica o cristiana.

²⁴³ Francesco Castro, *Introduzione allo studio delle istituzioni giuridiche dell'Islām classico e contemporaneo*, Dispense ad uso degli studenti della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, cit., p. 40.

²⁴⁴ Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico ed islamico: un commento alle fonti*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 187.

il padre ne ha più diritto del fratello, dopo di che, più stretta è la relazione di parentela da parte di padre, maggiore è il diritto; se però a maritare la donna è un parente lontano, il matrimonio è comunque da considerarsi come avente avuto luogo validamente.

La questione della manifestazione della volontà s'intreccia con quella della sua formazione.

Per quanto riguarda il consenso delle parti, questo deve essere libero e consapevole per entrambi²⁴⁵, di conseguenza i vizi del consenso più rilevanti sono rappresentati dall'errore e dalla violenza. Vi è però un'eccezione all'impostazione appena esposta, quella per cui "il padre o il tutore testamentario esercitano un vero e proprio diritto di coazione sulla ragazza e possono farle contrarre matrimonio quando è ancora vergine (pubere o impubere) senza il suo consenso; lo stesso si verifica se essa non è sana di mente anche se già coniugata e non più vergine, o che non sia più vergine per causa di una violenza da lei subita o di un accidente"²⁴⁶; la verginità, allo stesso modo della giovane età e della malattia mentale, implica poca conoscenza della vita, e giustifica il prolungarsi del potere di costrizione del tutore²⁴⁷.

Poiché il matrimonio musulmano è un contratto che implica un fondamentale onere patrimoniale a carico dell'uomo, non può contrarre validamente matrimonio chi non ha la piena disponibilità dei propri beni. Il Corano nella IV sura, versetto 4, impone che il *mahr* vada versato alla donna che ne diviene proprietaria e può quindi disporre a proprio piacimento²⁴⁸. Per il diritto musulmano il suo ammontare dovrebbe essere determinato al momento della stipulazione del contratto di matrimonio; in mancanza di determinazione alla sposa spetta il *mahr al-miṭl*, o di equivalenza, cioè la somma che sarebbe dovuta per il matrimonio di una donna equivalente alla sposa, per origine, posizione sociale, caratteristiche fisiche e virtù morali. Il pagamento del *mahr* non deve necessariamente essere effettuato al momento della conclusione del matrimonio,

Va ricordato come solo i giuristi della scuola *hanafita* ammettono la validità del matrimonio concluso dalla donna libera, pubere e sana di mente.

²⁴⁵ Nella realtà però, considerando la concezione islamica della famiglia che si caratterizza per la sottomissione della donna all'uomo, è frequente che il consenso della futura sposa sia la conseguenza di pressioni così forti da annullare la sua libera determinazione.

²⁴⁶ Elisa Ziccardi, *Il matrimonio nelle confessioni religiose*, Forlì, Experta, 2006, p. 308.

²⁴⁷ Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico ed islamico: un commento alle fonti*, cit., p. 185.

²⁴⁸ Si deve precisare che nel Corano il donativo nuziale non è mai designato come *mahr* ma con termini come *ṣadāq* o *saduqa*, 'ajr, farida. *Mahr*, è una parola di origine semitica che compare anche nella lingua ebraica (*mohaar*), in uso anche nell'Arabia preislamica dove indicava il pagamento fatto alla famiglia della sposa per contrarre il matrimonio.

potendo essere posticipato, in tutto o in parte, secondo la volontà delle parti. Secondo un uso molto diffuso il *mahr* posticipato sarebbe pagabile generalmente al momento del ripudio²⁴⁹. Il giurista Ḥaḥīl Ibn Ishâq nell'opera citata evidenzia come “se vi sia difficoltà a riscuotere il dono nuziale, la donna può rifiutare i rapporti sessuali finché l'ammontare del dono nuziale sia determinato, quando si tratta di matrimonio con dono non determinato, ovvero, trattandosi di matrimonio il cui dono è già determinato, finché la parte del dono che è pagabile in contanti non sia stata effettivamente ricevuta dalla donna”²⁵⁰.

I giuristi delle varie scuole hanno ampiamente dibattuto sull'ammontare del *mahr*: mentre i *malikiti* e gli *hanafiti* hanno definito un ammontare minimo del valore al di sotto del quale non sarebbe possibile stipulare il contratto²⁵¹, gli *sciafiti* e *hambaliti* hanno preferito non quantificarlo. E' opinione pacifica che non vi sia, invece, un limite massimo perché il versetto 20 della IV sura del Corano a proposito dell'entità del donativo nuziale utilizza la parola “*qintar*” che indicherebbe una generica quantità, anche notevole, di monete d'oro.

Attualmente la questione della determinazione del *mahr* rappresenta uno dei punti di contrasto tra le posizioni dei legislatori nazionali dei vari Stati del mondo islamico che tentano di limitarne l'ammontare, e le posizioni degli ambienti tradizionalisti che invece, facendo leva sulla *Sharī'a* che non prevede limiti, insistono sulla necessità di non imporne.

Ma le considerazioni inerenti le discrepanze tra i principi *sciaraitici* in materia di matrimonio e le soluzioni accolte negli statuti personali saranno effettuate nel prossimo paragrafo, quello dedicato proprio all'influsso della modernizzazione nella disciplina dell'istituto in questione nei Paesi islamici. Rimanendo pertanto per il momento ancorati all'esame del matrimonio così come inteso e regolato dal diritto musulmano classico, cioè coranico, che come si è avuto occasione di precisare sopra è cosa diversa dal diritto dei Paesi islamici, è opportuno iniziare ad interrogarsi sulla sua natura giuridica, per poi proseguire con l'analisi di due particolari forme di

²⁴⁹ Su questo istituto ci si soffermerà più avanti.

Per ora è importante ricordare come oggi più che in passato la particolare operatività del posticipato pagamento del *mahr* finisce per svolgere un efficace ruolo di deterrente nei confronti dell'esercizio arbitrario e capriccioso del potere che il diritto attribuisce al marito di sciogliere il matrimonio a sua discrezione.

²⁵⁰ Ḥaḥīl Ibn Ishâq, Il “*Muḥtaṣar*”, vol. II, traduzione ad opera di David Santillana, Milano, Ulrico Hoepli, Editore-Libraio della Real Casa, p. 17.

²⁵¹ Nella *Risāla* di al-Qayrawānī si trova scritto che non è lecito il matrimonio in cui non v'è dono nuziale.

matrimonio (quello a termine e per scambio, che come si vedrà non sono ammessi dalla scuola *malikita*), con la verifica del suo momento di perfezionamento e dei conseguenti rapporti che vengono ad instaurarsi tra i coniugi, e infine concludere con l'esame delle cause di invalidità e dei modi di scioglimento.

La natura giuridica del matrimonio musulmano, si ripete, è quella di essere un mero contratto che istituisce tra un uomo e una donna uno statuto giuridico influenzato da interessi sociali di natura morale e religiosa. Essa è stata oggetto di grande disputa tra gli studiosi europei perché si è dibattuto sul fatto di dover considerare o meno il matrimonio stesso come una vendita. Sotto il profilo formale alcuni autori hanno proiettato sull'istituto le caratteristiche di altri istituti ad esso solo apparentemente assimilabili, come per esempio proprio la compravendita.

Come ricordato dall'Abagnara²⁵², un illustre giurista francese, Marcel Morand, sostenne con dovizia di citazioni del Corano e delle raccolte di *aḥādīṭ*, che il matrimonio musulmano avrebbe la struttura di un contratto di compravendita; tale era in epoca preislamica e tale sarebbe rimasto anche con l'avvento dell'*Islām*; se prima la donna era solamente oggetto del contratto con le riforme poste in essere da Maometto, essa sarebbe divenuta al tempo stesso oggetto e parte del contratto.

Di diversa opinione furono altri giuristi, tra questi si può ricordare il Millot²⁵³, il quale oltre a rilevare che in realtà nessuna citazione coranica e nessun *ḥadīṭ* enunciano in maniera espressa che il matrimonio sia una compravendita, effettuò anche un approfondito studio dei commentari del *Muḥtaṣar* evidenziando come benché possano rintracciarsi diverse similitudini e comparazioni audaci da parte di molti giuristi musulmani con riferimento al rapporto matrimonio-vendita, mai però questi si sarebbero spinti al punto di affermare esplicitamente una identità tra i due contratti. Compravendita e matrimonio non hanno la stessa causa: quella del matrimonio è di evitare la fornicazione che costituisce un reato punito con pene severissime.

Benché quindi parte della dottrina musulmana si sia espressa in modo tale da poter far pensare ad una assimilazione del matrimonio al contratto di compravendita, si può concludere dicendo che “in diritto musulmano il matrimonio è e resta un contratto, che sia pure “*sui generis*” per una propria insurrogabile specificità, non può essere ricondotto al modello della vendita”²⁵⁴.

²⁵² Vincenzo Abagnara, *Il matrimonio nell'Islām*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, pp. 10 e ss..

²⁵³ Louis Millot, *Introduction a l'étude du droit musulman*, 2 ed., Paris, Recueil Sirey, 1953, p. 268.

²⁵⁴ Giuseppe Caputo, *Introduzione al diritto islamico*, Torino, Giappichelli, 1991, p.91.

Detto questo è il caso di proseguire nell'analisi dell'istituto soffermando l'attenzione sulle due sue peculiari forme, rappresentate da quello a termine e da quello c.d. di scambio. Il primo, anche detto di godimento (*nikāḥ al-mut'a*), è un matrimonio a tempo cioè contratto per un periodo limitato. Si tratta probabilmente di una vecchia istituzione araba²⁵⁵, di cui si troverebbe traccia anche nel Corano, nella sura IV versetto 24 dove è detto: «e a quelle di cui godiate come spose date la loro dote come prescritto, anzi non sarà male che di comune accordo aggiungete ancora qualcosa al prescritto; che certo Dio è saggio e sapiente».

Il giurista Abu Ga'far Muhammad b. Al-Hasan at-Tusi nel suo testo intitolato *Kitab an-Nihaya fi l-fiqh, in Gawami'* afferma: "il *nikāḥ al-mut'a* è lecito nella *Sharḥ* islamica: esso è il contratto stipulato tra un uomo e una donna per un periodo precisato, dietro dazione di un *mahr* precisato anch'esso; questi sono due *ṣurūḥ* (condizioni) necessari, in forza dei quali questo matrimonio si distingue dal matrimonio permanente"²⁵⁶.

Ancora oggi questo matrimonio è praticato presso gli *Sciiti*²⁵⁷, fatta eccezione degli *zaiditi*²⁵⁸, e costituisce il punto veramente più importante del contrasto tra *Sciiti* e *Sunniti*²⁵⁹. Nella *Risala* si esclude la liceità di questo matrimonio in cui viene fissata la scadenza, così come di quello contratto durante il ritiro legale della donna (*'idda*), di quello in cui vi è incertezza nel dono nuziale e di quello in cui quest'ultimo è costituito da qualcosa la cui vendita è vietata.

²⁵⁵ Lo storico Ammiano Marcellino due secoli prima della nascita dell'*Islām* raccontava che presso i «Saraceni» il matrimonio era un contratto temporaneo per il quale la donna riceveva un prezzo.

²⁵⁶ Sul punto cfr. Francesco Castro, *Materiali e ricerche sul nikāḥ al-mut'a*, Roma, Istituto per l'Oriente, 1974, pp. 90-91-92.

²⁵⁷ Verso la fine del periodo dei Califfi di Medina, la comunità islamica fu lacerata da scismi politici, e accanto alla maggioranza ortodossa o sunnita si costituirono le due sette degli *Sciiti* e dei *Kharigiti*: entrambe ebbero origine in Iraq. Della prima setta fecero parte tutti quei musulmani che erano rimasti scontenti del modo in cui era stata conferita ai primi tre titolari, *Abū Bakr*, *'Umar* e *'Utmān*, la dignità di Califfo, in dispregio al grado di parentela della famiglia del profeta, e che avrebbero preferito elevare al trono califfale *'Ali*, cugino del Profeta, suo parente di sangue più prossimo, che, inoltre, aveva sposato Fatima, la figlia di Maometto.

Invece di un Califfo elevato al trono con una investitura umana, gli *Sciiti* riconoscono l'*imām* come unico capo legittimo dell'*Islām*, sia nella sfera spirituale che in quella temporale, e ritengono che l'imamato possa essere trasmesso solo per via ereditaria ininterrotta ai successori di *'Ali*.

In seguito poi, alcuni soggetti si ritirarono dai ranghi dei sostenitori di *'Ali*, e a causa di questa separazione essi sono conosciuti nella storia dell'*Islām* con il nome di *Kharigiti* (coloro che fuoriescono); per essi il califfato doveva essere conferito alla persona più degna per libera scelta della comunità.

²⁵⁸ Costoro sono i seguaci della più moderata fra le sette musulmane *sciite*, che prende il nome dal suo iniziatore *Zaid Ibn 'Ali*

²⁵⁹ Sul punto si veda Carlo Alfonso Nallino, *Diritto musulmano*, (voce), in Nuovo Digesto Italiano, vol. IV, Roma, 1938, p. 1112.

La seconda particolare forma di matrimonio è quello di scambio che si realizza quando quest'ultimo coinvolge due donne, ciascuna delle quali è proibita al proprio *walī* matrimoniale: per esempio quando due uomini si concedono reciprocamente in spose le rispettive sorelle. I due matrimoni risultano idissolubilmente collegati, così che, se uno dei due uomini ripudia la propria moglie, anche l'altro matrimonio, benché felice, deve aver fine²⁶⁰. Nonostante alcuni *ḥādīṭ* siano concordi nel condannare l'uso del baratto matrimoniale i giuristi di rito *hanafita* non ritengono questo matrimonio viziato; i giuristi di rito *malikita* tenendo conto delle tradizioni profetiche sostengono la nullità anche di questo matrimonio, ammettendo però la sua convalida in caso di consumazione.

E' giunto ora il momento di verificare quando si perfeziona il vincolo del matrimonio e i rapporti che ne discendono per i coniugi, sempre s'intende, nell'ottica *malikita*.

Dato il suo carattere consensuale il matrimonio è perfetto e produce quindi i suoi effetti, dal momento in cui avviene lo scambio dei consensi che deve però essere posto in essere alla presenza di testimoni²⁶¹; se così non fosse, come si vedrà tra breve, il contratto sarebbe nullo²⁶². La consumazione del matrimonio non è quindi necessaria al fine del perfezionamento del vincolo²⁶³.

Gli effetti del matrimonio islamico di natura sia personale che patrimoniale hanno a fondamento, nella logica del diritto musulmano, il principio di diritto divino della supremazia dell'uomo nell'ambito della famiglia. Se una simile concezione non fu

²⁶⁰ Si veda Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, cit., p. 72.

²⁶¹ Secondo un *ḥadiṭ* «non c'è matrimonio senza *walī* e senza due testimoni» (al-Buḥārī, *K. al-sahadat, bāb 8*); si veda anche Corano, LXV, 2. «E prendete testimoni persone tra voi che sian giuste e testimoniare davanti a Dio...».

²⁶² Nei primi tempi dell'*Islām* la presenza dei testimoni non era richiesta in quanto la pubblicità dell'atto era assicurata con altri mezzi di origine preislamica (il banchetto nuziale, il solenne accompagnamento della donna nella dimora del marito, ecc.); in seguito si ritenne semplicemente raccomandabile la loro presenza al momento della stipulazione dell'atto; successivamente nella scuola *malikita*, ma anche in quella *sciafiita* si iniziò a considerarli come elementi essenziali per la validità dell'atto.

²⁶³ Come ricorda David Santillana, nella sua fondamentale opera sulle Istituzioni del diritto musulmano *malikita* e *sciafiita*, alla quale si è più volte fatto riferimento, e alla quale si rimanda ulteriormente, la consumazione del matrimonio assume grande importanza non solo per l'attribuzione di paternità al marito, ma anche quando la donna abbia contratto nella stessa data o in date diverse due matrimoni. A p. 227 l'autore afferma: «La consumazione è elemento decisivo per decidere, in caso di controversia, a quale dei due matrimoni si debba dare la preferenza. Nel matrimonio la consumazione è la presa di possesso da parte del marito, come nella vendita, la tradizione è la presa di possesso del compratore ed elemento decisivo in caso di conflitto tra acquirenti. Esempio pratico: quando la donna è stata maritata, nello stesso tempo, da due mandatari, il marito, il cui contratto è anteriore per data, sarà preferito all'altro; ma se il secondo ha consumato il matrimonio in buona fede, egli dovrà essere preferito al primo, benché il suo contratto abbia data posteriore».

estranea in Occidente, la dottrina ²⁶⁴ ha rilevato come l'*Islām* “sia la religione che ha innalzato la disuguaglianza tra uomo e donna ad architettura sociale”. In conseguenza di ciò la moglie si trova legalmente sottoposta all'autorità maritale (*ismah*). Il Corano nella sura II, versetto 228 afferma: «Esse agiscono coi mariti come i mariti agiscono con loro, con gentilezza; tuttavia gli uomini sono un gradino più in alto.....». Da tale prescrizione discende che i diritti e i doveri dei coniugi, nella loro diversità, hanno carattere di reciprocità, ma risentono sempre del principio di superiorità dell'uomo e quindi dello sposo rispetto alla sposa. La moglie deve pertanto obbedienza al marito, deve abitare con lui, seguirlo ovunque egli voglia trasferire la propria dimora, non deve uscire dal domicilio senza il suo consenso, non deve ricevere estranei in casa, deve svolgere le faccende domestiche, concedersi a lui perché egli ha il diritto di esigere il godimento sessuale. Il Corano attribuisce ai mariti il “diritto di correzione” e attraverso il suo esercizio essi possono ottenere obbedienza dalla moglie; nel far ciò non possono però porre in essere sevizie perché altrimenti la moglie sarebbe autorizzata a chiedere il divorzio²⁶⁵. Ai diritti del marito corrispondono altrettanti doveri, nei confronti non solo della consorte ma anche della prole. I principali sono rappresentati dall'obbligo di coabitazione nel domicilio coniugale, da quello di consumare il matrimonio e non cessare di adempiere tale dovere, da quello di non commettere adulterio, da quello di ripartire egualmente le notti fra le diverse mogli, da quello di astenersi, come già visto, dal compiere sevizie.

Se quanto appena enunciato si riferisce ai rapporti personali tra i coniugi, per quanto concerne quelli patrimoniali va innanzitutto ripetuto che anche questi risentono della supremazia maschile all'interno della coppia; il dovere del marito di provvedere al mantenimento della moglie (*nafaqa*) sussiste anche nell'ipotesi che questa sia in condizioni economiche tali da non necessitarne²⁶⁶; si sottolinea che in nessun caso il marito può esigere che la donna partecipi alle spese del nucleo familiare²⁶⁷; la ragione giustificatrice di tale stato di cose è da individuare proprio nel ruolo attribuito all'uomo nell'*Islām*. A questo proposito Linant de Bellefond evidenzia come “ il n'est pas rare de voir, il meme dans les milieux élevés, des femmes riches réclamer leur

²⁶⁴ Giorgio Vercellin, *Istituzioni del mondo musulmano*, cit., p. 134.

²⁶⁵ Su questo aspetto ci si soffermerà tra poco quando si affronteranno i modi di scioglimento del matrimonio.

²⁶⁶ Una eccezione a questa regola generale è rappresentata dall'ipotesi in cui il marito si trovi in uno stato di povertà, soprattutto se conosciuto alla donna, perché in tal caso egli sarà sollevato da quest'obbligo.

²⁶⁷ L. Millot, *Introduction a l'étude du droit musulman*, 2 ed., cit., p. 326.

nafaqa, pour le principe, parce qu'elles auraient l'impression de ne pas être mariées si elles négligeaient de le faire ²⁶⁸.

Sempre per la scuola *malikita* l'obbligo di mantenimento della moglie sorge per il marito solo a partire dalla consumazione²⁶⁹ e dura fin quando è in corso il matrimonio, di conseguenza, cessa dal momento dello scioglimento; se si verifica un ripudio revocabile, poiché nelle more della scadenza del termine, che eventualmente lo trasformerà in irrevocabile, il matrimonio sussiste ancora, permane anche l'obbligo di mantenimento, che invece viene meno allorché il ripudio è conseguenza delle colpe della moglie²⁷⁰.

Per mantenimento s'intende l'alloggio, il vitto, il vestiario; tutte queste varie componenti costituiscono un credito per la moglie la cui inadempienza da parte dell'obbligato può dar luogo per costei alla domanda di scioglimento del matrimonio.

L'altro principale dovere del marito nei confronti della moglie è costituito, come si è visto, dal pagamento del *mahr*.

Va poi ricordato che nel diritto musulmano, vigendo, in linea di massima, la poligamia, il regime patrimoniale fra coniugi si caratterizza per la netta separazione dei beni. Ognuno di essi conserva la proprietà sia di quelli che possedeva prima di contrarre matrimonio sia di quelli che acquista durante questo²⁷¹.

Il matrimonio valido è, infine, anche nel diritto musulmano, causa di vocazione ereditaria; il coniuge superstite figura tra i legittimari.

Arrivando ora a trattare delle cause di invalidità del matrimonio si deve innanzitutto dire che i giuristi diversamente da quanto accade per gli altri contratti, per i quali distinguono quelli viziati nella loro essenza e come tali assolutamente privi di effetti, da quelli in cui invece i vizi interessano i loro attributi e che possono produrre quindi limitati effetti, ritengono che il contratto di matrimonio, qualunque sia il vizio che lo colpisce, è assolutamente inefficace. Il matrimonio viziato può produrre una serie limitata di effetti solo se viene consumato. Comunque a prescindere dalla

²⁶⁸ Linant de Bellefond, *Droit musulman*, vol. II, p. 256.

²⁶⁹ Nella *Risāla* di al-Qayrawānī (p. 84 della traduzione italiana citata nella nota 241) è infatti scritto: "Il marito non deve il mantenimento alla moglie sino a quando non ha consumato il matrimonio, o sino a quando non è stato invitato a consumarlo, sempre che la moglie sia una donna con la quale è possibile avere rapporti".

Nel rito *hanafita*, invece, l'obbligo di mantenimento grava sul marito già a partire dal momento stesso della conclusione del contratto di matrimonio.

²⁷⁰ Si veda sul punto Vincenzo Abagnara, *Il matrimonio nell'Islām*, cit., p. 120.

²⁷¹ La donna, però, pur potendo disporre dei propri beni necessita dell'autorizzazione del marito per le donazioni eccedenti il terzo del suo patrimonio.

consumazione, il giudice pronunciando l'annullamento ordina la separazione dei coniugi.

Perché il contratto di matrimonio sia valido, occorre che tra gli sposi non vi siano impedimenti quali ad esempio la parentela, l'affinità, la sussistenza di precedenti matrimoni. Procedendo per ordine e con precisione si può dire che determinano la nullità oltre la mancanza degli elementi costitutivi, anche la parentela di sangue²⁷², di latte²⁷³, il vincolo di affinità²⁷⁴, la differenza di religione²⁷⁵, per la donna l'esistenza di un precedente vincolo matrimoniale²⁷⁶ o il trovarsi in un periodo di «attesa»²⁷⁷ mentre per l'uomo il quinto matrimonio, l'esistenza di un precedente triplice ripudio²⁷⁸, il trovarsi in uno stato di malattia mortale²⁷⁹, l'infermità di mente, l'assenza di almeno due testimoni, il matrimonio tra padrona e schiava non affrancata.

Determinano invece l'annullabilità del matrimonio i vizi del consenso, i vizi del *mahr*, l'apposizione al contratto di clausole contrarie alle finalità essenziali di esso, la mancanza del *walī an-nikāḥ* (per gli *sciafiiti* questa assenza è addirittura causa di

²⁷² Il Corano nella sura delle donne (IV) nel versetto 22 stabilisce che è vietato il matrimonio con sette tipi di donne a causa del legame di sangue: le madri, le figlie, le sorelle, le zie paterne, le zie materne, le figlie del fratello e le figlie delle sorella.

²⁷³ Sempre il Corano a proposito dei legami che vengono in essere con l'allattamento vieta il matrimonio con le nutrici, con le sorelle di latte ... (IV, 23). Un *ḥadīṭ*, ampiamente trasmesso, stabilisce l'impedimento in termini più inclusivi: «E'proibito a causa dell'allattamento ciò che è proibito a causa della parentela».

²⁷⁴ Diversi sono i passi coranici in materia di divieti al matrimonio per affinità: sono proibite le mogli già sposate ai propri padri, le legittime mogli dei propri figli; le madri delle proprie mogli, le figliastre che sono sotto tutela. In quest'ultima ipotesi la dottrina *malikita* (al-Qayrawānī) ritiene che "le figlie di una donna divengono proibite all'uomo solo dopo che egli abbia avuto con lei un rapporto sessuale, o abbia goduto in qualche modo di lei, nel quadro del matrimonio... o di un matrimonio putativo. La fornicazione non rende proibito ciò che in origine è lecito".

²⁷⁵ Roberta Aluffi Beck-Peccoz, in un suo scritto sopra citato (*Il matrimonio nel diritto islamico*, alla p. 200), fa notare come "la donna è nella potestà del marito e gli deve obbedienza: il matrimonio misto della musulmana porterebbe un non musulmano a esercitare autorità sul musulmano. Inoltre, mentre il marito musulmano, per definizione, rispetta la religione della moglie non musulmana, alla cui base riconosce una rivelazione precedente all'*Islām*, l'uomo non musulmano non porterebbe lo stesso rispetto alla religione della moglie musulmana..... Se la donna musulmana per seguire il marito nella sua fede, lasciasse l'*Islām*, commetterebbe apostasia".

²⁷⁶ Il Corano proibisce all'uomo il matrimonio con una donna sposata (IV, 24). L'impedimento sussiste sino al termine del periodo di ritiro legale che segue il verificarsi di una causa di scioglimento del matrimonio.

²⁷⁷ Sarebbe il c.d. ritiro legale, *'idda*, quel periodo cioè in cui onde evitare la *confusio sanguinis* la donna non deve avere rapporti sessuali; in questo periodo essa non è ancora sciolta dal precedente vincolo.

²⁷⁸ Questo ostacolo è semplicemente relativo, nel senso di temporaneo, perché la donna ripudiata in tale forma non può contrarre nuovo matrimonio con colui che l'ha ripudiata, se prima non consumi con una diversa persona un altro matrimonio. Al Qayrawānī nella sua *Risāla* scrive: "Se l'uomo ripudia la moglie tre volte, questa non sarà lecita per lui né come schiava concubina né come moglie fino a che ella non abbia sposato un uomo diverso da lui".

²⁷⁹ Anche questo è un ostacolo temporaneo, quindi superabili con il trascorrere del tempo.

nullità)²⁸⁰, la sensibile disparità di condizione sociale, infine i vizi che si potrebbero dire redibitori fra i quali è compresa l'impotenza²⁸¹.

Va evidenziato poi che “la distinzione fondamentale degli impedimenti al matrimonio in permanenti e temporanei si porta dietro la nullità assoluta nel caso di sussistenza dei primi, e la irregolarità o nullità relativa o annullabilità nel caso di sussistenza dei secondi”²⁸². Nelle note sono stati indicati alcuni ostacoli temporanei, ora per completezza si deve ricordare un ostacolo perpetuo a contrarre matrimonio che non si è indicato precedentemente per il fatto che in realtà riguarda una ipotesi piuttosto particolare: quella di due soggetti già legati da vincolo matrimoniale sciolto con la forma di ripudio c.d. *li'ān*; ebbene questo tipo di ripudio ha come effetto anche quello di costituire un impedimento perpetuo tra le medesime parti che volessero contrarre nuove nozze.

La nullità del matrimonio non si può sanare ed il giudice è tenuto a dichiararla a prescindere dalla consumazione. I suoi effetti sono i seguenti: la moglie è sempre tenuta ad osservare il ritiro legale se il matrimonio è stato consumato, e non invece in caso contrario; la paternità del figlio è attribuita al padre ma nell'ipotesi in cui questi fosse in mala fede perché sapeva di contrarre una unione illecita, alcuni dottori propendono ad escluderla, mentre al altri, la maggioranza, gliela attribuiscono lo stesso comminandogli però anche la pena prevista per la fornicazione; il dono nuziale sarà dovuto interamente se il matrimonio è stato consumato, per metà se invece non v'è stata consumazione; non si creano diritti successori tra i coniugi; infine va ricordato che il matrimonio nullo non costituisce impedimento al matrimonio tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge, a meno che non sia avvenuta la consumazione.

Se il matrimonio è stato contratto contravvenendo a quelle situazioni che non comportano la nullità, pur esistendo i presupposti per arrivare a dichiararne l'invalidità, si propende per una sanatoria dei vizi che avviene di solito attraverso consumazione; legittimati a chiedere l'annullamento sarebbero sia i contraenti che il giudice d'ufficio.

²⁸⁰ Questo si spiega in considerazione del fatto che secondo questa scuola giuridica soggetti del matrimonio sono solo l'uomo e il *walī*, poiché la donna è considerata come semplice oggetto del contratto; nella costruzione *malikita* dell'istituto in esame invece, la donna è uno dei soggetti del matrimonio, quindi il *walī* è considerato come colui che va semplicemente ad integrare la volontà di quest'ultima. Va comunque ricordato che nei casi di matrimoni di coazione anche la scuola *malikita* ammette che il *walī* possa sostituire la propria volontà a quella della donna.

²⁸¹ Cfr. Francesco Castro, *Corso elementare di istituzioni di diritto musulmano*, cit., p. 53 e ss..

²⁸² Vincenzo Abagnara, *Il matrimonio nell'Islām*, cit., p.59.

Per concludere non resta che analizzare i modi in cui si scioglie il vincolo matrimoniale.

Oltre che per la causa naturale della morte di uno dei coniugi, il matrimonio si scioglie per ripudio (*talāq*, letteralmente «sciogliere») ed altre cause dipendenti dalla volontà di uno di essi o di ambedue, nonché per la risoluzione pronunciata dal giudice nei casi contemplati dal *fiqh*.

Alla morte reale è equiparata l'apostasia: il rinnegare la fede comporta tra l'altro lo scioglimento del vincolo dal giorno in cui l'apostata, esortato a pentirsi, dichiara di persistere nella sua volontà.

Il ripudio costituisce un modo di scioglimento del matrimonio unilaterale perché esercitabile dal solo marito. Come fa notare il Santillana²⁸³ “pare assai singolare che il matrimonio, contratto consensuale, possa essere sciolto da una delle parti senza il consenso dell'altra: ma il diritto islamico ritiene che il matrimonio si fonda essenzialmente sulla *maritalis affectio*, sulla volontà che hanno le parti di costituire tra loro una convivenza permanente; quando questa volontà viene meno da parte di uno dei contraenti, cioè di «colui che dispone del vincolo», sembra al legislatore che non si possa costringerlo a perseverare in una comunione di vita cui viene a mancare l'elemento più importante dal punto di vista morale. Inoltre il matrimonio conferisce al marito una certa superiorità e dei diritti speciali sulla persona della moglie”.

Da quanto affermato si comprende che il diritto musulmano non è riuscito a contrastare questo istituto di origine preislamica molto radicato nei costumi arabi, nonostante alcuni *ahādīth* del Profeta esprimessero avversione nei suoi confronti al punto tale da permetterlo solo in caso di necessità²⁸⁴.

Gli elementi essenziali del ripudio, sempre secondo la scuola *malikita*, sono, oltre al soggetto e all'oggetto, rappresentati rispettivamente dal marito e dal vincolo, dall'intenzione di sciogliere quest'ultimo e dalla manifestazione di tale volontà, che non richiede alcuna forma solenne. Il soggetto che dà ripudio deve essere musulmano, pubere e sano di mente e deve esercitare il suo diritto personalmente o a mezzo di mandatario speciale; è previsto che il mandato possa essere conferito alla stessa moglie, la quale quindi ripudierà se stessa. Il Corano raccomanda di pronunciare il

²⁸³ David Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malikita, con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., pp. 253-254

²⁸⁴ «Tra le cose lecite, il ripudio è la più odiosa al cospetto di Dio». *Abū Dāwūd, K. al-talāq, b. 3.*

ripudio alla presenza di testimoni (LXV, 2) i quali quindi non sono obbligatori per la validità dell'istituto; la stessa questione viene in rilievo per la sua revoca.

Esistono varie forme di ripudio. Vi è quello semplice, che è quello dato una sola volta. Esso è revocabile nell'ipotesi di matrimonio consumato, irrevocabile invece, in caso di non consumazione; i coniugi sono tenuti a separarsi e durante il periodo di separazione²⁸⁵ vi può essere, come detto, la sua revoca; se questa non interviene il ripudio diviene irrevocabile ed il vincolo matrimoniale è considerato sciolto, pertanto i due soggetti non possono riprendere la vita in comune senza prima stipulare un nuovo contratto, con la previsione di un secondo *mahr*; quanto al primo dono nuziale, cioè quello relativo al matrimonio ormai sciolto, se non era stato pagato completamente diviene ora esigibile da parte della donna²⁸⁶; “E’ raccomandato al marito di fare alla moglie ripudiata definitivamente un dono consolatorio (*mut’a*) proporzionato alle proprie facoltà. La *mut’a* è dovuta solo se lo scioglimento del matrimonio è avvenuta per volontà del marito, non se per volontà o per colpa della moglie, o se il matrimonio non è stato consumato”²⁸⁷. Occorre ricordare che se questo vale per i *malikiti*²⁸⁸, per gli *hanafiti* la *mut’a* è invece obbligatoria nel caso prospettato dal versetto secondo della sura 236 laddove è detto che «non v’è nulla di male se ripudiate le donne prima di averle toccate o prima di aver fissato loro una dote, ma assegnate loro i mezzi per vivere, ricchi o poveri ciascuno secondo le sue possibilità, in modo umano: è un dovere, questo, per chi è benefico».

Il triplice ripudio è una forma speciale nella quale la formula del *ṭalāq* è ripetuta tre volte, anche consecutive, con l’effetto di sciogliere immediatamente il vincolo matrimoniale²⁸⁹. Tale pratica è considerata un’innovazione riprovevole (*bid’a*)²⁹⁰. Come si è avuto modo di accennare l’altro effetto di questa particolare tipologia di ripudio è quello di essere ostacolo alla stipulazione di un nuovo matrimonio tra i medesimi soggetti se prima la donna in tal modo ripudiata non

²⁸⁵ Questo periodo per i *malikiti*, ma anche per gli *sciafiti*, deve durare tre periodi intermestruali.

²⁸⁶ Va però specificato che nell'ipotesi di non consumazione la ripudiata avrà diritto alla metà di quanto era stato pattuito.

²⁸⁷ David Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafita*, vol. I, cit., p. 265.

²⁸⁸ Al-Qayrawānī: “E’ opportuno che chi ripudia assegni un dono di consolazione, ma non è obbligatorio”.

²⁸⁹ Cfr. Francesco Castro, *Corso elementare di istituzioni di diritto musulmano*, cit., p. 68.

²⁹⁰ Al-Qayrawānī nella sua *Risāla*, afferma appunto che “il triplice ripudio espresso con una singola dichiarazione è un’innovazione riprovevole, che tuttavia produce effetto”.

contragga e consumi un nuovo matrimonio con persona²⁹¹ diversa da quella che ha pronunciato contro di lei il triplice ripudio.

E' stato osservato che l'istituto in questione "rappresenta l'evoluzione perversa di una fondamentale riforma introdotta nel diritto arabo dalla rivelazione coranica"²⁹². Infatti per contenere l'utilizzo sconsiderato del ripudio nell'Arabia, radicato anche presso la «Gente del Libro», (Deuteronomio, XXIV, 1²⁹³, Vangelo di Matteo, V, 31²⁹⁴), l'*Islām* limitò a tre il numero di ripudi che il marito poteva pronunciare contro la propria moglie²⁹⁵. Al terzo ripudio veniva attribuita l'irrevocabilità pertanto l'uomo non poteva tornare sulla sua decisione; in tal modo lo si voleva far meditare sull'importanza del suo atto e dare quindi tutela alla donna verso i capricci di questo. La perversione di tale riforma va individuata nella conseguente ammissione del costume di pronunciare contestualmente i tre ripudi, magari provocati da uno stato di ira, che in tal modo ponevano irrimediabilmente fine al rapporto matrimoniale.

Altra speciale forma di ripudio è il giuramento di astinenza (*īlā'*), cioè il giuramento fatto dal marito di astenersi da ogni rapporto coniugale con la moglie, che produce come effetto, appunto, il ripudio.

La costruzione *malikita* dell'istituto prevede che se il giuramento è fatto senza determinazione di tempo per il quale esso deve valere, trascorsi quattro mesi dal giorno in cui fu pronunciato, la moglie può chiedere al giudice di fissare al marito un termine entro il quale reintegrare i rapporti coniugali ovvero venga dato ripudio; se i rapporti vengono reintegrati il marito è tenuto ad una espiazione (*kaffāra*), se invece persiste nel non dare ripudio, quest'ultimo è dato dal giudice²⁹⁶.

Vi è poi un'altra forma di ripudio rimasto nell'*Islām* come ricordo dei tempi anteriori al suo affermarsi, quello c.d. *zihār*, che si sostanzia nella recita di una particolare formula; quest'ultima deve esprimere la volontà dell'uomo di considerare la moglie come la schiena di sua madre o in generale come quella di una donna che egli non può

²⁹¹ Si veda Corano, II, 230: «se uno ripudia per la terza volta la moglie essa non potrà più lecitamente tornare da lui se non sposa prima un altro marito; il quale se a sua volta la ripudia, non sarà peccato se i due coniugi si ricongiungano, se pensano di poter osservare le leggi di Dio. Questi sono i termini di Dio che Egli dichiara a uomini che comprendono». Il nuovo marito viene chiamato "*muḥallil*", colui che rende lecito, perché rende lecita la rinnovazione del vincolo.

²⁹² Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi Arabi*, cit., p. 112.

²⁹³ Dt., XXIV, 1: «Può succedere che un uomo sposa una donna, vive con lei, ma dopo un po' trova nella moglie qualcosa di sconveniente, e questa non gli piace più. Allora il marito scrive una dichiarazione di divorzio, la consegna alla donna e la manda via».

²⁹⁴ Mt. 5, 31: «Fu detto: Chiunque ripudia sua moglie le dia l'atto di ripudio».

²⁹⁵ Dice il Corano II, 229: «Il ripudio vi è concesso due volte: poi dovete o ritenerla con dolcezza presso di voi, o rimandarla con dolcezza».

sposare. Presso gli arabi preislamici il proferire una simile formula aveva come effetto il ripudio irrevocabile, perché significava che s'interdiceva ogni rapporto sessuale con la donna. Il Corano non abolì questo modo di ripudiare ma ne diminuì l'efficacia considerandolo come revocabile e imponendo un'espiazione a chi l'avesse utilizzato. Per ultimo si deve ricordare il c.d. giuramento imprecatorio (*li'ān*)²⁹⁷ che in realtà non è propriamente una forma di ripudio, poiché ha per scopo principale d'impedire che al marito sia attribuita una prole non sua²⁹⁸. La risoluzione del matrimonio ne è bensì la conseguenza necessaria, ma subordinata²⁹⁹.

Questo giuramento ha per oggetto l'affermazione, da parte del marito, dell'infedeltà della moglie³⁰⁰.

Come sopra detto il matrimonio si può anche risolvere per mutuo consenso dei coniugi. Si devono in proposito distinguere due forme. Una di esse, chiamata *ḥul'*, consiste nel pagamento che la moglie fa al marito di un corrispettivo per essere liberata dal vincolo matrimoniale. Trova la sua fonte nel Corano e in alcuni famosi *aḥadīṭ*³⁰¹.

L'altra forma di scioglimento del matrimonio per mutuo consenso, che può considerarsi come un vero divorzio, è quello nella quale non v'è pagamento di alcuna somma da parte della donna.

Infine non resta che accennare alla risoluzione giudiziale. Questa avviene come conseguenza del detto "*li'ān*" (giuramento imprecatorio), per inadempienza del contratto nuziale e *ex officio iudicis*.

Per quanto riguarda la prima ipotesi è sufficiente ricordare che nel giorno assegnato dal giudice, il marito, presente la moglie, proferisce quattro giuramenti affermando l'adulterio e poi un quinto giuramento con cui invoca la maledizione divina su se stesso qualora abbia mentito.

²⁹⁶ Cfr. Francesco Castro, *Corso elementare di istituzioni di diritto musulmano*, cit., p. 69.

²⁹⁷ Corano, XXIV, 6-9: «E coloro che accusano le loro donne, e poi non hanno testimoni altro che se stessi, dovranno comprovare l'accusa con quattro attestazioni ciascuno, fatte in nome di Dio, attestanti che dicono il vero. E la quinta attestazione sia che la maledizione di Dio scenda su di lui se ha mentito. E alla donna sarà risparmiata la punizione se attesterà con quattro attestazioni fatte in nome di Dio che il marito mente, e la quinta sarà che l'ira di Dio scenda su di lei, se il marito ha detto il vero».

²⁹⁸ L'altro importante effetto di questo giuramento si è indicato a p. 98.

²⁹⁹ David Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I, cit., p. 276.

³⁰⁰ Per una sua analisi dettagliata si rimanda al testo del Santillana citato nella nota precedente (p. 276 e ss.).

³⁰¹ Cfr. Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico ed islamico: un commento alle fonti*, cit., p. 236.

Con riferimento alla seconda ipotesi occorre evidenziare come sia stato rilevato che, in analogia a quanto accade nel contratto di compravendita rescindibile per vizi della cosa venduta e per inadempimento del compratore all'obbligo di pagare il prezzo o del venditore di consegnare la cosa, così nel matrimonio è ammesso l'esercizio dell'azione detta *ḥiyār al-'ayb*, che permette a ciascuno dei coniugi di chiedere la risoluzione del contratto qualora si sia verificato un inadempimento negli obblighi contrattuali, nonché quando risulta che l'altro è affetto da malattia tale da rendere pericolosa la convivenza, o da un difetto per cui si rendano impossibili o molto difficili i rapporti coniugali, o ancora quando non esistano nell'oggetto del contratto le qualità pattuite. Le fonti precisano che tale risoluzione non può essere chiesta se il vizio era noto o se avendone avuta conoscenza dopo il matrimonio il coniuge lo abbia accettato; non viene però indicato un termine entro cui esercitare l'azione³⁰².

Il contratto di matrimonio viene meno per sentenza del giudice, dopo la prova dei fatti in base ai quali viene chiesta la risoluzione. I giuristi unanimemente ammettono, come appena visto, che il matrimonio possa essere sciolto per i vizi e le malattie di uno dei coniugi³⁰³.

Una volta verificatasi tale risoluzione al *mahr* si applicano le seguenti regole: “se il matrimonio non è stato consumato, il marito non deve dono nuziale; se è stato consumato ed il vincolo è stato sciolto per vizio del marito, questi dovrà l'intero ammontare pattuito; non sarà dovuto dono nuziale se la rescissione avviene a causa della moglie”³⁰⁴.

La risoluzione del matrimonio può essere richiesta, sempre con la medesima azione, anche nell'ipotesi in cui uno dei coniugi venga meno agli obblighi assunti con il contratto.

Ancora, si procede a risoluzione *ex officio iudicis* quando, prima della consumazione, insorge tra i coniugi, ambedue capaci, una contestazione intorno all'ammontare o alla qualità del dono nuziale; in tale ipotesi il giudice, prima deferisce loro il giuramento,

³⁰² Mentre la donna ha diritto di esercitare il *ḥiyār al-'ayb* per vizi del marito, sia anteriori che posteriori al matrimonio, questi può esercitarlo solo per i vizi della moglie che siano anteriori al matrimonio. Questa differente disciplina trova la sua spiegazione nel fatto che il marito ha a sua disposizione lo strumento del ripudio per sciogliere il vincolo matrimoniale.

³⁰³ Il caso dell'impotenza è disciplinato in modo speciale: se questa è anteriore al matrimonio, il giudice concede un anno al marito per curarsi, trascorso il quale il giudice dichiara nullo il matrimonio; se invece l'impotenza è insorta dopo il matrimonio, essa non è motivo di risoluzione, perché si considera come un caso di forza maggiore, di cui la moglie deve farsi carico.

³⁰⁴ David Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I, cit., p. 282.

quindi se le affermazioni sono inconciliabili o in caso di rifiuto, dichiara che il contratto è venuto meno. Inoltre, il giudice provvede a risolvere il contratto quando sia dimostrato l'abuso dell'autorità maritale, o che il marito abbia costretto la moglie a prostituirsi o comunque a compiere altri fatti contrari alla morale. Poi quando ricorrono dissensi insuperabili tra i coniugi che rendono difficile la convivenza; prima però il giudice sarà tenuto ad ordinare l'esperimento di conciliazione previsto dal Corano; saranno quindi degli arbitri a decidere e il loro verdetto dovrà necessariamente essere omologato dal giudice che aveva ordinato il tentativo di conciliazione.

Infine per i *malikiti*, ma anche per gli *hambaliti*, la donna può chiedere al giudice di essere liberata dal vincolo coniugale qualora il marito sia scomparso³⁰⁵.

A conclusione del paragrafo non resta che soffermarsi ad analizzare quelli che sono gli effetti patrimoniali dello scioglimento del matrimonio nell'ambito del *fiqh*, che come si vedrà nel proseguo del lavoro, i legislatori moderni hanno cercato per quanto possibile di sviluppare nel senso di rafforzarli a favore della donna. I diritti patrimoniali di questa dopo lo scioglimento dell'unione coniugale sono infatti sulla base del Corano molto limitati, comprendendo nella migliore delle ipotesi il mantenimento e l'alloggio per il periodo del ritiro legale. Il più volte citato giurista *malikita* al-Qayrawānī, sempre nella *Risala*, afferma che “tutte le donne che sono state divorziate per via di ripudio dopo la consumazione del matrimonio hanno diritto all'alloggio, ma non al mantenimento, a meno che non siano state divorziate pronunciando la formula del ripudio per meno di tre volte, o non siano incinte; la donna incinta che venga divorziata ha infatti diritto al mantenimento, e questo che la formula del ripudio sia stata pronunciata una o tre volte. La donna che ha divorziato versando una somma al marito, nel divorzio detto *ḥul'*, non ha diritto al mantenimento, a meno che non sia incinta. La donna contro cui è stato pronunciato il *li'ān* non ha diritto al mantenimento, neppure se incinta. Una donna che stia rispettando il periodo di ritiro legale per la morte del marito non ha diritto al mantenimento, ma ha diritto all'alloggio, se questo era di proprietà del morto, o se questi ne aveva pagato il canone”.

³⁰⁵ Sempre nel testo di al-Qayrawānī, la *Risāla*, si legge: “A chi è scomparso, è concesso un termine di quattro anni a partire dal giorno in cui la moglie ne segnala la scomparsa; allo scadere di tale termine si cessa di cercarlo, e la donna comincia a contare il tempo del ritiro legale, come in caso di morte del marito. Trascorso anche il tempo della *'idda*, la donna se vuole può risposarsi. Non si può però attingere

3. L'influsso della modernizzazione sulla disciplina del matrimonio nei Paesi islamici

Le regole che disciplinano il matrimonio hanno da sempre rappresentato per i musulmani il cuore del diritto *sciaraitico* e come tale ritenute intangibili. In realtà in quasi tutti i Paesi musulmani, anche questa parte del diritto ha subito l'influsso dell'acculturazione giuridica, ma a differenza degli altri settori, quest'ultima ha prodotto i suoi effetti con un certo ritardo temporale e con una efficacia non altrettanto vigorosa.

Per quanto riguarda il ritardo, le spiegazioni che vengono fornite dalla dottrina si basano sulla constatazione che le potenze straniere operanti in questi Stati, non avendo particolare interesse a modernizzare il diritto di famiglia non hanno svolto su di esso un'attività altrettanto stimolante come quella effettuata sulle altre materie. Quindi la trasformazione di questa branca del diritto si ebbe solo diverso tempo dopo lo sviluppo economico e sociale conseguito alla laicizzazione del diritto civile e commerciale.

Va precisato che l'espressione "diritto di famiglia" non si rinviene nei testi giuridici classici, e, nelle contemporanee legislazioni per indicarlo si fa ricorso al c.d. "statuto personale" che comprende anche il diritto matrimoniale e quello successorio; esso costituisce, come si vedrà, un corpo legislativo separato rispetto ai codici e alle leggi che disciplinano la restante materia civilistica.

Per quanto concerne invece la più limitata efficacia delle trasformazioni intervenute nella disciplina del matrimonio, nonché più in generale nel diritto di famiglia, sempre all'interno dei diritti dei Paesi islamici, questa può essere spiegata proprio tenendo conto del fatto che le norme che regolano il matrimonio e i rapporti familiari trovano la loro fonte diretta nella rivelazione coranica, pertanto, con estrema difficoltà si è potuto procedere alle modificazioni, alle riformulazioni, delle regole tradizionali. Va inoltre tenuto presente che anche dopo questi interventi, che ora si analizzeranno nello specifico, l'impianto di fondo del settore giuridico in questione, si presenta piuttosto differente dal corrispondente settore del diritto occidentale perché il sistema giuridico-culturale islamico è, come già visto, caratterizzato da proprie concezioni, che si

all'eredità dello scomparso sino a quando non è passato un periodo di tempo pari a quello oltre il quale si può ragionevolmente supporre che una persona come lui non possa più essere in vita".

riflettono soprattutto nei rapporti tra uomo e donna e quindi in quelli intercorrenti tra i membri della famiglia.

Quanto sin ora detto, permette di cogliere la particolare prospettiva in cui è opportuno collocarsi per comprendere la differenza esistente tra la disciplina del matrimonio secondo il diritto basato sul Corano e quella che invece è presente nell'ambito delle «varianti statali» del diritto musulmano; ci si intende riferire ai testi legislativi dei differenti Paesi di religione islamica che “esprimono la molteplicità delle interpretazioni che le diverse società musulmane hanno elaborato a partire da un comune patrimonio religioso e giuridico tradizionale”³⁰⁶. I diversi legislatori si sono serviti e si servono tuttora del codice “come strumento di ingegneria sociale, idoneo a favorire gli sviluppi della struttura familiare considerati desiderabili ma ancora irrealizzati”³⁰⁷; poiché fondamento di questa struttura è ovviamente il matrimonio è su questo che, per quanto possibile, si deve intervenire, come in parte già è stato fatto, se si desidera veramente incidere su di essa.

Se l'acculturazione giuridica ebbe inizio a metà dell'ottocento e si espresse con la recezione di concezioni giuridiche occidentali attraverso un'attività codificatoria sviluppatasi soprattutto nel settore civilistico-commerciale, che diede origine a diversi modelli circolanti poi nei vari Paesi islamici, questo fenomeno giuridico interessò il diritto di famiglia, ben oltre mezzo secolo dopo rispetto ai settori suddetti. Il primo provvedimento di riforma del diritto matrimoniale in particolare, fu infatti un decreto imperiale ottomano del 1915. Il codice di commercio terrestre ottomano risaliva al 1850, al 1863 quello marittimo, mentre la *Mağalla*, cioè la raccolta di norme in materia di obbligazioni e contratti secondo il rito *hanafita*, aveva visto la luce tra il 1869 e il 1876³⁰⁸. Queste tre componenti della codificazione ottomana erano nate dall'esigenza di conciliare le tendenze riformistiche e conservatrici che si erano manifestate all'interno dell'impero. Gli ambienti conservatori erano riusciti quindi a preservare completamente il diritto di famiglia dalla modernizzazione fino al 1915, anno in cui si dispose che le donne potessero chiedere lo scioglimento giudiziale del matrimonio in caso di assenza o di presunzione di morte del marito a causa della

³⁰⁶ Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord Africa*, in *Dossier Mondo islamico. Maghreb, Mashreq, Asia occidentale, centrale e meridionale, sud-est asiatico*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1997, p. XIII.

³⁰⁷ Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *Relazioni familiari nella società islamica*, in *Il matrimonio tra cattolici e islamici*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2002, p. 159.

³⁰⁸ Si veda Francesco Castro, *La codificazione del diritto privato negli Stati arabi contemporanei. Appunti sulla circolazione dei modelli normativi*, cit., p. 395 e ss.

guerra³⁰⁹; in queste ipotesi, trascorsi rispettivamente quattro anni dalla scomparsa e un anno dal rientro degli altri combattenti esse potevano nuovamente sposarsi. Tale disposizione rappresentava una rottura con il *fiqh hanafita* sino ad allora applicato nell'impero, perché quest'ultimo prevedeva che la moglie potesse ritenersi libera solo dopo aver atteso che tutti gli uomini della generazione del marito fossero morti.

Con altre disposizioni si disciplinò il divorzio in modo più preciso, assieme al matrimonio, andando tutte a confluire poi in quella legge di famiglia che venne recepita nelle provincie arabe dell'impero³¹⁰, dove rimase in vigore anche dopo la sua abolizione in Turchia: qui infatti essa venne meno già qualche anno dopo la sua emanazione, perché il regime laico instauratosi con la salita al potere di Atatürk inserì la materia matrimoniale all'interno del codice civile di ispirazione svizzera.

La regolamentazione ottomana della famiglia del 1917 aprì dunque la via alla codificazione anche in questa materia, tuttavia fu solo a partire dagli anni cinquanta del secolo in questione che nei Paesi arabi s'intensificò questa attività legislativa.

Ad essa si affiancò anche l'abolizione delle giurisdizioni confessionali; questa volta l'esempio fu fornito dall'Egitto dove, sempre a metà del ventesimo secolo, si abolirono i tribunali religiosi attraverso l'assorbimento dei giudici *sciaraitici* nell'organico dei tribunali statali.

In Egitto però l'idea di una codificazione organica del diritto *sciaritico* di famiglia non riuscì ad imporsi: la Legge sacra restò nel suo insieme pienamente vigente³¹¹. I frammentari interventi normativi del 1920, 1929 e 1985 si limitarono a fissare alcune regole in materia di mantenimento, di ritiro legale, di poligamia, ma non scalfirono più di tanto il diritto musulmano che quindi nel campo dello statuto personale continuò a costituire il diritto nazionale, come del resto ancora oggi³¹².

Nonostante l'opera di grandi personaggi del movimento modernista egiziano sostenitori dell'esigenza di un rinnovamento della religione islamica che passasse attraverso l'abbandono dell'anacronistico istituto della poligamia, si decise di far restare l'ordinamento giuridico egiziano, legato in maniera forte alla tradizione musulmana e pertanto non solo non si vietò il matrimonio poligamico, ma al suo

³⁰⁹ Come noto l'impero ottomano partecipò alla prima guerra mondiale al fianco delle potenze centrali.

³¹⁰ Fece eccezione però l'Iraq perché l'occupazione inglese ne impedì l'entrata in vigore.

³¹¹ Oltre che in Egitto anche in Sudan è possibile registrare la medesima tendenza.

³¹² Va comunque rilevato che sono individuabili alcuni punti di contatto tra la legge della famiglia ottomana e la legge egiziana del 1920 n° 25. L'Egitto aveva formalmente fatto parte dell'impero ottomano fino al 1914, pertanto la legge ottomana del 1917 non l'aveva riguardato se non appunto come parziale modello.

interno, il diritto musulmano inerente la materia che si sta considerando continua a risultare applicabile non soltanto ai rapporti misti tra un musulmano e non musulmano, ma anche a quelli tra non musulmani appartenenti a diverse comunità; “costituisce inoltre la legge applicabile ai rapporti tra un cittadino egiziano e uno straniero, nell’ipotesi in cui i due soggetti, entrambe non musulmani appartengano a religioni o riti diversi”³¹³.

