

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO**



**SCUOLA DI DOTTORATO  
IN SCIENZE GIURIDICHE**

DIPARTIMENTO “*CESARE BECCARIA*”

*Corso di Dottorato in DIRITTO ECCLESIASTICO E CANONICO*  
XXVIII ciclo – Ius 11

**TESI DI DOTTORATO DI RICERCA**  
*“Matrimonio e consumazione nei diritti religiosi”*

Dottorando: **Dott. Giuseppe Di Micco**

TUTOR: **Ch.mo Prof. Mario Tedeschi**

COORDINATORE DEL DOTTORATO: **Ch.mo Prof. Silvio Ferrari**

A.A.2014/2015

*A chiunque vorrà leggere queste pagine*

*E quando amate non dovrete dire: «Ho Dio nel cuore»,*

*ma piuttosto, «Io sono nel cuore di Dio ».*

*Non cercate di guidare l'amore, se vi ritiene degni, sarà lui a guidarvi.*

*Null'altro desiderio ha l'amore se non di appagare se stesso.*

*Ma se amate e, inevitabilmente bruciate, siano i vostri questi desideri:*

*Diventare acqua per sgorgare come*

*un melodioso ruscello e cantare il suo gorgheggiare alla notte.*

*(Kabil Gibran, Il Profeta)*

## INDICE

**Introduzione** .....pag.1

### **Capitolo I: *Matrimonio e Consumazione nel diritto ebraico***

1. Sessualità, desiderio e legge nel *Talmud* ..... pag.6
- 1.2 Matrimonio e sessualità.....pag.8
2. Il matrimonio ebraico: considerazioni generali..pag.10
- 2.1 Il matrimonio ebraico quale espressione dell'adempimento del precetto biblico della procreazione e del dovere di coabitazione.....pag.10
- 2.2 La consumazione quale possibile modalità di contrazione del matrimonio ....pag.13
- 2.3 Le prescrizioni circa le pratiche sessuali .....pag.15
3. I metodi anticoncezionali nel diritto ebraico.....pag.17
- 3.1 La procreazione assistita: inseminazione artificiale omologa ed eterologa.....pag.19
  - 3.1.1 L'inseminazione artificiale omologa.....pag.20
  - 3.1.2 L'inseminazione artificiale eterologa.....pag.21
4. La rilevanza della consumazione nella fase patologica del rapporto: il divorzio.....pag.23
- 4.1 Casi in cui la donna ha diritto di chiedere il divorzio.....pag.24
- 4.2 Il diritto del marito di chiedere il divorzio.....pag.27

### **Capitolo II: *La consumazione del matrimonio nel diritto canonico***

1. Principi fondamentali del matrimonio canonico: l'*indissolubilità* quale dimensione ontologica della realtà matrimoniale .....pag.29
- 1.2 Indissolubilità e consumazione: la dimensione giuridica della sessualità.....pag.33
2. Matrimonio *rato* e consumato: questioni terminologiche.....pag.36
3. I fondamenti e l'evoluzione storico-giuridica dell'importanza della *consummatio coniugi* nella dottrina canonica del matrimonio....pag.38
- 3.1 La rilevanza della consumazione nel diritto romano e nel diritto canonico preclassico. Il pensiero di Hincmaro di Reims.....pag.39
- 3.2 L'affermazione della *copulatheoria*: Graziano e la Scuola di Bologna....pag.43
- 3.3 La Scuola di Parigi e la teoria del consenso: da Ugo da San Vittore a Pietro Lombardo.....pag.46
- 3.4 La conciliazione tra le due teorie nel pensiero del pontefice Alessandro III...pag.50
4. Il Codice del 1917....pag.54
- 4.1 La teoria della copula fecondativa.....pag.58
- 4.2 La teoria della copula unitiva.....pag.60
- 4.3 La teoria della copula saziativa....pag.65
5. Una nuova visione del matrimonio: l'insegnamento del Concilio Vaticano II. La tesi della consumazione "*esistenziale*" .....pag.67

6. La consumazione nel nuovo codice di diritto canonico.....pag.71
- 6.1 Elementi fisici.....pag.73
- 6.2 Elementi psicologici....pag.76
7. Aspetti comparatistici con il concetto civilistico di consumazione.....pag.82

**Capitolo III: Lo scioglimento del matrimonio rato e non consumato nel diritto canonico: il procedimento per la concessione della dispensa “super rato”**

1. Cenni storici sull’evoluzione della prassi di dispensa *super rato* dei Romani Pontefici.....pag.84
2. La procedura per le cause di dispensa “*super rato et non consummato*” nel nuovo Codice di Diritto Canonico...pag.88
- 2.1 La Fase Diocesana del processo *super rato*.....pag.90
- 2.2 La fase apostolica del processo *super rato*: il Motu Proprio *Quaerit Semper*....pag.98
- 2.2.1 La Rota Romana soggetto di nuove competenze. Tra aspetti problematici e dubbi interpretativi. Verso possibili sviluppi futuri del processo “*super rato*”.....pag.101
3. Considerazioni circa la natura e il valore della dispensa “*super rato*” e della potestà pontificia sul matrimonio rato e non consumato...pag.105
4. Il non riconoscimento agli effetti civili della dispensa da matrimonio *rato* e non consumato. Una possibile apertura verso una nuova delibabilità della stessa?....pag.112
- 4.1 La sentenza n.18 del 1982 della Corte Costituzionale e la “crisi del sistema matrimoniale”....pag.114
- 4.2 La sentenza della Corte di Cassazione n.7276 del 1999. Riemerge il problema del riconoscimento civile dei provvedimenti di scioglimento da matrimonio *rato* e non consumato...pag.118

**Capitolo IV: Matrimonio e Consumazione nel diritto islamico**

1. La natura del matrimonio islamico: strumento di legittimazione dei rapporti sessuali.....pag.122
2. Le prescrizioni coraniche sulla disciplina dei rapporti sessuali.....pag.125
3. Gli effetti della consumazione ai fini della perfezione e validità del matrimonio.....pag.126
- 3.1 Gli effetti della consumazione sul dono nuziale....pag.128
- 3.2 Gli effetti della consumazione rispetto all’obbligo di mantenimento della moglie e rispetto ai figli...pag.130
4. Questioni circa il problema della contraccezione nel diritto islamico....pag.131
5. Gli effetti della consumazione sull’invalidità del matrimonio...pag.134
6. Consumazione e scioglimento del matrimonio: il ripudio...pag.136
- 6.1 *L’I<sup>-</sup>la<sup>-</sup>* .....pag.140
- 6.2 Il *Ziha<sup>-</sup>r*....pag.141

7. Divorzio e consumazione.....pag.142

8. Scioglimento *ex officio iudicis*.....pag.143

**Conclusioni**.....pag.145.

**Bibliografia**.....pag.155.

## ABSTRACT

Il tema della consumazione del matrimonio è alquanto risalente nel tempo. Esso accompagna tale istituto sin dalla sua origine. Questo è visibile analizzando i tre ordinamenti confessionali considerati nel presente lavoro, ossia quello ebraico, canonico ed islamico. Il contesto sociale in cui viviamo, caratterizzato oramai da un disgregarsi dei valori del matrimonio e della famiglia, ci spingono a dubitare se, forse, è ancora oggi necessario dare rilevanza giuridica alla consumazione. Nel diritto canonico esiste il matrimonio *rato* e non consumato, nonché il procedimento di scioglimento per inconsumazione del matrimonio, che nel 2011 ha subito un trasferimento di competenza nella fase apostolica dalla Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti ad un Ufficio costituito presso il Tribunale della Rota Romana. Una diversa importanza assume invece la consumazione nel diritto ebraico ed islamico.

**Parole chiave:** matrimonio, consumazione, scioglimento, divorzio

## ABSTRACT

The theme of the consummation of the marriage is somewhat of long standing. It accompanies this institution since its origin. This can be seen by analyzing the three religious orders considered in this work, namely Jewish, and Islamic canon. The social context in which we live, now characterized by a disintegration of the values of marriage and the family, encourage us to doubt if, perhaps, it is still necessary to give legal force to the consummation. In canon law exists marriage which is not consummated, and the procedure for dissolution of marriage for materials presented, which in 2011 underwent a transfer of competence in apostolic phase by the Congregation for Divine Worship and the Discipline of the Sacraments to an office set up at the Tribunal of the Roman Rota. A different importance is instead the consummation in Jewish and Islamic law.

**Keywords:** marriage, consummation, dissolution, divorce

## Introduzione

“Così che non sono più due, ma una carne sola”. Vorrei partire da questo passo evangelico<sup>1</sup>, per introdurre il mio lavoro di tesi di dottorato dal titolo “*Matrimonio e consumazione nei diritti religiosi*”. Tutto ciò scevro da ogni influenza di tipo confessionale, come nel mio caso quella cattolica, ma credo che ben si addica per comprendere l’essenza del matrimonio e della questione della consumazione ad esso strettamente legata, allargandolo ad una prospettiva comparatistica, non solo limitata al diritto canonico, sebbene è soprattutto in quest’ultimo che la consumazione conserva ancora la sua importanza.

Il matrimonio, più che un istituto è un’istituzione di millenaria memoria; prova ne è il fatto che gli ordinamenti confessionali ne pongono grandi attenzioni<sup>2</sup>; come si potrà leggere anche dal seguente lavoro, il diritto ebraico, canonico ed islamico ne dedicano ampio spazio. Il rilievo è che il matrimonio si trova al centro di un complesso di influssi spesso contrastanti tra di loro<sup>3</sup>, dove il diritto religioso influenza, a volte, fortemente il diritto statale. Seppure vi è diversità tra la concezione religiosa e quella civile<sup>4</sup>, ci si chiede come mai un istituto civile è stato attratto dagli ordinamenti religiosi, quasi a creare un intreccio e una commistione difficilmente dipanabile<sup>5</sup>? Questo è sicuramente vero per i rapporti tra il diritto canonico e quello civile, proprio perché il matrimonio era ritenuto un momento così importante nella vita dell’individuo, così denso di conseguenze, da costituire un atto talmente esemplare da ammantarsi di sacralità<sup>6</sup>. Di sicuro è meno influente per gli altri diritti di matrice confessionale.

Oggi è evidente che il pluralismo religioso e culturale che ormai penetra la nostra società, comporta anche una “pluralizzazione” dei modelli matrimoniali presenti in essa, non sorpendendo il fatto che alcune di queste forme di vita matrimoniale si pongano in posizione dialettica con quella stabilita dalla

---

<sup>1</sup> Matteo, 5,32.

<sup>2</sup> Ferrari Silvio, *Pluralità di sistemi matrimoniali e prospettive di comparazione*, in *Daimon*, 2, 2002, p.19.

<sup>3</sup> Dieni Edoardo, *Introduzione al tema*, in *Daimon*, 2, 2002, p.9.

<sup>4</sup> Pur essendovi, tuttavia, anche delle analogie, come tra quello canonico e statale.

<sup>5</sup> Tedeschi Mario, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2006, pp.331-332.

<sup>6</sup> Tedeschi Mario, *Manuale di diritto ecclesiastico*, *op.cit.*, p.332.

legislazione civile<sup>7</sup>. Tutto ciò di sicuro comporta problemi di coesistenza tra questi modelli matrimoniali, nonché solleva questioni di compatibilità con gli ordinamenti giuridici statali.

Consapevoli della coesistenza sul nostro territorio di diverse confessioni religiose, abbiamo scelto di affrontare il problema della consumazione del matrimonio, non solo limitatamente al diritto canonico, ma ampliandolo anche ai diritti che si fondano su dati rivelati, in particolare alle cosiddette tre grandi religioni del Libro, cristiana, ebraica e musulmana.

La maggiore "anzianità" del diritto ebraico, ci ha spinti a cominciare il nostro lavoro partendo dall'analizzare il rapporto tra matrimonio e consumazione in quest'ultimo (Cap. I). L'esame è partito dall'analisi della disciplina del matrimonio e della sessualità nella Bibbia e nel *Talmud*, poiché il matrimonio ebraico rappresenta ancora oggi l'adempimento del precetto biblico della procreazione e del dovere di coabitazione, nel quale si esplica anche il diritto per entrambi i coniugi di avere rapporti sessuali. Nel passato, inoltre, la consumazione ha rappresentato uno dei possibili modi di contrazione del matrimonio (*bità*).

