



IL DIRITTO DI FAMIGLIA NELLA COMPARAZIONE TRA IL DIRITTO ITALIANO ED IL DIRITTO EBRAICO

DOTT. LUDOVICO MONTERA

SOMMARIO: Premessa– 1. Il fidanzamento – 2. Il matrimonio: riflessioni storiche – 3. La cerimonia - 4. Gli impedimenti matrimoniali - 5. I matrimoni misti - 6. Il divorzio.

L'articolo 29 della Costituzione italiana stabilisce che “la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”.

Da un'attenta lettura della predetta disposizione, che esuli da quei criteri di ‘normalità’ dettati ed imposti dai costituenti del 1945, non è rinvenibile una esaustiva e socialmente corretta definizione di famiglia.

Certamente, così come autorevole Dottrina ha sottolineato¹, il classico e cattolico modello familiare ha subito, anche grazie al progresso scientifico in materia di filiazione e alle nuove manifestazioni di unioni, una dirompente rivoluzione.

Le maggiori problematiche vengono determinate dal termine ‘naturale’ che, per l'effetto, imporrebbe notevoli discussioni in ordine alla tutela ed al riconoscimento di altre forme di famiglia.

Il dettato normativo, a ben vedere, darebbe vita ad una situazione ossimorica: la famiglia, intesa come un'unione naturale, fondata e giustificata esclusivamente sull'artificiale istituto del matrimonio.

La contraddizione è, tuttavia, attuale: “Pur essendo molto caro ai democristiani il concetto del vincolo sacramentale nella famiglia, questo non impedisce di raffigurare anche una famiglia, comunque costituita, [...] dotata di una propria consistenza che trascende i vincoli che possono solo temporaneamente tenere unite due persone”².

I Costituenti, infatti, non rivendicavano intenti giusnaturalistici, bensì intendevano evitare l'ingerenza statale nell'autonomia familiare (ad esempio, nell'obbligo di improntare l'educazione familiare al sentimento nazionale fascista, nel divieto per gli ebrei di sposarsi in terra italiana o nel divieto di matrimoni tra italiani ed ebrei per non contaminare la razza).

¹ P. STANZIONE, Manuale di diritto privato, II ed., Torino, 2009, p. 324; P. STANZIONE, *Diritto di famiglia. Studi per un insegnamento*, Salerno, 1995.

² ALDO MORO, I Sottocommissione per la Costituente, discussione dell'art. 29 (5 novembre 1946)



Parimenti le disposizioni di cui ai successivi articoli 30 e 31 della Costituzione si occupano di disciplinare l'istituto familiare³ strettamente inteso, da un canto, indicando i doveri e i diritti dei genitori⁴, nonché tutelando i figli nati fuori dal matrimonio e, da altro canto, ponendo a carico della Repubblica l'obbligo di agevolare la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, oltre a quello di proteggere la maternità, l'infanzia e la gioventù⁵.

Se la tradizione italiana ha, quindi, imposto di considerare come famiglia esclusivamente quella eterosessuale tra soggetti uniti dal vincolo matrimoniale, alla luce dell'evoluzione sociale sopradescritta, ne discende che sarebbe maggiormente corretto discorrere di una pluralità modelli di famiglia.

Seppur ciò costituiscono principi utopici, la citata disposizione, letta in combinato disposto con l'art. 2 Cost., secondo cui la Repubblica garantisce i diritti dell'uomo sia come singolo "sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità", dovrebbe fornire pari dignità anche a tutti quei modelli familiari non fondati sul matrimonio.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 138 del 14 aprile 2010, ha chiarito che per per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico.

Tale definizione ricomprenderebbe, pertanto, anche quelle formazioni, diverse da quelle tradizionali, il cui intervento di disciplina, come sostenuto dalla Consulta, è da considerarsi necessario⁶.

L'evoluzione giurisprudenziale relativa al mutamento sociale della definizione di famiglia ha trovato un ulteriore timido riscontro⁷ nel principio che ha determinato

³ CASSETTI, *sub* art. 31 Cost., *ivi*, 640.

⁴ Cfr. art. 30 Cost. secondo cui: "E' dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità".

⁵ Cfr. art. 31 Cost. secondo cui: "La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo".

⁶ Corte Costituzionale italiana n. 138/2010: "Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio". La Consulta nello specifico ha rigettato la questione di legittimità costituzionale (in parte dichiarandola inammissibile ed in parte infondata) sollevata dal Tribunale di Venezia e dalla Corte d'Appello di Trento, riguardo agli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis del codice civile nelle parti in cui non consentivano alle persone di orientamento omosessuale di contrarre matrimonio.



che sia da escludersi che il matrimonio fra persone dello stesso sesso non sia configurabile come matrimonio, in quanto anche ai sensi dell'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come successivamente interpretato dalla Corte di Strasburgo⁸, la diversità di sesso dei nubendi non costituisce presupposto 'naturalistico' di 'esistenza' del matrimonio.

Tuttavia, nonostante i principi espressi, appare evidente che la società 'naturale', ovvero la famiglia, rimane sullo sfondo, ma ciò che tutela realmente è il vincolo matrimoniale tra i coniugi, vincolo tra soggetti di sesso diverso.

A conforto di ciò basti notare che le citate disposizioni costituzionali adottano il verbo 'riconoscere', con ciò facendo comprendere un atteggiamento di preesistenza della famiglia, e dei diritti inviolabili, rispetto allo Stato.

La definita società naturale è pregiuridica, formatasi, quindi, prima ed indipendentemente da interventi legislativi.

D'altronde, la prima prescrizione religiosa data da Dio all'uomo, conseguentemente l'atto della creazione, è per l'appunto la famiglia: "Dio li benedisse e disse loro: Siate fecondi e moltiplicatevi, riempite la terra; soggiogatela e dominate [...] su ogni essere vivente"⁹.

La tradizione religiosa ricorda che la prima coppia della storia dell'umanità era, per l'appunto, costituita da un uomo ed una donna: Adàm e Chavà¹⁰.

La creazione, com'è noto, avvenne in due fasi. Dapprima fu creato l'uomo e, successivamente, poichè "non è bene che l'uomo sia solo"¹¹, venne creata, da una costola¹², la donna.

⁷ Cassazione civile, sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184. "I componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se - secondo la legislazione italiana - non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia - a prescindere dall'intervento del legislatore in materia -, quali titolari del diritto alla 'vita familiare' e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di 'specifiche situazioni', il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza. L'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano, ma non attiene né alla loro 'inesistenza' né alla loro 'invalidità'".

⁸ Sentenza del 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria.

⁹ Gen. 1,24.

¹⁰ Nell'Antico Testamento la creazione dell'uomo è narrata anche in altri passi: nel libro del profeta Ezechiele (28,12-19), nel Salmo 8, nel libro del Siracide (17,1-7) e soprattutto nel capitolo 1 della Genesi (vv. 26-28), dove però 'il maschio e la femmina' sono creati da Dio allo stesso tempo e sono chiamati entrambi *adam*, cioè 'essere umano'.

¹¹ Genesi 2,18-22.



La necessità di considerare la famiglia come entità costituita da soggetti di sesso diverso affonda, pertanto, le proprie radici in un contesto biblico e religioso che inevitabilmente ha avuto ed ha ripercussioni negli attuali sistemi giuridici.

In ordine all'interrogativo del perchè "non è bene che l'uomo sia solo", nel *Talmùd* si legge: "Un uomo senza la donna è senza gioia, senza bene e senza benedizione"¹³.

Ad affiancare l'interpretazione diretta a considerare la presenza della donna come aiuto psicologico e materiale per l'uomo, vi è la più profonda esegesi di Rashi¹⁴ secondo cui qualora l'uomo fosse solo diverrebbe dilaniato dal delirio di onnipotenza sino a credersi un'entità divina: per l'effetto v'è da ritenere che l'unica entità in grado di poter stare da sola è Dio.

A conforto di ciò, nella *parashà* di Kedoshim¹⁵ si legge testualmente "Siate *kedoshim* – santi, diversi – poiché Io sono *kadosh*"¹⁶.

Tale direttiva, lungi da un ipotetico parallelismo e confronto divino, a ben vedere, invita esclusivamente l'essere umano ad essere '*kadosh*, santo, e, più specificamente, ad adottare uno stile di vita tendente alla sacralità e non alla meschinità'.

L'aspirante santità umana, da realizzarsi in un contesto sociale e comunitario, appare, ovviamente, diversa, sia qualitativamente che quantitativamente, da quella di Dio: "la Mia *kedushà* è più grande della vostra"¹⁷.

La predetta ambizione ha indotto a definire, pertanto, il popolo ebraico come *Kahal kadosh* – Comunità santa, e più in particolare di *gòì kadosh* – popolo santo.

A parer della tradizione ebraica la connotazione della santità può essere determinata esclusivamente dalla nascita di un'essenza primordiale quale è per l'appunto la famiglia, la famiglia ebraica.

Non è un caso, infatti, che il matrimonio viene definito '*kiddushin*, avente, a ben vedere, la medesima radice di *kedushà*, il cui fine è, non a caso, oltre l'edificazione di un rapporto intra personale, l'aspirazione alla santità nei termini sopradescritti'.

¹² *Tzèla'* che si può tradurre con costola viene usata nella Torà anche per indicare un lato di qualcosa.

¹³ TB Yevamot 63°.

¹⁴ Rashi ben Eliezer, acronimo di Rabbi Shlomo Yitzhaqi - (Troyes, 22 febbraio 1040 – Troyes, 13 luglio 1105).

¹⁵ La *Parashah* è una suddivisione della *Torah* destinata a definire la lettura settimanale della *Torah* stessa. Le suddivisioni del testo in *parashot* è indipendente dai numeri dei capitoli e dei versetti della Bibbia. I *parashot* non sono numerati, ma hanno nomi/titoli speciali.

¹⁶ Lev. 19,1-20,27.

¹⁷ *Midràsh* - designa anzitutto una attività e un metodo di interpretazione della Scrittura che, andando al di là del senso letterale - chiamato *peshat* o *pashut* - scruta il testo in profondità (secondo regole e tecniche proprie dette *Middot* esegetiche) e sotto tutti gli aspetti per attualizzarlo e adattarlo ai bisogni e alle concezioni delle comunità ebraica e della visione ebraica del Mondo e traendone applicazioni pratiche e significati nuovi che sono lontani dall'apparire a prima vista.



‘A completamento dell’aspirazione e dell’approdo alla *kedushà* vi è il *bakkaràt hattòv* – il riconoscimento del bene.

Secondo Ramban¹⁸ il riconoscimento del bene è il fine di tutte le *mitzvòt* della Torà.

Tale principio, apparentemente semplice ma di difficile applicazione, implica inevitabilmente il concetto di gratitudine.

Riconoscere, infatti, la propria mancanza di autosufficienza e la necessità della presenza e dell’intervento di altre entità umane è innegabilmente di impegnativa accettazione: per i *Talmid Chacham*¹⁹, gli studiosi esperti del *Talmud*, difatti, chi non riconosce il bene ricevuto dal prossimo, non riconosce neanche il bene ricevuto da Dio e che, più in particolare, è compito dell’uomo scoprire e rilevare ciò che di divino è nascosto nel mondo²⁰.

È pacifico che il riconoscimento del bene, *‘bakkaràt hattòv*, trova maggiormente terreno fertile in quel microcosmo ove viene palesato, in maniera disinteressata e reciproca, del bene nei confronti dei singoli componenti: la famiglia.

Come ogni comunità, anche la famiglia necessita di regole ben precise, di cui non si consiglia una rigida e severa applicazione atteso il rischio di un insuccesso di durata, affinché vi possa essere una precisa e diligente divisione di ruoli.

Nella tradizione ebraica, a ben vedere, la famiglia viene, quindi, considerata ed analizzata quale fenomeno sociale o metagiuridico, a differenza di quanto possa essere diversamente valutato e reputato nell’ordinamento italiano ove, seppur vi è una illusoria concorrenza tra Stato e Chiesa, la stessa vien considerata come istituto organizzato dal diritto’.

Lo studio del diritto di famiglia, e la sua miglior comprensione, impongono, quindi, un’adeguata analisi dei singoli istituti – quali il matrimonio, la separazione, il divorzio, il divieto di nozze, la filiazione, ecc – che ne compogono l’intero assetto.

L’esame dei singoli istituti, talvolta anche in un’ottica evolutiva storico-demografica, induce a considerare il superamento della famiglia di tipo ‘tradizionale’, caratterizzata da una precisa, attenta e iniqua divisione dei ruoli e dalla centralità dei figli, in virtù di un mutamento sociale e culturale²¹ che ha comportato un processo di liberalizzazione familiare.

¹⁸ Moshe ben Nahman Girondi, noto come Nahmanide, con il nome catalano Bonastruc ça (de la) Porta e con l’acronimo Ramban (Girona, 1194 – Israele, 1270), fu un rabbino, filosofo e medico catalano. M. IDEL - M. PERANI, *Nahmanide esegeta e cabbalista*, Firenze, 1998, Introduzione e pp. 164-212.

¹⁹ C. HEILMAN SAMUEL, *The Ninth ‘Siyum HaShas’: A case study in Orthodox ‘contra-acculturation’*, in *The Americanization of the Jews*, New York, 1995, p. 315 s.; RABBI C. SCHLOSS, *2000 Years of Jewish History*, Gerusalemme, 2002, p. 296.

²⁰ La parola *olàm* – mondo viene dalla stessa radice di *ne’elàm* – nascosto.

²¹ Nel 1970 è stato introdotto il divorzio, confermato dal referendum popolare del 1974, che ha sancito il diritto di sciogliere il matrimonio qualora venga a mancare la comunione spirituale e materiale tra i coniugi; nel 1975 è stato integralmente riformato il diritto di famiglia, che ha stabilito tra l’altro la parità tra i coniugi sia nei loro rapporti personali che nei confronti dei figli; nel 1978 è stata approvata



Se, quindi, l'evoluzione di qualunque famiglia, di qualunque origine o etnia, è subordinata all'evoluzione della società, certamente ciò non deve indurre nell'errore di considerare l'ordinamento ebraico meno progressista in quanto è lo stesso ebraismo un fenomeno sociale.

Attesa la sua connotazione, quindi, la religione ebraica impone un coinvolgimento collettivo e comunitario piuttosto che una confessione intima e personale: preminenza di una partecipazione, e pedissequa sensibilizzazione, comunitaria rispetto ad una celebrazione e professione interna e personale²².

La famiglia ebraica, e la sua relativa disciplina, sarà, quindi, espressione di quella "commistione tra ethnos e dimensione culturale, che deriva dalla tradizionale identità tra norma civile e norma religiosa"²³

La realtà sociale, ivi compresa quella familiare costituente il nucleo primordiale, pertanto, sarà caratterizzata dalla contemporaneità con il momento religioso e culturale, ciò inducendo inevitabilmente a considerare l'ordinamento ebraico quale ordinamento preminemente religioso.

Appare chiaro che l'identità ebraica, ove la componente religiosa non può essere isolata dalla componente sociale ed istituzionale²⁴, costituisce simbiosi "di cultura e di religione, di tradizione e di norme di comportamento, di popolo e di storia"²⁵.

Il fenomeno religioso, pertanto, assurgerà, per il popolo ebraico, a *modus vivendi*: ogni aspetto della vita ebraica è, infatti, influenzato e governato dal sacro attraverso l'obbedienza ad un "vasto complesso di norme, volte a indirizzare la vita quotidiana dell'ebreo in tutte le sue manifestazioni, che va dai Dieci Comandamenti alla *Toràh*, che contiene la legge scritta, dal *Talmud*, che raccoglie le tradizioni e le leggi orali, alle numerose regole sulla vita matrimoniale, la proprietà fondiaria, i cibi proibiti, il riposo sabatico"²⁶.

Non si rivengono, pertanto, quelle caratteristiche, apparentemente politiche e statali, connotanti, invece, l'ordinamento italiano.

la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, anch'essa poi confermata da un referendum, che ha conferito alla donna la piena libertà di scelta in questo campo.

²² M. F. MATERNINI ZOTTA, *L'ente comunitario ebraico. La legislazione negli ultimi due secoli*, Milano, 1983, p. 191.

²³ R. BOTTA, *L'attuazione dei principi costituzionali e la condizione giuridica degli ebrei in Italia*, in *Dir. Eccl.*, I, 1982, p. 163.

²⁴ D. TEDESCHI, *Presentazione della intesa con lo Stato al congresso straordinario dell'Unione delle comunità israelitiche italiane*, in *RMI*, I-II, 1987, p. 17.

²⁵ G. DISEGNI, *Ebraismo e libertà religiosa in Italia*, Torino, 1983, p. 81.

²⁶ G. DISEGNI, *Ebraismo*, cit., p. 81.



Quest'ultimo, seppur influenzato criticamente anche dalla vicinanza geografica con taluni centri di potere ecclesiastici, ha riconosciuto un principio di autonomia e autoregolamentazione in materia di famiglia²⁷.

V'è da precisare che l'autodeterminazione non si esplicita nella creazione, approvazione e ammissione di tutti i modelli familiari, ivi compresi quelli che non hanno ricevuto alcun riconoscimento legislativo, bensì nell'arbitrario esercizio di diritti familiari, in quanto costituzionalmente garantiti, ove la legge non può infiltrarsi.

1. Nell'età moderna occidentale, e più specificamente negli ultimi due secoli, il fidanzamento, ovvero lo stato antecedente il matrimonio, ha perso le caratteristiche di solennità e pubblicità che, invece, ne hanno permeato l'intera evoluzione.

Il progresso storico di questa forma di passaggio tra lo stato libero e l'impegno matrimoniale, peraltro di non facile ricostruzione, ha assunto variegate configurazioni e valenze.

L'essenza contrattuale del fidanzamento è rinvenibile in epoca romana²⁸ ove era consuetudine e uso che le nozze fossero precedute dagli *sponsalia*²⁹, cerimonia con cui si compiva la promessa di matrimonio, e che si effettuavano mediante la cd. *sponsio*, consistente in un formale impegno con cui il *pater familias* prometteva al fidanzato la propria figlia in moglie.

La predetta cerimonia solenne si svolgeva alla presenza degli aruspici e degli amici delle due famiglie che svolgevano, quindi, la funzione di testimoni, e veniva formalizzata con la *stipulatio*³⁰ con cui sia il padre della donna che il fidanzato si impegnavano a garantire le nozze.

Al fine di potersi liberare da tale vincolo, le parti potevano semplicemente esprimere una dichiarazione unitale di non volersi più sposare³¹. Tuttavia, ogni stipulazione con la quale si fosse previsto il pagamento di una penale per il caso di

²⁷ M. BESSONE, *sub art. 29 Cost.*, in G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Bologna - Roma, 1976, p. 1 e F. CAGGIA - A. ZOPPINI, *sub art. 29 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto ed M. Olivetti, I, Torino, 2006, p. 605.

²⁸ Cfr. R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, Milano, 1951, p. 339 nt. 896; E. VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in *BIDR*, XL, 1932, p. 99 nt. 2.

²⁹ Il nome prende origine dal verbo *spondere*. Durante la cerimonia di fidanzamento, il fidanzato chiedeva al padre della sposa «*Spondesne?*» («Prometti?») e questi rispondeva «*Spondeo*» («Lo prometto»).

³⁰ La *stipulatio* era uno dei più antichi negozi giuridici romani in cui le obbligazioni tra le parti erano prodotte dalla pronuncia di una domanda e della corrispondente risposta, entrambe espresse con parole rituali

³¹ D. 24.2.2.2.



mancata celebrazione delle nozze era considerata, secondo un noto passo di Paolo, *non secundum bonos mores*³².

Appare chiaro, quindi, che la cultura romana, unitamente a quella ebraica, costituiscono le due forme di educazione che maggiormente hanno influenzato i Paesi di matrice cristiana.