Va ricordato che lo straniero musulmano non è considerato del tutto straniero dal giudice arabo, e quindi può accadere che venga ad esso applicato il diritto nazionale del giudice invece di quello proprio, come imporrebbero le norme di conflitto per la materia dei rapporti di famiglia. Così se il giudice ritiene che le riforme alla *Sharf'a* operate dal legislatore del soggetto straniero su cui deve decidere abbiano prodotto disposizioni incompatibili con l’ordine pubblico³¹⁴ del proprio Stato, non le applicherà; in tema di poligamia per esempio, il giudice egiziano non applicherà nel suo territorio al musulmano tunisino la proibizione prevista in Tunisia, perché questa innovazione è considerata come lesiva di un diritto fondamentale del musulmano.

Ancora, in Egitto, non si è vietato neppure il ripudio; si è però stabilito che una volta pronunciato nelle forme tradizionali dall’uomo, deve essere messo per iscritto da un notaio, il quale provvederà poi a notificarne copia alla moglie.

Quindi si può affermare che la legislazione statale egiziana con riferimento al diritto di famiglia risulta essere estremamente tradizionalista, molto meno invece negli altri settori del diritto dove è forte la recezione dei modelli stranieri, in modo particolare francese.

Ad oggi solo la Tunisia è giunta a vietare la poligamia³¹⁵ e ciò è stato possibile perché il legislatore ha vietato anche il ripudio. All’analisi della disciplina del matrimonio tunisino, e marocchino, sarà dedicato un intero capitolo, per ora, con riferimento a questi, è opportuno esprimere delle considerazioni di carattere generale iniziando dal raffronto con l’ordinamento egiziano e con quello di altri tre Stati, Siria, Libia e Algeria, al fine di mettere in luce le diverse forme di operatività della laicizzazione del diritto nella particolare materia oggetto di studio.

³¹³ Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, in *Dossier Mondo Islamico*, cit. p. 15.

³¹⁴ Sulla questione del rispetto dell’ordine pubblico interno, ma anche internazionale, si rimanda all’ultimo capitolo dove essa viene affrontata in modo approfondito anche con riferimento a specifici casi.

³¹⁵ Il matrimonio contratto in violazione di tale divieto è da considerarsi nullo.

Si potranno quindi distinguere i differenti interventi riformatori: quelli più rispettosi della *Sharī'a* e quelli invece meno moderati, e cioè più aperti alle innovazioni basate sui modelli occidentali.

L'attività di comparazione è stata limitata a questi sei Paesi perché si sono distinti rispetto alla molteplicità degli Stati islamici non solo in considerazione del fatto che alcuni di essi (Siria, Tunisia e Marocco) hanno posto in essere per primi la codificazione della materia, tanto da assurgere a modello per molti di quelli che invece dopo il raggiungimento dell'indipendenza erano inizialmente rimasti legati alla disciplina del *fiqh* musulmano, ma anche perché nell'elaborare le proprie regolamentazioni (anche se non necessariamente sotto forma di statuto personale, ci si riferisce all'Egitto) ognuno di questi si è distinto per delle proprie peculiarità. E' proprio da queste che bisogna partire per rendersi conto di come l'atteggiamento adottato dai singoli legislatori statali nel codificare il diritto tradizionale sia estremamente diversificato.

Ripartendo allora dall'ordinamento egiziano e ponendolo a confronto con quello tunisino si può notare che gli interventi del legislatore egiziano rispetto a quello del secondo sono stati tali da non rappresentare un *vulnus* alla tradizione giuridica musulmana; e infatti, mentre nel primo ordinamento si registra la continuità della vigenza formale della *Sharī'a*, nel secondo si registra invece un laicismo radicale che ha condotto, in particolare, come già detto, all'abolizione della poligamia e del ripudio. In Egitto quindi si sono apportate delle modificazioni alle singole regole senza intaccare i capisaldi della concezione musulmana del matrimonio e della famiglia in generale. Ciò emerge anche se si prende in considerazione il diverso atteggiarsi dei due ordinamenti di fronte alla questione dei matrimoni precoci: lo statuto tunisino non li prevede, la legge egiziana li ritiene teoricamente possibili; in concreto però non li rende tali perché non ne permette la conoscibilità ai giudici³¹⁶. Come s'intuisce, questo modo di operare del riformatore gli ha permesso proprio di non interferire con la validità teorica delle norme tradizionali, perché si è limitato ad impedirne l'applicazione.

³¹⁶ Ciò che accade in concreto è questo: il giudice non può essere adito se le richieste che s'intendono sottoporre al suo giudizio non sono accompagnate dalla produzione del certificato di matrimonio. Quest'ultimo non può essere rilasciato a quei soggetti che siano minori rispettivamente di sedici anni per la donna e di diciotto per l'uomo, anche se il matrimonio tra essi contratto è considerato valido, e pertanto non possono essere fatti valere innanzi l'autorità giudiziaria diritti inerenti l'istituto.

Il fenomeno dei matrimoni precoci ha rappresentato uno dei grandi temi di riforma unitamente al ridimensionamento del ruolo svolto dal *walī an-nikāḥ* nella conclusione del contratto matrimoniale. Per poter operare in quest'ultimo senso i vari legislatori hanno richiamato quanto in passato affermato in materia da alcuni grandi giuristi : l'attribuzione al *walī* di decidere e concludere il matrimonio per il soggetto sottoposto alla *wilāya* doveva essere finalizzato esclusivamente al soddisfacimento dell'esigenza di questo, pertanto il suo potere si comprendeva come sussistente solo con riferimento all'incapace, non certo all'impubere.

Come si vedrà più approfonditamente in seguito, in caso di minori, in Tunisia l'assenso del *walī* è richiesto sia per il ragazzo che per la ragazza, in Marocco invece solo per la ragazza. "L'Algeria adotta invece la tradizionale soluzione *malikita* per cui il consenso del *walī* al matrimonio della ragazza è richiesto indipendentemente dall'età, fino a che essa è vergine. In Libia, invece, come nei codici orientali, l'assenso del *walī* sembra concorrere con quella del giudice. Esso è però richiesto tanto per il maschio che per la femmina"³¹⁷.

Con riferimento alla Siria si può affermare che il suo codice dello statuto personale ha accolto le più audaci innovazioni introdotte dalle riforme ottomane ma a sua volta ne ha introdotte alcune di grande interesse³¹⁸. Nonostante ciò però essa si colloca in una posizione intermedia rispetto a quella che vede la Tunisia e l'Egitto come gli estremi, perché se sotto certi aspetti appare aperta alla modernità, e anzi addirittura precede la Tunisia visto che il suo statuto personale è stato elaborato ben tre anni prima (nel 1953) di quello tunisino, sotto altri aspetti riprende alcune scelte operate in Egitto. Così si è fissata una età minima per l'idoneità a contrarre matrimonio; poi, addirittura, si è attribuita all'autorità giudiziaria la facoltà di non autorizzarlo in caso di eccessiva differenza di età tra i nubendi, ma in tema di ripudio invece, si è rimasti ancorati alla tradizione musulmana perché lo si è mantenuto, anche se si è proceduto ad un restringimento della sua efficacia; in tutti i casi in cui esso viene pronunciato in assenza di una chiara intenzione non viene preso in considerazione, mentre viene dichiarato nullo quello espresso dal marito che si trovi in stato di ebbrezza o di costrizione; inoltre per limitarne l'esercizio è stata stabilita l'obbligatorietà di un ingente risarcimento a favore della moglie. Anche per quanto

³¹⁷ Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi. Codificazione e riforme*, in *Rivista Diritto Civile*, 1988, p. 606.

riguarda la poligamia la tradizione musulmana permane, perché l'istituto continua ad essere presente all'interno dell'ordinamento giuridico siriano; è stata però stabilita l'autorizzazione del giudice alle seconde nozze dell'uomo coniugato, che può da questi anche essere negata qualora il richiedente non sia nelle condizioni economiche tali da assicurare il contemporaneo mantenimento delle due donne, oppure qualora non vi sia per il successivo matrimonio una giustificazione legale, come per esempio una grave malattia della prima moglie.

Numerose sono poi le disposizioni che disciplinano gli adempimenti amministrativi del matrimonio; in questo si ravvisa invece un ulteriore elemento di novità rispetto al diritto musulmano, che come si ricorderà non conosce una forma scritta e solenne per la sua celebrazione.

Non resta ora che considerare il Marocco, l'Algeria e la Libia. L'analisi delle loro rispettive regolamentazioni del matrimonio fornirà ulteriori elementi per una più chiara comprensione dei differenti metodi di riforma adottati dagli Stati musulmani.

Il Marocco elaborò il suo codice dello statuto personale tra il 1957 e il 1958. “Già nel titolo *Mudawwana*, che significa “raccolta”, il legislatore marocchino manifesta il proprio programma di fedeltà al diritto di scuola *malikita* seguito nel suo Paese”³¹⁹. La citata *Mudawwana* è stata recentemente, nel 2004, oggetto di revisione; uno dei punti sui quali si è intervenuti riguarda la poligamia: sono state introdotte delle disposizioni che la scoraggiano fortemente³²⁰; ma rimandano lo studio specifico di queste disposizioni al capitolo appositamente dedicatogli, in questa sede si desidera focalizzare l'attenzione sulla accennata caratteristica del codice, che a sua volta esprime un *modus operandi* del legislatore: il rinvio «all'opinione prevalente o dominante, ovvero alla pratica giudiziaria, della scuola di Mâlik» al fine di colmare le eventuali lacune della legge. Anche in ciò si estrinseca l'attaccamento al *fiqh* musulmano e quindi non solo nel mantenimento di istituti come la poligamia e il ripudio, benché poi s'introducano alcuni correttivi al loro libero esercizio³²¹.

Attraverso l'articolo 400 che consente il richiamo al *fiqh*, si fa riemergere quest'ultimo in tutti quei casi in cui il legislatore nel codificare la *Shari'ah* ha ritenuto rispondente

³¹⁸ Per esempio si disciplinano tutta una serie di adempimenti amministrativi necessari per contrarre matrimonio.

³¹⁹ Roberta aluffi Beck-Peccoz, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, cit. p. 30.

³²⁰ Cfr. F. Laroche-Gisserot, *Le Nouveau code marocain de la famille: innovation o archaïsme?*, in *Revue de droit international et de droit comparé*, 2005/4, pp. 335-355.

³²¹ Per il ripudio ad esempio è richiesta, come si vedrà più avanti, l'autorizzazione del tribunale.

agli interessi generali omettere quella data disposizione anacronistica, ma che, anche se non citata, continua a mantenere la sua vigenza.

L'Algeria è stato l'ultimo Paese del *Maghreb* a dotarsi di un codice dello statuto personale: esso venne emanato nel 1984. Il ritardo va attribuito al lungo lavoro necessario per la costruzione dell'identità nazionale, sintesi di islamicità e ideologia socialista. Questa riflette le soluzioni di compromesso che caratterizzano anche la legge della famiglia.

Anche qui è previsto un rinvio alle regole *sciaraitiche* in caso di lacune della legge. La capacità matrimoniale è fissata a diciotto anni per la donna e a ventuno per l'uomo. La poligamia è ammessa ma è altresì concesso che le mogli possano chiedere il divorzio se contrarie al matrimonio poligamico. Il divorzio è consentito anche per altre cause come per esempio qualora fra i coniugi insorga un contrasto insanabile. Il ripudio non è un atto stragiudiziario in quanto deve essere stabilito con sentenza.

Va ricordato che fino all'indipendenza in questo Paese erano in vigore quattro statuti personali diversi: quello di rito *malikita* per la stragrande maggioranza dei musulmani algerini; il codice civile francese per gli europei domiciliati in Algeria; il diritto *ibadita* per la setta musulmana dei *Kharigiti* nel territorio di *Mzab*; il diritto consuetudinario dei berberi nella grande *Kabilia*³²².

Per quanto riguarda infine la Libia va detto che in questo Paese il diritto musulmano è rimasto per lungo tempo l'unica fonte regolatrice della materia in esame. Già subito dopo l'avvento al potere del colonnello Muhammad Gheddafi vi erano stati alcuni interventi legislativi in materia di capacità matrimoniale, divorzio per maltrattamenti e ripudio dietro corrispettivo, ma fu necessario attendere anche qui il 1984 perché vedesse la luce un testo unitario che si presenta però "breve, laconico e talvolta di difficile interpretazione; conserva istituti desueti come il ripudio per giuramento d'astinenza e per *zihār*"; va tuttavia notato che l'ostentata fedeltà alla tradizione non impedisce al legislatore libico di suggerire la diminuzione del numero massimo di mogli da quattro a due"³²³. In caso di lacuna del testo si giudica secondo i principi della *Sharī'a*.

Secondo quanto evidenziato, emerge che i principali settori in cui si è concentrato lo sforzo di modernizzazione del matrimonio e degli istituti ad esso connessi sono stati, oltre a quello della sua conclusione al fine di limitarne i precoci,

³²² Cfr. Joseph Prader, *Il matrimonio nel mondo: celebrazione, nullità e scioglimento del vincolo*, cit., p. 55.

³²³ Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, cit. p. 33.

quello del suo scioglimento per raggiungere una maggiore equiparazione tra i sessi in considerazione della presenza nel diritto musulmano del ripudio, esercitabile, come noto, solo dal marito; in questa direzione si è cercato quindi, da un lato di restringere l'operatività del ripudio e dall'altro di ampliare l'elenco delle cause per le quali domandare il divorzio giudiziario. Ma anche la pratica della poligamia non è rimasta indenne da considerazioni e conseguenti provvedimenti, infatti, sebbene eliminata solo dall'ordinamento tunisino, negli ordinamenti degli altri Stati è stata limitata o sottoposta a controllo.

Ci si deve innanzitutto ricordare del fatto che il *fiqh* aveva sviluppato alcuni correttivi per superare la condizione di inferiorità della donna rispetto al marito nello sciogliere il vincolo matrimoniale. Così si era ammesso il ripudio pronunciato dietro corrispettivo, o scaturente dall'accordo dei coniugi, nonché la possibilità che al momento della conclusione del contratto il marito potesse concedere alla moglie un mandato irrevocabile a pronunciare in qualsiasi momento l'autoripudio. Ebbene, quasi tutti i legislatori statali hanno mantenuto queste modalità di scioglimento del matrimonio e nello stesso tempo hanno legittimato anche l'uomo a ricorrere al divorzio, diversamente da quanto accadeva sotto la vigenza del diritto musulmano che accordava questa via di scioglimento solo alla donna proprio perché il marito aveva a disposizione lo strumento del ripudio.

Inoltre si è quasi in ogni Paese ammesso che la moglie possa chiedere il divorzio a causa della mancata corresponsione del mantenimento o per l'assenza del marito che le cagioni un danno. Anche i vizi fisici e le malattie possono fondare la domanda di divorzio, così come i maltrattamenti o la discordia. Un nuovo matrimonio del marito legittima egualmente la moglie a richiedere divorzio. Quest'ultima causa ci offre la possibilità di fare qualche considerazione anche in merito alla poligamia. Quest'istituto è stato dai legislatori contenuto attraverso diversi meccanismi. Per esempio in Egitto è possibile inserire nel contratto la clausola di monogamia, che se disattesa, giustifica, come detto, il divorzio giudiziale; ma anche se tale clausola non fosse inserita, lo stesso, la moglie potrebbe legittimamente avanzare la richiesta di divorzio; legittimata è pure la seconda moglie qualora le fosse stato nascosto il precedente vincolo del marito.

In Siria e in Libia invece per limitare la poligamia si è previsto un intervento del giudice il quale dovrebbe verificare se l'uomo sia o meno in condizioni di garantire la serena convivenza.

La tendenza a contenere il fenomeno della poligamia si accompagna necessariamente a un restringimento del potere del marito di ripudiare la moglie. A tal fine i riformatori si sono preoccupati di regolare l'istituto innanzitutto prevedendone l'obbligatoria registrazione (in Egitto e Marocco) o un intervento del giudice con diversa funzione a seconda degli ordinamenti: per esperire il tentativo di conciliazione (in Siria e in Algeria), per effettuare un controllo sui motivi che ne sono alla base (quasi ovunque), per stabilirlo con sentenza (in Libia).

In Egitto inizialmente e negli altri ordinamenti poi, si è vietato il triplice ripudio.

CAPITOLO III

IL MATRIMONIO CANONICO

- 1.Considerazioni generali 2.La formazione del legame matrimoniale
3.Effetti del matrimonio 4.Lo scioglimento del matrimonio*

1.Considerazioni generali

Riprendendo quanto espresso nel capitolo precedente a proposito del matrimonio nel diritto della Chiesa, prima di procedere nell'analisi specifica del matrimonio-sacramento che, come si vedrà tra poco non è l'equivalente *tout cour* del matrimonio canonico, è opportuno mettere in evidenza, seppur sempre per grandi linee, quelle che sono state le "tappe" fondamentali che hanno condotto all'elaborazione della struttura teologica del sacramento e quindi all'attuale sua coscienza. Occorre cioè comprendere innanzitutto come e quando sia nata la concezione del matrimonio come sacramento per poi proseguire nell'esame della sua regolamentazione giuridica; per far ciò è necessario appunto ripartire dall'*excursus* storico dell'istituto.

Se, come visto, nei prime tre secoli di vita della Chiesa i cristiani continuarono a celebrare il loro matrimonio con modalità locali, cioè secondo quelli che erano gli usi e le regole di diritto dei popoli cui appartenevano, se l'inizio vero e proprio del processo legislativo in materia cominciò nel IV secolo, se, ancora, nei secoli successivi, l'attenzione degli studiosi, teologi e giuristi, fu concentrata su aspetti del matrimonio diversi dalla sua natura sacramentale, bisognerà attendere il XII secolo per individuare l'emergere di questa concezione. "Pietro Lombardo fu probabilmente, secondo molti studiosi, il primo a formulare la teoria dei sette sacramenti includendovi anche il matrimonio e ritenendolo portatore di una specifica grazia santificante come gli altri sacramenti"³²⁴.

Il matrimonio venne e viene tuttora ritenuto sacramento, perché contiene il mistero della relazione di Cristo con la Chiesa e ne rappresenta quindi il simbolo. Questa idea

³²⁴ Angelo D'Auria, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, Roma, Lateran University Press, 2003, p. 13.

si affermò piuttosto rapidamente ma quattro secoli dopo venne contestata dalla Riforma protestante. Per questa dottrina il matrimonio è una istituzione umana, perché esistente già prima della venuta di Gesù, e come tale rientrante nella sfera d'influenza del potere secolare. La reazione della Chiesa di fronte a una simile posizione emerse con forza nel Concilio di Trento che rappresentò un altro punto di svolta nella concezione e regolamentazione dell'istituto in questione: mediante il Decreto *Tametsi* infatti, il Concilio non solo controbatté alla teoria riformatrice ribadendo la sacramentalità del matrimonio, segno della grazia di Dio, ma introdusse anche una novità nel suo impianto teologico perché impose una forma canonica per tutti i matrimoni e precisamente la presenza del parroco che attribuiva validità alla celebrazione³²⁵.

Si è già detto³²⁶ delle riflessioni di Melchior Cano in tema di rapporto tra sacramento e contratto, e della strumentalizzazione su queste operata dal movimento regalista francese per affermare la piena giurisdizione dello Stato sui matrimoni, che aprì, a sua volta, la via, seppure in tempi diversi nei vari Stati, all'istituzione del matrimonio civile obbligatorio; ora si deve evidenziare come dopo l'affermazione nel XVIII e XIX secolo della inseparabilità tra i concetti di contratto e sacramento nel matrimonio dei cristiani, la dottrina che sostenne ciò venne recepita anche nella codificazione del 1917³²⁷ ed in quella del 1983. Per la Chiesa questa inseparabilità, nel matrimonio dei battezzati, rappresenta l'unione tra l'ordine della creazione e quello della redenzione, pertanto l'identità tra contratto e sacramento non può essere messa in discussione. Le esperienze codicistiche rappresentano altri due importanti "passaggi" nell'evoluzione della concezione e conseguente disciplina del matrimonio, così come fondamentale fu pure il Concilio Vaticano II (1962-1965) che comportò un rinnovamento della Chiesa anche in tema, appunto, di concezione del matrimonio e della sua presentazione all'uomo contemporaneo. La Costituzione Pastorale *Gaudium et Spes* che vide la luce in quel periodo, sollecitò una visione personalista del matrimonio per controbilanciare l'impostazione eccessivamente contrattuale data all'istituto dalla regolamentazione del 1917. Il codice successivo del 1983 ha recepito molte idee espresse nella Costituzione in questione regolando tutto ciò che riguarda la celebrazione nonché le situazioni di

³²⁵ Si veda a tal proposito Gabriella Zarri, *Il matrimonio tridentino*, in *Il Concilio di Trento e il moderno*, cit., p. 437 e ss.

³²⁶ Si veda p. 71.

³²⁷ Sul punto si veda anche quanto sostenuto da Carlo Arturo Jemolo nel suo testo intitolato *Il matrimonio nel diritto canonico dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Bologna, Il Mulino, 1993.

conflitto che possono sorgere in un matrimonio già celebrato. Questo codice dunque propone una visione dell'istituto più teologica, con una valorizzazione quindi della dimensione interpersonale del patto che si instaura tra i due individui.

Prima di proseguire nell'esposizione della tematica in esame, ritengo opportuno esporre una considerazione a proposito della categoria giuridica utilizzata dal diritto canonico matrimoniale per qualificare il matrimonio stesso, e cioè quella di contratto; va rilevato come i teologi e i giuristi della Chiesa abbiano da sempre fatto riferimento alla figura del contratto per classificare il matrimonio; in realtà sarebbe più corretto parlare di atto giuridico. Pur essendo esso solenne, non è comunque un contratto, in considerazione del fatto che rappresenta una fattispecie dalla quale derivano rapporti non disciplinati tutti dalla volontà di coloro che la pongono in essere: i nubendi. Se tali soggetti infatti, attraverso un atto volontario libero decidono di addivenire ad un *consortium omnis vitae*, non possono poi decidere i numerosi aspetti che caratterizzano la fattispecie, giacché questi sono rimessi alla disciplina giuridica data dal legislatore canonico.

Gli sposi non hanno dunque il potere di determinare il contenuto del rapporto matrimoniale, quindi ciò che loro pongono in essere attraverso l'atto volontario esprime il consenso matrimoniale, è un atto giuridico in cui, diversamente dal contratto, gli effetti prodotti dal comportamento tenuto sono sempre fissati dalla legge. Più precisamente può dirsi che l'esercizio del diritto di porre in essere l'atto consensuale è regolato dalla legge, la quale stabilisce i modi e i requisiti abilitanti la persona ad esercitarlo e ad ottenere gli effetti giuridici che s'intendono conseguire e che l'ordinamento riconosce.

Sempre in via preliminare, prima di iniziare ad esaminare nello specifico il matrimonio canonico, è opportuno specificare il senso dell'aggettivo "canonico". Esso indica il diritto matrimoniale disciplinato sia nel *Codex Iuris Canonici* che nel *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*; restringendo l'attenzione al *C.I.C.* va chiarito che il legislatore nel descrivere la realtà del matrimonio evidenzia immediatamente che non ogni matrimonio canonico, cioè da esso regolamentato attraverso i vari canoni, è un matrimonio-sacramento: quest'ultimo è solo quello celebrato tra due battezzati. Questi non sono solo quelli cattolici ma anche quelli acattolici a patto però che il loro battesimo possa considerarsi valido secondo le regole della Chiesa cattolica.

Da notare, infine, che “quando il *C.I.C.* del 1983 vuole riferirsi al matrimonio tra due persone battezzate, lo indica non solo con il termine specifico *sacramentum*, ma anche con i termini *ratum* (canoni 1061§1 e 1141) e *christianum* (canoni 1056 e 1134)”³²⁸.

Il diritto canonico disciplina anche il matrimonio tra i non battezzati. Esso è regolamentato sulla base delle norme di diritto naturale, di quelle dettate dal legislatore statale e di quelle consuetudinarie proprie della società in cui la vicenda si svolge. “In tal modo l’ordinamento canonico riconosce come «matrimonio legittimo» il matrimonio celebrato fra i non battezzati, che sia conforme alle norme del diritto naturale o alle norme del diritto civile che non si discostino da questo”³²⁹.

Detto ciò, si può iniziare l’analisi specifica dell’istituto partendo dal canone 1055³³⁰ del vigente codice che rappresenta naturalmente la conclusione dell’itinerario storico dello sviluppo legislativo e dottrinale della realtà che si sta considerando; esso pur non offrendo, per esigenze di metodo giuridico, una definizione diretta di matrimonio, dichiara quelli che sono gli elementi essenziali costituenti l’alleanza matrimoniale e le sue finalità. Con riferimento a quest’ultime va precisato che di per sé il testo del canone non utilizza il termine *fines*, che in realtà è pressoché sconosciuto all’intero diritto matrimoniale canonico se si eccettua il canone 1125 terzo comma nell’ambito del quale è utilizzato con riguardo ai matrimoni misti.

Trattando dei *fines* del matrimonio il pensiero va immediatamente a Sant’ Agostino, il quale esplicitò una gerarchia di questi mediante la formulazione del c.d. *bonum tripartitum: in proles, fides et sacramentum*³³¹. Tale dottrina espresse le ragioni di bontà del matrimonio, tuttavia l’insegnamento di questo padre della Chiesa non va inteso nel senso di “una equiparazione tra i tre beni e i fini intrinseci del matrimonio, né nell’indicazione della prole come fine primario, giacché se è indubbio che per lui la generazione dei figli è non solo un bene, ma anche il fine che risponde totalmente alla

³²⁸ Luigi Sabbarese, *Il matrimonio canonico nell’ordine della natura e della grazia, Commento al Codice di Diritto Canonico Libro IV, parte I, titolo VII*, Città del Vaticano, Urbana University Press, 2006, p. 26.

³²⁹ Francesco Finocchiaro, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 8.

³³⁰ Canone 1055: Il patto matrimoniale con cui l’uomo e la donna stabiliscono tra loro la comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla procreazione e educazione della prole, tra i battezzati è stato elevato da Cristo Signore alla dignità di sacramento.

Pertanto tra i battezzati non può sussistere un valido contratto matrimoniale, che non sia per ciò stesso sacramento.

³³¹ Il *bonum proles* include il fine principale della procreazione e della sua educazione; il *bonum fidei* comporta la fedeltà coniugale; il *bonum sacramenti* si riferisce non solo alla indissolubilità ma anche a tutto ciò che riguarda il matrimonio come rappresentazione dell’unione di Cristo con la Chiesa. La dottrina dei *tria bona* è oggi utilizzata nel diritto processuale per individuare le specifiche cause di nullità per simulazione del consenso.

istituzione divina del matrimonio, non per questo lo ritiene assolutamente necessario per la sua valida costituzione, né tanto meno lo identifica con la sua essenza”³³²; quest’ultima deve essere invece ravvisata nella *societas coniugalis* che implica reciproco sostegno tra i coniugi durante tutta la loro vita.

Nell’epoca successiva a Sant’Agostino l’attenzione circa i fini del matrimonio si rivolse alla *procreatio prolis* e alla *vitatio fornicationis*, ma il Concilio di Trento riprese l’agostiniana *societas coniugalis* indicandola come ragione prima che spinge l’uomo e la donna ad unirsi in matrimonio.

Lo sviluppo dottrinale sui fini del matrimonio confluì nella disposizione del canone 1013 del *C.I.C* del 1917 dalla quale emerse una loro disposizione gerarchica: *finis primarius* e *finis secundarius*; quello primario era rappresentato dalla procreazione ed educazione della prole, quello secondario comprendeva il mutuo aiuto e il rimedio alla concupiscenza.

Giungendo quindi alla formulazione del canone 1055 del vigente Codice, si deve evidenziare innanzitutto come l’essenza del matrimonio viene descritta con espressioni prese, con qualche modifica, dalla sopra ricordata Costituzione *Gauudim et Spes* (48, 1) dove si legge «L’intima comunità di vita e di amore coniugale, fondata dal Creatore e strutturata con leggi proprie, è stabilita dal patto coniugale vale a dire dall’irrevocabile consenso.... Per sua indole naturale, l’istituto stesso del matrimonio e l’amore coniugale sono ordinati alla procreazione ed educazione della prole». «L’intima comunione di vita e di amore coniugale» è stata resa con il’espressione «*consortium vitae*» recepita dalla definizione classica romana del giureconsulto Modestino e accolta dal Digesto di Giustiniano, per non causare false interpretazioni, in dottrina e in giurisprudenza, del consenso matrimoniale; “l’elemento dell’amore non ha un ruolo giuridico essenziale nell’atto costitutivo del matrimonio, salvo che la sua mancanza si presenti fin dall’inizio come un vizio della personalità”³³³.

In secondo luogo va rilevato come nel canone non si procede ad una disposizione gerarchica dei fini ma si provvede invece a riconoscere pari rilevanza giuridica tanto alla procreazione ed educazione dei figli quanto al bene dei coniugi. Il *bonum*

³³² Luigi Sabbarese, *Il matrimonio canonico nell’ordine della natura e della grazia*, cit., p. 56.

³³³ Joseph Prader, *Il matrimonio in Oriente e Occidente*, Roma, Pontificium Institutum Orientalium, 1992, p. 9.

coniugium comprende non solo il mutuo aiuto e il rimedio alla concupiscenza, ma anche la dimensione più propriamente personalistica e spirituale³³⁴.

A proposito dell'amore coniugale è il caso di precisare però che esso rappresenta indubbiamente una forza motrice nel rapporto e come tale è considerato una vocazione proveniente dal Cristo Redentore proprio per alimentare il progetto comune di vita; tuttavia, se viene a mancare, il matrimonio non si può dissolvere; se si ammettesse il contrario si ritornerebbe alla concezione romanistica del matrimonio secondo la quale la sua esistenza dipenderebbe dal perdurare dell'*affectio maritalis*, venuta meno la quale esso cesserebbe.

Sempre dal primo comma del canone che si sta commentando emerge un altro dato importante da porre in evidenza, e precisamente, la presentazione del matrimonio come istituzione naturale; i suoi contenuti risponderebbero cioè ad una inclinazione naturale dell'uomo. Tale dimensione dunque si pone accanto a quella divina. Quest'ultima trova una sua più precisa esplicitazione nel secondo paragrafo del canone dove, come già sopra anticipato, è recepito il principio che tra i battezzati non può esistere matrimonio valido che non sia per ciò stesso sacramento.

Ciò vuol significare che se la decisione di contrarre matrimonio è rimessa alla libera determinazione dei fedeli, questi non possono però "determinare a proprio piacimento il senso e l'efficacia del proprio matrimonio perché questo dipende da Cristo Signore che lo ha elevato a segno efficace di grazia dall'ordine della creazione a quello della Redenzione"³³⁵. Questa costruzione esprime l'identità e quindi l'inseparabilità tra contratto e sacramento. Le principali conseguenze teologico-giuridiche di ciò sono le seguenti: identificazione dei ministri del sacramento e del contratto nella persona dei nubendi; esclusiva competenza della Chiesa sul matrimonio dei battezzati, salva la competenza statale con riferimento agli effetti meramente civili del matrimonio canonico ex canone 1059.

Prima di affrontare nel prossimo paragrafo l'esame della formazione del legame matrimoniale, occorre concludere questo, dedicato all'esposizione di considerazioni generali, trattando delle proprietà essenziali del matrimonio canonico: l'unità e l'indissolubilità; argomenti che saranno poi ripresi quando si tratterà dello scioglimento del vincolo.

³³⁴ Cfr. Ornella Fumagalli Carulli, *La disciplina del matrimonio e il Magistero Conciliare*, in *Il matrimonio canonico in Italia*, Brescia, Queriniana, 1985, p. 213 e s.

³³⁵ Angelo D'Auria, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, cit., p. 31.

L'indissolubilità è un concetto differenziato che ha una applicazione assoluta, come si vedrà, solo con riferimento al matrimonio sacramentale consumato. Il canone che tratta queste proprietà essenziali è il 1057, il quale si compone di due parti: la prima dedicata alla loro indicazione, la seconda dedicata invece alla precisazione che esse acquistano una peculiare stabilità nel matrimonio tra battezzati. In dottrina è stato rilevato che la prima parte del canone si riferisce ad ogni matrimonio, mentre la seconda si rivolge in modo particolare al matrimonio cristiano. Sempre la dottrina si è soffermata ad indagare il concetto di proprietà essenziale, mettendolo a confronto con quello di essenza e di fine, cioè con le altre due importanti realtà che esprimono l'istituto del matrimonio. «Quando si parla di proprietà, si intende richiamarsi ad una realtà che benché, come nel caso del matrimonio, è qualificata come essenziale, tuttavia non ne costituisce l'essenza, benché rimanga ad essa congiunta»³³⁶. Le proprietà sono dunque delle qualità che difettano di autonomia e necessitano dell'essenza che è ciò che identifica una cosa in se stessa distinguendola da ogni altra; connessa all'essenza è poi il fine che può essere inteso come la causa finale di ogni entità finita.

L'essenza del matrimonio è il *foedus* cioè il *consortium vitae* a cui appartengono le proprietà essenziali dell'unità e dell'indissolubilità. L'unità si sostanzia nell'esclusione di ogni forma di poligamia (poliandria e poliginia) così come dell'adulterio. Il suo fondamento è costituito dalla divina volontà rivelata: Gen 2,24³³⁷, Mt. 19,6³³⁸. «Le eccezioni all'unità, quali concessioni di poligamia che appaiono nell'Antico Testamento, furono abolite da Gesù conformemente all'uguaglianza e alla pari dignità tra gli uomini da Lui affermata, mentre i riferimenti nel Nuovo Testamento alla separazione e al divorzio che si possono verificare in determinati casi, si devono intendere invece senza la possibilità di un nuovo matrimonio, secondo la costante interpretazione che la Chiesa ha dato di quei passi biblici»³³⁹.

Per quanto concerne l'indissolubilità del matrimonio e cioè l'impossibilità di sciogliere un vincolo validamente costituito, va rilevato come l'attività dottrinale e giurisprudenziale sia stata particolarmente attiva nel corso dei secoli. Anche riguardo a questa proprietà essenziale il testo biblico di riferimento è rappresentato da Gen 2,24:

³³⁶ Mario Francesco Pompedda, *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo codice canonico*, in *Il matrimonio nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, Padova, Libreria Gregoriana Editrice, 1984, p. 99.

³³⁷ «Per questo l'uomo... si unirà a sua moglie e i due saranno una sola carne».

³³⁸ «Così non sono più due, ma una sola carne; quello dunque che Dio ha unito, l'uomo non lo separi».

³³⁹ Angelo D'Auria, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, cit., p. 35.

il «diventare una sola carne» ne è l'espressione emblematica. Da ricordare, ovviamente, anche la dichiarazione di Gesù sull'indissolubilità del matrimonio monogamico, che è assoluta; è riportata nel Vangelo di Marco ed in quello di Luca: «Chi ripudia sua moglie e ne sposa un'altra, commette adulterio riguardo alla prima» (Mc 10,11) e «Chi sposa una donna ripudiata dal marito, commette adulterio» (Lu 16,18). Due testi analoghi, ma con l'inserimento di una clausola, si rinvengono anche nel Vangelo di Matteo: «Però Io vi dico: chi ripudia la propria moglie, eccetto il caso di fornicazione, e ne sposa un'altra, commette adulterio» (Mt 19,9) e «Ma Io vi dico: chi manda via sua moglie, eccetto il caso di fornicazione, l'espone all'adulterio, e chi sposa la ripudiata, commette pure adulterio» (Mt 5, 32). Sul significato da dare all'inciso «eccetto il caso di fornicazione» la dottrina si è molto interrogata: oggi si ritiene essere stata aggiunta dall'evangelista ed è interpretata nel senso che Matteo intendesse parlare solo di separazione dei coniugi e non di scioglimento del vincolo. Per un'analisi dettagliata dell'attività dottrinale a partire da quella dei padri della Chiesa fino a giungere ai nostri giorni si rimanda al testo del Sabbarese più volte citato³⁴⁰, in questa sede ci si limita ad osservare che nell'ordinamento canonico la proprietà in questione non è un mero obbligo legale ma un obbligo morale valido per ogni matrimonio, anche se la sua fermezza risulta essere poi in concreto graduata a seconda che ci si trovi in determinati casi e nel rispetto di determinate condizioni. L'esame di queste circostanze particolari sarà effettuato nei prossimi paragrafi.

³⁴⁰ Per uno studio approfondito sul tema si ricorda anche l'opera di Elisabetta Casellati Alberti, *Indissolubilità e unità nell'istituto naturale del matrimonio canonico*, Padova, Cedam, 1984.

2. La formazione del legame matrimoniale

Requisiti per la valida costituzione del matrimonio. La forma di celebrazione del matrimonio. La convalidazione del matrimonio.

Requisiti per la valida costituzione del matrimonio

Per la valida costituzione del matrimonio canonico è necessario che concorrano i seguenti requisiti: la capacità giuridica delle parti, sia naturale che canonica; il loro consenso; la manifestazione legittima di quest'ultimo, anch'essa sia naturale che canonica.

Il primo requisito allude alla necessità che le parti siano libere dagli impedimenti matrimoniali indicati dal legislatore ai canoni 1083-1094, oltre a quelli che derivano dalla capacità naturale di esprimere un valido consenso nell'ottica del canone 1095 e all'assenza di quelle circostanze che possono vizziarlo ex canone 1096.

Il secondo requisito, il consenso, descrive l'incontro delle volontà dell'uomo e della donna in merito alla costituzione del *foedus* matrimoniale, e deve essere manifestato legittimamente; benché il canone non riporti gli elementi specifici che indichino quando tale consenso sia valido ed efficace, tuttavia, questi possono essere desunti, a contrario, dall'elencazione di quegli elementi che invece lo rendono nullo. Importantissima è poi l'affermazione della parte conclusiva del primo paragrafo del canone 1057 che si sta commentando, giacché essa stabilisce chiaramente il principio inderogabile della insostituibilità del consenso³⁴¹. Questa posizione emerse nel Concilio di Trento per contrastare quella di chi voleva riconoscere ai genitori il potere di convalidare il matrimonio dei figli minori, che quindi si sarebbe tradotto in una forma d'integrazione della loro volontà matrimoniale.

In merito a questo punto va precisato che nella realtà i genitori non intervenivano solo qualora il matrimonio interessava i figli minori, in quanto gestivano anche i matrimoni dei maggiorenni e questo perché concretamente il matrimonio era un patto tra le famiglie dei due sposi nel quale intervenivano ragioni sociali, economiche e a volte anche politiche. A mutare questo stato di cose non fu sufficiente il portato normativo del Concilio e difatti il costume in questione si è protratto fin quasi ai nostri giorni.

Quanto poi all'ultimo requisito, la manifestazione legittima del consenso, va evidenziato che esso si spiega tenendo conto del fatto che essendo il matrimonio un fatto umano sociale, la volontà di contrarlo non può essere solo interna, perché per far sì che possa svolgere la sua efficacia nell'ordinamento giuridico deve essere anche necessariamente esteriorizzata; nell'ipotesi che il consenso non venga manifestato nella forma prescritta dall'autorità competente, il consenso interno è senza effetto e quindi il matrimonio non si costituisce.

Il secondo comma del canone 1057³⁴² esprime la natura e l'oggetto che configura l'elemento che si sta trattando: il consenso, appunto. La dottrina in proposito suole parlare di causa efficiente del vincolo: atto personale volontario avente come oggetto il già menzionato *foedus*, o *consortium*, ordinato al bene dei coniugi e alla eventuale generazione e conseguente educazione della prole.

Va ricordato come tale ultimo assunto costituisce in realtà la sintesi di diverse soluzioni che nel corso dei secoli sono state elaborate in merito al tema della valida costituzione del matrimonio canonico. Secondo la concezione che individuava il fulcro dell'istituto nella comunione sessuale, solo il matrimonio consumato poteva considerarsi veramente tale e di conseguenza il suo atto costitutivo veniva ravvisato nella copula; un'altra teoria invece concepiva il matrimonio essenzialmente come comunione spirituale di vita, e quindi, poiché le relazioni sessuali non erano considerate indispensabili, l'atto costitutivo veniva identificato con la reciproca manifestazione del consenso dei due soggetti. Graziano, nella sua fondamentale opera per la costituzione del diritto canonico, la *Concordia discordantium canonum*, «cercò di conciliare le due teorie individuando due momenti nel processo formativo del matrimonio: quello puramente consensuale che realizzerebbe il *coniugium initiatum*, e il momento della successiva consumazione, costitutiva del *coniugium ratum*. A fondamento della sua distinzione Egli poneva la prassi della Chiesa di sciogliere l'unione coniugale stabilita con il consenso ma non ancora consumata, e di ritenere invece assolutamente indissolubile il matrimonio rato e consumato»³⁴³. La Scuola teologica di Parigi elaborò in opposizione alla ricostruzione graziana una concezione basata più sull'aspetto consensuale di cui si fece portatore soprattutto Pietro Lombardo. Egli distingueva tra consenso *de futuro* e consenso *de presenti*: mentre il

³⁴¹ «Consensus nulla humana potestate suppleri valet».

³⁴² «Il consenso matrimoniale è l'atto della volontà con cui l'uomo e la donna, con patto irrevocabile, danno e accettano reciprocamente se stessi per costituire il matrimonio».

³⁴³ Luigi Sabbarese, *Il matrimonio canonico nell'ordine della natura e della grazia*, cit. p. 135.

primo dava vita a un'unione solubile, il secondo determinava invece un'unione indissolubile, tanto prima che dopo la consumazione. Il papa Alessandro III nel corso del XII secolo pur stabilendo come definitivamente e ufficialmente valida per tutta la Chiesa la tesi del Lombardo, perché maggiormente favorevole alla stabilità del matrimonio, riconobbe comunque il legame tra la copula e l'indissolubilità.

Quanto appena esposto serve proprio a chiarire come l'oggetto specifico del consenso dei coniugi sia stato diversamente inteso: come *ius in corpus* e come volontà di accettarsi reciprocamente per condividere la vita insieme. Espressione di queste differenti posizioni sono stati anche i due codici canonici che si sono succeduti. Quello del 1917 aveva optato per la prima e difatti il consenso era definito come «l'atto di volontà con il quale ambedue le parti concedono ed accettano il diritto sul corpo, perpetuo ed esclusivo, in ordine agli atti per se idonei alla generazione»; quello del 1983 ha invece voluto privilegiare l'aspetto personalistico, coerentemente con la nuova visione globale del matrimonio scaturente dalle riflessioni del Concilio Vaticano II.

Tale consenso si presenta come irrevocabile perché la donazione reciproca che i coniugi fanno di se stessi è necessariamente totale, esclusiva e definitiva»³⁴⁴.

Prima di procedere nella disamina specifica dei canoni dedicati al consenso, elemento determinante nella formazione del legame matrimoniale, è necessario a mio avviso ricordare il disposto del canone 1058 che si occupa di *ius connubi* perché esso introduce il tema degli impedimenti matrimoniali che rivestono anch'essi un ruolo rilevante per l'esistenza dell'istituto. In esso si afferma che «tutti possono contrarre matrimonio se non ne hanno la proibizione dal diritto». La prescrizione deriva dalla sua "origine naturale", e anche se il diritto al matrimonio è riconosciuto come personale e intangibile dal canone precedente, esso non è tuttavia assoluto o arbitrario nel suo esercizio; gli impedimenti matrimoniali a cui allude l'inciso «... proibizione da diritto» rappresentano proprio lo strumento giuridico che permette la regolamentazione di questo esercizio.

Detto questo, si può iniziare a verificare la disciplina che caratterizza la costituzione di un valido matrimonio tra fedeli.

Il legislatore canonico si è sempre preoccupato di garantire non solo, ovviamente, una valida celebrazione, ma anche una preparazione dei futuri sposi che consenta loro di comprendere le responsabilità discendenti dal matrimonio; quindi è possibile individuare diversi canoni che concernono la cura pastorale e gli adempimenti da

premettere alla sua celebrazione. I soggetti che si apprestano al sacramento in questione dovranno aver ricevuto una previa adeguata catechesi così come il sacramento della confermazione e naturalmente del battesimo che costituisce la porta dei sacramenti. Quanto agli adempimenti giuridici denominati abitualmente indagini preliminari, deve dirsi che essi hanno come scopo quello di accertare lo stato libero dei contraenti e l'assenza di ostacoli, come poco sopra accennato, per una valida celebrazione del matrimonio. Ai sensi dei canoni 1067 e 1070 queste indagini sono di competenza del parroco cui spetta assistere al matrimonio, e nel caso in cui vengono eseguite da altro questi dovrà comunque trasmetterne l'esito al primo. La verifica concerne oltre lo stato libero anche l'effettuazione del battesimo; il documento che certifica quest'ultimo è assolutamente necessario e se ne può fare a meno solo in caso di pericolo di morte (can. 1068). Il parroco provvede poi a rendere nota la prossima celebrazione del matrimonio, affiggendone nell'albo parrocchiale l'annuncio con i dati anagrafici affinché tutti coloro che non sono impediti dal segreto professionale possano manifestare l'esistenza di quegli impedimenti di cui fossero a conoscenza.

In caso di matrimonio con effetti civili oltre al certificato di battesimo è richiesto il certificato di nascita, quello di stato libero civile e la notifica delle pubblicazioni civili³⁴⁵.

Ampio spazio è dedicato dal vigente codice agli impedimenti matrimoniali di cui però non è data alcuna definizione e alla cui elaborazione ha provveduto invece la dottrina che denomina impedimento in senso lato tutto ciò che si oppone alla valida e lecita celebrazione del matrimonio, e in senso proprio, la proibizione legale di contrarre matrimonio per motivi inerenti le persone.

“La vecchia divisione tra impedimenti dirimenti (con sanzione di nullità) e impedimenti (senza sanzione di nullità) è scomparsa e ogni impedimento del Codice attuale è dirimente, in modo tale che dire impedimento matrimoniale, strettamente e tecnicamente parlando, equivale oggi a dire impedimento dirimente”³⁴⁶. L'impedimento può essere pubblico o occulto a seconda che possa essere provato o meno nel foro esterno. Un altro concetto di pubblico e occulto ha riguardo alla divulgazione dell'impedimento, a seconda cioè che questa sia avvenuta oppure no. Senza entrare troppo nello specifico, anche con riferimento per esempio a quanto

³⁴⁴ Joseph Prader, *Il matrimonio in Oriente e Occidente*, cit., p. 31.

³⁴⁵ Sul punto si tornerà quando si affronterà lo studio del matrimonio civile italiano.

³⁴⁶ Angelo D'Auria, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, cit., p. 87.

previsto in tema di autorità competente a stabilire i detti impedimenti e ad intervenire per la concessione di una dispensa³⁴⁷, è sufficiente in questa sede limitarsi a commentarli per grandi linee. Essi sono dodici: rendono la persona inabile a contrarre e determinano l'invalidità del matrimonio; regolano concretamente l'esercizio dello *ius connubi* nell'intento di garantire la libertà e la dignità del futuro sposo, così come la santità del matrimonio. Innanzitutto è posto un limite di età al di sotto del quale non è possibile sposarsi: per l'uomo i sedici anni, per la donna i quattordici. Come si vede il criterio utilizzato dal legislatore canonico non è quello della maggiore età, quanto quello biologico della pubertà. Il secondo comma del canone 1083 attribuisce però alle Conferenze Episcopali il potere di emanare una normativa complementare che stabilisca una età superiore a quella fissata dal codice. E in concreto alcune Conferenze Episcopali hanno utilizzato tale facoltà, come per esempio quella filippina che l'ha portata rispettivamente a diciotto e venti anni.

L'impedimento dell'età può essere dispensato dall'Ordinario³⁴⁸ del luogo purché però si tratti di soggetti cattolici e abbiano la capacità ad un valido consenso.

La dispensa è l'istituto che consente di sospendere l'obbligatorietà di una legge per il singolo e ciò al fine di meglio provvedere al suo specifico bene. Con riferimento al matrimonio esso opera proprio con riguardo a taluni impedimenti, tra cui rientra appunto anche quello dell'età. Nel caso in cui il matrimonio sia stato celebrato senza rispettare l'età minima richiesta e senza la debita dispensa, l'impedimento non cessa *ipso facto* raggiunta l'età; l'unione rimane invalida e deve essere sanata mediante convalidazione.

Il canone 1084 prende in considerazione l'impedimento dell'impotenza copulativa. Questa è l'incapacità dell'individuo di realizzare la copula coniugale. Essa va distinta da quella generandi; non è quest'ultima a dirimere il matrimonio ma solo il primo tipo di impotenza, la quale deve presentare i requisiti stabiliti dal legislatore al detto canone e cioè deve essere: antecedente, ossia esistente al momento della manifestazione del consenso costitutivo del vincolo matrimoniale; perpetua, vale a dire che deve esistere in modo da non poter essere curata; certa, così da escludere il dubbio sia di diritto che di fatto.

³⁴⁷ L'istituto della dispensa sarà trattato tra poco, a proposito dell'età richiesta per contrarre matrimonio.

Per un'analisi dettagliata degli impedimenti matrimoniali si rinvia all'opera che raccoglie contributi di varia autori, intitolata *Gli impedimenti al matrimonio canonico*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1989.

³⁴⁸ Costui è colui che è investito di una potestà ordinaria, inerente cioè all'ufficio di cui è incaricato.

Il matrimonio eventualmente celebrato con la presenza di questo impedimento sarà nullo.

Vi è poi l'impedimento di legame, che consiste nella esistenza del vincolo di un precedente matrimonio validamente celebrato e non sciolto né per la morte del coniuge né, se rato e non consumato, per la professione religiosa di uno dei due oppure per dispensa pontificia (si veda il canone 1142), né, infine, per l'applicazione del privilegio paolino. Si tratta di un impedimento che trova la sua ragion d'essere nel diritto naturale e quindi applicabile ad ogni matrimonio, sia di cristiani che di non cristiani, perché ciò che vuole contrastare, la bigamia, è in linea con la concezione naturale di matrimonio istituito da Dio per tutti gli uomini.

Piuttosto complessa è poi la regolamentazione dell'impedimento di disparità di culto che sussiste qualora uno dei due soggetti professi una religione diversa dall'altra. Si deve iniziare col dire che se una parte non è battezzata vi è una proibizione assoluta sotto pena di nullità di contrarre matrimonio. Diverso è invece il caso che vede coinvolti una parte cattolica, e quindi battezzata, e una parte che benché non cattolica sia comunque battezzata nell'ambito di una comunità ecclesiale diversa dalla cattolica; non vi sarebbe impedimento dirimente bensì matrimonio misto regolato ai sensi dei canoni 1124-1129 e per il quale non si richiede la dispensa per la validità, ma soltanto la licenza dell'Ordinario per la liceità della celebrazione, oltre agli altri requisiti previsti. «Un lungo processo di riflessione ha portato progressivamente a comprendere la natura e la liceità di tali unioni pur nella consapevolezza dei loro limiti intrinseci. Sia dal punto di vista dottrinale che giuridico, i matrimoni misti non si pongono tutti sullo stesso piano e la legislazione distingue adeguatamente tra il matrimonio-sacramento di un matrimonio tra cattolico e battezzato non cattolico e il solo vincolo naturale esistente in un matrimonio tra un cattolico e un non battezzato»³⁴⁹. Il canone 1086 si riferisce proprio all'ipotesi dell'unione tra un cattolico e un non battezzato. La *ratio* del canone è stata individuata nella difficoltà e nei pericoli cui andrebbero incontro sia la fede della parte cattolica, sia il suo diritto-dovere di educare in essa i propri figli. Essendo però l'impedimento di tipo ecclesiastico, può essere dispensato ex canoni 1078-1080 dall'Ordinario del luogo se vi è giusta causa e adempiendo le condizioni previste ai canoni 1125-1126.

Proseguendo nella disamina degli impedimenti si giunge a quello c.d. di ordine sacro; il canone 1087 così si esprime: «Attentano invalidamente al matrimonio coloro che

sono costituiti nei sacri ordini». I sacri ordini sono rappresentati dall'episcopato, dal presbiterato, e dal diaconato. L'impedimento in questione si ricollega direttamente alla legge del celibato che ne costituisce il presupposto. Per molti aspetti legato a questo impedimento è quello di voto perpetuo di castità, perché in entrambe i casi la scelta di vita fatta dai soggetti si pone in contrasto con lo stato di vita matrimoniale ³⁵⁰.

Il canone 1089 riguarda l'impedimento di rapimento. L'attuale dettato codiciale rappresenta la sintesi di quella che è stata l'evoluzione storica dell'impedimento c.d. di "ratto", ma in un certo senso anche la semplificazione di quanto stabilito nel codice del 1917. Secondo parte della dottrina tale semplificazione sarebbe però andata a discapito della precisione che dovrebbe sempre caratterizzare il dettato normativo. Il ratto è l'azione violenta con la quale una donna, contro la sua volontà, viene rapita e trattenuta da qualcuno. Il modo di cessazione dell'impedimento si verifica con il venir meno dei presupposti che lo hanno originato e una volta verificata la libera volontà della donna di sposarsi con colui che aveva posto in essere la condotta tipizzata dalla disposizione.

Il canone 1090 prende invece in considerazione l'impedimento di crimine. Il suo fondamento è rappresentato dalla necessità di opporsi alla valida celebrazione del matrimonio tra due persone per il fatto che, una o entrambe, in determinate circostanze e a certe condizioni, si sono rese colpevoli di uxoricidio.

Altri importanti impedimenti sono quelli di consanguineità e affinità. Questi, assieme ai due previsti rispettivamente dai canoni 1093 e 1094, sono basati sulla relazione di parentela.

Procedendo per ordine si deve dire che la consanguineità è il rapporto di parentela naturale che lega più persone discendenti per generazione carnale da uno stesso capostipite; si distingue in consanguineità di linea retta e di linea collaterale, e si computa per linea e per gradi³⁵¹. Le regole dettate dal canone 1091 sono volte a salvaguardare la santità del matrimonio e delle relazioni che da esso discendono tra i membri della famiglia. La regola fissata dal canone 1092 con riferimento all'impedimento di affinità vuole salvaguardare in modo più generale il senso e la dignità dell'ordine familiare; per il secondo paragrafo di questo canone l'affinità è la

³⁴⁹ Angelo D'Auria, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, cit., p. 123.

³⁵⁰ Per una disamina approfondita degli argomenti, soprattutto in ordine a quanto si prevede per i diaconi permanenti uxorati rimasti vedovi, si rimanda al testo più volte citato del Sabbarese, p. 216 e ss.

³⁵¹ Secondo il sistema romano, già in uso nella Chiesa fino al VI secolo e poi nuovamente recepito dal codice del 1983, nella linea retta i gradi sono tanti quante le generazioni, ossia quante le persone, tolte il capostipite; nella linea collaterale, i gradi sono tanti quante le persone in tutte e due le linee insieme, tolto il capostipite.

relazione che sorge da un matrimonio valido e sussiste tra il marito e i consanguinei della moglie e, parimenti, tra la moglie e i consanguinei del marito. L'estensione dell'impedimento abbraccia tutti i gradi della linea retta, mentre nella linea collaterale l'impedimento è stato soppresso.

Il canone 1093 riguarda il c.d. impedimento di pubblica onestà. Quest'ultima è il vincolo che sorge dal matrimonio invalido, consumato o meno, purché vi sia stata convivenza, oppure dal concubinato tra l'uomo e i consanguinei della donna e tra questa e i consanguinei dell'uomo. In pratica impedisce le nozze dell'uomo con la madre o la figlia della donna, e di questa con il padre o il figlio dell'uomo. Anche questo impedimento è di diritto ecclesiastico e come tale dispensabile.

