

NUPTIAS CONSENSUS FACIT?

ANTONIO FRATANGELO

NUPTIAS CONSENSUS FACIT?

L'istituto del matrimonio
nelle tradizioni giuridiche romana, islamica, giudaica
e nel diritto delle Comunità cristiane



Impaginazione, copertina e stampa: Grafica Elettronica srl - Napoli



ISBN 978-88-99306-00-7

© 2015 by Paolo Loffredo - Iniziative editoriali srl -
Napoli-Catania - iniziativeeditoriali@libero.it

*“Se ti sei acquistato la conoscenza, che ti manca?
Se ti manca la conoscenza, che ti sei acquistato?”*

(Talmud, Levitico Rabbah 1, 6)

*A mio padre,
che con affetto ha saputo inculcare in me
amore per lo studio e curiosità intellettuale*

SIGLE ED ABBREVIAZIONI

AG	Annali Giuridici
BECH.	Bechorot
C. TH.	Codice di Teodosio
CCEO	Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium
CIC	Codex Juris Canonici
CJ	Corpus Juris
CSP	Codice dello Statuto Personale
D	Digesto
ECCLI	Libro dell'Ecclesiastico
ED	Enciclopedia del Diritto
EI	Enciclopedia Italiana
EISA	Enciclopedia Italiana delle Scienze, lettere ed arti
H. I.	Hilchot Ishut
MEG.	Megillah (Mishnah)
M. SOT	Mishnah Sotah
NDI	Nuovissimo Digesto Italiano
OCI	Organizzazione della Conferenza Islamica
Q	Corano
S.A.	Shulchan Aruch (o Arukh)
SANH.	Sanhedrin (Mishnah)
T. B.	Talmud Babilonese

INTRODUZIONE

L'idea di scrivere questo saggio trae origine dai viaggi effettuati in taluni Paesi mediorientali e dalla successiva lettura di testi relativi alla civiltà ebraica ed islamica, primi tra tutti la Bibbia ed il Corano.

Hanno rafforzato tale intento le dotte ed accattivanti lezioni sui "Diritti dell'Antico Oriente" tenute dal prof. Onorato Bucci e quelle sulla "Società, economia e istituzione dei Paesi islamici" curate dal prof. Paul Akl negli anni della nostra formazione universitaria: questi Maestri, con la loro scienza e dottrina, hanno suscitato in noi l'interesse ad approfondire la conoscenza degli aspetti culturali e sociali di quei popoli, i loro *ways of life*.

Ci siamo quindi interessati alla legislazione sul matrimonio, istituto che più di ogni altro permette di penetrare all'interno del tessuto giuridico, sociale e religioso di un popolo, essendo il nucleo familiare la cellula primaria nella costruzione delle società e la chiave per capirne i meccanismi di funzionamento, per spiegare i comportamenti e le usanze, altrimenti inafferrabili ed incomprensibili ad un turista fugace e superficiale.

Ci ha colpito prima di tutto, inutile dirlo, la profondità di pensiero della normativa posta a fondamento delle quattro civiltà studiate, quella biblico-giudaica, quella romana, quella islamica e quella paleocristiana, contenuta rispettivamente nella Bibbia, nel *Corpus* variegato del diritto romano, nel Corano e nei Vangeli, oltre che nelle Lettere degli Apostoli. Questi testi hanno consentito un inquadramento storico-giuridico di base che ha messo in evidenza le naturali differenze rinvenibili tra i vari sistemi normativi, ma altresì le molte similarità, come quelle esistenti tra l'Antico Testamento e il Corano che in talune parti sembrano scritte dalla stessa mano, e le curiose

somiglianze tra istituti presenti nei diversi diritti, come la concezione monoteistica della divinità, la visione della donna, posta in una naturale posizione di subordinazione all'uomo, la sua collocazione all'interno della famiglia e la sua esclusione dall'ambito pubblico. Tutti la vogliono riservata, pudica, umile e casalinga, priva di interessi sociali, soggetta ad obblighi ma priva di diritti, la cui unica aspirazione è di sposarsi e crearsi una famiglia: a tutto il resto è e deve rimanere estranea¹.