Difatti, in entrambi i casi si rinvengono forti analogie, seppur in contesti diversi, in ordine a quella fase intermedia e preliminare al matrimonio.

Invero, degli sponsali si rinvengono abbondanti tracce già nei libri della Bibbia ove emblematico è il ‘fidanzamento’ di Giuseppe e Maria³³.

Appare chiaro, quindi, che, nella cultura romana, il matrimonio, stante la assenza di una libera scelta individuale dei nubendi, costituiva espressione di un fattore sociale diretto il più delle volte esclusivamente alla trasmissione del nome e del patrimonio.

Tuttavia, grazie al venir meno delle imposizioni e potestà familiari in ordine alle determinazioni delle scelte matrimoniali, l’istituto degli sponsali ha subito una notevole crisi agli inizi dell’età moderna.

La predetta crisi è stata incoraggiata, inoltre, anche dallo stato di diffidenza che la Chiesa ha nutrito nei confronti degli stessi.

Attesa, infatti, la natura contrattuale degli sponsali, quest’ultimi venivano considerati come un ‘quasi matrimonio’; ciò induceva, pertanto, i nubendi ad avere rapporti sessuali prematrimoniali che, com’è noto, la Chiesa considerava e considera intollerabili.

Anche nella cultura ebraica la legge riconosceva allo stato del fidanzamento prerogative ed obblighi quasi identici a quelli del matrimonio, come ad esempio, tra l’altro, l’esenzione dal servizio militare³⁴.

La consuetudine ebraica imponeva che il fidanzato, nonchè futuro marito, facesse una donazione alla sua futura sposa chiamata *mohar*³⁵ che, di regola, consisteva in cinquanta sicli di argento³⁶.

³² *Quia inonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi*; su questo brano cfr. R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Milano, 1994, 43 ss.; cfr. anche B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, 1882, 847, nt. 3.

³³ “La Vergine [Maria] era promessa sposa di un uomo della casa di Davide, chiamato Giuseppe” [Lc. 1, 27]. E notiamo subito che, a prescindere dal costume in Israele di celebrare matrimoni spirituali per salvaguardare le ragazze [cfr. B. BAGATTI, *La Chiesa primitiva apocrifa*, Roma, 1981, p. 62], il matrimonio tra Maria e Giuseppe ha tutte le caratteristiche di un affidamento inteso a proteggere la Vergine in vista di un futuro prestigioso, ma ancora non ben delineato [cfr. *Protovangelo di Giacomo*, capp. IX, XIII-XVI].

³⁴ “C’è qualcuno che si è fidanzato con una donna e non l’ha ancora presa? Vada, torni a casa sua, perché non muoia in battaglia e un altro se la prenda” (Deut. 20:7).

³⁵ Il termine *mohar* ricorre tre volte nella Bibbia. (Ge. 34:12; Eso. 22:16, 17; 1Sa. 18:25) Il prezzo della sposa veniva di solito pagato ai genitori.



Determinata la somma le parti, ovvero i nubendi, stipulavano un vero e proprio contratto.

Quest'ultimo veniva sottoscritto di mercoledì se si trattava di una ragazza, di martedì se si trattava di una vedova.

Da ultimo era consuetudine che il fidanzato facesse alla futura sposa, un insieme di regali, il *mattan*, che la donna avrebbe conservato nell'eventualità fosse rimasta vedova.

Appare chiaro che, così come per la cultura romana, anche per gli ebrei il fidanzamento era considerato vincolante.

Difatti, se lo sposo avesse cambiato idea per giustificati motivi, la sposa non avrebbe potuto sposare nessun altro sino a che non avesse ricevuto un certificato di divorzio³⁷.

Parimenti, se una ragazza, durante il periodo del fidanzamento, avesse compiuto atti sessuali con altro uomo, diverso dal futuro sposo, sarebbe stata considerata adultera e, per l'effetto, condannata a morte³⁸.

Una coppia di fidanzati ebrei, quindi, era considerata, pur non coabitando, impegnata come se fossero già sposati.

L'evoluzione sociale e culturale delle due tradizioni sopradescritte hanno fatto sì che, nell'epoca attuale, il fidanzamento, quale scelta libera e consapevole tra due individui, sia priva di qualsivoglia valenza giuridica.

Tale fase preliminare al matrimonio, sic et simpliciter è, quindi, improduttiva di diritti ed obblighi reciproci qualora non sia caratterizzata dalla cd. promessa di matrimonio.

A conforto di ciò, la Suprema Corte, con la nota sentenza n. 7064 del 29.11.1986³⁹ ha statuito che “una relazione amorosa, sia pure prolungata, che sia stata intessuta senza promessa di matrimonio, non è idonea a produrre fra le parti diritti di alcun genere né comporta, in caso di interruzione, una qualsiasi giuridica responsabilità, in quanto essa sorge, si svolge e cessa con i connotati di una permanente ed illimitata libertà reciproca ed è soltanto questa che, come estrinsecazione della persona, acquista rilevanza nel mondo del diritto, restando ogni altra implicazione affidata al campo dei doveri morali o sociali”.

La produttività degli effetti giuridici della promessa di matrimonio trova il proprio riscontro normativo in tre articoli del codice civile.

³⁶ “L'uomo che si è coricato con lei darà al padre della fanciulla cinquanta sicli d'argento e lei sarà sua moglie, perché l'ha disonorata; e non potrà mandarla via per tutto il tempo della sua vita” (Deut. 22:29).

³⁷ Mt. 1:19.

³⁸ De 22:23, 24.

³⁹ Cass. civile, sez. III, 29-11-1986, n. 7064 Pres. M. - Rel. F. Rebuffat - P.M. Grossi (conf), Bruni c. Romagnoli



In via preliminare, il codice mira ad evidenziare e sottolineare il carattere arbitrario della promessa di matrimonio che, in ogni caso, non obbliga a contrarre il matrimonio nè tantomeno ad eseguire ciò che si fosse convenuto in caso di mancata celebrazione⁴⁰.

L'art. 79 del codice civile, infatti, stante la notevole importanza dell'istituto matrimoniale, garantisce la massima libertà del consenso delle parti sino al momento della celebrazione e impedisce che dalla mancata celebrazione possano essere avanzate richieste patrimoniali diverse da quelle tassativamente previste dagli articoli 80 e 81 c.c.⁴¹.

La mancata celebrazione del matrimonio comporta, entro il termine di decadenza di un anno dal giorno in cui s'è avuto il rifiuto o dal giorno della morte di uno dei promittenti, il diritto *ex art. 80 c.c.* di chiedere la restituzione dei doni fatti a causa della promessa medesima.

L'art. 80 c.c. fa riferimento al cd. fidanzamento ufficiale che, come tale, è improduttivo di effetti giuridici ma che è qualificabile come mero fenomeno sociale.

La figura del fidanzamento ufficiale ricorre qualora si renda una dichiarazione espressa o tacita, normalmente resa pubblica nell'ambito della parentela, delle amicizie e delle conoscenze, di volersi frequentare con il serio proposito di sposarsi.

La ratio della predetta disposizione, ove il diritto alla restituzione dei doni matura solo se il matrimonio non sia successivamente celebrato⁴², si identifica con la necessità di rimuovere ogni traccia del rapporto rimasto incompiuto e non sfociato nel matrimonio, in modo tale da consentire ai nubendi di creare un nuovo rapporto senza alcun ricordo con quello passato⁴³.

Occorre, tuttavia, distinguere tra il fidanzamento ufficiale di cui all'art. 80 c.c. e la promessa solenne di cui all'art. 81 c.c..

⁴⁰ Tribunale di Genova, Sez. IV, 17 gennaio 2004, in *Guida al Diritto*, 2004, 13, 60.

⁴¹ E' ad esempio nullo un contratto con il quale, a garanzia della promessa di matrimonio, venga stabilito la consegna da un promittente all'altro di una somma di denaro (o titoli di credito) con l'intesa che il denaro (o i titoli), trascorso un determinato termine, ove il *tradens* rifiuti il consenso al matrimonio, passi in proprietà di quest'ultimo. Cfr. Corte di Appello di Napoli, 13 febbraio 1974, in *Giur. It.*, 1976, I, 168.

⁴² Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 08 febbraio 1994, n. 1260, *op. cit.*; Tribunale di Bari, Sez. I, 28 settembre 2006, in *Resp. civ.*, 2006, XII, 1048; Giudice di Pace di Taranto, 30 gennaio 2000, *op. cit.*, 315. In dottrina, Cfr. A. BUCELLI, *Mutamento sociale e donazioni prematrimoniali*, in *Giur. It.*, 1995, I, 684. Indici rivelatori dell'avvenuta promessa possono essere, ad esempio, il pranzo intrattenuto dalle famiglie dei fidanzati, lo scambio dei doni e la consegna ed accettazione dell'anello di fidanzamento. Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 08 febbraio 1994, n. 1260, *op. cit.*; Tribunale di Roma, 05 febbraio 1979, in *Dir. Famiglia*, 1979, 793.

Sui requisiti formali della promessa, cfr. anche Cass. Civ., 21 febbraio 1966, n. 539, in *Foro It.*, 1966, I, 1844; Cass. Civ., 26 giugno 1959, n. 2027, in *Foro It.*, 1959, I, 1587; Cass. Civ., 20 maggio 1955, n. 1480, in *Mass. Giur. It.*, 1955, 355.

⁴³ Cfr. A. BUCELLI, *Mutamento*, cit., 684.



La promessa solenne costituisce l'espressione del vicendevole impegno al matrimonio fatto per atto pubblico o per scrittura privata da una persona maggiore di età o dal minore ammesso a contrarre matrimonio (*ex art. 84, c.c.*), oppure risultante dalla richiesta della pubblicazione.

L'istituto in esame costituisce, a ben vedere, fonte di una responsabilità risarcitoria atteso che il promittente che senza giusto motivo rifiuti di eseguirla – o, con il proprio comportamento colposo abbia dato giusto motivo al rifiuto dell'altro – potrà essere chiesto, entro un anno dal giorno del rifiuto di celebrare le nozze, di risarcire il danno cagionato all'altra parte per le spese fatte e per le obbligazioni direttamente inerenti – ovvero causalmente riferibili - al progettato matrimonio⁴⁴.

Certamente, nel caso de quo, non può configurarsi una responsabilità contrattuale o precontrattuale atteso che la promessa di matrimonio non può considerarsi avente valore contrattuale e tantomeno costituisco vincolo per le parti.

D'altronde, a giustificazione del restrittivo regime risarcitorio, risiede la necessità di voler garantire la massima libertà nel compimento di un atto personalissimo quale, per l'appunto, il matrimonio⁴⁵.

La legittimazione alla proposizione dell'azione risarcitoria è il destinatario della promessa che ha sostenuto degli esborsi in previsione delle nozze⁴⁶; di converso, graverà sul recedente dimostrare la sussistenza del giustificato motivo, quale fatto costitutivo negativo della pretesa dell'altra parte⁴⁷.

Per completezza espositiva, nel novero delle obbligazioni contratte in virtù della promessa di matrimonio rientrano non solo quelle spese strettamente connesse alla celebrazione della cerimonia nuziale, ma anche tutte quelle assunte nell'ottica della realizzazione di una comunione materiale e morale⁴⁸.

La disciplina della promessa di matrimonio induce, quindi, a riflettere sull'importanza che le si attribuisce nonostante sia contestualizzata in una società che ha fortemente ridimensionato il significato del matrimonio⁴⁹.

⁴⁴ Trattasi di un risarcimento per danni per comportamento contrario alla buona fede che trova altresì riscontro, nell'ambito della disciplina del diritto di famiglia, nella sanzione prevista dall'art. 139, c.c. a carico del coniuge che, pur conoscendo la causa di nullità del matrimonio, non la esterna all'altro (così Cass. Civ., Sez. I, 08 febbraio 1994, n. 1260, *op. cit.*).

⁴⁵ Così Facci, nota a Tribunale di Bari, Sez. I, 28 settembre 2006, *op. cit.*, 1049.

⁴⁶ Cfr. Pretura di Milano, 02 dicembre 1999, in *Giur. milanese*, 2000, 103.

⁴⁷ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 15 aprile 2010, n. 9052, *op. cit.*, 552.

⁴⁸ Cfr. Tribunale di Genova, Sez. IV, 25 maggio 2007, in www.leggiditaliaprofessionale.it, 2007.

⁴⁹ A. TRABUCCHI, *Della promessa di matrimonio*, in G. CIAN – G. OPPO – A. TRABUCCHI, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, II, Padova, 1992, p. 4; anche per G. UCCELLA, *Il matrimonio*, Padova, 1996, p. 18 l'istituto in esame "è ormai quasi in disuso"; lo stesso autore osserva peraltro (cfr. G. UCCELLA, *Diritto di famiglia*, Milano, 1996, p. 6) che la promessa di matrimonio assolve ancora oggi a una sua peculiare funzione, anche se più con riguardo al suo valore negativo (non obbligatorietà) che a quello positivo relativo ai limitati effetti giuridici che ne derivano *ex artt. 80 e 81 c.c.*; analoghe considerazioni in F. ANELLI, *Il matrimonio. Lezioni*, Milano, 1998, p. 26 s..



Parimenti nella cultura ebraica la promessa di matrimonio, intesa quale accordo, costituisce presupposto indefettibile per la celebrazione del matrimonio.

Sposarsi senza tale accordo è considerato immorale⁵⁰.

L'impegno con cui un uomo dichiara di voler sposare una donna, previo suo consenso, assume la denominazione di *shiddukbīn*⁵¹.

‘Certamente i *shiddukbīn* non mutano lo status dei nubendi in quanto gli stessi si impegnano a mutare il proprio status solo in conseguenza dell'avvenuto matrimonio’.

‘Seppur non richiedano particolari formalità’, dal Medioevo in poi, l'atto che viene redatto in tale incontro è detto *tēnām* (condizioni). Con lo stesso termine viene indicato il banchetto familiare che segue alla firma dell'atto.

Le evidenti analogie, oltre che in un'ottica storica, si riverberano anche nell'attuale momento legislativo.

Infatti, così come per il cattolico ordinamento italiano, anche nella cultura ebraica, la promessa di matrimonio non obbliga le parti a contrarre matrimonio, trattandosi quest'ultimo di atto personalissimo e soggetto alla propria sfera di autonomia e libertà.

V'è da precisare, infine, che per i fini matrimoniali non è necessario l'assenso dei genitori: non vi sarà alcuna trasgressione al dovere di onorare i propri genitori seppur il matrimonio avvenga senza il consenso di quest'ultimi.

Il mancato mantenimento della promessa di matrimonio sarà, infatti, limitato al campo patrimoniale e, più specificamente, ne discenderà un obbligo risarcitorio per le spese sostenute in vista del matrimonio⁵².

Le conseguenze risarcitorie sopradescritte inducono, pertanto, a considerare l'ordinamento ebraico in analogia con il nostro ordinamento.

Poichè, infatti, a fondamento di entrambe le culture si rinviene, con modalità evidente e scontata, una concezione religiosa dell'istituto matrimoniale, ne discende, a differenza di quanto avveniva nel passato, una assoluta libertà e autonomia nell'impegnarsi in un futuro vincolo considerato indissolubile.

⁵⁰ RABBI ARYEH KAPLAN, *Made in Heaven, A Jewish Wedding Guide*, New York - Jerusalem, 1983, cap. 4.

⁵¹ B. COHEN, *On the theme of betrothal in Jewish and Roman law*, in IDEM, *Jewish and Roman Law*, New York, 1996, pp. 279 ss; B. SCHERESCHEWSKY, *Betrothal*, in M. ELON, *The Principles of Jewish Law*, Jerusalem, 1975, col. 353 ss.

⁵² A.M. RABELLO, *The Gift Law*, Jerusalem, 1996, pp. 304 ss.; B. SCHERESCHEWSKY, *Family Law in Israel*, Jerusalem, 1992, p. 16 nt. 8; R. GAVISON, *Enforcement of Morals, Damages for Breach of Promise to Marry and the Obligation to give reasoned Decisions*, in *Mishpatim*, VIII, 1978, p. 282 ss.



2. La famiglia è una “struttura relazionale umana fondamentale attraverso la quale ogni soggetto riceve la sua identità soggettiva personale [...] la possibilità di essere se stesso fin dal principio, perfino contro coloro che l’hanno generato”⁵³.

In un’ottica costituzionalmente orientata, seppur di natura ossimorica, il matrimonio costituisce il fondamento della famiglia.

Il termine ‘matrimonio’ continua la voce latina *matrimonium*, formata dal genitivo singolare di *mater* (ovvero *matris*) unito al suffisso *-monium*, collegato, in maniera trasparente, al sostantivo *munus* ‘dovere, compito’⁵⁴.

Il matrimonio più antico è un atto giuridico “in forza del quale una donna, sui od alieni iuris, esce dalla famiglia d’origine ed entra in una famiglia nuova, in condizione di sottoposta e con la particolare funzione di procreare al capocasa o ad un suo sottoposto libero una discendenza legittima”⁵⁵.

La famiglia romana, a ben vedere, non era fondata sul matrimonio bensì sulla *patria potestas*.

Più specificamente, nel diritto romano classico, il matrimonio veniva disciplinato dagli usi morali e dalle consuetudini e non da norme giuridiche.

Attesa, quindi, la mancanza di forme solenni, la struttura matrimoniale romana poteva essere riassunta con il noto brocardo *consensus facit nuptias*.

Le notevoli evoluzioni e modifiche subite nel corso delle varie epoche storiche non hanno di fatto mai violato i principi fondamentali che hanno permatto l’istituto in esame: il principio della monogamia, in virtù del quale non era consentito ad un uomo di avere due o più mogli legittime; il principio della consensualità, in virtù del quale esclusivamente il consenso, o meglio l’*affectio maritalis*, faceva sorgere il vincolo coniugale; il principio esogamico, per il quale il matrimonio era consentito solo tra soggetti appartenenti a gruppi familiari diversi, sia dal punto di vista agnaticio che da quello gentilizio, e, in seguito, da quello cognaticio.

La Chiesa Cattolica, successivamente, si servì del concetto romano basato sul consenso, fornendone, però, uno strato di solennità.

Nel 1215, nel corso del Concilio Lateranense IV la Chiesa regolamentò la liturgia per il matrimonio e gli aspetti giuridici relativi ad esso e solo nel 1439 nel

⁵³ F. D’AGOSTINO, *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, Milano, 1999, p. 188. Per un approfondimento: G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 1993; G. ALPA, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 2002; M. BESSONE, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 2002; C.M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2002; A. D’ANGELO, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 2002.

⁵⁴ AA. VV., *Dizionario Etimologico Italiano*, a cura di C. Battisti e G. Alessio, Firenze, 1950-1957; AA. VV., *Dizionario etimologico della lingua italiana*, a cura di M. Cortelazzo e P. Zolli, Bologna, 1983; AA. VV., *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, a cura di S. Battaglia, Torino, 1961-2002.

⁵⁵ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 1989, p. 434.



Concilio di Firenze, con la bolla *Pro Armenis*, il matrimonio viene ad essere considerato come un sacramento⁵⁶.

La regolamentazione matrimoniale venne rinforzata con il Concilio di Trento ove, tra i risultati più significativi raggiunti, spiccava la definitiva affermazione della sacramentalità e indissolubilità del matrimonio⁵⁷.

Più specificamente, nel proemio, che precede i dodici canoni *de sacramento matrimonii* e il decreto di riforma, è dichiarata l'origine divina del coniugio e sono ricordate la sua doppia istituzione, prima e dopo la Caduta, la sua efficacia salvifica in quanto sacramento, la simbologia ad esso connessa e, di conseguenza, la sua natura di vincolo indissolubile.

Il punto di partenza neotestamentario, scelto dal Concilio di Trento, per inserire il matrimonio tra i sacramenti è stato *Ef.* 5,32, dove di esso si dice che è “un mistero grande”.