Il canone 1094 stabilisce infine che «non possono contrarre validamente matrimonio tra loro nella linea retta o nel secondo grado della linea collaterale, quelli che sono uniti da parentela legale sorta dall'adozione». La parentela legale cui si fa riferimento è il vincolo che si stabilisce per legge, mediante l'adozione.

Terminata la disamina degli impedimenti matrimoniali, l'assenza dei quali costituisce necessario requisito affinché due soggetti possano validamente contrarre matrimonio, è opportuno ora, riprendendo il discorso iniziato all'inizio del paragrafo sempre a proposito dei requisiti richiesti dalla legge canonica per la formazione del legame matrimoniale, soffermarsi sullo studio del consenso, elemento che si pone anch'esso al livello genetico del matrimonio *in fieri*.

Fu la produzione giuridico-teologica della Chiesa medievale, sulla scia dell'insegnamento del diritto comune, a considerare il consenso come unico elemento essenziale per la formazione del legame matrimoniale. Da allora questa posizione è stata sempre fermamente sostenuta³⁵².

La capacità giuridica e la legittima manifestazione costituiscono presupposti affinché il consenso possa esplicare la sua efficacia costitutiva. Esso è dunque l'elemento fondante l'istituto. Essendo l'atto umano con il quale i nubendi esprimono la volontà di iniziare uno stato di vita coniugale, deve essere individuale, anzi personalissimo, determinato, frutto di libera scelta e quindi non deve essere affetto da difetti tali da incidere sulle facoltà intellettive e volitive dei soggetti, perché se così fosse ne

³⁵² Per approfondire i vari aspetti che ruotano intorno alla essenzialità del consenso nel patto nuziale, si rimanda agli scritti di P. Bianchi, *Il matrimonio canonico* in *Corso istituzionale di diritto canonico*, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Milano, Ancora, 2005, p. 389-445.

discenderebbe la nullità del matrimonio. Non pochi canoni sono pertanto dedicati a indicare i diversi motivi invalidanti il consenso.

Fatta questa premessa, si può iniziare il commento della disciplina che si sta considerando, rilevando che la capacità richiesta per esprimere un valido consenso al matrimonio è ovviamente quella naturale. Il canone 1095 individua diverse ipotesi in cui manca tale capacità: quando non vi è un sufficiente uso della ragione, cioè non si è in grado di comprendere in astratto il matrimonio nelle sue linee essenziali; quando non si è nelle condizioni di comprendere i diritti e i doveri discendenti dal matrimonio; quando per cause di natura psichica non si sia nelle condizioni di assumerne gli obblighi essenziali.

Va evidenziato che l'incapacità non è difficoltà, ma impossibilità; la capacità per il matrimonio viene indicata da un minimo sufficiente, non da uno stato di grande maturità che idealmente garantirebbe il successo della relazione matrimoniale³⁵³.

Nel codice del 1917 non esisteva una disposizione corrispondente a quella del canone che si sta esaminando, tuttavia anche se l'incapacità non era esplicitamente considerata, non mancavano disposizioni che disciplinavano il consenso nelle ipotesi in cui i soggetti erano privi dell'*usus mentis*.

Le fattispecie considerate dal vigente canone sono state specificate dalla giurisprudenza rotale, che, interpellata sul punto, ha avuto modo di illustrare come tutta una serie di concrete patologie possano influire sulla capacità consensuale. Senza entrare troppo nel merito è sufficiente dire che, pur nella peculiarità dei singoli casi, la prova dell'incapacità al consenso va sempre svolta considerando il comportamento del soggetto e la sua storia "clinica"³⁵⁴. Nelle decisioni si ribadisce che la causa dell'incapacità deve essere tale da impedire il consenso matrimoniale, sia per l'impossibilità di esprimere un atto veramente personale e libero, sia per impedire l'assunzione degli obblighi essenziali che scaturiscono da esso.

Il canone 1095 è un motivo di nullità matrimoniale frequentemente impiegato nella prassi forense canonica, al contrario del motivo del canone seguente, che oggi è di scarsa rilevanza pratica diversamente da quanto accadeva invece in passato. A norma di quest'ultimo canone (1096) è necessario che i contraenti conoscano gli atti propri

³⁵³ Cfr. Héctor Franceschi, *L'incapacità relativa: status quaestionis e prospettiva antropologico-giuridica*, Pontificia Università della Santa Croce, in <http://www.usc.urbe.it/html/php/franceschi/relativa.rtf>

³⁵⁴ Cfr. Giovanni Marchesi, *La Rota Romana e le cause di nullità matrimoniale*, in *La civiltà cattolica*, 2006/1, pp. 586-596.

del matrimonio, in particolare che esso è ordinato «alla procreazione della prole mediante una qualche cooperazione sessuale». L'ignoranza di questo fine specifico dell'istituto, quindi, vizia il consenso, rendendo nulla la celebrazione.

Da quanto sin ora detto si evince che la mancanza della volontà matrimoniale o difetto del consenso ricorrono quando uno dei nubendi manifesta all'esterno una volontà che in effetti non ha.

La discordanza tra quanto manifestato e quanto in realtà desiderato, può essere non voluta o voluta. I casi di discordanza non voluta sono rappresentati dall'incapacità, dalla violenza o costrizione fisica, dall'ignoranza o errore; i casi di discordanza voluta sono dati dalla simulazione totale e da quella parziale. Dell'incapacità si è appena riferito illustrando il canone 1095. Della violenza in generale si occupa il canone 125 che considera nullo l'atto posto in essere per effetto di violenza inferta dall'esterno alla persona, cui essa stessa in nessun modo poté resistere. Riferita al matrimonio la violenza si estrinseca nell'estorcere il consenso matrimoniale attraverso la forza fisica; il punto sarà approfondito poco più avanti quando si commenterà il canone 1103. Per quanto riguarda l'errore, v'è da dire che questo è quello c.d. ostativo, cadente cioè sulla dichiarazione e quindi di ostacolo alla formazione del consenso; si estrinseca in tre tipologie: errore di diritto sull'identità del negozio; errore di diritto sulle proprietà e sulla sacramentalità del matrimonio; errore di fatto sull'identità dell'altro contraente. L'errore di diritto sull'identità del negozio è rappresentato proprio dalla circostanza espressa dal citato canone 1096, mentre la seconda e la terza tipologia di errore è considerata rispettivamente dai canoni 1099 e 1097 primo comma. A norma del canone 1099 qualora l'errore ricada sulle proprietà individuate dal canone 1056, unità, indissolubilità e dignità sacramentale, vizia il consenso matrimoniale solo se è tale da determinare la volontà; ciò si verifica ad esempio quando uno o entrambe i contraenti determinino la loro volontà all'unione coniugale ritenendola dissolubile a loro piacimento; il consenso è invalido perché ciò che si vuole non è un vero matrimonio, cioè corrispondente a quello proposto dalla Chiesa. Il canone 1097 primo comma stabilisce che l'errore di persona, cioè la falsa rappresentazione della persona del coniuge, rende anch'esso invalido il matrimonio.

Venendo ora ad illustrare i casi di discordanza voluta tra quanto si manifesta e quanto interiormente si desidera, si giunge alla simulazione, che può essere totale o parziale. Essa è ravvisabile tutte le volte in cui si intende rivestire di apparenza canonica un atto che in realtà ha per coloro che lo pongono in essere un significato diverso da quello

voluto dalla Chiesa. Il canone che costituisce la base della dottrina canonica sulla simulazione del consenso è il 1101; nel primo comma è enunciato il principio della presunzione che il consenso degli sposi corrisponde alla manifestazione esterna, mentre per il secondo comma “simula il consenso chi esternamente lo esprime legittimamente, ma interiormente dissente, escludendo con atto positivo il matrimonio stesso (simulazione totale) oppure un elemento essenziale o una proprietà essenziale del matrimonio (simulazione parziale)”³⁵⁵. Quindi si può affermare che nella simulazione totale l’animo del nubendo non è del tutto privo di volontà, ma è piuttosto dominato da una volontà contraria alla realtà o alla sostanza del matrimonio. Nella simulazione parziale vi è l’esclusione o del *bonum prolis*, o del *bonum fidei* o del *bonum sacramenti* o del *bonum coniugum*. Quanto alla prima esclusione, v’è da dire che ricorre simulazione allorché il nubendo escluda in modo assoluto e perpetuo la volontà di generare prole, anche se, come già evidenziato, il matrimonio non implica l’obbligo di avere figli; non integrerebbe questa esclusione, la decisione di non generare in un particolare periodo della vita coniugale per motivi economici o per scarso affiatamento dei coniugi. Il secondo punto si traduce nel non volere la reciproca donazione e quindi nel non rispettare la fedeltà coniugale; rifiutare il *bonum sacramenti* significa non accettare la sacramentalità del vincolo cioè a dire la sua indissolubilità, e quindi orientare la propria volontà consensuale verso un atto diverso dal matrimonio cristiano disciplinato dal codice. Infine, l’escludere il *bonum coniugum*, significa rinunciare al diritto-obbligo della comunione della vita coniugale e quindi rifiutare al proprio coniuge il rispetto per la sua dignità umana e la comprensione di tutte le esigenze necessarie per la integrale realizzazione della sua personalità.

Prima di passare a trattare del vizio del consenso, si desidera ricordare che il codice ha previsto anche l’ipotesi che i coniugi possano avere consapevolezza che il proprio matrimonio sia invalido e ciò nonostante esprimono il loro consenso (canone 1100); ebbene, si ritiene che questa circostanza non esclude necessariamente il consenso, il quale esiste, se è stato prestato con atto di volontà per costituire il matrimonio, anche se quest’ultimo è da un lato destinato a non avere effetto giuridico per un impedimento o per mancanza o vizio di forma, e dall’altro lato passibile di sanatoria.

³⁵⁵ Joseph Prader, *Il matrimonio in Oriente e in Occidente*, cit., p. 167.

Il vizio del consenso di cui si diceva poco sopra si sostanzia in una anomala formazione del consenso. Le fattispecie che vi vengono ricondotte sono: l'errore vizio, il dolo, la violenza morale, il timore reverenziale. L'errore vizio è quello cui fa riferimento il secondo comma del già citato canone 1097 e cioè quello sulle qualità della persona del coniuge, qualora esse siano volute «direttamente e principalmente» dal contraente come oggetto stesso del consenso; tutto ciò perché vengono considerate un *quid* verso il quale si determina il proprio consenso indipendentemente dalla persona.

Il dolo è considerato e disciplinato dal canone 1098: «Contrae invalidamente chi celebra il matrimonio, raggirato con dolo ordito per ottenere il consenso, circa una qualità dell'altra parte, che per sua natura può perturbare gravemente la comunità di vita coniugale». Diversamente da quanto previsto dal canone 1097 in cui si dà rilievo all'errore insorto spontaneamente nel soggetto determinatosi alla celebrazione, nella fattispecie prevista nel canone in esame, si assiste invece alla rilevanza dell'errore prodotto dall'inganno di uno dei coniugi o di terzi, sempre con riferimento ad una qualità dell'altro, al fine dell'ottenimento del consenso; l'inganno perpetrato viene sanzionato con la dichiarazione d'invalidità del matrimonio così posto in essere.

Non resta che verificare la violenza morale e il timore riverenziale. La prima viene presa in considerazione dal canone 1103 che in base alla natura della violenza distingue le nozioni di violenza fisica o materiale, la *vis*, e violenza morale o condizionale, il *metus*. Più precisamente per *metus* deve intendersi la conseguenza nel soggetto, in seguito ad un atto operato da un altro soggetto, per cui conclude un'azione che altrimenti non avrebbe compiuto; quindi la violenza morale fa per così dire forza sull'atto interno; ciò che accade è sostanzialmente questo: il soggetto dopo un raffronto tra il male minacciato e l'accettazione del matrimonio si decide a scegliere la celebrazione come unica via di fuga.

La conseguenza giuridica della violenza, fisica o morale, è la nullità per diritto naturale. Affinché possa essere invocata è necessario accertare l'*animi trepidatio*, insorta nel nubente in qualsiasi modo e per qualsiasi causa.

Per quanto concerne il timore reverenziale, cioè quel turbamento dell'animo derivante dal timore di dispiacere a soggetti dai quali si dipende, e che conduce ugualmente a contrarre matrimonio contro la reale volontà, va precisato che esso non è espressamente menzionato dal codice, pertanto per essere invalidante del matrimonio posto in essere deve avere le caratteristiche esposte nel canone 1103.

Sempre nell'ambito della disciplina del consenso si colloca il dettato del canone 1102; «Non si può contrarre validamente matrimonio sotto condizione futura». Questo afferma il capoverso, che sancisce quindi l'assoluta irrilevanza di ogni condizione futura, causa di nullità del matrimonio eventualmente contratto. In linea generale la condizione è un elemento accidentale che non modifica la natura specifica dell'atto giuridico cui accede; indica qualsiasi circostanza aggiunta dalla volontà dell'agente, appunto all'atto giuridico. Nel diritto matrimoniale la condizione futura, come appena visto, non è ammessa; lo è però quella di passato e di presente. Queste vengono descritte e regolate dal secondo comma del canone che si sta considerando. Esse non determinano la sospensione dell'efficacia dell'atto in quanto il matrimonio già esiste o non esiste indipendentemente dal fatto passato o presente determinato. «Il fatto o l'evento dal quale si fa dipendere la validità del consenso già esiste nella realtà oggettiva anche se può essere sconosciuto da parte degli interessati. In questi casi l'incertezza non riguarda l'oggettività dell'evento o della circostanza dedotta in condizione, ma interessa soggettivamente il contraente in relazione alla sussistenza di quel fatto o di quell'evento passato o presente.»³⁵⁶.

Per concludere la disamina dei canoni che si occupano della tematica del consenso non resta che soffermarsi, brevemente, sul 1104, 1105, 1106 e 1107 che trattano delle formalità da prendere in considerazione nella manifestazione, appunto, del consenso. Come si era constatato quando si era esaminato il canone 1057, il consenso matrimoniale per essere giuridicamente rilevante deve essere manifestato legittimamente, ebbene, tali canoni prendono in considerazione le possibili modalità in cui la manifestazione può avvenire. Quella ordinaria prevede, al momento di esprimere il consenso, la presenza fisica e simultanea dei nubendi. La manifestazione del consenso può però anche essere prestata mediante procuratore; è il canone 1105 che si occupa delle formalità da osservare in questo matrimonio, tra le quali si può ricordare ad esempio che non è sufficiente un generico mandato, perché vi è la necessità di un mandato speciale, nel quale ovviamente deve essere determinata la persona con cui il procuratore deve contrarre.

A norma del canone 1106 è poi consentito contrarre matrimonio tramite interprete, il quale traduce per i coniugi le domande dell'assistente e per questi le risposte dei coniugi. L'interprete diversamente dal procuratore non necessita di un mandato; si richiede solo che goda della debita fedeltà propria del compito che svolge.

³⁵⁶ Angelo D'Auria, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, cit., p. 227.

Infine il canone 1107 introduce la presunzione di validità di un matrimonio che anche se contratto invalidamente a causa di impedimento o difetto di forma, continua a produrre i suoi effetti finché non si giunga a provarne la revoca nel foro esterno. La disposizione mira a tutelare la indissolubilità del matrimonio perché si tiene conto della possibilità di convalidare il matrimonio stesso secondo le concrete modalità previste ai canoni 1156-1165³⁵⁷.

La forma di celebrazione del matrimonio

Come già in parte considerato nella parte conclusiva del paragrafo precedente, per la valida costituzione del matrimonio oltre alla capacità di esprimere il consenso esente da vizi, è necessario che sussista anche una sua manifestazione legittima. Il codice disciplina la forma canonica di celebrazione del matrimonio, ma questa rappresenta il punto di arrivo di un processo che ebbe la sua origine con il Concilio di Trento. Tale Concilio, come si è avuto modo di riferire in altri punti del lavoro di ricerca, rappresentò un momento del tutto particolare nella storia del diritto matrimoniale canonico. Fino a quel momento, solo per restare in tema, nella Chiesa occidentale non si era mai arrivati a richiedere per la validità del matrimonio una forma canonica di celebrazione. Originariamente i primi cristiani celebravano il matrimonio secondo i costumi dell'ambiente in cui risiedevano: quindi quelli di cultura romana si adattavano a quanto prescritto dal diritto romano, quelli nordici osservavano il diritto germanico che a differenza di quello romano non conosceva il principio "*nuptias non concubitus, sed consensus facit*", per cui l'unione matrimoniale, che segnava il patto tra due famiglie con il quale l'uomo acquistava dal padre della sposa il *mundium*, cioè il potere su di essa, si concludeva con la consegna della donna all'uomo; solo a partire dal XII secolo, con il venir meno dell'antico istituto del *mundium*, l'atto dello sposalizio iniziò ad essere stipulato tra lo sposo e la sposa personalmente. Fino a tutto il medio evo nel matrimonio tra cristiani, tanto tra quelli di

³⁵⁷ L'istituto della convalidazione sarà trattato nel paragrafo successivo.

cultura romana che germanica non era richiesta alcuna formalità; anche se vi era quasi sempre la presenza di un sacerdote, questa non incideva sull'essenza dell'istituto.

Si potevano registrare tre forme di matrimonio: quello clandestino contratto senza la presenza di testimoni; quello pubblico contratto alla presenza di testimoni; quello c.d. *in facie Ecclesiae*³⁵⁸ alla presenza di un sacerdote con relative preghiere e benedizioni che però venivano impartite nell'ambito della tradizionale festa di famiglia. Per contrastare i matrimoni segreti causa spesso di divorzi e poligamia, il Concilio di Trento prescrisse una forma sostanziale, la cui inosservanza avrebbe rese nullo il matrimonio stesso. Tale forma consisteva nella necessità delle pubblicazioni da effettuarsi nella chiesa parrocchiale, la presenza del parroco e di due o tre testimoni.

Poiché la promulgazione del Decreto *Tametsi* non avvenne per la Chiesa universale, in molti territori si continuò a seguire la disciplina precedente. Per eliminare le conseguenti incertezze, nel 1907 un nuovo Decreto (*Ne temere* del 2 agosto) definì più chiaramente la forma giuridica per la celebrazione del matrimonio, e questa volta per tutta la Chiesa cattolica. Si specificò che la competenza del parroco era territoriale, per cui egli poteva assistere validamente ad ogni matrimonio celebrato nel suo territorio. Ancora, l'assistenza richiesta al parroco non era più meramente passiva diventando attiva perché egli doveva liberamente chiedere e ricevere il consenso dei nubendi. Le disposizioni del Decreto confluirono sostanzialmente nel codice del 1917 e poi con qualche ulteriore modifica in quello del 1983.

Senza soffermarsi sui canoni dedicati alla figura dell'assistente cioè il parroco, l'Ordinario o i loro delegati, è opportuno analizzare quei canoni che riguardano la forma ordinaria e straordinaria di matrimonio, nonché quelli che riguardano le c.d. annotazioni, rispettivamente nel registro dei matrimoni ed in quello dei battezzati.

La forma canonica ordinaria di celebrazione del matrimonio regolata dal canone 1108 è quella che prevede la presenza del parroco o dell'Ordinario del luogo o di un sacerdote o diacono da essi delegato e di due testimoni, con riferimento ai quali, mentre per quest'ultimi non si esigono qualità speciali se non chiaramente l'uso della ragione affinché possano comprendere e constatare ciò che viene fatto innanzi ai loro occhi e quindi attestare quanto accaduto, per l'assistente si richiede che a nome della Chiesa domandi espressamente e registri la volontà nuziale dei nubendi; egli può essere quindi considerato un testimone qualificato, pubblico, che non esercita un atto

³⁵⁸ L'espressione «facie Ecclesiae» deriva dal fatto che la celebrazione del matrimonio veniva effettuata in Chiesa.

giurisdizionale in senso stretto, né amministra il sacramento, in quanto ministri del matrimonio sono ritenuti gli stessi contraenti.

La forma canonica straordinaria di celebrazione del matrimonio è disciplinata dal canone 1116; vi si ricorre quando non può trovare applicazione l'ordinaria e se sussistono due condizioni: quella oggettiva del grave incomodo per l'assistente qualificato o per i contraenti a raggiungersi reciprocamente, e quella soggettiva di voler contrarre un vero matrimonio. La prima circostanza ricorre ad esempio in caso di pericolo di morte, anche quando sia uno solo dei contraenti a versare in questa situazione. In tali circostanze la celebrazione potrà svolgersi alla presenza dei soli testimoni.

Venendo ora ad esaminare la tematica delle annotazioni dei matrimoni secondo quanto prescritto dai canoni 1121 e 1122, occorre innanzitutto dire che trattasi di adempimenti formali consistenti nella trascrizione dell'avvenuta celebrazione e di altri elementi richiesti dall'ordinamento per provare che effettivamente il matrimonio ha avuto luogo. Tali trascrizioni sono effettuate nel registro dei matrimoni, presente in ogni parrocchia, ed in quello dei battezzati. In quest'ultimo vengono annotate tutte le variazioni dello stato giuridico canonico del fedele. La trascrizione ha efficacia dichiarativa e non costitutiva, pertanto se l'atto è omesso non inficia la validità del matrimonio.

Il canone 1123 stabilisce infine che quando si verificano circostanze successive alla celebrazione che modificano lo *status* matrimoniale, le variazioni intervenute devono essere annotate nei detti registri.

Va ricordato che esiste un matrimonio che non viene trascritto nei registri parrocchiali di matrimonio e battesimo, bensì in un registro speciale della Curia: trattasi di quello segreto. A questo punto si rende necessaria la disamina dei canoni che regolano questa celebrazione segreta del matrimonio. Essa è tale perché sebbene avviene dinnanzi al parroco, o sacerdote delegato, e due testimoni, è privo di qualsiasi pubblicità, in modo che nessuno, tranne il parroco, il ministro assistente, i due testimoni e l'Ordinario, devono sapere che i due si sono sposati. Pertanto, il segreto copre non solo la celebrazione e la registrazione ma anche le indagini prematrimoniali. Il canone 1130 stabilisce che la competenza ad autorizzare che il matrimonio sia celebrato in segreto spetta all'Ordinario del luogo. Dottrina e giurisprudenza hanno evidenziato che una eventuale celebrazione senza il permesso richiesto, pur essendo illecita, non comporta

la nullità del matrimonio, purché non vi si oppongano altre ragioni, quali ad esempio un impedimento o un vizio del consenso.

“Tale forma speciale può essere permessa per una causa grave e urgente, quale potrebbe essere il rimuovere lo stato di peccato di due concubinari, o il regolare di fronte alla Chiesa la situazione di persone notoriamente ritenute unite in matrimonio, ovvero il consentire il matrimonio fra persone che, per ostacolo della legge civile, non potrebbero utilizzare la forma ordinaria”³⁵⁹.

La convalidazione del matrimonio

La convalidazione del matrimonio è l'istituto che consente di rendere valido il matrimonio che tale non è perché celebrato non conformemente al diritto divino e umano. Le cause precise sono rappresentate o da un vizio del consenso in una o in entrambe le parti, o da un impedimento dirimente non rimosso, o dalla non osservanza della forma legittima. Vi sono due forme di convalidazione: la convalidazione semplice e la sanazione in radice. La prima comporta la rimozione della causa che ha condotto a costituire invalidamente il matrimonio e la rinnovazione del consenso. La seconda non richiede la rinnovazione del consenso ma vede solo l'intervento dell'autorità ecclesiastica competente che interviene per eliminare ciò che ostacolava la validità del matrimonio.

Il matrimonio sanato con il rimedio della convalidazione semplice diventa valido *ex nunc* cioè dal momento del rinnovo del consenso. Quello sanato con il secondo rimedio ha efficacia dal momento della concessione da parte dell'autorità.

Affinché un matrimonio contratto nonostante la presenza di un impedimento dirimente possa essere sanato sono richieste due condizioni alternative: la cessazione dell'impedimento e la dispensa da esso; e naturalmente, come già detto, il rinnovo formale del consenso.

Con riferimento invece al matrimonio nullo per difetto di consenso, per la sua convalidazione è necessaria la prestazione di un vero e valido consenso da parte di chi non lo aveva prestato, e che la parte che lo aveva già prestato lo perseveri.

Il legislatore considera poi l'ipotesi del matrimonio nullo per difetto di forma (canone 1160); si richiede semplicemente che il matrimonio venga nuovamente contratto nella forma canonica prevista, fatto salvo il disposto del canone 1127 paragrafo secondo. Questo rimando fa salva la possibilità di ricorrere alla dispensa dalla forma canonica nel caso si celebri un matrimonio misto.

Per quanto riguarda la sanazione in radice, v'è da dire che viene concessa in casi straordinari sempre per sanare matrimoni nulli. Essa "si fonda sulla «radice» di un valido consenso che è l'insostituibile fondamento del matrimonio"³⁶⁰. Il consenso delle parti deve quindi perseverare. "Nel caso in cui per una delle parti il consenso difetta o perché mai posto o perché, inizialmente posto, fu in seguito revocato, la sanazione in radice non può produrre i suoi effetti"³⁶¹. Insanabile con questa modalità è quindi un matrimonio nullo per vizio del consenso, mentre si può sanare in radice un matrimonio nullo per impedimento o per vizio di forma, dopo la loro cessazione.

³⁵⁹ Francesco Finocchiaro, *Il matrimonio nel diritto canonico*, cit. p. 64.

³⁶⁰ Francesco Finocchiaro, *Il matrimonio nel diritto canonico*, cit., p. 101.

³⁶¹ Luigi Sabbarese, *Il matrimonio canonico nell'ordine della natura e della grazia*, cit., p. 405.

3. Effetti del matrimonio

Effetti della valida celebrazione del matrimonio nei riguardi dei coniugi e dei figli. La separazione personale. Gli effetti civili del matrimonio canonico.

Effetti della valida celebrazione del matrimonio nei riguardi dei coniugi e dei figli

Dalla valida costituzione del matrimonio canonico discendono tutta una serie di diritti e doveri nei confronti dei coniugi, nonché una serie di effetti giuridici verso la prole.

Innanzitutto il matrimonio in quanto sacramento produce una consacrazione, dalla quale derivano per entrambi i coniugi eguali diritti e doveri nella vita in comunione cui si dà inizio. Questa eguaglianza di posizione è specificata nel canone 1135³⁶². “Questa norma si richiama genericamente a quelli che sono gli usi sociali e, perciò, fa rientrare nelle funzioni dello *status* coniugale, l’adempimento di tutto ciò che possa agevolare l’andamento della vita coniugale”³⁶³.

Gli antichi canonisti con riguardo alla funzione e al diritto di realizzare il contenuto del *consortium vitae coniugalis* parlavano di *communio tori, mensae et habitationis*. Oggi la nuova impostazione personalista che del matrimonio viene data dal codice vigente si riscontra anche nell’ambito dei rapporti che si stanno considerando: diversamente da quanto previsto anche nel codice del 1917, l’uguaglianza dei diritti e dei doveri non è limitata agli atti suddetti e in modo particolare a quelli inerenti la sfera sessuale, ma si riferisce, appunto, a tutta la relazione interpersonale.

Se di essi non si rinviene una precisa elencazione, tuttavia, è possibile procedere quanto meno all’individuazione dei doveri fondamentali, avendo riguardo alle già analizzate proprietà essenziali dell’istituto e cioè l’unità e l’indissolubilità. Queste ultime offrono l’occasione per riflettere sull’altro importante canone 1134³⁶⁴ che considera l’effetto fondamentale del matrimonio validamente celebrato: il vincolo

³⁶² Canone 1135. Entrambi i coniugi hanno pari dovere e diritto per quanto riguarda la comunità di vita coniugale.

³⁶³ Francesco Finocchiaro, *Il matrimonio nel diritto canonico*, cit., p. 106.

perpetuo ed esclusivo per i contraenti. Facendo quindi un passo indietro, è il caso di soffermarsi sul fondamento di tutte le relazioni giuridiche che si stabiliscono tra i coniugi.

Il canone 1134 evidenzia appunto il fondamento naturale della perpetuità e della esclusività del vincolo coniugale e nello stesso tempo esprime anche il fondamento sacramentale del matrimonio cristiano. Il sacramento non altera la configurazione naturale della relazione ma la integra e la perfeziona.

Principio di diritto naturale è anche quello recepito dal canone 1136 che prende in considerazione gli effetti del matrimonio verso la prole. Questa disposizione costituisce una applicazione del canone 226 che stabilisce il dovere e il diritto dei genitori cristiani di educare i figli, in quanto l'azione educativa da parte dei genitori si inserisce nello stesso disegno del Creatore.

E' stato osservato³⁶⁵ che la funzione educativa dei genitori non può e non deve essere disgiunta dal sacramento del matrimonio; adempiervi significa rispondere al dono dell'amore ricevuto da Dio con il sacramento.

Qualora il padre e la madre non siano nella condizione di adempiere al loro specifico ruolo essi dovranno essere sostituiti dall'autorità giuridica superiore, Chiesa e Stato, ciascuno secondo le proprie competenze. Sul diritto-dovere dei genitori menzionato si fonda la *patria potestas*, cioè il potere per l'esercizio delle funzioni tipiche di questi ultimi; funzioni che seppur non elencate specificatamente è possibile comunque almeno in parte ricavare da quelle disposizioni che disciplinano determinati aspetti della vita cristiana, come per esempio quelle che sollecitano rispettivamente la ricezione del battesimo nelle prime settimane di vita del bambino e la cooperazione con gli insegnanti durante il percorso formativo dell'adolescente.

I canoni 1137-1140 riguardano la legittimità della prole. Ciò che va subito messo in evidenza è il mantenimento della distinzione tra figli legittimi e illegittimi, superata dalla disciplina civilistica secolare. Egualmente però si deve rilevare che dal vigente codice sono scomparse tutte le conseguenze restrittive che erano previste per quelli illegittimi, se non fossero stati previamente legittimati: ad esempio l'impossibilità di accedere agli ordini minori o al Seminario; quindi nell'ordinamento canonico tutti

³⁶⁴ Canone 1134. Dalla valida celebrazione del matrimonio sorge tra i coniugi un vincolo di sua natura perpetuo ed esclusivo; inoltre nel matrimonio cristiano i coniugi, per i compiti e la dignità del proprio stato, vengono corroborati e come consacrati da uno speciale sacramento.

³⁶⁵ Redegonda Rositani, *Il disagio minorile e i doveri dei genitori nell'educazione della prole in ambito canonico e civile italiano*, Roma, Pontificia Università Lateranense, 2005, p. 78.

godono dello stesso trattamento giuridico. Fanno parte della prima categoria quei figli concepiti o nati da matrimonio valido o putativo³⁶⁶ (can. 1137), mentre fanno parte della seconda categoria quelli concepiti e nati fuori del matrimonio. La legittima paternità ex canone 1138 primo comma è stabilita sulla base di una presunzione *iuris tantum*: è padre colui che è unito in matrimonio celebrato secondo *iustae nuptiae*. Il superamento di questa presunzione si raggiunge con una prova contraria tratta da argomenti evidenti come ad esempio la sterilità, l'impotenza, l'assenza fisica del padre nel periodo in cui sarebbe dovuto avvenire il concepimento, o altre prove biologiche.

Il secondo comma del canone fissa il tempo utile della nascita legittima rispetto al momento della celebrazione del matrimonio e della dissoluzione della vita coniugale; anche questa volta ci si trova di fronte ad una presunzione che ammette prova contraria; i 180 e 300 giorni considerati dalla disposizione, rispettivamente dopo la celebrazione del matrimonio e dallo scioglimento dello stesso, corrispondono ai termini comunemente accettati per la nascita di un bambino; è ammessa la dimostrazione che un figlio pur nato dopo il primo termine o entro il secondo sia da ritenersi comunque illegittimo perché il padre non è quello che era unito in matrimonio con la madre nel periodo considerato.

Il canone seguente tratta dell'istituto della legittimazione che si sostanzia in un atto giuridico con il quale ad un figlio viene attribuita la legittimità. Essa può avvenire o attraverso il susseguente matrimonio dei genitori o mediante rescritto della Santa Sede. Quest'ultimo rappresenta un atto di grazia concesso appunto dalla Santa Sede, su richiesta.

Infine, il canone 1140 riguarda gli effetti canonici della legittimazione, in considerazione del fatto che equipara i figli legittimati ai legittimi.

³⁶⁶ Il matrimonio putativo a norma del canone 1061 è il matrimonio invalido celebrato in buona fede da almeno una delle parti, fin tanto che i due contraenti non divengano consapevoli della sua nullità. Oltre

La separazione personale

La separazione personale rappresenta una delle due realtà indicate dall'espressione «separazione dei coniugi» utilizzata dal legislatore canonico; mentre la prima è lo scioglimento del vincolo in forza del quale i soggetti possono contrarre un nuovo matrimonio, la seconda, la separazione personale appunto, è quella che comporta la permanenza del vincolo, e per mezzo di essa quindi è possibile far cessare la coabitazione ma non contrarre nuove nozze.

La convivenza coniugale è un diritto-dovere costituente la manifestazione esterna di quell'intima comunione di tutta la vita in cui si sostanzia il matrimonio; esso non è però assoluto potendo venire meno in caso di causa legittima.

Indubbiamente la separazione personale segna solitamente il momento di crisi del matrimonio, così come accade negli ordinamenti laici; questi ultimi generalmente prevedono la separazione consensuale che non è invece ammessa in quello canonico; l'importanza dell'indissolubilità del vincolo è la probabile ragione di questa assenza. «Nel quadro di una perfetta parità di trattamento dei due sessi, sia il Codice del 1917, sia quello del 1983, indicano nell'adulterio del marito o della moglie l'unica causa di separazione perpetua, distinta da quella temporanea»³⁶⁷. Per poter far cessare la convivenza è necessaria quindi la presenza di giusti motivi, e l'adulterio è certamente uno di questi anche in considerazione del fatto che ciò era già previsto nel Vangelo (Mt 19,9). Il canone 1152 che regola la fattispecie pur affermando il diritto di separarsi che sorge in capo alla parte innocente, raccomanda il dovere di questi di perdonare e quindi di ricorrere alla separazione come estrema *ratio*; il ritorno all'unità è infatti sempre auspicabile. Le condizioni affinché un coniuge possa azionare tale diritto sono che l'adulterio sia certo, non condonato espressamente o tacitamente, che non vi abbia acconsentito, che non ne abbia dato motivo e che non l'abbia commesso anche lui. Il diritto va esercitato con azione proposta entro sei mesi dalla scoperta dell'adulterio davanti alla competente autorità ecclesiastica. La separazione coniugale per la causa in esame sarà perpetua, cioè durerà sino alla morte di uno dei coniugi.

La separazione temporanea, cioè quella che viene meno quando cessa la causa che la giustifica, ricorre per violazioni coniugali diverse dall'adulterio. E' il canone 1153 che

alla buona fede di uno di questi ultimi, tale matrimonio deve essere veramente nullo e non solo supposto tale, e deve essere stato celebrato secondo la forma canonica.

³⁶⁷ Lelio Barbiera, *Diritto matrimoniale canonico*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 65.

stabilisce che un coniuge è autorizzato a chiedere e ottenere la legittima separazione temporanea quando l'altro gli fornisce un legittimo motivo. Diversamente da quanto previsto nel codice del 1917, il legislatore non indica nello specifico le cause legittimanti la richiesta di separazione esprimendosi in termini molto generici: «quando un coniuge provoca all'altro o alla prole un grave pericolo nel corpo o nell'animo, o gli renda troppo dura la vita comune». In questi casi vi è l'intervento dell'Ordinario del luogo di domicilio della parte che ha richiesto la separazione. Se però vi è pericolo nel ritardo dell'intervento ecclesiastico è ammesso che il coniuge innocente possa separarsi *propria auctoritate*, deferendo poi la situazione creatasi all'Ordinario.

«Effettuata la separazione dei coniugi, si deve sempre provvedere opportunamente al debito sostentamento e educazione dei figli»; questo è fissato dal canone 1154 che si riferisce tanto alla separazione perpetua quanto a quella temporanea. “I coniugi non sono più tenuti ai doveri e ai diritti reciproci, eccetto quelli di mantenere fede al vincolo coniugale, che permane in quanto tale; la legittima separazione autorizza anche ad avere un proprio domicilio”³⁶⁸.

Il canone 1155 indica la conseguenza giuridica dell'eventuale atto di perdono operato dal coniuge innocente: la riammissione alla vita coniugale e la conseguente rinuncia al diritto di separazione.

Gli effetti civili del matrimonio canonico

Poiché vi è una sostanziale differenza tra l'ordinamento canonico e gli ordinamenti statuali, il matrimonio disciplinato dal diritto della Chiesa non sempre produce effetti civili.

Va tenuto ben presente che diversi sono gli atteggiamenti dei diritti statuali verso il matrimonio canonico: alcuni lo ignorano del tutto e quindi non gli riconoscono nessun effetto; vi sono invece altri diritti statuali che lo prendono in considerazione ma in modi profondamente diversi.

³⁶⁸ Luigi Sabbarese, *Il matrimonio canonico nell'ordine della natura e della grazia*, cit., p. 394 e 395.

“Alcuni fanno proprio il principio canonico per cui il matrimonio dei cristiani è sacramento e, come tale, regolato esclusivamente dalla Chiesa, con la conseguenza che non ammettono, almeno per i cattolici, altro matrimonio se non quello regolato dal diritto canonico. Altri non abdicano alla potestà di regolare il matrimonio anche dei cattolici e ammettono i cattolici a contrarre matrimonio civile.”³⁶⁹

Vi sono poi Stati, come ad es. l’Austria, dove ci si limita ad attribuire agli ufficiali ecclesiastici il potere di certificare la celebrazione dei matrimoni che, per gli effetti civili, sono disciplinati dalla legge.

In ulteriori ordinamenti statuali, per propria unilaterale decisione o per l’esistenza di un Concordato con la Santa Sede, si riconosce efficacia civile allo stesso matrimonio celebrato secondo la disciplina del diritto della Chiesa.

Limitando l’attenzione a ciò che accade nel nostro Paese, che avendo stipulato nel 1929 un Concordato con la Santa Sede rientra nell’abito di quest’ultimo tipo di ordinamenti, ritengo opportuno, per meglio comprendere lo stato attuale del nostro diritto, esporre brevemente quella che era la situazione anteriore alla stipula del Concordato, riprendendo ciò che in parte era stato esposto nel capitolo precedente. A tal fine va innanzitutto ricordato che nell’Italia preunitaria il matrimonio era disciplinato dal diritto canonico. Il matrimonio civile era stato introdotto nelle provincie del continente durante il periodo napoleonico, ma la restaurazione lo aveva fatto venir meno. Nel nostro Paese esso venne adottato solo con la nuova legislazione unitaria. Dal 1866, anno di entrata in vigore del primo codice civile italiano, fino al 1929, il diritto statale non prese il matrimonio religioso in alcuna considerazione come istituto che valesse a creare o modificare i rapporti delle persone; la legge italiana preconcordataria espresse quindi un assoluto principio di laicità in materia matrimoniale per cui l’unica forma di matrimonio valida per l’ordinamento fu quella del matrimonio civile, previsto e regolato autonomamente nel suo sorgere e nel suo sviluppo dalle leggi dello Stato e celebrato alla presenza di un suo organo. Così nel periodo in esame la maggior parte dei cittadini italiani essendo di fede cristiana usarono contrarre due matrimoni: quello civile e quello religioso; quello civile di solito precedeva quello religioso al quale si accompagnavano le note di festività e di solennità.

³⁶⁹ Filippo Vassalli, *Lezioni di diritto matrimoniale*, Padova, Cedam, 1952, pp. 100-101.

Tale sistema venne radicalmente innovato dall'art. 34 del Concordato³⁷⁰. L'elemento fondamentale della nuova disciplina fu, per l'appunto, il riconoscimento di efficacia anche ai fini civili del matrimonio celebrato, secondo il diritto canonico, da un ministro del culto cattolico purché in presenza di determinati presupposti di validità del matrimonio secondo la legge dello Stato³⁷¹; ciò che si richiedeva era che esso fosse trascritto nei registri dello stato civile.

Ma con il riconoscimento suddetto, lo Stocchiero³⁷², commentando il Concordato quasi nell'immediatezza della sua stipulazione, fece notare che lo Stato non intese vincolare i cattolici al loro rito religioso, né rinunciare al suo istituto del matrimonio civile, ed infatti quest'ultimo venne mantenuto divenendo facoltativo da obbligatorio che era. A fronte di ciò il Concordato assegnò comunque alla Chiesa un ruolo di preminenza nella definizione di matrimonio legittimo³⁷³, ed esaminando il citato art. 34 ciò emerge chiaramente: alla competenza dell'autorità ecclesiastica vennero riservate le cause concernenti la nullità del matrimonio canonico nonché la dispensa dal matrimonio rato e non consumato; i conseguenti pronunciamenti erano rilevanti nel diritto dello Stato.

Continuando nell'analisi dell'articolo, si deve osservare come lo Stato continuò a mantenere comunque la propria presenza nella disciplina della formazione del vincolo, attraverso le pubblicazioni all'ufficio dello stato civile e la previsione della lettura da

³⁷⁰ Art. 34 del Concordato stipulato tra lo Stato italiano e la Santa Sede l'11-02-1929: «Lo Stato italiano volendo ridonare all'istituto del matrimonio, che è base della famiglia, dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo, riconosce al sacramento del matrimonio disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili.

Le pubblicazioni del matrimonio come sopra saranno effettuate, oltre che nella chiesa parrocchiale, anche nella casa comunale.

Subito dopo la celebrazione il parroco spiegherà ai coniugi gli effetti civili del matrimonio, dando lettura degli articoli del codice riguardanti i diritti e i doveri dei coniugi e redigerà l'atto di matrimonio, del quale entro cinque giorni trasmetterà copia integrale al Comune, affinché venga trascritto nei registri dello stato civile.

Le cause concernenti la nullità di matrimonio e la dispensa dal matrimonio rato e non consumato sono riservate alla competenza dei tribunali e dei dicasteri ecclesiastici.

I provvedimenti e le sentenze relative, quando sono divenute definitive, saranno portate al Supremo Tribunale della Segnatura, il quale controllerà se siano state rispettate le norme del diritto canonico relative alla competenza del giudice, alla citazione e alla legittima rappresentanza o contumacia delle parti.

I detti provvedimenti e sentenze definitive coi relativi decreti del Supremo Tribunale della Segnatura saranno trasmessi alla Corte di Appello dello Stato competente per territorio, la quale, con ordinanze emesse in camera di consiglio, li renderà esecutivi agli effetti civili ed ordinerà che siano annotati nei registri dello stato civile a margine dell'atto di matrimonio.

Quanto alle cause di separazione personale, la Santa Sede consente che siano giudicate dall'autorità giudiziaria civile».

³⁷¹ Cfr. Franco Anelli, *Il matrimonio*, Milano, Giuffrè, p.12 e ss..

³⁷² Giuseppe Stocchiero, *Il matrimonio in Italia*, Vicenza, Società Anonima Tipografica, 1929, p. 8.

³⁷³ Cfr. Chiara Saraceno, *Mutamenti della famiglia*, cit., p. 48 e ss.

parte del parroco degli articoli del codice civile relativi ai diritti e ai doveri dei coniugi; naturalmente rimase alla competenza dello Stato la tenuta dei registri dello stato civile al fine di determinare lo *status* di libero o coniugato delle persone.

Per l'applicazione dell'articolo in questione fu emanata la legge 27 maggio 1929 n. 847, la c.d. «legge matrimoniale» la quale provvide anche a modificare alcune disposizioni del codice civile dell'epoca, modificazioni poi trasfuse, quasi integralmente, negli articoli 84, 89 e 90 del vigente codice civile.

La sostanza dell'ordinamento sancito negli articoli 5 e 16 della citata legge è che “il matrimonio religioso produce gli effetti civili dal giorno della celebrazione a condizione che sia trascritto nei registri dello stato civile; e che la trascrizione è operata sempre, eccettuati i tre casi di cui all'art. 12”³⁷⁴; questi sono: quello in cui i contraenti fossero già uniti da matrimonio civile; quello in cui uno dei contraenti, sia già vincolato da matrimonio civile con altra persona; quello in cui il matrimonio sia stato contratto da persona interdetta per infermità di mente.

Alcuni autori sostennero che l'art. 34 del Concordato e la legge che vi diede esecuzione avrebbero introdotto nel nostro ordinamento un nuovo tipo di matrimonio definito per l'appunto «matrimonio concordatario»; tra questi si possono ricordare il Falco³⁷⁵, il Magni³⁷⁶, il Ravà. Quest'ultimo³⁷⁷ in particolare ritenne di ravvisare nella “speciale ingerenza dello Stato nella costituzione del rapporto”³⁷⁷ ciò che lo farebbe assurgere a tipologia speciale. Il Vassalli, nell'opera già citata³⁷⁸, contestò questa ricostruzione affermando che non può configurarsi un “rito di celebrazione del matrimonio concordatario, risultante dalla celebrazione canonica e dalla lettura degli articoli del codice civile”, “poiché la celebrazione del matrimonio riconosciuto agli effetti civili è la celebrazione prescritta dai canoni e dal rituale (art. 5 della legge 27 maggio 1929) e la lettura degli articoli del codice civile è un momento successivo richiesto ai fini della trascrizione”.

Sulla stessa posizione di questo studioso si è schierata la dottrina dominante anche più recente: lo Jemolo³⁷⁹, per il quale la Chiesa non ha mai pensato di creare per l'Italia

³⁷⁴ Filippo Vassalli, *Lezioni di diritto matrimoniale*, cit., pp. 127-128.

³⁷⁵ Cfr. Mario Falco, *La natura giuridica degli Accordi lateranensi e le loro relazioni*, Padova, Cedam, 1929.

³⁷⁶ Cfr. Cesare Magni, *Teoria e interpretazione del diritto ecclesiastico civile*, Bologna, Il Mulino, 1994.

³⁷⁷ Adolfo Ravà, *Lezioni di diritto sul matrimonio*, Padova, Cedam, 1935, p. 147.

³⁷⁸ Filippo Vassalli, *Lezioni di diritto matrimoniale*, cit., pp. 149-151.

³⁷⁹ Cfr. Carlo Arturo Jemolo, *Il matrimonio*, 3 ed., Torino, Utet, 1961.

una *species* dell'istituto matrimonio regolato dal suo diritto, il De Luca³⁸⁰, e molti altri ancora, i quali hanno fatto presente che l'accettare una ricostruzione come quella avanzata dal Ravà potrebbe configurare l'istituto matrimoniale in questione come la risultante di una ibrida confluenza di norme canoniche e di norme desunte dalla disciplina del matrimonio civile.

L'espressione «matrimonio concordatario» deve dunque intendersi come utilizzata solo per comodità pratica, essendo ben consci del fatto che ci si intende sempre riferire al matrimonio canonico, il quale, sotto l'osservanza delle norme statuali che assicurano il raccordo tra l'istituzione canonica stessa e l'ordinamento civile, genera il vincolo matrimoniale civile.

Per il Finocchiaro “la formula «matrimonio concordatario» identifica, in modo sintetico e sommario, quel complesso di atti giuridici, canonici e civili, che trovava la sua disciplina nell'art. 34 del Concordato lateranense”³⁸¹; quindi una sorta di collegamento tra l'ordinamento statale e quello canonico nel campo del matrimonio.

Lo stesso discorso vale nei confronti di quanto ora prevede l'art. 8 dell'Accordo di Villa Madama del 18 febbraio 1984³⁸² che ha regolamentato in maniera nuova i

³⁸⁰ Luigi De Luca, *Il riconoscimento del matrimonio canonico*, in *Diritto ecclesiastico*, 1984/1, p. 419.

³⁸¹ Francesco Finocchiaro, *Del matrimonio, art. 79-83*, in *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1971, p. 222 e ss.

³⁸² Articolo 8 dell'Accordo del 18 febbraio 1984 tra l'Italia e la Santa Sede (modifiche al Concordato lateranense): -1 «Sono riconosciuti effetti civili ai matrimoni contratti secondo le norme del diritto canonico, a condizioni che l'atto relativo sia trascritto nei registri dello stato civile, previe pubblicazioni nella casa comunale.

Subito dopo la celebrazione, il parroco o il suo delegato spiegherà ai contraenti gli effetti civili del matrimonio, dando lettura degli articoli del codice civile riguardante i diritti e i doveri dei coniugi, e redigerà quindi, in doppio originale, l'atto di matrimonio nel quale potranno essere inserite le dichiarazioni dei coniugi consentite secondo la legge civile.

La Santa Sede prende atto che la trascrizione non potrà avere luogo: a) quando gli sposi non rispondano ai requisiti della legge civile circa l'età richiesta per la celebrazione; b) quando sussista tra gli sposi un impedimento che la legge civile considera inderogabile.

La trascrizione è tuttavia ammessa quando, secondo la legge civile, l'azione di nullità o di annullamento non potrebbe essere più proposta.

La richiesta di trascrizione è fatta, per iscritto, dal parroco del luogo dove il matrimonio è stato celebrato, non oltre i cinque giorni dalla celebrazione. L'ufficiale dello stato civile, ove sussistano le condizioni per la trascrizione, la effettua entro ventiquattro ore dal ricevimento dell'atto e ne dà notizia al parroco.

Il matrimonio ha effetti civili dal momento della celebrazione, anche se l'ufficiale dello stato civile, per qualsiasi ragione, abbia effettuato la trascrizione oltre il termine prescritto.

La trascrizione può essere effettuata anche posteriormente su richiesta dei due contraenti, o anche di uno di essi, con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro, sempre che entrambi abbiano conservato ininterrottamente lo stato libero dal momento della celebrazione a quello della richiesta di trascrizione, e senza pregiudizio dei diritti legittimamente acquisiti dai terzi.

-2 Le sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, che siano munite del decreto di esecutività del superiore organo ecclesiastico di controllo, sono, su domanda delle parti o di una di esse, dichiarate efficaci nella Repubblica italiana con sentenza della Corte di Appello competente, quando questa accerti: a) che il giudice ecclesiastico era il giudice competente a conoscere della causa in quanto matrimonio celebrato in conformità del presente articolo; b) che nel procedimento

rapporti tra lo Stato e la Chiesa anche in materia matrimoniale³⁸³. In tale articolo si concentra la disciplina dell'istituto che si sta considerando. Esso sostituisce l'art. 34 del Concordato del 1929 e ha tenuto conto dei mutamenti che nell'ordinamento italiano erano intervenuti nella materia in questione per effetto non solo dell'istituzione della Repubblica, ma anche in conseguenza della riforma del diritto di famiglia del 1975 e di alcuni interventi della Corte Costituzionale di cui si è dato conto sopra³⁸⁴ e a cui si rinvia.

L'art. 8.1 primo comma dell'Accordo stabilisce che «sono riconosciuti effetti civili ai matrimoni contratti secondo le norme del diritto canonico, a condizione che l'atto relativo sia trascritto nei registri dello stato civile, previa pubblicazioni nella casa comunale». «Perciò, a produrre effetti nel diritto dello Stato è il matrimonio disciplinato dal diritto canonico, quanto alla validità; ma gli effetti civili sono subordinati alla trascrizione nei registri dello stato civile. Senza la trascrizione il vincolo rimane un rapporto puramente religioso. E la trascrizione può avere luogo solo dopo che siano state effettuate le pubblicazioni previste, come per il matrimonio civile, dagli articoli 93 e seguenti del codice civile e dagli articoli 97 e seguenti dell'ordinamento dello stato civile»³⁸⁵.

Quest'ultima non può essere posta in essere se gli sposi non rispondono ai requisiti della legge civile circa l'età richiesta per la celebrazione, o quando sussista un impedimento che la legge civile considera inderogabile; nondimeno, essa è ammessa

davanti ai tribunali ecclesiastici è stato assicurato alle parti il diritto di agire e di resistere in giudizio in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano; c) che ricorrano le altre condizioni richieste dalla legislazione italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere.

La Corte di Appello potrà, nella sentenza intesa a rendere esecutiva una sentenza canonica, statuire provvedimenti economici provvisori a favore di uno dei coniugi il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo, rimandando le parti al giudice competente per la decisione sulla materia.

-3 Nell'accedere al presente regolamento della materia matrimoniale la Santa Sede sente l'esigenza di riaffermare il valore immutato della dottrina cattolica sul matrimonio e la sollecitudine della Chiesa per la dignità ed i valori della famiglia, fondamento della società».

³⁸³ L'Accordo tra l'Italia e la Santa Sede, in modo particolare la dichiarazione del punto 1 del Protocollo addizionale, ha rappresentato dal punto di vista storico-ecclesiastico l'affermazione di un vero e proprio principio rivoluzionario: la scomparsa dall'ordinamento giuridico italiano del confessionismo statale; è infatti affermato che «Si considera non più in vigore il principio originariamente richiamato dai Patti Lateranensi della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano».

Va ricordato che la religione cattolica quale religione dello Stato aveva rappresentato per il nostro Paese una costante risalente all'epoca romana; era stato infatti l'imperatore Teodosio II in una sua costituzione, fatta propria successivamente dall'imperatore Giustiniano che addirittura pose al principio del suo *Codex (I.1.1)*, a stabilire il principio per cui tutti i sudditi dovessero seguire la religione dell'imperatore.

³⁸⁴ Si veda p. 81.

³⁸⁵ Francesco Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, cit. p. 321.

quando, secondo la legge civile, l'azione di nullità o di annullamento non potrebbe essere più proposta.

Prima di concludere le considerazioni su questa tematica, rinviando per gli approfondimenti del caso, innanzitutto alla lettura dell'articolo 8 dell'Accordo riportato in nota e quindi al testo del Finocchiaro più volte citato e ad altri testi riportati anch'essi in nota³⁸⁶, si desidera ribadire che l'attuale legislazione matrimoniale consente ai nubendi la piena libertà di scegliere tra il matrimonio civile, quello canonico avente effetti civili e quello acattolico, non essendovi alcuna norma, come invece accadeva in alcune legislazioni italiane preunitarie, che imponga una disciplina piuttosto che un'altra in rapporto all'appartenenza delle parti, o anche di una sola di esse, ad una confessione anziché ad un'altra.

4. Lo scioglimento del matrimonio

La dispensa dal matrimonio rato e non consumato; il privilegio paolino. La soluzione delle poligamie e delle poliandrie: il c.d. privilegio petrino.

La dispensa dal matrimonio rato e non consumato; il privilegio paolino

Riprendendo quanto già iniziato ad affrontare nel paragrafo introduttivo di questo capitolo a proposito dell'indissolubilità del matrimonio, dove si diceva che nella realtà si registrano delle eccezioni al principio in questione, occorre partire dal canone 1141 che ribadisce l'assoluta indissolubilità del matrimonio sacramentale consumato, per poi evidenziare, appunto, come il legislatore canonico nei canoni successivi a questo, determini le circostanze nelle quali altri tipi di matrimonio, pur essendo validi in se stessi, possono essere sciolti a determinate condizioni e per un bene superiore allo stesso vincolo coniugale.

³⁸⁶ Salvatore Bordolani, *Concordato e legge matrimoniale*, Napoli, Jovene, 1990.

Il matrimonio nel diritto canonico nella legislazione concordataria italiana, Atti del Congresso nazionale di Martina Franca, a cura di Raffaele Coppola, Università di Bari, 2002.
Luigi Chiappetta, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria: manuale giuridico pastorale*, Roma, Edizioni Dehoniane, 1990.