Nel diritto canonico, l'indissolubilità del matrimonio, oltre ad essere una proprietà essenziale dello stesso (can. 1056 CIC), è un precetto di origine divina. S. Paolo scrivendo ai Corinti diceva: "*agli sposati ordino, non io, ma il Signore che la moglie non si separi dal marito, e qualora si separi rimanga senza sposarsi, o si riconcili col marito e il marito non ripudi la moglie*"<sup>8</sup>. Tale precetto può infatti applicarsi ad una realtà umanamente valida e davvero espressiva di "*ciò che Dio ha unito*".

Per il diritto canonico, è proprio alla dimensione dell'indissolubilità che si ricollega il discorso sulla consumazione. Come si avrà modo di approfondire ampiamente in seguito (Cap. II), il legislatore della Chiesa Cattolica ha operato una distinzione tra il matrimonio *rato*, un matrimonio già valido, venuto in essere attraverso la legittima manifestazione del consenso dei nubendi, insignito già del carattere sacramentale, dal matrimonio *rato e consumato*, che è quel matrimonio

---

<sup>7</sup> Ferrari Silvio, *Pluralità di sistemi matrimoniali e prospettive di comparazione*, cit., p.19.

<sup>8</sup> Prima Lettera ai Corinzi 7,10-11.

nel quale l'indissolubilità assurge alla sua pienezza, e dove i coniugi, compiendo l'atto sessuale in modo umano, diventano una sola cosa (can. 1061 CIC). Ciò, tuttavia, è stato il risultato di una lunga evoluzione storica, che parte dagli inizi del Medioevo, ed ha visto la celebre contrapposizione tra la Scuola di Bologna facente capo a Graziano che sosteneva la necessità della *copula carnalis* affinché il matrimonio fosse perfetto ed efficace, e la Scuola di Parigi che vede uno dei suoi principali esponenti in Pietro Lombardo, che sottolineava la centralità del consenso. Il dibattito tra le due scuole, ha avuto le sue ripercussioni sulla legislazione del 1917, che sebbene non escludesse la necessità del consenso per la formazione di un valido matrimonio, considerava la procreazione il fine primario del matrimonio, e l'oggetto del consenso come l'atto della volontà con il quale coniugi danno e accettano il diritto sul corpo per compiere gli atti idonei alla generazione della prole (can. 1081 § 2). Era una visione piuttosto meccanicistica e fisiologica, dove l'atto sessuale vi assumeva un carattere di centralità e di sufficienza. Si richiedeva solo che esso avesse avuto luogo nella sua pienezza fisica ed ontologica, affinché i coniugi diventassero una sola carne. Con la nuova concezione del matrimonio, così come presentata dal Concilio Ecumenico Vaticano II, anche il legislatore del nuovo codice si uniforma ad essa, prevedendo sempre la necessità del momento della consumazione, ma liberandola da una concezione prettamente meccanicistica, e sottolineando l'umanità dell'atto sessuale, quale atto che i coniugi compiono volontariamente e coscientemente per realizzare prima di tutto l'unione tra loro (can. 1061 CIC), e poi potenzialmente diretto alla procreazione.

Il matrimonio *rato* e consumato, è quel matrimonio connotato dalla indissolubilità intrinseca ed estrinseca, tale che nessuna potestà umana può scioglierlo eccetto la morte (can. 1141 CIC). L'assoluta indissolubilità che la consumazione fa acquisire al matrimonio canonico, subisce, tuttavia, delle eccezioni ove quest'ultima manchi, aprendo la strada alla possibilità dello scioglimento (can. 1142). E' proprio lo scioglimento del matrimonio *rato* e non consumato, l'argomento affrontato nel capitolo III. Anche in questo caso, non si è ommesso un cenno all'evoluzione storica della prassi pontificia di concedere le dispense *super rato*. Nell'analizzare il particolare procedimento per la

concessione della dispensa pontificia da matrimonio *rato* e non consumato, è stato necessario il riferimento al Motu Proprio *Quaerit Semper* del 30 agosto 2011, che ha disposto un trasferimento di competenze, nella fase apostolica, dalla Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti ad uno specifico Ufficio costituito presso il Tribunale della Rota Romana e presieduto dal Decano della stessa. Ciò non ha potuto non spingerci a porre delle riflessioni circa l'attuale natura di questo procedimento, permettendoci anche di dare qualche soluzione, e sulla possibilità in futuro della delibabilità delle dispense *super rato*.

Nel diritto islamico (Cap. IV), la dimensione della sessualità non è secondaria, dal momento che il matrimonio è proprio lo strumento che designa il luogo in cui si può porre in essere e in modo lecito l'atto sessuale. Inoltre, il Corano contiene alcuni versetti circa delle prescrizioni sui rapporti sessuali. Tuttavia, di sicuro la consumazione non acquisisce la stessa importanza che ha nel diritto canonico; anzitutto non è necessaria per il perfezionamento del vincolo nuziale. Ma ciò non vuol dire che essa non assuma alcuna rilevanza; infatti, la consumazione non solo è requisito richiesto per contrarre validamente un matrimonio, ma produce anche effetti patrimoniali circa il dono nuziale (*mahr*), e sulla restituzione o meno di quest'ultimo nei casi di invalidità del matrimonio e di ripudio.

Si spera che chi legga questo lavoro, possa trovare interesse e spunti di riflessione per l'argomento trattato.

## CAPITOLO I

### ***MATRIMONIO E CONSUMAZIONE NEL DIRITTO EBRAICO***

#### **1. Sessualità, desiderio e legge nel *Talmud*.**

Il matrimonio ebraico rappresenta l'ossatura e al tempo stesso la struttura per il controllo della disciplina della sessualità<sup>1</sup>. Quest'ultima, infatti, va posta in essere all'interno del matrimonio<sup>2</sup>, che ne regola prescrizioni e divieti<sup>3</sup>. Tuttavia, prima di affrontare più specificamente il discorso del matrimonio e dei rapporti coniugali all'interno dello stesso<sup>4</sup>, è utile soffermare dapprima la nostra attenzione sulla visione della sessualità proveniente dalla Bibbia<sup>5</sup> e dal *Talmud*. Nella concezione biblica, i rapporti sessuali all'interno del matrimonio pare che non destassero particolare interesse, purché rimanessero nella norma; esso era più che altro una questione di pratiche corporee e delle loro implicazioni culturali<sup>6</sup>. I rapporti sessuali praticati al di fuori del matrimonio non appaiono espressamente condannati, se non dalla successiva letteratura rabbinica.

Troviamo, inoltre, nella Bibbia la proibizione dell'adulterio, inteso come commercio sessuale di un uomo coniugato o celibe con una donna

---

<sup>1</sup>Fabbrini Dino, *Il matrimonio nel diritto ebraico ed israeliano. I suoi rapporti col diritto italiano*, Cuem, Milano, 2003, p.91.

<sup>2</sup>Egual discorso, come vedremo, vale anche per il diritto canonico e quello islamico.

<sup>3</sup>Fabbrini Dino, *Il matrimonio nel diritto ebraico ed israeliano. I suoi rapporti col diritto italiano*, *op.cit.*, p.91.

<sup>4</sup>E' doveroso sottolineare che i rapporti sessuali al di fuori del matrimonio, in particolare le relazioni occasionali, non per forza appaiono una vera trasgressione nel diritto ebraico.

<sup>5</sup>L'antico diritto biblico, ossia il complesso normativo che scaturisce direttamente dalle Sacre Scritture, costituisce ancora oggi, il riferimento normativo primario, interpretato alla luce delle massime della *Mishnah*, del commento del *Talmud*, delle narrazioni dei *Midrashim*, e della secolare interpretazione rabbinica ed esistenziale, che trova il proprio fondamento nella cosiddetta *Halachà*, ossia la parte precettiva della religione israelita, costituita soprattutto dall'insieme dei comandamenti divini formulati nei cinque libri del Pentateuco. Per indicazioni generali sul fondamento biblico del diritto ebraico si veda Rabello Alfredo Mordechaj, *Diritto ebraico*, in *Enciclopedia del diritto*, 1995, aggiornamento IV, p.2 ss.; Id., *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio, divorzio, bioetica*, Giappichelli, Torino, 2002.

<sup>6</sup>Biale David, *L'eros nell'ebraismo. Dai tempi biblici ai giorni nostri*, Giuntina Editore, Firenze, 2003, p.62.

sposata<sup>7</sup>, dell'incesto<sup>8</sup>, dell'omosessualità<sup>9</sup>, dei rapporti praticati durante il periodo mestruale<sup>10</sup>. Tali delitti, a sfondo apertamente sessuale, venivano puniti con la morte di entrambi i soggetti coinvolti attraverso la lapidazione o la vivicombustione<sup>11</sup>.

Per il diritto rabbinico, invece, il problema era dato più che dalla corporeità, dal desiderio, dallo stato psichico delle passioni che potevano dominare il corpo. Inoltre, sempre nella Bibbia, la procreazione era più che un obbligo, un obiettivo a cui tendere, ma non per forza era possibile raggiungerlo<sup>12</sup>. Il diritto rabbinico ha mutato questa regola in un vero obbligo divino; coloro che vengono meno a tale obbligo sono come degli assassini<sup>13</sup>.

Alcuni testi considerano del tutto lecita la sessualità, anche se stimolata dalle forze del peccato, poiché se non fosse per il desiderio che spinge l'uomo al compimento dell'atto sessuale, egli non potrebbe adempiere neanche al precetto della procreazione<sup>14</sup>; quest'ultima esige che l'uomo imbrigli le energie dialettiche del peccato e del male. L'atto sessuale è di per sé un atto peccaminoso, intrinsecamente iniquo, e questa iniquità deriva dal piacere fisico che lo stimola. Solo l'intervento di Dio può mutare l'atto edonistico nel santo proposito della riproduzione<sup>15</sup>. Ciò

---

<sup>7</sup>Lev., 18-20-20,10; Deut. 5,28-22,22.

<sup>8</sup>Lev. 18,6-18; Deut. 22,30-22-23.

<sup>9</sup>Lev.18-22-20,13.

<sup>10</sup>Lev.18,19-20,18.

<sup>11</sup>La lapidazione era la pena normalmente inflitta dalla *Torah*, mentre la pena del rogo probabilmente risale ad una molto più arcaica forma punitiva, consistente forse nell'ingestione di piombo fuso.

<sup>12</sup>Non a caso sono diversi gli esempi di donne sterili nella Bibbia; basti pensare a Sara moglie di Abramo, o a Elisabetta madre di Giovanni il Battista che ha concepito in vecchiaia.

<sup>13</sup>A tal proposito risulta emblematico l'episodio di Mosè e di Noè riportato da alcuni *midrash*; il primo deriso dal fratello Aronne e sua moglie, per aver fatto voto di castità ai tempi della rivelazione della *Torah* e non aver più degnato di attenzione la moglie Zipporà. Ugualmente per Noè, al quale Dio ordinò dopo aver lasciato il diluvio di procreare, ma egli continuò di propria volontà ad astenersi dai rapporti sessuali e ne fu umiliato. Ragion per cui, i rabbini ritenevano che la condotta di Mosè e di Noè non fosse di certo da emulare.

<sup>14</sup>"Se non fosse per il cattivo istinto, l'uomo non costruirebbe una casa, non sposerebbe una donna o avrebbe figli"; cfr. Biale David, *L'eros nell'ebraismo. Dai tempi biblici ai giorni nostri, op.cit.*, p.74.

<sup>15</sup>Biale David, *L'eros nell'ebraismo. Dai tempi biblici ai giorni nostri, op.cit.*, p.74.

che distingue l'uomo dagli animali e dagli angeli è lo *yetzer ha-ra*; egli condivide con gli animali la funzione della riproduzione, ma essi non sono spinti come lui dallo *yetzer ha-ra*. Quest'ultimo può essere compreso come il desiderio naturale, la passione impressa nell'uomo sin dalla nascita; si dice, infatti, che esso regni sopra le duecentoquarantotto membra dell'uomo<sup>16</sup>. Lo *yetzer ha-ra* è la forza che dà all'uomo la sua stessa capacità di scegliere tra il peccato e il giusto comportamento, quella qualità umana che è al tempo stesso potenzialmente creatrice e distruttrice.