Tuttavia questo punto di partenza biblico era troppo ristretto per dare una fondazione biblica all'affermazione della sacramentalità del matrimonio⁵⁸.

Fu solo con il decreto *Tametsi*, il cui scopo era quello di vitare i numerosi matrimoni clandestini, che fu imposto l'obbligo della forma: la validità del matrimonio sarebbe stata tale solo se i nubendi avessero espresso il consenso dinanzi ad un parroco e alla presenza di almeno due testimoni.

Appare chiaro, quindi, che, nella seconda metà del primo millennio, si assiste ad un lento sviluppo del matrimonio ecclesiale, caratterizzato dal passaggio da un contesto domestico ad un contesto pubblico.

⁵⁶ Nella bolla di unione con gli Armeni del 22 novembre 1439 il Concilio di Firenze dichiara a proposito del matrimonio: “Settimo è il sacramento del matrimonio, simbolo dell'unione di Cristo e della Chiesa, secondo l'Apostolo, che dice: Questo sacramento è grande; lo dico in riferimento al Cristo e alla Chiesa. Causa efficiente del sacramento è regolarmente il mutuo consenso, espresso verbalmente di persona. Triplice è lo scopo del matrimonio: primo, ricevere la prole ed educarla al culto di Dio; secondo, la fedeltà, che un coniuge deve conservare verso l'altro; terzo, l'indissolubilità del matrimonio, perché essa significa l'unione indissolubile di Cristo e della Chiesa”

⁵⁷ H. JEDIN, *Storia del Concilio di Trento*, IV, Roma, 1964, pp. 201-234. In realtà le disposizioni conciliari, frutto di non pochi compromessi, erano tutt'altro che perspicue, a partire proprio dal decreto *Tametsi* in materia di matrimoni clandestini; sul punto si veda D. QUAGLIONI, *Sacramenti detestabili*, in particolare pp. 75-79, cui si rinvia anche per una più completa bibliografia sul Concilio.

⁵⁸ E. RUFFINI, *Il matrimonio alla luce della teologia cattolica*, in *Amore e matrimonio nel pensiero filosofico e teologico moderno*, a cura di V. Melchiorre, in *Vita e Pensiero*, Milano, 1976, pp. 144-145: “se si prende in considerazione la teologia manualistica posttridentina e, in genere, la letteratura di divulgazione della dottrina cristiana sul matrimonio apparsa nei primi decenni del nostro secolo, si nota che i loro autori faticano a dare una chiara fondazione biblica all'affermazione della sacramentalità del matrimonio. Del resto questa letteratura trovava un autorevole precedente negli stessi decreti del Concilio di Trento il quale, nel capitolo introduttivo alla sessione XXIV, si limita a dire che san Paolo ci ha lasciato intendere («*innuit*») la sacramentalità del matrimonio quando disse: «*Viri diligite uxores vestras, sicut et Christus dilexit ecclesiam et se ipsum tradidit pro ea*» (*Ef.* v. 25) e «*Sacramentum hoc magnum est, ego autem dico in Christo et in ecclesia*» (*Ef.* v. 32)”.



Mentre nel 1215, anno del concilio Lateranense IV, costituirono elemento di liceità le pubblicazioni matrimoniali, quest'ultime ne divennero elemento di validità matrimoniale dopo il Concilio di Trento.

Nel contempo venne reso necessario che la stipulazione del matrimonio avesse luogo *in facie ecclesiae*⁵⁹, di fronte alla pubblica opinione.

Appare chiaro, pertanto, che lo scambio dei consensi, generativo di un contratto, ha dato luogo all'identificazione e inseparabilità tra contratto e sacramento⁶⁰.

Di converso Lutero⁶¹ rifiutò il matrimonio come sacramento. Nel suo scritto, *De captivitate babilonica*, infatti, contesta la sacramentalità del matrimonio e il diritto del Papa di legiferare su di esso, in quanto non istituito e non dotato della promessa di grazia espressa da Cristo e contenuta nel Nuovo Testamento.

Contrariamente al battesimo e all'eucaristia, infatti, il matrimonio non fa raggiungere il perdono dei peccati e la giustificazione.

Attesa, quindi, l'assenza di qualsivoglia promessa di D.o e tantomeno alcun segnale che la richiami, ne discende l'erroneità nel considerare il matrimonio un sacramento, a differenza di quanto considerato e statuito dalla Chiesa Romana.

Lutero, a ben vedere, considerò il matrimonio come lo stato generale, giusto e santo dei cristiani.

⁵⁹Questo non significava prima di tutto 'di fronte alla chiesa' o 'davanti al tribunale ecclesiale', ma, come era usanza liturgica, 'di fronte alle porte della chiesa'.

⁶⁰G. CERETI, *Inseparabilità fra contratto matrimoniale e sacramento del matrimonio: un problema della chiesa cattolica romana*, in *Studi ecumenici*, II, 1993, p. 281 s.: "Il matrimonio, si è detto, è un contratto, sia pure di carattere speciale, ed è questo contratto che viene elevato per i cristiani alla dignità di sacramento. I contraenti sono liberi di entrarvi, ma non possono né stabilirne le clausole, né scioglierlo di loro volontà. Una tale nozione di contratto, che non appare accolta se non come una analogia dalla scuola tomista (Alberto, Tommaso), viene più facilmente accettata dalla scuola francescana. Oggetto del contratto è lo *ius in corpus* si disse in un momento successivo, a partire da Duns Scoto. Nel giro di poco tempo questa concezione venne ad essere ripetuta ed accettata pacificamente, dando così una cornice chiara ma molto povera alla grande ricchezza esistenziale del matrimonio. Il contratto naturale è il supporto del sacramento, anzi è inscindibile da esso e con esso si identifica; per questo la chiesa, alla quale sono stati affidati i sacramenti, è competente anche per tutto quanto concerne il contratto".

⁶¹Lutero tratta del matrimonio nei seguenti scritti: *Sermon von dem ehelichen Stand*, II, Weimar, 1519, pp. 166-171; *Vom ehelichen Leben*, X.2, Weimar, 1522, pp. 275-304; *Von Ehesachen*, XXX.3, Weimar, pp. 205-248; predicazione tenuta il 24 aprile 1536 durante la celebrazione del matrimonio di Caspar Cruciger (Weimar, XII, pp. 547-562); Lutero tratta pure del matrimonio in *De captivitate Babylonica*, VI, Weimar, pp. 550 ss., nel *Grosser Katechismus* (tr. it. in M. LUTERO, *Il Piccolo Catechismo-Il Grande Catechismo* [1529], Torino 1998 pp.184-190). Per un approfondimento della teologia del matrimonio in Lutero e Calvino vedi A. BELLINI, *Il matrimonio in Lutero e Calvino*, in *Amore e matrimonio nel pensiero filosofico e teologico moderno*, a cura di V. Melchiorre, Milano 1976, pp. 59-99 e G. SCUDERI, *Il Matrimonio nel pensiero, nella prassi e nelle liturgie delle Chiese della Riforma – con particolare attenzione alle Chiese italiane*, in AA.VV., *Il Matrimonio cristiano*, Leumann – Torino, 1978, pp. 226- 269.



Il precetto “crescete e moltiplicatevi” (Gen. 1,28), di conseguenza, venne ad essere considerato come il primo e il più antico comandamento di D.o: lo stato matrimoniale è, quindi, lo stato che “D.o ha benedetto con moltissimi doni sopra tutti gli stati”⁶².

In definitiva, la protesta del Riformatore era, in realtà, una protesta contro il diritto canonico matrimoniale, diretta a sottrarre il matrimonio alla giurisdizione ecclesiastica in analogia alle teorie di Marsilio Patavino o Guglielmo d’Ockham sulla sovranità statale rispetto al potere temporale della Chiesa.

Per le ragioni suesposte, Lutero reinserì il matrimonio nel diritto civile, affermandosi, per l’effetto, nei Paesi di matrice protestante.

Nei Paesi cattolici, per converso, la competenza matrimoniale venne affidata al diritto canonico sino alla Rivoluzione francese.

La svolta, in Italia, si ebbe con la promulgazione del codice civile del 1865 che introdusse, in regime separatista con il matrimonio canonico, la figura matrimoniale avente effetti civili.

Tale creazione normativa determinò uno svuotamento, in termini di effetti giuridicamente rilevanti, del matrimonio religioso condannandolo a mera *res facti*.

Il sistema matrimoniale introdotto dal codice civile del 1865, è stato notevolmente innovato dal Concordato del 1929, secondo le cui disposizioni “lo Stato, volendo ridonare all’istituto del matrimonio, che è alla base della famiglia dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo, ha riconosciuto al sacramento del matrimonio stesso disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili”⁶³.

Venne così a crearsi un sistema che, stante un’attenta analisi, determinava situazioni di disuguaglianza tra cittadini cattolici e non cattolici.

I non battezzati infatti contraendo un matrimonio civile erano obbligati a rispettare tutti gli impedimenti richiesti dal codice civile (art. 84 e ss. c.c.) ed erano soggetti, in caso di mancato rispetto di essi, alle opposizioni di cui agli artt. 102 e 103 c.c., nonché dopo la celebrazione al rischio di invalidità del vincolo.

Al contrario, i nubendi cattolici, al fine di dar efficacia civile alla loro unione avrebbero dovuto rispettare solo gli impedimenti dettati dal diritto canonico.

Al fine di armonizzare la disciplina civile e quella canonica, lo Stato Italiano emanò la legge di attuazione n. 947 del 1929 , sancendo le modalità e le procedure attraverso cui attuare la trascrizione ai sensi e per gli effetti dell’articolo 34⁶⁴.

⁶² WA. 301, 161.

⁶³ L’Articolo 34 del Concordato del 1929 recitava in tale senso.

⁶⁴ Nel vigore di tale norma, di cui all’articolo 34 del Concordato del 1929 il sacramento del matrimonio acquistava automaticamente effetti civili , mediante la trascrizione che veniva eseguita su richiesta dello stesso ministro di culto celebrante il matrimonio. La trascrizione del medesimo matrimonio poteva anche configurarsi quale trascrizione tardiva e compiuta su istanza di chiunque fosse interessato, prevedendo altresì la possibilità che il consenso fosse manifestato espressamente o tacitamente all’atto di celebrazione del matrimonio da parte dei nubendi. Per una sintesi della



Il legislatore diede, quindi, spazio alla fattispecie del matrimonio concordatario, cioè quella fattispecie concreta capace di produrre effetti in entrambi gli ordinamenti, quello civile e quello religioso.

Il sistema cambia con l'accordo del 1984. Il nuovo testo contenuto nell'art. 8 dell'Accordo del 18 febbraio 1984, reso esecutivo in Italia con la legge 25 marzo 1985, n. 121, pur facendo riferimento ai "matrimoni contratti secondo le norme del diritto canonico", non li qualifica più sacramenti e non legittima un'interpretazione volta ad attribuire al diritto canonico un rinvio formale.

L'evoluzione storica sopradescritta, a ben vedere, induce, quindi, a riflettere su un processo di trasformazione da una famiglia patriarcale ad una famiglia nucleare, nel cui substrato si rinviene un contratto originato dal consenso di due soggetti liberi, che genera uno status.

Per la tradizione ebraica il matrimonio viene considerato e valutato, invece, come una alleanza ove confluiscono due poli opposti, il maschile ed il femminile, destinata a durare tutta la vita.

La predetta figura, che costituisce la metafora della stessa alleanza tra D.o ed il popolo di Israele, induce, pertanto, a considerare la famiglia come quella forma embrionale di comunità ove vengono trasmessi i valori culturali ebraici, ivi compresi le usanze, le tradizioni, i riti e gli usi derivanti dalla tradizione e dalla religione.

In origine, obbligo fondamentale era quello di adempiere, quanto prima, al dovere del matrimonio, quale *mitzvah*.

L'età media per un matrimonio venne stabilita, dai maestri del *Talmud*, a diciotto anni.

Tuttavia, a chi era dedito allo studio della *Torah* era permesso posticipare il matrimonio oltre il dovuto.

A chi fosse in procinto di contrarre nozze veniva consigliato un ordine procedurale preciso stabilito nel Deuteronomio: "Prima compra una casa, poi pianta un vineto ed infine sposati"⁶⁵.

Ruolo fondamentale era assunto dai padri dei nubendi : i genitori della futura sposa, già promessa all'età di tredici anni, ricevano una proposta, consistente in una somma di danaro, dal padre dello sposo.

Nessuno dei due nubendi partecipava alla contrattazione e, pertanto, alcun ruolo o consultazione veniva loro affidato.

giurisprudenza si veda L. GUERZONI, *La volontà degli effetti civili del matrimonio canonico negli orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. Dir. matr.*, Milano, 1966, p. 173 ss. e spec. p. 193. Diversamente si levarono in dottrina voci che, sensibili al principio di laicità dello stato e al rispetto dei diritti fondamentali delle persone riconobbero comunque rilevanza alla volontà delle parti in ordine alla trascrivibilità del matrimonio religioso. In tale senso tra gli altri A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Trattato Dir. civ. It.*, Torino, 1957, p. 15.

⁶⁵ Deut. 20:5-7.



Di tale contratto, che si compiva con l'ingresso, nella casa dello sposo, della fidanzata, già si rinvennero tracce nelle fonti bibliche⁶⁶.

Il carattere patriarcale della famiglia lo si desume dalla circostanza che la moglie entrava a far parte nella famiglia dello sposo, all'interno della quale altresì i fratelli vivevano con le rispettive mogli e figli.

Tale struttura veniva gestita e amministrata dal pater familias, padre capostipite, considerato quale figura di riferimento per l'amministrazione delle sostanze e a cui bisognava devotamente obbedire.

Così come per il matrimonio romano, anche per la primordiale tradizione ebraica, il difetto di qualsivoglia formalità celebrativa caratterizzava l'istituto in esame.

Era in uso, infatti, che lo sposo conducesse semplicemente la sposa nella camera della madre.

Tale evento, meramente familiare, e non sociale, trovava il suo fondamento e la sua ratio nella simbologia che si assegnava alla camera da letto della madre, inteso come luogo votato all'amore coniugale e alla volontà procreativa.

Pertanto, l'ingresso della sposa costituiva espressione di una chiara volontà di voler far seguitare la tradizione familiare.

Il ciclo di predicazioni sul matrimonio è incentrato sullo studio del capitolo 24 del libro della Genesi⁶⁷, ove si rinviene la storia d'amore di Isacco e Rebecca.

Si narra che, morta la sua consorte Sara, Abramo si prodigasse a cercare una moglie per suo figlio Isacco. Questo compito venne affidato ad Eliezer, amministratore di casa, e lo mandò in Haran, Mesopotamia, dove Abramo visse prima della chiamata di D.o.

Pur vivendo in Caan, ad Isacco non era consentito sposare una donna Cananea attesa la loro natura pagana.

Abramo era sicuro che D.o avrebbe scelto la donna ideale per Isacco.

Dopo un viaggio di circa 600 miglia Eliezer arrivò ad Haran dove viveva Nahor, fratello di Abramo, ove fa riposare la carovana di 10 cammelli che portava con sé.

“Fai che la donna alla quale chiederò dell'acqua e che si offrirà di abbeverare anche i miei cammelli possa essere la moglie che tu desideri per Isacco”⁶⁸.

⁶⁶ Gen. 21,21-24,28,2.

⁶⁷ Gen. 24:61: “Allora Rebecca e le sue serve si levarono, montarono sui cammelli e seguirono quell'uomo. Così il servo prese Rebecca e se ne andò. Rebecca divenne moglie di Isacco. (62) Or Isacco era tornato dal pozzo di Lahai-Roi, perché abitava nella regione del Neghev. (63) Isacco era uscito, sul far della sera, per meditare nella campagna; ed egli alzò gli occhi e guardò, ed ecco venire dei cammelli. (64) Anche Rebecca alzò gli occhi e vide Isacco; allora ella smontò in fretta dal cammello, (65) e disse al servo: «Chi è quell'uomo che viene nel campo incontro a noi?». Il servo rispose: «È il mio signore». Allora ella, preso il velo, si coprì. (66) Poi il servo raccontò a Isacco tutte le cose che aveva fatto. (67) Isacco introdusse Rebecca nella tenda di Sara sua madre e la prese con sé; ella divenne sua moglie ed egli l'amò. Così Isacco fu consolato dopo la morte di sua madre”.

⁶⁸ Genesi 24:43-44.



La sua scelta cade su Rebecca, perché D.o mandò questo segno: colei che disseterà veramente Eliezer e tutta la sua carovana sarà la prescelta.

Quanto narrato è espressione dell'importanza del coinvolgimento divino in ogni decisione, ivi compresa la scelta matrimoniale.

Parimenti nel Cantico dei Cantici, la pastorella innamorata nel veder il suo amato esclama: “l'ho afferrato per non più lasciarlo, finché lo avrò condotto a casa di mia madre, nella camera di colei che mi ha partorito”⁶⁹.

Così come testimonia il capitolo 29 della Genesi, narrante il matrimonio di Giacobbe e Rachele, il patto nuziale veniva festeggiato con un banchetto accompagnato da musica e canti⁷⁰.

La *mitzvah* matrimoniale, di carattere monogamico⁷¹, quale comandamento, era diretto, quindi, alla preservazione dell'identità ebraica, nonché diretto, per l'effetto, ad evitare unioni con altri membri di altre popolazioni⁷².

Logica conseguenza del precetto divino, pertanto, è che il mancato esperimento matrimoniale veniva considerato disonorevole.

Lo stesso *Talmud* insiste sul valore del matrimonio quando cita: “Colui che non si sposa vive senza gioia, benedizione e bontà”⁷³.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alla valenza simbolica del celibato del Profeta Geremia⁷⁴.

L'ordine ricevuto da quest'ultimo da D.o di non sposarsi costituisce il segno di minaccia per Israele che sarà ridotto come una donna senza figli⁷⁵.

Il fondamento di ciò risiederebbe nell'ostinata idolatria del popolo che sarà esiliato e dovrà servire le divinità di una terra straniera perché non ha voluto servire il Sign.re nella sua Terra, anche se dopo la minaccia segue la promessa di un ritorno dall'esilio concepito come un secondo esodo⁷⁶.

Parimenti, gli insegnamenti rabbinici ritengono il celibato innaturale: “Non è chi si sposa a commettere il peccato; il peccatore è l'uomo non sposato che spende tutti i giorni in pensieri peccaminosi [...]”.

⁶⁹ Cfr. 3,4. G. CARR – D.J. WISEMAN, *Cantico dei Cantici*, 1984; R. GORDIS, *Il Cantico dei Cantici e Lamentazioni: uno studio, moderna traduzione e commento*, 1974; J.B. BIANCO, *Uno studio della Lingua d'Amore nel Cantico dei Cantici*, 1978.

⁷⁰ Gen. 29:20-28: (22) Allora Làbano radunò tutti gli uomini del luogo e diede un banchetto. (23) Ma quando fu sera, egli prese la figlia Lia e la condusse da lui ed egli si unì a lei.

⁷¹ Gen. 2,24.

⁷² Es. 34,16, Dt. 7,3; Gio. 23,12; Esd. 9,1-2 e 10,10-11, Nm. 10,31.

⁷³ Yeb. 62b.

⁷⁴ Ger. 16,1-15.

⁷⁵ “Così dice il Signore degli Eserciti, Dio di Israele: Ecco sotto i vostri occhi e nei vostri giorni farò cessare da questo luogo le voci di gioia e di allegria, la voce dello sposo e della sposa” (Ger. 16,9).

⁷⁶ Cfr. Ger. 23,7-8.



Vi è da precisare, inoltre, che nonostante la presenza divina sia condizione necessaria per un matrimonio felice, esso è pur sempre un'unione contratta fra individui e non è considerato, per se stesso, un sacramento.