Il canone 1141 esclude ogni potere di scioglimento del vincolo da parte di qualsiasi potestà umana e rappresenta il risultato di una tradizione che si attestò definitivamente in Occidente a partire dal XII-XIII secolo dopo un lungo processo di riflessione che aveva interessato anche l'Oriente. Tale processo partendo dal Nuovo Testamento, in particolare dall'interpretazione del più volte citato brano dell'evangelista Matteo (19,6)³⁸⁷, si era sviluppato nell'ambito dei Sinodi, confrontandosi anche con la disciplina dettata in materia di divorzio dall'Imperatore Giustiniano che in una sua costituzione aveva ampliato i casi in cui, secondo la legislazione civile, vi si poteva procedere. Questo "confronto" con la regolamentazione secolare comportò, in Oriente, addirittura l'ammissione esplicita del divorzio per i suddetti casi e ciò per effetto di alcuni Nomocanoni³⁸⁸ dell'833 attribuiti al patriarca Fozio. Il successivo Concilio di Costantinopoli confermò queste disposizioni e così mentre in Oriente si continuò ad applicare il divorzio, in Occidente nei secoli X-XIII la contrapposizione tra la scuola giuridica di Parigi e quella di Bologna e la successiva armonizzazione delle loro teorie operata dai Papi Alessandro III e Innocenzo III, condusse ad una maggiore precisazione del concetto di indissolubilità, in quanto si pervenne alla convinzione che soltanto la consumazione del matrimonio fa acquistare a quest'ultimo la perfetta ed assoluta indissolubilità³⁸⁹.

Questa posizione medievale venne confermata dal Concilio di Trento. Nel corso del XX secolo poi, la difficoltà di trovare una soluzione soddisfacente ai matrimoni fallimentari fece avanzare in dottrina nuove soluzioni che si allontanavano ovviamente dalla tradizione in materia, ma che non furono prese in alcuna considerazione dalla Chiesa e il canone 1141 è l'espressione di questa perseveranza nella tradizione. Pertanto ai sensi di questo canone solo la morte di uno dei coniugi può determinare lo scioglimento del matrimonio rato e consumato.

Detto questo, è il caso ora di considerare la moderna dottrina, evidenziando come essa procedendo nell'analisi della normativa codiciale, abbia rilevato che "benché l'indissolubilità sia una proprietà di ogni matrimonio che possa dirsi tale, tuttavia quella di un matrimonio rato e consumato è diversa da quella di un matrimonio *ratum tantum*, come pure da quella che si consegue in un matrimonio tra

³⁸⁷ Si veda sopra, p. 121.

³⁸⁸ Il Nomocanone è il titolo dato ad alcune sillogi giuridiche orientali così dette perché comprendono insieme e in corrispondenza norme ecclesiastiche e leggi imperiali in materia ecclesiastica, espressione del cesaropapismo vigente nell'Oriente greco.

³⁸⁹ Sul punto, si veda sopra p. 120.

due non battezzati. Pertanto esistono diversi gradi di stabilità quando si tratta della indissolubilità³⁹⁰. Questa chiara posizione consente di porsi nella giusta prospettiva per la migliore comprensione degli istituti della dispensa dal matrimonio rato e non consumato, dei privilegi paolino e petrino.

Procedendo per ordine e iniziando quindi dal primo, che è preso in considerazione dal canone 1142 del vigente codice³⁹¹, deve dirsi che esso ha ad oggetto appunto il matrimonio soltanto celebrato ma di cui però almeno una delle parti sia battezzata. Tale dispensa è di competenza esclusiva del Romano Pontefice. Storicamente questa potestà veniva riconosciuta nel caso in cui prima della consumazione una parte avesse deciso di intraprendere la vita religiosa; la ragione per la quale si ammetteva una simile possibilità era ravvisata nel maggior valore che si attribuiva alla consacrazione a Dio rispetto al matrimonio non consumato. Con il tempo ci si interrogò sull'ammissibilità di una dispensa concessa anche per altri valori oltre la professione religiosa e si giunse a stabilire l'operatività della dispensa in presenza di una giusta causa³⁹² sopprimendo il caso di dissoluzione del vincolo mediante la professione religiosa. I soggetti abilitati a presentare la domanda al Vescovo per l'istruzione del procedimento sono entrambe le parti, ma può essere anche soltanto una con l'opposizione dell'altra. E' previsto l'intervento del Difensore del Vincolo che sarebbe quella figura che ha il compito di mettere in luce gli argomenti che potrebbero essere adottati contro lo scioglimento del vincolo.

Il procedimento si conclude quando accertata l'inconsumazione e la giusta causa, interviene da parte della Santa Sede il rescritto di grazia concedente la dispensa. Non preclude il ricorso a questa "la consumazione avvenuta tra i coniugi prima della contrazione del matrimonio o nel contesto di un matrimonio invalido, quindi non rato"³⁹³. Questo perché tra le tradizionali argomentazioni probatorie vi è oltre all'argomento fisico consistente nell'esame teso a dimostrare la mancanza di unione

³⁹⁰ Luigi Sabbarese, *Il matrimonio canonico nell'ordine della natura e della grazia*, cit., p. 372.

³⁹¹ Va però ricordato che il procedimento per la dispensa, oltre che dalle disposizioni del codice, è disciplinato in sede regolamentare, dalle *Litterae circulares* della S. Congregazione dei sacramenti *De processu super matrimonio rato et non consumato* del 20 dicembre 1986, in «*Communicationes*», 1988, p. 78 e ss..

³⁹² Sulla giusta causa occorrente per l'emanazione della dispensa si veda E. Mazzacane, *La «Iusta causa dispensationis» nello scioglimento del matrimonio per inconsumazione*, Milano, 1963.

³⁹³ Lelio Barbiera, *Diritto matrimoniale canonico*, cit., p. 69.

Di questo autore si segnala anche un recentissimo testo che analizza non solo il matrimonio canonico ma anche quello civile, concordatario e degli acattolici; il suo titolo è infatti: *Il Matrimonio. Matrimonio civile, canonico, concordatario, degli acattolici, obblighi coniugali, separazione, divorzio, regimi patrimoniali del matrimonio*, Padova, Cedam, 2006.

fisica, anche l'argomento temporale consistente invece nella dimostrazione che dopo la celebrazione del matrimonio i coniugi non sono mai rimasti insieme da soli.

Lo scioglimento per privilegio paolino riguarda invece i matrimoni celebrati dai non battezzati allorquando una delle parti riceva il battesimo e l'altra non voglia coabitare con lei senza «offesa al Creatore». In questa ipotesi il principio indissolubilista deve cedere rispetto al valore maggiore dell'acquisizione, conservazione e accrescimento della fede cristiana. L'istituto in questione affonda le sue radici nella famosa lettera di San Paolo ai Corinzi (7, 12-15)³⁹⁴.

Oggi la disposizione di riferimento è il canone 1143; nei canoni 1144-1147 vengono invece indicate le condizioni che legittimano lo scioglimento del matrimonio e la contrazione del nuovo da parte del soggetto battezzato.

Il carattere di privilegio deriva da due circostanze: l'automatismo dello scioglimento, che non ha bisogno, a differenza di quanto avviene per lo scioglimento del matrimonio non consumato, di alcun provvedimento o sentenza; il fatto che la parte non battezzata resta vincolata al matrimonio, sino a quando il coniuge non si determini a passare a nuove nozze³⁹⁵.

Il canone 1143 specifica quando il privilegio può essere applicato: innanzitutto deve trattarsi di matrimonio non sacramentale valido e celebrato tra due persone non battezzate; deve esservi stata ricezione del battesimo da parte di uno dei coniugi; la parte non battezzata deve separarsi dal coniuge che ha ricevuto il battesimo. Quest'ultima condizione è una conseguenza del fatto che la parte non battezzata non desidera più coabitare o non vuole farlo pacificamente; allorché concorrono queste condizioni nel battezzato sorge il diritto a contrarre un nuovo matrimonio secondo la fede. «Quando invece la parte non battezzata si dichiara disposta ad accettare pacificamente la nuova situazione di vita con il battezzato, il privilegio paolino non può essere invocato perché ai sensi del canone l'impossibilità della vita coniugale deve provenire dalla parte non battezzata»³⁹⁶. Se la causa della separazione fosse da addebitare al comportamento della parte battezzata tale da dare adito a una giusta

³⁹⁴ San Paolo in questa lettera scrive: «Agli altri dico io, non il Signore: se un nostro fratello ha la moglie non credente e questa consente a rimanere con lui, non la ripudi; e una donna che abbia il marito non credente, se questi consente a rimanere con lei, non lo ripudi; perché il marito non credente viene reso santo..... Ma se il non credente vuol separarsi, si separi; in queste circostanze il fratello o la sorella non sono soggetti a sevitù; Dio vi ha chiamati alla pace....».

³⁹⁵ Cfr. Paolo Moneta, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova, ECIG, p. 233.

³⁹⁶ Angelo D'Auria, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, cit., p. 347.

causa per la parte non battezzata, sarebbe del tutto esclusa la possibilità di usufruire del privilegio paolino per la parte battezzata.

Per accertare le circostanze che giustificano l'applicazione del privilegio i canoni 1144 e 1145 prevedono un procedimento sommario consistente in una richiesta formale alla parte non convertita di procedere anch'essa al battesimo, o dell'intenzione di continuare a coabitare, come già detto poco sopra, senza offesa a Dio. Il canone 1146 dispone circa la possibilità per il coniuge battezzato di contrarre nuove nozze con parte cattolica in caso di risposta negativa della parte non battezzata all'interpellazione o nel caso di legittima omissione, o ancora se la parte non battezzata pur avendo accettato la coabitazione pacifica si sia separata poi senza giusta causa.

Infine il canone 1147 prevede, diversamente da quanto avveniva nel codice del 1917, che il Vescovo possa concedere alla parte battezzata, che utilizzi il privilegio paolino, di contrarre matrimonio con una parte non cattolica, battezzata o meno, facendo salva l'applicazione delle norme sui matrimoni misti.

La soluzione delle poligamie e delle poliandrie: il c.d. privilegio petrino

I canoni 1148 e 1149 prendono in considerazione due ipotesi di scioglimento del matrimonio non riferibili al privilegio paolino ma comunque ascrivibili al *privilegium fidei*.

In questi casi il Romano Pontefice, successore dell'apostolo Pietro, *ex plenitudine auctoritatis vicariae*, scioglie in *favorem fidei* un matrimonio naturale quando non concorrono tutti i presupposti del privilegio paolino.

Dopo la scoperta dell'America il diffondersi del movimento missionario fece sì che la Chiesa si trovasse di fronte a situazioni religiose e culturali ovviamente differenti dalla dottrina cristiana, e nella materia matrimoniale in particolare, la poligamia rappresentava per tutti coloro che abbracciavano la fede una causa di conflitto non indifferente; un problema che si tentò di risolvere adattando alle differenti situazioni lo strumento giuridico del privilegio paolino. Così alcune costituzioni di Paolo III e Pio V regolamentarono la situazione del poligamo che riceveva il battesimo nella Chiesa cattolica; costituzioni che vennero poi recepite e naturalmente adattate alle nuove

condizioni nel canone 1148. Esso prevede che il non battezzato che abbia contemporaneamente più mogli battezzate, una volta battezzato, se gli è difficile restare con la prima delle più mogli, possa decidere di tenere presso di sé quella che preferisce allontanando le altre; la stessa regola trova applicazione nel caso della donna convertita che abbia più mariti.

Similmente a quanto accade nell'ipotesi del privilegio paolino, quando si verificano le condizioni di cui al canone in esame, il vincolo precedente si scioglie nel momento in cui si contrae il nuovo matrimonio in forma legittima.

Per rispondere ad esigenze diverse dalla poligamia ma dalle quali emerge comunque la necessità dello scioglimento del matrimonio, il canone 1149 prospetta il caso di due non battezzati sposati validamente prima che uno di essi riceva il battesimo nella Chiesa cattolica, e al quale risulti impossibile ristabilire la coabitazione con l'altro coniuge non battezzato a causa di prigionia o di persecuzione. In queste circostanze è possibile sciogliere il vincolo naturale, sia quando la parte battezzata passa a nuove nozze, sia quando anche l'altra parte riceve il battesimo. "Rimane però fermo il disposto del canone 1141, per cui non è possibile sciogliere un matrimonio rato e consumato a motivo della indissolubilità assoluta che esso acquista attraverso la consumazione"³⁹⁷.

Per concludere va ricordato che così come per il procedimento volto all'ottenimento della dispensa dal matrimonio rato e non consumato, anche nei procedimenti previsti per l'ottenimento dei privilegi, le norme del codice sono attualmente integrate da una normazione secondaria, contenuta nelle *Normae de conficiendo processu pro solutione vinculi matrimonialis in favorem fidei* della Congregazione per la Dottrina della Fede, pubblicate il 30 aprile 2001³⁹⁸.

³⁹⁷ Luigi Sabbarese, *Il matrimonio canonico nell'ordine della natura e della grazia*, cit., p. 387.

CAPITOLO IV

IL METODO COMPARATIVO APPLICATO AL MATRIMONIO CANONICO E MUSULMANO

In questo capitolo, sulla base di quanto espresso in quelli precedenti, si evidenzieranno, sempre in modo sintetico, le somiglianze e le differenze tra i concetti, gli aspetti, i termini dell'istituto matrimonio all'interno dei differenti sistemi, innanzitutto socio-culturali e quindi giuridici, in cui esso si colloca.

I punti di riferimento saranno rispettivamente, per quello canonico il Codice, e per quello islamico il Corano e la Sunna del Profeta.

Come già analizzato, nel Codice di diritto canonico la struttura dell'istituto è tale da configurarlo come società naturale. "Naturale non significa però libero, cioè solvibile a piacimento, tanto che affermando il codice che il *matrimoniale foedus* è ordinato per sua stessa indole naturale al bene dei coniugi e alla generazione ed educazione della prole, dà per scontato che l'uomo e la donna lo costituiscono come *consortium totius vitae*. Allora il matrimonio è società naturale quando l'uomo e la donna lo costituiscono per tutta la vita, perché se uno dei due lo intendesse e volesse costituirlo come un contratto a termine, il matrimonio società naturale non sorgerebbe, cioè non verrebbe posto in essere alcun patto degno di essere chiamato matrimonio",³⁹⁹.

Tra i battezzati tale società assurge a dignità di sacramento e quindi è istituzione naturale di indole divina. L'*Islām* non conosce sacramenti e quindi il matrimonio non solo non è un sacramento, ma di per sé non è neppure un contratto religioso, anche se durante la sua celebrazione viene invocata la benedizione di Dio e vengono letti passi del Corano. Ciò non toglie però che esso abbia una grande rilevanza sociale e religiosa, anzi è così pregnante che si può ritenere che le nozze vengano concepite come durature, possibilmente per tutta la vita; dunque gli istituti del ripudio e della poligamia possono essere visti in un'ottica differente rispetto a quella consueta, per la quale essi si pongono come istituti che minano l'unità e l'indissolubilità dell'unione

³⁹⁸ Sul punto cfr. Paolo Moneta, *Le nuove norme per lo scioglimento in favore della fede*, in *Diritto Ecclesiastico*, 2002/1, pp. 1331-1346.

³⁹⁹ Sebastiano Villegiante, *Matrimonio cattolico e matrimonio musulmano: due mondi a confronto nel matrimonio dispari*, in *Commentarii pro seminariis, vocationibus ecclesiasticis, universitatibus*, 1985, pp. 198-199.

coniugale. Ci s'intende riferire al fatto che il Corano, pur prevedendo i detti istituti, non per questo non auspica e difende la stabilità del matrimonio in quanto tale. Appare chiaro che il Testo rivelato nella varietà dei rapporti possibili (concubinaggio, prostituzione, fornicazione) privilegia il matrimonio dal quale nasce la famiglia legittima. Matrimonio e famiglia sono ritenuti così importanti che è previsto un concreto tentativo di conciliazione dei coniugi quando si prospetta una loro separazione⁴⁰⁰; ancora, cerca di contrastare il facile ripudio⁴⁰¹, il mantenimento della cui presenza si spiega tenendo conto del contesto sociale in cui l'*Islām* vide la luce. Anche la poligamia può essere spiegata avendo riguardo alla società dell'epoca, caratterizzata da una grandissima povertà: ecco quindi che il prendere fino a quattro mogli, più che un diritto dell'uomo integrava un suo obbligo morale, che consentiva di salvare dalla miseria e molto probabilmente dalla morte, delle vite umane. Le mogli dovevano, essere trattate comunque equamente⁴⁰².

Sempre con riferimento alla concezione del matrimonio nei due ambiti di riferimento, la sfera cristiana e quella musulmana, è stato osservato che in entrambi l'istituto ha anche la funzione di "legittimare i rapporti sessuali tra uomo e donna, assicurare la procreazione, l'educazione della prole e la solidarietà tra i membri della famiglia; tutti lo intendono come l'unione tra due persone di sesso diverso, escludendo la possibilità di matrimoni omosessuali"⁴⁰³.

Dal matrimonio sorgono diritti ed obblighi che devono essere soddisfatti per dovere di giustizia. Sia nel diritto canonico che in quello islamico è possibile individuare una medesima tendenza a muoversi da una immagine "maschilista" dei rapporti tra coniugi ad una che invece valorizza la solidarietà tra essi. Non bisogna infatti dimenticare che

⁴⁰⁰ Sura IV, 35: «Se temete una rottura tra marito e moglie nominate un arbitro della parte di lui e uno della parte di lei: se i due coniugi desiderano riconciliarsi, Dio metterà armonia tra loro, poiché Dio è sapiente e di tutti ha notizia».

⁴⁰¹ I versetti 226 e 227 della Sura II affermano: «A coloro che giurano di separarsi dalle loro donne è imposta una attesa di quattro mesi. Se ritornano sul loro proposito, ebbene Dio è indulgente e perdona, e se poi saran confermati nella loro decisione di divorziarle, Iddio ascolta e conosce».

⁴⁰² L'equità di trattamento deve ovviamente sussistere anche ai nostri giorni. Se attualmente solo la Tunisia ha abolito la poligamia, gli ordinamenti degli altri Stati musulmani la limitano fortemente proprio facendo leva sul versetto del Corano che impone ai mariti di trattare in modo eguale le mogli; e quindi concretamente, il numero dei matrimoni poligamici è piuttosto esiguo. Fortunatamente oggi la condizione umana e sociale della donna in questi Paesi è profondamente cambiata, anche se permangono grosse differenze rispetto a quella della donna occidentale; gli interventi legislativi si muovono proprio nella direzione di far diminuire sempre di più il divario ancora esistente. Si veda quanto riportato nelle ultime pagine del paragrafo dedicato all'analisi dell'influsso della modernizzazione sulla disciplina del matrimonio nei Paesi islamici.

⁴⁰³ Silvio Ferrari, *Post-fazione e spunti di comparazione*, in *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, di Roberta Aluffi Beck-Peccoz, Alessandro Ferrari, Alfredo Mordechai Rabello, Torino, Giappichelli, 2006, p. 247.

la rivelazione coranica ha sovvertito l'ordine preesistente nei territori arabi segnando un deciso miglioramento della condizione femminile.

Per quanto riguarda le diversità di fondo che è possibile individuare, a parte le specificazioni appena fatte a proposito della poligamia, viene in rilievo un dato che ha a che fare in modo diretto con la religione: per quella islamica il considerare il matrimonio come un obbligo che grava su ogni uomo, per quella cattolica invece il considerare più meritorio consacrarsi a Dio piuttosto che sposarsi.

“Il celibato non è apprezzato nell’*Islām*: come stabilito da un *ḥadīṭ* «non c’è celibato nell’*Islām*»; anche il monachesimo è condannato dal Corano. Il Profeta invita i credenti a evitare ogni eccesso nella devozione e in particolare l’astinenza nei rapporti sessuali: «Io certo temo Iddio più di voi! Però, vedete, digiuno e interrompo il digiuno, prego, ma mi faccio le mie belle dormite, e sposo le donne...e posso proprio dire che chi agisce diversamente da questa mia *Sunna* non è uno dei miei»⁴⁰⁴.

Un altro elemento di differenziazione riguarda sempre i soggetti destinati al matrimonio. L’esame condotto nei capitoli dedicati rispettivamente a quello canonico e a quello musulmano ha mostrato che vi sono profonde differenze in ordine all’età e al sesso degli sposi, nel senso cioè dell’ influenza che esercitano sulla possibilità di unirsi in matrimonio.

Un’altra differenza concerne l’atto costitutivo dell’unione: il consenso; per il diritto canonico deve essere rigorosamente espresso liberamente da entrambe i nubendi, mentre per quello musulmano il consenso della donna deve essere manifestato dal tutore matrimoniale.

Anche la tematica degli impedimenti evidenzia regimi di regolamentazione piuttosto distanti. Nel matrimonio canonico l’impostazione è quella di distinguere tra impedimenti di diritto divino e impedimenti di diritto umano, mentre nel diritto musulmano la differenza è solo tra impedimenti permanenti e temporanei.

Per concludere è opportuno ritornare a quanto si diceva poco sopra a proposito del ripudio, perché questo offre la possibilità di fare qualche altra considerazione in merito alle differenze esistenti nell’altro importante settore della disciplina matrimoniale all’interno dei due diritti: lo scioglimento del vincolo. Si è detto che il ripudio costituisce un portato della cultura araba preislamica, e si è visto pure che ha resistito al processo di acculturazione giuridica che ha caratterizzato gli ordinamenti

⁴⁰⁴ Cfr. Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, cit. p. 183.

giuridici dei vari Stati musulmani, essendo stato abolito solo in quello tunisino; ebbene, la sua presenza negli altri ordinamenti fa aumentare le ipotesi di scioglimento del matrimonio, che il diritto canonico pure conosce, ma in misura assai limitata; il diritto islamico fa invece un uso limitato delle dichiarazioni di nullità matrimoniale privilegiando l'uso del divorzio⁴⁰⁵, a dire il vero anche rispetto a quello del ripudio che è disincentivato attraverso la previsione di procedure giudiziarie originariamente sconosciute.

Infine si desidera ricordare il diverso atteggiarsi dei due diritti di fronte alla questione degli effetti dell'apostasia di un coniuge rispetto all'unione: il diritto musulmano prevede che il matrimonio sia sciolto, il diritto canonico al contrario non prevede questa possibilità.

⁴⁰⁵ Cfr. Silvio Ferrari, *Le mariage des autres*, in *Revue de droit comparé*, 2005, 1, p. 25 e ss..

CAPITOLO V

IL MATRIMONIO NEGLI ORDINAMENTI STATUALI DI TUNISIA E MAROCCO

Tunisia

- 1. Considerazioni generali*
- 2. La formazione del legame matrimoniale*
- 3. Effetti del matrimonio*
- 4. Lo scioglimento del matrimonio*

1. Considerazioni generali

Si può ritenere che l'ordinamento giuridico tunisino rappresenti quello più avanzato dell'intero mondo arabo quanto allo sforzo di laicizzazione⁴⁰⁶. Le riforme sino ad oggi attuate costituiscono infatti un notevole avvicinamento al modello occidentale di diritto e potrebbero indicare una futura evoluzione verso un ancor maggior distacco da quello musulmano.

Tali riforme hanno riguardato anche il diritto di famiglia e in modo particolare la disciplina del matrimonio; a fronte dei mutamenti intervenuti, è però pure presente la severa critica operata dai movimenti femministi che auspicano una sempre maggiore equiparazione tra uomo e donna. La situazione è passibile di diversi sviluppi; rimane infatti insoluta l'incognita sul futuro atteggiamento del legislatore che potrebbe sia accentuare il rinnovamento intrapreso, sia arrestarlo sotto la spinta di pressioni "integraliste" la cui presenza anche se ridotta rispetto al passato è pur sempre latente.

Ma concentrando l'attenzione sulla regolamentazione del matrimonio prima di procedere nei prossimi paragrafi a verificarne la formazione, gli effetti e lo scioglimento, è il caso di esprimere qualche riflessione di carattere generale per inquadrare quelle più specifiche inerenti le anzidette modalità di estrinsecazione dell'istituto.

⁴⁰⁶ Cfr. Slim Laghami, *Droit musulman et droit positif: le cas tunisien*, in *Politiques législatives Egypte, Tunisie, Algérie, Maroc*, 1994, p. 157 e ss.

Anche il matrimonio tunisino nonostante le profonde innovazioni introdotte per effetto della regolamentazione contenuta nel Codice dello statuto personale⁴⁰⁷, si caratterizza come quello musulmano per essere considerato un mero contratto sinallagmatico. In esso non vi è una definizione di matrimonio: ne sono enunciate le condizioni, riprese appunto dal diritto musulmano; il legislatore vi ha aggiunto l'interdizione della poligamia.

Come contratto, il matrimonio crea tra due persone che vi hanno consentito, un rapporto di diritto al quale ciascuno è libero di mettere fine quando lo desidera. Come si è avuto occasione di evidenziare, il diritto tunisino ha abolito il ripudio, quindi l'unico modo di sciogliere il matrimonio durante la vita dei coniugi è il divorzio giudiziale, a cui questi sono ammessi su un piano di parità.

Il matrimonio in esame però ha, oltre al carattere di contratto, anche quello di istituzione e come tale infatti l'ordinamento ne regola le condizioni e certi effetti, ancorché ci si possa chiedere se questa regolamentazione non possa essere messa nel nulla, almeno in parte, dalle disposizioni del contratto stesso; questo perché le parti al momento della conclusione dell'accordo che constata i loro consensi, sono libere di inserire clausole tanto di ordine economico che personale, a condizione solo di non trasgredire all'essenza stessa dell'istituto, il quale pertanto non è rigidamente disciplinato e controllato dall'ordinamento giuridico, che non può così garantire a tutti i cittadini il rispetto dei medesimi effetti da esso discendenti.

Anche se le modificazioni apportate alle tradizionali regole del *fiqh* hanno mirato da un lato a promuovere la posizione della donna e della prole, dall'altro a diminuire il divario dei diritti e dei doveri coniugali; le disposizioni concernenti i rapporti patrimoniali tra marito e moglie non esprimono un'immagine moderna della famiglia. Infatti, la monogamia, dovrebbe tradursi tra l'altro in un eguale obbligo di contribuire ai bisogni di questa da parte dei coniugi, naturalmente ciascuno in relazione alla propria capacità lavorativa e alle proprie sostanze, ma tutto ciò non si realizza nella famiglia tunisina. Il *C.S.P.*⁴⁰⁸ usa formule diverse per ciascuno dei due sposi: se il marito deve affrontare le spese familiari, la donna vi contribuisce solo se possiede beni, quindi la sua capacità lavorativa dalla quale potrebbe derivare un reddito da

⁴⁰⁷ Il codice è stato promulgato il 13 agosto 1956, subito dopo l'indipendenza, entrando in vigore il 1° gennaio dell'anno successivo. Inizialmente la sua applicazione è stata limitata ai soli tunisini musulmani e ai tunisini non musulmani che avessero espresso l'intenzione di avvalersi di esso; qualche tempo dopo venne esteso a tutti i cittadini dello Stato.

⁴⁰⁸ *C.P.S.* è l'abbreviazione di «Codice dello statuto personale tunisino».

destinare ai detti bisogni, non viene assolutamente presa in considerazione, con la conseguenza che l'obbligo in questione grava sui coniugi in modo ineguale.

2. La formazione del legame matrimoniale

Il fidanzamento. Le condizioni sostanziali. Le condizioni formali. Sanzioni per l'inosservanza delle condizioni sostanziali e formali.

Il fidanzamento

Prima di analizzare come nasce il matrimonio è opportuno esaminare quella fase che nella normalità dei casi lo precede e cioè il fidanzamento; più esattamente la disciplina che di quest'ultimo viene data dal *C.S.P.*. Esso vi dedica i primi due articoli. L'art. 1 stabilisce che la promessa di matrimonio e lo scambio di promesse non costituiscono matrimonio e quindi il giudice non potrà imporre l'esecuzione alle parti. Da tale disposizione si evince che la rottura del fidanzamento è un diritto; tuttavia, essendo esso suscettibile di abuso, la Corte di Cassazione ha affermato che "il cattivo uso di questo diritto giustifica la domanda di riparazione del danno, che risulta su base delittuale e non su base contrattuale"⁴⁰⁹; il giudice una volta accertata l'avvenuta promessa e il pregiudizio tanto morale che materiale, deciderà sull'entità della somma da liquidare a titolo di risarcimento.

L'art. 2 afferma che ciascun promittente ha diritto alla restituzione dei doni offerti salvo rottura della propria promessa o stipula contraria. Anche in questa disposizione emerge l'ampia autonomia concessa alle parti nel disciplinare i propri interessi.

Il periodo di fidanzamento è stato preso in considerazione dalla giurisprudenza per ritenere, in un primo momento legittimi i figli generati durante questo, nonostante il diritto tunisino non ammettesse per principio generale che il figlio naturale potesse essere legittimato. Il ragionamento condotto dai giudici è stato quello di considerare le relazioni tra fidanzati come matrimoni nulli in forza di quanto stabilito dall'art. 36 bis

⁴⁰⁹ Cass. Civ. n° 1556 del 3-3-1959, in *Revue Tunisienne de Droit*, 1968, p. 91.

della legge 1 agosto 1957 n° 3 per l'assenza di un atto autentico. Attraverso questa impostazione è stato possibile invocare l'art. 22 del *C.S.P.* per il quale il matrimonio nullo ma consumato determina tra le altre cose anche l'istituzione di legami di filiazione. Nel 1973 però la Corte di Cassazione nel cassare una sentenza del giudice di merito determinò sul punto un capovolgimento della giurisprudenza, in quanto affermò che "i rapporti prematrimoniali costituiscono fornicazione e dunque non sono idonei a fondare il *nasab*"⁴¹⁰. Attraverso questa decisione l'ordinamento tunisino si è nuovamente conformato a quel principio generale di diritto musulmano per cui nessuna relazione giuridica può sorgere tra il padre e il bambino da lui generato attraverso una unione illegittima.

E' stato evidenziato⁴¹¹ come invano si cercherebbe nel Corano o nella *Sunna* del Profeta l'esplicita sanzione di tale principio, perché esso è il frutto dell'interpretazione che i *fuqahā'* hanno dato al versetto coranico XVI, 72: "Iddio v'ha dato delle spose, donne nate tra voi, e dalle vostre spose v'ha dato figli e nipoti, e v'ha provveduto delle buone cose. Crederan dunque essi nelle vanità? E rinnegheranno la grazia divina?". La discendenza, che è giuridicamente sanzionata dal *nasab*, è una grazia divina. Quindi, hanno argomentato i *fuqahā'*, come potrebbe la grazia divina derivare da un peccato, da un delitto esecrabile quale la fornicazione? Il principio per cui il bambino illegittimo non può essere legato al padre è quindi un corollario che la dottrina fa discendere dalla severa condanna della fornicazione pronunciata dal Corano. L'uomo non può trarre dal delitto commesso alcun profitto; in particolare il fornicatore non può perpetuarsi nella propria stirpe.

Il figlio nato da un'unione illegittima è pertanto del tutto escluso dalla famiglia paterna e ha vincoli giuridici solo con la madre e la famiglia di questa.

⁴¹⁰ Il *nasab* è il rapporto giuridico che lega il genitore al figlio. La sentenza in questione è la n° 9210 del 6/3/1973, in *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation*, 1973, p. 44.

⁴¹¹ Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, cit., p. 153.

Le condizioni sostanziali

Per il diritto tunisino, le condizioni sostanziali, cioè necessarie per contrarre un valido matrimonio sono costituite dall'età, dal consenso e dall'assenza di alcuni impedimenti.

L'età

Come è stato già sopra accennato il *C.S.P.* pone un limite di età al di sotto del quale non è possibile sposarsi: venti anni l'uomo e diciassette la donna; al di sotto di questa età solo una autorizzazione del giudice concessa in presenza di gravi motivi e nell'interesse dei futuri sposi, può rendere possibile la conclusione del contratto. La previsione del codice (art.5) è il frutto di una modificazione legislativa del 1964⁴¹²: la formulazione del 1957 prevedeva che i due soggetti dovevano essere puberi, e tale pubertà era fissata a diciotto anni per l'uomo e quindici per la donna. L'innovazione legislativa fu nelle condizioni di svolgere compiutamente i propri benefici effetti, soprattutto il contrasto ai matrimoni precoci, perché poté contare su un buon funzionamento dello stato civile grazie ad una legge sempre del 1957⁴¹³: prima di allora in mancanza di dati sicuri sull'età della ragazza, il giudice doveva basarsi sulle dichiarazioni del *walī*, e poteva anche da questi essere ingannato. Tra gli altri effetti che legge mirava a realizzare attraverso la misura in esame va ricordata anche la riduzione del numero delle nascite che pesava pesantemente sullo sviluppo economico del Paese. Oggi l'incremento demografico non costituisce più un problema ma rappresenta invece una risorsa.

Il consenso

L'art. 3 del *C.S.P.* dichiara che il matrimonio si conclude solo con il consenso delle due parti; la disposizione ha certamente un carattere rivoluzionario, ma i matrimoni precoci non potevano essere efficacemente contrastati senza una simile presa di posizione non essendo sufficiente la sola fissazione di un'età minima per la loro contrazione. Si abbandonò così sia la costruzione *malikita* dell'istituto secondo la quale soggetti erano l'uomo, la donna e il *walī an-nikāḥ*, sia la costruzione *sciafiita*

⁴¹² Decreto legge n° 64-1 del 20-02-1964, convertito nella legge n° 64-1 del 21-04-1964.

secondo la quale erano invece tali solo l'uomo e il *walī an-nikāḥ*; il codice prevede infatti la figura del tutore solo in caso di matrimoni tra minori richiedendone il suo consenso che però non è vincolante, perché è previsto che si possa non tenere conto del suo rifiuto se i due futuri sposi persistono nella loro intenzione e adiscono il giudice per ottenere l'autorizzazione all'unione (art. 6)⁴¹⁴.

Attraverso la disposizione che stabilisce che il matrimonio non è formato che dal consenso dei due sposi (art. 3), e attraverso quella che stabilisce che il matrimonio tra uomo e donna che non hanno raggiunto la maggiore età legale è subordinato al consenso del loro tutore (art. 6), la legislazione tunisina si è uniformata all'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 e alla Convenzione di New-York sulla donna del 10 dicembre 1962⁴¹⁵.

L'art. 7 del *C.S.P.* disciplina invece il matrimonio dell'interdetto per prodigalità; questo è validamente concluso soltanto con il consenso del curatore; tuttavia l'annullamento di una unione conclusa senza tale consenso non può essere richiesto che prima della consumazione perché questa ne comporta la validità.

Il *C.S.P.* prevede la possibilità che i fidanzati possano concludere il matrimonio oltre che di persona anche tramite mandatario (art. 9); nessuna condizione particolare è prevista per quest'ultimo, essendo sufficiente che sia provvisto di una procura stabilita da atto autentico, comportante espressamente la designazione dei due futuri sposi; questo mandato è personale e non può essere in nessun caso delegato ad un terzo senza l'autorizzazione del mandante (art.10). E' stato evidenziato⁴¹⁶ come il matrimonio per procura rischi di essere molto pericoloso in un Paese dove le tradizioni plurisecolari attribuivano al padre il potere di sposare le figlie quasi sempre senza neppure consultarle; non può stupire quindi che i padri di mentalità tradizionale abbiano male assimilato le nuove idee che eliminano il loro potere e di conseguenza cerchino di

⁴¹³ Legge n° 3 del 1-08-1957.

⁴¹⁴ Va precisato che questo articolo fa riferimento oltre che alla figura del tutore matrimoniale anche alla madre, diversamente da quanto accadeva nel diritto musulmano dove, come noto, essa non era presa in alcuna considerazione. Quindi sia il tutore che la madre del soggetto minore devono esprimere il loro assenso anche se non vincolante perché superabile dalla decisione del giudice adito.

⁴¹⁵ La Tunisia ha aderito anche alla Convenzione di Copenaghen sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione riguardante le donne. Il governo tunisino ha però dichiarato che non adotterà alcun atto legislativo o regolamentare in applicazione delle disposizioni delle citate convenzioni che vada contro il dettato dell'art.1 della Costituzione, il quale proclama l'*Islām* come religione di stato.

⁴¹⁶ Mohammed Charfi, *Les conditions de forme du mariage en droit tunisien*, in *Revue Tunisienne de Droit*, 1969, p. 22.

aggirare la legge forzando la volontà dei loro figli attraverso l'istituto in questione che ben si presta a costrizioni⁴¹⁷.

Gli impedimenti

L'art. 5 comma primo del *C.S.P.* afferma che i due futuri sposi non devono trovarsi in uno dei casi d'impedimento al matrimonio previsti dalla legge: questi impedimenti possono essere definitivi o provvisori.

Gli impedimenti definitivi sono quelli che risultano dal legame di parentela, di affinità, dall'allattamento e dal triplice divorzio.

Per quanto concerne il divieto di matrimonio derivante da parentela, questo sussiste tra ascendenti e discendenti, tra fratelli e sorelle e tra una persona e i discendenti all'infinito dei propri fratelli e sorelle.

Allo stesso modo è vietato il matrimonio tra un figlio adottato e i membri della propria famiglia di origine se questa è conosciuta. La legge sull'adozione⁴¹⁸ non prevede espressamente alcun impedimento fondato su una parentela adottiva, tuttavia tale legge stabilisce che tra colui che adotta e l'adottato intercorrono rapporti analoghi a quelli della filiazione legittima e si evince quindi l'esistenza degli stessi impedimenti.

Con riferimento all'adozione va ricordato che essa è vietata dall'*Islām* in quanto il *nasab* deve necessariamente collegarsi alla filiazione biologica, quindi il suo accoglimento nell'ambito dell'ordinamento giuridico tunisino rappresenta un'eccezione nel panorama dei Paesi arabi⁴¹⁹.

Per quanto riguarda l'affinità la sola celebrazione fa sorgere il divieto del matrimonio tra l'uomo e le ascendenti della propria sposa ovvero le spose degli ascendenti e le mogli dei discendenti; quando il matrimonio è stato consumato, il divieto si estende alle discendenti della sposa. La giustificazione degli impedimenti è intuitiva: alla base vi sono ragioni eugenetiche, morali e di convenienza sociale.

⁴¹⁷ Va ricordato che anche nell'ordinamento italiano è consentito, in casi eccezionali e tassativamente indicati, il matrimonio per procura (art. 111 c.c.), ma il procuratore non è un rappresentante in senso tecnico, ma un semplice *nuncius*, dato che si limita alla mera trasmissione della dichiarazione della volontà matrimoniale di chi sia impedito a renderla personalmente.

⁴¹⁸ Si tratta della legge 4-3-1958 n° 27.

⁴¹⁹ Il divieto dell'adozione che caratterizza il diritto musulmano si rinviene direttamente nel Corano, sura XXXIII, versetti 4 e 5: «Dio non ha posto nelle viscere dell'uomo due cuori, né ha fatto delle mogli vostre che voi ripudiate col *ẓhār*, delle madri, né dei vostri figli adottivi dei veri figli..... Chiamate i vostri figli adottivi dal nome dei loro padri: questo è più equo agli occhi di Dio. E se non conoscete i loro padri, siano essi vostri fratelli nella religione e vostri protetti».

Anche l'allattamento è un impedimento dirimente, alla stregua della parentela e dell'affinità ed ha origine dal Corano (sura IV, 22); il bambino allattato è equiparato al figlio legittimo (sura IV, 23), ma l'impedimento a contrarre matrimonio con lui non si estende ai suoi fratelli e sorelle; ancora, è richiesto, affinché tale allattamento divenga un impedimento, che abbia avuto luogo nel corso dei primi due anni di vita del lattante. La Corte di Cassazione tunisina⁴²⁰ ha affermato che per essere causa di annullamento di un matrimonio, l'allattamento deve essere notoriamente conosciuto prima della sua celebrazione; con la stessa sentenza la Corte ha stabilito che questo impedimento interessa l'ordine pubblico e quindi il pubblico ministero ha la facoltà di chiedere l'annullamento del matrimonio concluso malgrado il verificarsi appunto di un precedente allattamento.

L'ultimo impedimento permanente è costituito poi dall'esistenza di un triplice divorzio; questo impedimento sostanziandosi nell'esistenza in un triplice scioglimento del vincolo ricorda quello tradizionale musulmano del triplice ripudio, ma se ne differenzia perché ciò che viene considerato è appunto il divorzio e non il ripudio che è stato escluso dall'ordinamento giuridico tunisino, e poi perché è stato trasformato da provvisorio in definitivo.

Venendo ora all'esame degli impedimenti temporanei previsti nel *C.S.P.* (art. 14 secondo comma) si può affermare che anche questi derivano dal diritto musulmano ma non coincidono con quelli previsti da questo: la legislazione tunisina non menziona infatti, né la disparità di condizioni sociali, né il fatto di essere in pellegrinaggio o in ritiro religioso, né tantomeno la grave malattia, ma si limita a considerare tali, una serie di ostacoli che scaturiscono dall'esistenza di un matrimonio non sciolto e dalla non scadenza del lutto vedovile; deve però aggiungersi anche la diversità di culto⁴²¹.

Il *C.S.P.* vieta la poligamia nonché il matrimonio dell'uomo con la donna che si trovi nel periodo di ritiro legale conseguente allo scioglimento del suo precedente matrimonio, ma mentre nel primo caso prevede l'azione penale nei confronti del bigamo e del suo complice, nel secondo caso non la prevede.

L'art. 18 del codice prescrive infatti la pena della reclusione della durata di un anno e il pagamento di una ammenda pari a duecentoquaranta dinari, ovvero una sola delle due pene, per chiunque, essendo già sposato, contraiga un altro matrimonio prima dello scioglimento del precedente, mentre l'art. 20 con riferimento all'ipotesi della

⁴²⁰ Cass. Civ. 17-01-1961 n° 319, in *Revue Tunisienne de Droit*, 1963-1965, p. 44.

⁴²¹ La questione sarà analizzata specificamente più avanti.

donna che ha contemporaneamente più mariti, ne prevede semplicemente la proibizione. La Corte di Cassazione applica tuttavia l'art. 18 tanto alla poligamia quanto alla poliandria⁴²².

Il delitto si configura nel momento in cui è provata l'esistenza di un secondo matrimonio e il primo risulti valido. Tale è il caso di un matrimonio *orf*⁴²³, contratto non alla presenza di notai o dell'ufficiale di stato civile prima della promulgazione del *C.S.P.*⁴²⁴. Per l'art. 18 terzo comma non ha alcuna importanza che il secondo matrimonio sia stato posto in essere al di fuori delle forme previste dalla legge n° 3 del 1-08-1957 che regola lo stato civile.

Come visto l'ordinamento giuridico tunisino è il solo tra tutti quelli dei Paesi islamici a vietare in modo assoluto la poligamia e a specificare che il matrimonio contratto in violazione di tale divieto è da considerarsi nullo. Inizialmente il codice non prevedeva in modo esplicito questa nullità; ciò aveva dato modo ai conservatori di sostenere che esso pur comportando conseguenze penali restava valido. A chiarire il dettato legislativo intervenne la legge n° 1 del 1964 che aggiunse all'elenco delle cause di nullità del matrimonio la violazione dell'art. 18 del *C.S.P.* che vieta per l'appunto la poligamia.

L'impedimento provvisorio del ritiro legale, cui sopra si è accennato, differisce a seconda che il precedente matrimonio sia sciolto dal divorzio o dal decesso: per la donna divorziata non incinta, il termine è di tre mesi, per la vedova di quattro mesi e dieci giorni, tuttavia se la donna divorziata o vedova è incinta il ritiro legale termina con l'avvento del parto. L'art. 35 infine precisa che la durata massima della gravidanza è di un anno a partire dal divorzio o dal decesso e l'art. 36 dispone che, per la donna il cui marito è stato dichiarato disperso la durata del ritiro legale è uguale a quella della vedova.

Agli impedimenti provvisori, espressamente previsti dall'art. 14 del *C.S.P.*, si deve aggiungere, come sopra accennato, la diversità di culto. L'art. 5 del codice prevede nel suo primo comma «che i due futuri sposi non devono trovarsi in uno dei casi d'impedimento previsti dalla legge»; la norma è suscettibile di una doppia interpretazione a seconda del significato che s'intenda attribuire al termine

⁴²² Si veda per es. quanto affermato nella sentenza della Cassazione Penale. n° 4428 del 30-03-1966, in *Revue Jurisprudence Legislation*, 1966, p. 400.

⁴²³ Tale era quello che prevedeva una sola formalità: la presenza di testimoni per attribuire una certa pubblicità.

⁴²⁴ Tribunale di Tunisi 24-02-1964 n° 11, in *Revue Tunisienne de Droit*, 1964, p. 43.

“impedimento”: se gli si attribuisce quello di impedimento *sciaraitico* lo si può intendere come ostacolo previsto dalla legge religiosa islamica, con la conseguenza che una musulmana non può sposare un non musulmano al contrario di un musulmano che può sposare una cristiana o una ebrea, mentre se non gli si attribuisce tale significato lo si deve intendere semplicemente come un ostacolo di diritto positivo e quindi considerare solo quegli impedimenti previsti dagli articoli 14 e 20 del *C.S.P.*.

Secondo lo studioso Yadh Ben Achour il ricorso alla Costituzione non è di nessun aiuto per dissipare i dubbi di interpretazione della questione, perché se il preambolo proclama solennemente la volontà del popolo di rimanere fedele agli insegnamenti dell'*Islām*, e ancora, l'art. 1, che la religione della Tunisia è l'*Islām*, lo stesso articolo dichiara però anche che il Paese è uno Stato libero, indipendente e sovrano: tali principi si contraddicono, perché i primi due affermano la sottomissione dell'ordine giuridico positivo a un ordine trascendente, il terzo afferma la priorità del primo ordine rispetto al secondo. La Corte di Cassazione, deliberando in materia successoria, ha dichiarato nullo il matrimonio di una musulmana con un non musulmano, allineandosi così al diritto musulmano. Si è già rilevato come la differenza di religione costituisce per il diritto musulmano un impedimento assoluto al matrimonio tra musulmani e idolatri, ora va aggiunto che una simile prescrizione, come anche la non reciprocità della possibilità concessa al musulmano di sposare una appartenente alla “gente del libro”, si spiegano con la preoccupazione della purezza e del mantenimento dell'integrità della società musulmana; poiché nella concezione islamica i figli seguono la religione del padre, il matrimonio di una musulmana con un non musulmano farebbe uscire la famiglia dall'orbita dell'*Islām*. In pratica quindi il matrimonio tra una musulmana e un non musulmano non può essere celebrato, l'ufficiale dello stato civile deve rifiutare siffatta celebrazione; naturalmente l'impedimento scompare se il soggetto si converte all'*Islām*.

Sempre con riferimento alla formazione del legame matrimoniale e in modo particolare alle appena viste condizioni sostanziali, occorre fare riferimento all'obbligo previsto dall'art. 3 comma secondo del *C.S.P.* e cioè quello di determinare il *mahr* della sposa. Tale previsione sembra farne una condizione di validità dell'istituto. L'art. 21 però, enumerando i casi di nullità non vi include l'art. 3 comma secondo, e ciò vuol dire che l'atto di matrimonio nel quale non vi è alcuna menzione del *mahr* non è nullo. E' plausibile ritenere in tal caso un intervento del giudice che stabilisca un *mahr* c.d. di equivalenza cioè rapportato alle condizioni socio-economiche della donna cui è

diretto. Se poi ci si sofferma sull'art. 13 si può notare come questo faccia del *mahr* un vero e proprio diritto della sposa: il marito non può, fino a quando non abbia provveduto a versarlo, pretendere la consumazione del matrimonio. Dopo quest'ultima il *mahr* è considerato un semplice debito del marito: la moglie può semplicemente richiederne il pagamento, senza che dall'inadempimento derivi il divorzio.

Le condizioni formali

Come sin ora detto il matrimonio è un contratto consensuale. Il *C.S.P.* e la legge n° 3 del 1-08-1957 relativa allo stato civile ne hanno stabilito imperativamente le condizioni di forma. Prima dell'entrata in vigore del *C.S.P.* il matrimonio era concluso in modo valido in due forme diverse: il matrimonio *orf* conforme al diritto musulmano classico che richiedeva la sola formalità della presenza di due testimoni, e il matrimonio contratto alla presenza di due notai che provvedevano a redigere un atto scritto. Il primo tipo era praticato soprattutto nelle campagne, il secondo invece rispondeva ai costumi urbani.

Oggi il matrimonio *orf* è proibito e la redazione dell'atto scritto è sempre necessaria. A norma dell'art. 3 comma secondo del *C.S.P.* è necessaria pure la presenza di due testimoni, i quali ai sensi dell'art. 32 comma terzo della legge n° 3 del 1-8-1957 devono essere maggiorenni di sesso sia maschile che femminile.

Gli sposi hanno la facoltà di scegliere l'autorità dinanzi alla quale intendono concludere il contratto e cioè l'ufficiale di stato civile o due notai che compilano l'atto autentico⁴²⁵.

L'intervento dell'una o dell'altra autorità è richiesto a pena di nullità, come si evince dall'art. 36 della legge sullo stato civile.

Il matrimonio concluso davanti ai notai deve essere comunicato da parte di questi all'ufficiale di stato civile della circoscrizione degli sposi, nel termine di un mese a decorrere dalla stesura dell'atto; in mancanza di comunicazione, i notai non possono consegnare una copia dell'atto di matrimonio alle parti e una ammenda sanziona ogni infrazione a tale formalità⁴²⁶.

L'ufficiale di stato civile del luogo dove il matrimonio è celebrato lo trascrive nel registro dei matrimoni e ne informa l'ufficiale di stato civile del luogo di nascita di

⁴²⁵ Legge 1-08-1957 n° 3 art. 31 comma primo.

⁴²⁶ Legge 1-08-1957 n° 3 art. 33.

ognuno degli sposi, che a sua volta è tenuto a segnalarlo ai margini dell'atto di nascita di ognuno dei coniugi⁴²⁷.

La prova del matrimonio può essere data esclusivamente con l'atto notarile o con il certificato rilasciato dall'ufficiale di stato civile⁴²⁸.

La legge n° 58 del 4-07-1958 ha creato un procedimento speciale per i casi di matrimonio *orf* conclusi prima della promulgazione del C.S.P.: un siffatto matrimonio poteva essere certificato fino al 30 giugno del 1962 attraverso un documento redatto dall'ufficiale dello stato civile del luogo di nascita o dell'ultima residenza secondo una dichiarazione rilasciata dinanzi allo *Sheikh* dai due sposi ovvero da uno solo se l'altro era deceduto e ciò alla presenza di due testimoni. Nella pratica però numerose coppie sposate secondo le consuetudini non hanno fatto ricorso a questo procedimento speciale ma hanno preferito rivolgersi ai tribunali per farsi dichiarare marito e moglie.

Una particolarità della disciplina matrimoniale tunisina è costituita dalla previsione di un certificato c.d. prenuziale⁴²⁹ che ha la funzione di attestare la buona condizione di salute dei due futuri sposi. In sostanza si tratta di una dichiarazione di un medico che constata il loro stato di salute come compatibile con il matrimonio. Egli si sofferma in particolare sulle affezioni contagiose, pericolose, per il coniuge o per la discendenza. La presentazione di tale certificato, che deve datare meno di due mesi al momento della celebrazione del matrimonio, non è una condizione per la sua validità, infatti l'unica sanzione prevista nel caso che non si ottemperi ad essa, è nei soli confronti dell'ufficiale dello stato civile e dei notai i quali sono puniti con un'ammenda.

⁴²⁷ Legge 1-08-1957 n° 3 artt. 34 e 53.

⁴²⁸ La Corte di Cassazione con la sentenza n° 3538 del 23-02-1964 (in *Revue Jurisprudence Legislation*, 1965, p. 475) ha stabilito che «le dichiarazioni contenute nell'estratto di nascita di un figlio nato dall'unione dei propri genitori non può servire quale prova del matrimonio di questi soggetti».

Sanzioni per l'inosservanza delle condizioni sostanziali e formali

L'inosservanza delle condizioni stabilite dalla legge, siano esse sostanziali o formali, è passibile di due categorie di sanzioni: civile e penale.

Quella civile è rappresentata dalla nullità. Il matrimonio è nullo in caso di mancanza del consenso degli sposi, ma l'assenza del consenso del tutore non è causa di nullità del matrimonio del minore. Il matrimonio del prodigo può al contrario essere annullato su domanda del proprio curatore salvo il caso che sia stato consumato (art. 7).

L'esistenza di un impedimento sia esso permanente o provvisorio è ugualmente causa di nullità. Questa è inoltre pronunciata in caso di mancanza delle condizioni di forma tassativamente stabilite dalla legge n° 3 del 1-08-1957.

Bisogna aggiungere a queste cause di nullità un'altra causa che si rinviene nel codice ma non trova molto riscontro nella pratica; secondo l'art. 11 del *C.S.P.* gli sposi possono inserire nell'atto di matrimonio ogni clausola relativa a beni e persone, ma è da ritenere nullo quel matrimonio che comporti una clausola contraria alle condizioni essenziali di questo.

La nullità può essere invocata da chiunque vi abbia interesse e in modo particolare dal pubblico ministero che è legittimato in quanto le questioni di diritto familiare interessano l'ordine pubblico.

La consumazione del matrimonio nullo determina gli effetti previsti dall'art. 22 del *C.S.P.*: la donna ha il diritto di rivendicare il *mahr* stabilito nel contratto, ed in sua mancanza quello stabilito dal giudice; è tenuta a rispettare il ritiro legale che decorre dalla separazione; i legami di filiazione permangono e sono legittimi; infine sussistono gli impedimenti al matrimonio risultanti dalla parentela.

La sanzione penale è prevista per il bigamo, infatti colui che contravviene al divieto di poligamia viene condannato ad un anno di reclusione. Ma anche coloro che continuano o riprendono la vita in comune dopo la dichiarazione di nullità del proprio matrimonio sono passibili di reclusione, esattamente sei mesi. Infine per quelli che hanno contratto matrimonio utilizzando una forma diversa da quelle legali la pena di reclusione prevista è di tre mesi⁴³⁰.

⁴²⁹ E' stato introdotto dalla legge n° 46 del 3-11-1964.

⁴³⁰ Si veda la legge n° 3 del 1-08-1957 art. 36 comma primo.

3. Effetti del matrimonio

Rapporti personali tra i coniugi. Rapporti patrimoniali tra i coniugi. I disaccordi tra gli sposi. Effetti del matrimonio rispetto ai figli.

Con il matrimonio tra i coniugi si instaura un rapporto giuridico tendenzialmente destinato a durare sino alla morte se non intervenga un'altra causa prevista dalla legge che ne determini lo scioglimento. Dal momento della conclusione del contratto si ha la produzione di una serie di effetti giuridici anzitutto, ed ovviamente, tra i coniugi.

Il *C.S.P.* disciplina questi effetti che possono sostanzialmente raggrupparsi in due classi: effetti personali, vale a dire attinenti alla relazione fra marito e moglie; effetti di natura patrimoniale cioè attinenti ai profili economici dei rapporti familiari.

In alcuni casi, la legge distingue a seconda che il matrimonio sia stato o meno consumato e questo particolarmente in materia patrimoniale. Le disposizioni che se ne occupano non sono molto esaustive, ed è per questo che il loro contenuto è precisato dalla giurisprudenza.