## 1.2 Matrimonio e sessualità.

Alla luce di quanto precedentemente affrontato, la struttura più importante per incanalare la disciplina della sessualità era il matrimonio. Il matrimonio serviva per adempiere al precetto della procreazione, ma era al tempo stesso un valore separato dalla riproduzione<sup>17</sup>. Il matrimonio era così profondamente radicato nella cultura ebraica da divenire argomento di polemica tra ebrei e cristiani; gli stessi rabbini osteggiavano fortemente il celibato<sup>18</sup>. Dal momento che il matrimonio aveva lo scopo di controllare l'energia sessuale, l'età del matrimonio era un elemento importante; in particolare, quanto più ci si sposasse in età giovanile, tanto più ci si attirava la benedizione divina, così da non cedere alle tentazioni sessuali<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup>Rabbi ben Astroboli dice: "come può un uomo sfuggire allo *yetzer ha-ra* che è in lui? Perché la prima goccia di liquido seminale che un uomo introduce in una donna è lo *yetzer ha-ra*". "Quando l'uomo si eccita e si lascia andare a commettere qualche azione licenziosa, tutte le sue membra gli obbediscono... Quando egli sta per adempiere ad un precetto, esse cominciano a diventare pigre... Perché la sua buona inclinazione (*yetzer ha-ra*), è come un prigioniero in cattività". Cfr. Biale David, *L'eros nell'ebraismo. Dai tempi biblici ai giorni nostri*, op.cit., p.75.

<sup>17</sup>Recita un *midrash*: "Anche se un uomo non ha figli, non deve rimanere senza moglie". "Chi non ha moglie vive senza gioia, senza benedizione, senza bontà".

<sup>18</sup>Un *midrash* sulle figure bibliche di Nadav e Abihu può contenere un'allusione alla realtà sociale del tempo. Esso attribuisce la morte violenta per mano di Dio, di questi due figli di Aronne al fatto che essi non si fossero mai sposati: essi pensavano che nessuna donna fosse degna di loro perché essi erano membri dell'aristocrazia. Come conseguenza, dice il *midrash*, molte donne rimasero nubili poiché desideravano soltanto quei due.

<sup>19</sup>Biale David, *L'eros nell'ebraismo. Dai tempi biblici ai giorni nostri*, op.cit., p.82.

La maggior parte dei rabbini si sposava più tardi. Rav Chuna, un'autorità babilonese le cui lezioni si diceva che avessero causato impotenza, sosteneva che: "*chi ha venti anni e non è sposato passa tutti i suoi giorni nel peccato*"<sup>20</sup>. Tutto ciò dimostra come il matrimonio, e soprattutto quello precoce, fossero un antidoto contro il potenziale male insito contro le passioni sessuali. Infatti, diversamente dalla Bibbia, la letteratura rabbinica dedicò notevole considerazione alle abitudini sessuali tra i coniugi, malgrado la legge permettesse qualsiasi attività sessuale purché finalizzata alla procreazione. Il problema delle abitudini sessuali destò numerose controversie. Anzitutto, l'impossibilità di avere un rapporto sessuale quando la donna è mestrata<sup>21</sup>. Per favorire il pudore, l'opinione rabbinica dominante sosteneva che il rapporto sessuale dovesse aver luogo soltanto di notte, o nell'oscurità, e nessuno potesse assistere all'atto<sup>22</sup>. Altre opinioni contrastanti vertevano sulla questione se i rapporti dovessero avvenire indossando vestiti o nudi<sup>23</sup>.

L'atto sessuale esigeva, pertanto, sia moderazione che pudore<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup>Biale David, *L'eros nell'ebraismo. Dai tempi biblici ai giorni nostri*, op.cit., p.82.

<sup>21</sup>"Quando la moglie di un individuo è mestrata, ella è sola con lui a casa. Se egli lo vuole, ha rapporti sessuali con lei. Lo vede forse qualcuno o lo sa forse qualcuno che possa dirgli qualcosa? Egli teme soltanto Dio che ha dato disposizioni riguardanti le mestruazioni"; cfr. Biale David, *L'eros nell'ebraismo. Dai tempi biblici ai giorni nostri*, op.cit., p.83.

<sup>22</sup>Tuttavia, altri ritenevano che si potessero avere rapporti durante il giorno, altrimenti il marito sopraffatto dal sonno, poteva procedere in modo frettoloso e finire col disprezzare sua moglie.

<sup>23</sup>Shimon bar Yochai, un rabbino del II secolo, riprovava coloro che avevano rapporti sessuali nudi. Una storia attribuita ad una certa Imma Shalom rivela che ella rimanesse vestita durante il rapporto. Invece, secondo altri due rabbini di epoca posteriore, Yosef e Chuna, il rapporto doveva svolgersi senza vestiti e l'uomo che avesse chiesto a sua moglie di indossare l'abito doveva concederle il divorzio.

<sup>24</sup>Curiosi erano alcuni ammonimenti di carattere eugenetico, che venivano dati riguardo alle modalità del rapporto sessuale: "*Se un uomo ha un rapporto rimanendo in piedi, sarà esposto alle convulsioni; se rimane seduto, sarà soggetto agli spasmi, se ella starà sopra e lui sotto, sarà soggetto a diarrea*"; cfr.; Biale David, *L'eros nell'ebraismo. Dai tempi biblici ai giorni nostri*, op.cit., p.82.

## **2. Il matrimonio ebraico: considerazioni generali.**

Il matrimonio ebraico, così come quello islamico, a differenza di quello canonico, non è connotato dal carattere della sacramentalità. Infatti, la visione contrattuale predomina sia nella fase della celebrazione, che in quella dello scioglimento<sup>25</sup>; ma ciò non vuol dire che esso sia concepito come un'istituzione puramente secolare, poiché il diritto ebraico guarda al matrimonio come ad un contratto attraverso cui uomo e donna attuano il comando divino di sposarsi e di procreare<sup>26</sup>. La stessa cerimonia pubblica non è priva di aspetti di carattere rituale-religioso, anche se esso si fonda sul consenso liberamente prestato dalle parti<sup>27</sup>.

La concezione consensual-contrattualistica, in origine era di sicuro più favorevole all'uomo, che poteva unilateralmente liberarsi dal vincolo anche in assenza del consenso della donna. Inoltre, il matrimonio ebraico dei tempi biblici era un matrimonio poligamico; tuttavia, la poligamia pare che non fu mai realmente praticata fino ad essere abolita in Europa da un'ordinanza del rabbino Gershom, che ha parificato i diritti dei coniugi, rendendo indispensabile il consenso di entrambi anche nella fase dello scioglimento<sup>28</sup>.

### **2.1 Il matrimonio ebraico quale espressione dell'adempimento del precetto biblico della procreazione e del dovere di coabitazione.**

Il concetto di matrimonio ebraico, al di là della sua concezione meramente consensuale, esprime una forte idea di sacralità. L'unione dell'uomo e della donna, rappresenta infatti l'emblema della santificazione, affinché questi ultimi

---

<sup>25</sup>Madera Adelaide, *Lo scioglimento del matrimonio nei diritti confessionali: primi spunti di comparazione*, in *Daimon*, 8, 2008, p.234.

<sup>26</sup>Ferrari Silvio, *Pluralità di sistemi matrimoniali*, in *Daimon*, 2, 2002, p.44-45.

<sup>27</sup>Sotto tale aspetto, il matrimonio ebraico è più simile a quello canonico, che a quello islamico, poiché in quest'ultimo il consenso non per forza viene manifestato dagli sposi.

<sup>28</sup>Madera Adelaide, *Lo scioglimento del matrimonio nei diritti confessionali: primi spunti di comparazione*, *cit.*, p.235.

possano essere come le mura di un tempio, nel quale sono attuati i precetti della procreazione ed educazione dei figli, dell'aiuto reciproco e dell'osservanza degli obblighi stabiliti nella *ketubàh*<sup>29</sup>. Nei periodi di crisi pubblica, quando era difficile mantenere il servizio nel divino nel Tempio, la famiglia ha sostituito il Santuario e la tavola ebraica, l'altare<sup>30</sup>.

La famiglia, pertanto, quale simbolo per eccellenza dello stile di vita ebraico, costituisce la prima prescrizione religiosa ad essere stata data da Dio all'uomo. Essa permette l'esistenza di una nuova generazione che possa ricevere e a sua volta trasmettere la tradizione ed i valori ebraici, assicurando al tempo stesso il rinnovamento della collettività. Il mondo è stato creato per essere abitato<sup>31</sup>.

Il matrimonio è un'istituzione divina, dove l'uomo e la donna formano il completamento l'uno dell'altra<sup>32</sup>. Come nel racconto della creazione si chiarisce che la donna è parte dell'uomo, perché è da lui che viene originata, così nel matrimonio essi riformano una sola persona, ragion per cui ne viene sottolineato il bisogno che hanno uno dell'altro. Dallo studio dei saggi si evince che l'essere umano è un mezzo uomo e che solo attraverso l'unione matrimoniale egli ritrova la sua forma primigenia<sup>33</sup>. Il matrimonio è considerato un dovere per ogni uomo e l'ebreo osservante deve assolutamente sposarsi. Il celibato è generalmente considerato una colpa, a meno che non sia causato da seri motivi medici<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup>Fabbrini Dino, *Il matrimonio nel diritto ebraico ed israeliano*, op.cit., p. 73.

<sup>30</sup>Rabello Alfredo Mordechai, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio, divorzio, bioetica*, op.cit., p. 94. Non a caso, nell'Antico Testamento i rapporti tra Dio e Israele sono descritti in termini sponsali, in particolare nel Cantico dei Cantici.

<sup>31</sup>Isaia, 45-18.

<sup>32</sup>In *Genesi* 2,18-2,22-24 si legge che: "Poi il Signore Dio disse: Non è bene l'uomo sia solo, gli farò per lui un aiuto che gli sia simile ....fece scendere un torpore sull'uomo che lo addormentò, gli tolse una delle costole e con la costola che aveva preso dall'uomo il Signore Dio costruì una donna e la presentò all'uomo. L'uomo disse: questa volta essa è carne della mia carne e osso delle mie ossa. La si chiamerà donna perché dall'uomo è stata tolta". .... "Per questo l'uomo abbandonerà suo padre e sua madre e si unirà a sua moglie e i due saranno come una carne sola".

<sup>33</sup>Fabbrini Dino, *Il matrimonio nel diritto ebraico ed israeliano*, op.cit., p. 74.

<sup>34</sup>Rabello Alfredo Mordechai, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio, divorzio, bioetica*, op.cit., p. 95. Secondo le parole di Rabbì Tanchùm: "l'uomo che non ha moglie vive senza gioia, senza benedizione, senza bene". Il filosofo medioevale Rav Don Isaac Abravanel (1437-1508), si riferisce a coloro che rifuggono il matrimonio come a persone non completamente

Per adempiere al precetto della procreazione, la coppia ebrea dovrebbe generare almeno un bambino ed una bambina<sup>35</sup>. La *Mishnà* stabilisce che: *"Un uomo non deve astenersi dal connubio a meno che non abbia già figli: secondo la scuola di Hillel un maschio e una femmina, conforme al testo che dice Maschio e femmina li creò .... All'uomo è imposto il dovere di generare figli, ma non alla donna. Rabbi Jochaanan ben Beroka dice: Ad ambedue, conforme al testo che dice: E Dio li benedisse e Dio disse loro: Crescete e moltiplicatevi"*<sup>36</sup>. Iddio, dunque, si rivolge all'uomo non solo concedendogli il potere di riprodursi, ma anche dandogli la coscienza di questo potere.

Gli organi che sono destinati ad adempiere al precetto della procreazione devono essere usati in purezza e santità. Rimangono, dunque, vietati l'adulterio, la sodomia, l'onanismo, gli atti di prostituzione ed i rapporti prematrimoniali ed extra-coniugali. È unicamente il matrimonio il luogo per eccellenza deputato all'esercizio della sessualità<sup>37</sup>.

Il *Talmud*, inoltre, mette in evidenza la compartecipazione nell'opera della creazione fra Dio e i genitori: *"Tre sono coloro che partecipano alla creazione di un uomo: il Santo e Benedetto, il padre e la madre. Il padre mette la sostanza bianca di cui saranno fatti il cervello, i nervi, le unghie, le ossa e il bianco degli occhi; la madre mette la sostanza rossa che formerà la pelle, la carne, i capelli e il nero degli occhi; il Santo e Benedetto conferisce il respiro, l'anima, la bellezza dei tratti, la vista, l'udito, la parola, la facoltà di deambulazione, di comprendere, di discernere e di pensare"*<sup>38</sup>.