Il matrimonio è, infatti, un'istituzione fondata su un vero e proprio contratto matrimoniale che provvede particolari benefici alle parti e la cui natura è determinata dagli interessi individuali.

Maimonide⁷⁷, famoso rabbino e commentatore, individua tre categorie relazionali che si possono rinvenire in un rapporto matrimoniale.

Il primo livello è costituito dall'associazione basata sul reciproco interesse, in assenza del quale ultimo cesserebbe l'intero legame matrimoniale; il secondo si fonda sullo scopo di condividere gioie e dolori, rispettivamente moltiplicate e dimezzati se affrontati in coppia; la terza, infine, è diretta alla realizzazione di scopi comuni.

Il processo di modernizzazione del matrimonio ebraico ha iniziato ad evolversi negli ultimi due secoli, con ciò superando la cultura del matrimonio combinato.

Nonostante il superamento delle barriere tradizionali, rimane, tuttavia, per ogni ebreo, la necessità ed il dovere di scegliere sapientemente e non considerare in maniera superficiale l'istituto matrimoniale.

A ben vedere, tuttavia, residua, nell'esame dell'unione matrimoniale, la connotazione tipicamente patriarcale e, per l'effetto, la considerazione della realtà da un punto di vista maschile.

Difatti, ancora oggi, risulta in uso la terminologia di 'acquisizione', ovvero l'uomo 'acquista una donna' mediante la cessione del tipico oggetto di valore, quale l'anello.

A conforto di ciò è solamente lo sposo che pronuncerà la formula matrimoniale "Tu sei consacrata a me con questo anello in accordo con la legge di Mosè e d'Israele", e nel contempo la nubenda vi acconsentirà in silenzio, accettando l'anello.

Al pari dell'evoluzione familiare di stampo romanistico, anche la famiglia ebraica appare divenuta di tipo mononucleare: "l'uomo lascerà suo padre e sua madre e si unirà a sua moglie"⁷⁸.

Secondo l'opinione di taluni commentatori rabbinici: "la formula di Gen 1,24 «l'uomo lascerà suo padre e sua madre e si unirà a sua moglie [...]» pone i verbi 'lasciare' e 'unirsi' in un ordine preciso, per insegnare che, prima di sposarsi, un uomo deve raggiungere l'indipendenza".

Nel Deuteronomio viene consigliato un ordine mirante a far sì che una famiglia possa avere delle basi solide per potersi autosostenere: "Prima compra una casa, poi pianta un vigneto ed infine sposati"⁷⁹.

⁷⁷ Maimonide è una delle figure più illustri dell'Ebraismo dell'era post-talmudica. Egli fu rabbino, filosofo e fisico.

⁷⁸ Gen. 2.24.

⁷⁹ Cfr. Dt. 20,5-7.



Tuttavia, sarà solo durante il corso del XX secolo che, in una tradizione così fortemente legata alle proprie radici, la famiglia mononucleare sarà la forma dominante della struttura familiare.

Appare chiaro, quindi, che il matrimonio ebraico è diretto alla determinazione di un legame di amicizia misto a complicità, la cui enfasi emerge dal fatto che delle sette benedizioni nuziali, due celebrano l'amicizia e la complicità.

3. Il matrimonio è un atto volontario con il quale due soggetti, di sesso diverso, dichiarano, con le dovute formalità, di voler costituire quel vincolo posto alla base della famiglia legittima di cui all'art. 29 della Costituzione⁸⁰.

L'istituto matrimoniale può e deve essere esaminato sotto una duplice accezione: si distingue un profilo attinente all'atto, ossia alla forma della celebrazione e alle condizioni necessarie per poter contrarre matrimonio, ed un profilo attinente al rapporto, ossia a quel complesso di rapporti personali e patrimoniali che si instaurano tra i coniugi e con i figli conseguentemente la celebrazione del matrimonio

Nel cattolico ordinamento giuridico italiano sono disciplinati tre diversi tipi di matrimonio: il matrimonio civile, il matrimonio canonico con effetti civili⁸¹ (o concordatario) ed il matrimonio celebrato davanti a ministri diversi dal culto cattolico.

Il matrimonio, quale atto personalissimo, in quanto può essere celebrato esclusivamente dai diretti interessati⁸², negozio puro, in quanto non può essere soggetto né a termine né a condizione⁸³, atto libero, in quanto non vi è alcun vincolo

⁸⁰ L. FERRI, *Il diritto di famiglia e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 120; F. FINOCCHIARO, *Rapporti personali tra coniugi e patria potestà*, in AA. VV., *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Napoli, 1975, 98; P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 415. Sempre sul punto, E. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale. La famiglia tra autonomia e interventi pubblici*, Bologna, 1981.

⁸¹ disciplinato dal concordato lateranense tra la Santa Sede e l'Italia dell'11 febbraio 1929, modificato dall'accordo del 18 febbraio 1984, ratificato con l. n. 121/1985.

⁸² L'art. 111 c.c. disciplina il matrimonio per procura riservato al caso di militari e persone di servizio al seguito delle forze armate in tempo di guerra, nonché al caso di residenza all'estero di uno degli sposi, concorrendo gravi motivi da valutarsi dal tribunale nella cui circoscrizione risiede l'altro sposo, in quanto chi manifesta la volontà in luogo del nubendo non è un rappresentante ma un mero *nuncius*.

⁸³ L'art. 108 c.c. stabilisce che "La dichiarazione degli sposi di prendersi rispettivamente in marito e in moglie non può essere sottoposta né a termine [1184] né a condizione [1353]. Se le parti aggiungono un termine o una condizione, l'ufficiale dello stato civile non può procedere alla celebrazione del matrimonio. Se ciò nonostante il matrimonio è celebrato, il termine e la condizione si hanno per non apposti [138]".



giuridico che imponga la celebrazione⁸⁴, ed infine atto solenne, in quanto richiedente talune formalità, necessita di taluni requisiti e, per l'effetto, dell'assenza di taluni impedimenti.

In particolare è necessario: lo stato libero di entrambi i nubendi, con ciò volendo intendere l'assenza di qualsivoglia legame precedente e giuridicamente o sacralmente vincolante; l'età minima⁸⁵; la capacità di intendere e di volere.

La distinzione sopradescritta, tra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto, seppur abbia una mera rilevanza descrittiva e sistematica, comporta una diversità disciplinare tra il matrimonio civile ed il matrimonio cd. concordatario.

Nella prima ipotesi, infatti, la disciplina dell'atto, che riguarderà tutto ciò che involge i diritti ed i doveri da esso scaturenti, sarà di competenza della disciplina statale.

Di converso, per il matrimonio concordatario, la disciplina dell'atto è demandata, in virtù del Concordato tra l'Italia e la Santa Sede, all'ordinamento canonico, restando, invece, la disciplina del rapporto quella propria del codice civile.

In tale ultimo caso, quindi, il matrimonio sarà da considerarsi atto rilevante non solo per l'ordinamento statale italiano ma anche per l'ordinamento canonico.

Da ciò ne discende, pertanto, una diversificazione tra la celebrazione canonica e la celebrazione civile.

Nell'ipotesi di matrimonio concordatario, il parroco, al termine della funzione religiosa, darà lettura degli articoli del codice civile⁸⁶ relativi ai diritti e 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: l'atto di matrimonio viene trascritto nei Registri dello stato civile.

Il nuovo Accordo prevede espressamente che nell'atto di matrimonio possano essere inserite le dichiarazioni relative al regime patrimoniale della famiglia (comunione o separazioni dei beni: artt. 159 e 162, co. 2 cc.) e al riconoscimento dei figli naturali (art. 280, 283 cc.).

V'è da precisare che la trascrizione non potrà avere luogo qualora gli sposi non rispondano ai requisiti circa l'età richiesta per la celebrazione o sussista un impedimento considerato inderogabile, ma sarà ammessa quando l'azione di nullità o di annullamento non potrebbe essere più proposta.

In tal senso è stato considerato che lo stretto collegamento tra la lettura delle disposizioni civilistiche e l'elemento volitivo escluda la inderogabilità dell'adempimento ai fini della trascrizione⁸⁷.

⁸⁴ L'art. 79 c.c. stabilisce che un'eventuale promessa di matrimonio non obbliga a contrarlo né ad eseguire ciò che si fosse convenuto per il caso di non adempimento.

⁸⁵ L'età minima è di 18 anni, salvo i casi di emancipazione.

⁸⁶ Articoli 143, 144, 147 del Codice Civile (sui diritti e doveri reciproci, sull'indirizzo della vita familiare, sulla residenza della famiglia, nonché sui doveri verso i figli).

⁸⁷ P. MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Torino, 1996, p. 37.



Atteso, infatti, che la volontà nuziale emerge già dalla richiesta di pubblicazione e dalla trascrizione di un originale dell'atto matrimoniale, è da escludere che essa sia richiesta *ad substantiam*⁸⁸.

Per comprendere la qualificazione del ministro di culto occorre muovere da una considerazione di fondamentale rilievo, ossia che “la celebrazione nuziale è un atto religioso che si svolge interamente in una sfera di stretta pertinenza confessionale, irrilevante per l'ordinamento statale ed in quanto tale disciplinata dal diritto canonico”⁸⁹.

In ordine alla qualificazione del parroco, v'è chi⁹⁰ ritiene, al fine di evitare la riduzione della figura dell'ufficiale di stato civile a mero accertatore di quanto compiuto dal parroco, di dover discorrere di ‘incarico di pubblici servizi’, che a norma dell'art. 358 cpc deve intendersi colui che esercita “un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzato dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima”.

V'è, tuttavia, anche chi azzarda la qualifica di ‘pubblico ufficiale vero e proprio’ in quanto, con la redazione dell'atto di matrimonio in doppio originale e la trasmissione all'ufficiale di stato civile con la richiesta di trascrizione, il parroco eserciterebbe una funzione certificativa al pari degli atti compiuti dalle figure di cui all'art. 357 c.p.⁹¹.

Il matrimonio con rito civile, invece, viene celebrato nella Casa Comunale, ove l'ufficiale di stato civile che, in forma ufficiale indossa la fascia tricolore, legge agli sposi e ai testimoni gli articoli del codice civile relativi ai diritti e ai doveri che assumono con il matrimonio.

La celebrazione si concluderà, previo scambio degli anelli, con la firma dell'atto di matrimonio, ove sarà altresì indicato il regime patrimoniale scelto dagli sposi

⁸⁸ In questo senso, G. DALLA TORRE, *Matrimonio e famiglia. Saggi di storia del diritto*, Roma, 2006, p. 149; L. DE LUCA, *Il riconoscimento del matrimonio canonico*, in *Diritto Ecclesiastico*, 1984, I, p. 262; P. DI MARZIO, *Matrimonio concordatario*, Padova, 2008, p. 43; M. TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, 1999, p. 277. *Contra*, cfr. F. GAZZONI, *Trascrizione tardiva del matrimonio canonico e volontà degli effetti civili*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, p. 521. Quest'ultimo sottolinea che omissione in esame è un impedimento assoluto alla trascrizione dal momento che sostanziosamente in una “evocazione dello Stato e della legge civile” la lettura degli artt. 143- 144- 145 c.c. costituisce un requisito essenziale.

⁸⁹ P. MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Torino, 2002, p. 36.

⁹⁰ L. SPINELLI, *La trascrizione del matrimonio canonico*, Milano, 1966, p. 91.

⁹¹ In questo senso, F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, I, Bologna – Roma, 1971, p. 433; C. MARCHETTI, *Il matrimonio concordatario: aspetti procedurali*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, XVI, 2003, p. 367. Cfr. M. TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, 1999, p. 276: “la celebrazione diviene così un atto complesso: per un verso esclusivamente religioso dal momento che si sostanzia nella somministrazione di un sacramento, per altro amministrativo poiché il parroco funge da pubblico ufficiale sia nel momento in cui dà lettura degli articoli del codice civile, che quando annota le dichiarazioni dei coniugi relative al regime patrimoniale della famiglia, che quando redige l'atto in duplice originale, uno per il registro parrocchiale e un altro da inviare all'ufficiale di stato civile”.



all'atto della redazione del Verbale di Pubblicazione. La presenza dell'ufficiale di stato civile costituisce, a ben vedere, espressione dell'intervento statale nella celebrazione matrimoniale, al quale, però, non potrà essere attribuita una efficacia costitutiva.

Il punto di riferimento normativo che disciplina l'aspetto formale della celebrazione è l'art. 107 c.c.⁹², dal cui tenore letterale si evince che la l'atto conclusivo, ovvero la 'dichiarazione dell'ufficiale', certamente non costituisce l'elemento perfezionativo del matrimonio.

D'altronde, lo stesso contenuto della predetta disposizione, è diretto a chiarire che l'intervento dell'ufficiale non è *ad constituendum*, bensì *ad celebrandum*; è cioè un atto giuridico solenne con valore ricognitivo, volto a rendere solenne il fatto costitutivo compiuto dagli sposi.

Nel caso dei culti acattolici ammessi nello Stato, infine, il rito del matrimonio è celebrato davanti a ministri autorizzati ed è regolato dalle disposizioni relative al matrimonio di rito civile, salvo quanto stabilito, *ex art.* 83 c.c., nella legge speciale concernente tale matrimonio.

La giustificazione storica di tale ultima forma matrimoniale risiede nella possibilità, determinata a seguito del Concordato del 1929 con la Chiesa Cattolica, di evitare una disparità di trattamento tra cattolici e acattolici, consentendo loro di celebrare un matrimonio valido agli effetti civili, purché officiato al cospetto di un ministro del culto acattolico di rispettiva appartenenza.

Alla luce di ciò fu inserita la l. 24 giugno 1929 n. 1159, integrata dal regolamento di attuazione approvato con R. D. 28 febbraio 1930, n. 289 (artt. 25- 28), secondo cui "il matrimonio celebrato davanti ad alcuno dei ministri di culto indicati nel precedente art. 3 produce dal giorno della celebrazione gli stessi effetti del matrimonio celebrato davanti all'ufficiale dello stato civile, quanto siano osservate le disposizioni degli articoli seguenti" (art. 7).

In virtù della predetta disposizione, v'è chi ha ritenuto considerare tale figura matrimoniale come una tipologia a se stante, non paragonabile al matrimonio civile e al matrimonio concordatario⁹³, e chi ha ritenuto considerarlo come un matrimonio civile celebrato con forme particolari⁹⁴.

⁹² Nel giorno indicato dalle parti l'ufficiale dello stato civile, alla presenza di due testimoni [137], anche se parenti [74], dà lettura agli sposi degli articoli 143, 144 e 147 ; riceve da ciascuna delle parti personalmente [111], l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie, e di seguito dichiara che esse sono unite in matrimonio. L'atto di matrimonio deve essere compilato immediatamente dopo la celebrazione [109, 130, 138]

⁹³ Cfr. P.A. D'AVACK, *Il diritto matrimoniale dei culti acattolici nell'ordinamento giuridico italiano*, Roma, 1933, pp. 33 ss. Cfr. F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio degli acattolici*, in *Enc. Dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 837 e ss.

⁹⁴ Al pari di quei matrimoni civili che la legge stessa prevede possano essere celebrati al cospetto di altri soggetti investiti del potere di certificazione, come i comandanti di navi e aeromobili, (artt. 204 e



Tuttavia, la tesi che meglio appare adattarsi alla ratio ispiratrice della legge 1159 del 1929 è quella che, attesa l'ammissibilità della trascrizione tardiva e la natura costitutiva della trascrizione, considera il matrimonio acattolico come un matrimonio religioso con effetti civili, simile a quello concordatario⁹⁵.

Per la contrazione del matrimonio diverso dal culto cattolico è necessaria una preventiva dichiarazione dinanzi all'ufficiale dello stato civile che sarebbe stato competente se le parti avessero optato per la celebrazione di un matrimonio civile⁹⁶.

Di conseguenza, l'ufficiale darà luogo a tutte quelle formalità già previste per il matrimonio civile e rilascerà autorizzazione scritta, con l'indicazione nominativa del ministro di culto avanti a cui la celebrazione deve aver luogo e della data del provvedimento governativo di approvazione della sua nomina (art. 8, co. 2, l. 1159/29).

Terminata la celebrazione, il ministro di culto acattolico dovrà dunque compilare l'atto di matrimonio in lingua italiana in un unico originale, il quale andrà trasmesso all'ufficiale dello stato civile e, in ogni caso, non oltre cinque giorni dalla celebrazione (art. 9 l. 1159/29).

Tra i culti acattolici vi rientrano anche le confessioni ebraiche: la legge 8 marzo 1989 n. 101 ha dato attuazione all'intesa tra la Repubblica italiana e l'Unione delle comunità israelitiche, successivamente denominata Unione delle comunità ebraiche italiane, secondo la nuova denominazione assunta *ex art.* 1 l. 101/1989.

Secondo la disposizione del primo comma dell'art. 14 della l. 101/1989, lo Stato si è impegnato a riconoscere gli effetti civili ai matrimoni celebrati in Italia "secondo il rito ebraico davanti ad uno dei ministri di culto di cui all'articolo 3 che abbia la cittadinanza italiana, a condizione che l'atto relativo sia trascritto nei registri dello stato civile, previa pubblicazioni nella casa comunale".

A ben vedere, la locuzione 'secondo il rito ebraico' intende mettere in risalto il carattere religioso della celebrazione⁹⁷ e, più specificamente, mira ad assicurare la realizzazione di quel diritto alla diversità rinvenibile anche in materia matrimoniale.

Secondo taluni Autori, il 'rito ebraico'⁹⁸, costituente una palese testimonianza del riconoscimento statale del matrimonio ebraico, presenterebbe analogie, in un'ottica liturgica-celebrativa, con il matrimonio concordatario.

834 c. nav.). Cfr. F. ONIDA, *Matrimonio degli acattolici*, in *Matrimonio concordatario - matrimonio degli acattolici*, a cura di F. Finocchiaro e F. Onida, Milano, 1987, p. 94 ss.; ID., Voce *Il matrimonio degli acattolici*, in *Enc. Dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 879.

⁹⁵ Cfr. A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Bologna, 1993, p. 413.

⁹⁶ Art. 8 l. n. 1159/29. La dichiarazione è di estrema importanza in quanto con essa i nubendi manifestano la volontà che il matrimonio acquisti rilievo giuridico; in assenza dovrà ritenersi l'intenzione di contrarre un vincolo meramente religioso.

⁹⁷ Cfr. V. TEDESCHI, *Il matrimonio*, cit., p. 269.

⁹⁸ In questo senso, cfr. A. ALBISETTI, *I matrimoni degli acattolici: gli ebrei*, in *DE*, 1990, I, p. 462.



Difatti, il nono comma dell'art. 14, statuisce “la facoltà di celebrare e sciogliere matrimoni religiosi, senza alcun effetto o rilevanza per la legge civile, secondo la legge e la tradizione ebraiche”, di talchè si configurerebbe il riconoscimento di un vero e proprio "matrimonio religioso disciplinato dalle norme statutarie della confessione e non già di fronte ad una "forma speciale" di celebrazione del matrimonio civile”⁹⁹.

Ne discende che lo Stato ha giustamente considerato l'esistenza di un autonomo matrimonio religioso ebraico che, subordinato a certe condizioni, quali le pubblicazioni e successive trascrizioni, può assumere effetti civili.

Una singola peculiarità, che consente di rinvenire un'ulteriore analogia con il matrimonio concordatario¹⁰⁰, è dettata dal quarto comma dell'art. 14 che dispone che, “subito dopo la celebrazione” del matrimonio, il ministro di culto debba rendere edotti gli sposi circa gli effetti civili del loro matrimonio, “dando lettura degli articoli del codice civile riguardanti i diritti e i doveri dei coniugi”.