Rapporti personali tra i coniugi

Diversi articoli del *C.S.P.* si riferiscono alla questione dei rapporti personali tra gli sposi, così come talune disposizioni del codice penale, ma è l'art. 23 del *C.S.P.* che costituisce il testo base delle relazioni coniugali: «Ciascuno dei due coniugi deve trattare l'altro con gentilezza secondo gli usi, vivere in buoni rapporti ed evitare di causargli pregiudizio. I due coniugi adempiono i doveri coniugali secondo quanto imposto dall'uso e dalle consuetudini. Essi si forniscono reciprocamente aiuto nella gestione degli affari familiari, nella buona educazione dei figli, nelle spese a questi relative, ivi compresi gli studi, i viaggi e gli atti di carattere patrimoniale. Il marito, nella sua qualità di capo famiglia, deve mantenere la moglie e i figli secondo le proprie facoltà e secondo lo stato della moglie nell'ambito di quanto è compreso nel mantenimento. La moglie, se ne ha i mezzi, deve contribuire alle spese della famiglia».

Da questa disposizione si evince che il marito è il capo della famiglia, detiene il potere decisionale e quindi ne assicura la direzione generale. In particolare è a lui che spetta il diritto di scegliere il domicilio coniugale. La coabitazione costituisce uno degli obblighi coniugali più importanti essendo il fine fondamentale perseguito dal matrimonio.

La sposa deve abitare con il proprio marito nel domicilio da lui scelto e seguirlo, se del caso, in un'altra città⁴³¹. Essa può rifiutare la coabitazione solo in casi eccezionali, come per esempio nell'ipotesi di maltrattamenti.

Questo articolo non prevede espressamente l'obbligo reciproco di assistenza morale e materiale tra i coniugi, pertanto la solidarietà coniugale non sembra essere alla base del matrimonio tunisino.

Ciò che emerge chiaramente invece è che in Tunisia in linea di massima, le relazioni tra i coniugi sono reciproche ma non egualitarie, in quanto solo il dovere di fedeltà grava egualmente sugli sposi. Tale dovere non deriva necessariamente dal *C.S.P.* ma vi è contenuto in modo implicito dato il divieto di poligamia di cui all'art. 18. Fino al 1968 solo la sposa adultera era perseguibile in sede penale e al marito spettava l'iniziativa e l'eventuale interruzione dell'azione giudiziaria. La legge 18 marzo 1968 n° 1 modificando l'art. 236 del codice penale ha stabilito l'uguaglianza dell'uomo e della donna in materia di adulterio: sia quello del marito che quello della donna è punito con la reclusione a cinque anni e una ammenda, ed il correo viene punito con le stesse pene. La legge non specifica come debba essere provato l'adulterio e quindi il giudice deve elaborare la propria convinzione fondandosi su ogni mezzo di prova. Costituendo l'adulterio violazione dei doveri coniugali è causa di divorzio.

Rapporti patrimoniali tra i coniugi

I rapporti patrimoniali tra i coniugi anche se delineano un allontanamento del diritto tunisino da quello musulmano di derivazione coranica, in considerazione del fatto che quest'ultimo non pone a carico della sposa alcun obbligo di contribuzione

⁴³¹ Cass. Civ. 15-01-1980 n° 3702, in *Revue Jurisprudence Legislation*, 1981, p. 106.

alle spese della famiglia mentre il primo prevede la possibilità che tale obbligo possa gravare anche su di essa, tuttavia, non sono tali da poter essere equiparati a quelli vigenti nei Paesi occidentali. Disposizione cardine è sempre l'art. 23 del C.S.P., in cui, come già si è avuta sopra occasione di accennare, per delineare gli obblighi in esame vengono utilizzate formule diverse per ciascuno dei due sposi: il marito deve farsi carico di ogni incombenza economica discendente dal matrimonio, la moglie vi partecipa eventualmente nel caso in cui abbia a disposizione delle risorse. La giurisprudenza vi avrebbe scorto un contributo obbligatorio di quest'ultima proporzionato appunto alle sue capacità; secondo la dottrina⁴³² ciò non sarebbe affatto vero, perché il suo contributo deve essere ritenuto secondario e facoltativo. Il fatto che la moglie abbia un lavoro e percepisca quindi un salario non esenta il marito dal mantenere la propria sposa⁴³³.

Il mantenimento comprende il cibo, il vestiario, l'abitazione, l'istruzione e tutto ciò che è considerato necessario secondo gli usi e la consuetudine. Queste due ultime componenti, come si vedrà di seguito, riguardano in modo particolare la prole.

Altre disposizioni che vengono in rilievo sono quelle contenute negli art. 38 e 39; esse stabiliscono rispettivamente che «il marito deve il mantenimento alla consorte dopo la consumazione del matrimonio e durante il periodo di ritiro legale in caso di divorzio», che «se indigente non deve alimenti, ma la trasgressione al suo obbligo può essere causa di divorzio qualora la donna non era a conoscenza della situazione del marito». Secondo Linant de Bellefond⁴³⁴, in piena sintonia con il diritto musulmano, il dovere che lo sposo ha di fornire tale mantenimento è da considerare come il corrispettivo dell'obbligo che la sposa ha di coabitare con lui, intendendo la coabitazione non tanto il vivere sotto lo stesso tetto quanto piuttosto il consentire alle relazioni sessuali.

Il diritto della moglie al mantenimento non si prescrive fin tanto che dura il matrimonio (art. 42 C.S.P.). Esso è comunque dovuto anche dopo l'ordinanza che segue alla constatazione di non conciliazione finché il divorzio non sia pronunciato. Quando poi i legami vengono scissi per effetto della sentenza che conclude il procedimento di divorzio, «l'ex marito non è più debitore dell'assegno: la donna da quel momento è da considerarsi estranea al marito»⁴³⁵; però l'obbligo del versamento

⁴³² Kalthoum Meziou, *Mariage, filiation en Tunisie*, in *Législation comparée*, 1988/1, p. 13.

⁴³³ Cass. Civ. 09-06-1981 n° 5116, in *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation*, 1981, p. 141.

⁴³⁴ Linant de Bellefond, *Traité de droit musulman comparé, Tome II*, Paris, Lahaye, 1965, p. 23.

⁴³⁵ Cass. Pen. 21-06-1972 n° 8443, in *Revue Jurisprudence Legislation*, 1973, p. 267.

di questo assegno si mantiene per altri tre mesi, a meno che la donna non sia incinta, perché in tal caso l'assegno le deve essere versato fino al momento del parto.

Oltre alla sanzione civile rappresentata dal divorzio cui il marito incorre se in costanza di matrimonio non onora il suo obbligo di mantenimento, e anche qualora dopo essersi assentato dalla casa coniugale non vi rientri entro il termine di un mese fissato dal giudice, sono previste pure sanzioni penali; una legge 1981 ha abrogato un decreto del 1926 relativo al delitto di abbandono della famiglia ed ha aggiunto un articolo al *C.S.P.*: il 53bis⁴³⁶. In forza di quest'articolo affinché la fattispecie delittuosa dell'abbandono della famiglia si integri, e scatti la detenzione, è necessario che il marito sia stato condannato al pagamento di un assegno al proprio coniuge e sia volontariamente in ritardo nell'assolverlo da più di un mese. La Corte di Cassazione ha precisato che il delitto non si configura se manca l'elemento intenzionale⁴³⁷, così come se la sentenza di divorzio non ha stabilito nulla in tema di *nafaqa*⁴³⁸.

Per quanto riguarda il regime matrimoniale va rilevato come il *C.S.P.* non contiene alcuna teoria generale; il solo principio è che il marito non dispone di alcun potere di amministrazione sui beni propri della moglie (art. 24). Conformemente al diritto musulmano la moglie conserva l'esclusiva proprietà dei suoi beni, gestendoli in modo del tutto indipendente e quindi senza il bisogno di autorizzazione o assistenza maritale⁴³⁹.

Il regime di base sembra essere dunque quello della separazione dei beni; gli sposi possono tuttavia inserire nel contratto di matrimonio ogni clausola relativa a persone o beni (art. 11); il carattere contrattuale di questi accordi appare evidente poiché il divorzio è la sanzione normale dell'inesecuzione della clausola. L'art. 11 del *C.S.P.*, che in realtà non trova una grande applicazione nella pratica, permette di convalidare, per i matrimoni misti, la scelta di un regime diverso da quello della separazione dei beni.

⁴³⁶ Art. 53bis *C.S.P.* : Chi è condannato al pagamento del mantenimento o della rendita in seguito a divorzio e omette volontariamente per un mese di pagare quanto dovuto è punito con la detenzione per un periodo variabile tra i tre mesi e l'anno e con una multa da cento a mille dinari.

⁴³⁷ Cass. Pen. 28-04-1971 n° 6955, in *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation.*, 1971, p. 158

⁴³⁸ Cass. Pen. 01-04-1981 n° 5148, in *Revue Jurisprudence Legislation*, 1982, p. 94.

I disaccordi tra gli sposi

L'origine delle disposizioni legali che prendono in considerazione i contrasti tra gli sposi si rinviene direttamente nel Corano: “Se temete la scissione tra i due coniugi nominate un arbitro della parte di lui e uno della parte di lei”⁴⁴⁰. In conformità a questo versetto, il diritto musulmano riconosce l'istituzione dell'arbitrato per la riconciliazione degli sposi.

L'art. 25 del *C.S.P.* stabilisce che se uno degli sposi si lamenta di un fatto pregiudizievole arrecatogli dall'altro senza però poter produrre una prova, e se il giudice non può convincere il responsabile del comportamento scorretto, egli deve nominare due arbitri; questi, dopo aver esaminato la questione, tenteranno la riconciliazione, ma in ogni caso dovranno rendergli conto del proprio intervento.

Spesso le contestazioni riguardano la proprietà di beni: la loro risoluzione è affidata ad una procedura stabilita dagli articoli 26 e 27, mentre l'art. 28 disciplina le questioni riguardanti beni particolari quali sono i regali che il marito ha donato alla moglie dopo la celebrazione del matrimonio; in questo caso si distingue a seconda che il matrimonio sia stato o meno consumato e secondo l'imputabilità della rottura. Se il matrimonio è stato consumato, a prescindere dalla causa della rottura, non si fa alcuna restituzione; quando invece lo scioglimento del matrimonio ha avuto luogo prima della consumazione si deve distinguere: se il motivo della fine dell'unione non è imputabile alla moglie, essa conserva i beni ricevuti, se invece il motivo le è imputabile, deve restituirli nella loro consistenza attuale.

Concludendo va ricordato che le questioni di disaccordo esaminate precedono o accompagnano lo scioglimento del matrimonio ma non per questo vanno confuse con il divorzio; quest'ultimo verrà analizzato specificatamente tra poco.

⁴³⁹ Va precisato che per il diritto musulmano la capacità della moglie di disporre dei suoi beni non è in realtà assoluta perché per gli atti di liberalità che eccedono il terzo del patrimonio è richiesta una autorizzazione del marito.

Effetti del matrimonio rispetto ai figli

Nel sistema tunisino si è mantenuto il principio *sciaraitico* per cui non vi è relazione tra padre e figlio se il concepimento non è legittimo. Figlio legittimo è naturalmente quello concepito durante il matrimonio. Si presume tale il bambino partorito dalla moglie dopo sei mesi o più dal momento del contratto di matrimonio indipendentemente dalla validità di questo (art. 71 C.S.P.). Anche l'art 69 esprime una presunzione di paternità perché considera figlio legittimo quello nato meno di un anno dopo l'assenza del marito, il suo decesso o la data di divorzio. Quindi non sorge filiazione paterna se il bambino nasce dopo un anno dal verificarsi di queste circostanze così come quando si provi che la moglie non ha avuto rapporti con il marito.

La filiazione si può stabilire oltre che per presunzione, anche per riconoscimento del padre o con la testimonianza di due o più testimoni affidabili. Il riconoscimento di paternità produce l'effetto di attribuire la qualità di figlio alla persona riconosciuta, con tutte le conseguenze che ne derivano nei vari settori del diritto.

In Tunisia il rapporto di filiazione si può realizzare anche con l'adozione, istituto questo, come già visto, sconosciuto al diritto musulmano. Essa crea tra l'adottante e l'adottato gli stessi diritti e gli stessi obblighi di quelli che sorgono dal legame di filiazione legittima.

Il padre deve mantenere i figli e se non ne ha i mezzi deve provvedervi la madre (art. 47)⁴⁴¹; l'obbligo sussiste fino alla maggiore età o fino al compimento degli studi, purché entro il venticinquesimo anno; la figlia senza reddito resta a carico del padre fino al matrimonio. Quest'ultima prescrizione è però ormai superata, giacché la Corte di Cassazione ha rilevato che "il padre può essere esonerato dall'obbligo di mantenimento nei confronti della figlia non ancora coniugata se dimostra che essa non ne ha bisogno perché ad esempio svolge un'attività lavorativa retribuita"⁴⁴².

Per quanto riguarda poi gli obblighi che dal matrimonio sorgono per la madre nei confronti dei figli, si può ricordare innanzitutto l'allattamento della prole; un *ḥadīṭ* del Profeta osserva che l'allattamento materno è quello che meglio giova ai bambini,

⁴⁴⁰ Corano IV, 35.

⁴⁴¹ Questa ancorché benestante non è tenuta a concorrere al mantenimento dei figli, subentrando al marito solo se esso non è in condizioni di farlo: oltre che nell'ipotesi di indigenza, anche qualora si assenti o muoia senza lasciare quanto basti per la tranquillità economica della famiglia.

⁴⁴² Cass. Civ. 19-02-1985 n° 1187, in *Revue Jurisprudence Legislation*, 1986, p. 67.

pertanto sulla base di questo anche il diritto tunisino pone a carico della madre tale incombenza; tuttavia qualora essa per ragioni legittime non possa ottemperarvi il padre dovrà adoperarsi da un punto di vista economico per trovare una sostituta che possa assicurare al bambino l'allattamento naturale (art. 48); in ciò il *C.S.P.* si discosta da quella che era la regola del diritto musulmano, perché la mercede della balia gravava comunque sulla madre che non poteva allattare e non sul padre.

Tra gli altri obblighi della madre vi è la custodia (*al-ḥaḍāna*); essendo concepita quale atto del “prendere tra le proprie braccia”, del proteggere e quale continuazione del dovere di allattamento, appariva una prerogativa femminile; tuttavia una legge del 1966 ha soppresso l'attribuzione legale, quindi l'unico criterio che viene considerato è l'interesse del bambino; l'art. 57 del codice prevede che durante il matrimonio la custodia è di diritto dei due genitori.

La custodia si estrinseca nell'educazione, istruzione e nel provvedere ai bisogni dei figli e se durante il matrimonio i genitori cooperano nel porre in essere queste attività, dopo lo scioglimento dell'*ḥaḍāna* viene attribuita al genitore sopravvissuto o alla persona che il giudice ritiene più adatto nell'interesse dei minori (art. 67).

Il diritto tunisino conformemente al diritto musulmano distingue la custodia dalla tutela (*wilāya*). Con quest'ultimo termine si comprendono varie posizioni concettuali: si parla di *wilāya* tanto per coloro che sono incapaci a causa dell'età, quanto per i malati di mente e per i prodighi; nel primo caso essa è assimilabile alla tutela, nel secondo caso alla cura, ma in entrambi i casi ha funzione protettiva⁴⁴³.

Chiunque sia il custode, il padre o il *walī* diverso da lui, e la madre, hanno il potere di controllo sugli affari della persona in custodia. Se la custode è di religione diversa da quella del padre del minore, la custodia cessa quando il custodito compie i cinque anni, o quando vi sia il timore che venga allontanato dalla religione paterna: la regola non si applica se custode è la madre (art. 59). “Il favore dimostrato in questo caso dalla legge per la madre non musulmana non sempre si riflette nell'applicazione che ne danno i giudici tunisini”⁴⁴⁴. Se la custode si risposa, perde il diritto alla custodia, a meno che si tratti della madre che esercita al contempo la tutela sul minore (art. 58).

⁴⁴³ Francesco Castro, *Corso elementare di istituzioni di diritto musulmano*, cit., p. 81.

⁴⁴⁴ Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, cit. p. 26.

4. Lo scioglimento del matrimonio

Il diritto tunisino e la tradizione musulmana. Il divorzio: cause, procedimento ed effetti.

Il diritto tunisino e la tradizione musulmana

Come si è potuto osservare nei paragrafi precedenti, in questo Paese l'uomo non può più ripudiare la moglie; non solo, ma ha le stesse possibilità di questa di porre fine all'unione matrimoniale mediante divorzio giudiziale. L'abolizione del ripudio ha costituito per la Tunisia una delle innovazioni più importanti nella materia che si sta considerando; e ad oggi, la Tunisia è l'unico Stato che con le sue riforme si sia discostato con forza dalla tradizione musulmana del diritto di famiglia.

Il legislatore ha conservato il termine *talāq* (ripudio) soltanto nel significato lato di divorzio, rifondando completamente lo scioglimento del matrimonio in vita dei coniugi.

Nel paragrafo successivo si analizzerà nello specifico la disciplina del divorzio, mentre in questo s'intende, tenendo conto di quanto già sopra esposto a proposito della disciplina dell'istituto del ripudio nel diritto coranico, fare un confronto, in modo molto sintetico, tra quella che era la situazione prima dell'introduzione del *C.S.P.* e quella successiva, proprio nelle modalità seguite dai tunisini per porre fine al matrimonio. Prima di questa introduzione la condizione giuridica della donna tunisina risultava decisamente inferiore rispetto a quella dell'uomo, non solo perché non vi era bisogno che essa consentisse al suo matrimonio, o perché essa era costretta a subire la poligamia del coniuge, ma anche, ed è questo l'aspetto che nel contesto in esame si deve maggiormente considerare, perché poteva essere ripudiata dal marito attraverso la semplice pronuncia da parte di questo di una frase che esplicitasse tale sua intenzione. Per contro la moglie non poteva ottenere il divorzio se non rivolgendosi al giudice allegando alla sua richiesta la prova di gravi fatti commessi dal marito. "Le difficoltà di prova, le limitazioni dei casi in cui il comportamento del marito era

giudicato colpevole e la lentezza della procedura rendevano la possibilità per la donna di ottenere il divorzio puramente teorica”⁴⁴⁵.

Il modello di organizzazione del matrimonio appena descritto ha resistito per quattordici secoli, in quanto rifletteva la società di quelle epoche, ma l’influenza occidentale seguita alla colonizzazione del Paese da parte della Francia iniziò a far breccia anche nella struttura diritto, che come è noto riflette quelle che sono le esigenze della popolazione; e quindi emerse anche una nuova impostazione dei rapporti tra marito e moglie; va però nuovamente ricordato che tutto ciò non si verificò nell’immediatezza dell’instaurarsi dei rapporti giuridici tra i due Stati, perché la regolamentazione del “diritto di famiglia, insieme a quello delle successioni, ha rappresentato sino all’inizio del secolo scorso, il baluardo imprendibile del diritto musulmano”⁴⁴⁶. Solo con il conseguimento dell’indipendenza, nel 1956, l’esigenza di innovare anche in questa branca del diritto riuscì ad imporsi e la conseguenza fu l’adozione del codice dello statuto personale, che si presentò da subito come un testo chiaro, conciso e soprattutto rivoluzionario rispetto a quelli degli altri Paesi musulmani, avuto riguardo alle coraggiose scelte operate: per quel che qui interessa ci si riferisce in modo particolare all’abolizione del ripudio. In questa operazione un ruolo importante venne svolto anche dalla figura carismatica del Presidente, Habib Buorghiba, che a proposito dello scioglimento unilaterale del matrimonio, in un discorso pronunciato nell’imminenza della promulgazione del *C.S.P.* dichiarò: “Le incidenze del ripudio sull’equilibrio della società, l’integrità della famiglia e l’avvenire dei figli non sono più da dimostrare, nessuno più ignora i danni di questa pratica pericolosa il cui esercizio è in balia degli umori passionali dello sposo”; in un secondo discorso aggiunse: “Una società non può essere sana ed equilibrata, finché la sua metà, l’elemento femminile, continuerà ad essere asservito ed umiliato”⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ Mohamed Charfi, *Le droit tunisien de la famille entre l’Islām et la modernité*, in *Revue Tunisienne de Droit*, 1973, p. 17.

⁴⁴⁶ Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, cit., p. 1.

⁴⁴⁷ Mohamed Moncef El Hamzaoui, *Le divorce et ses effets matériels en droit tunisien*, in *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération*, 1984, p. 413.

Il divorzio: cause, procedimento ed effetti

Nell'ordinamento giuridico tunisino il matrimonio si scioglie o con la morte di uno dei coniugi o per effetto del divorzio. Il *C.S.P.* ha abolito tutte le forme di ripudio unilaterale, che come si è visto, caratterizzavano il diritto musulmano classico, introducendo nel diritto statale il divorzio giudiziario.

E' l'art. 29 a definire il divorzio come lo scioglimento del matrimonio. Alcuni autori però, come ad esempio la Pruvost⁴⁴⁸, hanno ritenuto che tale definizione dovesse essere completata dai termini "durante la vita degli sposi": si è fatto notare come l'art. 67 in tema di custodia dei figli, distingue lo scioglimento del matrimonio a causa di morte da quello a causa di divorzio; la disposizione stabilisce infatti che in caso di scioglimento del matrimonio per decesso, la custodia viene affidata al superstite padre o madre, mentre se il matrimonio è sciolto essendo vivi gli sposi, allora la custodia deve essere affidata ad uno di essi o ad un terzo a seconda dell'interesse del figlio, per decisione del giudice.

E' invece con quanto affermato dall'art. 30, «Il divorzio può avere luogo solo in Tribunale», che si sancisce la rivoluzionaria soluzione appena evidenziata: la sostituzione del ripudio unilaterale ed extragiudiziario con una procedura sottoposta al controllo del giudice; quest'ultimo non si limita ad una mera verifica formale dell'avvenuto scioglimento del matrimonio, ma pone in essere una attività di indagine volta all'accertamento della reale impossibilità di continuare la vita coniugale. L'articolo 32 infatti non solo prescrive che il divorzio possa essere pronunciato solo dopo che il giudice abbia tentato invano di riconciliare i due coniugi, ma in caso di presenza di figli minori è previsto che la seduta di riconciliazione debba essere ripetuta tre volte per meglio consentire al giudice di poterla raggiungere, eventualmente anche attraverso l'ausilio di quelle persone che egli ritenga essere in grado di fargli perseguire l'obiettivo⁴⁴⁹.

Scelta radicale, è stata anche quella di concedere, ad entrambe i coniugi, la possibilità di porre fine al legame matrimoniale. Il nuovo art. 31 primo comma del *C.S.P.*, cioè

Sull'attuale condizione giuridica della donna in Tunisia, si veda N. Essafi, *Condition de la femme en Tunisie*, in *Etudes internationales*, 2001/3, pp. 41-49.

⁴⁴⁸ Lucie Pruvost, *Le mariage dans le Code du Statut Personnel Tunisien*, in "Se comprendre", n° 66, del 26-03-1973.

⁴⁴⁹ L'importanza attribuita al tentativo di riconciliazione dei coniugi è tale che l'art 32 bis del *C.S.P.* prevede addirittura la sanzione penale della detenzione per tutti coloro che dolosamente si adoperino al

quello così modificato dalla legge n° 81-7 del 18 febbraio 1981, prevede, in diverso ordine rispetto al testo anteriore, che il Tribunale pronuncia il divorzio: «in caso di mutuo consenso tra gli sposi; su richiesta di uno degli sposi a motivo del pregiudizio che ha subito; per desiderio del marito o domanda della moglie»; ma oltre a questa modifica meramente formale v'è ne è un'altra che potrebbe risultare più rilevante, riguardante il divorzio per pregiudizio: quest'ultimo, nella nuova stesura, sembra più ampio di quello pronunciato «su richiesta del marito o della moglie per motivi contemplati dagli articoli del presente codice» secondo quella che era la vecchia previsione.

L'articolo vigente non precisa il pregiudizio che legittima la domanda di divorzio e quindi non sembra escludere l'ipotesi che uno degli sposi possa richiederlo quando subisca un pregiudizio, in assenza di trasgressioni agli obblighi coniugali, da parte dell'altro; la giurisprudenza non si è pronunciata sulla questione, quindi pare propensa ad interpretare il nuovo testo nello stesso senso del vecchio. I motivi di pregiudizio vengono quindi ricercati dalla giurisprudenza negli articoli 11, 23, 39 e 40 del *C.S.P.*⁴⁵⁰. L'art. 11, come si è già avuto modo di osservare, prevede espressamente lo scioglimento del matrimonio tramite divorzio nel caso di non realizzazione di una condizione o di violazione di una clausola inserita nel contratto di matrimonio. Per quanto riguarda l'art. 23, una volta ricordato che esso enuncia gli obblighi reciproci degli sposi, va rilevato che la Cassazione tunisina ha ritenuto legittima la richiesta di divorzio nei confronti del coniuge che aveva pronunciato discorsi diffamatori nei confronti dell'altro, basandola proprio sulle prescrizioni di tale articolo⁴⁵¹; così, ancora, ha ritenuto altrettanto legittima la richiesta di divorzio da parte di un marito che essendo stato trasferito in altra città per motivi di lavoro, si era visto abbandonato dalla moglie che si rifiutava di seguirlo per le difficoltà che in conseguenza di ciò essa incontrava nell'esercizio della propria attività lavorativa⁴⁵².

L'adulterio degli sposi costituisce indubbiamente una violazione dei doveri coniugali, tuttavia il dovere di fedeltà non è espressamente previsto dall'art. 23.

fine di boicottare la recezione dell'invito a presentarsi in udienza per cercare di raggiungere la rappacificazione.

⁴⁵⁰ Mohamed Moncef el Hamzaoui, *Le divorce et ses effets matériels en droit tunisien*, cit, p. 415.

⁴⁵¹ Cass. Civ. n° 4546, 24-05-1966, in *Revue Jurisprudence Legislation*, 1966, p. 387.

⁴⁵² Cass. Civ. n° 3753, 08-01-1980, in *Revue Jurisprudence Legislation*, 1981, p. 106.

Sull'art. 39 del *C.S.P.* ci si è già soffermati poche pagine sopra⁴⁵³, pertanto è sufficiente ricordare che il giudice pronuncerà divorzio se alla scadenza del termine di due mesi concesso da questi al marito indigente, egli non sia ancora in grado di adempiere l'obbligo degli alimenti nei confronti della moglie, a meno che quest'ultima al momento della celebrazione del matrimonio fosse stata a conoscenza dello stato del marito, perché in tal caso non avrebbe diritto alla richiesta di divorzio.

Infine l'art. 40 del *C.S.P.* dispone che se il marito, trovandosi senza risorse, si allontana dalla moglie senza averle assicurato gli alimenti e nessuno vi provvede, il giudice, dopo avergli concesso il termine di un mese per ritornare, pronuncerà divorzio, una volta provata la situazione descritta e dopo che la moglie abbia prestato giuramento.

La parte che richiede il divorzio a motivo del pregiudizio subito, per ottenere il risarcimento sarà tenuta a dimostrarlo e potrà avvalersi di ogni mezzo.

Concentrando ora l'attenzione sulle altre due cause di divorzio, il mutuo consenso e la volontà unilaterale, va innanzitutto detto che il Tribunale è tenuto a pronunciare il divorzio quando i coniugi si siano accordati sulla richiesta e sugli effetti. E' vero che il giudice, come rilevato, con il tentativo di conciliazione cerca di far superare la crisi tra i due coniugi, ma una volta che ciò non sia possibile per la fermezza della volontà degli interessati, egli è tenuto a rispettarla e a proseguire nella procedura. La Corte di Cassazione con una sentenza del 1982⁴⁵⁴, ma ancora oggi non superata da nuove pronunce che in qualche modo possano riflettere una sia pur minima apertura verso una diversa impostazione, ha stabilito che la richiesta dinanzi al giudice non può essere ritrattata se non con l'assenso di entrambe i coniugi; "legittimamente dunque una Corte di Appello ha rigettato la pretesa di una moglie che dopo aver dato il proprio consenso al divorzio in prima istanza, aveva proposto appello adducendo come doglianza che il consenso le era stato estorto con violenza"⁴⁵⁵.

Il divorzio per volontà unilaterale è quello che rievoca in un certo senso l'istituto del ripudio, in quanto per operare non presuppone un consenso degli interessati; ma nello stesso tempo se ne distingue nettamente, perché se quest'ultimo è un modo di porre fine al rapporto matrimoniale messo a disposizione del solo marito che se ne può servire senza bisogno di ricorrere al giudice e senza incorrere in conseguenze negative,

⁴⁵³ P. 176.

⁴⁵⁴ Cass. Civ. 6299 del 09-02-1982, in *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation*, 1983, p. 327.

⁴⁵⁵ Kalthoum Meziou, *Mariage, filiation en Tunisie*, cit., p. 14.

la forma di divorzio che si sta considerando non solo non è riservata al marito e non è extragiudiziaria, ma soprattutto, colui che ne prende l'iniziativa è tenuto ad un risarcimento nei confronti del coniuge che lo deve subire. L'art. 31 prevede infatti l'obbligo di ripagare quanto patito per effetto del divorzio, sia a livello materiale che morale; e questo sia nell'ipotesi di scioglimento del matrimonio su domanda dei coniugi a motivo di un pregiudizio subito, sia nella terza forma di divorzio, quella appunto per volontà unilaterale, cioè esercitata senza una particolare motivazione se non quella di voler porre nel nulla il legame che fino a quel momento legava i due soggetti.

La dottrina e la giurisprudenza si sono sforzate di dare un fondamento giuridico all'azione volta al risarcimento dello sposo leso.

Alcuni autori, basandosi sull'art. 103 del codice delle obbligazioni e dei contratti, secondo il quale c'è abuso di diritto quando l'esercizio di un qualsiasi diritto è per sua natura in grado di causare un danno notevole ad altri e che potrebbe essere evitato senza gravi inconvenienti per il titolare, hanno ritenuto che sarebbe ravvisabile proprio l'abuso di diritto nell'espletamento di quello al divorzio per volontà unilaterale per futili motivi o addirittura in loro assenza.

Inizialmente la giurisprudenza condivise questa impostazione dottrinarica⁴⁵⁶; ma dopo qualche anno, la Corte di Cassazione⁴⁵⁷ mutò decisamente indirizzo sentenziando che nel caso in cui lo sposo prendesse l'iniziativa del divorzio conformemente alla terza ipotesi contemplata dall'art. 31 del *C.S.P.*, alla sposa si doveva riconoscere il diritto di rivendicare il risarcimento dei danni quale indennità per il pregiudizio arrecatole, ma senza prendere in esame i motivi che avevano indotto il marito a richiederlo. Come si comprende, la teoria dell'abuso del diritto perse la sua rilevanza quale fondamento giustificativo della scelta operata dal legislatore nell'art. 31, e in altre occasioni sempre la Suprema Corte tunisina⁴⁵⁸ ebbe modo di ribadire espressamente che "il divorzio «capriccio» è conforme alla legge, e quindi il giudice non può far altro che tentare di conciliare le parti e in caso di persistenza nella volontà di divorziare

⁴⁵⁶ Si può menzionare per esempio una sentenza del Tribunale di Tunisi (la n° 56369 del 28-11-1963, in *Revue Jurisprudence Legislation*, 1964, p. 293) per la quale "l'assenza di un motivo legittimo a sostegno della richiesta di divorzio è sufficiente a farne presumere il proprio carattere abusivo e costituisce una presunzione legale".

Dello stesso tenore un'altra sentenza sempre del Tribunale di Tunisi: la n° 57872 del 24-07-1965, in *Revue Jurisprudence Legislation*, 1965, p. 699.

⁴⁵⁷ Cass. Civ. n° 4445 del 17-05-1966, in *Revue Jurisprudence Legislation*, 1966, 381. Si veda anche il commento di Maurice Borrmans, *A propos de l'art. 31 du C.S.P. : divorce et abus du droit en Tunisie*, in *Institut de belles lettres arabes*, 1967, p. 251-253.

pronunciare il divorzio". Da ciò emerge che al giudice è interdetta un'attività di indagine volta a qualificare i motivi che hanno spinto un coniuge a richiedere il divorzio come più o meno validi, e quindi tali da giustificare il risarcimento del danno alla parte che subisce il divorzio; semplicemente, il diritto a divorziare è un diritto personale di cui ognuno degli sposi dispone, anche se la contropartita è rappresentata dal risarcimento del danno, che va sempre riconosciuto indipendentemente dai motivi che spingono a richiederlo.

Riprendendo ora l'esame del procedimento di divorzio, deve dirsi che dopo la fase del tentativo di conciliazione si passa a quella vera e propria contenziosa; nella prima fase il giudice è quello della famiglia nominato dal presidente del Tribunale. Le norme procedurali applicabili sono quelle del codice di procedura civile ma una particolarità è rappresentata dal fatto che l'intervento dell'avvocato non è obbligatorio, per cui la relativa istanza può essere redatta, presentata e discussa dalla stessa parte. Qualora poi le parti siano assistite dagli avvocati, essi non sono comunque ammessi a presenziare all'udienza dedicata al tentativo di conciliazione.

Nel caso in cui quest'ultima non sia raggiunta, il giudice ha la facoltà di prendere ogni provvedimento urgente concernente la residenza degli sposi, gli alimenti, la custodia dei figli e il diritto di rendergli visita. «I due coniugi possono accordarsi in forma esplicita a rinunciare a tutti o ad alcuni di questi provvedimenti, a condizione che ciò non sia di pregiudizio ai figli minori»⁴⁵⁹. Sempre il giudice della famiglia stabilisce l'ammontare del mantenimento in base agli elementi raccolti.

Conclusasi questa prima fase si entra nella seconda, che a sua volta termina con la decisione del Tribunale il quale pronuncia in primo grado dopo un periodo di riflessione di due mesi. Anche se vi è appello si procede comunque all'esecuzione dei capi della sentenza relativi alla custodia, al mantenimento, alla rendita, all'abitazione e al diritto di visita. La citata rendita, è rappresentata da quel risarcimento per il solo danno materiale, che è dovuto alla donna in conseguenza del divorzio, appunto, «a scadenza mensile a partire dalla conclusione del periodo di ritiro legale e commisurata al livello di vita cui era abituata durante il matrimonio; rendita che può essere aumentata o diminuita secondo il mutare delle circostanze; essa è dovuta sino alla morte della donna divorziata, o al mutamento della sua situazione sociale in seguito a nuovo matrimonio o al conseguimento di ciò che rende superflua la rendita stessa; in

⁴⁵⁸ Cass. Civ. n° 1671 del 19-02-1985, in *Revue Jurisprudence Legislation*, 1986, p. 63.

⁴⁵⁹ Art. 32 comma quinto del *C.S.P.*.

caso di morte dell'uomo divorziato, la rendita diviene un debito a carico dell'eredità, e deve quindi essere liquidata, raggiungendo un accordo con gli eredi o per via giudiziale, ed essere pagata in un'unica soluzione, avendo riguardo all'età della donna a tale data; tutto ciò se la donna non abbia deciso di essere risarcita del danno materiale subito sotto forma di un capitale da pagare in una sola soluzione»⁴⁶⁰.

“Presentata come avente carattere di indennizzo, la rendita assomiglierebbe ad un assegno alimentare: essa è stabilita in funzione dei bisogni del creditore e delle risorse del debitore e soggiace sotto l'aspetto penale, al regime dell'assegno alimentare”⁴⁶¹.

L'art. 53 bis del *C.S.P.* punisce con una reclusione che va da tre mesi ad un anno e con una ammenda dai cento ai mille dinari chiunque sia stato condannato al pagamento del mantenimento o della rendita in seguito a divorzio e volontariamente non adempie a quanto disposto nei suoi confronti per la durata di un mese.

Va ricordato, infine, che il danno morale è riparato sempre in un'unica soluzione.

Quanto detto ha introdotto anche la tematica degli effetti del divorzio; dalla sua pronuncia ne discendono infatti molteplici: non solo di tipo patrimoniale, ma ovviamente anche di tipo personale, nei rapporti tra le parti e rispetto ai figli. Per quanto riguarda quelli tra i coniugi, il divorzio estingue innanzitutto ogni forma di obbligo alimentare che scaturisce dal matrimonio; obbligo che però perdura durante tutto il periodo del ritiro legale: l'art 38 lo prevede espressamente, configurandolo come una continuazione della *nafaqa*;» la donna divorziata e non incinta osserva il ritiro legale di tre mesi»⁴⁶². Per quanto riguarda la regolamentazione a seguito del divorzio della dote e dei doni ricevuti dalla moglie durante il matrimonio, il *C.S.P.* prende in considerazione la consumazione: se vi è stata, indipendentemente dalla causa del divorzio, non va fatta alcuna restituzione (e se non era stata ancora versata lo deve essere); se consumazione non v'è stata, si deve distinguere tra dote e doni; la prima va restituita per metà (art. 33), per i doni invece occorre avere riguardo all'imputabilità del divorzio; e così se il motivo non è attribuibile alla moglie, questa conserva i regali ricevuti, in caso contrario deve restituirli nella consistenza attuale anche se alterata.

⁴⁶⁰ Art. 32 commi 10, 11 e 12 del *C.S.P.*.

⁴⁶¹ Kalthom Meziou, *Mariage, filiation en Tunisie*, cit., p. 17.

⁴⁶² Art. 35 del *C.S.P.*.

Spetta al giudice verificare alla luce di tutte le circostanze e degli usi se l'oggetto controverso è stato offerto a titolo di regalo oppure faceva parte della dote convenuta tra le parti; egli deve altresì motivare la propria decisione⁴⁶³.

Per concludere non resta che esaminare gli effetti del divorzio riguardo ai figli. Questi sono previsti dal già analizzato art. 67 secondo comma il quale, si ripete, stabilisce che se il matrimonio è sciolto dal divorzio, la custodia dei figli è affidata ad uno di loro o ad un terzo; sarà il giudice a decidere avendo riguardo al loro solo interesse.

Deve poi aggiungersi che il padre a cui non è affidata la custodia dei figli è tenuto a versare un assegno alimentare a favore di questi, che sarà gestito da chi ne ha la custodia, per provvedere ai loro bisogni.

Il padre e la madre non possono essere ostacolati nell'esercitare il proprio diritto di visita e di controllo dei figli; le spese di spostamento di questi ultimi sono a carico di colui che tra di essi avrà fatto richiesta di esercitare il proprio diritto di visita a domicilio (art. 66).

⁴⁶³ Cass. Civ. n° 6224 del 14-04-1970, in *Revue Jurisprudence Legislation*, 1971, p. 59. Si veda anche la

Marocco

1. Considerazioni generali
2. La formazione del legame matrimoniale
3. Effetti del matrimonio
4. Lo scioglimento del matrimonio

1. Considerazioni generali

Il Marocco come la Tunisia, ottenuta l'indipendenza nel 1956, adottò un codice in materia di statuto personale; a differenza di quello tunisino però si sostanzialmente in una codificazione di regole sciaraitiche accolte secondo la sistematica della scuola *malikita* che era quella tradizionalmente applicata nel Paese⁴⁶⁴. Le riforme in esso accolte erano, come s'intuisce, piuttosto limitate e questa impostazione emergeva già dal nome che venne attribuito alla codificazione: *Mudawwana*, che in arabo significa «raccolta», proprio a significare l'intenzione del legislatore di voler operare una collezione-selezione di regole nella materia in questione secondo la classica sistematica del diritto musulmano. Così le disposizioni si presentavano estremamente analitiche ed espresse con una terminologia assai tradizionale.

Intorno agli anni novanta del secolo appena trascorso furono presentati diversi progetti di legge miranti ad una sostituzione della *Mudawwana*, che non condussero a nulla ad eccezione di un *ḍahīr* del 1993 che modificò la procedura disciplinante il ripudio. Fu solo nel 2004 che la legge n° 70-03 ha adottato il nuovo Codice della famiglia. «Essa rappresenta la prima grande riforma legislativa del re Mohammed VI; il testo esprime la volontà di instaurare in materia familiare il diritto all'uguaglianza tra l'uomo e la donna»⁴⁶⁵.

Le innovazioni più importanti che sono state introdotte possono essere così sinteticamente illustrate: innanzitutto si è riformulata la regola prevista dall'art. 12 del precedente testo del codice, quella cioè che sottometteva la donna alla *wilāya* (la tutela matrimoniale), stabilendo che tale istituto deve essere considerato l'espressione di un diritto della donna maggiorenne e non un obbligo a cui deve soggiacere, con la conseguenza che questa può concludere da sola il proprio matrimonio senza

nota di K. Djellouli.

⁴⁶⁴ Come già osservato a p. 111, allo scopo di colmare le lacune della legge, il legislatore ha previsto addirittura la possibilità di ricorrere alla pratica giudiziaria della scuola di *Mālik*, seguita quindi non solo semplicemente come impostazione generale.

⁴⁶⁵ Marie Claire Foblets- Jean Yves Carlier, *Le code marocain de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 1.

l'intervento di un tutore, a meno che non decida di delegare a tal fine il padre o un parente; si è eliminato il diritto all'obbedienza che la moglie doveva al marito; i doveri alimentari del padre nei confronti dei figli sono stati presi in maggiore considerazione e quindi sono state inasprite le sanzioni per eventuali violazioni. Altro elemento fondamentale da tenere in considerazione e che rappresenta sempre un portato del nuovo codice della famiglia, è la regolamentazione dei matrimoni contratti all'estero dai marocchini: si tratta per l'esattezza di disposizioni di diritto internazionale privato che sono state però inserite all'interno del codice in questione, che ai sensi dell'art. 1 continua ad essere indicato anche con il nome di *Mudawwana*.

Nonostante queste, e altre nuove disposizioni, abbiano prodotto considerevoli mutamenti nella protezione della donna e dei bambini, la disciplina dei rapporti familiari presenta ancora degli aspetti che esprimono la permanenza di un disequilibrio tra i diritti dei coniugi, giacché la famiglia è sempre considerata nell'ottica islamica; ciò vuol dire che lo sforzo di laicizzazione in questa branca del diritto non è stato neppure in questa occasione, tale, da poter essere paragonato a quello effettuato dalla Tunisia. La regolamentazione ambigua della poligamia, il mantenimento del ripudio ne sono una dimostrazione, ed infatti la dottrina⁴⁶⁶, evidenziando come l'appartenenza all'*Islām* continui a giocare un ruolo determinante nell'impostazione di fondo del codice, si è espressa nel senso di considerarlo per l'appunto non come l'espressione di una rottura con la tradizione musulmana, quanto piuttosto come un compromesso tra quest'ultima e la modernità.

A differenza di quanto non previsto dal diritto tunisino, in quello marocchino è però contemplata una definizione di matrimonio: esso è un contratto di mutuo consenso ed intesa reciproca tra un uomo e una donna volto alla costituzione di una famiglia durevole, sotto la direzione degli sposi. Quest'ultimo inciso «sotto la direzione degli sposi», sostituisce la formula «sotto la direzione del marito» che caratterizzava invece la definizione di matrimonio nel codice del 1956; questa iniziale consacrazione del principio di eguaglianza è però purtroppo contraddetta in alcuni articoli successivi.

Per concludere questo paragrafo introduttivo, prima di passare nei prossimi all'esame delle singole disposizioni in materia di matrimonio, è opportuno evidenziare l'ambito di applicazione del codice. Esso all'art. 2 prevede quattro ipotesi: nei

⁴⁶⁶ Cfr. Laroche-Gisserot, *Le nouveau code marocain de la famille: innovation ou archaïsme?*, cit. pp. 335-355.

confronti di tutti gli abitanti del Maghreb; ai rifugiati, compresi gli apolidi; ai legami-relazioni in cui una delle due parti è maghrebina; ai marocchini di cui uno musulmano. Agli ebrei abitanti nel Maghreb, si applicano le norme dello statuto personale ebraico-marocchino.

L'art. 3 la cui formulazione non era presente nella precedente versione della legge, prevede un intervento del pubblico ministero in tutte le azioni riguardanti l'applicazione delle disposizioni del codice. Attraverso questa figura si mira a rinforzare il ruolo della *Mudawwana* nel sistema giudiziario e quindi più in generale nell'ordinamento giuridico marocchino.

2. La formazione del legame matrimoniale

Il fidanzamento. Le condizioni sostanziali. Le condizioni formali. Sanzioni per l'inosservanza delle condizioni sostanziali e formali.

Il fidanzamento

Il capo primo della parte prima del libro primo del codice si apre con la regolamentazione dell'istituto del fidanzamento, che rispetto a quella del codice preriforma è più dettagliata, soprattutto con riferimento agli aspetti patrimoniali conseguenti alla sua rottura: ci s'intende riferire alla restituzione di quanto donato nel periodo in riferimento o all'eventuale indennizzo per la parte che ha subito un danno dalla condotta tenuta dall'altra in relazione alla rinuncia alla promessa di matrimonio; rinuncia che ordinariamente non comporta alcun risarcimento, se non appunto in occasione di azioni correlate al venir meno del fidanzamento che possano essere state causa di lesioni⁴⁶⁷.

Le condizioni sostanziali

Anche il diritto marocchino prevede delle condizioni sostanziali, cioè necessarie per contrarre un valido matrimonio. Innanzitutto deve esserci un'offerta e un'accettazione di porre in essere l'unione; l'art. 10 del nuovo codice riprende testualmente il contenuto dell'art. 4 di quello precedente. Si specifica poi, nell'art. 11, che è indispensabile che l'offerta e l'accettazione avvengano verbalmente, se possibile, altrimenti per iscritto ovvero con gesto comprensibile; essi devono essere reciproci e avvenire contestualmente⁴⁶⁸, senza limitazioni di termine o di condizione sospensiva o risolutiva. Naturalmente deve essere presente la capacità giuridica dello sposo e della sposa; non vi deve essere accordo per far decadere il diritto al dono nuziale; vi deve essere il curatore matrimoniale in caso di necessità; vi deve essere la presenza di testimoni ('*adūl*) con il compito di ascoltare e quindi attestare lo scambio dei consensi; non vi devono essere infine impedimenti legali.

Prima di analizzare la tematica della capacità giuridica necessaria per sposarsi, nonché la questione riguardante la figura del *walī* matrimoniale, è importante riportare quanto previsto per il matrimonio dei maghrebini residenti all'estero, perché la validità di questi matrimoni è pure sottoposta al rispetto di determinate condizioni, che sono non solo sostanziali ma anche formali. Questi possono concludere i loro contratti matrimoniali conformemente alle procedure amministrative locali del Paese in cui risiedono, però è necessario che siano presenti gli stessi elementi richiesti per il matrimonio contratto in patria. Per quanto riguarda le condizioni formali è invece previsto che i soggetti debbano depositare una copia del contratto di matrimonio, entro tre mesi dalla data di conclusione del medesimo, negli uffici consolari maghrebini presenti nel luogo, e, in caso di assenza di tali uffici occorrerà provvedere all'invio della copia al Ministero degli Affari Esteri, il quale si incaricherà di inviare la summenzionata copia all'ufficiale di stato civile e alla sezione del Tribunale di famiglia del luogo di origine di entrambe gli sposi.

Tornando quindi alla capacità giuridica richiesta per contrarre valido matrimonio, deve dirsi che essa si raggiunge con il compimento del diciottesimo anno,

⁴⁶⁷ Si vedano gli artt. 5, 6,7,8 e 9 del codice.

⁴⁶⁸ L'art. 17 prevede però la procura alla ratifica del contratto di matrimonio su autorizzazione del giudice della famiglia alla presenza di determinate condizioni.

sia per l'uomo che per la donna⁴⁶⁹; il giudice della famiglia può comunque autorizzare al matrimonio due soggetti con non abbiano ancora raggiunto l'età prescritta, una volta sentiti i genitori e valutati i motivi che giustificano l'adozione di tale autorizzazione. Il rappresentante legale del minore deve esprimere il suo consenso, ma in caso di rifiuto, la decisione spetta comunque al giudice.

Questi può autorizzare anche il matrimonio della persona affetta da infermità mentale, dopo aver consultato la documentazione medica e soprattutto dopo aver informato la controparte, che deve essere maggiorenne e dotata di discernimento; essa deve esprimere un consenso specifico, cioè il consenso di voler sposare il soggetto che presenti anomalie psichiche.

Per quanto riguarda invece la questione della presenza del *walī al-nikāḥ* della donna al momento della conclusione del suo contratto di matrimonio cui fa riferimento l'art. 13 con la specificazione «in caso di necessità», occorre rilevare che quest'ultima riguarda l'ipotesi del matrimonio della minore, giacché ex art. 25 la donna maggiorenne può stipulare personalmente il matrimonio, fatta salva comunque la possibilità di delegare il padre o un suo parente.

L'art. 24 stabilisce in modo chiaro che la tutela è un diritto della donna e che quella maggiorenne lo esercita «secondo la propria scelta ed interesse».

Gli impedimenti al matrimonio possono essere di due tipi: perpetui e temporanei.

Fanno parte della prima categoria il vincolo di parentela, di affinità, di allattamento.

Gli impedimenti temporanei risultano dall'esistenza di un diritto altrui sulla donna, la quale dunque deve essere già sposata o in ritiro legale. Vi rientra però anche l'ipotesi del superamento del numero di mogli consentito dalla legge (quattro), fin quando non ne venga sostituita almeno una; ancora, il caso del matrimonio della musulmana con un non musulmano fino a che costui non si converta, e quello del musulmano con una non musulmana, a meno che sia ebrea o cristiana, sempre sino al momento che anch'essa non decida di abbracciare la religione islamica.

Nell'ambito degli impedimenti temporanei è fatta rientrare anche la poligamia «qualora si tema una mancanza di equità fra le mogli»⁴⁷⁰; in questa ipotesi essa è vietata anche quando la moglie non abbia fatto inserire nel contratto di matrimonio

⁴⁶⁹ L'art. 8 del vecchio codice distingueva tra uomo e donna: per il primo l'età era di diciotto anni, per la seconda quindici.

⁴⁷⁰ Art. 40.

una clausola che la vieti. L'analisi specifica dell'istituto della poligamia sarà effettuata più avanti, per ora si desidera concludere la tematica delle condizioni sostanziali richieste per sposarsi: occorre dunque soffermarsi sul donativo nuziale. Prima della riforma era stabilito che la determinazione del *mahr* a favore della sposa era obbligatoria e il contratto che ne prevedeva la soppressione non era consentito. Attualmente si è mantenuta la previsione per cui non deve intervenire alcun accordo volto a far decadere il diritto al dono nuziale, ma si è aggiunto che vi possa essere anche un silenzio sulla sua quantificazione al momento della conclusione del contratto, che implicherà un intervento del Tribunale dopo la consumazione del matrimonio stesso, una volta constatato il non raggiungimento di un accordo volto alla determinazione del suo ammontare.

Le condizioni formali

Delle condizioni formali del matrimonio si è accennato poco sopra quando si è parlato del riconoscimento dei matrimoni contratti all'estero da cittadini marocchini, e si è visto che per poter essere riconosciuti in Marocco devono sottostare non solo alle condizioni sostanziali previste per i matrimoni contratti nel Paese, ma anche al rispetto di una procedura, appunto formale, consistente nel far ricevere, sia pure con differenti modalità, copia del contratto di matrimonio all'ufficio dello stato civile marocchino e al Tribunale di famiglia del luogo di origine degli sposi.

Va detto che la redazione di un certificato attestante la conclusione del matrimonio costituisce una condizione formale anche per i matrimoni contratti nello Stato, rappresentando lo strumento principale, ordinario, per dimostrare l'esistenza del legame matrimoniale. Deve aggiungersi che il legislatore marocchino, senza attendere l'entrata in vigore del nuovo diritto di famiglia ha elaborato nel 2002 una nuova legge relativa allo stato civile (si tratta della n° 37-99 del 3 ottobre, entrata in vigore nel 2003), che ha previsto la consegna di una copia dell'atto di matrimonio all'ufficiale di

stato civile del luogo di nascita di ciascuno degli sposi affinché questi provveda a farne menzione a margine dei loro atti di nascita⁴⁷¹.

La nuova versione dell'art. 16 del codice precisa che sono considerate come costituenti prova dell'esistenza di un legame matrimoniale lo stato di gravidanza, la presenza di figli, la testimonianza: ciò qualora non sia possibile produrre il certificato di cui si è appena detto; l'azione volta al riconoscimento dell'avvenuto matrimonio deve però essere promossa entro cinque anni dall'entrata in vigore del codice.

Tra le formalità amministrative preliminari al matrimonio obbligatorie per tutti i fidanzati, siano essi o meno residenti nello Stato, vi è la necessità di presentare alla sezione del Tribunale di famiglia una serie di certificazioni, indicate nell'art. 65, che vanno a costituire un vero e proprio fascicolo, il quale si diversifica tra residenti e non residenti solo per il fatto che quello relativo ai secondi deve contenere anche un modulo relativo alla richiesta di autorizzazione alla ratifica del matrimonio contratto all'estero.

Tutte queste previsioni possono a prima vista apparire estremamente rigide, ma in realtà non lo sono se si ha riguardo al loro scopo che è quello di evitare che un soggetto possa porre in essere una condotta fraudolenta in materia di stato civile.

L'articolo che si è appena considerato, il 65, al quinto comma, prevede l'autorizzazione al matrimonio oltre che per quello del minore, per quello di una persona affetta da una deficienza mentale, per quello di persone convertite all'*Islām*, nonché per quello degli stranieri e per quello poligamico; è soprattutto con riferimento a quest'ultimo che l'impostazione dei controlli anzidetti si rende particolarmente necessaria; per ottenere l'autorizzazione di cui sopra, i fidanzati sono tenuti infatti a dichiarare, sotto responsabilità, se sono o meno già coniugati.

Sempre nell'ambito delle condizioni di forma s'inserisce il dettato di cui all'art. 17 della *Mudawwana* che considera la forma della celebrazione del matrimonio nel caso in cui una delle parti, nell'impossibilità di essere presente alla conclusione dell'atto, dia mandato ad una terza persona di contrarre in suo nome; è previsto che il mandato possa essere dato a certi effetti, su autorizzazione del giudice e nel rispetto delle condizioni precisate nello stesso articolo.

Infine l'articolo seguente vieta al giudice di concludere personalmente, per lui stesso o per i suoi ascendenti o discendenti, il matrimonio di una persona sottomessa alla sua tutela.

⁴⁷¹ Cfr. Marie-Claire Foblets, Jean-Yves Carlier, *Le code marocain de la famille*, cit., p.21.

Sanzioni per l'inosservanza delle condizioni sostanziali e formali

Le sanzioni previste per l'inosservanza delle condizioni sostanziali e formali sono tanto di ordine civile che penale. Deve subito ricordarsi quanto fissato dall'articolo 12: «al contratto di matrimonio, viziato da coercizione e frode, si applicano le disposizioni previste negli articoli 63 e 66». Ciò vuol dire che, a parte la possibilità di richiedere l'annullamento (art. 63), si applicheranno le disposizioni di cui all'art. 360 del codice penale, su richiesta della parte lesa (art. 66⁴⁷²).

Altri articoli enunciano i casi di nullità e di annullabilità a richiesta. Sostanzialmente, il codice distingue l'atto di matrimonio nullo e l'atto viziato (art. 56), limita i casi di nullità dell'atto di matrimonio e i suoi effetti (articoli 57 e 58), e infine limita i casi dell'atto di matrimonio viziato regolando gli effetti derivanti da ognuno di questi ultimi. Procedendo per ordine, si può partire dall'analisi dell'art. 57: vi è nullità del matrimonio allorquando risulti lesa una delle prescrizioni contenute nell'articolo 10⁴⁷³, qualora fra i coniugi sussista uno degli impedimenti indicati e qualora non ci sia concordanza tra la domanda e l'offerta per quel che concerne il significato e la finalità del matrimonio. La nullità dell'atto lo rende giuridicamente inesistente. L'articolo 58 attribuisce al Tribunale il potere di rilevare d'ufficio questa inesistenza. Ma anche tutte le persone interessate possono richiedere al Tribunale di accertare che l'atto in questione sia affetto da nullità.