---

realizzate ed inopinatamente felici. Nessun uomo, giovane o vecchio, è scusato dal non aver adempiuto fino in fondo ai precetti di procreare e di mettere al mondo un maschio ed una femmina; anche se un uomo è già sposato, ed ha procreato dei figli, gli è vietato di rimanere solo.

<sup>35</sup>Si tratta di una delle più importanti *mitzvot* bibliche.

<sup>36</sup>Il *Talmud* spiega che questa scuola si basa sull'esempio di Mosè che si separò dalla moglie dopo aver avuto due figli maschi, per tornare in Egitto, ma altri Maestri spiegano che Mosè agì in tal modo perché pervaso di spirito profetico.

<sup>37</sup>Proprio in riferimento alla sfera sessuale vengono proclamati gli insegnamenti sulla santità.

<sup>38</sup>T.B. Niddà 31° nella traduzione di Laras G., *I racconti del Talmud*, Como, 2000, p.32.

All'obbligo del matrimonio si accompagna la necessità della procreazione, che rappresenta una costante della vita dell'ebreo, anche se è già stata realizzata<sup>39</sup>.

## **2.2 La consumazione quale possibile modalità di contrazione del matrimonio.**

Oggi la costituzione del vincolo coniugale nel diritto ebraico avviene in tre fasi: la fase del fidanzamento (*shiddukhim*), del matrimonio (*kiddushin*) a cui segue la lettura della *ketubà* e la fase dei *nissuin*; esso, tuttavia, ha un suo cerimoniale ben definito e consolidato, cui sono venuti aggiungendosi nel corso del tempo altri elementi<sup>40</sup>, sebbene il consenso fosse il fondamento del matrimonio in tutti i tempi. Secondo quanto riportato dal Maimonide, prima della *Toràh* se un uomo avesse incontrato una donna al mercato e volesse sposarla, e quest'ultima avesse acconsentito, la portava a casa sua, si univa sessualmente e lei diventava sua moglie. Da questo passo si apprende come il consenso appaia l'elemento basilare del matrimonio, ma ai fini del perfezionamento del vincolo erano richiesti altri due elementi: l'introduzione nella casa maritale ed il rapporto sessuale (*bi'à*). La copula, dunque, era l'elemento che perfezionava il vincolo e connotava di legalità la stessa unione dell'uomo con la donna<sup>41</sup>. Gli stessi maestri del *Talmud* del resto davano come scontato che presso i popoli del loro tempo, la copula costituisse la condizione necessaria e indispensabile per la costituzione del vincolo matrimoniale. Secondo il diritto biblico, l'unione sessuale è capace di per sé di creare l'unione matrimoniale, a condizione però che entrambe le parti esternassero la volontà di ricorrere a quell'atto per stabilizzare il vincolo e che dei testimoni assistessero ad un tale atto<sup>42</sup>. Pare che addirittura prevalesse l'usanza di introdurre la futura sposa nella camera da letto della madre dell'uomo, in modo da

---

<sup>39</sup>Secondo il testo del Maimonide: "Anche se un uomo può aver adempiuto fino in fondo alla *mitzvah* della procreazione, questa è ciò nondimeno una *mitzvah* dei Saggi che egli non può smettere di procreare per tutto il tempo che rimane virile ed è un comando dei Saggi che nessun uomo possa rimanere senza moglie ...". Maimonide *Yad Ishut* 15,16.

<sup>40</sup>AA.VV., *Il Matrimonio ebraico*, Belforte Editore, Livorno, 2003.

<sup>41</sup>AA.VV., *Il Matrimonio ebraico*, op.cit., p. 13.

<sup>42</sup>AA.VV., *Il Matrimonio ebraico*, op.cit., pp. 13-15.

condurla nell'ambiente in cui si esalta l'amore e la procreazione, e così ritenerla degna di continuare la tradizione familiare<sup>43</sup>.

Di fatti, però, il matrimonio mediante *bi'à* appariva caduto in desuetudine già ai tempi del *Talmud*, poiché considerato disdicevole sotto la sfera morale. Infatti, la norma codificata dal Maimonide recitava: "*non si ricorre alla bi'à ai fini della costituzione del vincolo matrimoniale. Chiunque vi contravviene è passibile della pena della flagellazione per ribellione e ciò affinché non ci si abitui all'impudicizia*".

Una volta celebrati i *kiddushin*, l'uomo e la donna sono reciprocamente legati l'uno all'altra, il legame matrimoniale è ormai costituito; di conseguenza, tale unione potrà essere sciolta solo con la morte o con un atto di divorzio (*ghet*)<sup>44</sup>. La donna diventa consacrata, *mekudeshet*, a quel determinato uomo e proibita ad altri; per cui entrambi non possono unirsi in un altro matrimonio. In tal caso, però, il matrimonio non può essere ancora consumato, i rapporti coniugali restano proibiti fino al compimento<sup>45</sup> della seconda fase della cerimonia matrimoniale, ossia dei *nissuìn*. Anche nel caso in cui i *kiddushin* si fossero formati a seguito di rapporto sessuale (*bi'à*), i coniugi non potranno avere rapporti fino al compimento dei *nissuìn*. Il rabbino veneziano Leone da Modena (1571-1648) riferisce molto bene il senso dei *kiddushin*: "*contratto che si ha il matrimonio, si fa la scrittura tra lo sposo e i parenti della sposa e poi va lo sposo a toccar la mano e riconoscer la sposa. In alcuni paesi usano all'ora ponergli l'anello al dito e sposarla, ma in Italia e Thedeschi per ordinario non lo fanno. Stanno poi così promessi, chi un anno, chi due, più o meno secondo la volontà e comodo delle parti, che così pattuiscono; in questo tempo lo sposo visita e pratica la sposa e scherza con lei, ma non la conosce carnalmente. Giunto il tempo delle nozze e deputato il giorno .... all'ora che si vuole, si riducono gli sposi in una sala o*

---

<sup>43</sup>Montera Ludovico, *Elementi di diritto di famiglia ebraico*, in [www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it](http://www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it), p.4.

<sup>44</sup>Rabello Alfredo Mordechai, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio, divorzio, bioetica, op.cit.*, p. 100

<sup>45</sup>Così come non sorgeranno ancora i doveri di mantenimento della moglie da parte del marito. Ecco perchè già da tempo si tende a non far intercorrere troppo tempo tra la prima e la seconda fase.

*camera, sotto un baldacchino con suoni, ed alcuni usano con certi fanciulli appresso con torce accese in mano che cantano. Concorsa la gente d'intorno, si mette uno di questi manti quadrati con pendacolari, detto Taled, che copre il capo dello sposo e sposa insieme”<sup>46</sup>.*

Dopo la cerimonia dei *kiddushin*, viene data lettura di un documento, chiamato *ketubà*. Esso viene redatto poco prima del matrimonio e contiene oltre ai nomi degli sposi e dei loro padri, l’assunzione degli impegni morali ed economici che il marito si assume nei confronti della moglie, come gli alimenti, il vestiario, l’adempimento del dovere della coabitazione, nonché di mantenere intatto l’ammontare della dote portato dalla moglie.

Successivamente si passa al compimento della seconda parte della cerimonia matrimoniale, costituita dai *nissuìn*, ossia dal matrimonio vero e proprio. Gli sposi si trovano sotto la *chuppà*, una specie di baldacchino steso su quattro pertiche, simbolo della coabitazione dove segue il rapporto sessuale. Si tratta di un’antica consuetudine risalente ad Isacco, il quale introdusse la futura moglie Rebecca nella tenda di Sara sua madre, la prese per moglie e la amò<sup>47</sup>. Alcuni, oltre alla *chuppà*, usano introdurre gli sposi da soli, una volta terminato il rito nuziale, in una stanza, per evidenziare il vero e proprio inizio del rapporto matrimoniale attraverso la consumazione<sup>48</sup>.

### **2.3. Le prescrizioni circa le pratiche sessuali.**

Se, come già precedentemente affermato, è nel matrimonio che trova espressione e fondamento la sessualità<sup>49</sup>, ne consegue che quest’ultima deve essere adempiuta nel rapporto matrimoniale. Infatti, tra i diritti e i doveri dei coniugi, vi è quello di garantire un regolare rapporto sessuale, che rappresenta un

---

<sup>46</sup>Per il testo si veda *Vita di Jehudà. Autobiografia di Leon da Modena, rabbino veneziano del XVII secolo*, Torino, 2000; il passo è anche in riportato in Rabello Alfredo Mordechai, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio, divorzio, bioetica, op.cit.*, pp. 100-101, nota 53.

<sup>47</sup>Genesi, 24,67.

<sup>48</sup>AA.VV., *Il Matrimonio ebraico, op.cit.*, p. 19.

<sup>49</sup>Vedi par.1.

dovere per l'uomo ed un diritto della donna, con una frequenza il cui minimo dipende dal lavoro dell'uomo<sup>50</sup>. Ugualmente al compimento dell'atto sessuale si correla l'obbligo da parte dell'uomo di procreare e la donna si può rifiutare, potendo in tal caso giungere anche allo scioglimento del matrimonio.

La *Mishnah* analizza e regola in maniera dettagliata le norme riguardanti le pratiche sessuali: "*Le volte prescritte dalla Torah per adempiere ai propri doveri coniugali sono: per un uomo che non lavora tutti i giorni; per i manovali due volte la settimana; per i conduttori di somari una volta la settimana; per i conduttori di cammelli una volta al mese; per i marinai una volta ogni sei mesi*"<sup>51</sup>.

Ciò rappresenta lo standard minimo al di sotto del quale si può parlare di inadempimento dei doveri coniugali. Tuttavia, laddove vi fosse il desiderio di entrambi i coniugi, è possibile dar luogo a rapporti sessuali che vadano anche oltre le prescrizioni minime<sup>52</sup>. Non solo, ma tale standard rappresenta il giusto desiderio dell'uomo di voler godere con la sua legittima sposa dei piaceri del talamo, fermo restando che non si riduca, soprattutto per l'uomo, ad un mero atto di piacere. Infatti, il piacere sessuale che un uomo può trarre dal rapporto stesso, è considerato potenzialmente pericoloso e non è una motivazione sufficientemente valida per fare sesso<sup>53</sup>.

Dal punto di vista delle modalità del rapporto sessuale, la disciplina è molto meno dettagliata; tutte le pratiche eterosessuali sono permesse, purché l'uomo non sparga impropriamente il proprio seme; il rapporto dovrà possibilmente condurre la donna all'orgasmo e che lo scopo del rapporto sia almeno finalizzato alla procreazione<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup>Fabbrini Dino, *Il matrimonio nel diritto ebraico ed israeliano*, op.cit., p. 76.

<sup>51</sup>Mishnà Ketubot 5,6.

<sup>52</sup>Alcuni autorevoli studiosi come il Maimonide, vedono questi standard minimi come un'auspicabile linea di condotta da tenere.

<sup>53</sup>Fabbrini Dino, *Il matrimonio nel diritto ebraico ed israeliano*, op.cit., p. 93.

<sup>54</sup>Fabbrini Dino, *Il matrimonio nel diritto ebraico ed israeliano*, op.cit., p. 94. Il Maimonide fissa la norma nel suo *Mishnè Torà*, Hilchot Melachim; 9,5: "Sei situazioni di rapporto sessuale illecito sono vietate al Noachide: rapporto con la (propria) madre, con la moglie del proprio padre, con la propria sorella che abbia in comune la madre, con la moglie di un altro uomo, con un maschio, con un animale". 9,7: "Un ben Noach non è responsabile per la moglie del proprio prossimo se

Altra regola importante<sup>55</sup> è il divieto di avere rapporti sessuali quando la donna è mestrata, né con il marito, né con altri. Secondo la tradizione, il sangue mestruale è la punizione di Eva per aver tentato Adamo con il frutto proibito nel giardino dell'Eden. L'osservanza delle regole mestruali è uno dei precetti specifici che riguardano le donne, e chi non li osservasse potrebbe essere punito con la morte di parto<sup>56</sup>. Soltanto, trascorsa una settimana dal termine delle mestruazioni ella si purifica immergendosi in un *mikveh* e le relazioni sessuali possono essere riprese<sup>57</sup>. L'immersione nel *mikveh*, rappresenta prima di tutto un atto di natura religiosa, caratterizzandosi come momento di rinascita spirituale. Il rabbino Rav Samson Raphael Hirsch paragona l'immersione della donna nel *mikveh*, prima di riprendere i rapporti sessuali, all'immersione rituale del sacerdote prima di entrare nel Tempio di Gerusalemme<sup>58</sup>.