Ciò costituisce una differenza con le intese delle altre confessioni, per le quali la lettura degli articoli del codice civile sui diritti e doveri scaturenti dal matrimonio deve essere fatta dall'ufficiale di stato civile.

Parimenti, le altre intese non prevedono che i coniugi possano “altresì rendere le dichiarazioni che la legge consente siano rese nell'atto di matrimonio”, ovvero le dichiarazioni inerenti al regime patrimoniale della famiglia e al riconoscimento o alla legittimazione di figli naturali, com'è invece espressamente affermato dall'intesa ebraica¹⁰¹.

Ai sensi del quinto comma dell'art. 14, subito dopo la celebrazione del matrimonio, il rabbino che ha officiato il rito deve provvedere alla formazione, in duplice originale, dell'atto di matrimonio, avendo cura di allegare, a ciascun originale, il nulla osta precedentemente rilasciato dall'ufficiale di stato civile che ha proceduto alle pubblicazioni. Secondo la norma, inoltre, dall'atto di matrimonio dovranno risultare le generalità del rabbino, la menzione dell'avvenuta lettura, da parte dello stesso rabbino, delle norme riguardanti i diritti e i doveri derivanti dal matrimonio, e le eventuali dichiarazioni rilasciate dai coniugi ai sensi del comma precedente, oltre alle indicazioni previste dalla legge civile.

Similmente alle altre intese, il sesto comma dell'art. 14 dell'intesa ebraica prescrive che, entro cinque giorni dalla celebrazione, il rabbino debba trasmettere un originale dell'atto di matrimonio - insieme al relativo nulla osta - all'ufficiale di stato civile del comune dove è avvenuta la celebrazione, il quale, una volta verificata l'autenticità del nulla osta e la regolarità dell'atto, ne cura la trascrizione nei registri

⁹⁹ Cfr. G. LONG, *Le confessioni religiose 'diverse dalla cattolica'*, Bologna, 1991, p. 198, e G. FUBINI, *Il diritto ebraico. Le problematiche del rapporto con lo stato in Italia*, in V. PARLATO – G.B. VERNIER, *Normativa ed organizzazione delle minoranze in Italia*, Torino, 1992, pp. 120 s.

¹⁰⁰ Così A. ALBISETTI, *Il matrimonio*, cit., p. 299.

¹⁰¹ Cfr. P. MONETA, *Matrimonio*, cit., p. 174.



dello stato civile entro ventiquattro ore dalla ricezione, dandone notizia al ministro di culto (comma 7).

La cerimonia del matrimonio ebraico, che è ispirata dal testo biblico che riferisce lo sposalizio tra Isacco e Rebecca, non può avere mai luogo il Sabato, nelle festività ed in giorni di lutto.

Durante il periodo talmudico, e presumibilmente fin da un periodo anteriore ad esso, il 'matrimonio' consisteva in due momenti separati: il *Kiddushin* ed il *Nessuin*¹⁰².

Il primo atto consisteva nella cessione, da parte dello sposo alla sposa, di un anello, alla presenza di due testimoni, e la recitazione della particolare formula matrimoniale.

Dopo un intervallo di un anno, si celebrava il *Nessuin*, in cui venivano recitate la serie di benedizioni e attraverso il quale gli sposi erano del tutto legati al vincolo matrimoniale per cui veniva permessa loro la coabitazione.

Attualmente le due fasi dell'unione matrimoniale sono riunite in un'unica cerimonia che avviene normalmente all'interno della sinagoga sotto un baldacchino (*chuppah*), che simboleggia la stanza nuziale.

Questa modifica introdotta, presumibilmente durante il Medio Evo, determinata dalle condizioni instabili e pericolose in cui il popolo ebraico viveva, divenne una pratica universale nel XII secolo.

Secondo la tradizione ebraica la celebrazione matrimoniale ha inizio il sabato antecedente la data del matrimonio.

Durante lo Shabbat antecedente, lo sposo viene invitato dal celebrante a leggere taluni passi della Bibbia cosicchè, oltre a rendere pubblico l'intento matrimoniale, possa acquisire indizi spirituali dalla lettura del Testo sacro.

Gli usi impongono, inoltre, che i futuri sposi siano separati per un breve periodo antecedente la celebrazione, al fine di aumentare l'emozione ed il gaudio.

Abitualmente la sposa arriva velata sotto la *Huppah*. Questa *Huppah* simboleggia il focolare familiare e la sua intimità. Secondo il *Talmud* una donna è considerata come sposata dal momento in cui ella penetra sotto la *Huppah*¹⁰³. L'uso di accompagnare gli sposi sotto la *Huppah* è molto recente, mentre è invece molto più antica quella di fare autenticare il matrimonio da testimoni.

¹⁰² M. MIELZINER, *The Jewish Law of Marriage and Divorce in ancient and modern times, and its relation to the law of the State*, Cincinnati, 1884; J. NEUBAUER, *Beiträge zur Geschichte des biblisch-talmudischen Eheschließungs-rechts. Eine rechtsvergleichend-historische Studie*, Leipzig, 1920; L.M. EPSTEIN, *The Jewish Marriage Contract. A Study in the Status of the Woman in Jewish Law*, New York, 1927; ID., *Marriage Laws in the Bible and the 'Talmud'*, Cambridge, 1942; ID., *Sex Laws and Customs in Judaism*, New York, 1948; E. NEUFELD, *Ancient Hebrew Marriage Laws. With special references to General Semitic Laws and Customs*, London, 1944; A. FREIMANN, *Seder Kiddushin ve-Nissuin achare Chatimat ha-Talmud*, Jerusalem, 1945; K. KAHANA, *The Theory of Marriage in Jewish Law*, Leiden, 1966; Z.W. FALK, *Jewish Matrimonial Law in the Middle Ages*, London, 1966; B. SCHERECHEWSKY, *Dine Mishpacha*, Jerusalem, 1977.

¹⁰³ b. Ketubot 48 a-b.



Il sopracitato Kiddushin¹⁰⁴, preliminare al Nessuin, si manifesta attraverso un simbolico atto di acquisizione, di norma mediante la cessione di un anello alla sposa (*keseif*), recitando la formula “Tu sei consacrata a me con questo anello in accordo con la legge di Mosé e d’Israele”.

Nel contempo la donna vi acconsente, in silenzio, accettando l’anello¹⁰⁵.

In realtà, nella letteratura rabbinica sono contemplati tre differenti modi di effettuare il Kiddushin, chiamati *keseif* (denaro o anello), *shetar* (atto), e *bi’ab* (coabitazione).

Con lo *shetar*, alla presenza di due testimoni, lo sposo consegna alla sposa un atto in cui sono state scritte, a fianco dei nomi delle due parti contraenti, le parole: “Tu sei consacrata a me secondo la legge di Mosé e di Israele”.

Diversamente, con la modalità di cui alla *bi’ab*, l’uomo, alla presenza di due testimoni, rivolge alla donna le parole: “Tu sei consacrata a me secondo la legge di Mosé e di Israele” e, in loro presenza, la conduce in un luogo privato.

Tali ultimi due riti, in realtà, vengono considerati desueti, tant’è che, di regola, si effettua il *Kiddushin Keseif* che, per l’appunto, si realizza mediante il trasferimento di un anello di proprietà dello sposo¹⁰⁶.

V’è da precisare che i *Kiddushin*, generativi di obblighi rientranti nel novero del diritto civile, necessitano, oltre che dell’accordo verbale, anche da un formale atto di acquisto, denominato *Kinjan*.

La tradizione talmudica suggerisce che tale atto possa essere manifestato, sempre previo consenso della fidanzata, secondo una triplice modalità: tramite consegna di un oggetto di valore, o tramite consegna di un documento, o tramite l’atto sessuale.

Seppur i *Kiddushin* non siano ancora produttivi dei tipici diritti e doveri incumbenti sui coniugi, in ogni caso generano un forte legame giuridico che può essere sciolto solo con la morte di una delle parti o con il divorzio¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Il concetto *Kiddushin* sembra derivare dalla Benedizione che veniva pronunciata per i Kiddushin, la quale termina con la menzione della ‘santità’ d’Israele. Invece di dire: l’uomo acquista la donna (Kid I 1) si diceva: l’uomo santifica la donna (Kid II 1).

¹⁰⁵ Cfr. A.M. RABELLO, *Ebraismo e Diritto*, in *Studi sul diritto ebraico e gli ebrei nell’impero romano*, a cura di F. Lucrezi, I, 35-243; G. FUBINI, *Il diritto ebraico*, cit., p. 118; P. LILLO, *Brevi note sul regime dei matrimoni ‘ebraico’ e ‘islamico’ in Italia*, in *DE*, 1994, I, p. 518.

¹⁰⁶ cfr. K. ARISIAN, *The New Wedding: Creating Your Own Marriage Ceremony*, New York, 1974, p. 223, circa la natura dell’anello matrimoniale. Egli chiarisce come il cerchio fosse considerato, nell’antichità, la forma più perfetta esistente in natura. Era, quindi, di ottimo auspicio legare il concetto della perfezione con quello del matrimonio. Inoltre vi è una tradizione ebraica secondo la quale la sposa prima di entrare sotto il baldacchino compie tre giri intorno allo sposo. In questo modo viene riprodotta l’immagine del cerchio. Oltre a ciò, il gesto risulta essere simbolo della moglie come “muro protettore”, che difende il marito da cattive influenze e fa da deterrente alla sua impulsività.

¹⁰⁷ Ket I 2, V 1; Git VIII 9.



Il patto tra marito e moglie è sancito mediante un documento, detto *Ketubah* (o contratto matrimoniale), firmato dagli sposi e dai testimoni, nel quale sono stabiliti i doveri del marito nei confronti della propria moglie.

La tradizione ebraica impone che la *Ketubah*, quale espressione del momento di separazione delle due parti della cerimonia, venga letto in pubblico, subito dopo la conclusione dei Kiddushin.

Con tale contratto matrimoniale il marito si impegna a sovvenire a tutti i fabbisogni della sposa e a versarle una somma di denaro ben definita in caso di divorzio.

A ben vedere, tale tipologia di atto, scritto in aramaico in quanto tipico delle leggi talmudiche, seppur possa apparire come un modo di acquisto della donna, in realtà costituisce uno strumento di garanzia della salvaguardia dei diritti della stessa, nonché espressione della propria ebraicità, testimonianza della propria appartenenza al Popolo di Israele.

Secondo Rashì, la *Torah* stessa è la *Ketubah* fra il Santo e *Am Israël*, ossia il contratto di matrimonio che Hashèm ha stipulato prendo la comunità d'Israele in sposa¹⁰⁸.

La seconda fase della cerimonia consiste nel *Nessuin* che, in origine, veniva effettuato dalla sposa la quale entrava nella casa dello sposo al fine di coabitare.

Oggi giorno tale momento è caratterizzato dalla lettura, da parte dell'officiante, di sette benedizioni, di regola rese sotto una tenda simboleggiante le mura domestiche, denominata *chuppa*.

Le predette benedizioni, che vengono rese alla presenza di almeno dieci testimoni, ivi compresi il rabbino, lo sposo ed i testimoni, attengo preliminarmente a dati storici, quali il Giardino dell'Eden per poi giungere all'arrivo del Messia¹⁰⁹.

Appare chiaro che seppure non abbiano alcuna diretta assonza con l'istituto matrimoniale, ne costituiscono il successivo fondamento.

Nell'ultima benedizione, difatti, vengono elencati dieci sinonimi del termine 'gioia', con ciò volendo significare la benedizione di D.o. nonché il fine ultimo dell'esistenza consistente nella relativa glorificazione¹¹⁰.

Al termine delle sette benedizioni il rabbino recita la benedizione su di una coppa di vino.

¹⁰⁸ Rashì - *Esodo* 19:14. Commentando il passo della *Torah* in cui Moshè spezza le due tavole di pietra, sui cui erano incisi i cosiddetti 'dieci comandamenti', Rashì riporta un midrash secondo il quale il Popolo di Israele caduto nell'idolatria, è reo di adulterio nei confronti del suo divino Sposo. Moshè spezza le tavole, ossia strappa la *Ketubah* fra Hashèm e Israele, in modo che se il Re del mondo volesse ripudiare la sua sposa o condannarla a morte, gli si possa dire «Non è ancora tua moglie!»: Moshè così costringe D.o a redigere un nuovo contratto di matrimonio, ossia le nuove tavole.

¹⁰⁹ Le sette benedizioni sono estratte da B. *Ketubot* 7b-8.

¹¹⁰ Cfr. A. TOSATO, *il matrimonio israelitico*, Roma, 1982, p. 79, p.106, p.160; Z.W. FALK, *Hebrew, Law in biblical times, An introduction*, Jerusalem, 1964, p. 94 ss.



Seppur la consuetudine imponesse che il genitore della sposa porgesse la coppa di vino allo sposo e in seguito la madre dello sposo alla sposa affinché gli stessi bevessero, in talune comunità è lo stesso officiante che invita gli sposi a bere.

Si vuol precisare che la benedizione sul vino durante la cerimonia nuziale viene ripetuta due volte: prima del *Kiddushin* e prima del *Nessuin*.

Il vino, nella tradizione ebraica, è strettamente associato con lo *Shabbat*¹¹¹, il sabato ebraico, in quanto rappresenta il confine tra un giorno particolare ed il resto della settimana.

Ogni *Shabbat*, infatti, il popolo ebraico cancella l'esilio attraverso il *kiddush*¹¹² con il vino, ed ancora di più con la sua appropriata benedizione forse omessa da Adamo ed Eva.

L'ebreo testimonia, quindi, la potenzialità della Creazione attraverso il frutto della vite.

Conseguentemente la celebrazione del vino, lo sposo frantuma il calice sotto il piede destro ed il rabbino invoca la benedizione sacerdotale.

La rottura del calice ha un notevole valore simbolico.

Di regola, la rottura del bicchiere è accompagnata dalla recitazione della frase del Salmo 127: “*im eshkachekh Yerushalaim [...]*”, “se ti dimenticherò Gerusalemme [...]”¹¹³.

Tale frase sintetizza l'impegno per ogni ebreo di non dimenticare mai la perdita di Gerusalemme, soprattutto nei momenti più importanti della propria esistenza¹¹⁴.

Più specificamente, tale gesto vuol significare che, anche durante i momenti di gioia personale e familiare, non si può dimenticare della propria identità ebraica.

Ne discende che il bicchiere rotto simboleggerà la famigerata frattura che ha segnato il destino del popolo ebraico.

Quanto descritto, appar chiaro, è espressione dell'ebraismo, ovvero un sistema di vita in cui tutti i momenti vengono vissuti anche su un piano religioso.

¹¹¹ Esso inizia il venerdì un'ora prima della caduta della notte, quando si possono vedere tre stelle in cielo con un solo colpo d'occhio o più prosaicamente all'ora ufficiale del tramonto del sole; il *Shabbat* termina il sabato alla stessa ora. In questo giorno la benedizione (il *Kiddush*) avviene attorno ad un bicchiere di vino (o di succo d'uva per i bambini).

¹¹² Il *Kiddush* è il nome con il quale si indica appunto la benedizione e la speciale preghiera con cui la sera del venerdì ci si prepara al successivo giorno di riposo da dedicare esclusivamente alle cose spirituali.

¹¹³ Il Salmo 127 esprime lo stato d'animo degli esuli ebrei in Babilonia, dopo la distruzione del primo Tempio, che rifiutavano l'invito dei loro persecutori a cantare in terra straniera i canti di Sion.

¹¹⁴ La prima fonte che spiega l'uso come una forma di ricordo della distruzione di Gerusalemme è il *Kolbo* (Regole per il 9 di Av, p. 67), del 14° secolo. In questa stessa chiave interpretativa l'uso viene finalmente citato nelle aggiunte allo *Shulchan Arukh* di R. Moshe Isserles (*Orah Chayyim* 560 e *Even haEzer* 65). Non mancano tuttavia spiegazioni differenti, come quella proposta dal cabalista italiano Menachem Recanati, e ripresa da Isaia Horowitz in *Shne Luhot haBerit* (p. 378a), secondo la quale l'uso ha lo scopo di dare la sua parte all'attributo della giustizia e grazie a questo 'l'iniquità chiuderà la bocca'.



Seppur, quindi, il momento celebrativo è differente, in virtù degli usi, delle consuetudini e dei costumi, fortemente caratterizzanti la tradizione ebraica, così come per l'ordinamento italiano, il matrimonio sarà da considerarsi produttivo di diritti e doveri per entrambi coniugi.

In entrambe le tradizioni il matrimonio sarà da considerarsi basato sul concetto di famiglia, avente, tuttavia, sfumature differenti.

Tuttavia, l'ordinamento ebraico, senza espressioni ossimoriche, considererà quest'ultima, oltre che come allegoria del Tempo, come il luogo ove far maturare e tramandare il proprio essere ebraico.

4. Per contrarre validamente il matrimonio è necessario che non vi siano impedimenti, ovvero quelle circostanze o fatti, indicati tassativamente dal legislatore, la cui presenza ostacolano la celebrazione dello stesso.

Il canone 1058 del Codice di diritto canonico precisa che tutti possono contrarre matrimonio, purchè non vi siano proibizioni.

Si è soliti distinguere tra impedimenti impedienti ed impedimenti dirimenti¹¹⁵.

V'è da evidenziare che per 'impedimento matrimoniale', ai sensi del can. 1073, deve intendersi quella circostanza che non consente appunto la celebrazione del matrimonio ad una determinata persona, considerata giuridicamente inabile a compiere tale specifico ed importante atto.

Qualora l'impedimento atterrà alla validità del matrimonio si discorrerà di impedimenti dirimenti¹¹⁶. Di converso, qualora attenga a la liceità, si tratterà di impedimento impediente e che, pertanto, non inficerà la validità.

Seppur tale distinzione trovava un esplicito riconoscimento nel can. 1036 del *Codex iuris canonici*, il vigente *Codex* si sofferma esclusivamente sugli impedimenti dirimenti.

Tuttavia, degli impedimenti impedienti è rimasta traccia in quelle norme che trattano della liceità del matrimonio, in contrapposizione alla invalidità, o in quelle che disciplinano le circostanze proibitive del matrimonio¹¹⁷.

Un'ulteriore distinzione, derivante dalla fonte normativa da cui provengono, è quella intercorrente tra gli impedimenti di diritto umano, ovvero quelli introdotti dal legislatore, e gli impedimenti di diritto divino, ovvero quelli rispondenti ai principi di diritto divino.

¹¹⁵ Cfr. P. PELLEGRINO, *Gli impedimenti dirimenti, in generale, nel nuovo diritto matrimoniale canonico*, in *Dir. fam.*, 2005, p. 990 ss.

¹¹⁶ dal latino *dirimere*, cioè infirmare, invalidare o render vano.

¹¹⁷ In alcuni Schemi preparatori dalla revisio del *Codex* del 1917 (cfr. *Communicationes*, 9, 1977, p. 132 ss.) gli impedimenti impedienti, definiti proibenti, erano mantenuti ridotti a 3: voto pubblico temporaneo di castità perfetta, parentale legale ove prevista nel corrispondente ordinamento statale, *mixta religio*.



L'inderogabilità della disciplina degli impedimenti dirimenti trova il proprio fondamento nel can. 1075 ove viene affidata alla Chiesa la competenza a dichiarare quando un impedimento divino proibisca il matrimonio.

Per la legislazione ecclesiastica gli impedimenti che invalidano la celebrazione matrimoniale dei soggetti battezzati nella Chiesa cattolica sono dodici.

Il primo impedimento è quello statuito in materia di età, la cui disciplina è demandata al can. 1083.

In particolare, è vietato il matrimonio agli uomini al di sotto degli anni 16 e alle donne degli anni 14.

Tuttavia, al fine di assimilare il più possibile la normativa canonica con quella stabilita dalle legislazioni civili nei singoli Stati, è stata introdotta la possibilità di elevare il minimo, demandata alla competenza delle Conferenze Episcopali, precisando che essa riguarda la 'lecita celebrazione del matrimonio'.