Se v'è stata consumazione del matrimonio nullo, la sposa ha diritto al donativo nuziale ed è al contempo tenuta al rispetto del c.d. ritiro legale (*istibrā'*); se invece la nullità è stata pronunciata prima della consumazione, non sussiste il diritto al donativo.

Un matrimonio è viziato se difettino una delle condizioni di validità enunciate dagli articoli 60 e 61. L'articolo 60 prevede l'annullamento dell'atto di matrimonio, prima della consumazione e senza diritto al donativo, nel caso in cui quest'ultimo non sia conforme ai requisiti legali richiesti⁴⁷⁴. «L'articolo 61 prevede l'annullamento dell'atto di matrimonio, prima e dopo la sua consumazione, in tre ulteriori specifici casi: allorquando il matrimonio sia stato concluso con una persona affetta da una grave

⁴⁷² Questo articolo prevede che all'autore e ai complici del reato di frode nell'ottenimento dell'autorizzazione o del certificato di idoneità previsti nei commi 5 e 6 dell'art. 65, ovvero il sottrarsi dal relativo obbligo, debba essere applicata la sanzione penale.

⁴⁷³ Questo articolo stabilisce che il matrimonio si conclude con l'offerta da parte di uno dei due contraenti e l'accettazione da parte dell'altra; l'offerta e l'accettazione da parte di chi è incapace di parlare è accettabile per iscritto, se la persona sa scrivere, altrimenti con il suo gesto compreso dall'altra parte e da due testimoni.

malattia; allorché il matrimonio è stato concluso con lo scopo di rendere lecito il matrimonio con l'ex marito della sposa da questi ripudiata con la formula del triplice ripudio; infine nell'ipotesi di matrimonio concluso in assenza del tutore matrimoniale nei casi in cui la sua presenza sia necessaria"⁴⁷⁵. Secondo il sopra citato articolo 63, può poi richiedere l'annullamento del matrimonio il soggetto che vi sia stato costretto o che abbia subito una frode; la richiesta può essere avanzata sia prima che dopo la consumazione, ma comunque, entro due mesi dal giorno in cui sia terminata la coercizione o sia stata conosciuta la frode, potendosi anche chiedere un indennizzo per il danno subito.

L'art. 62 ricorda che la condizione o il termine nell'atto di matrimonio sono considerati contrari alle regole e alle finalità di quest'ultimo.

3. Effetti del matrimonio

Rapporti personali tra i coniugi. Rapporti patrimoniali tra i coniugi. Effetti del matrimonio rispetto ai figli.

Rapporti personali tra i coniugi

Con riferimento all'insieme dei diritti e dei doveri reciproci degli sposi di tipo non patrimoniale, va osservato che gli articoli del codice che li prevedono hanno introdotto due importanti innovazioni rispetto alla regolamentazione vigente prima della riforma: innanzitutto si è attribuita anche alla sposa la responsabilità dell'andamento e della cura delle questioni relative alla casa e alla famiglia (art. 51 punto terzo); l'articolo 53 poi, benché non faccia differenza tra uomo e donna, esplica la sua efficacia soprattutto nei confronti di quest'ultima, accrescendone la tutela: in base ad esso qualora uno dei coniugi faccia allontanare l'altro senza giustificazione, il pubblico ministero sarà tenuto ad analizzare la situazione specifica adoperandosi affinché essa possa essere superata e comunque adottando le misure più idonee per

⁴⁷⁴ Si veda l'art. 28 del codice.

⁴⁷⁵ Marie Claire Foblets, Jean Yves Carlier, *Le code marain de la famille*, cit. p. 50.

assicurare la sicurezza e protezione del soggetto che è stato allontanato, e che nella stragrande maggioranza dei casi è proprio la moglie.

Collegato, ed anzi espressione di quanto stabilito nell'articolo 51 punto terzo deve considerarsi l'eliminazione di quel diritto all'obbedienza, conformemente agli usi, che la moglie doveva al marito, e che si riscontrava nell'articolo 36 della precedente *Mudawwana*; oggi quindi i coniugi devono consultarsi sulle decisioni da adottare, soprattutto se riguardanti i figli. Ancora, è previsto che tra essi intercorra reciproco rispetto, affetto e comprensione, che certo non potrebbero sussistere se all'uomo fosse riconosciuto il diritto di esigere obbedienza dalla moglie nelle varie circostanze della vita coniugale. Con riferimento alla formale equiparazione tra marito e moglie nella gestione delle problematiche che interessano la prole, la dottrina ha tuttavia evidenziato una certa contraddizione tra questa disposizione e quella di cui all'articolo 231, che stabilisce che durante il matrimonio e dopo la sua dissoluzione, la tutela legale del bambino appartiene al padre.

Tra i reciproci diritti e doveri il legislatore marocchino prevede ovviamente quello alla convivenza, all'intimità coniugale, alla fedeltà; vi è poi quello riconosciuto solo all'uomo di avere più mogli; con riferimento all'ammissione della poligamia deve però ricordarsi che il marito è comunque tenuto a trattare equamente le sue consorti; l'art. 40 la vieta infatti qualora si tema una mancanza di equità, come pure allorquando nel contratto di matrimonio vi sia una clausola posta dalla moglie di non accettarla⁴⁷⁶. Il giudizio sulla incapacità del marito di ottemperare al prescritto eguale trattamento delle desiderate consorti, viene effettuato dal Tribunale, il quale non autorizzerà la poligamia qualora il soggetto richiedente non dimostri che abbia rendite sufficienti per provvedere ai mantenimenti e non possa invocare una giustificazione oggettiva straordinaria, come per esempio l'incapacità di generare con la donna con cui è già coniugato.

A conclusione del paragrafo è il caso di ricordare quanto stabilito dall'art. 52, il quale prevede che nel caso in cui uno dei coniugi perseveri nella violazione dei doveri

⁴⁷⁶ In caso di assenza della clausola di divieto alla poligamia, chi desidera contrarre un ulteriore matrimonio inoltra la richiesta al Tribunale. Questo ai sensi dell'art. 43 invia alla moglie cui si vuole imporre la poligamia un invito a comparire. Con la comparizione delle parti si svolge in Camera di Consiglio un dibattito volto all'esame delle ragioni che hanno spinto il marito a richiedere l'autorizzazione a contrarre nuove nozze e a conclusione il giudice deciderà se concederle oppure no. La moglie che deve subire tale decisione può chiedere il divorzio per dissidio e in tal caso il giudice fisserà una somma per saldare tutti i diritti di questa e della prole ove esistente, somma che deve essere depositata entro sette giorni, pena, la decadenza dall'istanza; una volta depositata la somma, il Tribunale emetterà la sentenza di risoluzione del matrimonio.

di cui all'art. 51, l'altra parte può chiedere l'esecuzione di quanto dovuto, ovvero ricorrere alla procedura di divorzio prevista negli articoli 94-97.

Rapporti patrimoniali tra i coniugi

Anche i rapporti patrimoniali tra i coniugi sono disciplinati dagli articoli 51, 52 e 53, ai quali devono poi aggiungersi quelli concernenti l'obbligo di mantenimento del marito nei confronti della moglie, quelli riguardanti il ripudio e il divorzio, i quali disciplinano naturalmente anche le conseguenze economiche di questi istituti, nonché infine l'art. 63 che, come già detto sopra, prevede un indennizzo in caso di dichiarazione di annullamento del matrimonio, qualora questo dovesse essersi verificato per effetto del fatto che il vincolo si era formato sotto coercizione o per frode.

In base all'art. 51 dal matrimonio discende il diritto di ereditare. Poi, come pure già accennato, nell'ipotesi di allontanamento di un coniuge dalla casa coniugale, il pubblico ministero è chiamato a porre in essere misure, di carattere anche economico, in capo al soggetto che lo ha causato, a tutela dell'altro (art. 53).

E' l'art. 194 a stabilire in capo al marito l'obbligo di mantenimento della moglie, a partire dalla consumazione del matrimonio e comunque dal momento in cui quest'ultima lo abbia invitato ad effettuarla. Esso comprende gli alimenti, quanto necessario per il vestiario, le cure, e in generale le spese per i bisogni dell'abitazione.

Spetta anche alla moglie ripudiata in modo revocabile, mentre quella ripudiata in modo definitivo, qualora sia incinta, continua a riceverlo sino al momento del parto; per quanto riguarda il diritto all'abitazione, questo è perso dalla donna nel caso di ripudio revocabile, mentre lo mantiene sino al trascorrere del suo ritiro legale in caso di ripudio definitivo.

Un ulteriore effetto economico del ripudio è costituito da un risarcimento cui è tenuto il marito che esercita il suo diritto secondo le modalità fissate dalla legge, e che è quantificato sulla base della sua condizione economica, dei motivi che lo hanno determinato e della durata del matrimonio.

Con riferimento agli effetti economici del divorzio deve invece evidenziarsi che è prevista una ulteriore ipotesi di indennità, a favore della moglie, qualora questa abbia ottenuto una sentenza di divorzio per danno; se invece il divorzio avviene a causa di vizio, si devono prendere in considerazione le sorti del donativo nuziale, il quale rappresenta sempre una componente economica della quale quindi non ci si può dimenticare nel considerare gli effetti patrimoniali discendenti dal matrimonio. Se questo tipo di divorzio avviene prima della consumazione ed è richiesto dal marito, questi non è tenuto a corrispondere il *mahr* e avrà diritto a chiederne la restituzione se il vizio lamentato gli era stato celato; se invece ne era a conoscenza, dopo la consumazione, è tenuto al pagamento per la metà.

Sempre nell'ambito dei rapporti patrimoniali tra coniugi si colloca infine l'art. 49 del codice, il quale, in deroga alla regola classica della separazione dei loro patrimoni, gli consente di porre in essere un regime di comunione per i beni acquistati durante la vita trascorsa insieme; tale accordo deve però essere stabilito in un atto distinto dal contratto di matrimonio.

La ragione per cui l'assetto di interessi in questione non può trovare previsione nell'ambito di quest'ultimo è da ricercare nel fatto che esso si colloca all'opposto rispetto all'impostazione classica del *fiqh*. Il legislatore, che ha agito sotto la spinta del re Mohammed VI, attraverso la soluzione adottata, è riuscito così a porre in essere un "compromesso" tra tradizione e modernità.

Effetti del matrimonio rispetto ai figli

I genitori hanno il dovere di proteggere la vita e la salute dei propri figli dal momento del concepimento fino al raggiungimento della maggiore età, adoperandosi per il loro mantenimento e per il conseguimento di tutte le misure possibili che siano in grado di garantire una crescita regolare non solo fisica ma anche intellettuale: infatti l'istruzione, anche religiosa, e l'educazione rappresentano degli elementi di fondamentale importanza per garantire un ruolo sociale apprezzabile, cui tutti devono aspirare.

Quando i coniugi si separano questi doveri devono essere ripartiti secondo quanto indicato nelle disposizioni sulla custodia; alla morte di uno dei coniugi o di entrambe, essi si trasferiscono al custode o al rappresentante legale.

Il bambino che presenti impedimenti particolari ha dei diritti aggiuntivi rispetto a quelli appena menzionati, e quindi i genitori devono assicurargli assistenza specifica per agevolare il suo inserimento nella società. Lo Stato, per il tramite dell'ufficio del pubblico ministero, deve farsi garante del rispetto di quanto previsto dalla legge.

I ripetuti tentativi di conciliazione in caso di crisi degli sposi con prole cui si è più volte fatto riferimento, nell'intenzione del legislatore costituiscono un ulteriore fonte di tutela per i bambini.

Ai sensi dell'art. 198 il mantenimento dei figli spetta innanzitutto al padre fino a quando non siano maggiorenni o non abbiano compiuto venticinque anni se ancora studenti. Il mantenimento della figlia però può durare anche oltre questo termine e precisamente fino al matrimonio o comunque fin tanto che non sia nelle condizioni di essere economicamente autonoma. In seconda battuta, qualora il padre non sia in grado di assolvere il suo compito e la madre sia benestante, l'obbligo si trasmetterà a questa.

Il dovere di protezione dei figli costituisce il contenuto dell'*ḥaḍāna* che l'art. 163 definisce appunto come tutela incombente su colui che esercita la custodia; quest'ultima ai sensi dell'art. 171 è accordata in primo luogo alla madre, poi al padre e, se giustificato, alla nonna materna; il Tribunale ha la facoltà di decidere in base alle prove che gli vengono fornite, l'attribuzione della custodia al parente più idoneo.

Non resta ora che verificare quella che è l'organizzazione della filiazione, tenendo conto del fatto che anch'essa ha subito qualche modificazione per effetto della riforma.

L'art. 83 del precedente codice poneva chiaramente i quattro principi che regolano la filiazione nel diritto musulmano: il principio patrilineare, quello cioè che afferma che la successione legittima conforme alla *Sharī'a* è quella per cui il figlio è inserito nella parentela del padre; il principio in base al quale il figlio segue la religione del padre; il non riconoscimento degli effetti del legame di parentela nei confronti del padre per i figli nati fuori del matrimonio; la non ammissione dell'adozione. Si può affermare che il codice del 2004 li ha mantenuti nelle linee generali apportandovi solo alcune modifiche, precisamente, in riferimento alla distinzione più netta tra le disposizioni che regolano la determinazione della filiazione per il padre (artt. 144 e 145) e quelle

che la fissano per la madre (artt. 146, 147 e 148). La regola è che il bambino costituisce procreazione legittima dei suoi genitori⁴⁷⁷. I mezzi per stabilire la filiazione nei confronti del padre sono enunciati dall'art. 152⁴⁷⁸, mentre quella nei confronti della madre dall'art. 147⁴⁷⁹.

La filiazione naturale può essere attribuita alla madre ma non al padre; per l'art. 148 infatti, dalla filiazione illegittima, relativamente al padre, non deriva alcun effetto di quella legittima. L'asimmetria tra le due filiazioni continua dunque a persistere e secondo la dottrina difficilmente verrà meno per effetto di altre eventuali riforme.

L'attuale codice mantiene anche il divieto di adozione, tuttavia è ammessa la c.d. «adozione di gratificazione» (*jasa*) o testamentaria, che pur non stabilendo il legame di filiazione, riconosce al soggetto che ne beneficia diritti ereditari.

4. Lo scioglimento del matrimonio

Il divorzio: cause, procedimento ed effetti. Il ripudio: procedimento ed effetti.

Anche nell'ordinamento marocchino, similmente a quanto previsto in quello tunisino, la questione dei contrasti tra gli sposi è piuttosto sentita, avendo essa origine coranica. In entrambi i diritti è prevista un'attività, coordinata dall'autorità giudiziaria, volta al raggiungimento della conciliazione dei coniugi in crisi, con la differenza però che nel sistema marocchino essa s'inserisce oltre che nell'ambito della procedura diretta all'ottenimento del divorzio anche in quella volta all'ottenimento del ripudio,

⁴⁷⁷ Nella grande maggioranza dei casi è la coabitazione matrimoniale che fonda la presunzione di paternità legittima. Il marito che ritenga di avere dei fondati motivi per contestare la paternità, fino alla riforma del 2004 aveva a sua disposizione solo lo strumento del c.d. giuramento imprecatorio (*li'ān*) secondo il diritto musulmano classico, sul quale ci si è sopra soffermati e al quale si rinvia; con la nuova *Mudawwana* il legislatore marocchino si è allontanato da questa posizione tradizionale per prevedere il ricorso a strumenti moderni come la perizia medica.

⁴⁷⁸ Essi sono i rapporti coniugali, il riconoscimento e la presunzione; quest'ultima ricorre quando da una unione dubbia ne scaturisca una gravidanza e la donna partorisca in un momento collocato tra il limite minimo e quello massimo della gravidanza.

⁴⁷⁹ Il verificarsi della nascita, il riconoscimento, l'emissione di una sentenza.

istituto quest'ultimo, che come ricordato, non è presente nell'attuale ordinamento tunisino.

Tale attività conciliativa, concretamente si svolge nei seguenti termini: convocazione dei coniugi, discussione con audizioni di testimoni, richiesta di intermediazione di soggetti ritenuti utili al raggiungimento dell'obiettivo, reiterazione della procedura ad intervalli di tempo di almeno trenta giorni, per tre volte qualora vi sia presenza di prole.

Se nonostante gli sforzi effettuati non si riesce a superare i contrasti, si procederà a dichiarare il divorzio o il ripudio.

La *Mudawwana* prevede oltre a queste due modalità di scioglimento del matrimonio, e ovviamente al decesso, anche l'annullamento; va precisato però, a proposito del ripudio, che oltre a quello unilaterale (*ṭalāk*) è previsto anche quello mediante riscatto (*ḥul'*).

Tralasciando il decesso con riferimento al quale si rinvia a quanto stabilito negli art. 74,75,76, e considerando che dell'annullamento si è già trattato, non resta che analizzare le restanti forme di scioglimento. Prima però è opportuno evidenziare che il codice prevede all'art. 121, per i casi di controversie tra coniugi di entità tale da non consentire la coabitazione durante il periodo necessario per espletare le procedure richieste per l'ottenimento del divorzio o l'esercizio del ripudio, la facoltà di adottare provvedimenti transitori in attesa dell'emissione delle rispettive sentenze.

Il divorzio: cause, procedimento ed effetti

Quel che deve innanzitutto rilevarsi è che, conformemente alla tradizione musulmana, la dissoluzione del legame matrimoniale in linea di principio dovrebbe avvenire solo in casi eccezionali. E' forse sulla base di ciò che la moglie, contrariamente però dal marito, il quale ha a disposizione anche l'istituto del ripudio per sciogliersi dal vincolo, può fare richiesta di divorzio in base a delle motivazioni specifiche indicate nell'art. 98: l'assenza del coniuge, la violazione da parte di questo di una delle clausole del contratto di matrimonio, il suo comportamento dispotico

causa di danno materiale e morale, il mancato mantenimento, la presenza di vizi che incidano sulla stabilità della vita coniugale, e infine il porre in essere, da parte sempre del marito, di comportamenti sconvenienti per la coniuge tali da esprimere chiaramente anche la volontà di trascurarla.

Come s'intuisce si tratta di cause volontarie, involontarie e miste. A queste però deve aggiungersene un'altra che è invocabile tanto dalla moglie quanto dal marito: il dissidio. Secondo l'art. 94 esso si sostanzierebbe in una vertenza che oppone gli sposi e che se non risolta renderebbe insostenibile la prosecuzione del rapporto.

Con riferimento a questa forma di divorzio, cd. «per discordia», la dottrina ha osservato che se accanto ad essa si è mantenuto anche il ripudio, “è stato verosimilmente per non cancellare con lo strumento legislativo ciò che già esisteva, nella preoccupazione di assicurare un equilibrio tra tradizione e modernizzazione”⁴⁸⁰.

Il procedimento per la pronuncia della sentenza di divorzio prevede, come si è avuto modo di accennare poco sopra, una prima fase dedicata al tentativo di raggiungere una riconciliazione, nell'ambito della quale il Tribunale ha la facoltà di nominare degli arbitri che una volta analizzata la questione e le problematiche sottese redigono un verbale che viene consegnato al giudice; se il verbale registra il raggiungimento della riconciliazione, questo viene consegnato in copia a ciascuno dei coniugi, mentre una ulteriore copia rimane agli atti del giudizio. Nell'ipotesi invece che il verbale registri il mancato raggiungimento dell'obiettivo, il giudice preso atto della persistenza del disaccordo, dispone il divorzio e i provvedimenti di carattere economico di cui agli artt. 83, 84 e 85 nei confronti della prole e dell'ex consorte, tenendo conto della responsabilità di ognuno nel fallimento del matrimonio⁴⁸¹. Va però precisato che nell'ambito della procedura in cui è promotrice la moglie, il Tribunale compie anche un'attività volta all'accertamento delle doglianze della ricorrente, la quale, per vedere accolta la sua richiesta di divorzio dovrà provare le cause, indicate come già detto dall'art. 98, per cui ha ritenuto necessario chiedere lo scioglimento del matrimonio. Gli effetti che discendono dal divorzio di iniziativa della moglie

⁴⁸⁰ Cfr F. Sarehane, *Le nouveau Code marocain de la famille*, Paris, Gazette du Palais, 2004, pp. 247-248.

⁴⁸¹ Deve ricordarsi che gli articoli citati sono posti nella sezione dedicata al ripudio, ma esplicano la loro efficacia anche con riguardo all'istituto del divorzio. Essi verranno riportati nel paragrafo dedicato al ripudio.

prevedono a carico del marito e a favore di questa il versamento di una indennità come risarcimento del danno subito, oltre alla spettanza stabilita nell'art. 84⁴⁸².

L'art. 114 prevede poi una forma di dissoluzione del legame matrimoniale basata sull'accordo degli sposi; anch'essa rappresenta una novità rispetto alla precedente *Mudawwana*, e ovviamente è rimessa al controllo del Tribunale, il quale verifica innanzitutto che l'accordo sia stato realmente inserito nel contratto di matrimonio, per procedere poi al consueto tentativo di conciliazione; il suo insuccesso determina il venir meno del vincolo.

Non deve dimenticarsi poi che dal divorzio segue anche l'obbligo del ritiro legale per la donna, obbligo che discende anche nel caso del ripudio, dell'annullamento e del recesso.

Il ripudio: procedimento ed effetti

Al ripudio sono dedicati diversi articoli del codice; dal 1993 è stato subordinato all'autorizzazione del giudice. Il marito può chiedere di esercitarlo solo se al momento della conclusione del contratto di matrimonio non abbia trasferito alla propria moglie il suo diritto di porlo in essere: in tal caso essa potrà esercitarlo presentando richiesta al Tribunale conformemente alle disposizioni di cui agli artt. 79 e 80. In base a questi articoli chi desidera il ripudio è tenuto appunto a chiederne l'autorizzazione al Tribunale, attestandolo per iscritto alla presenza di due testimoni; all'attestazione vanno allegati il certificato di matrimonio e altre documentazioni comprovanti la professione svolta, l'eventuale presenza di figli, nonché la posizione sanitaria.

“L'autorizzazione non permette al giudice di opporsi alla volontà del marito di dare ripudio, ma solo di verificare il rispetto delle condizioni legali”⁴⁸³.

La procedura è così articolata: innanzitutto vi è la convocazione, il tentativo di conciliazione, la determinazione e il deposito da parte del marito di una somma di denaro presso la Cancelleria del Tribunale per garantire quanto dovuto alla moglie e ai

⁴⁸² Questa spettanza è rappresentata dal mantenimento per il periodo di ritiro legale, che deve avvenire o nell'ambito della casa coniugale o in altro alloggio. L'art. 85 disciplina invece il mantenimento che il padre deve ai figli, sempre allorquando divorzi dalla moglie.

figli per il loro mantenimento, la fissazione degli altri diritti della sposa e dei figli, la concessione dell'autorizzazione al ripudio, l'atto di ripudio alla presenza di due testimoni, l'attestazione del Tribunale.

Se alla convocazione il marito non compare, si presume che egli abbia rinunciato ad esercitare il suo diritto. Se invece non compare la sposa e non fa neppure pervenire una memoria scritta, essa è convocata una seconda volta e se non compare nuovamente sarà dichiarata contumace; il pubblico ministero accerta però che l'assenza non sia addebitabile a uno scorretto comportamento del marito, perché in tal caso si richiederà nei suoi confronti l'applicazione della sanzione prevista dall'art. 361 del codice penale.

La convocazione ha come primo fine la conciliazione, che si tenta di raggiungere facendo uso degli strumenti ritenuti più idonei dal giudice: consiglio di famiglia e intervento di soggetti che possano comporre i problemi che hanno determinato l'intenzione di dare ripudio. Se la rappacificazione non riesce, ai sensi dell'art. 83 il Tribunale determina l'importo di denaro con cui il marito deve provvedere al mantenimento della donna e dei figli; ai sensi dell'art. 84 determina invece l'entità del risarcimento che spetta alla sola moglie; infine l'art. 85, riprendendo quanto stabilito dall'art. 83, fornisce dei parametri più precisi per la quantificazione del mantenimento che occorre assicurare ai figli.

Dopo il deposito di quanto stabilito ex art. 83, che deve avvenire entro trenta giorni, pena l'interpretazione di tale omissione come rinuncia al ripudio, interviene l'autorizzazione giudiziaria, l'atto di ripudio redatto alla presenza di due testimoni e quindi l'ultima attestazione da parte del Tribunale. Questo provvede ad inviare estratto dell'atto all'ufficiale di stato civile del luogo di nascita dei due coniugi, affinché questi possa annotarlo a margine dell'atto di nascita dei soggetti; è l'art. 141 che stabilisce ciò, e per l'esattezza prevede questa incombenza oltre che per il caso del ripudio anche per l'ipotesi dell'annullamento e del divorzio.

Si deve infine ricordare il c.d. ripudio mediante riscatto. In questa forma di dissoluzione del matrimonio la sposa versa al marito un compenso per ottenere da lui il ripudio. Qualora i coniugi si accordino sul principio del riscatto ma non sulla sua precisa entità, la questione viene deferita all'autorità giudiziaria⁴⁸⁴.

⁴⁸³ Marie Claire Foblets, Jean Yves Carlier, *Le Code marocain de la famille*, cit., p. 58.

⁴⁸⁴ Cfr. Jean-Yves Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

Per concludere non resta che accennare alla distinzione tra dissoluzione revocabile e irrevocabile. In linea di principio il divorzio pronunciato dal giudice è irrevocabile, mentre è revocabile il ripudio. Vi sono però delle eccezioni: il divorzio per mancato mantenimento è revocabile; il triplice ripudio è irrevocabile. Il ripudio revocabile diviene definitivo trascorsi tre mesi dalla sua pronuncia, quello irrevocabile ha invece l'effetto di sciogliere immediatamente il matrimonio; da ciò segue che se gli stessi soggetti intendono contrarre un nuovo matrimonio, è necessario che la donna prima di ciò consumi un matrimonio con altra persona e poi rispetti il ritiro legale derivante dal venir meno di quest'altra unione.

CAPITOLO VI

IL MATRIMONIO CIVILE ITALIANO

- 1. La formazione del legame matrimoniale 2. Effetti del matrimonio*
3. Lo scioglimento del matrimonio

In questo capitolo l'analisi della disciplina del matrimonio civile accolto nel nostro ordinamento giuridico verrà condotta privilegiando quegli aspetti di essa che devono necessariamente essere tenuti in considerazione per poter operare il complesso di riflessioni cui sarà dedicato l'ultimo capitolo del seguente lavoro, quello volto all'individuazione delle problematiche scaturenti dalla presenza di più modelli matrimoniali nel nostro Paese e all'illustrazione delle possibili soluzioni.

Per far ciò è necessario preliminarmente inquadrare l'attuale regolamentazione dell'istituto con particolare riferimento alle questioni concernenti l'operatività nel nostro ordinamento dei matrimoni contratti secondo diritti diversi da quello italiano, allorquando tale dispiegamento di effetti, per concretizzarsi realmente, deve confrontarsi anche con le regole accolte nelle disposizioni disciplinanti il matrimonio civile, e che a loro volta, sono espressione di principi considerati ormai fondamentali non solo in Italia ma in tutto il mondo occidentale.

Per esempio, molte regole di diritto musulmano riprese dalle leggi matrimoniali attualmente in vigore nei Paesi islamici, come si è visto nei capitoli precedenti, sono in evidente contrasto con i principi di cui sopra, anche avuto riguardo al nostro sistema di diritto internazionale privato (espresso dalla legge n° 218 del 31-05-1995). Pertanto, i "punti di attrito" che tale stato di cose determina, per essere individuati e quindi studiati, necessitano di un'attività di riflessione che deve partire innanzitutto proprio dagli articoli del codice civile che riguardano quei particolari elementi del matrimonio che recepiscono i suddetti principi; ci s'intende riferire, solo per fare qualche esempio, alla modalità di formazione del consenso matrimoniale, alla tematica degli impedimenti. Ma la riflessione deve spostarsi poi su quegli articoli della legge n° 218 del 31 maggio 1995 che concernono non solo i rapporti coniugali, ma anche il riconoscimento dell'efficacia delle sentenze straniere e ancor prima l'applicazione del diritto straniero.

Quest'ultima attività sarà svolta nell'ultimo capitolo, in questo invece l'attenzione è rivolta, appunto, come appena specificato, alla regolamentazione del matrimonio rinvenibile nel codice civile, sia pure, procedendo per grandi linee e concentrando l'attenzione sui punti cui si è fatto riferimento.

Detto ciò si può iniziare, prima di passare a verificare la formazione, gli effetti e lo scioglimento del matrimonio, a considerare i suoi caratteri essenziali, perché da questi discendono importanti conseguenze per la valutazione della compatibilità con il sistema giuridico italiano dei matrimoni contratti secondo il diritto straniero.

Il nostro codice civile considera il matrimonio non come un atto di autonomia privata ma come un atto giuridico, in conseguenza del fatto che gli effetti che scaturiscono da esso sono determinati dalla legge e non dalle parti; per il nostro ordinamento giuridico infatti gli atti giuridici sono quelli in cui esso limita la rilevanza della consapevolezza e volontarietà al mero comportamento tenuto restando irrilevante invece la consapevolezza e la volontà degli effetti prodotti che, appunto, sono sempre stabiliti dalla legge.

Le dichiarazioni di volontà dei nubendi, fondendosi in accordo, sono dirette alla produzione di effetti giuridici, che però è la legge a fissare e non i soggetti direttamente⁴⁸⁵.

Il matrimonio non è un contratto, perché la fusione della volontà dei nubendi è sì diretta alla costituzione di un rapporto giuridico, ma questo difetta del carattere della patrimonialità, che è invece essenziale alla nozione di contratto secondo quanto previsto dall'art. 1321 del codice civile; gli effetti del matrimonio non hanno un esclusivo né preminente carattere patrimoniale.

Caratteristiche essenziali del matrimonio sono poi la tipicità, la solennità e la personalità. Esso non tollera l'apposizione di condizioni o di termini; la solennità della

⁴⁸⁵ Taluni autori, come per es. il Bonilini, nel suo testo intitolato *Nozioni di diritto di famiglia* (Utet, Torino, 1994, p. 31), ravvisano nel matrimonio un negozio giuridico bilaterale, "in cui le dichiarazioni di volontà dei nubendi, fondendosi in accordo tendono all'unione stabile di vita fra uomo e donna, che divenendo marito e moglie, devono prestarsi reciproca assistenza morale e materiale". Il negozio giuridico è l'atto mediante il quale i soggetti sono in grado di perseguire al massimo i propri interessi, naturalmente nei limiti in cui siano leciti e meritevoli di tutela, e rappresenta dunque la più ampia estrinsecazione del potere di autonomia privata.

Tuttavia la tradizionale idea di catalogare il matrimonio civile nell'ambito della figura del negozio giuridico non sembra condivisibile, perché quest'ultimo si caratterizza per il fatto che la volontà e la consapevolezza non è limitata al comportamento ma si estende agli effetti, che sono pertanto anch'essi voluti dai soggetti. Nel caso del matrimonio, in realtà, i soggetti non possono incidere con la loro volontà sugli effetti, giacché questi sono sottratti alla loro disponibilità; essi possono decidere se contrarre o meno matrimonio, ma una volta contrattolo gli effetti che ne scaturiscono sono stabiliti dalla

forma vede la sua *ratio* nell'esigenza di far ponderare i soggetti sull'impegno che essi vanno ad assumersi; per quanto riguarda la personalità va detto che il matrimonio è atto strettamente personale, tuttavia, è consentito quello per procura, con la precisazione che il procuratore non è un rappresentante in senso tecnico, quanto invece un *nuncius* che si limita a trasmettere la dichiarazione di volontà matrimoniale del soggetto impedito a renderla personalmente.

1. La formazione del legame matrimoniale

Per il diritto moderno, nella formazione del legame matrimoniale un ruolo non molto rilevante è svolto dagli sponsali che si sostanziano nella reciproca promessa di matrimonio. I soli effetti che da questa derivano sono l'obbligo della restituzione dei doni, purché richiesti entro un anno dal giorno del rifiuto di celebrare il matrimonio o dal giorno della morte di uno dei promittenti; l'obbligo del risarcimento del danno per le spese fatte e per le obbligazioni contratte a causa della promessa da parte di quel promittente, che, senza giusto motivo, rifiuti di eseguirla o dia giusto motivo di rifiuto all'altra, a condizione, però, che la promessa risulti da atto pubblico o da scrittura privata, oppure dalla richiesta della pubblicazione, e sempre, a pena di decadenza entro un anno.

Con riferimento alle condizioni necessarie per contrarre il matrimonio civile, va osservato che l'ordinamento, visto il particolare valore del vincolo tendenzialmente perpetuo, indica nell'articolo 84 e seguenti i requisiti che occorre possedere: innanzitutto la capacità matrimoniale, cioè il possesso di quegli elementi personali che rendono i soggetti idonei a porre in essere un valido matrimonio: tali elementi sono la maggiore età e la sanità di mente. E' necessario poi che non esistano impedimenti al matrimonio, cioè una serie di ostacoli, tassativamente stabiliti, che impediscono di contrarre anche qualora i soggetti abbiano piena capacità matrimoniale. Tali impedimenti, che valgono per tutti i cittadini italiani, anche quando si sposino all'estero, ed altresì per i cittadini stranieri che si uniscano in matrimonio in Italia,

legge e le parti possono solo, eventualmente, secondo quanto stabilito sempre dalla legge, decidere di

salva la disposizione dell'art. 116 primo comma c.c., secondo la quale lo straniero che vuole contrarre matrimonio nello Stato deve presentare all'ufficiale dello stato civile una dichiarazione dell'autorità competente del proprio Paese nella quale risulti che giusta le leggi a cui è sottoposto nulla osta al matrimonio⁴⁸⁶, hanno differente valore. Alcuni, infatti, sono dispensabili, cioè possono essere rimossi attraverso l'autorizzazione del Tribunale, altri invece non lo sono.

La presenza di alcuni impedimenti inibisce la celebrazione del matrimonio, senza tuttavia che lo stesso sia nullo se nonostante ciò sia stato effettuato: si tratta dei c.d. impedimenti impedienti; e sono costituiti dal divieto temporaneo di nozze (art. 89 c.c.), dalla violazione delle norme sulla pubblicazione del matrimonio e da altre violazioni di leggi (artt. da 134 a 142); in questi casi, il matrimonio permane valido e si avrà solo l'irrogazione di una sanzione pecuniaria. Sono detti impedimenti dirimenti, quelli, invece, la cui presenza comporta l'invalidità del matrimonio, anche nel caso in cui questo sia stato celebrato ugualmente; tra questi si può ricordare la mancanza di stato libero (art. 86 c.c.). Gli impedimenti al matrimonio civile sono: la minore età⁴⁸⁷, l'interdizione per vizio di mente⁴⁸⁸, la mancanza di stato libero⁴⁸⁹, la parentela⁴⁹⁰ e l'affinità, l'adozione⁴⁹¹ e l'affiliazione, il delitto⁴⁹², il c.d. lutto vedovile, cioè a dire lo stato in cui viene a trovarsi la vedova o colei che abbia sciolto un

far venir meno il vincolo, e null'altro.

⁴⁸⁶ La disposizione sarà coordinata, nell'ultimo capitolo, con quelle contenute negli artt. 20, 27 e 28 della legge n° 218 del 31-05-1995.

⁴⁸⁷ Il legislatore fissa in diciotto anni l'età minima per contrarre matrimonio, ma è prevista la possibilità che il Tribunale, su istanza dell'interessato, possa ammettere, per gravi motivi, il minore al matrimonio, purché però abbia compiuto i sedici anni e purché sia accertata la sua maturità psico-fisica. L'articolata procedura di autorizzazione, ed il reclamo contro il decreto che la concede sono regolati dall'art. 84 c.c.; modificato è stato poi l'art. 90, che, nella versione precedente, prescriveva la necessità dell'assenso dei genitori: oggi questi o l'eventuale tutore devono solo essere sentiti dal Tribunale, al fine di illuminare le ragioni addotte nella richiesta di autorizzazione.

⁴⁸⁸ L'interdetto per vizio di mente è il c.d. interdetto giudiziale.

⁴⁸⁹ La mancanza di stato libero è un impedimento dirimente: la bigamia costituisce reato ex art. 556 c.p.; deve però trattarsi di un vincolo avente effetti civili. La libertà di stato si riacquista in seguito ad una serie di cause che sciolgono il precedente vincolo matrimoniale: ciò si verifica non solo con la morte del coniuge, ma altresì con la dichiarazione di morte presunta e con la pronuncia di divorzio; per l'assente, sino a quando non sia stata accertata la morte naturale, ovvero siano decorsi dieci anni dal giorno dell'ultima notizia, o non sia stata giudizialmente dichiarata la morte presunta.

⁴⁹⁰ Il vincolo di parentela così come quello di affinità opera entro determinati gradi: in linea retta, in qualunque grado; in linea collaterale, fino al terzo grado per la parentela e fino al secondo per l'affinità. Tuttavia per il terzo grado di parentela e per il secondo di affinità è possibile ottenere la dispensa dal Tribunale (art. 87 c.c.).

⁴⁹¹ Anche il vincolo di adozione così come quello di affiliazione opera entro determinati limiti, sempre soggetti a dispensa.

⁴⁹² Non possono contrarre matrimonio tra loro le persone delle quali l'una è stata condannata per omicidio consumato o tentato sul coniuge dell'altra.

precedente matrimonio per effetto di annullamento o di cessazione degli effetti civili, per trecento giorni dal detto scioglimento⁴⁹³.

Con disposizione del 1944, è scomparso l'impedimento dato dalla diversità di razza, prima previsto dall'art. 91 c.c..⁴⁹⁴

L'ordinamento italiano non prevede un impedimento rappresentato dalla diversità di culto: anche dopo il matrimonio ciascun coniuge conserva piena autonomia per quanto concerne le scelte di vita individuale, nell'ambito della quale rientra sicuramente l'esercizio del culto religioso che si desidera⁴⁹⁵.

Come accennato, gli interessi che sono alla base del matrimonio impongono che la formazione della volontà diretta alla sua costituzione sia totalmente rimessa all'apprezzamento degli interessati.

L'importanza del consenso liberamente prestato emerge dal dettato dell'art. 107, comma primo c.c., secondo cui «l'ufficiale di stato civile... riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'uno dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e moglie...».

L'articolo prevede poi che lo scambio dei consensi tra i nubendi debba avvenire alla presenza di due testimoni, anche se parenti, e che, sempre l'ufficiale dello stato civile, dia lettura agli sposi degli art. 143, 144 e 147. Dopo la celebrazione, da effettuarsi pubblicamente nella casa comunale davanti all'ufficiale dello stato civile, deve essere immediatamente redatto l'atto di matrimonio, giacché esso costituisce la prova documentale dell'avvenuta celebrazione: esso, dopo essere stato sottoscritto dai coniugi, dai testimoni e dall'ufficiale dello stato civile, è iscritto nel registro dello stato civile.

Alla manifestazione del consenso matrimoniale, si può giungere solo dopo l'espletamento di una serie di formalità preliminari. Ex art. 93 c.c. la celebrazione del matrimonio deve essere preceduta dalla pubblicazione presso la casa comunale, fatta a cura dell'ufficiale dello stato civile; la richiesta deve provenirgli da entrambe i coniugi

⁴⁹³ Il fine del rispetto del termine in questione è quello di evitare incertezze sulla paternità della prole. Pur essendo indubbia tale *ratio*, non si è mancato di rilevare, da autorevole dottrina, che questo impedimento dovrebbe rispondere all'esigenza di osservare un periodo di lutto, nel caso che lo scioglimento del vincolo dipenda da morte del coniuge, onde rispettare la memoria di questi, sicché dovrebbe estendersi anche al vedovo. La sua violazione genera una sanzione pecuniaria a carico della donna, dell'ufficiale di stato civile e dell'altro coniuge.

In casi particolari previsti dalla legge il divieto è soggetto a dispensa da parte del Tribunale.

⁴⁹⁴ Giovanni Bonilini, *Nozioni di diritto di famiglia*, cit. p. 39.

⁴⁹⁵ Come si vedrà più avanti, l'eventuale mutamento della religione professata non costituisce elemento di valutazione per l'addebito, se non allorché lo stile di vita adottato in relazione alla nuova religione sia tale da contrastare i doveri di rispetto e solidarietà.

o da persona che ne ha da essi ricevuto speciale incarico (art. 96); il rifiuto della pubblicazione deve essere motivato nel certificato che il pubblico ufficiale deve rilasciare ai richiedenti, e nei suoi confronti è ammesso ricorso al Tribunale.

L'art. 112 regola invece il rifiuto della celebrazione del matrimonio da parte dell'ufficiale dello stato civile: questo può avvenire solo per una causa ammessa dalla legge e comunque con rilascio di certificato indicante i motivi; anche contro di esso può essere esperito ricorso in Tribunale.

2. Effetti del matrimonio

Come già considerato nei capitoli precedenti, dopo un processo storico durato diversi secoli, si è passati da una famiglia fondata sullo *status*, ad una fondata sull'accordo di soggetti liberi ed uguali: libertà ed eguaglianza presenti non solo nel momento costitutivo, ma anche nello svolgimento del rapporto. Nel nostro diritto questa evoluzione è stata segnata dall'adozione della Costituzione repubblicana, dagli interventi della Corte Costituzionale che ha eliminato alcune grosse disparità di trattamento, dagli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, da alcune leggi speciali come quella sul divorzio (la n° 898 del 1 dicembre 1970), e soprattutto da quella di riforma dell'intero diritto di famiglia (la n° 151 del 19 maggio 1975), nonché, recentemente, dalla legge 8 marzo 2000 n° 53 contenente disposizioni per il sostegno della maternità e paternità⁴⁹⁶, e dalla legge 8 febbraio 2006 n° 54 che ha introdotto nuove disposizioni in materia di affidamento dei figli in sede di separazione, annullamento e cessazione degli effetti civili del matrimonio⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ Questa legge, nel solco di alcuni pronunciamenti della Corte Costituzionale, garantisce in modo più completo il diritto di entrambe i genitori di ottenere congedi parentali per assistere i figli in tenera età, nonché i familiari disabili.

⁴⁹⁷ Non vanno poi dimenticate altre importanti leggi, che seppure appartenenti a settori giuridici differenti rispetto a quello familiare, esplicano la loro efficacia anche nei rapporti tra coniugi: ci s'intende, riferire, in particolare, alla legge n° 66 del 5 febbraio 1996 in materia di violenza sessuale; la nuova disciplina ha ricondotto la violenza sessuale dai delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, ai delitti contro la persona, e trovando applicazione, come detto, anche tra marito e moglie, esalta il principio della pari dignità dei coniugi. Va però evidenziato che la Cassazione, già prima dell'adozione della nuova normativa, si era espressa nel senso di escludere la legittimità dell'impiego della forza da parte di un coniuge per ottenere l'unione sessuale con l'altro dissenziente.

Si deve soprattutto alla legge n° 151 del 1975 l'introduzione nel sistema di profonde innovazioni in materia di rapporti personali tra i coniugi e tra questi e i figli; così, è per suo effetto che si è potuto registrare la sostituzione del principio dell'autorità maritale con quello dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi stessi⁴⁹⁸. Con la riforma del diritto di famiglia si è in sostanza data concreta attuazione ai principi costituzionali; fra essi, appunto, anche quello che prevede il matrimonio ordinato secondo l'uguaglianza appena ricordata; il nuovo art. 143 c.c. stabilisce che con il matrimonio, marito e moglie acquistano gli stessi diritti ed assumono i medesimi doveri⁴⁹⁹. Questi ultimi, in modo particolare, concernono soprattutto i figli, ed infatti l'art. 147 c.c. prevede per ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni⁵⁰⁰.

Ma, tornando al disposto dell'art. 143, i diritti e doveri reciproci sono rappresentati dalla fedeltà⁵⁰¹, dall'assistenza morale e materiale, dalla coabitazione⁵⁰², dal dover collaborare nell'interesse della famiglia e dal dover contribuire ai bisogni della stessa, ciascuno però in relazione alle proprie sostanze e capacità di lavoro professionale o casalingo. Con quest'ultima previsione relativa al lavoro casalingo, tradizionalmente svolto dalla donna, si attua in modo chiaro il riconoscimento del contributo personale ed economico dato da tale attività alla formazione del patrimonio della famiglia.

Fondamentale è poi l'art. 144 c.c. in forza del quale spetta sempre ad entrambe i coniugi decidere di comune accordo l'indirizzo della vita familiare⁵⁰³ e fissare la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa. In caso di disaccordo l'art. 145 prevede l'intervento del giudice che

⁴⁹⁸ La concezione della preminenza del marito era stabilita dall'art. 144 c.c., nella versione antecedente all'attuale, dove si diceva che «il marito è capo della famiglia; la moglie segue la condizione civile di lui... ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno fissare la sua residenza».

⁴⁹⁹ Va segnalato che un residuo di disuguaglianza permane quanto alla disciplina del cognome: l'art. 143 bis infatti prescrive che «la moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze». La Corte Costituzionale, espressasi sul punto, pur non ritenendo tale disciplina come contraria alla Costituzione, ha tuttavia evidenziato che una diversa coscienza sociale possa accogliere regole differenti, maggiormente rispettose della parità tra i coniugi. (si veda la sentenza della Corte Costituzionale, 11 febbraio 1988 n° 176, in *Foro Italiano*, 1988, I, c. 1811).

⁵⁰⁰ L'art. successivo, disciplina le concrete modalità con cui vanno adempiuti i doveri verso i figli.

⁵⁰¹ Questa conosce oggi una valutazione attenuata rispetto al passato perché sono state abrogate le disposizioni penali che sanzionavano l'adulterio e il concubinato (artt. 559 e 560 c.p.). Su questo dovere ci si soffermerà in modo dettagliato poco più avanti, laddove si affronterà la tematica della separazione e del divorzio.

⁵⁰² Con riferimento a questa va evidenziato che non è violato il diritto-dovere ad essa allorché si verificano delle assenze motivate che non siano tali da intaccare fortemente la sostanziale continuità di vita in comune.

tenterà innanzitutto di raggiungere una soluzione di compromesso e ove questa non sia possibile, quella, non impugnabile, più opportuna secondo il suo giudizio.

E' da rilevare che i coniugi non potrebbero in alcun modo accordarsi per dare ai loro rapporti una configurazione differente rispetto a quella prospettata dai citati articoli, poiché si è nel campo dei diritti c.d. indisponibili e pertanto l'art. 160 c.c. stabilisce che «gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio».

“L'abolizione della dote⁵⁰⁴, ed il riconoscimento al coniuge superstite di una quota in proprietà e non solo in usufrutto, completano una disciplina dei rapporti economici improntata all'uguaglianza e ad una rivalutazione della famiglia coniugale rispetto a quella fondata sulla discendenza”⁵⁰⁵.

A conclusione di questa sintetica illustrazione degli effetti derivanti dal matrimonio, si deve, altrettanto sinteticamente, considerare la disciplina del regime giuridico cui vengono sottoposti i beni degli sposi durante il matrimonio. Anche con riferimento a questo ambito la legge di riforma del diritto di famiglia è intervenuta in modo profondo, mutando notevolmente i rapporti patrimoniali nella sfera della famiglia. Si è infatti rovesciata l'impostazione precedente per cui ciascun coniuge restava unico titolare dei diritti che aveva e che via via acquistava durante il matrimonio. Il regime della separazione dei beni era dunque quello che ordinariamente vigeva tra i coniugi, a meno che non si fosse provveduto a stipulare una specifica convenzione che si discostasse da detto regime. Oggi, invece, il regime che si costituisce automaticamente per effetto del matrimonio è quello della comunione dei beni, ed è necessaria una espressa dichiarazione per sceglierne uno diverso. Dunque, accanto al regime legale della comunione dei beni si pongono i seguenti tipi di regimi patrimoniali: la separazione dei beni, la comunione convenzionale, il fondo patrimoniale.

Iniziando ad analizzare la comunione dei beni occorre dire che essa è retta dagli art. 177 e ss. del c.c.. Per le coppie unite in matrimonio prima della data di entrata in vigore della legge n° 151 (20 settembre 1975) si è stabilito un periodo di tempo (fino al 15 gennaio 1978) entro il quale è stata concessa la possibilità di escludere il regime di comunione, attraverso una dichiarazione resa innanzi ad un notaio o all'ufficiale di

⁵⁰³ Questo esprime quelle che sono le decisioni fondamentali relative alla vita in comune.

⁵⁰⁴ Va ricordato che ex art. 166 bis c.c. è nulla ogni convenzione che, comunque, tenda alla costituzione di beni in dote.

⁵⁰⁵ Gilda Ferrando, *Matrimonio e famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, vol. I, cit. p. 143.

stato civile del luogo di celebrazione del matrimonio, e rimanere quindi vincolati al pregresso regime di separazione. In assenza dell'atto gli acquisti effettuati dai coniugi sono in comunione.

I beni della comunione vanno distinti da quelli individuali, e gli articoli 177 e 179 indicano rispettivamente quali sono.

L'amministrazione dei beni della comunione spetta a ciascuno dei coniugi disgiuntamente, ma per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione è necessario il consenso di entrambi. In caso di cattiva amministrazione da parte di uno di essi, l'altro può chiedere al giudice di escluderlo dall'amministrazione stessa.

Lo scioglimento della comunione può avvenire oltre che per accordo dei coniugi, anche per effetto della dichiarazione di assenza o di morte presunta, per fallimento di uno di essi, per annullamento o scioglimento del matrimonio, o per separazione personale; va poi ricordato che anche la separazione giudiziale dei beni pronunciata ai sensi dell'art. 193 c.c. è causa di scioglimento della comunione.

“La comunione convenzionale altro non è se non una comunione legale modificata dai coniugi mediante convenzione matrimoniale stipulata ai sensi dell'art. 162 c.c.. Così essi possono accordarsi per tenere fuori della comunione determinati beni o, viceversa, per farvi rientrare taluni beni personali, ad eccezione di quelli previsti dall'art. 179 lettere c), d), e)”⁵⁰⁶.

La separazione dei beni deve essere voluta da entrambi i coniugi. Essa pur comportando l'esclusiva titolarità dei beni acquistati individualmente, anche in costanza di matrimonio, non esclude che i coniugi possano avere la contitolarità di certi diritti. Questo regime patrimoniale non ha ovviamente nessun riflesso sulla comunione materiale, ma anche spirituale, che è alla base dell'istituto, infatti permane reciproco il dovere di contribuire al soddisfacimento dei bisogni della famiglia.

Quanto al fondo patrimoniale occorre dire che esso rappresenta un regime patrimoniale integrativo, in quanto assolve alla funzione di permettere ai coniugi, separatamente o congiuntamente, o anche ad un terzo, di costituire un patrimonio destinato, mediante l'utilizzazione dei suoi frutti, a far fronte ai bisogni della famiglia. L'amministrazione di questi beni è modellata sulle norme che concernono l'amministrazione della comunione legale. L'art. 171 c.c. prevede che il fondo cessa

⁵⁰⁶ Francesco Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 2 ed., Roma-Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, p. 366.

con l'annullamento o con lo scioglimento del matrimonio, ma, se vi sono figli minorenni, esso dura sino al compimento della maggiore età dell'ultimo figlio.

E' opportuno anche ricordare l'istituto dell'impresa familiare perché anch'esso comporta delle conseguenze nei rapporti patrimoniali tra i membri della famiglia: coniugi, parenti entro il terzo grado e affini entro il secondo⁵⁰⁷.

La costituzione dell'impresa familiare "dà anzitutto diritto, a favore di ciascun compartecipe, al «mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia»; peraltro, ogni compartecipe ha diritto di partecipare «agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avvenimento, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato»⁵⁰⁸.

Non resta ora che accennare alla recentissima importante novità normativa che ha interessato la materia del diritto di famiglia, con particolare riguardo sempre alla sua influenza nell'ambito degli effetti patrimoniali del matrimonio, nei confronti di coloro che sono gli eredi e i legittimari dell'imprenditore che è anche coniuge. Ci si riferisce alla legge n° 55 del 14 febbraio del 2006, con cui è stata prevista la possibilità di stipulare accordi, i c.d. "patti di famiglia", diretti a regolamentare la trasmissione tra familiari stretti delle attività economiche appartenenti ad uno di essi. Questo nuovo istituto consente all'imprenditore, una volta valutate le capacità e le attitudini dei propri figli, di decidere mentre ancora è in vita, a chi di questi assegnare le redini dell'impresa⁵⁰⁹.

La nuova formulazione dell'art. 458 del c.c. si apre con l'inciso «fatto salvo quanto disposto dagli art. 768 bis c.c. e seguenti» e prosegue con la nota previsione della nullità di ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione o dei diritti che possono spettargli su una successione non ancora aperta. L'art. 768 bis c.c. definisce il patto di famiglia come «il contratto con cui compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o a più discendenti».

⁵⁰⁷ Anche se l'art. 230 bis che disciplina l'istituto non menziona il convivente *more uxorio*, parte della dottrina ritiene che anch'esso possa partecipare all'impresa familiare.

⁵⁰⁸ Giovanni Bonilini, *Nozioni di diritto di famiglia*, cit., p. 91.

⁵⁰⁹ Occorre ricordare però che il patto di famiglia può essere utilizzato anche per trasmettere partecipazioni societarie, che potrebbero appartenere oltre che ad imprenditori anche a semplici investitori, rispetto ai quali è più difficile condividere la legittimità della scelta di derogare al divieto di patti successori. Il patto di famiglia rappresenta infatti proprio una deroga a quanto previsto dall'art. 458 del c.c.

Si comprende come la convenzione *inter vivos*, incidendo sulla successione del disponente, si ponga in stretto rapporto con il divieto dei patti successori e con il disposto dell'art. 457 c.c. che prevede che l'eredità si devolva per legge o per testamento. Tralasciando in questa sede il commento relativo al profilo strutturale e causale del nuovo istituto⁵¹⁰, è invece il caso di riportare solo la disciplina della tutela dei discendenti e del coniuge esclusi dall'assegnazione; la legge riconosce ai c.d. legittimari il diritto intangibile ad una quota del patrimonio ereditario indipendentemente dalla volontà del *de cuius*; ebbene, coloro che sono esclusi o lesi dal patto di famiglia possono utilizzare il medesimo strumento giuridico, l'azione di riduzione, cui possono fare ricorso, in linea generale, i legittimari indicati nell'art. 536 del c.c. che siano stati lesi dalle disposizioni testamentarie.

3. *Lo scioglimento del matrimonio*

Fino al 1970, anno nel quale è stato introdotto nell'ordinamento giuridico italiano l'istituto del divorzio, il matrimonio era considerato indissolubile: solo la morte di uno dei coniugi poteva scioglierlo. Da lunga data infatti l'ordinamento italiano aveva accolto il principio canonistico dell'indissolubilità del vincolo e solo con la legge n° 898 del 1 dicembre 1970⁵¹¹ decise di discostarsene. Prima di allora per quei casi nei quali la prosecuzione della convivenza coniugale risultava impossibile o sconsigliabile, vi era il rimedio della separazione personale, la quale, pur conservando integro il vincolo coniugale, faceva cessare l'obbligo della coabitazione.