### 3. I metodi anticoncezionali nel diritto ebraico.

La procreazione è un obbligo che direttamente scaturisce dal matrimonio, e per il quale si giustifica il compimento dell'atto sessuale, obbligo che incombe sull'uomo e non sulla donna, ne consegue che per quest'ultima, sarà più facile ricorrere alle pratiche contraccettive. Tuttavia, si tratta di un argomento non facile

---

*non per un rapporto sessuale normale intervenuto dopo che lei ha già avuto un rapporto sessuale con un suo marito; ma (per un rapporto) con una fidanzata o con una che è entrata sotto il baldacchino senza che vi sia stato ancora un rapporto sessuale (con il marito), non è responsabile, dato che è scritto; è posseduta dal marito. 8. Un ben Noach che ha fatto sposare una schiava al suo schiavo e la cosa è risaputa nel luogo, e la chiamano la ragazza di Tizio, se ha un rapporto sessuale con lei, è passibile di pena di morte in quanto donna sposata". Il testo è riportato da Mordechai Rabello Alfredo, *Il matrimonio nel diritto ebraico*, in *Il Matrimonio* (a cura di S. Ferrari), Giappichelli, Torino, 2006, p.54.*

<sup>55</sup>Tra i 613 precetti previsti dal diritto ebraico v'è un gruppo alla cui osservanza sono tenute solo le donne ebrae: la *ridda*, e tra queste rientra quella prescrizione che vieta i rapporti sessuali durante il ciclo mestruale. Durante il periodo del Tempio, infatti, veniva persino evitato il contatto con gli oggetti che erano stati toccati da lei; ugualmente vi sono testimonianze che la donna vivesse in una casa separata.

<sup>56</sup>Fabbrini Dino, *Il matrimonio nel diritto ebraico ed israeliano*, op.cit., p. 79.

<sup>57</sup>Fabbrini Dino, *Il matrimonio nel diritto ebraico ed israeliano*, op.cit., p. 79.

<sup>58</sup>Gli archeologi hanno scoperto *mikveh* databili prima del periodo del Secondo Tempio; queste sono collocate all'esterno del Tempio, e probabilmente erano usate per la purificazione dei pellegrini prima di salire al Tempio.

e della massima riservatezza<sup>59</sup>. Si creerebbero, in tal caso, delle situazioni contrastanti; da un lato il venir meno al comandamento del "*crescite e multiplicatevi*", dall'altro v'è la necessità di trovare rimedi a situazioni difficili in cui è in gioco la vita di uno dei coniugi<sup>60</sup>.

Uno dei principali strumenti di contraccezione usati dalle donne è il *mokh*. Per la disciplina minoritaria del *Talmud* vi sono tre tipi di donne che lo usano: la minorene, la donna incinta e la donna che allatta<sup>61</sup>. Ma la maggior parte degli interpreti ritiene che neanche queste ultime debbano utilizzarli ed affidarsi alla misericordia divina per evitare rischi conseguenti ad una gravidanza. E' pur vero che un'eventuale gravidanza nei casi citati determinerebbe delle conseguenze pregiudizievoli; una minorene potrebbe non avere i mezzi di sussistenza necessari per poter crescere un bambino, la donna incinta potrebbe subire una gravidanza sovrapposta tale da danneggiare il feto, mentre quella che allatta potrebbe svezzare il neonato in modo troppo prematuro. Resta il fatto che anche tra i rabbini non vi è unanimità di opinioni sull'uso del *mokh* da parte della donna, tale da far scaturire numerosi responsi nella *halakhàh* sulla possibilità di ricorrere o meno alla contraccezione<sup>62</sup>. Secondo alcuni, l'uso del contraccettivo sarebbe permesso solo nei tre casi citati<sup>63</sup>, secondo altri l'uso è possibile solo nel caso in cui la gravidanza arrechi un grave pericolo alla vita della madre, ammettendosi, dunque, un uso strettamente terapeutico<sup>64</sup>. Inoltre, sebbene alcuni ritengano che il *mokh* debba essere inserito dopo il rapporto sessuale, come una sorta di strumento post coitale, le opinioni più recenti sembrano essere più permissive, permettendo l'uso della contraccezione a tutte le donne<sup>65</sup>. Vi sono stati alcuni casi in cui è stato

---

<sup>59</sup>A tal proposito sembrerebbe che il Rav Feinstein, preferiva su questo argomento rispondere a voce alle questioni che gli venivano sottoposte, onde evitare che ci si potesse basare su presupposti erronei.

<sup>60</sup>Rabello Alfredo Mordechai, *Il procurato aborto*, in *Intorno alla vita che nasce. Diritto ebraico, canonico ed islamico a confronto*, Giappichelli, Torino, 2013, p.77.

<sup>61</sup>Fabbrini Dino, *Il matrimonio nel diritto ebraico ed israeliano*, op.cit., p. 95.

<sup>62</sup>Fabbrini Dino, *Il matrimonio nel diritto ebraico ed israeliano*, op.cit., p. 96.

<sup>63</sup>E' questa l'opinione di Rabbi Meir riportata da Rashi.

<sup>64</sup>Chatam Sofer, *Responsa* su YD 172.

<sup>65</sup>Fabbrini Dino, *Il matrimonio nel diritto ebraico ed israeliano*, op.cit., p. 97.

permesso l'utilizzo di mezzi anticoncezionali; una donna, dopo il parto, potrebbe restare di nuovo incinta prima di un anno, pertanto, dovrà usare mezzi anticoncezionali e i coniugi non dovranno astenersi dai rapporti sessuali, essendo l'atto sessuale un atto dovuto. Ugualmente una donna dopo tre parti cesarei può usare il diaframma per vari anni, fino a quando non sarà completamente rimessa, e ove i medici le avessero proibito di restare di nuovo incinta potrà usarlo per sempre<sup>66</sup>. E' permesso l'uso di anticoncezionali quando la donna ha avuto aborti naturali. Le moderne tecniche di contraccezione sono valutate dalla *halakhàh* in modo da far sì che il rapporto sia mantenuto nei suoi canali naturali. A conferma di ciò la pillola viene preferita, poiché essendo una barriera chimica<sup>67</sup>, meno interferisce con un normale rapporto e previene il concepimento piuttosto che impedirne lo sviluppo<sup>68</sup>.

Una donna alla quale venga permesso l'uso di contraccettivi dovrà stare attenta a non avere perdite di sangue, che potrebbero renderla impura (*niddà*) e quindi proibita al marito. E' considerata proibita la pratica del *coitus interruptus* così come stabilito dal Maimonide: "*E' proibito distruggere il seme. Pertanto un uomo non può praticare il coitus interruptus*"<sup>69</sup>.

### **3.1 La procreazione assistita: inseminazione artificiale omologa ed eterologa.**

Attesa, come già più volte precedentemente evidenziato, l'importanza del precetto di procreare per il diritto ebraico, si sono posti problemi circa la possibilità di adempiere tale precetto, nel caso in cui la coppia non riuscisse ad avere figli. Va premesso che la tradizione ebraica mira ad incoraggiare le tecniche mediche volte a risolvere le problematiche di sterilità maschile o femminile<sup>70</sup>. Per

---

<sup>66</sup>Rabello Alfredo Mordechai, *Il procurato aborto*, in *Intorno alla vita che nasce. Diritto ebraico, canonico ed islamico a confronto*, op.cit., p. 79.

<sup>67</sup>Fabbrini Dino, *Il matrimonio nel diritto ebraico ed israeliano*, op.cit., p. 98. In ogni caso rimane aperto il dibattito connesso all'uso della pillola.

<sup>68</sup>Di Segni Gianfranco, *Ebraismo e bioetica*, in *Ebraismo* (a cura di D. Bidussa), Einaudi, Torino, 2008, p.494.

<sup>69</sup>Mishnè Torà, Issurè Bià 21,18.

<sup>70</sup>Montera Ludovico, *Elementi di diritto di famiglia ebraico*, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), p.10.

le autorità rabbiniche il problema si pone riguardo a quelle tecniche con cui il figlio viene concepito in modo non naturale ed allo *status* giuridico dello stesso<sup>71</sup>.

Infatti, l'inseminazione artificiale avviene mediante l'iniezione, in virtù di un procedimento medico, dello sperma nella vagina o nell'utero della donna, senza che vi sia il compimento dell'atto sessuale, condizione naturale imprescindibile per poter procreare<sup>72</sup>. Il motivo per cui si ricorre a tale tecnica è la sterilità totale o parziale dell'uomo. Si tratta di un problema non del tutto sconosciuto alla tradizione ebraica, dal momento che già nel *Talmud* babilonese veniva prospettata la possibilità per una donna di rimanere incinta senza il compimento di un atto sessuale, come nel caso in cui un uomo emetteva sperma in un bagno, poi penetrato in una donna che avesse fatto il bagno dopo di lui<sup>73</sup>. Un altro precedente è dato dal *Midrash*, che narra della nascita di Ben Sirà dal profeta Geremia. Quest'ultimo, avuta un'emissione di seme in bagno, avrebbe lasciato incinta la figlia del seme paterno, per aver fatto il bagno dopo di lui nello stesso posto. Ben Sirà viene considerato un figlio *casher*, cioè non incestuoso, poiché mancando il rapporto sessuale, non c'è stata un'unione incestuosa<sup>74</sup>.

L'inseminazione può essere omologa quando è il marito stesso a donare lo sperma; eterologa quando lo sperma proviene da un donatore esterno o viene preso dalla cosiddetta "banca dello sperma"; mista quando viene presa sia dal marito che da un donatore esterno<sup>75</sup>.

### 3.1.1 L'inseminazione artificiale omologa

Anche nel caso in cui viene immesso nel corpo della donna lo sperma del marito, chiaramente senza compiere l'atto sessuale, si pone il problema di

---

<sup>71</sup>Montera Ludovico, *Elementi di diritto di famiglia ebraico*, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it), p.10.

<sup>72</sup>Parleremo, invece, di fecondazione artificiale quando i problemi di sterilità dipendono dalla donna.

<sup>73</sup>Levitico 21,13. Il problema era esaminato al fine di risolvere la questione se il Sommo Sacerdote, che in virtù delle disposizioni bibliche poteva sposare solo una vergine, potesse sposare una donna vergine rimasta incinta in un bagno, arrivando ad una conclusione positiva.

<sup>74</sup>Geremia è considerato a tutti gli effetti padre di Ben Sirà; normalmente secondo la *Halachà* padre è considerato colui che da il seme.

<sup>75</sup>Rabello Alfredo Mordechai, *La procreazione assistita*, in *Intorno alla vita che nasce. Diritto ebraico, canonico ed islamico a confronto*, op.cit., pp. 37-38.

verificare l'adempimento del precetto divino della procreazione, oltre al pericolo del divieto di distruzione inutile del seme dell'uomo<sup>76</sup>. Secondo il pensiero tradizionale<sup>77</sup>, poiché l'atto sessuale è parte integrante dell'adempimento del precetto biblico, quest'ultimo non sarebbe rispettato nel caso di inseminazione artificiale, anche se omologa. Oggi, alla luce dei progressi delle tecniche mediche, si tende a superare tale opinione; infatti, la maggior parte delle autorità rabbiniche ritiene che l'importante sia il risultato finale, per cui può ritenersi adempiuto il precetto "*crescite e multiplicatevi*"<sup>78</sup>.

Per quanto riguarda, invece, il pericolo di dispersione dello sperma, le autorità religiose proibiscono ogni emissione di sperma non avvenuta nel rapporto sessuale, e quindi negli organi genitali della donna, vietando questo genere di procreazione. Anche in questo caso, la maggior parte dei decisori, ritiene che non si tratti di una perdita inutile, dal momento che la coppia fa di tutto pur di avere un figlio e di salvaguardare l'integrità del nucleo familiare, che si fonda sulla presenza dei figli nella coppia<sup>79</sup>.