Sono idee di fondo che si ritrovano simili, anzi identiche, in tutti e quattro i sistemi giuridici esaminati, quasi abbiano una comune lontanissima radice. La peculiarità sta nell'asserita origine divina delle norme che disciplinano questi aspetti sociali, derivazione che fa credere che sia la divinità a volere questo immutabile stato di cose, la condizione schiavizzante e inumana dell'elemento femminile. E così i veri responsabili, i maschi, ne vengono fuori immuni ed innocenti, agli occhi delle loro 'vittime' e a quelli del contesto sociale interno ed internazionale.

La conoscenza reciproca ed allargata ad altri sistemi culturali, quale quello occidentale, consente un avvicinamento di idee, pur nella diversità delle tradizioni e dei riti, che indubbiamente agevola una presa di coscienza di quelle genti e un loro irrefrenabile desiderio di migliorare le proprie condizioni giuridiche ed esistenziali: l'intercultura è la sola strada che può favorire la conoscenza, l'integrazione e l'avanzamento del singolo e della società.

¹ Per un'analisi più approfondita cfr. A. FRATANGELO, *Ancilla domini*, Napoli, Lofredo, 2013.

PREMESSA

Il matrimonio costituisce, da tempo immemorabile e presso tutte le popolazioni, il momento più importante per la formazione dell'istituto giuridico della famiglia. Lo studio che qui presentiamo riguarda la società romana, che per l'istituto che trattiamo precede quella cristiana, unitamente alle fondamenta giudaiche di quest'ultima ed a quelle dell'Islam.

Noi siamo abituati a ripetere, sulla scorta di un brocardo di Azzone della Scuola di Bologna che *consensus non amor statuit matrimonium*. La precisazione di Azzone si rende necessaria nel momento in cui la dizione di *affectio maritalis* passa nel diritto cristiano.

In effetti presso i Romani il fondamento delle nozze legittime è l' *affectio maritalis* , che esprime non solo il consenso iniziale, ma anche la volontà di perdurare nel rapporto matrimoniale, il desiderio continuo e persistente di continuare a far sussistere il vincolo coniugale: posizione ben esplicitata dal celebre principio di Ulpiano *nuptias consensus facit*.

L'amore come presupposto del *consensus* nasce con le fonti della tradizione ebraico-biblica, nella quale l'amore coniugale è santificato perché sollecitato e benedetto da Dio, come è evidenziato dai diversi versetti biblici (ad esempio, "per questo l'uomo lascia suo padre e sua madre e si unisce alla sua donna e diventano una carne sola": Genesi 2. 24). Ma, paradossalmente, l'amore come presupposto del *consensus* compare nella tradizione giudaica anche allorquando è sufficiente il semplice ripudio dell'uomo per dissolvere il legame matrimoniale.

Ben diversa è la posizione che si rinviene nelle fonti islamiche, per le quali sposarsi è soprattutto un obbligo sociale oltre che religioso e

Dio stesso invita i fedeli a contrarre matrimonio, come si deduce dal versetto 32 della sura 24: “E unite in matrimonio quelli fra voi che sono celibi e gli onesti fra i vostri servi e le vostre serve”.

Nella formazione del matrimonio cristiano si fondono tradizione giuridica romana e tradizione giuridica ebraica, dove consenso matrimoniale e amore rivestono una più marcata sacralità, con la obbligatoria celebrazione dinanzi al sacerdote ministro di Dio, la cui presenza, però, assume un diverso valore nel rito latino ed in quello orientale. In entrambi i riti il sacerdote deve necessariamente essere presente, pena l'invalidità dell'atto, ma mentre nel rito latino i ministri sono solo i due sposi e il celebrante è un testimone qualificato che ha la funzione notarile di raccogliere le manifestazioni di volontà dei nubenti, nel rito orientale egli è parte integrante dell'atto, di modo che nel rito latino il matrimonio è *contractus*, cioè un patto a due, tra i due nubenti, nel rito orientale è un *foedus*, cioè un patto, un accordo a tre, tra i due sposi e la divinità, rappresentata dal sacerdote.

Tutte e quattro le tradizioni giuridiche esaminate, romana, ebraico-giudaica, cristiana (che fonda le prime due) ed islamica, danno importanza alla volontà degli sposi, ma se si scava alla radice, si nota che in realtà non sempre tale volontà da sola è sufficiente a porre in essere un vincolo matrimoniale giuridicamente valido. Ad esempio, nella cultura romana il volere dei nubenti deve essere accompagnata, a pena di nullità, oltre che dalla *cohabitatio*, dall'assenso del *pater familias*, che ha un potere assoluto sulla vita e sulle decisioni dei membri della sua famiglia.