Il vigente art. 149 del c.c.⁵¹² prevede, quindi, che il matrimonio si scioglie oltre che con la morte di uno dei coniugi anche negli altri casi previsti dalla legge. Va evidenziato come, ai sensi del capoverso dello stesso articolo, l'eventuale vincolo religioso non cessa: infatti quelli che vengono meno per effetto dello scioglimento del matrimonio celebrato con rito religioso sono solo i suoi effetti civili. "L'accertamento

⁵¹⁰ Per analizzare le prime osservazioni sul patto di famiglia si rinvia agli scritti di Francesco Gazzoni, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia* e di Gaetano Petrelli, *La nuova disciplina del patto di famiglia*, in *Rivista del notariato*, LX, 2006, pp. 401-465.

⁵¹¹ Questa legge venne modificata nel 1978 con la legge n° 436, e ancora nel 1987 con la legge n° 74.

⁵¹² Modificato dalla legge di riforma del diritto di famiglia n° 151 del 19 maggio 1975.

di una delle cause previste dalla legge come giustificatrici dello scioglimento del matrimonio, comporta che venga a cessare, anche tra i coniugi legati da matrimonio concordatario, il rapporto che vivevano precedentemente. La legittimità costituzionale della legge n° 898 del 1970 anche in ordine al matrimonio concordatario, è stata correttamente, e prontamente pronunciata: Corte Costituzionale, n° 169/1971⁵¹³.

Prima di soffermarsi sul divorzio è opportuno prendere in considerazione la separazione personale dei coniugi cui si è fatto appena riferimento, giacché essa non solo si collega storicamente al pure ricordato principio di indissolubilità del matrimonio di diritto canonico quale fattore incidente sul rapporto coniugale, ma soprattutto perché oggi costituisce la più importante causa di divorzio. La separazione, tuttavia, può anche non sfociare in una sentenza di divorzio, sia perché i coniugi possono riprendere la convivenza, sia perché possono, per le più svariate ragioni, decidere di non presentare mai istanza di divorzio⁵¹⁴.

L'evoluzione storica dell'istituto può essere così sinteticamente espressa: essa nacque con una connotazione sanzionatoria già nel codice del 1865 per mantenerla anche in quello del 1942. Ai sensi dell'art. 151 di quest'ultimo codice infatti, prima che esso venisse modificato dalla legge di riforma del 1975, la separazione poteva essere domandata per causa di adulterio, di volontario abbandono, di eccessi, sevizie, minacce o ingiurie gravi⁵¹⁵.

Questo modello venne però man mano attenuato dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, e pertanto si prospettò una separazione "per giusta causa" definita come "situazione obiettiva che, anche se incolpevole, renda intollerabile, perché umanamente impossibile o eccessivamente penosa, e non semplicemente difficile, la convivenza"⁵¹⁶. Con la riforma del 1975 la separazione trova la sua giustificazione nell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza: quindi assume la funzione di rimedio al venir meno dell'*affectio coniugalis*. Se all'istituto, come è oggi concepito, "è estranea l'idea di sanzionare un comportamento coniugale colpevole, nondimeno, se l'intollerabilità della convivenza risulti imputabile ad uno dei due coniugi, ovvero

⁵¹³ Giovanni Bonilini, *Nozioni di diritto di famiglia*, cit., p.111.

⁵¹⁴ In questa ipotesi i coniugi permangono tali perché con la separazione non viene soppresso lo *status* di coniuge.

⁵¹⁵ L'abrogato art. 152 prevedeva inoltre la possibilità di separarsi dal coniuge condannato all'ergastolo o a pena detentiva per un tempo superiore a cinque anni.

⁵¹⁶ Angelo Falzea, *La separazione personale dei coniugi*, Milano, Giuffrè, 1943, p. 41.

ad entrambi, è consentito richiederne in giudizio il riconoscimento, attraverso la pronuncia di addebito⁵¹⁷, che comporterà degli effetti patrimoniali.

Le tipologie di separazione sono rappresentate da quella consensuale, giudiziale e di fatto. Quest'ultima, che si realizza quando i coniugi, senza alcuna procedura formale, vivono separati, non è disciplinata dall'ordinamento⁵¹⁸, quindi la conseguenza è che essa non determina una nuova situazione giuridica rispetto a quella preesistente; l'unica sua rilevanza è in sede di computo del tempo ai fini del divorzio, sempre che sia iniziata da più di due anni prima dell'entrata in vigore della legge n° 898 del 1975. Va ricordato che "la disciplina riformata, poiché è destinata a regolare rapporti giuridici di durata qual è quello coniugale, si applica anche ai matrimoni celebrati in data anteriore all'entrata in vigore della legge 19 maggio 1975 n° 151, in conformità al principio generale per cui la legge civile, non retroattiva, si applica a tutti i rapporti giuridici pendenti, anche se siano effetto di atti anteriori alla legge stessa"⁵¹⁹.

Gli altri due tipi di separazione, consensuale e giudiziale, ricorrono a seconda che via sia o meno un accordo fra i coniugi; in ogni caso però la separazione presuppone l'intervento del giudice: nell'ipotesi del disaccordo vi sarà una sentenza che come tale s'impone alla volontà dei coniugi, mentre, nell'ipotesi dell'accordo vi sarà un decreto che omologa e quindi rende esecutivi i patti raggiunti⁵²⁰.

La separazione non incide sull'atto ma sugli effetti del matrimonio: vi è una sospensione di alcuni di essi, essenzialmente quelli di carattere personale, mentre per quanto riguarda quelli patrimoniali pur sciogliendosi la comunione legale non si sospende il dovere alla reciproca assistenza materiale; pronunciando la separazione infatti il giudice stabilisce a vantaggio del coniuge cui questa non sia addebitabile il diritto di ricevere dall'altro coniuge quanto è necessario al mantenimento⁵²¹; al coniuge cui è addebitabile la separazione sono in ogni caso dovuti gli alimenti qualora ne ricorrano gli estremi ex artt. 433 e ss.⁵²².

Per quanto concerne invece gli effetti riguardo ai figli va detto che il giudice, pronunciando la separazione dichiara anche a quale dei coniugi questi debbano essere

⁵¹⁷ Giovanni Bonilini, *Nozioni di diritto di famiglia*, cit., p. 116.

⁵¹⁸ L'art. 150 del c.c. prevede solo la separazione consensuale e quella giudiziale.

⁵¹⁹ Gisella Pignataro, *La separazione personale dei coniugi. Profili introduttivi*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2005, p. 4.

⁵²⁰ Cfr. sul punto Francesco Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 367.

⁵²¹ Sempre il coniuge a cui non è stata addebitata la separazione, mantiene gli stessi diritti successori del coniuge non separato.

affidati, adottando ogni altro provvedimento ad essi relativo, oltre naturalmente, a stabilire la misura e il modo con cui essi devono contribuire al loro mantenimento, educazione ed istruzione. Va ricordato che recentissimamente la legge 8 febbraio 2006 n° 54 ha innovato la materia dell'affidamento dei figli in applicazione del principio c.d. della "bigenitorialità", in forza del quale i minori hanno il diritto a conservare un rapporto continuativo ed equilibrato con ambedue i genitori anche a seguito della cessazione del rapporto di coniugio: a tal fine ha introdotto l'affido condiviso. Prima di questa legge in caso di separazione dei coniugi erano previste tre forme di affidamento: quello esclusivo, quello congiunto e quello alternato. Nel primo tipo il genitore affidatario aveva la potestà genitoriale e doveva consultarsi con l'altro genitore solo per le decisioni più importanti; nel secondo tipo i figli erano affidati a entrambe i genitori i quali conservavano tutti e due la potestà genitoriale, di fatto però, i figli dovevano vivere con uno dei genitori; nel terzo tipo i figli vivevano per un certo periodo dell'anno con un genitore e per il restante con l'altro, e il genitore temporaneamente non affidatario aveva il diritto di visita che rispondeva a diverse esigenze, prima fra tutte quella di mantenere il rapporto con la prole e anche di vigilare sulla sua istruzione ed educazione. Oggi invece con l'introduzione del nuovo istituto, che rappresenta la regola generale di affidamento, entrambe i genitori partecipano direttamente alla vita del figlio. In questo quadro l'assegno di mantenimento assume un'importanza secondaria, essendo prevista la contribuzione diretta di ciascun genitore, sia pure in misura proporzionale al proprio reddito⁵²³.

Senza soffermarsi sulle fasi che caratterizzano il giudizio di separazione⁵²⁴, è sufficiente osservare che con quella consensuale le parti possono anche rinunciare a far valere il proprio diritto ad ottenere che essa venga addebitata all'altro coniuge, costituendo una esplicita dichiarazione di non aver null'altro a pretendere sul piano morale dall'altro coniuge; pertanto la separazione consensuale non solo esclude la separazione per colpa ma esclude anche l'azione risarcitoria per i fatti che hanno portato alla fine dell'unione, fatti conosciuti e non contestati in sede di separazione

⁵²² Per un'analisi dettagliata della regolamentazione del diritto agli alimenti si rinvia al testo di Cristina Rolando, "Alimenti e mantenimento nel diritto di famiglia. Tutela civile, penale, internazionale", in *Teoria e pratica del diritto, sezione I: diritto e procedura civile*, 122, Milano, Giuffrè Editore, 2006.

⁵²³ Per quanto concerne il diritto di abitazione della casa coniugale va evidenziato come la previsione del nuovo testo dell'art. 155 quater c.c., stabilisce che questo non debba essere più attribuito, quasi automaticamente, al genitore affidatario, come prevedeva il testo precedente dell'art. 155 quarto comma c.c., ma deve essere disposto in ragione del preminente interesse dei figli.

⁵²⁴ Per queste si rimanda alla recente opera di Emilia Zanetti Vitali, *La separazione dei coniugi*, Milano, Giuffrè, 2006.

consensuale; quest'ultima può essere modificata solo per le statuizioni patrimoniali ove ne sussistano i presupposti.

Venendo ora a trattare del divorzio, deve innanzitutto ricordarsi che anche per la nostra legislazione il diritto di ciascuno dei coniugi di far dichiarare dall'autorità giudiziaria cessato il vincolo coniugale è limitato da una condizione generale: l'accertamento da parte del giudice che la comunione materiale e spirituale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita. Una volta operato in tal senso il giudice deve verificare la sussistenza di una delle cause tassativamente indicate dall'art. 3 della legge n° 898 del 1970; esse sono: la presenza di una condanna passata in giudicato ad una lunga pena detentiva, intervenuta dopo il matrimonio, anche per fatti antecedenti allo stesso; indipendentemente dall'entità della pena, il divorzio può essere pronunciato quando un coniuge sia stato condannato per tutta una serie di delitti specificatamente indicati; con riguardo a questi delitti può essere egualmente richiesto il divorzio anche se il coniuge sia stato assolto per vizio totale di mente, qualora il giudice accerti l'inidoneità del coniuge a mantenere o ricostituire la convivenza familiare; vi è poi l'ipotesi della sussistenza di una sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato in relazione, anche in questo caso, agli stessi delitti, qualora il giudice accerti che nei fatti commessi sussistano gli elementi costitutivi e le condizioni di punibilità dei delitti stessi; ancora, sussistenza di una sentenza di proscioglimento o di assoluzione relativa al diritto di incesto che dichiara il fatto non punibile per mancanza di pubblico scandalo; mancata consumazione del matrimonio, divorzio o annullamento del matrimonio ottenuto all'estero dall'altro coniuge o nuovo matrimonio da lui contratto all'estero⁵²⁵; passaggio in giudicato di una sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso secondo quanto previsto dalla legge n° 164 del 1982; sussistenza di una sentenza passata in giudicato che ha pronunciato la separazione giudiziale o del provvedimento di omologazione della separazione consensuale accompagnato dal decorso di tre anni dalla comparizione dei coniugi dinanzi al presidente del Tribunale durante i quali la separazione non ha avuto interruzione⁵²⁶; infine come già accennato, separazione di fatto iniziata almeno due

⁵²⁵ Il matrimonio contratto all'estero, per poter rilevare quale causa di divorzio, non deve essere ritenuto efficace nel nostro ordinamento in quanto, in caso contrario, sarebbe affetto da nullità insanabile e il soggetto sarebbe perseguibile per il reato di bigamia.

⁵²⁶ Con riferimento a questa causa occorre ricordare che la legge 6 marzo 1987 n° 70 ha ridotto da cinque a tre anni il periodo di separazione dei coniugi che deve trascorrere prima di poter richiedere il divorzio.

anni prima del 18 febbraio 1970 e protrattasi per almeno tre anni a decorrere dal momento in cui è cessata la convivenza⁵²⁷.

Tralasciando anche con riferimento al divorzio la disamina del suo procedimento, che è stato modificato non solo dalla legge 6 marzo 1987 n° 70⁵²⁸, ma anche recentemente dalla Legge n° 80 del 14 maggio 2005⁵²⁹, si può passare all'esame degli effetti personali e patrimoniali in capo ai soggetti interessati.

Con il divorzio vengono meno i doveri coniugali di cui all'art. 143 c.c. così come la comunione legale e il fondo patrimoniale; permane però, come accade con la separazione, un dovere di solidarietà post-coniugale, dal quale discendono effetti patrimoniali. Rimangono ovviamente invariati i doveri verso i figli, salve le disposizioni in ordine all'affidamento, che già si sono viste trattando della separazione.

Con la sentenza che dichiara lo scioglimento del matrimonio il Tribunale dispone l'obbligo per uno dei coniugi di corrispondere all'altro il c.d. assegno post-matrimoniale proporzionato al proprio reddito, e ciò al fine di consentire a quest'ultimo di mantenere un tenore di vita analogo a quello goduto durante il matrimonio. Tale assegno è diverso da quello previsto in caso di separazione legale. In quest'ultima il Tribunale può disporre anche che non vi sia nessun versamento se ritiene che ciascuno dei coniugi sia in grado di mantenersi da sé con i propri redditi. In caso di divorzio, invece, i presupposti dell'assegno sono diversi; il giudice non deve considerare solo le loro condizioni economiche, ma deve tenere conto anche delle ragioni della decisione, nonché di altri fattori come il contributo personale ed economico di ciascuna delle parti nella conduzione familiare e nella formazione del patrimonio di ciascuno e di quello comune, e infine della durata del rapporto. Si può procedere anche ad una revisione dell'assegno qualora mutino le circostanze attributive, e ad una sua estinzione quando le condizioni economiche dell'obbligato si siano deteriorate al punto da divenire equivalenti a quelle del beneficiario, oppure al contrario qualora le condizioni economiche del beneficiario si siano incrementate al

⁵²⁷ Per una analisi dettagliata delle singole cause si rimanda, per tutti, a Massimo Dogliotti e Alberto Figone, *I presupposti e le condizioni del divorzio*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, vol VI, *Il divorzio*, Torino, Utet, 2000, 15 e ss..

⁵²⁸ Questa legge ha infatti introdotto un procedimento abbreviato nell'ipotesi in cui le parti presentino domanda congiunta contenente le disposizioni relative ai figli e ai loro rapporti economici; il giudice accerterà la sussistenza dei presupposti di legge e che quanto prospettato dai coniugi non leda l'interesse della prole. Qualora invece il giudice ritenga iniquo l'accordo dei coniugi il processo tornerà a svolgersi secondo il rito ordinario.

punto tale da superare il precedente tenore di vita, oppure, ancora, se il beneficiario abbia contratto nuove nozze, in quanto verrebbe a godere di un nuovo e più intenso rapporto di solidarietà.

Le parti, d'accordo, possono anche procedere a soluzione *una tantum*.

Al coniuge divorziato superstite che sia titolare dell'assegno spetta anche la pensione di reversibilità. Il diritto di questi potrà essere limitato quantitativamente nel caso in cui il suo ex coniuge si sia risposato e tale coniuge superstite possieda i requisiti per la pensione di reversibilità.

⁵²⁹ Questa legge inserendosi nel quadro di un generale intervento sull'impianto normativo dell'intero

CAPITOLO VII

I PROBLEMI SCATURENTI DALLA PLURALIZZAZIONE DEI MODELLI MATRIMONIALI COESISTENTI IN ITALIA

1. Considerazioni introduttive 2. Punti di attrito 3. Soluzioni possibili

1. Considerazioni introduttive

In quest'ultimo capitolo si desidera dare conto di come l'ordinamento giuridico italiano si relaziona con gli ordinamenti giuridici a cui fanno riferimento i modelli matrimoniali che sono stati trattati nei capitoli precedenti, e che rappresentano solo alcuni di quelli concorrenti con il nostro matrimonio civile; non deve dimenticarsi infatti che accanto al matrimonio canonico e a quello musulmano, quest'ultimo così come oggi disciplinato pure nel diritto tunisino e marocchino, vi è anche quello ebraico, nonché quelli di altre religioni, che però non verranno considerati.

Poiché il rapporto tra il diritto matrimoniale italiano e quello della religione cristiana è stato in parte già affrontato, si è vista infatti la regolamentazione concertata dei rapporti tra lo Stato italiano e la Santa Sede nella materia in questione, in questa sede l'attenzione sarà rivolta soprattutto al modello islamico.

La comunità islamica presente sul nostro territorio, in special modo quella maghrebina⁵³⁰ che è la più consistente nella sua componente tunisina e marocchina, ad oggi, non è riuscita a raggiungere con le rappresentanze dello Stato nessun accordo, se non semplici bozze d'intesa, per il riconoscimento della fattispecie matrimonio, così come inteso e per l'effetto disciplinato, dai rispettivi ordinamenti statali⁵³¹. La possibilità di arrivare alla stipulazione di una intesa appare attualmente piuttosto

codice di procedura civile interessa anche la materia dello scioglimento del matrimonio.

⁵³⁰ Per maggiori approfondimenti sui rapporti tra Europa e Maghreb, l'immenso territorio che corre orizzontalmente dal confine orientale della Libia fino all'oceano atlantico, comprendente ben cinque Stati, la Libia, la Tunisia, l'Algeria, il Marocco e la Mauritania, si rinvia ad un articolo di Loredana Ricci, *Il Maghreb e l'Europa: per una nuova politica nel Mediterraneo occidentale*, pubblicato sulla rivista *La comunità internazionale, rivista trimestrale della società italiana per l'organizzazione internazionale*, Padova, Cedam, 1990, pp. 549-567.

⁵³¹ Sul punto si veda Ida Zelio Grandi, *Il dialogo delle leggi: ordinamento giuridico italiano e tradizione giuridica islamica*, Venezia, Marsilio, 2006, in particolare le pagine 67, 68 e 69. Si veda

remota, data l'estrema frammentarietà della comunità islamica e soprattutto il disaccordo esistente tra le varie organizzazioni in merito all'interpretazione e applicazione delle norme coraniche.

L'immigrazione da Paesi culturalmente diversi rende più eterogenea la società, e l'ordinamento giuridico del Paese che accoglie i nuovi venuti deve necessariamente considerare la situazione di fatto creatasi, soprattutto proprio quella inerente alla sfera dei rapporti familiari, giacché questi rappresentano i fattori in grado di influenzare maggiormente le identità e gli equilibri preesistenti, non solo in considerazione dei sempre più numerosi matrimoni misti, ma anche perché le svariate richieste di questi stranieri musulmani che vorrebbero rispettato anche nell'ordinamento italiano il proprio sistema sociale-normativo, determina interrogativi sul concreto livello di integrazione raggiunto, che lo Stato non può ignorare, dovendo garantire al suo interno la pace sociale e al contempo il rispetto della propria tradizione giuridica.

Ecco dunque che inizia ad emergere la questione di come l'ordinamento deve atteggiarsi per il raggiungimento di soluzioni eque, che come tali tengano conto delle configgenti posizioni. E' chiaro che l'integrazione non può spingersi al punto tale da dare riconoscimento a quegli impianti normativi e anche consuetudinari palesemente in conflitto con il sistema giuridico nazionale; ed è altrettanto chiaro che non vi può essere neppure una chiusura troppo rigida alle istanze delle comunità straniere. Se dunque, come appena riferito, non si è ancora potuto raggiungere con dette comunità una posizione di compromesso, i problemi di compatibilità delle rispettive istanze nel settore in esame, e che di seguito verranno evidenziati, sono allo stato risolti attraverso la disciplina approntata dal sistema del diritto internazionale privato⁵³², che è poi quello che ciascuno Stato adotta in via generale per disciplinare tutte quelle fattispecie giuridiche che si caratterizzano per presentare elementi di estraneità rispetto ad esso. La legge che l'esprime "raccolge in modo unitario e sistematico i tre tradizionali settori del traffico e dei rapporti internazionali: giurisdizione, diritto applicabile e efficacia delle sentenze"⁵³³.

anche Agostino Cilardo, *Le proposte d'intesa delle comunità islamiche in Italia*, in *Il Tetto*, marzo-agosto 2003, pp. 54-64.

⁵³² Si tratta del sistema determinato dalla legge n° 218 del 31 maggio 1995. Per l'analisi ed un suo commento si rimanda al testo di Paolo Mengozzi, *La riforma del diritto internazionale privato italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1996.

⁵³³ Maria Cristina Folliero, *Giurisdizione ecclesiastica matrimoniale e diritto internazionale privato*, in *Studi e ricerche di diritto ecclesiastico*, Salerno, Edisud, 1996, p. 113.

Nei prossimi paragrafi ci si soffermerà ovviamente su quella che è la disciplina che il nostro diritto internazionale privato dedica ai rapporti matrimoniali, e più in generale ai rapporti di famiglia; e si vedrà come esso rimandi al diritto dello Stato degli interessati ovvero, in alcuni casi, in via sussidiaria, al diritto dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata⁵³⁴.

Per comprendere appieno quelle disposizioni è necessario in via preliminare illustrare i meccanismi che sono alla base dell'operatività di tutto l'impianto della legge. E allora innanzitutto viene in rilievo il concetto di «criterio di collegamento» che si identifica con quell'aspetto del rapporto che il legislatore ritiene determinante ai fini dell'individuazione dell'ordinamento straniero da richiamare⁵³⁵. Tale richiamo si realizza attraverso il c.d. «rinvio» alla legge straniera; questo fenomeno è quello per cui l'ordinamento attribuisce valore giuridico a norme appartenenti ad un ordinamento diverso che, di per sé stesso, non avrebbero nel primo alcun rilievo.

Poi si devono considerare quegli istituti che limitano l'applicazione della norma straniera richiamata attraverso il rinvio. E' previsto espressamente che il funzionamento delle norme di rinvio incontri due limiti di carattere generale: quello dell'ordine pubblico e quello costituito dall'operare delle norme di applicazione necessaria. Quest'ultime sono quelle norme dell'ordinamento interno che, in determinate materie, vengono dotate di una sfera di applicazione spaziale-personale che prescinde dai generali criteri fissati dalle regole del diritto internazionale privato⁵³⁶.

E' l'art. 16 della legge n° 218/95 a stabilire che «la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico»; come è stato osservato⁵³⁷, l'ordine pubblico opera come un doganiere, rifiutando l'accesso della norma straniera indesiderata nel territorio del giudice a cui è affidato il compito di vigilare sulla rispondenza di questa con il diritto nazionale. E' proprio in forza di questo principio

⁵³⁴ Più in generale per gli ordinamenti giuridici europei con particolare riferimento alla recezione della *Moudawwana* marocchina, si segnala un articolo di Ana Quinones Escamez, pubblicato nella *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2004/3, pp. 877-900, intitolato proprio "*La reception du nouveau code de la famille marocaine (moudawana, 2004) en Europe*".

⁵³⁵ Diversi sono i criteri di collegamento nel nostro sistema: il principale è quello della cittadinanza; vi è poi quello del luogo in cui è avvenuto un fatto dal quale derivano determinate conseguenze; quello in cui si trovano determinate cose; quello della volontà manifestata delle parti. Non è infrequente che una stessa disposizione indichi più criteri di collegamento.

⁵³⁶ Come si vedrà più avanti, è il caso ad esempio dell'art. 116 c.c. che prevede anche per il cittadino straniero l'applicazione dei divieti stabiliti dagli artt. 86, 87, 88 c.c..

⁵³⁷ Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *Società multiethniche e diritto di famiglia*, in *Introduzione allo studio delle istituzioni giuridiche dell'Islām classico e contemporaneo*, Dispense ad uso degli studenti della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tor Vergata, cit., p. 179.

che l'ordinamento giuridico nazionale resiste alle trasformazioni sociali indotte dall'immigrazione che si presentano come assolutamente inconciliabili con la propria identità culturale e giuridica.

Fatta questa premessa, si possono ora analizzare nello specifico le questioni per le quali si registra una maggiore conflittualità, appunto, tra le istanze delle comunità straniere e quelle del diritto nazionale, con riferimento ovviamente alla materia matrimoniale che, come è noto, più delle altre, si distingue per la diversità profonda delle categorie tecnico-giuridiche che caratterizza il diritto dei Paesi musulmani rispetto a quello non solo italiano ma occidentale in generale.

In secondo luogo si proporranno le strategie con le quali “gestire” l'anzidetta conflittualità, avendo riguardo anche a quella che è stata l'esperienza di altri Paesi europei che prima del nostro hanno dovuto affrontare gli stessi problemi; l'Italia infatti solo negli ultimi anni ha vissuto e vive l'esperienza di una immigrazione sempre più consistente: l'ondata dei “ricongiungimenti familiari” ne è l'aspetto più visibile e sicuramente, come si vedrà tra poco, quello più importante per le problematiche che scaturiscono dal matrimonio poligamico contratto all'estero e di cui si richiede il riconoscimento per gli effetti civili nel nostro Stato.

2. Punti di attrito

Come anticipato, il diritto internazionale privato italiano che rappresenta un settore determinato del sistema giuridico nazionale, per la disciplina dei rapporti matrimoniali rimanda al diritto nazionale dei soggetti e in via sussidiaria a quello dello Stato nel quale è prevalentemente localizzata la vita matrimoniale.

“Posto che molti Stati islamici affidano alla legge religiosa la disciplina del diritto di famiglia, in relazione ai rapporti familiari che interessino uno o più individui appartenenti a Stati islamici ovvero a rapporti familiari prevalentemente localizzabili in uno Stato islamico, è la legge religiosa che il giudice italiano viene chiamato ad applicare: beninteso dopo aver verificato, come sempre deve fare quando è chiamato

ad applicare una legge straniera, che non derivino conseguenze incompatibili con i principi informatori dell'ordinamento giuridico italiano”⁵³⁸.

Può però anche accadere che il diritto internazionale privato dello Stato islamico, per la disciplina in questione, rimandi, utilizzando il criterio della residenza comune, al nostro diritto o a quello di uno Stato terzo: in tale ipotesi il giudice italiano dovrà applicare uno di questi due diritti.

Ai sensi dell'art. 13 della legge n° 218/95, infatti, «quando negli articoli successivi è richiamata la legge straniera, si tiene conto del rinvio operato dal diritto internazionale privato straniero alla legge di un altro Stato: se il diritto di tale Stato accetta il rinvio; se si tratta di rinvio alla legge italiana».

Di fatto, oggi, gli ordinamenti dei Paesi musulmani, in materia familiare, fanno riferimento alla legge nazionale degli interessati, pertanto il meccanismo del rinvio non produce alcuna conseguenza pratica.

Il diritto islamico verrà in rilievo allorché il soggetto sia cittadino di uno Stato islamico e non quando pur essendo di religione musulmana sia cittadino di uno Stato non musulmano: in quest'ultimo caso, infatti, la religione non interferisce con la disciplina internazionalprivatistica⁵³⁹.

Venendo ora alla trattazione concreta delle questioni che determinano i maggiori contrasti tra quelle che sono le regole italiane esprimenti i valori fondanti della nostra cultura, non solo giuridica, e quelle che esprimono invece i principi islamici, sia pure in modo più o meno intenso, come si è visto con particolare riferimento alla Tunisia e al Marocco, si può iniziare dal considerare le implicazioni che la celebrazione del matrimonio secondo il diritto di matrice musulmana determina nel momento in cui se ne richiede il riconoscimento nel nostro Stato.

Come si è avuto modo di verificare nei precedenti capitoli, il diritto musulmano prevede che il consenso matrimoniale non possa essere espresso direttamente dalla sposa, bensì dal suo curatore matrimoniale, che a seconda delle differenti scuole giuridiche (*sciafiita*, *malikita*), rispettivamente, sostituisce o integra la sua volontà di contrarre matrimonio.

⁵³⁸ Cristina Campiglio, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1999, 1, pp. 21-22.

⁵³⁹ Cfr. Cristina Campiglio, *Famiglia e diritto islamico. Profili internazional-privatistici*, in *Musulmani in Italia, condizione giuridica delle comunità islamiche*, a cura di Ferrari Silvio, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 175-185.

Si è anche visto però che il *C.S.P.* tunisino all'art. 3 prevedendo che il consenso debba essere espresso personalmente ha superato l'applicazione di questa regola islamica, mentre la *Mudawwana* marocchina non si è spinta fino a questo punto perché ha mantenuto la figura del *walī* non solo per la sposa minorenni ma anche se essa è maggiorenne e decide di avvalersi della sua attività.

Ebbene, quando dinnanzi all'autorità italiana si dovesse discutere della validità di un matrimonio contratto in Marocco o in un altro Paese musulmano, che, seguendo l'indicazione islamica, prevede l'intervento del *walī*, l'operatività del limite dell'ordine pubblico determinerebbe la dichiarazione di invalidità dello stesso. Ciò perché il diritto italiano richiede che il consenso sia espresso personalmente dalle parti, impostazione quest'ultima che riflette l'opposta considerazione che i diritti occidentali hanno della donna rispetto a quelli dei Paesi islamici. L'acconsentire al riconoscimento del matrimonio effettuato con questa forma di prestazione del consenso significherebbe rinnegare i valori raggiunti e ormai sentiti nella nostra tradizione, e quindi attraverso l'art. 16 della legge n° 218 del 31 maggio 1995 si impedisce che ciò si verifichi.

Come si vedrà nel prossimo paragrafo, ferma restando l'impossibilità del riconoscimento avente ad oggetto la validità stessa di un matrimonio siffatto, si potrebbe ammettere un riconoscimento volto al raggiungimento di alcuni effetti particolari dell'istituto, come ad esempio quello di permettere la vocazione ereditaria.

E' sempre l'ordine pubblico ad impedire l'ingresso nel nostro ordinamento della regola straniera particolarmente «odiosa» che si sostanzia nell'impedimento al matrimonio di natura religiosa: il divieto per la donna musulmana di sposare un non musulmano. Anche questa prescrizione contrasta con i nostri principi: esattamente con quello di uguaglianza sancito non solo dall'art. 3 della Costituzione ma anche da diversi atti internazionali che garantiscono la tutela dei diritti dell'uomo a cui il nostro Paese ha aderito⁵⁴⁰. «Si tratta peraltro di una ipotesi che non riguarda soltanto i musulmani: anche gli impedimenti di natura religiosa previsti dal diritto canonico (che proibisce la celebrazione del matrimonio alle persone che abbiano ricevuto il sacramento dell'ordine o abbiano pronunciato il voto di castità e subordina alla

⁵⁴⁰ Si può ricordare la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo del 10 dicembre del 1948, che all'art. 16 garantisce il diritto al matrimonio senza distinzioni di razza, nazionalità o religione; mentre per quanto riguarda specificamente l'Europa si deve ricordare la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che con il combinato disposto degli artt. 12 e 14 stabilisce il diritto di sposarsi senza discriminazioni per ragioni di religione o di sesso.

concessione di una dispensa la possibilità per il battezzato di sposare un non battezzato) non hanno efficacia nell'ordinamento italiano"⁵⁴¹; l'autore di quest'ultima considerazione, fa però notare come tecnicamente l'elemento di diversità tra questi due casi è rappresentato dal fatto che il diritto musulmano è diritto vigente in numerosi Stati costituendone in modo più o meno incisivo il sostrato di ognuno: esso quindi, secondo l'art. 27 della legge 218 del 31 maggio 1995, dovrebbe trovare applicazione in Italia in quanto legge nazionale dei cittadini di tali Stati che volessero celebrare il matrimonio nel nostro Paese, mentre nel caso del diritto canonico questa situazione non si pone se non teoricamente per i cittadini dello Stato della Città del Vaticano.

E' importante precisare nuovamente che la legge nazionale dei coniugi cui fa riferimento il citato art. 27 soffre nel sistema italiano del diritto internazionale privato una significativa eccezione. L'art. 106 del c.c. stabilisce infatti che anche il cittadino straniero che intende contrarre matrimonio in Italia, oltre a dover presentare una dichiarazione dell'autorità competente del proprio Paese attestante che, secondo la sua legge, nulla osta al matrimonio, deve rispettare alcune delle condizioni relative alla capacità di contrarre matrimonio dei cittadini italiani; ci si trova di fronte ad una tipica disposizione di applicazione necessaria, ossia dotata di efficacia assoluta nel territorio dello Stato, anche in deroga a quanto fissato dalle altre disposizioni di diritto internazionale privato, destinata ad operare assieme al principio generale di ordine pubblico, che come rilevato impedisce l'applicazione di norme straniere non gradite all'ordinamento.

Quanto appena espresso offre l'occasione per porre in evidenza ulteriori questioni che discendono dal dettato normativo dell'art. 116 c.c.: in primo luogo ci si deve interrogare sulla previsione dell'ottenimento per lo straniero del nulla osta al matrimonio da parte dell'autorità competente del proprio Paese. In difetto di questa dichiarazione l'ufficiale di stato civile italiano, ai sensi dell'art. 98 comma primo, rifiuta la pubblicazione delle nozze. Ebbene, diversi sono i casi in cui cittadine⁵⁴² di Paesi musulmani, che volevano contrarre matrimonio con italiani, si sono viste rifiutare dall'autorità consolare presente nel nostro Paese il nulla osta, per la mancanza

⁵⁴¹ Silvio Ferrari, *Diritto di famiglia e libertà di coscienza. Problemi italiani e prospettive europee*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 945

⁵⁴² Si può ricordare il caso di una cittadina marocchina che nel 1996 proprio per superare l'impedimento di carattere religioso di cui si discute è stata costretta, assieme al futuro sposo italiano, ad adire l'autorità giudiziaria, per vedere riconosciuto il diritto a sposarsi nel nostro Paese pur in assenza dell'autorizzazione prevista dall'art. 116 c.c.. La sentenza del Tribunale di Taranto conseguente al ricorso presentato dai detti soggetti, può essere letta sulla rivista *Famiglia e diritto*, 1996, 5, p. 445.

di atti comprovanti l'avvenuta conversione all'*Islām* del futuro sposo; conseguenza di questa circostanza è proprio il diniego dell'ufficiale dello stato civile italiano di procedere alla pubblicazione. Ex art. 98 comma secondo però è possibile fare ricorso contro tale diniego, affinché l'autorità giudiziaria possa valutare i motivi che sono stati alla base della decisione del pubblico ufficiale. L'orientamento ormai consolidato⁵⁴³ è quello di accogliere i ricorsi proposti sulla base della constatazione che nel caso di specie il riconoscere efficacia alla legge straniera regolatrice le condizioni per contrarre matrimonio comporterebbe una lesione dell'ordine pubblico, in quanto il pretendere la conversione all'*Islām* dello sposo come condizione per l'ottenimento della dichiarazione di nulla osta all'unione per la sposa cittadina dello Stato musulmano, significherebbe violare il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa e il diritto a non subire discriminazioni per motivi di religione, diritti sanciti rispettivamente dagli artt. 19 e 3 della Costituzione. E' stato osservato in dottrina, che sarebbe auspicabile "provvedere all'inserimento nel testo della legge italiana di una disposizione idonea a permettere in ogni caso il matrimonio degli stranieri allorché i divieti della legge nazionale siano fondati esclusivamente su motivi di carattere religioso. Una previsione di questo tipo, allorquando si verificasse una situazione come quella in commento, semplificherebbe la procedura, giacché lo stesso ufficiale dello stato civile sarebbe abilitato a procedere senz'altro alle pubblicazioni",⁵⁴⁴.

Sempre l'art. 116 c.c. richiama, per lo straniero che intende contrarre matrimonio in Italia, il rispetto della previsione contenuta nell'art. 86 c.c.; in base a questa disposizione «non può contrarre matrimonio chi è vincolato da un matrimonio precedente».

Anche questa disposizione determina un conflitto tra il diritto italiano e quello islamico, data la natura potenzialmente poligamica del matrimonio tra stranieri appartenenti ad uno Stato islamico o tra un musulmano e una italiana. Il combinato disposto della disposizione in questione con quella di cui all'art. 116 c.c. impedisce che possa essere celebrato in Italia un matrimonio poligamico, cioè tra due persone di cui una sia già legata in matrimonio con un'altra; il caso più frequente è quello che vede il musulmano sposato nel suo Paese che desidera contrarre matrimonio con una

⁵⁴³ Si veda per es. il Decreto del 15 aprile 1997 del Tribunale di Treviso, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1997, pp. 744-745.

⁵⁴⁴ Angelo Venchiarutti, *Matrimonio dello straniero e impedimenti di carattere religioso*, in *Famiglia e diritto*, 1996, 5, p. 448 e 549.

italiana; il matrimonio eventualmente posto in essere sarebbe nullo, ma in caso di buona fede della moglie, produrrebbe i soli effetti del matrimonio putativo.

Un'altra ipotesi che si deve considerare è quella per cui un marito, coniugato con una cittadina italiana, sposi un'altra donna nel Paese di questa e ne chieda il riconoscimento degli effetti: anche in tale circostanza il secondo matrimonio non produce alcun effetto nell'ordinamento giuridico italiano; stessa situazione nel caso di matrimoni poligamici conclusi all'estero: per l'ordinamento italiano sarà valido soltanto il primo matrimonio, potendo il giudice ricorrere all'eccezione dell'ordine pubblico per il non riconoscimento degli effetti dei successivi, pur validi all'estero.

Come si vedrà nel prossimo paragrafo, in giurisprudenza è possibile registrare una certa cauta apertura verso la rilevanza del matrimonio poligamico contratto all'estero, per esempio attraverso la tutela del diritto al ricongiungimento familiare, collegato però al rapporto di filiazione⁵⁴⁵.

“La natura tendenzialmente poligamica del matrimonio islamico non va però identificata con la celebrazione di un matrimonio secondo il rito islamico; non necessariamente il matrimonio così celebrato, infatti, è poligamico. Lo ha riconosciuto anche il Consiglio di Stato quando, nel parere emesso il 7 giugno 1988 n° 640, ha dichiarato trascrivibili in Italia gli atti di matrimonio celebrati secondo il rito islamico, salva la verifica, in concreto, che non sussista tra gli sposi un impedimento che la legge civile italiana consideri inderogabile”⁵⁴⁶. Va ricordato infatti che per gli stranieri, ma anche per uno straniero e un italiano, è prevista la possibilità di contrarre matrimonio nel nostro Paese oltre che con il rito civile, anche davanti al console del Paese di appartenenza, il quale seguirà le disposizioni di forma previste dalla legge dello Stato che rappresenta.

Continuando nella disamina dei “punti di attrito” tra il nostro ordinamento giuridico e la regolamentazione del matrimonio negli ordinamenti statuali dei Paesi musulmani, si giunge alla problematica che attiene ai profili funzional-patologici del rapporto: il ripudio. Com'è noto questo istituto costituisce una tipica causa di risoluzione dell'unione coniugale nei Paesi musulmani, con la sola eccezione della Tunisia. Ed è altrettanto noto che in Italia e in tutto l'Occidente lo scioglimento del matrimonio può avvenire soltanto per morte di uno dei coniugi o per divorzio: quindi

⁵⁴⁵ Cfr. Maria D'Arienzo, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2004, p. 210.

⁵⁴⁶ Cristina Campiglio, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, cit., pp. 28 e 29.

non solo non è possibile effettuare il ripudio, ma esso non può neppure trovare “riconoscimento” sotto forma di recezione di sentenze straniere dichiarative dello scioglimento dei rapporti effettuato sulla base di esso. Per l’esattezza quindi, le fattispecie che possono venire in rilievo sono di due tipi: “quella del riconoscimento in Italia delle cause previste dal diritto islamico determinative della risoluzione del vincolo matrimoniale contratto fra cittadini musulmani nel proprio Stato di appartenenza, ma attualmente residenti nel nostro Paese; quella del riconoscimento dello scioglimento di una unione c.d. «mista», contratta tra un italiano e una cittadina straniera (ovvero tra una cittadina italiana e uno straniero) di fede islamica in uno Stato estero secondo i dettami della legge «islamica»”⁵⁴⁷.

La ragion d’essere dell’atteggiamento di chiusura nei confronti del “riconoscimento” di cui si è appena detto, va individuata, ancora una volta, nel rispetto dell’ordine pubblico.

La dottrina ha osservato che le resistenze del nostro ordinamento possono essere spiegate anche “per l’atteggiamento tenuto dalla nostra magistratura, la quale è rimasta affezionata, troppo e troppo a lungo, all’idea del Savigny che il funzionamento delle norme di diritto internazionale privato in queste materie presupponga un certo grado di comunanza giuridica tra le varie legislazioni in conflitto. Con la conseguenza che ha stentato a farsi strada e ad affermarsi nella giurisprudenza di delibazione, l’altro principio generale che ha affiancato il primo ed informa gli accordi di natura convenzionale: il favor per la circolazione di tutti i valori giuridici, comuni o meno”⁵⁴⁸. Questo pensiero è stato però, dalla studiosa, espresso nel 1992, sotto la vigenza del vecchio sistema di diritto internazionale privato, in cui il riconoscimento dell’efficacia delle sentenze straniere non era automatico, poiché presupponeva un ulteriore procedimento giurisdizionale interno, definito appunto giudizio di delibazione. La legge di riforma del sistema varata nel 1995, proprio per non ostacolare l’ingresso nel nostro Stato di valori giuridici stranieri, nonché per riconoscere pari dignità all’attività giurisdizionale estera, ha introdotto il principio per cui in linea di massima e fermo restando il rispetto di alcune condizioni, «le sentenze straniere sono riconosciute in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun

⁵⁴⁷ Pasquale Lillo, *Famiglie «musulmane» e diritti «fondamentali» dell’uomo*, in *Archivio Giuridico*, 1995/1, p. 105.

Dello stesso autore si segnala anche un interessante scritto intitolato “*Brevi note sul regime dei matrimoni «ebraico» e «cristiano» in Italia*”, in *Diritto ecclesiastico*, 1994, 1, p. 508 e ss.

procedimento» (art. 64 L. 218/1995). Tra queste condizioni vi è la non contrarietà degli effetti di questa sentenza all'ordine pubblico, e dunque con particolare riferimento al riconoscimento del ripudio la situazione non è mutata; anche dopo la nuova regolamentazione delle relazioni intersoggettive di natura internazionale esso non viene accettato: in primo luogo per la discriminazione ai danni della donna, ma anche a motivo della sua unilateralità e per l'assenza di intervento da parte di organi giurisdizionali; elementi questi, tutti contrastanti con il principio dell'ordine pubblico. L'ultima motivazione riportata però non è valida con riferimento a quegli ordinamenti, come quello marocchino, che attualmente prevedono, come si è visto a suo tempo, la procedura giudiziaria per l'esercizio dell'istituto. Per quanto concerne l'effetto discriminatorio del ripudio nei confronti della donna, vanno ricordate le tante affermazioni degli atti internazionali che condannano ogni differenza di trattamento tra uomo e donna anche nel contesto familiare: il Patto sui Diritti Civili e Politici delle Nazioni Unite, la Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo, la Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna. Convenzione quest'ultima cui hanno aderito anche molti Paesi musulmani, ma che di fatto è in essi inoperante per effetto delle numerose riserve avanzate da questi Stati su alcuni suoi punti determinanti: in modo particolare, per quel che qui interessa, sull'art. 16 che impone agli Stati parte, l'obbligo di adottare misure appropriate al fine di eliminare le discriminazioni esistenti a detrimento della donna, sia nell'ambito dei rapporti familiari, che nell'ambito del matrimonio⁵⁴⁹.

Sempre in virtù del rispetto del principio di parità di diritti e doveri tra coniugi, non possono trovare applicazione nel nostro Paese le disposizioni degli ordinamenti dei Paesi musulmani che attribuiscono una posizione di preminenza, all'interno della famiglia, al marito. Ancora una volta è l'ordine pubblico ad intervenire per impedire l'applicazione di questi precetti; così non trovano ingresso quelli che limitano la libertà di movimento della moglie o quelli che le impongono un'obbedienza assoluta.

⁵⁴⁸ Maria Cristina Folliero, *Giurisdizione in materia matrimoniale e diritti confessionali*, Salerno, Edisud, 1992, pp. 359 e 360.

⁵⁴⁹ Sul punto si veda Silvia Angioi, *La tutela dei diritti della donna nel mondo islamico*, in *Introduzione allo studio delle istituzioni giuridiche dell'Islām classico e contemporaneo*, cit., p. 245-255. Si veda inoltre, Edoardo Dieni, *Appartenenza religiosa e diritti della donna: per una mappatura preliminare del campo d'indagine*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000/1, p. 217-267.

Del pari non può essere ammessa nessuna possibilità di esercizio della potestà genitoriale in forme lesive dei diritti dei minori⁵⁵⁰.

“Sia in sede di giudizio di merito che di legittimità, è stata ritenuta incompatibile con l’ordine pubblico la norma, contemplata in molti ordinamenti musulmani, secondo la quale in caso di divorzio i figli debbano essere in ogni caso affidati al padre”⁵⁵¹. Il nostro diritto non attribuisce infatti alcun rilievo alla religione ai fini della scelta del coniuge affidatario; il giudice al momento della scelta valuterà solo se il comportamento religiosamente orientato del genitore possa essere pregiudizievole per il figlio⁵⁵².

Infine, per quanto attiene i rapporti patrimoniali tra i coniugi, va ricordato che in base all’art. 30 della legge n° 218 del 1995 essi sono regolati, in via di principio, dalla stessa legge che ne regola i rapporti personali; tuttavia le parti possono decidere di sottoporsi alla legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale risiede. E’ stato osservato che questa facoltà di scelta potrebbe rappresentare uno strumento per favorire la spontanea integrazione degli immigrati indirizzandoli verso la scelta della *lex fori*. Le leggi occidentali non prevedono per esempio l’istituto del donativo nuziale, che spesso nei Paesi musulmani rappresenta di fatto un grosso problema alla libertà matrimoniale, perché quest’ultima può esserne influenzata e quindi compromessa.

⁵⁵⁰ Diversi sono le pronunce della magistratura che hanno punito talune condotte tenute da genitori musulmani nei confronti dei figli, tali da integrare il reato di lesioni gravissime: tipiche quelle per le mutilazioni genitali; si veda per esempio quanto stabilito nella sentenza di condanna n° 2545 pronunciata dal Tribunale di Milano il 25/11/1999.

E’ d’obbligo però precisare che questa pratica ha la sua origine nelle tradizioni africane ancor prima dell’affermarsi dell’*Islām*.

⁵⁵¹ Filippo Corbetta, *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2000, 3, p. 24.

3. Soluzioni possibili

In quest'ultimo paragrafo, come evidenziato, si esporranno nei loro aspetti generali le soluzioni proposte per superare i contrasti, iniziati ad emergere con sempre maggiore frequenza anche nel nostro Paese, che scaturiscono dalle diversità dei sistemi socio-normativi, italiano e dei Paesi islamici, nella materia matrimoniale.

Prima di fare ciò si darà conto dell'esperienza francese, per due ordini di ragioni: innanzitutto per renderci conto di come altri Paesi hanno affrontato le medesime questioni e poi perché, per certi limitati aspetti, essa ha rappresentato un modello per l'Italia così come per altri Paesi europei.

Questa influenza francese si registra in modo particolare con riferimento alle prese di posizione riguardo all'istituto della poligamia; non si è avuta invece nei confronti del ripudio.

Per la poligamia vi fu, a partire dagli anni cinquanta del secolo appena trascorso, l'applicazione della c.d. "teoria dell'ordine pubblico attenuato"⁵⁵³, la quale comportava che si potessero riconoscere nell'ordinamento statale gli effetti di un rapporto legalmente costituito secondo la legge straniera, che si fossero già prodotti all'estero.

Il concetto di "ordine pubblico attenuato", che vede la sua origine proprio in questo Paese, era stato in realtà, già utilizzato nel 1945 dalla sua Corte di Cassazione in materia di filiazione, ma non si era giunti alla formulazione di un principio generale, espressione di una vera e propria teoria, prima del 1953, anno in cui la stessa Corte⁵⁵⁴ aveva riconosciuto che il divorzio per consenso bilaterale di una cittadina francese ed un cittadino russo, pronunciato dalle autorità dell'Ecuador, era valido e produceva effetti in Francia, sebbene non potesse essere pronunciato per le stesse cause da una giurisdizione francese⁵⁵⁵.

La giurisprudenza degli anni settanta è pervenuta al massimo grado di apertura nei confronti delle unioni poligamiche; e alla luce di ciò si spiega anche l'atteggiamento

⁵⁵² Sul tema si veda: Pierangela Floris, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e modelli d'intervento*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000/1, pp. 191-216.

⁵⁵³ Su questa teoria si veda P. Lagarde, *La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation*, in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à Francois Rigaux*, Bruyllant, Bruxelles, 1993.

⁵⁵⁴ Cour de Cassation Ch. Civ. 17/04/1953, in *Revue critique droit international privé*, 1953, pp. 412-414.

adottato nei confronti del riconoscimento del ripudio. Nel 1979 la Cassazione⁵⁵⁶ ha riconosciuto effetti ad un *ṭalāq* pronunciato nonostante il rifiuto espresso della donna, con questo discostandosi in maniera netta dall'orientamento sino a quel momento seguito, che era quello di riconoscere efficacia al ripudio pronunciato all'estero solo se convenuto tra gli sposi a seguito di compensazione pecuniaria, oppure qualora fosse stato voluto dal marito e accettato dalla moglie; "in questi casi la giurisprudenza equiparava l'atto di ripudio ad un divorzio per *consentement mutuel* o per *rupture de la vie en commun* (entrambi introdotti in Francia con la riforma del divorzio del 1975) senza far propria la teoria dell'*ordre public attenué*"⁵⁵⁷. Nella motivazione del riconoscimento del ripudio non concordato espressa dalla Suprema Corte nella sentenza del 1979 si legge che la condizione sufficiente per non opporre l'operatività del principio dell'ordine pubblico è data dalla dimostrazione che la donna sia stata presente alla procedura che conduce alla dissoluzione del matrimonio onde poter esercitare la sua difesa⁵⁵⁸.

Negli anni ottanta l'apertura di fronte ai ripudi esteri è stata addirittura consacrata in una Convenzione, quella che la Francia stipulò con il Marocco il 10 agosto 1981, relativa proprio allo statuto delle persone, della famiglia e alla cooperazione giudiziaria. L'art. 13 ottavo comma prevede infatti che gli atti attestanti lo scioglimento del matrimonio tramite ripudio e le altre forme previste dalla legge nazionale, tra cittadini marocchini, producono effetti in Francia, se omologati da un giudice in Marocco, alle stesse condizioni richieste per le sentenze straniere di divorzio.

Durante gli anni novanta però l'apertura dimostrata subì un'evoluzione in senso contrario; imponendosi con forza l'idea della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, passò in secondo piano l'altrettanto sentita volontà di raggiungere una vera integrazione con gli immigrati che aveva spinto verso quelle scelte giurisprudenziali e normative; così s'iniziò ad evidenziare come il concetto di ordine pubblico sostanziale

⁵⁵⁵ Cfr. Ferruccio Pastore, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, 1, p. 80.

⁵⁵⁶ Cour de Cassation Ch. Civ. 1 Sect. 18/12/1979, in *Revue critique droit international privé*, 1981, pp. 91-92.

⁵⁵⁷ Giovanna Silva, *Ripudio marocchino e diritto di famiglia francese*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2003, 2, Milano, p. 40.

⁵⁵⁸ Va segnalato che i giudici francesi hanno ravvisato una violazione delle garanzie a favore della moglie, sbilanciate ulteriormente rispetto a quelle del marito, nella facoltà di quest'ultimo di revocare entro un certo periodo di tempo il ripudio; ebbene, tale diritto del marito è stato giudicato dalla Corte di Cassazione come contrario all'ordine pubblico; si veda ad esempio Cour de Cassation Civ. 20/06/1978, in *Revue critique droit international privé*, 1981, pp. 88-91.

non fosse conciliabile con il ripudio. La conseguenza fu l'aumento della severità dei controlli nella verifica che i pronunciamenti esteri in questa materia fossero tali da garantire il rispetto del detto principio. Così per esempio, diverse sentenze espressero l'assunto che qualora una legge straniera non provvedesse, al momento della dissoluzione del legame coniugale, a compensare economicamente il soggetto più debole, il provvedimento che sancisce tale rottura risulterebbe incompatibile con l'ordine pubblico francese⁵⁵⁹. Si segnala inoltre una sentenza della Corte di Appello di *Dijon*⁵⁶⁰, interessante perché, proprio in ossequio al rispetto dell'ordine pubblico sostanziale, stabilisce che il ripudio possa essere riconosciuto anche in assenza della convocazione della donna presso le autorità del suo Paese, il Marocco, ma a condizione che il provvedimento che sancisce la fine del legame stabilisca a favore di quest'ultima sufficienti garanzie pecuniarie.

Questo orientamento ha recentissimamente condotto all'emanazione di alcune sentenze della Corte di Cassazione⁵⁶¹ che in modo molto chiaro hanno rifiutato di riconoscere l'efficacia di un ripudio "sul solo fondamento della violazione del principio di uguaglianza tra gli sposi, senza prestare la minima attenzione alle circostanze particolari che avrebbero potuto attenuare la reazione dell'ordine pubblico"⁵⁶². Parte dell'attuale pensiero dottrinale, proposto come possibile disciplina della materia in questione e di tutte le altre attinenti allo statuto personale, propende per un passaggio dal criterio della nazionalità a quello della residenza⁵⁶³.

Per quanto riguarda gli effetti del matrimonio poligamico, si è visto sopra, che anche con riferimento ad esso l'ordine pubblico ha operato in modo attenuato: il rispetto dovuto ai diritti acquisiti ha condotto infatti ad una certa tolleranza, nel senso cioè di attribuire loro una diversa valutazione, a seconda del settore specifico considerato. Così la poligamia non è un ostacolo al ricongiungimento familiare; con riferimento al diritto previdenziale non si ammette che una sola sposa legittima tra gli aventi diritto all'assicurazione sociale.

⁵⁵⁹ Cour de Cassation Ch. Civ. 1 sect. 16/06/1992, in *Revue critique de droit international privé*, 1993, p. 751.

⁵⁶⁰ Corte di Appello di *Dijon*, *Première Chambre, Section 1*, 15/09/1999, in *Journal du droit international*, 2000, 4, p. 996 e ss.. Si veda anche il commento in calce, di Philippe Kahn.

⁵⁶¹ Cass. Civ.11/03/1997.

⁵⁶² Giovanna Silva, *Ripudio marocchino e diritto di famiglia francese*, cit., p. 44.

⁵⁶³ Per l'analisi delle varie posizioni si rimanda al citato articolo di Giovanna Silva.

Si segnala anche un interessante articolo di Ali Mezghani intitolato "*Le juge français et les institutions du droit musulman*", in *Journal du droit international*, 2003/3, pp.721-765.

“Come si vede, non esiste un atteggiamento coerente dell’ordinamento francese di fronte all’istituto del matrimonio poligamico, bensì una somma di orientamenti logicamente inconciliabili. Le stesse persone possono risultare marito e moglie di fronte ad una autorità dello Stato e due perfetti estranei di fronte ad un’altra. Evidentemente però questa disomogeneità di trattamento non nasce da considerazioni di ordine astrattamente razionale, bensì da preoccupazioni squisitamente materiali: per esempio, moltiplicare le possibilità di accesso ai benefici dello stato sociale della popolazione immigrata significa stuzzicare scomode reazioni di intolleranza in una popolazione già mal disposta”⁵⁶⁴.