### **3.1.2 L'inseminazione artificiale eterologa**

La possibilità di procreare mediante donazione di seme proveniente da un terzo crea di sicuro notevoli problematiche. Possiamo per grandi linee registrare due filoni: coloro che ritengono e coloro che negano la legittimità del ricorso

---

<sup>76</sup>Rabello Alfredo Mordechai, *La procreazione assistita, in Intorno alla vita che nasce. Diritto ebraico, canonico ed islamico a confronto, op.cit.*, pp. 38-39.

<sup>77</sup>Si veda Rabello Alfredo Mordechai, [www.morasha.it](http://www.morasha.it), 18 ottobre 2012. Un esempio proviene dal Rav S. Goren, che pur ritenendo che il bambino vada attribuito al donatore di seme, non ritiene che un bambino nato con inseminazione artificiale omologa il compimento del precetto biblico.

<sup>78</sup>Secondo il Rav Shlomo Zhalman Auerbach, famoso decisore di Gerusalemme, si adempirebbe quantomeno il precetto "*perché sia abitata la terra Egli l'ha formata*". Sempre secondo varie autorità il marito che ha dato il seme è da considerarsi senz'altro padre del bambino, onde si è ritenuto che anche la figlia nata da tale inseminazione potrà ereditare da suo padre e le sarà proibito sposare i parenti stretti di quest'ultimo.

<sup>79</sup>E', tuttavia, opportuno precisare che la permissione di emettere il seme maschile al di fuori del normale rapporto coniugale è possibile a determinate condizioni: che la coppia non sia in grado di avere un figlio normalmente, attendendo prima vari anni, e due medici dovranno assicurarsi che non vi sono problemi da parte della donna nel ricevere il seme in questo modo. In alcuni ospedali esiste una procedura particolare, dove per evitare che lo sperma del marito non venga sostituito da quello di un altro, vi sono dei controlli da parte di rabbini specializzati.

all'eterologa, opinando a seconda dei casi sull'esistenza o meno di un atto di adulterio.

Alcuni ritengono che tale procedura dia luogo ad un vero e proprio atto di adulterio, con la conseguenza che i figli nati in questo modo sono considerati adulterini (*mamzherim*)<sup>80</sup>. Secondo tali sostenitori, sebbene la procreazione avvenuta in modo non naturale, fosse già un problema presente nelle fonti classiche, si trattava tuttavia di casi di inseminazione involontaria, mentre laddove il ricorso a tale procedura fosse volontario si commetterebbe adulterio, trasgredendo il precetto biblico di non concedere in modo impuro il seme con una moglie altrui<sup>81</sup>. Di conseguenza, non solo sussisterebbe il divieto di avere un rapporto sessuale con una donna sposata, ma anche farle avere il proprio seme senza un atto carnale, causando, pertanto, l'impurità del donatore di seme. Motivo per cui si commetterebbe la trasgressione di una proibizione di origine biblica<sup>82</sup>.

La posizione della maggioranza, invece, nega che il ricorso all'eterologa sia fonte di adulterio. Sebbene la maggior parte delle autorità rabbiniche proibiscano il ricorso alla procedura di donazione di seme di un terzo<sup>83</sup>, tuttavia non si commetterebbe adulterio, poiché mancando il rapporto sessuale, mancherebbe la condizione principale per avere un adulterio<sup>84</sup>. La donna che ha subito una procedura di inseminazione eterologa, può continuare ad essere permessa a suo marito, diversamente invece se vi fosse adulterio; e per di più potrebbe, nel caso di morte del marito o di divorzio del primo matrimonio, essere permessa al donatore di seme, proprio perché fra loro non vi è stato un rapporto sessuale che ha fatto sorgere un impedimento al matrimonio.

---

<sup>80</sup>Fra i sostenitori di questa posizione si possono annoverare il Rav Teintelbaum e il Rav Waldenber. Ci sia consentito dire che a nostro modesto avviso si tratta di posizioni più tradizionaliste.

<sup>81</sup>Levitico 18,20.

<sup>82</sup>Rabello Alfredo Mordechai, *La procreazione assistita*, in *Intorno alla vita che nasce. Diritto ebraico, canonico ed islamico a confronto*, op.cit., p.43.

<sup>83</sup>E' questa, ad esempio, la posizione del Rav Feinstein il quale ritiene che il divieto trova la sua ragion d'essere nel cercare di evitare possibili unioni incestuose.

<sup>84</sup>Rabello Alfredo Mordechai, *La procreazione assistita*, in *Intorno alla vita che nasce. Diritto ebraico, canonico ed islamico a confronto*, op.cit., p. 45.

Per quanto riguarda, infine, lo *status* del figlio nato con inseminazione eterologa, la maggior parte dei decisori ritiene che la paternità vada attribuita al donatore di seme<sup>85</sup>; per altri da un punto di vista giuridico è come se fosse senza padre ed altri che la paternità sia dubbia. Tuttavia, si è concordi nel considerarlo un figlio non adulterino<sup>86</sup>.

#### **4. La rilevanza della consumazione nella fase patologica del rapporto: il divorzio.**

L'istituto del divorzio consentito dal diritto ebraico, è concepito in una prospettiva negativa rispetto alla preminenza della validità del vincolo<sup>87</sup>. Il divorzio è tollerato, ma caldamente sconsigliato, se non quando non si sia riuscito in alcun modo a conciliare gli sposi<sup>88</sup>. L'istituto del divorzio ha vissuto nel tempo diverse evoluzioni; esso risale già al periodo biblico ed era previsto, come anche tutt'ora, quale atto unilaterale del marito<sup>89</sup>. Sarà proprio dal testo biblico, in particolare dal passo del Deuteronomio 24,1-14, che verranno stabilite le regole giuridiche per il divorzio. La *Torah*, infatti, nell'interpretazione data dal *Talmud*, ammetteva per l'uomo un diritto unilaterale di liberarsi dal vincolo matrimoniale, senza che fosse necessario il consenso della donna, prevedendosi un obbligo abbastanza limitato di prestare la dote<sup>90</sup> in favore della donna. Inoltre, il *favor* attribuito all'uomo circa la possibilità di scioglimento del vincolo era rinforzato

---

<sup>85</sup>Come lo stesso Rav Feinstein che teme per la possibilità di un incesto.

<sup>86</sup>Rabello Alfredo Mordechai, *La procreazione assistita, in Intorno alla vita che nasce. Diritto ebraico, canonico ed islamico a confronto, op.cit.*, p. 47.

<sup>87</sup>Madera Adelaide, *Lo scioglimento del matrimonio nei diritti confessionali: primi spunti di comparazione, cit.*, p.236.

<sup>88</sup>Fabbrini Dino, *Il matrimonio nel diritto ebraico ed israeliano, op.cit.*, p.84.

<sup>89</sup>Il passo biblico di riferimento è tratto dal libro del Deuteronomio 24,1-14: "*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 di sconveniente, scriverà per lei un documento di ripudio, glielo consegnerà in sue mani e la manderà via dalla sua casa. Essa uscirà quindi dalla sua casa, se ne andrà via e potrà unirsi con un altro uomo. Ma se quest'ultimo la prende in odio e le scrive un documento di ripudio, glielo consegna in sue mani e la manda via dalla sua casa, oppure nel caso che il secondo uomo che se la prese in moglie muoia, non potrà il primo marito che già l'ha ripudiata tornare a prendersela in moglie dopo che essa è stata contaminata, perché ciò è considerata cosa abominevole al Signore*".

<sup>90</sup> Era, tuttavia, un obbligo circoscritto ad una somma molto limitata, nel caso in cui la sposa fosse ancora vergine ed il divorzio non fosse stato causato per sua colpa.

anche dall'ammissibilità della poligamia<sup>91</sup>. Sembrerebbe, inoltre, che la scrittura di un libello di ripudio, fosse molto importante anche da un punto di vista pratico, per cui si esigeva la presenza di una persona competente per poterlo redigere.

Verso la fine del Secondo Tempio si ebbe un dibattito tra due scuole circa la concessione dei motivi di divorzio; la scuola di Hillel che riteneva sulla base dell'interpretazione dei testi biblici si potesse avere il divorzio anche per motivi apparentemente futili, mentre per la scuola di Shammai si richiedeva l'esistenza di gravi ragioni morali<sup>92</sup>. Si tratta di un dibattito acceso sulla base di differenti interpretazioni del passo del Deuteronomio. La scuola di Shammai, infatti, considerava quali "*cose sconvenienti*" principalmente la condotta sessuale, mentre per quella di Hillel non solo le condotte sessuali, ma qualsiasi cosa di sconcio che l'uomo avesse trovato nella donna, anche il fatto che "*ella non gli piacerà più*"<sup>93</sup>, poteva essere causa di liberazione dal vincolo coniugale.

#### **4.1. Casi in cui la donna ha diritto di chiedere il divorzio.**

Circa il diritto della donna di poter chiedere il divorzio, vi è da dire che, fermo restando che l'atto di divorzio spetta sempre al marito, i dottori della *Mishnà* e del *Talmud* hanno cercato delle strategie per permettere alla stessa la possibilità di ottenere il divorzio per liberarsi dall'oppressione del marito divenuto insopportabile<sup>94</sup>. "*Una donna è stata data per vivere, non per soffrire*"<sup>95</sup>. Nel periodo talmudico si sviluppa, pertanto, un processo di parificazione dei coniugi, ammettendosi il diritto unilaterale della donna di liberarsi dal vincolo in presenza di una serie di circostanze imputabili al marito, potendo ricevere in tutto o in parte

---

<sup>91</sup>Madera Adelaide, *Lo scioglimento del matrimonio nei diritti confessionali: primi spunti di comparazione, cit.*, p.237.

<sup>92</sup>Secondo la *Mishnà*: "*la scuola di Shammai insegna che il marito non deve ripudiare la propria moglie fuorché nel caso in cui egli constati un contegno immorale, in conformità al testo che dice avendo egli trovato in lei qualche cosa di sconcio. La scuola di Hillel opina: egli può divorziare da lei anche se essa ha recato offesa o comunque come è scritto, avendo egli trovato in lei qualche cosa di sconcio in qualsiasi cosa.*"

<sup>93</sup>Rabello Alfredo Mordechai, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio, divorzio, bioetica, op.cit.*, pp.143-144.

<sup>94</sup>Rabello Alfredo Mordechai, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio, divorzio, bioetica, op.cit.*, p.145.

<sup>95</sup>T.B. Ketubot 61a.

la prestazione patrimoniale<sup>96</sup>. Tra le ipotesi in cui la donna può chiedere lo scioglimento vi sono anche alcune legate al rapporto sessuale, tra cui delle malattie o difetti fisici che lo rendono sgradito alla moglie, come pure problemi inerenti alla sua condotta morale. Fra le cause principali vi è la contemporanea relazione adulterina con un'altra donna, benché la moglie avesse chiesto di sospendere tale relazione<sup>97</sup>. Il tribunale, potrà anche prendere in considerazione il desiderio espresso dal marito di pentirsi e di tornare sulla retta via, così come potrà tenere in considerazione l'eventuale perdono concesso dalla moglie, confermato dall'aver avuto rapporti sessuali con il marito dopo aver inoltrato la richiesta di divorzio o dall'essersi di nuovo sposata con lui dopo aver divorziato<sup>98</sup>.

Altro caso importante in cui una donna può chiedere il divorzio riguarda la mancanza della coabitazione. Si tratta di un obbligo previsto già dal libro dell'Esodo: "*non dovrà farle mancare la coabitazione....*"<sup>99</sup>. La coabitazione è, dunque, un diritto della donna ed un dovere fondamentale per l'uomo; in tale dovere rientra il dovere per quest'ultimo di avere rapporti sessuali con la propria consorte, oltre che vivere sotto lo stesso tetto. Può accadere che il marito al fine di sposare un'altra donna e divorziare dalla prima moglie, decida di non coabitare più con quest'ultima per convincerla così a chiederle il divorzio.

E' possibile chiedere il divorzio in caso di sterilità del marito; poiché uno degli scopi principali del matrimonio ebraico è quello di assicurare la continuità

---

<sup>96</sup>Madera Adelaide, *Lo scioglimento del matrimonio nei diritti confessionali: primi spunti di comparazione*, cit., p.237. Il testo biblico da cui è stato ricavato il diritto della moglie di poter chiedere il divorzio lo si trova in Esodo 21,7-11: "*se un uomo vende la propria figlia come schiava, essa non dovrà uscire dal possesso del padrone alla maniera degli altri schiavi. Se al padrone non piacesse, in modo che egli non la destini a se stesso, egli ha l'obbligo di affrancarla senza esigere alcun risarcimento; egli non avrà il diritto di venderla ad una famiglia estranea come fosse una sua proprietà, perché questo rappresenterebbe un inganno nei riguardi di lei. Se egli l'avrà destinata in sposa a suo figlio, essa godrà di tutti i diritti di moglie legittima. Se egli sposterà poi un'altra donna, non dovrà farle mancare il nutrimento, gli indumenti e la coabitazione. Se egli non procede nei riguardi di lei secondo una di queste tre condizioni, essa uscirà libera senza nulla pagare*".