La ratio della norma risiede nella maturità biologica¹¹⁸: chi contrae matrimonio avendo un'età inferiore a quella fissata dalla Conferenza Episcopale ma superiore all'età minima normativamente prevista, celebra un matrimonio valido ma illecito.

Ferma restano la norma cogente di cui al can. 1083, la CEI, con la delibera n. 10 del 23 dicembre 1983, ha stabilito che "per la lecita celebrazione del matrimonio l'età dei nubendi è di 18 anni", salvo l'autorizzazione, per i minori ultrasessantenni, del Tribunale civile per i minorenni.

Il secondo impedimento è disciplinato dal can. 1084, secondo cui "l'impotenza copulativa antecedente e perpetua, sia da parte dell'uomo sia da parte della donna, assoluta o relativa, per sua stessa natura rende nullo il matrimonio".

L'impotenza *coeundi*, da tener distinta dalla sterilità, non generativa di nullità matrimoniale, consiste nell'incapacità di intrattenere rapporti fisici coniugali¹¹⁹.

Più specificamente, essa deve essere antecedente al matrimonio, in quanto non sarebbe rilevante un'impotenza sopraggiunta dopo le nozze; perpetua, ovvero non curabile; certa, anche secondo il criterio della *moralis certitudo* di cui al can. 1608; organica o funzionale, da intendersi quale difetto dell'apparato genitale o fisiologico.

La sterilità, come anticipato, non costituisce causa invalidante del matrimonio, atteso che non incide sull'atto coniugale, bensì sul profilo procreativo.

Tale patologia, invece, assumerà rilevanza giuridica solo allorquando sia oggetto di errore sulla qualità della persona provocato da inganno e non, pertanto, di errore semplice.

Il can. 1085 disciplina, poi, l'*impedimentum ligaminis*, parimenti presente nella legislazione statale, vietando il matrimonio a chi sia già legato da precedente e valido vincolo matrimoniale, anche non consumato.

¹¹⁸ *Communicationes*, 9, 1977, p. 360.

¹¹⁹ P. MONETA, *Procreazione artificiale e diritto matrimoniale canonico*, in *Dir. Fam.*, 1987, p. 1303 ss.



Tale divieto esprime, per l'effetto, il principio monogamico che permea il modello naturale di matrimonio.

L'impedimento sorge conseguentemente un qualunque matrimonio validamente contratto e, pertanto, anche a carico dei non battezzati¹²⁰.

A differenza dell'ordinamento italiano, l'ordinamento canonico non presenta alcuna preclusione con riguardo ai matrimoni dei vedovi, da considerarsi matrimoni effettivamente validi¹²¹.

La lista degli impedimenti trova il suo seguito nel vigente can. 1086 che considera invalido "il matrimonio tra due persone, di cui una sia battezzata nella Chiesa cattolica o in essa accolta e non separata dalla medesima con atto formale e l'altra non battezzata".

Trattasi di impedimento di diritto ecclesiastico e può essere dispensato sia dalla Santa Sede che dall'Ordinario del luogo.

Per l'esercizio del potere di dispensa, *ex* can. 90, basta la giusta e ragionevole causa: per la parte cattolica saranno necessari impegni, quali dichiarazioni e promesse, di converso, per la parte non cattolica non saranno necessarie specifiche garanzie.

A differenza del passato, infatti, non è richiesta alcuna sottoscrizione vincolante ad equivalenti impegni.

Ottenuta la dispensa da parità di culto, i soggetti potranno contrarre validamente matrimonio¹²².

I successivi can. 1087 e can. 1088 disciplinano le ipotesi di impedimento derivante da ordine sacro e voto pubblico di castità.

Più specificamente è vietato il matrimonio a coloro che siano già costituiti nei sacri ordini (episcopato, presbiterato e diaconato).

In ordine al diaconato, Paolo VI, con il *M.P. Sacrum diaconatus ordinem* del 18 giugno 1967, consentì la ricezione del diaconato anche alle persone già unite in matrimonio.

Relativamente al voto pubblico di castità, invece, così come prescrive il can. 1088, "attentano invalidamente il matrimonio coloro che sono vincolati dal voto pubblico perpetuo di castità emesso in un istituto religioso".

Deve, quindi, trattarsi di un voto pubblico, ovvero, *ex* can. 1192, essere accettato in nome della Chiesa dal legittimo superiore, e perpetuo, cioè vincolante per tutta la vita.

¹²⁰ AA.VV., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Città del Vaticano, 1992; P. MONETA, *Le nuove norme per lo scioglimento in favore della fede*, in *DE*, 2002, p. 1331 ss.; J. KOWAI, *Le norme per lo scioglimento del matrimonio in favorem fidei*, in *Periodica*, 2004, p. 265 ss.

¹²¹ CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Normae de conficiendo processu pro solutionae vinculi matrimonialis in favorem fidei*, 30 aprile 2001.

¹²² Cfr. S. BERLINGÒ, *La natura canonica dei matrimoni misti*, in *Ius canonicum*, 1999, ora in *Escritos en honor de J. Hervada*, p. 883; G. CHIARETTI, *Il significato religioso del matrimonio tra un battezzato ed un non battezzato*, in AA.VV., *Il matrimonio tra cattolici ed islamici*, Città del Vaticano, 2002, p. 12 ss.



V'è da precisare che, atteso il carattere perpetuo ed indelebile di cui essi sono connotati, anche qualora intervenga la perdita dello stato clericale, ciò non comporta di per sé la dispensa dall'obbligo del celibato. Trattasi di un impedimento di diritto ecclesiastico e può essere dispensato solo dalla Santa Sede.

Il *Codex iuris canonici* disciplina, successivamente, gli impedimenti matrimoniali derivanti da fatto delittuoso i quali, oltre ad essere sanzionati dal diritto penale canonico, sono considerati ripugnanti alla *dignitas connubii*.

In tal contesto rientrano il *raptus* ed il *crimen*, rispettivamente disciplinati dal can. 1089 e can. 1090.

Il can. 1089 considera invalido il matrimonio “tra l'uomo e la donna rapita o almeno trattenuta allo scopo di contrarre matrimonio con essa, se non dopo che la donna, separata dal rapitore e posta in un luogo sicuro e libero, scelga spontaneamente il matrimonio”.

Occorre, tuttavia, distinguere tra nullità *ex parte habilitatis* e nullità *ex parte consensus*.

La nullità *ex parte habilitatis* attiene a fatti o circostanze che oggettivamente comportano la nullità matrimoniale, indipendente dalla volontà della parte; di converso, la nullità *ex parte consensus* attiene all'elemento volitivo della parte e alla propria libertà di scelta¹²³.

Pertanto, ai fini della nullità nell'ipotesi di ratto, ciò che rileva è lo stato di segregazione in cui si trova donna, a prescindere dalla sua libertà consensuale.

Per l'effetto, in virtù di quanto statuito dal can. 1089, si evince che la volontà della donna assume rilevanza solo allorché sia separata dal rapitore e si trovi in un luogo libero e sicuro¹²⁴.

Qualora nella donna liberata e portata in un luogo sicuro dovesse permanere il vizio del volere, il matrimonio potrà essere dichiarato invalido *ex parte consensu*, purché ricorrano gli estremi disciplinanti il vizio di violenza di cui al can. 1103.

Il can. 1090, invece, vieta il matrimonio a chi abbia ucciso il proprio coniuge al fine di contrarre matrimonio con altra persona; come pure a coloro che, con mutuo accordo e cooperazione fisica o morale, abbiano ucciso un coniuge, al fine di contrarre matrimonio tra loro¹²⁵.

Trattasi di impedimento di diritto ecclesiastico e può essere dispensato dalla Santa Sede solo per motivi gravi e particolari.

Tale impedimento esiste anche nella legislazione italiana, la quale lo configura anche nel caso in cui il coniugicidio sia stato solo tentato.

¹²³ Giustiano nel suo Codice (9,13,1) introdusse il divieto assoluto del matrimonio tra rapitore e donna rapita, anche quando i genitori di lei davano il consenso.

¹²⁴ O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano, 1962, p. 10 ss.

¹²⁵ G. LO CASTRO, *L'idea di matrimonio*, in *Tre studi sul matrimonio*, Milano, 1992, p. 68 ss.



L'elenco degli impedimenti matrimoniali termina con quei divieti attinenti ai legami familiari o analoga natura.

D'altronde, la Chiesa, già dagli albori, ha sempre vietato i matrimoni incestuosi, ovvero quelle unioni tra persona legate da parentela, discendenti dallo stesso stipite, o affinità, intercorrente tra coniuge e parente dell'altro.

La ratio di tale impedimento risiede nella necessità di tutelare la famiglia onde evitare che possano sorgere delle illecite relazioni sessuali con aspettative di matrimonio.

L'attuale legislazione determina gli impedimenti di natura familiare secondo il parametro del IV grado per la parentela e la sola linea retta per l'affinità¹²⁶.

In particolare, il can. 1091 disciplina l'ipotesi della 'consanguineità' (o 'parentela'), con ciò intendendosi, per l'appunto, il vincolo di sangue tra persone che discendono per generazione dal medesimo stipite vicino ed il suo computo si effettua per linee e gradi.

Appare chiaro che sarà vietato, pertanto, il matrimonio tra gli ascendenti e i discendenti in linea retta, sia legittimi che naturali, mentre in linea collaterale è vietato solo fino al quarto grado incluso.

Costituirà impedimento di diritto naturale, e pertanto non dispensabile, la consanguineità in linea retta di qualsiasi grado e in linea collaterale di secondo grado; al contrario, sarà da considerarsi impedimento di diritto ecclesiastico, e pertanto dispensabile sia dalla Santa Sede che dall'Ordinario del luogo, la consanguineità in linea collaterale di terzo e quarto grado.

L'impedimento delle affinità, *ex* can. 1092, sorge in virtù di qualunque valido matrimonio anche se non consumato¹²⁷.

Tale divieto è limitato alla sola linea retta in qualsiasi grado, e quindi tra il coniuge ed i parenti in linea retta dell'altro, e non anche tra gli affini in linea collaterale.

Trattasi di un impedimento di diritto ecclesiastico, in quanto il vincolo è di tipo giuridico, più che naturale in senso proprio e può essere dispensato dall'Ordinario del luogo in casi eccezionali.

L'impedimento per pubblica onestà, invece, disciplinato dal can. 1093, si verifica allorquando via sia un matrimonio invalido o putativo cui sia seguita la convivenza *more uxorio* o dal concubinato notorio e pubblico. Esso, è limitato al matrimonio tra l'uomo e le consanguinee della donna nel primo grado della linea retta, e viceversa.

¹²⁶ O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, Milano, 1974, p. 91 ss.

¹²⁷ P.A. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimonio canonico*, Firenze, 1952, p. 98 ss.



Trattasi di impedimento tipico del diritto canonico, diretto a tutelare la dignità della famiglia e l'integrità dei costumi, non previsto dalla legislazione civile. Pertanto, potrà essere dispensato dall'Ordinario del luogo solo qualora sussistano gravi motivi.

Il can. 1093, infine, disciplina l'impedimento di cui alla parentela legale, che si distingue dalla parentela natura, in quanto non fondata sul legame di sangue, bensì sull'adozione¹²⁸.

La ratio della disposizione risiede nella tutela della dignità della famiglia e sulle corrette relazioni tra i suoi membri.

L'impedimento vieta il matrimonio tra loro nella linea retta e in qualsiasi grado, mentre nella linea collaterale solo nel secondo grado.

La disciplina degli impedimenti, appar chiaro, è diretta a tutelare l'integrità della famiglia e del sacramento del matrimonio.

Così come per la legislazione canonica, il matrimonio occupa, nella legislazione biblico-talmudica, un posto di primo piano: d'altronde numerosi sono i riferimenti che si rinvencono nella Bibbia ed in ben cinque trattati del *Talmud*²⁹.

La tradizione ebraica pone al fianco degli impedimenti temporanei, due grandi categorie di matrimoni proibiti: quelli proibiti e (perciò) nulli, e quelli proibiti e (tuttavia) validi¹³⁰.

Nel novero degli impedimenti temporanei rientra preliminarmente il matrimonio anteriore non dissolto.

Orbene, seppur la poligamia fosse censura censurata da un punto di vista morale, v'è da precisare che questa non era vietata da un punto di vista legale.

Tuttavia, l'esistenza di un precedente matrimonio, non dissolto, costituisce comunque un impedimento per la celebrazione di un nuovo matrimonio.

Più specificamente, nell'ottica muliebre, la donna potrà contrarre nuovo matrimonio solo se produce una dichiarazione di divorzio o la prova della morte del proprio primo marito.

Il *Talmud* rende la prova della morte del marito più facile di quella della morte della moglie¹³¹.

Parimenti il periodo di vedovanza costituisce impedimento temporaneo al matrimonio.

In particolare, la vedova (o divorziata) non potrà contrarre nuovo matrimonio prima di tre mesi¹³². La ratio risiede nella necessità di tutelare la certezza della paternità del figlio nascente dal secondo matrimonio.

¹²⁸ A.C. JEMOLO, *Il matrimonio in diritto canonico*, Milano, 1941, p. 76 ss.

¹²⁹ Si trovano nel III ordine del *Talmud*: *Yebamot*, inerente al levirato ed agli impedimenti matrimoniali; *Ketubbot*, inerente ai contratti matrimoniali; *Sota*, alla moglie sospetta d'adulterio; *Ghittin*, al divorzio; *Kiddushin*, al fidanzamento.

¹³⁰ Cfr. A.M. RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico*, Torino, 2002, pp. 107-116.

¹³¹ *Yebamot*, 88 a-b.

¹³² *Yebamot*, capp. X, XV, XVI.



I tre mesi decorrono dalla data di morte del marito o, in caso di divorzio, dal giorno in cui la moglie è venuta a conoscenza della lettera di ripudio, nel cui computo, il *dies a quo* ed il *dies ad quem* non vengono conteggiati¹³³.

Vi è un ulteriore impedimento che riguarda le donne, ed in particolare nel caso in cui versassero in stato interessante o nel periodo dell'allattamento.

La legge talmudica impedisce alla donna, vedova o divorziata, di contrarre nuovamente matrimonio finché il figlio abbia compiuto i due anni di età¹³⁴.

A parere dei Rabbini, infatti, la ratio risiederebbe nella tutela degli interessi del minore, il cui rischio deriverebbe dal rischio di una nuova ed eventuale gravidanza che possa sottrarre latte materno.

La violazione di tale impedimento comporterà obbligatoriamente il divorzio: “Un uomo non sposterà una donna incinta d’un altro o quella che allatti, e, se la sposasse, deve divorziare e non potrà mai più sposarla”¹³⁵.

Tra gli impedimenti temporanei rientra anche il levirato, retaggio del passato, non più confacente alle nuove generazioni.

Tale espressione deriva dal latino *levir*, ovvero il fratello del marito, in ebraico denominato *Yiboum*.

Più specificamente il levirato è l’obbligo imposto ad un uomo di sposare la vedova del proprio fratello morto senza figli¹³⁶.

A tale obbligo corrisponde, per l’effetto, il divieto per la donna vedova di sposare chiunque, ad eccezione dell’ipotesi in cui il cognato abbia espresso legalmente il rifiuto (*halitza*).

La ratio storica di tale impedimento trova il proprio fondamento nella necessità di preservare l’ambito familiare acquisito.

Il *Talmud*, in modo minuzioso, descrive la procedura del levirato e ne manifesta la finalità.

Il fratello del marito morto deve sposare la cognata affinché il nome del *de cuius* non si perda in Israele, e da ciò ne discende il dovere di preservazione del patrimonio del defunto nonché di trasmetterlo all’eventuale figlio che dovesse nascere dall’unione con la vedova.

Il levirato, quindi, non ha lo scopo di procurare un marito alla vedova, ma di dare un figlio, un erede del nome e del patrimonio, a chi fosse morto senza discendenza.

Per tal motivo, il *levir* ha il dovere di conservare indiviso il patrimonio del fratello defunto, e di trasmetterlo al figlio che dovesse nascere dalla sua unione con la vedova, figlio che è considerato come figlio del defunto, del cui nome e delle cui sostanze sarà erede.

¹³³ *Eben HaEzer*, XIII, 10.

¹³⁴ *Yebamot*, 42a.

¹³⁵ *Yebamot*, 42 a-b.

¹³⁶ *Dent.*, XXV, 5.



Il *Talmud* ed i codici rabbinici¹³⁷, inoltre, indicano specificamente le condizioni del levirato.

È anzitutto necessario che il marito sia morto senza discendenza.

Si precisa, però, che, se al momento del decesso del marito, la donna fosse in stato interessante, quest'ultima sarà egualmente soggetta al levirato se il figlio dovesse nascere morto; di converso, se il figlio dovesse nascere vivo la stessa sarà esentata dal predetto obbligo¹³⁸.

La seconda condizione, relativa allo *Yabam*, esige che il fratello sia germano o consanguineo del defunto, purché figlio del medesimo padre del defunto.

Qualora il marito defunto dovesse avere numerosi fratelli, il relativo dovere di sposarne la vedova incomberà sul maggiore di essi e, qualora quest'ultimo dovesse rifiutarsi, subentrerà il successivo in ordine di età¹³⁹.

L'ultima condizione necessaria è l'assenza di parentela fra la vedova e lo *yabam*, come ad esempio nel caso in cui quest'ultimo fosse già sposato.

Si vuol concludere, infine, in tema di impedimenti temporanei, che la legislazione ebraica considera il matrimonio come un contratto e, in quanto tale, non potrà essere concluso il giorno del sabato, *Shabbat*, o altro giorno di festa.

In particolare si dovrà escludere: gli *Shabbat*; le feste (*Roch Hachana*, *Yom Kippur*, *Sukkoth*, *Chemini Atserete*, *Sim'bat Torah*, *Pessa'h* e *Chavuoth*); i giorni di mezza festa (*Hol Hamoed*) separanti il primo e l'ultimo giorno della festa di *Pessa'h* e di *Sukkoth*¹⁴⁰; le viglie delle feste, ma non le viglie dello *Shabbat*, se il matrimonio fosse previsto in mattinata o nel primo pomeriggio¹⁴¹; il giorni di *Purim*, qualora possa essere scelta un'altra data; il periodo dell'*Omer*, che separa *Pessa'h* da *Chavuoth*, quarantanove giorni durante i quali il popolo ebraico piange la scomparsa degli allievi di Rabbi Akiva¹⁴²; il trentatreesimo giorno dell'*Omer* (*Lag ba'Omer*) segna però un'interruzione del divieto, ed i matrimoni vi sono permessi¹⁴³; le tre settimane a partire dal 17 *Tamuz* (*Chiva assar betamuz*) fino al 9 di *Av* (*Ticha be'av*): esse ricordano un altro periodo triste del popolo

¹³⁷ MAIMONIDE, *Hilkhot Yiboum ve-halitz'a*, *Eben HaEzer*, cap. 156-176.

¹³⁸ *Eben HaEzer*, CLVI, 4.

¹³⁹ Deut. XXV, 6.

¹⁴⁰ *Maghene Avraham* DXLVI, 4.

¹⁴¹ *Eben HaEzer* LXIV, 3 e *Shul'bane HaEzer* IV, 6, 12. In certi ambiti, i matrimoni avevano luogo precisamente il venerdì al fine di non gravare troppo sulle dispense, giacché il pasto dello *Shabbat* si sostituisce a quello nuziale: *Rokea'h*, 353; *Kol Bo*, 75 (Lvov, 1860), 44c; *Maharil* 64b; *Na'halate Chiva* XII, 1; *Mordekhai Ketuoth* 129; Bertenoro su *Ketuoth* I, 1. Secondo alcuni Rabbini, questo giorno vide la creazione ed il matrimonio di Adamo ed Eva, *Teshuoth Tachbatz*, III, 301.