Quanto sinora evidenziato consente di inquadrare con maggiore precisione quella che è stata e che è la situazione italiana con riferimento agli istituti del ripudio e della poligamia; poi si proseguirà nella verifica degli altri punti conflittuali evidenziati nel precedente paragrafo.

Iniziando dal ripudio, va detto che i problemi legati al suo riconoscimento sono noti sin dalla metà del secolo scorso, quando la Corte di Appello di Roma ebbe modo di dare una prima qualificazione, sia pure più sostanziale che formale, dell’istituto; una qualificazione negativa, dato il suo carattere di decisione unilaterale rimessa al mero arbitrio del marito: «il ripudio ripugna alla mentalità morale e giuridica dei popoli che hanno raggiunto un maggior grado di civiltà e che del matrimonio hanno un concetto etico e sociale ben più elevato di quello che ne hanno i popoli orientali»⁵⁶⁵. Questa considerazione del ripudio comportava necessariamente la sua contrarietà all’ordine pubblico e quindi l’impossibilità di procedere al suo riconoscimento.

Fu la Corte di Cassazione, qualche anno dopo, ad affinare la qualificazione di questa forma di scioglimento del legame matrimoniale, rilevando come essendo essa priva di qualsiasi carattere giurisdizionale, automaticamente, non poteva essere annoverata tra gli atti suscettibili, secondo l’ordinamento italiano, di essere delibati⁵⁶⁶; inoltre la

⁵⁶⁴ Ferruccio Pastore, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, cit., p. 94.

⁵⁶⁵ Corte di Appello di Roma, sez. I, 29/10/1948, Pres. Caliendo, in *Foro Padano*, 1949, I, p. 348.

⁵⁶⁶ Come evidenziato a pagina 208 la delibazione era un procedimento regolato dagli artt. 796 e sgg. del c.p.c. (oggi non più in vigore in quanto abrogati dalla legge n° 218 del 31-05-1995) mediante il quale veniva attribuita efficacia nel nostro ordinamento alle sentenze civili straniere. Come noto, oggi queste sentenze straniere sono riconosciute in Italia senza che sia necessario il ricorso al detto procedimento. E’ il caso di ricordare però che la legge in questione prevede sia l’ipotesi in cui venga vietata l’ottemperanza della sentenza straniera che quella in cui venga contestata l’esistenza dei requisiti per il suo riconoscimento: nella prima ipotesi è un’autorità statale ad opporre il diniego; nella seconda ipotesi è il soggetto nei cui confronti si domanda l’attuazione del provvedimento ad avere interesse all’accertamento negativo in ordine alla sussistenza delle condizioni. Ebbene, in tali casi l’interessato può proporre ricorso alla Corte di Appello del luogo di attuazione, che valuterà la sussistenza o meno

Corte precisava che qualora il matrimonio fosse stato celebrato in Italia con una sua cittadina non poteva comunque considerarsi sciolto per ripudio, in quanto vigente in Italia il principio, allora di ordine pubblico, della indissolubilità del vincolo matrimoniale. Nel 1970 l'introduzione della legge sul divorzio ha comportato una profonda revisione del concetto di ordine pubblico e per conseguenza si è avuto un nuovo corso nei giudizi concernenti la delibazione di sentenze di annullamento o di divorzio provenienti da ordinamenti stranieri⁵⁶⁷. Con riferimento però ai provvedimenti attestanti il ripudio, il nostro ordinamento ha continuato a mantenere un netto rifiuto al loro riconoscimento, in quanto l'istituto si presenta comunque contrario all'ordine pubblico e più precisamente al principio costituzionale dell'uguaglianza tra marito e moglie. La dottrina ha rilevato come si potrebbe procedere al riconoscimento di un ripudio che fosse "sostanzialmente equivalente a un divorzio consensuale, ossia quando la moglie avesse accettato o addirittura richiesto il ripudio, o quando avesse invocato essa stessa il riconoscimento o vi avesse acconsentito"⁵⁶⁸; in tale ipotesi la discriminazione a sfavore della donna risulterebbe per così dire "sanata". Il Ferrari⁵⁶⁹ ha notato come in questo caso sia possibile individuare una qualche analogia con il diritto canonico, nel senso che l'ordinamento italiano non ammette talune forme di scioglimento del vincolo matrimoniale ritenute valide dal diritto della Chiesa cattolica, come per esempio quella c.d. per «privilegio paolino».

delle condizioni per l'espletamento della sua efficacia nel nostro ordinamento. Oltre a quella che le disposizioni della sentenza straniera non producano effetti contrari all'ordine pubblico, sono necessarie anche le seguenti condizioni: che il giudice che ha pronunciato la sentenza poteva conoscere della causa secondo i principi della competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano; che l'atto introduttivo del giudizio sia stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non siano stati violati i diritti essenziali della difesa; che le parti si siano costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia sia stata dichiarata in conformità a tale legge; che la sentenza sia passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata; che la sentenza non sia contraria ad altra pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato; che, infine, non penda un processo davanti ad un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero.

⁵⁶⁷ Con riferimento alle fattispecie islamiche si può ricordare una sentenza del Tribunale di Milano del 15/10/1975, Pres. Papi – Rel. Caliendo, riportata in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1977, 1, pp. 598-601, in cui la Corte ha accolto, facendovi trovare applicazione, una normativa egiziana che consentiva alla moglie di ottenere il divorzio per abbandono del tetto coniugale dopo un anno di prolungata assenza del marito, giacché questa non contrastava con i principi fondamentali dell'ordinamento. Nello stesso senso anche un'altra sentenza, sempre del Tribunale di Milano, del 22/07/1976 Pres. Rel. Papi, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1977/1 pp. 610-611.

⁵⁶⁸ Cristina Campiglio, *Famiglia e diritto islamico. Profili internazionale-privatistici*, cit., p. 184.

⁵⁶⁹ Silvio Ferrari, *Diritto di famiglia e libertà di coscienza. Problemi italiani e prospettive europee*, cit., p. 948.

La soluzione suggerita dalla dottrina cui si è fatto appena riferimento è quella intrapresa, come si è visto, dalla Francia, e sul suo esempio da altri Paesi Europei.

Ma, tornando alla questione del riconoscimento dell'atto di ripudio, è il caso di ricordare un'altra pronuncia giurisprudenziale, interessante per il fatto di avere espresso una posizione certamente più evoluta rispetto al passato⁵⁷⁰, ma che non ha incontrato apprezzamento né nell'ambito giurisprudenziale, né in quello dottrinale. Ci si riferisce alla sentenza, riportata sempre dalla Folliero⁵⁷¹, del Tribunale di Milano⁵⁷² che ha pronunciato una sentenza di divorzio ai sensi dell'art. 3 n°. 2 lett. e) della legge n° 898/1970⁵⁷³ individuando la fattispecie di «divorzio... ottenuto all'estero» in una procedura di ripudio svoltasi per intero in Italia. Il caso di specie riguardava una cittadina italiana la quale era stata ripudiata dall'ex marito israeliano⁵⁷⁴ (dotato all'epoca dei fatti anche di cittadinanza italiana) dinnanzi al Tribunale rabbinico di Roma. Ebbene, il Tribunale di Milano considerò l'atto di ripudio pronunciato in Italia (che è fatto oggetto di riconoscimento nell'ordinamento israeliano) un presupposto di fatto per l'applicazione della *lex fori*, in specie, l'art. 3 n° 2 lett. e) della legge n° 898/1970. Per la Corte questa disposizione non avrebbe come finalità specifica quella di riconoscere efficacia in Italia ad un «atto» che esprime la volontà di uno Stato straniero, bensì quella di agevolare la pronuncia di una sentenza italiana sulla base di un «fatto». Il fatto rilevante è che il coniuge straniero è considerato libero di stato dall'ordinamento cui appartiene, rispetto alla quale circostanza non avrebbe alcuna importanza stabilire come il sistema straniero sia giunto a tale risultato. Va sottolineato come il Tribunale abbia ritenuto il procedimento di ripudio in questione, pur verificatosi in territorio italiano, come intervenuto «all'estero», sulla base del fatto che esso si sia svolto dinnanzi ad un'autorità giudiziaria ed anche amministrativa avente «giurisdizione» sul richiedente sulla base dell'ordinamento israeliano, di cui fanno parte integrante le statuizioni dell'ordinamento confessionale.

⁵⁷⁰ «L'apertura» effettuata da questa decisione deve essere spiegata considerando la finalità, oggi sempre più sentita in considerazione dell'aumento esponenziale dei matrimoni misti, che essa si prefiggeva: ci s'intende riferire alla necessità di consentire al cittadino italiano di potersi sciogliere da un vincolo matrimoniale dal quale il coniuge straniero già si era liberato, ancorché attraverso «l'odioso» ripudio, e garantire così l'effettiva uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, anche in caso di loro diversa cittadinanza.

⁵⁷¹ Maria Cristina Folliero, *Giurisdizione in materia matrimoniale e diritti confessionali*, cit. pp. 367-368.

⁵⁷² Tribunale Milano 5/10/1991, Pres. Rel. Cioppa, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1992, 1, pp. 237-242.

⁵⁷³ Questa prescrizione colloca tra le cause di divorzio il fatto che «l'altro coniuge cittadino straniero ha ottenuto all'estero...lo scioglimento del matrimonio».

⁵⁷⁴ Giova ricordare che anche il diritto ebraico prevede l'istituto del ripudio.

Rapportando la fattispecie al caso islamico, parte della dottrina⁵⁷⁵ ha ritenuto azzardato considerare come avvenuto all'estero, ai fini dell'applicazione del citato art. 3 n° 2 lett. e), il ripudio effettuato davanti ad una autorità religiosa islamica in Italia; ripudio che del resto non potrebbe produrre effetti diretti, a causa della riserva di giurisdizione a favore del giudice italiano in ordine allo scioglimento del matrimonio.

L'atteggiamento dei giudici italiani è oggi dunque univoco, in nome sempre dell'ordine pubblico, nel non ammettere il riconoscimento di nessun atto che registri un ripudio, indipendentemente dalla forma e dalle modalità con cui è stato posto in essere.

Un'apertura maggiore si registra invece nei confronti dell'altro tipico istituto del diritto musulmano e cioè la poligamia. La dottrina e soprattutto la giurisprudenza, proprio tenendo conto del c.d. «ordine pubblico attenuato» elaborato dall'omonima autorità francese, ha in diverse occasioni dato rilevanza al matrimonio poligamico contratto all'estero, per quanto riguarda gli effetti successori e per consentire il ricongiungimento familiare collegato però al rapporto di filiazione.

Come sintetizzato da autorevole dottrina⁵⁷⁶ «l'ordine pubblico non opera con la stessa forza e nello stesso modo allorché si tratti di applicare norme straniere, oppure di riconoscere gli effetti prodotti all'estero da dette norme: in questo secondo caso, solo eccezionalmente rifiuterà di riconoscere tali effetti mentre, il più delle volte sarà portato a prenderne atto e a basare su di essi la sua decisione a causa della evidente differenza tra azione diretta e indiretta, tra fare e riconoscere quanto è stato fatto da altri»⁵⁷⁷.

Quanto agli effetti successori, si deve menzionare una sentenza della Suprema Corte⁵⁷⁸ riguardante il caso di una cittadina somala che aveva chiesto il riconoscimento del proprio stato di vedova e quindi di erede di un cittadino italiano deceduto; questa si era vista eccepire dalle figlie del *de cuius* la contrarietà all'ordine pubblico internazionale della normativa somala in materia di matrimonio, poiché prevedente gli istituti della poligamia e del ripudio, radicalmente incompatibili con principi cardine dell'ordinamento italiano; il Tribunale di primo grado aveva accolto tale tesi, mentre

⁵⁷⁵ Si veda ad esempio Cristina Campiglio, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 38.

⁵⁷⁶ Edoardo Vitta, *Diritto internazionale privato*, I, *Parte generale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1972, p. 402.

⁵⁷⁷ Nicola Colaianni, *Poligamia e principi del «diritto europeo»*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2002/1, pp. 241-242.

⁵⁷⁸ Cass. Civ. 1/03/1999, n° 1739 in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1999/3, pp. 789 e ss..

la Corte di Appello, cui aveva fatto ricorso la soccombente stabiliva che benché gli istituti citati fossero contrari ai principi del diritto italiano, tuttavia essendo la fattispecie in esame connessa al diritto successorio del coniuge superstite, erano irrilevanti nell'accertamento dello status di erede. La Corte di Cassazione, cui le figlie del *de cuius* avevano fatto ricorso, ha riconosciuto la validità dell'unione tra la cittadina somala e il cittadino italiano e la conseguente efficacia ai fini successori, cioè, dopo aver rilevato la sussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 115 c.c. in materia di matrimonio del cittadino all'estero.

Con questa pronuncia la Corte non ha avuto modo di prendere posizione a proposito delle più complicate questioni riguardanti gli effetti in Italia di matrimoni poligamici celebrati all'estero, con particolare riferimento ai diritti spettanti alla seconda moglie e ai figli della medesima; infatti la prima moglie del cittadino italiano non era stata parte in causa.

Quanto al ricongiungimento familiare collegato al rapporto di filiazione, da intendersi come diritto derivante dall'esistenza di un matrimonio poligamico contratto all'estero, va innanzitutto specificato che esso può essere invocato, con riguardo alla seconda moglie, non dal marito residente in Italia⁵⁷⁹, ma appunto, dai figli dei due soggetti, in considerazione del fatto che attraverso tale ricongiungimento si tutela il preminente interesse dei minori ad una crescita sana e ad un benessere psichico che potrebbero essere compromessi dall'assenza della fondamentale figura materna. E' questa la *ratio* che è possibile inferire da alcune pronunce giurisprudenziali, di cui ora si indicherà una nello specifico; prima di procedere in tal senso è importante però sottolineare che ciò è potuto accadere per effetto dell'esperienza giurisprudenziale maturata da tempo in altri Stati europei, in modo particolare, come già riportato, in Francia: come è stato osservato⁵⁸⁰, tale attività è stata particolarmente utile per i nostri giudici.

Un primo atteggiamento di favore, cioè di apertura verso le famiglie poligamiche costituite all'estero, è emerso già all'inizio del 1989, con una ordinanza

⁵⁷⁹ Come è stato evidenziato (Erminia Camassa Aurea, *L'immigrazione proveniente dai Paesi islamici: conflitti ipotizzabili e soluzioni possibili*, in *Archivio giuridico*, 1996/1, p. 31 e ss.) allora, sotto la vigenza della legge 30 dicembre 1986 n° 943, ai lavoratori extracomunitari si garantiva, come anche oggi sotto la vigenza di una nuova legge, il diritto al ricongiungimento familiare, da esercitarsi però solo nei confronti della prima moglie, con la quale sussiste un vincolo matrimoniale compatibile con l'ordine pubblico italiano.

⁵⁸⁰ Luciano Musselli, *Islām e ordinamenti giuridici europei: momenti di contrasto e momenti di possibile integrazione*, in *La presenza islamica nell'ordinamento giuridico italiano*, Napoli, Jovene, 1996, p. 15.

del TAR dell'Emilia Romagna⁵⁸¹ che ha sospeso un provvedimento di espulsione di due mogli di un marocchino regolarmente soggiornante, emesso dal Prefetto di Bologna.

Risale invece al 2003 una ordinanza del Tribunale di Bologna⁵⁸², "che ha ritenuto la non sussistenza del reato di bigamia ex art. 556 c.p. e della lesione del principio di ordine pubblico, nel caso di richiesta di ricongiungimento familiare con i genitori, i quali abbiano validamente contratto all'estero un matrimonio poligamico"⁵⁸³. La Corte ha infatti specificato che «il reato di bigamia può essere commesso solo dal cittadino italiano e sul territorio nazionale, essendo irrilevante il comportamento tenuto, all'estero, dallo straniero la cui legge nazionale riconosce la possibilità di contrarre più matrimoni». Sintetizzando ciò che era accaduto, va detto che il figlio di un cittadino marocchino poligamo, residente in Italia assieme ad esso e ad una moglie di costui, richiedeva il ricongiungimento con la propria madre, sposa anch'essa di suo padre; vedendosi respinta l'istanza per asserita violazione dell'art. 28 del decreto legislativo 286/98⁵⁸⁴, proponeva ricorso al Tribunale; quest'ultimo, constatato che il visto d'ingresso alla donna era stato negato in quanto la permanenza nel territorio nazionale avrebbe determinato un caso di poligamia, essendo già presente nel territorio la prima moglie, a sua volta titolare di permesso di soggiorno, per i motivi appena sopra riportati, e cioè che la situazione di fatto descritta non integrava né fattispecie penalmente rilevante, né violazione dell'ordine pubblico o della legge italiana in generale, annullava, in accoglimento del ricorso proposto, il provvedimento di diniego del visto d'ingresso. Il ricorrente azionando il suo diritto all'unità familiare non intendeva infatti ottenere effetti giuridici contrari, appunto, al principio di ordine pubblico o alla legge; ciò si sarebbe potuto realizzare se fosse stato il genitore del ricorrente a chiedere il ricongiungimento anche con la seconda moglie.

Quindi, il limite dell'ordine pubblico può essere applicato al diritto all'unità familiare solo qualora venissero invocati gli effetti civili del matrimonio poligamico contratto all'estero.

⁵⁸¹ TAR Emilia Romagna, 10/01/1989, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1990, p. 814.

⁵⁸² Tribunale di Bologna, ordinanza 12/03/2003, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2003/3, pp. 140 e 141.

⁵⁸³ Maria D'Arienzo, *Diritto di famiglia e ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 210.

⁵⁸⁴ Questo articolo prevede che il ricongiungimento familiare debba operarsi «alle condizioni previste dal presente testo unico».

In dottrina⁵⁸⁵ emerge con sempre maggiore vigore l'idea di prevedere uno statuto differenziato tra la prima moglie, che godrebbe di uno *status* coniugale pieno, e le altre mogli, che sarebbero titolari di diritti specifici.

Proseguendo nella disamina delle scelte operate per gestire le conflittualità in campo matrimoniale derivanti dalle diverse concezioni e discipline della materia in esame, si deve prendere in considerazione la questione del riconoscimento di un matrimonio posto in essere attraverso l'intervento del *walī*, come sopra visto, poiché la circostanza non consente alla donna di esprimere personalmente e in modo pieno il consenso al matrimonio, elemento fondamentale nella costruzione e disciplina dell'istituto nel nostro Paese ed in tutti quelli occidentali, un tale matrimonio non potrà essere riconosciuto. Questo nell'ottica di una sua rigorosa validità, ma se si ha riguardo ad alcuni effetti che comunque scaturiscono dal matrimonio anche se posto in essere con queste modalità, la giurisprudenza ha evidenziato come possa comunque procedersi ad una "presa d'atto" della sua esistenza, senza per ciò ledere il rispetto dell'operatività del principio dell'ordine pubblico nel momento in cui si ha riguardo a certe conseguenze che non sono in stretta relazione con il rispetto del detto principio. A tal proposito viene in rilievo nuovamente, l'esaminata sentenza della Corte di Cassazione concernente la cittadina somala, che, come si ricorderà, ha ritenuto valido il matrimonio contratto in quel Paese anche se in esso sono vigenti gli istituti della poligamia e del ripudio; l'aspetto che qui interessa, è la previsione in quell'ordinamento anche della c.d. "tutela di compiacenza", la quale non è di ostacolo a ritenere valida l'unione realizzata, ai fini di regolare la successione di uno dei coniugi, nel caso di specie, ad attribuire alla moglie, non italiana, il diritto di ereditare assieme alle figlie che il *de cuius* cittadino italiano aveva avuto da un precedente matrimonio.

Come si comprende, questa "apertura" operata dai giudici, pone l'ordinamento giuridico italiano nelle condizioni di potersi meglio relazionare con "gli altri", che ormai sono anche parte integrante della nostra società, e nello stesso tempo consente di non rinunciare a difendere i principi desumibili dalle proprie norme.

⁵⁸⁵ Cfr. Silvio Ferrari, *Pluralità di sistemi matrimoniali e prospettive di comparazione*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, 2002, 2, cit. p. 19 e ss.

BIBLIOGRAFIA GENERALE

A-Fonti consultate

Corpus Juris Civilis, Hildsheim 1988 (24. Aul. Nach. Der 17 Auf. Berlin 1963)

A cura di Th. Mommsen P. Krueger.

Codex Iuris Canonici, Romae, Typis Polyglottis Vaticanis, 1917.

Codice di Diritto Canonico, Roma, Ed. Logos, 1986, ed. bilingue commentata.

Corano, nella traduzione in italiano ad opera di Alessandro Bausani, Firenze, Biblioteca Universale Rizzoli, 1988.

Al-Risāla, di ‘Abn, Abî Zayd al-Qayrawānī, nella traduzione di Abdu-Raim’Umar, e revisione di Lodovico Zamboni, Edizioni Orientamento, Caprara di Campegine, 2006.

Il *Muḥtaṣar*, di Ḥalīl Ibn Ishâq, nella traduzione del Prof. David Santillana, Ulrico Hoepli, Editore-Libraio della Real Casa, Milano, 1919.

Codice dello Statuto Personale Tunisino (C.S.P.).

Codice Marocchino della Famiglia (Mudawwana).

B-Opere consultate

- ABAGNARA VINCENZO, *Il matrimonio nell'Islām*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.
- AGOSTINI ERIC, *Droit comparé*, Paris, Presses universitaires de France, 1988.
- ALBERTARIO EMILIO, *Studi di diritto romano I*, Milano, Giuffè, 1933.
- ALUFFI BECK-PECCOZ ROBERTA, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, Milano, Giuffrè, 1990.
- ALUFFI BECK-PECCOZ ROBERTA, *Muğtaihd*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, vol. IX*, Torino, Utet, 1995, p. 489.
- ALUFFI BECK-PECCOZ ROBERTA, *Le leggi del diritto di famiglia negli Stati arabi del Nord Africa*, in *Dossier mondo islamico Maghreb, Mashreq, Asia occidentale, centrale e meridionale, sud-est asiatico*, Torino, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, 1997.
- ALUFFI BECK-PECCOZ ROBERTA, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi. Codificazione e riforme*, in *Rivista Diritto Civile*, 1988, pp. 595-618.
- ALUFFI BECK-PECCOZ ROBERTA, *Relazioni familiari nella società islamica*, in *Il matrimonio tra cattolici e islamici*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2002, pp. 159-179.
- ALUFFI BECK-PECCOZ ROBERTA, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in *Il Matrimonio. Diritto ebraico, canonico ed islamico: un commento alle fonti*, Torino, Giappichelli, 2006.
- ALUFFI BECK-PECCOZ ROBERTA, *Società multietniche e diritto di famiglia*, in *Introduzione allo studio delle istituzioni giuridiche dell'Islām classico e contemporaneo*, Dispense ad uso degli studenti della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma

“Tor Vergata”, a.a. 2006-2007,
pp. 178-183.

AMĪN ḤUSAIN AḤMAD, *L'applicazione della Sharī'a*, in *Voci dell'Islām moderno. Il pensiero arabo-musulmano fra rinnovamento e tradizione*, di Paolo Branca, Genova, Marinetti, 1997, pp. 282-289.

AMINA YAGI VIVIANE, *Droit musulman*, Paris, Publisud, 2004.

ANCEL MARC, *Utilité et methodes du droit compare. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droit*, Neuchatel, Ides et calendes, 1971.

ANELLI FRANCO, *Il matrimonio. Lezioni*. Milano, Giuffrè, 1998.

ANGIOI SILVIA, *La tutela dei diritti della donna nel mondo islamico*, in *Introduzione allo studio delle istituzioni giuridiche dell'Islām classico e contemporaneo*, Dispense ad uso degli studenti della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, a.a. 2006-2007, pp. 245-255.

ARANGIO RUIZ VINCENZO, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1989.

ASHMAWY MUHAMMAD SAĪD, *Riflessione giuridica sul problema della codificazione della Sharī'a*, in *Dibattito sull'applicazione della Sharī'a*, Torino, Fondazione Agnelli, 1995.

BARBIERA LELIO, *Diritto matrimoniale canonico*, Bologna, Il Mulino, 2004.

BERLINGO' SALVATORE, *L'ultimo diritto. Tensioni escatologiche nell'ordine dei sistemi*, Torino, Giappichelli, 1998.

BERLINGO' SALVATORE, *Ordinamento giuridico canonico*, (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXI, pp. 1-11.

BETTETINI ANDREA, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, in *Pubblicazioni dell'Istituto di diritto pubblico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”*, 1996.

BETTINI ROMANO, *Sociologia del diritto islamico*, Milano, Franco Angeli, 2004.

BIANCHI P., *Il matrimonio canonico*, in *Corso istituzionale di diritto canonico*, Milano, Ancora, 2005.

- BONFANTE PIETRO, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1987.
- BONILINI GIOVANNI, *Nozioni di diritto di famiglia*, Torino, Utet, 1994.
- BORDOLANI SALVATORE, *Concordato e legge matrimoniale*, Napoli, Jovene, 1990.
- BORRMANS MAURICE, *A propos de l'article 31 du Code du statut personnel Tunisien: divorce et abus du droit en Tunisie*, in *Institut de belles lettres arabes*, 1967.
- BRANCA PAOLO, *Voci dell'Islām moderno. Il pensiero arabo-musulmano fra rinnovamento e tradizione*, Genova, Marinetti, 1997.
- BRANDILEONE FRANCESCO, *Il contratto di matrimonio*, in *Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia*, Milano, Hoepli, 1906.
- BRETONE MARIO, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, Laterza, 1997.
- BROOKE N.L.CRISTOFER, *Il matrimonio nel medioevo*, Oxford University, 1989, traduzione italiana di Gino Scatasta, Bologna, Il Mulino, 1991.
- BRUNDAGE J.A., *Concubinage and marriage in medieval canon law*, in *Journal of Medieval History*, I, 1975, pp. 1-17.
- BUCCI ONORATO, *Utrumque ius. Le ragioni del diritto nella storia della Chiesa*, Roma, Sapienza, 2002.
- BUSSI EMILIO, *Ricerche intorno alle relazioni fra retratto bizantino e musulmano*, Milano, Vita e Pensiero, 1933.
- BUSSI EMILIO, *Principi di diritto musulmano*, Milano, Ispi, 1943.
- CALASSO FRANCESCO, *Medio Evo del diritto, I, Le Fonti*, Milano, Giuffrè, 1954.
- CAMASSA AUREA ERMINIA, *L'immigrazione proveniente dai Paesi islamici: conflitti ipotizzabili e soluzioni possibili*, in *Archivio Giuridico*, 1996/1, pp. 31-62.
- CAMPIGLIO CRISTINA, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1999/1, pp. 21-42.
- CAMPIGLIO CRISTINA, *Famiglia e diritto islamico. Profili internazionali-privatistici*, in *Musulmani in Italia, condizione giuridica delle comunità islamiche*, Bologna,

Il Mulino, 2000.

- CAMPITELLI ADRIANA, *Europeenses. Presupposti storici e genesi del diritto comune*, Bari, Cacucci Editore, 1993.
- CAMPITELLI ADRIANA, *Il vincolo matrimoniale nella prospettiva storica: dalla tradizione romana alla disciplina nell'età del diritto comune*, in *El dret comu' i Catalunya. Actes del IX Simposi Internacional Barcelona 4-5 de juny de 1999*.
- CAPRIOLI SEVERINO, *Varianti e costante del diritto comune*, in *Rivista di diritto civile*, 1993, II, pp. 639-643.
- CAPRIOLI SEVERINO, *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto 4 ed., X Civile*, Torino, 1993, pp. 13-25.
- CAPRIOLI SEVERINO, *Codice civile – Struttura e vicende*, Bozza di stampa ad uso degli studenti, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, 2006.
- CAPUTO GIUSEPPE, *Introduzione al diritto islamico*, Torino, Giappichelli, 1990.
- CARLIER JEAN YVES, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992.
- CARRE' O. – MICHAUD G., *Les Frères Musulmans*, Paris, Gallimard-Julliard, 1983.
- CASELLATI ALBERTI ELISABETTA, *Indissolubilità e unità nell'istituto naturale del matrimonio canonico*, Padova, Cedam, 1984.
- CASTRO FRANCESCO –ALUFFI BECK-PECCOZ, *I Paesi musulmani*, in *Che Cos'è il diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 137-150.
- CASTRO FRANCESCO-PIERANGELO CATALANO, *La condition des “autres” dans les systèmes juridiques de la méditerranée*, CNR, Roma, Isprom/Publisud, 2001.
- CASTRO FRANCESCO, *I diritti religiosi*, in *Quaderni del Dipartimento di*

diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici comparati, dell'Università degli Studi di Salerno, ed. Ippogrifo, 1999, pp. 19-21.

- CASTRO FRANCESCO, *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XI, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1989, pp. 12-14.
- CASTRO FRANCESCO, *La codificazione del diritto privato negli Stati arabi contemporanei. Appunti sulla circolazione dei modelli normativi*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1985/1, pp. 387-447.
- CASTRO FRANCESCO, *Corso elementare di diritto musulmano*, Venezia, Libreria Editrice Cafoscarina.
- CASTRO FRANCESCO, *Sistema sciaraitico, siyāsa šar‘iyya e modelli normativi europei nel processo di formazione degli ordinamenti giuridici dei Paesi del vicino oriente*, in *Il mondo islamico tra interazione e acculturazione*, Roma, Istituto per l'Oriente, 1981.
- CASTRO FRANCESCO, *Qāḍī* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. XVI, Torino, Utet, 1997, p. 153.
- CASTRO FRANCESCO, *Faqīh* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. VIII, Torino, Utet, 1993, pp. 222-223.
- CASTRO FRANCESCO, *Materiali e ricerche sul nikāḥ al-mut‘a*, Roma, Istituto per l'Oriente, 1974.
- CASTRO FRANCESCO, *Introduzione allo studio delle istituzioni giuridiche dell'Islām classico e contemporaneo*, Dispense ad uso degli studenti della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", a.a. 2006/2007.
- CHARFI MOHAMMED, *Les conditions de forme du mariage en droit tunisien*, in, *Revue Tunisienne de Droit*, 1969-1970, pp. 12-37.
- CHARFI MOHAMMED, *Le droit tunisien de la famille entre l'Islām et la modernité*, in *Revue Tunisienne de Droit*, 1973, pp. 11-56.

- CHIAPPETTA LUIGI, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e Concordataria: manuale giuridico-pastorale*, Roma, Edizioni Dehoniane, 1990.
- CILARDO AGOSTINO, *Teorie sull'origine del diritto islamico*, Roma, Istituto per l'Oriente, 1990.
- CILARDO AGOSTINO, *Le proposte d'intesa delle comunità islamiche in Italia*, in *Il Tetto*, marzo-agosto 2003, pp. 54-64.
- COLAIANNI NICOLA, *Poligamia e principi del «diritto europeo»*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesistica*, 2002/1, pp. 227-261.
- COLOMBO VALENTINA – GOZZI GUSTAVO, *Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani nell'area del mediterraneo*, Bologna, Il Mulino, 2003.
- CORBETTA FILIPPO, *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2003/3, pp. 18-38.
- COSTANTINESCO LEONTIN-JEAN, *Traité de droit comparé*, 1, Paris, Pichon et Durand-Auzies, 1972.
- COSTANTINESCO LEONTIN-JEAN, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 1996.
- COULSON NOEL J., *Histoire du droit islamique*, tradotto dall'inglese da Dominique Anvar, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.
- D'ARIENZO MARIA, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2004/1, pp. 189-219.
- D'AURIA ANGELO, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, Roma, Lateran University Press, 2003.
- D'AVACK PIETRO AGOSTINO, *Trattato di diritto canonico*, Milano, Giuffrè, 1980.
- DAVID RENE', *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, IV ed. italiana a cura di R. Sacco, Padova, Cedam, 1994.

- DAVID RENE', *La place du droit canonique dans les études de droit comparé*, Paris, Economica, 1982.
- DE COULANGES FUSTEL, *La cité antique: études sur le culte, le droit, les Institutions de la Grèce et de Rome, 21 ed.*, Libraire Hachette, Paris, 1923.
- DE LUCA LUIGI, *Il riconoscimento del matrimonio canonico*, in *Diritto Ecclesiastico*, 1984/1, pp. 417-431.
- DE PAOLIS VELASIO, *La Chiesa cattolica e il suo ordinamento giuridico*, in *Ius Ecclesiae*, 2006/18, pp. 3-27.
- DEPREZ J., *Réflexion sur la connaissance du phénomène juridique au Maroc. Projet pour une recherche adaptée aux réalités marocaines*, in *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, 1976/1, p. 63 e ss.
- D'ERCOLE GIUSEPPE, *Gesù legislatore e la struttura giuridica della Chiesa nei Vangeli*, Roma, Ateneo Lateranense, 1957.
- D'ERCOLE GIUSEPPE, *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa*, Roma, Apollinaris, 1939.
- DE SIMONE FRANCESCO, *Introduzione allo studio dei sistemi giuridici*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- DIENI EDOARDO, *Appartenenza religiosa e diritti della donna: per una mappatura preliminare del campo d'indagine*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2001/1, pp. 217-248.
- D'IPPOLITO FEDERICO, *Giuristi e sapienti nella Roma arcaica*, Roma-Bari, Laterza, 1986.
- DI SIMONE MARIA ROSA, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime all'unità*, Torino, Giappichelli, 1999.
- DOGLIOTTI MASSIMO- FIGONE ALBERTO, *I presupposti e le condizioni del divorzio*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza, La famiglia vol. VI, Il divorzio*, pp. 3-63.
- ENDRESS GERARD, *Introduzione alla storia del pensiero musulmano*, a cura di Giorgio Vercellin, Venezia, Marsilio, 1994.
- ESCAMEZ ANA QUINONES, *La reception du nouveau code de la famille marocaine*

(moudawana, 2004) en Europe, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2004/3, pp. 877-900.

ESSAFI N., *Condition de la femme en Tunisie*, in *Etudes internationales*, 2001/3, pp. 41-49.

FABBRI LORENZO, *Trattistica e pratica dell'alleanza matrimoniale*, in *Storia del matrimonio*, a cura di De Giorgio M. e Klapisch-Zuber C., Roma, Laterza, 1996, pp. 91-117.

FALCO MARIO, *La natura giuridica degli Accordi lateranensi e le loro relazioni*, Padova, Cedam, 1929.

FALZEA ANGELO, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in *La sistematica Giuridica. Storia teoria e problemi attuali*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1991, pp. 33-48.

FALZEA ANGELO, *La separazione personale dei coniugi*, Milano, Giuffrè, 1943.

FANTAPPIE' CARLO, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna, Il Mulino, 1999.

FANTAPPIE' CARLO, *Per la storia della codificazione canonica (a certo anni dal suo avvio)*, in *Ius Ecclesiae*, 2004/1, pp. 41-65.

FAZZALARI ELIO, *Ordinamento giuridico (voce)*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1990, pp.1-11

FELICI P., *Discorso inaugurale del congresso internazionale di diritto canonico, Milano 10-15 settembre 1973*, in *Communicationes*, 1973, p. 247.

FELICIANI GIORGIO, *Le basi del diritto canonico*, Bologna, Il Mulino, 1990.

FERRANDO GILDA, *Matrimonio e famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, vol. I, 2002, pp. 123-164.

FERRARI SILVIO, *Lo spirito dei diritti religiosi*, Bologna, IL Mulino, 2002.

FERRARI SILVIO, *Post-fazione e spunti di comparazione*, in *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, di Roberta Aluffi Beck-Peccoz, Alessandro Ferrari, Alfredo Mordechai Rabello, Torino, Giappichelli, 2006.

FERRARI SILVIO, *Le mariage des autres. Le mariage entre persone relevant des Systèmes de droit hébraïque, islamique et canonique*, in *Revue de Droit Comparé*, 2005/ 55-1, pp. 7-35.

- FERRARI SILVIO, *Diritto di famiglia e libertà di coscienza. Problemi italiani e prospettive europee*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 935-958.
- FERRARI SILVIO, *Pluralità di sistemi matrimoniali e prospettive di comparazione*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, 2002/2, pp. 19-59.
- FERRINI CONTARDO, *Manuale di Pandette*, Milano, SEI, 1900.
- FILORAMO GIOVANNI, *Riflessioni comparative in margine ai meccanismi di ingresso e di uscita da una religione*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, 2001/1, pp. 149-161.
- FINOCCHIARO FRANCESCO, *Diritto ecclesiastico*, 3 ed. Bologna, Zanichelli, 1995.
- FINOCCHIARO FRANCESCO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Bologna, Il Mulino, 2001.
- FINOCCHIARO FRANCESCO, *Del matrimonio, artt. 79-83*, in *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1971.
- FIORITA NICOLA, *Dispense di diritto islamico*, Università degli Studi di Firenze, Firenze University Press, 2002.
- FLORIS PIERANGELA, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e modelli d'intervento*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000/1, pp. 191-216.
- FOBLETS MARIE CLAIRE – CARLIER JEAN YVES, *Le code marcaïn de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- FOLLIERO MARIA CRISTINA, *Giurisdizione ecclesiastica matrimoniale e diritto internazionale privato*, in *Studi e ricerche di diritto ecclesiastico*, Salerno, Edisud, 1996.
- FOLLIERO MARIA CRISTINA, *Giurisdizione in materia matrimoniale e diritti confessionali*, Salerno, Edisud, 1992.
- FRANCESCHI HECTOR, *L'incapacità relativa: status quaestionis e prospettiva antropologico-giuridica*, Pontificia Università della Santa Croce, in <http://www.usc.urbe.it/html/php/franceschi7relativa.rtf>.

- FROMONT MICHEL, *Grands systèmes de droit étrangers*, 4 ed., Paris, Dalloz, 2001.
- FUMAGALLI CARULLI ORNELLA, *La disciplina del matrimonio e il Magistero Conciliare*, in *Il matrimonio canonico in Italia*, Brescia, Queriniana, 1985, pp. 213-234.
- GALLO PAOLO, *Grandi sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1997.
- GAUDEMET JEAN, *Les sources du droit de l'Église en Occident du II au VII siècle*, Aldrshot, Variorum, 1994.
- GAUDEMET JEAN, *Le mariage en Occident: les moeurs et le droit*, Paris, Cherf, 1987, traduzione italiana di Pistocchi Bruno, Torino, Società Editrice Internazionale, 1996.
- GAZZONI FRANCESCO, *Manuale di diritto privato*, 2 ed., Roma-Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.
- GAIMO GIUSEPPE, *Il matrimonio tra status e contratto*, in *Matrimonio, matrimonii*, a cura di francesca Brunetta d'Usseaux e Antonino D'Angelo, Milano, Giuffrè, 2000.
- GOLDZIJER IGNAC, *Le dogme et la loi de l'Islām: histoire du développement dogmatique et juridique de la religion musulmane*, tradotto in francese da Felix Arin, Paris, Paul Geuthner, 1958.
- GOLDZIJER IGNAC, *Études sur la tradition islamique*, tradotto da Leon Bercher, Paris, Maisonneuve, 1984.
- GOLDZIJER IGNAC, *Lezioni sull'Islām*, a cura di Agostino Cilardo, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.
- GOODY JACK, *Famiglia e matrimonio in Europa: origini e sviluppi dei modelli familiari dell'Occidente*, Roma, Laterza, 1991.
- HALLAQ, WAEL B., *A history of Islamic legal theories: an introduction to Sunni uṣūl al-fiqh*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- HAMZAOUI MOHAMED MONCEF, *Les divorce et ses effets matériels en droit tunisin*, in *Revue Juridique, Politique Indépendance et Coopération*, 1984, pp. 412-429.
- HOURANI ALBERT, *Storia dei popoli arabi: da Maometto ai nostri giorni*, tradotto in italiano da Vermondo Brugnatelli, Milano, CDE, 1992.

- HUGHES DIANE OWEN, *Il matrimonio nell'Italia medievale*, in *Storia del matrimonio*, a cura di M. De Giorgio e Klapisch-Zuber, Roma, Laterza, 1996, pp. 5-61.
- HUXLEY ANDREW, *Si può parlare di sistemi giuridici religiosi?* traduzione italiana a cura di Silvia Pasquetti, in, *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, 2001/1, pp. 185-198.
- JEMOLO CARLO ARTURO, *Il matrimonio nel diritto canonico dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Bologna, Il Mulino, 1993.
- JEMOLO CARLO ARTURO, *Il matrimonio*, 3 ed., Torino, Utet, 1961.
- LADJILI JEANE, *La fonction de juriste en Mediterranee ancienne: les civilisations romaine et arabo-musulmane*, in *L'annuaire de la Mediterranée*, 1996, Maroc, Publisud, pp-151-176.
- LAGARDE P., *La théorie de l'ordre public International face à la polygamie et à la réputation*, in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à Francois Rigaux*, Bruxelles, Bruyillant, 1993.
- LAGHAMI SLIM, *Droit musulman et droit positif: le cas tunisien*, in *Politiques législatives, Egypte, Tunisie, Algérie, Maroc*, 1994, p. 157 e ss.
- LAROCHE-GISSEROT F., *Le nuveau code marocain de la famille: innovation ou archaïsme?* in *Revue de droit international et de droit comparé*, 2005/4, pp. 335-355.
- LILLO PASQUALE, *Famiglie «musulmane» e diritti «fondamentali» dell'uomo*, in *Archivio Giuridico*, 1995/1, pp. 91-109.
- LINANT DE BELLEFONDS YVON, *Traité de droit musulman comparé, vol. I*, Paris, 1965.
- LOMBARDI DANIELA, *Fidanzamenti e matrimoni dal Concilio di Trento al '700*, in *Storia del matrimonio*, a cura di M. De Giorgio e Klapisch-Zuber, Roma, Laterza, 1996, pp. 215-250.
- LOSANO MARIO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Torino, Einaudi, 1978.
- LUHMANN NIKLAS, *L'unité du système juridique*, in *Archives de philosophie du droit*, 1986, 31, pp. 163-188.
- KAMALI MUHAMMAD HASHIM, *La Sharī'a e le sfide della modernità*, in

- Dibattito sull'applicazione della Sharī'a,*
Torino, Fondazione Agnelli, 1995, pp. 125-141.
- MAGNI CESARE, *Teoria e interpretazione del diritto ecclesiastico civile*, Bologna, Il Mulino, 1994.
- MAINE HENRY SUMNER, *Diritto antico*, traduzione italiana a cura di Vincenzo Ferrari, Milano, Giuffrè, 1998.
- MAKDISI G., *The juridical theology of Shafi: origins and significance of uṣūl al-fiqh*, in *Religion, Law Learning in Classical Islam*, London, Variorum, 1991, pp. 7-9.
- MARCHESI GIOVANNI, *La Rota romana e le cause di nullità matrimoniali*, in *La civiltà cattolica*, 2006/1, pp. 586-596.
- MATTEI UGO- MONATERI PIER LUIGI, *Introduzione breve al diritto comparato* Padova, Cedam, 1997.
- MAUDIDI ASAD S.A., *The islamic Law and Constitution*, Lahore, Islamic Publications, 1975.
- MENGOZZI PAOLO, *La riforma del diritto internazionale private italiano*, Napoli, Editoriale Scintifica, 1996.
- MENSKI WERNER, *Hinduism as a religious legal system*, in *Religion, Law and Tradition*, a cura di Andrew Huxley, London, 2002.
- MERVIN SABRINA, *L'Islām: fondamenti e dottrine*, Milano, Mondadori, 2001.
- METZ RENE', *L'Église a ses lois: le droit canon*, Paris, Fayard, 1959.
- MEZGHANI ALI', *Le juge francais et les institutions du droit musulman*, in *Journal de droit international*, 2003/3, pp. 721-765.
- MEZIOU KALTHOUM, *Marriage, filiation en Tunisie*, in *Législation comparée*, 1988/1, pp. 1-27.
- MILANO GIAN PIERO, *Vaticano II*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1993.
- MILLOT LOUIS, *Introduction a l'étude du droit musulman*, Paris, Recueil Sirey, 1953.
- MODUGNO FRANCO, *Sistema giuridico* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIX, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, pp. 1-18.
- MONETA PAOLO, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova, ECIG, 1998.
- MONETA PAOLO, *Le nuove norme per lo scioglimento in favore della fede*,

- in *Diritto Ecclesiastico*, 2002/1, pp. 1331-1346.
- MONETA PAOLO, *Il Matrimonio. Matrimonio civile, canonico, concordatario, degli acattolici, obblighi coniugali, separazione, divorzio, regimi patrimoniali del matrimonio*, Padova, Cedam, 2006.
- MUSSELLI LUCIANO, *Storia del diritto canonico. Introduzione alla storia del diritto canonico e delle istituzioni ecclesiali*, Torino, Giappichelli, 1992.
- MUSSELLI LUCIANO, *Islām e ordinamenti giuridici europei: momenti di contrasto e momenti di possibile integrazione*, in *La presenza islamica nell'ordinamento giuridico italiano*, Napoli, Jovene, 1996.
- NALLINO CARLO ALFONSO, *Sistema religioso (voce islamismo)* in *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere ed arti*, vol. XIX, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1951, p. 605.
- NALLINO CARLO ALFONSO, *Maometto*, in *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere ed arti*, vol. XXII, 1934, p. 195.
- NALLINO CARLO ALFONSO, *Corano (voce)*, in *Novissimo Digesto*, vol. IV, Torino, Utet, ristampa 1982, pp. 850-852.
- NALLINO CARLO ALFONSO, *Considerazione sui rapporti tra diritto romano e diritto musulmano*, in *Raccolta di scritti editi e inediti*, a cura di M. Nallino, vol. IV, 1942.
- NALLINO CARLO ALFONSO, *Muftī*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VIII, Torino, Utet, 1939, p. 789.
- NALLINO CARLO ALFONSO, *Diritto musulmano (voce)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. IV, Torino Utet, pp. 1112 e ss.
- ORESTANO RICCARDO, *La struttura giuridica del matrimonio romano, dal diritto classico al diritto giustiniano*, in *Bollettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*, 1940-1941, pp. 1-383.
- ORESTANO RICCARDO, *Alcune considerazioni sui rapporti fra matrimonio romano e matrimonio cristiano nell'età postclassica*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini*, Milano, 1947, pp. 343-382.
- PACINI ANDREA, *Introduzione. Il dibattito sull'applicazione della Sharī'a*, in *Dibattito sull'applicazione della Sharī'a*, Torino, Fondazione

- Agnelli, 1995, pp. 1-10.
- PAPA MASSIMO, *Afghanistan: Tradizione giuridica e ricostruzione dell'ordinamento tra Sharī'a, consuetudini e diritto statale*, Torino, Giappichelli, 2006.
- PARADISI BRUNO, *Qualche riflessione particolare sul "sistema" giuridico*, in *La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1991, pp. 7-33.
- PASSICOS JEAN, *Droit canonique et droit comparé aujourd'hui. Renouveau d'une problématique*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1981/1, pp. 17-31.
- PASTORE FERRUUCCIO, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993/1, pp. 73-117.
- PELAJA MARGHERITA, *La promessa*, in *Storia del matrimonio*, a cura di M. de Giorgio e Klapisch-Zuber, Roma, Laterza, 1996. pp. 391-416.
- PENSIER FREDERIC JEROME – GUELLATY KARIM, *Le droit musulman*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.
- PETRELLI GAETANO, *La nuova disciplina del patto di famiglia*, in *Rivista del Notariato*, LX, 2006, pp. 401-465.
- PIGNATARO GISELLA, *La separazione personale dei coniugi. Profili introduttivi*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, vol. II, Torino, Giappichelli, pp.1-15.
- PIZZORUSSO ALESSANDRO. *Sistemi giuridici comparati*. Milano, Giuffrè, 1998.
- POMPEDDA M.F., *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo codice canonico*, in *Il matrimonio nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, Padova, Libreria Gregoriana Editrice, 1984.
- PRADER JOSEPH, *Il matrimonio nel mondo: celebrazione, nullità e scioglimento del vincolo*, Padova, Cedam, 1986.
- PRADER JOSEPH, *Il matrimonio in Oriente e in Occidente*, Roma, Pontificium Institutum Orientalium, 1992.
- PREDIERI ALBERTO, *Sharī'a e Costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- PREDIERI ALBERTO, *Il diritto apicale metastatale. Analogie tra diritto*

- comunitario e diritto islamico, in Il diritto dell'Unione Europea, 1996/3, pp. 671-717.*
- PRODI PAOLO, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- RADAELLI CARLO ROBERTO, *Il concetto di diritto della Chiesa nella riflessione canonistica tra Concilio e Codice*, Milano, Glossa Stampa, 1991.
- RAMADAN SAID, *La Sharġa. Le droit islamique, son envergure et son ěquitě*, tradotto dall'inglese da Claude Dabbak, Paris, Edition al Qalam, 1997.
- RAMADAN TARIQ, *Les musulmans d'occident et l'avenir de l'IslĀm*, Oxford, 2004.
- RAMADAN TARIQ, *Essere musulmani europei: studio delle fonti islamiche alla luce del contesto europeo*, Troiana (EN), CittĀ aperta, 2002.
- RASI PIERO, *La definizione essenziale giuridica del matrimonio*, in *Atti del colloquio romanistico-canonistico Roma 13-16 marzo 1979*.
- RAVA' ADOLFO, *Lezioni di diritto sul matrimonio*, Padova, Cedam, 1929.
- RICCI LOREDANA, *Il Maghreb e l'Europa: per una nuova politica nel Mediterraneo occidentale*, in *La comunitĀ internazionale*, 1990, pp. 549-567.
- ROLANDO CRISTINA, *Alimenti e mantenimento nel diritto di famiglia. Tutela civile, penale, internazionale*, in *Teoria e pratica del diritto, sezione I: diritto e procedura civile, 122*, Milano, Giuffrě Editore, 2006.
- ROSITANI REDEGONDA, *Il disagio minorile e i doveri dei genitori nell'educazione della prole in ambito canonico e civile italiano*, Roma, Pontificia UniversitĀ Lateranense, 2005.
- RUIZ RUIZ JOSE', *Consuetudini tribali e Sharġa nell'ordinamento libico*, in *Diritti tradizionali e religiosi in alcuni ordinamenti contemporanei*, a cura di Serena Bandin, Trieste, E.U.T., 2005, pp. 45 e ss.
- RUOCCO MONICA, *Il mondo arabo*, Roma, Istituto per l'Oriente, 1998.
- SABBARESE LUIGI, *Il matrimonio canonico nell'ordine della natura e della grazia. Commento al Codice di Diritto Canonico Libro IV*,

- Parte I, Titolo VII, Città del Vaticano, Urbana University Press, 2006.*
- SANTILLANA DAVID, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafiita, vol. I e II*, Roma, Istituto per l'Oriente, 1926.
- SARACENO CHIARA, *Mutamenti della famiglia*, Bologna, Il Mulino, 2003.
- SAREHANE FATNA, *Le nouveau Code marocain de la famille*, Paris, Gazette du Palais, 2004.
- SCHACHT JOSEPH, *Introduzione al diritto musulmano*, Torino, Ed. della Fondazione Giovanni Agnelli, 1995.
- SCHACHT JOSEPH, *The origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1950.
- SCHACHT JOSEPH, *Foreign elements in ancient Islamic law*, in *Mémoires de l'Académie Internationale de Droit Comparé, III-4*, Roma, 1955, pp. 127-141.
- SCHACHT JOSEPH, *Droit byzantin et droit musulman*, in *XII Convegno "Volta"*, 1957, pp. 197-230.
- SCHULZ FRITZ, *Storia della giurisprudenza romana*, traduzione italiana a cura di Vincenzo Ferrari, Firenze, Sansoni, 1968.
- SCIALOJA VITTORIO, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1934.
- SILVA GIOVANNA, *Ripudio marocchino e diritto di famiglia francese*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2003/2, pp. 34-52.
- SOLIDORO MARIOTTI LAURA, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. Vol. I. Dal crollo dell'Impero romano d'Occidente alla formazione dello ius commune* Torino, Giappichelli, 2001.
- STOCCHIERO GIUSEPPE, *Il matrimonio in Italia*, Vicenza, Società Anonima Tipografica, 1929.
- TAHA MAḤMŪD MUḤAMMAD, *Sharḥa e Sunna: la seconda missione dell'Islām*, in *Voci dell'Islām moderno. Il pensiero arabomusulmano fra rinnovamento e tradizione*, di Paolo Branca, Genova, Marinetti, 1997, pp. 266-268.

- TALEB SUFI ABU, *La Sharī'a islamique et le droit positif dans les Pays Arabes: histoire et prospective*, in *Politiques législatives Egypte, Tunisie, Algérie, Maroc*, 1994, pp. 147-148.
- TROPER MICHEL, *Système juridique et Etat*, in *Archives de philosophie du droit*, tome 31, 1986, pp. 29-44.
- UCCELLA FULVIO, *Famiglia e diritto*, Roma, Editrice IANUA, 2003.
- ‘ŪDA ‘ABD AL-QĀDIR, *La Sharī'a: costituzione fondamentale dei musulmani*, in *Dibattito sull'applicazione della Sharī'a*, Torino, Fondazione Agnelli, 1995, pp. 12-15.
- UNGARI PAOLO, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, Bologna, Il Mulino, 1975.
- VASSALLI FILIPPO, *Lezioni di diritto matrimoniale*, Padova, Cedam, 1952.
- VENCHIARUTTI ANGELO, *Matrimonio dello straniero e impedimenti di carattere religioso*, in *Famiglia e diritto*, 1996/5, pp. 448-449.
- VERCELLIN GIORGIO, *Istituzioni del mondo musulmano*, Torino, Einaudi, 1996.
- VILLEGIANTE SEBASTIANO, *Matrimonio cattolico e matrimonio musulmano: due mondi a confronto nel matrimonio dispari*, in *Seminarium. Commentarii pro seminariis, vocationibus ecclesiasticis, universitatibus*, 1985, pp. 196-252.
- VIOLARDO GIACOMO, *Il pensiero giuridico di san Girolamo*, Milano, Vita e pensiero, 1937.
- VITTA EDOARDO *Diritto internazionale privato, I, parte generale*, Torino, Utet, 1972.
- VOLTERRA EDOARDO, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, La Sapienza, 1993.
- VOLTERRA EDOARDO, *Diritto romano e diritti orientali*, Napoli, Jovene, 1983.
- WAELE HENRI, *Le droit musulman*, 2 ed., Paris, Cheam, 1993.
- WATT MONTGOMERY WILLIAM, *Breve storia dell'Islām*, Bologna, Il Mulino, 2001.
- WEBER MAX, *Economia e società, III: Sociologia del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981.

- ZANINI N. *Il matrimonio nel diritto civile*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza, La famiglia, I*, Torino, Utet, pp. 3-48.
- ZARRI GABRIELLA, *Il matrimonio tridentino*, in *Il Concilio di Trento e il moderno*, a cura di Paolo Prodi, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 437-483.
- ZELIO GRANDI IDA, *Il dialogo delle leggi: ordinamento giuridico italiano e tradizione giuridica islamica*, Venezia, Marsilio, 2006.
- ZICCARDI ELISA, *Il matrimonio nelle confessioni religiose*, Forlì, Experta, 2006.
- ZWEIGERT KONRAD – KOTZ HEIN, *Introduzione al diritto comparato, I*, Milano, Giuffrè, 1998.