<sup>97</sup>Ciò risulta ancora più rafforzato dopo il decreto del Rabbino Ghershom che non ammette la poligamia.

<sup>98</sup>Rabello Alfredo Mordechai, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio, divorzio, bioetica*, op.cit., pp.159-160.

<sup>99</sup>Esodo, 21-10.

della specie umana<sup>100</sup>; a tal proposito vi è un diritto della donna alla procreazione, sebbene come già detto in precedenza, esiste soltanto per l'uomo l'obbligo di procreare<sup>101</sup>. Tuttavia, è del tutto legittimo che la donna desideri di avere dei figli e può chiedere il divorzio se sostiene che suo marito è sterile o ha altri difetti fisici che lo rendono incapace alla procreazione. In questo caso il tribunale dovrà, prima di obbligare il marito a concedere il *ghet*, essere convinto della sincerità della donna e che il suo desiderio sia effettivamente quello di avere dei figli e non una scusa per “*l'aver messo gli occhi su un altro uomo*”<sup>102</sup> o che desideri soltanto avere dei vantaggi economici. Una volta provata la sterilità del marito<sup>103</sup>, il tribunale potrà emettere una sentenza che obblighi il marito a concedere il divorzio e se non ubbidirà, potrà costringerlo a concedere il *ghet*<sup>104</sup>. Se risulta chiaro che la sterilità dipende dal marito, la donna avrà anche diritto alla *Ketubà*.

Anche nel caso di impotenza, o comunque quando egli non sia in grado di adempiere al dovere della coabitazione, la donna può richiedere il divorzio. Rispetto al caso precedente, non si tratta di sterilità del marito, perché potrebbe accadere che la donna abbia già dei figli, ma che il marito è incapace da un punto di vista fisico di adempiere al dovere della coabitazione. Rispetto al passato, dove bastava che la donna sostenesse davanti a suo marito l'impotenza di lui, negli ultimi tempi onde evitare che ciò diventasse un *escamotage* per richiedere facilmente il divorzio, viene richiesto che la donna ne sostenga in tribunale dinanzi a lui l'impotenza, richiedendosi anche la presenza di qualche elemento a sostegno della sua dichiarazione<sup>105</sup>. Soprattutto si dovrà concedere il divorzio, quando il marito non sia in grado di adempiere al dovere di coabitazione per più di sei mesi in seguito a malattia incurabile. Se il marito riconosce di essere impotente, il tribunale potrà costringerlo a dare il *ghet* e la *Ketubà* alla moglie.

---

<sup>100</sup>Secondo il noto precetto biblico del *Crescete e multiplicatevi*.

<sup>101</sup>Par. 2.3.

<sup>102</sup>Tosasefèt su Ketubot, 63b.

<sup>103</sup>Anche mediante perizia medica.

<sup>104</sup>Rabello Alfredo Mordechai, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio, divorzio, bioetica, op.cit.*, p.162.

<sup>105</sup>La donna non dovrà attendere in questo caso dieci anni prima per poter agire, ma se il marito potrà avere un rapporto sessuale una volta ogni sei mesi, non vi sarà motivo di divorzio.

#### 4.2. Il diritto del marito di chiedere il divorzio.

La possibilità per l'uomo di divorziare dalla propria consorte, si sostanziava in una prerogativa prettamente data al marito. Infatti, come precedentemente affermato, il diritto biblico riconosceva un diritto unilaterale del marito di sciogliersi dal vincolo, diritto che in seguito ha subito una restrizione, riconoscendosi una serie di cause che giustificano una richiesta di divorzio da parte della donna<sup>106</sup>. Anche per il marito esistono delle cause di divorzio legate alla difficoltà di avere rapporti sessuali. Come per la donna, così pure il marito può chiedere il divorzio nel caso in cui la moglie ponga in essere una condotta immorale, ad esempio quando intrattenga una relazione con un altro uomo. Il marito qualora nutrisse sospetti sull'adulterio della moglie o avesse testimonianze parziali, può chiedere il divorzio, oppure perdonare la condotta della moglie ed eliminare così la causa di divorzio. Tuttavia, se la donna avrà avuto un rapporto sessuale durante il matrimonio e la cosa può essere provata con due testimoni, ella non potrà più essere perdonata<sup>107</sup>.

Altra causa di divorzio è la sterilità della donna. Il marito può divorziare se la donna non avesse avuto figli trascorsi dieci anni dal matrimonio<sup>108</sup>.

Ugualmente il marito potrà divorziare quando la moglie soffra disturbi o malattie che impediscano il normale rapporto sessuale o quando rifiuti i rapporti sessuali per più di un anno<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup>Non è secondario sottolineare di nuovo che a seguito della decisione del rabbino Gershom non è più ammessa la poligamia ed è richiesto il consenso della donna al divorzio, parificando, dunque, sempre più la posizione della donna a quella del marito. Il rabbino Josef Caro raccomandava: "*Non è permesso al marito di rompere il primo matrimonio senza un grave motivo. Ed anche se questo motivo esiste, non dovrà affrettarsi a divorziare da sua moglie*".

<sup>107</sup>Rabello Alfredo Mordechai, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio, divorzio, bioetica, op.cit.*, pp.165-166.

<sup>108</sup>Vi sono alcuni autori come il Maimonide e il rabbino Josef Caro che ammoniscono il marito che divorzi da sua moglie a causa della sterilità di quest'ultima.

<sup>109</sup>Fabbrini Dino, *Il matrimonio nel diritto ebraico ed israeliano, op.cit.*, p. 86.

## CAPITOLO II

### ***LA CONSUMAZIONE DEL MATRIMONIO NEL DIRITTO CANONICO***

#### **1. Principi fondamentali del matrimonio canonico: l'indissolubilità quale dimensione ontologica della realtà matrimoniale.**

L'approccio all'istituto del matrimonio canonico implica di dover considerare lo stesso sotto una duplice dimensione: naturale e sacramentale. Per la Chiesa Cattolica, infatti, il matrimonio non appartiene soltanto alla natura delle cose, ma è insignito del carattere della sacramentalità. Gesù Cristo elevò il matrimonio tra battezzati da semplice contratto naturale a sacramento, fondendo in un'unica realtà entrambe le cose, che divengono dunque inseparabili<sup>1</sup>.

L'unione che si crea tra un uomo e una donna nel matrimonio è rappresentata da un vincolo stabile, perpetuo ed esclusivo<sup>2</sup>. Il can. 1056 del Codice di Diritto Canonico afferma che le proprietà essenziali del matrimonio sono l'unità e l'indissolubilità, che nel matrimonio cristiano conseguono una particolare stabilità (*firmitas*) in ragione della sua sacramentalità<sup>3</sup>. L'indissolubilità, assieme all'unità, è trattata dal *Codex* come una proprietà essenziale del matrimonio<sup>4</sup>. Essa rappresenta la traduzione giuridica di una lunga elaborazione filosofico-teologica; l'indissolubilità, al pari dell'unità, viene vista come qualcosa che sorge dalla natura stessa del matrimonio, è un'esigenza intrinseca della sua

---

<sup>1</sup> Marchetta Benedetto, *Scioglimento del matrimonio canonico per inconsumazione*, Cedam, Padova, 1981, p.3.

<sup>2</sup> Can. 1134 CIC.

<sup>3</sup> Musselli Luciano - Tedeschi Mario, *Manuale di diritto canonico*, Monduzzi, Bologna, 2006, pp. 115-119.

<sup>4</sup> Cann. 1055, 1101 § 2, 1125 § 3.

essenza<sup>5</sup>. Tali proprietà non possono essere concepite come leggi estranee all'istituzione matrimoniale, imposte da Dio o dalle autorità umane soltanto per proteggerla dai pericoli dell'egoismo e delle passioni umane. Si tratta, invece, dell'espressione tecnica delle esigenze più profonde della natura umana che si attua in modo degno nel matrimonio<sup>6</sup>. In base a quanto riferito dal Vangelo anche il matrimonio primitivo era indissolubile<sup>7</sup>; non a caso dal racconto della Genesi si apprende che l'uomo abbandonerà tutto per formare insieme alla donna una nuova famiglia e questo legame è tale che essi divengono un solo essere<sup>8</sup>. Quindi l'indissolubilità non solo è stata stabilita da Dio, ma anche dalla legge naturale. Essa viene riaffermata con forza di fronte agli orientamenti largamente divorzisti presenti nella società ebraica di quei tempi; non si tratta di un precetto per una ristretta comunità di eletti, ma di una componente di un ordinamento universale, riscoperto in tutta la sua intensità e valido da sempre per tutti gli uomini<sup>9</sup>. Il fatto che Mosè avrebbe permesso il ripudio a causa della durezza del cuore degli uomini<sup>10</sup>, ha indotto qualcuno a pensare che l'indissolubilità non fosse richiesta dalla

---

<sup>5</sup> Navarrete Urbano, *Indissolubilità del matrimonio*, in *Nuovo Dizionario di diritto canonico* (a cura di Carlos Corral Salvador, Velasio De Paolis, Gianfranco Ghirlanda), Ed. S. Paolo, Ciniello Balsamo, 1993, pp. 577 ss.

<sup>6</sup> Navarrete Urbano, *Indissolubilità del matrimonio*, *op. cit.*, p. 577.

<sup>7</sup> Matteo, 19,8.

<sup>8</sup> Genesi, 2, 24 “*Per questo l'uomo abbandonerà suo padre e sua madre e si unirà a sua moglie e i due saranno una carne sola*”. È il principio dell'*una caro* biblica, fondamento dommatico dell'unità e dell'indissolubilità del legame matrimoniale.

<sup>9</sup> Moneta Paolo, *Communitas vitae et amoris coniugalis. Scritti di diritto matrimoniale canonico*, Pisa University Press, 2013, p.336 ss.

<sup>10</sup> Nel Vangelo di Matteo, riaffiora l'antica giustificazione del ripudio costituita dall'impudicizia o adulterio della donna. Questa clausola (*mè epì pornèia, excepta fornicationis causa*) sarà oggetto di innumerevoli interpretazioni che si sforzeranno di mantenerla nell'ambito di un comandamento che sembra pur sempre imporre l'indissolubilità in tutta la sua assolutezza, ma costituirà un costante punto di appoggio per tutti coloro che vorranno adattare l'insegnamento di Cristo alla debolezza della realtà umana.

legge naturale, farebbe parte soltanto dei suoi principi secondari<sup>11</sup> e dunque non sarebbe indispensabile per l'esistenza della famiglia in sé. Tuttavia, lungo i secoli il magistero della Chiesa attraverso l'operato dei papi e dei vescovi, come anche quello dei Concili ecumenici e particolari, ha sempre ribadito l'importanza e la centralità del principio di indissolubilità e condannato qualsiasi concezione divorzista<sup>12</sup>. Fedele all'insegnamento di Cristo ed alla dottrina dei Padri della Chiesa, già il diritto canonico medievale afferma il principio di indissolubilità matrimoniale. I concili, il papato e i dottori della Chiesa unirono i loro sforzi per farlo rispettare, non senza difficoltà<sup>13</sup>. Per arrivare a tempi più a noi vicini possiamo notare come Pio XI in diverse occasioni ha ribadito la centralità dell'indissolubilità; nell'Enciclica *Casti Connubi* afferma che : *“questa proprietà si riferisce a qualunque matrimonio, anche se solamente naturale o legittimo, è una proprietà di ogni vero matrimonio, in virtù della quale la rottura del vincolo non può dipendere dall'arbitrio delle*

---

<sup>11</sup> Tacelli Maria Luisa, *Sessualità e consenso. Ratio peccati e ratio contractus nella disciplina canonistica delle nozze cristiane*, Jovene, Napoli, 2006, pp. 158-159. Tra i padri della Chiesa spicca la figura di Tertulliano come uno dei più strenui difensori dell'indissolubilità; nel *De Monogamia* egli scrive : *“adeo autem repudium a primordio non fuit, ut apud Romanos post annum sexcentimum Urbis conditae id genus duritiae commissum denotetur . Sed illi etiam non repudiantes, adulteria commiscent; nobis, etsi repudiemus, ne nubere quidem licebit”*. Per un approfondimento sul principio di indissolubilità nel primo millennio cristiano si veda Tomàs Rincòn, *La doctrina sobre la indisolubilidad del matrimonio en el primer milenio cristiano*, in *Ius Canonicum*, 1973, Vol. XIII, pp. 94 ss. Non di minore importanza il pensiero di Agostino di Ippona, per il quale l'indissolubilità insieme all'unità è ciò che rende degno l'atto sessuale. Non solo che il bene delle nozze è la procreazione, l'unità e l'indissolubilità, ma che i beni sono il bene delle nozze, per cui la stessa sessualità diventa degna per i beni che ha in sé; cfr Maria Luisa Tacelli, *op. ult. Cit.*, pp. 266-67.