¹⁴² *Ora'h Haim* IIID, 1. Quest'usanza è menzionata da 'Hai Gaon, v. *Rabbenu Yero'ham* XXIII, 2, 186d; *Teshuoth HaGueonime*, *Chaare Teshuva* 278, citando Netrone Gaon; *Halakoth Pessukoth* 92; Rachi, *Seder HaOra* 92 (Lvov, 1905); *Rabbi Yitzhak Gayotte* II, 109; Meiri su *Yebamoth* 62b; *Kajfor VaFera'h* 78 (Berlino, 1851), 23a; *Rokea'h* 354; *Sefer HaManbig*, 358; *Teshuoth Chevut Yaacov* II, 38; *Teshuoth Imre Yocher* 186.

¹⁴³ *Igroth Moshe*, *Eben HaEzer*, 97.



ebraico, quello della presa di Gerusalemme e della distruzione del primo e del secondo Tempio, tutte e due nel 9 di *Av*¹⁴⁴; il 10 di *Teveth*, che ricorda l'inizio dell'assedio di Gerusalemme ad opera di Nevu'hadnetsar, assedio che terminerà con la distruzione del primo Tempio¹⁴⁵; i giorni di digiuno pubblico; i dieci giorni dei pentimenti che cominciano il primo giorno di *Roch Hachana* e terminano il giorno dello *Yom Kippur*¹⁴⁶.

La seconda categoria di impedimenti è quella che, la tradizione ebraica, considera come permanenti.

Al pari della legislazione canonica, anche per la normativa biblica e talmudica sono vietati i matrimoni tra parenti e affini.

I legami per linea discendente sono considerati più stretti di quelli in linea ascendente¹⁴⁷.

I matrimoni vietati, comportanti la sanzione del divorzio, sono elencati nel Levitico e nel Deuteronomio.

La Bibbia¹⁴⁸, dunque, impone all'uomo di non sposare: sua madre; la moglie di suo padre; sua sorella, consanguinea o germana, legittima o naturale¹⁴⁹; sua nipote; la sorella di suo padre; la sorella di sua madre, la moglie dello zio paterno; la moglie di suo figlio; la moglie di suo fratello, eccezion fatta per il caso di levirato; la figlia di sua moglie; la nipote di sua moglie; la sorella della moglie, finché questa sia viva.

Le sanzioni previste per i matrimoni incestuosi potranno essere di due tipi: per le proibizioni bibliche ciò comporterà la nullità, per le proibizioni talmudiche comporterà un divorzio obbligatorio.

In ogni caso, gli eventuali figli nati dalle predette unioni saranno *mamzerim*¹⁵⁰, sui quali, pur essendo a tutti gli effetti Ebrei, potranno sposarsi unicamente con altri *mamzerim*.

L'impedimento al matrimonio fra Ebrei e *mamzerim* è riassunto nella famosa frase "Un *mamzer* non entrerà nella comunità d'Israele, anche la decima generazione non vi entrerà"¹⁵¹.

Tra gli impedimenti permanenti si riscontra, inoltre, l'esistenza di un divorzio precedente fra gli stessi sposi.

¹⁴⁴ *Ora'h Haim* DLI, 2; *Kol Bo*, 75.

¹⁴⁵ *Pri Meguadime*, *Echel Avraham* DLI, 10.

¹⁴⁶ *Matte Ephraim* DCII, 5; *Hagaboth Hokhmate Chelomo* 606; *Berakh Et Avraham*, Rabbi Avraham Frisco (Salonico, 1862), 107a; *Sde Hemed*, *Hatane Vekalla* 23; *Chul'hane HaEzer* IV, 6, 13.

¹⁴⁷ Secondo Filone, l'incesto porterebbe danno al sentimento del pudore; secondo il filosofo Saadia (882-942), "se il matrimonio fosse possibile all'interno della cerchia familiare, questo favorirebbe la corruzione dei costumi". Mielziner dice: "la tolleranza dei rapporti incestuosi turberebbe la pace e la concordia della famiglia".

¹⁴⁸ *Lev.*, cap. XXIII.

¹⁴⁹ *Yebamot*, 23a.

¹⁵⁰ *M. Kiddushin*, III, 12; *Eben HaEzer*, VIII, 1-5.

¹⁵¹ *Dent.*, XXIII, 3.



Per la legge mosaica è vietato agli sposi divorziati di risposarsi, ed in particolare se la moglie avesse contratto, nel frattempo, un nuovo matrimonio, interrotto da divorzio o dalla morte del secondo marito¹⁵².

Ne discende che la complicità in adulterio costituirà ulteriore impedimento permanente.

L'adulterio veniva già ampiamente condannato nel VII comandamento, ove Mosè rimarcava il carattere sacro ed inviolabile del matrimonio¹⁵³.

La legge ebraica puniva esclusivamente l'adulterio della donna in quanto, alla luce della considerata poligamia, l'uomo che intrattenesse una relazione extraconiugale non commetteva adulterio.

Affinchè una donna potesse essere accusata d'adulterio erano necessarie due condizioni: il marito deve aver intimato alla moglie, dinanzi a testimoni, di cessare tutti i rapporti con il presunto amante, e che, nonostante questo avvertimento la moglie abbia continuato intrattenere rapporti con quest'ultimo¹⁵⁴.

Alla luce di tali condizioni, la donna diviene sota, ovvero sospetta di adulterio.

Tale eccessivo rigore venne stemperato mediante l'abrogazione verso il 70 d.C., dal *Sanbedrin*, sotto influenza di Rabbi Yohanam b. Zakai¹⁵⁵.

In virtù delle disposizioni talmudiche, invece, se la moglie, nonostante l'intimazione del marito di cessare ogni rapporto con il presunto amante, avesse perseverato in tale atteggiamento adulterino, in ogni caso da provare a mezzo testimoni, il marito dovrà ripudiarla.

Da ultimo, costituisce impedimento permanente l'impotenza artificiale.

In particolare, saranno esclusi dal matrimonio taluni individui¹⁵⁶, come gli evirati, gli androgini, i *tumtum*, persone dal sesso indefinito, che sono assimilate ai *saris*, gli evirati, e gli individui divenuti impotenti dopo una malattia od un incidente.

Se, poi, l'impotenza non affligge l'individuo dalla nascita, questa non costituirà impedimento al matrimonio.

I sopradescritti impedimenti matrimoniali, mentre da un lato tendono a preservare l'essere ebraico, l'appartenza al popolo di Israele, dall'altro tendono a far sì che vi sia un'estrema tutela della famiglia, intesa quale unità sociale primordiale espressione della comunità ebraica.

Tali prerogative appartengono, quindi, ad un ordinamento religioso che, così come per l'ordinamento canonico, seppur in maniera convenzionalmente indiretta, ne costituiscono il principio ispiratore.

¹⁵² Deut. XXIV, 1-4; *Yebamot*, 11b.

¹⁵³ Es. XX, 17.

¹⁵⁴ M. Sota I, 1.

¹⁵⁵ M. Sota IX, 3, 9; 47a.

¹⁵⁶ Deut. XXIII, 2.



Le descritte analogie tra gli impedimenti matrimoniali ebraici e quelli canonici inducono, infatti, a considerarne i riflessi sulla legislazione statale che mira, in ogni caso, a salvaguardare l'istituto della famiglia.

5. Il fenomeno dei matrimoni misti, o anche detti interconfessionali, ossia appartenenti a confessioni religiose diverse, costituisce il frutto di un continuo processo di mondializzazione, espressione di un'evoluzione migratoria sfociante nella multiethnicità.

Punto di partenza storico, relativo alla disamina dei matrimoni misti, è il Concilio di Trento in virtù dell'obbligo della forma imposto dal decreto *Tametsi*¹⁵⁷.

L'espansione di tale provvedimento incontrò notevoli difficoltà nei territori a confessioni miste, quali la Germania e l'Olanda, tanto da rendersi necessaria una distinzione tra territori 'tridentini' e territori 'non tridentini'.

Trattandosi di aree geografiche di insignificante entità, si determinò una rappresentazione di situazioni canoniche differenti da villaggio a villaggio: in alcuni il matrimonio concluso senza la forma canonica era valido, in altri no¹⁵⁸.

Tale emparse veniva parzialmente superata con la dichiarazione *Matrimonia quae in locis*, del 1741, con cui Papa Benedetto XIV esentò i matrimoni tra non cattolici e quelli misti dalla forma tridentina.

Seppur vi fosse l'invito a non contrarre matrimoni misti, quest'ultimi venivano in ogni caso considerati validi se contratti di fronte al ministro competente e a due testimoni.

Tale regolamentazione, rimasta in vigore fino al 1917, subì un mutamento con l'introduzione, ai fini della validità, della forma tridentina per i matrimoni contratti da un

¹⁵⁷ Con il decreto *Tametsi*, che aveva lo scopo di por fine alla situazione penosa dei matrimoni clandestini, il Concilio di Trento stabilì l'obbligo della forma. Per essere valido, il matrimonio doveva essere concluso solamente con lo scambio del consenso di fronte al proprio parroco e alla presenza di almeno due testimoni. Chi non rispetta questa forma, non celebra validamente il matrimonio. Cfr. V.J. DUSS-VON WERDT, *Teologia del matrimonio. Il carattere sacramentale del matrimonio*, in *Mysterium Salutis*, VIII, pp. 521ss. e pp. 104-105; V.E. SCHILLEBEECKX, *Il matrimonio, realtà terrena e mistero di salvezza*, Milano, 1986. Cfr. inoltre l'ottima introduzione ad una lettura della teologia del matrimonio secondo una concezione personalistica di E. RUFFINI, *Il matrimonio*, cit., pp. 101-170. In questa linea i contributi di E.R. TURA, *Il Signore cammina con noi. Introduzione ai sacramenti*, Padova, 1989, pp. 300 ss.; ID., *I sacramenti. Una rivisitazione teologico-pastorale*, Padova 2001, pp. 151 ss.. Cfr. inoltre P. SGROI, *I matrimoni interconfessionali sfida e risorsa per le chiese verso una teologia ecumenica del matrimonio*, in *Uniti nel battesimo e nel matrimonio*, Venezia, 2004, ora in *Quaderno di Studi Ecumenici*, IX, 141, pp. 139-144, specie pp. 141-144; G. COLOMBO, art. *Matrimonio*, in *Nuovo Dizionario di Liturgia*, a cura di D. Sartore e A. M. Triacca, Cinisello Balsamo, 1988, pp. 809-820; G. CERETI, *Inseparabilità fra contratto matrimoniale e sacramento del matrimonio. Un problema della chiesa cattolica romana*, in *StEc*, XI, 1993, 299-308.

¹⁵⁸ W. SUCKER - J. LELL - K. NIITZSCHKE, *Die Mischehe*, Göttingen, 1959, pp. 289-292.



cattolico con un altro fedele cattolico o con un acattolico, ciò comportando il non necessario obbligo della forma per i matrimoni contratti tra i non cattolici.

La differenza confessionale, pertanto, costituiva impedimento al matrimonio.

Tuttavia, veniva prevista la dispensa da tale impedimento solamente se la parte non cattolica accettava di non dissuadere il coniuge cattolico dalla sua fede e entrambi promettevano il battesimo e l'educazione cattolica di tutti i figli nati dal matrimonio¹⁵⁹.

Appare chiaro, quindi, che le differenze confessionali costituivano un notevole ed imbarazzante limite al matrimonio, il cui atteggiamento di ostilità durò sino a tutta la prima metà del secolo XX.

Solamente dopo il Concilio Vaticano II che, sebbene non se ne occupò direttamente ed esplicitamente, si registrò un'apertura alla normalità dei matrimoni misti che ne determinò una completa revisione normativa.

Orbene, si rinvengono in tal senso, seguendo l'evoluzione della disciplina canonica, l'Istruzione della Sacra Congregazione per la Dottrina della fede *Matrimonii Sacramentum* del 1966; il Decreto della Congregazione per le Chiese orientali *Crescens Matrimoniorum* del 1967; il Motu proprio *Matrimonia Mixta* (1970); il nuovo *Codex Iuris Canonici* (1983); il nuovo 'Direttorio Ecumenico' (1993).

Più specificamente, Papa Paolo VI, con il *Motu proprio Matrimonia mixta*, introdusse una nuova disciplina che consentiva ai vescovi il diritto di dispensare dall'osservanza della forma.

Per l'effetto, veniva consentito contrarre un valido matrimonio ecclesiale con un'altra forma pubblica¹⁶⁰.

Conseguentemente il Concilio Vaticano II, la problematica dei matrimoni misti venne affrontata nel Rapporto di Malta del 1968, elaborato dalla Commissione preparatoria anglicano-cattolica romana, ove veniva riconosciuta "la necessità di uno studio accurato della dottrina del matrimonio nella sua dimensione sacramentale, nelle sue esigenze etiche, nella sua situazione canonica e nelle sue implicazioni pastorali"¹⁶¹.

In realtà tale Rapporto costituì il preambolo per la redazione del Rapporto 1975 della Commissione internazionale anglicano-cattolica romana sul tema 'Il matrimonio tra anglicani e cattolici romani', firmato a Venezia il 27 giugno 1975 che, riconoscendo la forma canonica del matrimonio cattolico, determinò un'apertura

¹⁵⁹ Cf. B. GIANESIN, *Matrimoni misti*, in *EDB*, Bologna, 1991, p. 128 s.

¹⁶⁰ Cfr. V. PRISCIANDARO, *Dialogo in coppia. I matrimoni misti in Italia*, in *Jesus*, XII, 2000.

¹⁶¹ COMMISSIONE INTERNAZIONALE ANGLICANO-CATTOLICA ROMANA, *Rapporto Il matrimonio tra anglicani e cattolici romani*, Venezia, 27 giugno 1975: EO 1, 181-260. Questo Rapporto è fondamentale, perché rappresenta il primo studio ecumenico sui matrimoni misti ed è anche il primo passo su quel faticoso, ma certamente fruttuoso, dialogo tra la chiesa cattolica e quella anglicana. Più tardi, a Versailles, nel 1978, sarà affrontato il tema dell'ordinazione delle donne al sacerdozio e successivamente quello assai delicato del primato del vescovo di Roma.



dei matrimoni misti consentendone la celebrazione sia nella chiesa cattolica che in quella anglicana.

A norma del can. 1124 del Codice Canonico, “Il matrimonio tra due persone battezzate, delle quali una sia battezzata nella Chiesa Cattolica o in essa accolta dopo il battesimo e non separata dalla medesima con atto formale, l'altra invece sia iscritta a una Chiesa o comunità ecclesiale non in piena comunione con la Chiesa cattolica, non può essere celebrato senza espressa licenza della competente autorità”.

La descritta evoluzione storica ha determinato, a ben vedere, un generico atteggiamento di prudenza determinato dall'istinto di protezione della fede, quale bene da tutelare, nonchè dalla libertà di religione del coniuge non cattolico.

La proibizione dettata dal can. 1124, infatti, trova il proprio fondamento proprio nel rischio, derivante alla diversità confessionale degli sposi, di una attenuazione della propria fede¹⁶².

Le condizioni necessarie, normativamente previste, affinché si possa discorrere di matrimonio proibito sono: entrambi i nubendi devono essere stati validamente battezzati; uno dei nubendi deve essere considerato cattolico; uno dei nubendi deve far parte di una Chiesa o comunità ecclesiale non in piena comunione con la Chiesa cattolica.

Da un punto di vista formale, affinché possano essere celebrati tali tipologie di matrimonio, è necessaria la licenza di cui al can. 1125, rilasciata dall'Ordinario del luogo.

Nel rispetto della ratio dell'esaminanda inibizione, la licenza può essere concessa purchè la parte cattolica si impegni, informandone l'altra parte, a rimanere fedele al proprio credo nonchè a far sì che i figli che vengano educati secondo i principi cattolici.

La metodologia delle promesse e delle dichiarazioni da rendere sarà di competenza della Conferenza Episcopale, il cui compito sarà quello di stabilirne la forma e le modalità¹⁶³.

¹⁶² P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova 1991, p. 78. «Tra i particolari doveri che la condizione di battezzato, di creatura rigenerata in Cristo, comporta, vi è quello di mantenere, crescere e rafforzare la propria fede, evitando quelle situazioni o quelle occasioni che possono indebolirla o metterne addirittura in pericolo la sua stessa conservazione. Questo pericolo può talora annidarsi anche nel matrimonio, quando i due coniugi non partecipano della stessa fede: la comunità di vita coniugale, con l'inevitabile reciproca influenza che essa comporta anche sul piano dei convincimenti ideologici e religiosi, può infatti portare il coniuge battezzato ad avvicinarsi gradatamente alle posizioni dell'altro, sino a tradire ed abbandonare la propria fede. La Chiesa ha così ritenuto opportuno, per salvare la fede dei propri credenti, di proibire siffatti matrimoni, assumendo una posizione, diciamo così, difensiva».

¹⁶³ Cfr. J.T. MARTÍN DE AGAR, *Norme delle Conferenze Episcopali sul matrimonio misto*, in *Folia Canonica*, IV, 2001, p. 217-238; ID., *Le competenze della Conferenza Episcopale*, in AA.VV., *I matrimoni misti*, Città del Vaticano, 1998, p. 153-156.



Il nubendo cattolico dovrà sottoscrivere la dichiarazione dinanzi al parroco e quest'ultimo dovrà attestare che la parte non cattolica è stata informata circa la promessa e gli impegni assunti dalla parte cattolica che ne è consapevole.

In particolare, il canone 1127 statuendo che “relativamente alla forma da usare nel matrimonio misto, si osservino le disposizioni del can. 1108”, sancisce l'obbligo della forma canonica di celebrazione nell'ipotesi di matrimoni misti¹⁶⁴.

I principi generali espressi appaiono, quindi, diretti ad un'autentica accettazione delle coppie interconfessionali purchè vi sia la preservazione e tutela della propria identità cattolica: “La presenza del Signore Gesù non si esaurisce nel momento della celebrazione delle nozze, ma con la grazia da lui promessa accompagna gli sposi in tutta la loro vita coniugale, che essi devono realizzare come un cammino proteso verso il traguardo di una perfetta unione”¹⁶⁵.

Il principio di custodia della propria identità religiosa, alla luce delle diverse interpretazioni ecumeniche, ha trovato la propria fonte primaria nella Bibbia: “Non li sposerai [i gentili, dei quali la Bibbia parla nei versi precedenti], non darai tua figlia al loro figlio e non prenderai sua figlia per tuo figlio”¹⁶⁶.

Tale versetto, a ben vedere, non costituisce espressione di discriminazione razziale dell'ebreo nei confronti del gentile, bensì di un precetto divino.

Da ciò ne discende il più rigoroso principio della tradizione ebraica secondo cui gli ebrei devono sposarsi entro la loro fede.

Il matrimonio misto non è palesemente vietato dal diritto ebraico, tuttavia tale unione, seppur talvolta comunque celebrata da taluni rabbini, non avrà alcuna validità¹⁶⁷.

La problematica dei matrimoni misti nasce nell'Ebraismo con lo stesso Padre del popolo ebraico, quando cioè *Avraham* invia il suo servo fedele nella terra della sua famiglia d'origine per prendere da lì la moglie per il figlio *Izchak*¹⁶⁸.

¹⁶⁴ P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova, 1991, p. 189: “L'obbligo della forma canonica vincola i battezzati, con le limitazioni ora considerate, anche quando essi celebrano matrimonio con persona di diversa credenza, sia che essa appartenga ad una confessione cristiana non cattolica, sia che non abbia neppure ricevuto il battesimo”.

¹⁶⁵ *Testo comune*, n. 3.4, in EO 8, 2422.

¹⁶⁶ Deut. 7:3.