Stessa situazione troviamo nella cultura islamica, nella quale il matrimonio può essere considerato un vero e proprio contratto di compravendita della donna in cui si dà grande importanza alla dote nuziale (*mahr*). Però in tale contesto culturale la donna vergine e al primo matrimonio non può esprimere direttamente il consenso alle sue nozze, ma deve farlo attraverso il suo tutore matrimoniale, il *wali*, cioè il custode, che esteriorizza la volontà ed il consenso della

ragazza che egli rappresenta. *Wali* è in genere il padre della donna o, in sua mancanza, un fratello, il nonno, uno zio, comunque un membro maschile della sua famiglia in quanto i parenti di sesso femminile, compresa la madre, non hanno alcuna rilevanza giuridica.

Maggiore libertà esiste, invece, nella tradizione giuridica cristiana, nella quale, essendo il matrimonio un sacramento, un atto quindi che va accettato in piena libertà ed autonomia, deve essere accessibile liberamente ai fedeli. E la Chiesa, dopo una iniziale conformità ai precetti di Giustiniano che ritiene indispensabile l'assenso dei genitori, dal XII secolo in poi, con la Scuola di Parigi e poi con quella di Bologna e con il Concilio di Trento, non lo considera più obbligatorio.

La necessità del consenso dei padri di famiglia che esiste nella Roma classica e si rinviene ancora oggi nella cultura islamica, scaturisce ovviamente da una concezione passiva del ruolo della donna, considerata come del tutto subordinata all'uomo, priva di diritti pubblici e con limitatissimi diritti nella sfera privata.

Visione negativa che ritroviamo nella cultura giuridica ebraica e cristiana delle origini, con la sola eccezione di Gesù di Nazareth il quale, in contrasto con i canoni sociali dell'epoca, che tutto sommato hanno una posizione di avversione nei riguardi della donna, riconosce e consacra la dignità della figura femminile già presente nei *Proverbi* del testo biblico.

INDICE

<i>Sigle ed abbreviazioni</i>	p.	8
<i>Introduzione</i>	»	9
<i>Premessa</i>	»	11

PARTE PRIMA

STORIA E METASTORIA NELLA RILEVANZA DELL'ESPERIENZA GIURIDICA

Premessa	»	17
I. L'esperienza giuridica semitica in generale ed arabo-be- duina in particolare	»	20
II. L'esperienza giuridica romana	»	44
III. L'esperienza giuridica dell'Israele antico	»	55
IV. La formazione giuridica della Chiesa delle origini	»	71
Conclusione.	»	87

PARTE SECONDA

L'ISTITUTO GIURIDICO DEL MATRIMONIO

I. Il diritto romano	»	91
1.0. <i>Premessa</i>	»	91

1.1. La formazione della famiglia romana	p. 92
1.2. Il ruolo del <i>paterfamilias</i>	» 99
1.3. Il matrimonio.	» 105
1.4. I modi di costituzione del matrimonio romano . .	» 122
1.5. La presenza del sacerdote nel rito matrimoniale . .	» 136
1.6. Conclusione.	» 138
II. Il diritto dell'antico Israele	» 141
2.0. Premessa	» 141
2.1. La formazione della famiglia	» 144
2.2. Il ruolo del <i>paterfamilias</i>	» 152
2.3. Il matrimonio.	» 164
2.4. I modi di costituzione del matrimonio	» 180
2.5. La presenza del sacerdote nel rito matrimoniale . .	» 202
2.6. Conclusione.	» 206
III. Il diritto delle Comunità cristiane	» 207
3.0. Premessa	» 207
3.1. La formazione della famiglia cristiana	» 209
3.2. Il ruolo del <i>paterfamilias</i>	» 211
3.3. Il matrimonio.	» 216
3.4. I modi di costituzione del matrimonio	» 230
3.5. La presenza del sacerdote nel rito matrimoniale . .	» 234
3.6. Conclusione.	» 239
IV. Il diritto islamico	» 244
4.0. Premessa	» 244
4.1. La formazione della famiglia islamica	» 245
4.2. Il ruolo del <i>paterfamilias</i>	» 251
4.3. Il matrimonio.	» 262
4.4. I modi di costituzione del matrimonio islamico . .	» 282

4.5. La presenza del sacerdote nel rito matrimoniale . .	p. 287
4.6. Conclusione.	» 291
<i>Fonti</i>	» 293
<i>Bibliografia</i>	» 295