¹⁶⁷ A.M. RABELLO, *Introduzione*, cit., pp. 120 ss.; B. SHERESHEVSKY, *Dinè Mishpachà* (Diritto di famiglia), Jerusalem, 1967, pp. 80 ss., 349 ss.; ID., MIXED MARRIAGE, INTERMARRIAGE-LEGAL ASPECTS, in *Encyclopedia Judaica*, Jerusalem, XII, 1971, col. 167 ss.

¹⁶⁸ “Avraham era vecchio in età avanzata, e il Sign-re lo aveva benedetto in tutto. Al suo servo vecchio di casa, che soprintendeva tutto ciò che egli possedeva, disse: “Poni la tua mano sotto la mia coscia. E ti farò giurare per il Sign-re D-o del cielo e D-o della terra, che non prenderai una moglie per mio figlio dalle figlie dei Cananei in mezzo ai quali io abito; ma andrai alla mia terra e al mio parentado e là prenderai la moglie per mio figlio Izchak”” (Bereshit., 24:1-4).



Il divieto di matrimonio di un ebreo con un non ebreo trova il proprio fondamento nella necessità di preservare la propria fede e nell'evitare il rischio di distruzione del popolo ebraico.

La creazione della famiglia ebraica, quale conseguenza e scopo del matrimonio inteso come *kiddushin*, costituisce la rappresentazione simbolica del Tempio nonché il luogo primario ove i figli potranno crescere e sviluppare la propria identità ebraica.

Ne discende che l'unione mista determinerà inevitabilmente il venir meno del rispetto dei principi dei *kiddushin*.

Appare logico, infatti, che in presenza di un soggetto di culto differente, sarà alquanto difficile, se non arduo, poter esprimere, coltivare e preservare le tradizioni giudaiche ed i relativi precetti ebraici.

Tali difficoltà si rifletterebbero inevitabilmente nel compimento degli atti della vita quotidiana, dall'educazione dei figli all'onoramento delle feste religiose fino a giungere al rispetto dei precetti della *Torah*.

A ben vedere, la criticità di tali forme di unione risiederebbe nella circostanza che i figli nati, attesa l'acquisizione dell'identità ebraica per via matrilineare, potrebbero non essere ebrei.

Parimenti la differenza di cultura ed ideologia degli appartenenti a confessioni religiose diverse da quella ebraica indurrebbe inevitabilmente alla negazione di taluni valori tradizionali, in quanto non comprensibili per chi non li ha consumati e razionalizzati.

Ciò comporterebbe, per l'effetto, un allontanamento dalla propria comunità di appartenenza nonché alla dematerializzazione del proprio credo.

D'altronde, la tolleranza della diversità, che dovrebbe permeare tale tipologia di unioni, finirebbe nell'incontrare il limite della comprensibilità della diversità: anche il più tollerante degli sposi finirà nel non poter comprendere i valori, in quanto non propri, di una cultura tanto radicata e di una tradizione tanto sofferta.

Seppur non apparentemente vietati, ma in ogni caso sottoposti ad un attento, severo e clinico esame morale e sociale, i matrimoni misti, in entrambi gli ordinamenti, se da un lato diventano espressione di un multiculturalismo e pluralismo tipico delle attuali democrazie, dall'altro trovano la propria giustificazione e concessione con l'ausilio del diritto statale, con ciò pregiudicando taluni valori tipici delle confessioni religiose.

6. La tradizione cattolica, considerando il matrimonio come sacramento, impone che l'indissolubilità del predetto vincolo possa venir meno solamente con la morte di uno dei coniugi, senza poter ricorrere ad alcuna licenza statale o ecclesiale.



Ne discende che, a parere della dottrina cattolica, peraltro incompatibile con i principi democratici, l'unione matrimoniale sopravviverebbe anche nell'estrema scelta divorzile.

Stante, infatti, la natura sacramentale del matrimonio, espressione dell'amore di D.o verso l'umanità, tale scelta proibitiva neotestamentaria ne sarà da considerarsi la diretta conseguenza.

Appare chiaro che la dottrina evangelica sull'indissolubilità del matrimonio, neppure alla luce del progresso e dell'evoluzione sociale e culturale, è mai stata oggetto di tradimento in virtù della considerazione che non è consentito al genere umano poter mutare ciò che è di diritto divino¹⁶⁹.

La ratio de la insolubilità trova la propria giustificazione storica nella dottrina contrattualistica, in virtù della quale il matrimonio, considerato come un contratto generativo di un vincolo giuridico identificato con la *res et sacramentum*, è ontologicamente analogo al battesimo, alla cresima e all'ordinazione¹⁷⁰.

Ne discese che, in ossequio al principio evangelico secondo cui non si può sciogliere ciò che D.o ha unito¹⁷¹, determinatosi il contratto matrimoniale non vi era alcuna possibilità di poterlo sciogliere: il carattere sacramentale conferiva, quindi, maggiore robustezza e consistenza alla fattispecie contrattuale matrimoniale.

L'inseparabilità tra contratto e sacramento del matrimonio ha avuto, pertanto, come effetto, l'insorgenza di valutazioni negative e ostili verso il divorzio.

Il predetto istituto¹⁷², considerato come causa di scioglimento del matrimonio, è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla l. 1 dicembre 1970 n. 898¹⁷³.

¹⁶⁹ Cfr. F. DI FELICE, *Indissolubilità matrimoniale?*, in *Lexicon* (a cura del Pontificio Consiglio per la Famiglia), in *EDB*, 2003, p. 488 s.. Va inoltre qui osservato come questa diversa dottrina sulla indissolubilità matrimoniale non sia stata condannata dal Concilio di Trento. Questo si spiegherebbe per il fatto, osserva il Ruffini, che i Padri conciliari "per almeno alcune questioni, non riuscirono a sottrarsi totalmente alle pressioni politiche esercitate su di loro". (Le pressioni esercitate dai rappresentanti della Repubblica Veneziana - preoccupati che le decisioni conciliari non creassero motivi d'urto con il mondo orientale - sono chiaramente documentabili: cfr. P. HUIZING, *La dissolution du mariage depuis le Concile de Trente*, in AA.VV., *Le lien matrimonial*, Strasbourg, 1970, pp. 127-145; V.J. POSPISHIL, *Divorzio e nuovo matrimonio*, Milano, 1968; E. RUFFINI, *Il matrimonio*, cit., p. 130; K.-H. SELGE nella sua dissertazione dottorale, *Ehe als Lebensbund*, Frankfurt, 1999, vede qui, in questo atteggiamento del Concilio, una possibile sfida per il dialogo tra la teologia cattolica e quella evangelica-luterana sull'indissolubilità del matrimonio.

¹⁷⁰ G. CERETI, *Inseparabilità*, cit., pp. 282-283.

¹⁷¹ Mc. 10,9; Mt. 19,6.

¹⁷² G. AUTORINO - P. STANZIONE - A. MUSIO, *Il divorzio: disciplina, procedure e profili comparatistici*, Milano, 2002; F. CIPRIANI, in CIPRIANI - F. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio, II, Presupposti. Profili personali e processuali*, Napoli, 1988; C. DI IASI - E. PICARONI, *Procedimenti di separazione e di divorzio*, in



L'art. 3 della l. n. 898 prevede tassativamente i casi in cui sorge il diritto di chiedere il divorzio, ed in particolare quando: a) l'altro coniuge è stato condannato, dopo la celebrazione del matrimonio: 1) alla pena dell'ergastolo o a una pena superiore ad anni quindici per uno o più delitti non colposi; 2) per i delitti di cui agli artt. 564 e 609 bis ss. del codice penale ovvero per induzione, costrizione, sfruttamento o favoreggiamento della prostituzione; 3) per omicidio volontario di un figlio o per tentato omicidio del coniuge o di un figlio; 4) per lesioni personali gravissime, violazione degli obblighi di assistenza familiare, maltrattamenti o circonvenzione di incapaci ai danni del coniuge o di un figlio; in tutti questi casi, la domanda non può essere proposta dal coniuge condannato per concorso nel reato, ovvero quando la convivenza coniugale è ripresa; b) quando l'altro coniuge è stato assolto per vizio totale di mente da uno dei delitti elencati ai nn. 2 e 3, quando il giudice accerta la sua inidoneità a mantenere o ricostituire la convivenza familiare; c) quando il procedimento penale promosso per i delitti elencati ai nn. 2 e 3 si è concluso con sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato, quando il giudice ritiene che nei fatti commessi sussistano gli elementi costitutivi e le condizioni di punibilità dei delitti stessi; d) quando è stata pronunciata con sentenza passata in giudicato la separazione giudiziale fra i coniugi, ovvero è stata omologata la separazione consensuale, ovvero è intervenuta separazione di fatto iniziata almeno due anni prima del 18 dicembre 1970; in ogni caso, le separazioni devono essersi protratte ininterrottamente da almeno tre anni dall'avvenuta comparizione dei coniugi davanti al presidente del tribunale (v. 'Separazione personale dei coniugi'); e) l'altro coniuge, cittadino straniero, ha ottenuto all'estero l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio o ha contratto all'estero nuovo matrimonio; f) quando il matrimonio non è stato consumato; g) quando è passata in giudicato sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso.

La tassatività delle ipotesi che consentono il diritto di divorziare paradossalmente costituiscono espressione di una gradualità di approccio alla crisi coniugale.

Tale scelta, a ben vedere, ha, infatti, inteso mitigare i dissapori ecclesiastici sorti in occasione del *Referendum* sul Divorzio del 12 maggio 1974.

Famiglia e matrimonio, a cura di G. Ferrando, M. Fortino e R. Ruscello, in *Trattato di diritto di famiglia*, II, Milano, 2011, 1861 ss.; A. FINOCCHIARO, in A. FINOCCHIARO – M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, III, *Il divorzio*, Milano, 1988; A. GRAZIOSI, *Divorzio: II) Disciplina processuale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007; M.A. LUPOI, *Procedimento di separazione e divorzio*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 956 ss.; S. MAGNONE CAVATORTA, voce *Divorzio: II) Disciplina processuale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1999; A. SALETTI – M.C. VANZ, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, continuato da G. Bonilini, I, II, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007, 699 s.; F. TOMMASEO, in G. BONILINI – F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, Milano, 2010; E. VULLO, *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, I, Bologna, 2011.

¹⁷³ Successivamente modificata dalla l. 1 agosto 1978, n. 436 e dalla l. 6 marzo 1987, n. 74.



Pertanto, seppur i procedimenti finalizzati allo scioglimento del matrimonio appaiono essere dissimili in virtù dei differenti antecedenti sociali, culturali e storici, v'è da notare che, stante la connotazione religiosa, più o meno incisiva a seconda degli ordinamenti, l'istituto divorzile assurge a emblema del fallimento matrimoniale.

Nonostante, infatti, che la libertà di autodeterminazione possa giustificare tale importante scelta, esso rappresenta una soluzione al problema e, nel contempo, può determinare un problema alla soluzione.

Contrariamente alla cattolica Italia, un tempo antidivorzita, l'istituto in esame affonda, per l'ebraismo, le proprie radici nel periodo biblico ove veniva considerato un atto unilaterale del marito¹⁷⁴: “Quando un uomo abbia sposato una donna ed abbia con lei convissuto, se essa non gli piacerà più perché ha trovato in lei qualche cosa disconveniente, scriverà per lei un documento di divorzio, glielo consegnerà in suemani e la manderà via dalla sua casa. Essa uscirà quindi dalla sua casa, se ne andrà via e potrà unirsi con un altro uomo”¹⁷⁵.

Questo passo è stato oggetto di esame e di valutazione da parti di due importanti Scuole del I secolo, la più rigorosa di Shammai, e quella di Hillel¹⁷⁶.

L'attenzione scientifica e interpretativa, in particolare, si è soffermata sull'espressione, *ervàt davar* (qualcosa di sconveniente).

Atteso che generalmente la parola *ervà* è riferita alla condotta sessuale, ne discende che per la scuola di Shammai il divorzio è consentito solo allorquando si verifici qualcosa di sconveniente in ambito sessuale.

Meno inflessibile è la scuola di Hillel che, riferendosi all'intera espressione *ervat davar*, consente il divorzio in tutte quelle ipotesi in cui il marito abbia rinvenuto nella moglie qualcosa di sconveniente¹⁷⁷.

Vi è, infine, l'opinione, più permissiva, del Rabbi Akivà che, analizzando l'espressione «se essa non gli piacerà più» finisce con il ritenere lecito e consentito il divorzio nell'ipotesi in cui il marito abbia trovato una donna più bella di sua moglie.

Tale interpretazione trova, a ben vedere, una giustificazione psicologica atteso che nel momento in cui il marito cerca o trova una donna più bella di sua moglie, vorrà dire che oramai l'*affectio coniugalis* sarà venuto meno⁷.

¹⁷⁴ D.W. AMRAM, *Jewish law of divorce according to Bible and Talmud with some reference to its development in post-talmudic times*, Philadelphia, 1896.

¹⁷⁵ Deut. 24,1-2.

¹⁷⁶ Mishnà Ghittin 9,10: “La scuola di Shammai insegna che il marito non deve ripudiare la moglie fuorché nel caso in cui egli constati in lei un contegno immorale, conforme al testo che dice: “avendo egli trovato in lei qualche cosa di sconcio”. La scuola di Hillel ritiene: [Egli può divorziare da lei] anche se essa ha recato offesa comunque (letteralmente: abbia rovinato una pietanza), come è scritto, “avendo egli trovato in lei qualche cosa di sconcio in qualsiasi cosa”. Rabbi Akivà dice: “Anche se ne ha trovata un'altra più bella di lei”, conforme a ciò che dice il testo, “E avverrà se ella non troverà grazia ai suoi occhi”” (Traduzione di V. Castiglioni).

¹⁷⁷ A.M. RABELLO, *Il divorzio è comunque un fallimento*, come riportato in Kolot.it.



Per la tradizione ebraica, v'è da specificare che, al pari del matrimonio, anche il divorzio (*gerushim*) viene valutato alla stregua di una fattispecie contrattuale e, pertanto, necessita del consenso di entrambe le parti.

Tuttavia, stante l'importanza di tale decisione, l'istituto in esame è soggetto a norme dettagliate che consentono di determinare e, se del caso, valutare che la scelta sia quella giusta.

Il documento di divorzio, denominato *ghet*, viene redatto alla presenza di tre rabbini, consapevoli dell'impossibilità di poter conciliare la coppia.

Il procedimento di divorzio ha inizio con il tentativo di conciliazione fra i coniugi: il tribunale rabbinico, una volta presentata la domanda di divorzio, dovrà procedere in tal senso al fine di stabilire se vi siano possibilità per poter ricostruire il vincolo matrimoniale.

Qualora il tentativo di conciliazione, denominato *shelom bait* (pace familiare), fallisca, il tribunale rabbinico procederà con l'apertura di quella fase preliminare, avente carattere giudiziario, finalizzata alla valutazione e determinazione di validi motivi che giustificano realmente il divorzio¹⁷⁸.

V'è da specificare che non sarà l'adito organo giudiziario a sciogliere il matrimonio: vi sarà, infatti, l'emissione di una sentenza che riconoscerà l'esistenza di motivi validi e sufficienti per poter arrivare al divorzio, in caso di consenso fra i coniugi, ovvero per poter obbligare il marito a prestare il proprio consenso alla concessione del divorzio, nel caso di disaccordo.

Di conseguenza avrà luogo una fase formale consistente, per l'appunto, nella preparazione e consegna del *ghet*.

Tale documento, considerato dalla *Torah*, come il 'libro di separazione', viene scritto dal marito e consegnato alla moglie prima di mandarla fuori casa¹⁷⁹.

Caratteristica precipua del *ghet* è l'elemento volontaristico in quanto ciò che rileva è l'assenza di riserve mentali, considerate quali cause di invalidità¹⁸⁰.

A conforto di ciò, infatti, è necessario che il marito dichiari di aver annullato qualsivoglia tipologia di accordo, verbale o scritto, eventualmente reso in precedenza¹⁸¹.

Tuttavia, al fine di evitare anticipatici errori ed equivoci, oggigiorno il *ghet* è redatto da uno scriba nominato dal bet din che, in lingua aramaica, indica, con chiara esposizione, i nomi dei coniugi, la localizzazione, la data, le generalità dei testimoni, nonché soprannomi o appellativi, il tutto affinché nulla venga tralasciato e sia espressione di pura volontà¹⁸².

¹⁷⁸ E. BULZ, *Le divorce*, pp. 80 ss.

¹⁷⁹ Deut. 24,3.

¹⁸⁰ Yevamot 112b; Ghittin 67b; 88b.

¹⁸¹ Tur e Beit Yosef su Even HaEzer 134; shulcan Arukh Even HaEzer 134,5.

¹⁸² Cfr. SH.I. COHEN, *La costrizione a dare il 'ghet' in questo periodo*, in *Techumin*, XI, 1990, pp. 195 ss.; CH.SH. SHANAN, *Modi per costringere a dare il 'Het'*, in *Techumin*, XI, 1990, pp. 203 ss.



Il Maimonide spiega il motivo del divorzio e delle sue formalità nella sua ‘Guida degli smarriti’¹⁸³ : “Dato che può capitare talvolta che non regni un perfetto accordo nella loro unione e che il loro modo di vivere non sia ben ordinato, è stato permesso il divorzio. Ma se il divorzio avesse potuto essere compiuto con una semplice parola, o attraverso il mandare la donna fuori di casa, essa cercherebbe un momento di negligenza (da parte del marito), in cui non sarebbe osservata ed uscirebbe (di casa) pretendendo di essere divorziata; oppure se un uomo avesse avuto una relazione (adulterina) con lei, lei e il seduttore pretenderebbero che essa era stata divorziata prima. È per questo che la Torà vuole che il divorzio non sia valido senza che vi sia uno scritto che lo attesti: «scriverà per lei un documento di divorzio»”.

Dall’esame della letteratura talmudica si evince la differenziazione tra il divorzio e il mero annullamento del matrimonio.

In particolare, solo il marito potrà concedere il divorzio, mentre, in alternativa, alla moglie sarà possibile presentare domanda di annullamento rivolgendosi al Tribunale rabbinico che potrà emettere una sentenza che imponga al marito di dare il ghet a sua moglie¹⁸⁴.

Sono tre i casi in cui la donna potrà rivolgersi al Tribunale, *bet din*, al fine di ottenere un intervento nei confronti del marito: se quest’ultimo è affetto da un difetto fisico tale da precludergli la possibilità di coabitazione; se abbia trasgredito o si sia disinteressato dei suoi obblighi essenziali; se via sia un’insanabile incompatibilità sessuale.

Il ricorso al *bet din*, pertanto, sarà necessario solo allorché non vi sia un consenso reciproco alla cessazione del vincolo matrimoniale¹⁸⁵.

A differenza di taluni sistemi legislativi, infatti, ove sono le Corti a decidere in ordine alla legittimità del divorzio, nel sistema ebraico sarà l’elemento consensualistico delle parti a determinarne la validità.

Appare chiaro, quindi, da quanto esposto, che la giustificazione biblica dell’istituto certamente non vieta il ricorso a tale procedimento ma, nel contempo, non ne promuove l’utilizzo.

La scissione dell’elemento religioso con la determinazione degli effetti civili susseguenti a tale scelta imporranno, pertanto, di riflettere in ordine alla differenziazione che, in un’ottica pratica si traduce in complementarietà e specularità, si rinviene in entrambi gli ordinamenti.

¹⁸³ III, 49.

¹⁸⁴ B. SCHERESCHEWSKY, *Divorce*, in M. ELON, *The principles of Jewish Law, Jerusalem*, 1975, 415 ss.

¹⁸⁵ ARON OWEN, *Legal aspects of marriage*, in *Jewis Marriage*, Peter Elman editore, (London: The Jewish marriage educational council, 1967).