<sup>12</sup> Melia Molina Antonio, *La disolución del matrimonio inconsumado. Antecedentes históricos y derecho vigente*, Universidad Pontificia de Salamanca, 1987, pp. 13 ss.

<sup>13</sup> Jean Gaudemet, *Il Matrimonio in Occidente*, Società Editrice Internazionale, Torino, 1989.

*parti contraenti né dalle decisioni dell'autorità civile*"<sup>14</sup>. Giovanni Paolo II nel discorso alla Rota Romana del 2002 ribadisce che : *“il matrimonio è indissolubile: questa proprietà esprime una dimensione del suo stesso essere oggettivo, non è un mero fatto soggettivo. Di conseguenza il bene dell'indissolubilità è il bene dello stesso matrimonio; e l'incomprensione dell'indole indissolubile costituisce l'incomprensione del matrimonio nella sua essenza*"<sup>15</sup>. Pertanto, appare evidente nell'opinione della Chiesa che l'indissolubilità si applica sia al matrimonio sacramentale che a quello naturale; ogni vero matrimonio, anche non contratto nella forma canonica, determina il sorgere di un vincolo permanente e pertanto non può essere sciolto<sup>16</sup>. Il matrimonio con i suoi elementi essenziali è una realtà previa non solo al legislatore, ma anche ai contraenti. E' una realtà ontologica e l'indissolubilità è uno di tali elementi ontologici<sup>17</sup>. Quando i due nubendi manifestano con libertà e volontà il loro consenso, assumono con libera volontà il complesso di questa realtà formata di tutti i suoi elementi, tra cui l'indissolubilità. Se è la volontà ciò che unisce due persone e le costituisce marito e moglie, la forza e la permanenza nel tempo del vincolo fondato dipende dall'indissolubilità, che come si è affermato, appartiene alla natura stessa del matrimonio; è una proprietà intrinseca e ontologica di tale

---

<sup>14</sup> *Casti Connubi*, in AAS 22 (1930) 574; anche nell'Enciclica *Sertum Vitae* (1 novembre 1939) scrive che : *“l'indissolubilità del matrimonio è necessaria per proteggere la dignità della persona umana .... ; la dignità personale del marito, come quella della moglie ....”*. Possiamo notare come già precedentemente i pontefici ebbero modo di esprimersi sull'insopprimibilità del principio in questione; già Papa Benedetto XIV aveva dichiarato che l'indissolubilità matrimoniale è di diritto divino invocando il secondo capitolo della Genesi.

<sup>15</sup> Giovanni Paolo II, *Discorso alla Rota Romana del 28 gennaio 2002*, in AAS 94 (2002), pp. 340-46, n.4.

<sup>16</sup> Tuttavia, come vedremo in seguito il principio di indissolubilità non è un principio assoluto, potendo subire delle eccezioni in casi ben precisi previsti dalla legislazione canonica.

<sup>17</sup> Coccopalmerio Card. Francesco, *Indissolubilità e scioglimento del matrimonio canonico nella società contemporanea*, in *Lo scioglimento del matrimonio* ( Atti del XLIV Congresso Nazionale di Diritto Canonico, a cura dell'Associazione Canonistica Italiana), Lev, Città del Vaticano, 2013, pp. 16-22.

istituto<sup>18</sup>. Dunque, l'indissolubilità quale legge propria del matrimonio e confacente alla natura stessa di quest'ultimo, si pone anche come condizione necessaria per la tutela della famiglia stessa, fondata sul matrimonio unico e indissolubile<sup>19</sup>.

## **1.2 Indissolubilità e consumazione: la dimensione giuridica della sessualità.**

Prima di affrontare nello specifico il discorso giuridico sulla consumazione nel matrimonio canonico, è opportuno soffermarsi su un altro elemento necessario ed importante: il nucleo costitutivo della sessualità nella dimensione personale dei coniugi e nell'esclusività e perpetuità, nonché quale tensione verso la comunione di vita e la procreazione<sup>20</sup>. La sessualità è il principio base della coniugabilità, sia l'uomo che la donna devono essere soddisfatti del loro sesso ed essere attratti verso l'essere umano di sesso opposto. “*Maschio e femmina li creò*” recita il testo della Genesi<sup>21</sup>, per cui non esiste un essere umano asessuato, esso è tale in quanto maschio e in quanto femmina. La sessualità, quindi, non è un attributo secondario, ma fa parte della dimensione costitutiva della persona, del suo modo di essere e di manifestarsi, essa appartiene all'ordine dell'essere e non a quello

---

<sup>18</sup> Coccopalmerio Card. Francesco, *Indissolubilità e scioglimento del matrimonio canonico nella società contemporanea*, cit., pp. 18-19.

<sup>19</sup> De La Hera Alberto, *Indisolubilidad y consumacion del matrimonio*, in *Revue de droit canonique*, 1975, 1, pp. 351-370.

<sup>20</sup> Bonnet Pier Antonio, *L'essenza del matrimonio canonico. Contributo allo studio dell'amore coniugale. Il momento costitutivo del matrimonio*, Cedam, Padova, 1976, pp. 292 ss.

<sup>21</sup> Genesi, 1,27. Ancora due brani della Genesi (2,18 e 22-24) presentano il matrimonio come istituito da Dio per realizzare l'unione monogamica dell'uomo con la donna. Questa prima istituzione divina della realtà matrimoniale fu come confermata da Cristo nelle nozze di Cana (Giovanni 2,11), episodio che la dottrina medioevale ha visto come seconda istituzione divina del matrimonio. Per la Bibbia, insomma, la sessualità non è un fattore intrinsecamente peccaminoso o vergognoso. E l'amore, soprattutto, è una componente essenziale della sessualità e del matrimonio; si veda Caputo Giuseppe, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno. Il matrimonio e le sessualità diverse: tra istituzione e trasgressione*, tomo II, Cedam, Padova, 1984, p. 11 ss.

dell'aver<sup>22</sup>; è un qualcosa di sostanziale e di insopprimibile della persona, tale da conformarne l'esistenza. Quella sessuale è una dimensione che dal profondo dell'essere investe integralmente l'uomo, non è pura determinazione funzionale, ma una proprietà della natura dell'uomo che permea tutte le dimensioni delimitabili dell'essere umano e a sua volta si fa permeare da esse<sup>23</sup>. Inoltre, l'attrazione sessuale include la tendenza all'accoppiamento, all'unione con la persona del sesso opposto verso la quale si è attratti e tale tendenza non è soltanto fisica, ma ciascuno di loro aspira a conoscere, anche attraverso l'intimità, tutta la ricchezza della personalità di sesso contrario, desidera vedersi avvolto nell'affettività dell'altro, per cui l'unione non è solo puro piacere carnale, ma conoscenza del bene della persona<sup>24</sup>, una vera e propria donazione reciproca. La sessualità trova la sua espressione più concreta nella coniugalità, realtà nella quale uomo e donna si donano e accettano nella loro condizione maschile e femminile. Perciò il matrimonio è donazione della mascolinità e femminilità in quello che è loro proprio riguardo all'aiuto reciproco ed alla procreazione ed educazione della prole. Scrive Hervada : *“il matrimonio non è l'unione tra due persone considerate nel loro costitutivo ultimo; il matrimonio unisce l'uomo e la donna, cioè, due persone distinte, unite nella loro complementarietà, nella loro mascolinità e femminilità. L'unione che realizza il matrimonio mediante il suo principio formale, che*

---

<sup>22</sup> Giovanni Paolo II, *Uomo e donna lo creò. Catechesi sull'amore umano*. Ed. Città Nuova, Roma, 1995.

<sup>23</sup> La Congregazione per l'Educazione Cattolica nei suoi *Orientamenti educativi sull'amore umano* del 1 novembre 1983 afferma: *“La sessualità è una componente fondamentale della personalità, un suo modo di essere, di manifestarsi, di comunicare con gli altri .... Perciò essa è parte integrante dello sviluppo della personalità e del suo processo educativo. Dal sesso, infatti, la persona umana deriva le caratteristiche che, sul piano biologico, psicologico e spirituale, la fanno uomo o donna .... La sessualità caratterizza l'uomo e la donna non solo sul piano fisico, ma anche su quello psicologico e spirituale, improntando ogni loro espressione”*.

<sup>24</sup> Non a caso, infatti, il can. 1055 del Codice di Diritto Canonico nell'enunciare la definizione di matrimonio afferma che esso è ordinato al bene dei coniugi.

*è il vincolo giuridico, non raggiunge la totalità della persona ... bensì la mascolinità e la femminilità attraverso la quale si uniscono gli sposi*<sup>25</sup>.

Se dunque i nubendi attraverso la manifestazione del consenso restano coinvolti in una nuova relazione, che è quella matrimoniale, ne deriva che l'oggetto del consenso è costituito proprio dalla loro dimensione sessuale, che li porta a vivere la propria esistenza nella dinamica inconfusa del "noi"<sup>26</sup>. La reciproca donazione della sessualità non tollera riserve di alcun genere; qualsiasi limitazione di essa ne altererebbe profondamente la dinamica sessuale, nonché le stesse proprietà essenziali<sup>27</sup>. In una tale prospettiva la relazione coniugale partecipa della stessa relazione di alleanza tra Cristo e la Chiesa ed allora non può non partecipare di quella stessa perpetuità ed indefettibilità propria dell'amore di Cristo per la Chiesa. Il matrimonio non solo come atto, ma anche come rapporto ("*in facto esse*"), si connota di quella peculiare proprietà che è l'indissolubilità, che per poter caratterizzare lo stato di vita matrimoniale deve essere già tipizzata dalla volontà dei nubendi nel momento in cui si costituisce il matrimonio, ossia attraverso quell'atto di volontà con cui i coniugi danno e accettano reciprocamente se stessi (can. 1057, § 2)<sup>28</sup>. Quando due persone si sono aperte in questa profondità, si conoscono e si appartengono reciprocamente per sempre<sup>29</sup>. Il matrimonio, inoltre, non è una formula di unione sessuale fungibile rispetto alle altre, ma ha da qualificarsi come forma specificamente umana, per mezzo della quale la

---

<sup>25</sup> Hervada Javier, *Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho natural*, in *Persona y Derecho*, 1974, vol.I, p. 75.

<sup>26</sup> Bonnet Pier Antonio, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 21. Scrive l'autore Joseph De Finance che la sessualità : "*traverse de bas en haut l'être humain tout entier, chaire et esprit .... Toi en moi et moi en toi*", in *L'affrontement de l'autre. Essai sur l'alterité*, Ed. Università Gregoriana, Roma, 1973.

<sup>27</sup> Bonnet Pier Antonio, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, cit., p. 22.

<sup>28</sup> Bonnet Pier Antonio, *L'essenza del matrimonio canonico. Contributo allo studio dell'amore coniugale. Il momento costitutivo del matrimonio*, op. cit., pp. 121-127.

<sup>29</sup> Bonnet Pier Antonio, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, cit., p. 23.

sessualità può raggiungere il suo unico, pieno compimento e sviluppo<sup>30</sup>. E' proprio nella relazione matrimoniale che la sessualità trova la sua pienezza e la sua forza, poiché è riflesso dell'unione tra Cristo e la Chiesa. Il matrimonio esprime la sessualità, e perciò incarna un altissimo valore simbolico, al quale d'altra parte partecipa restandone condizionato<sup>31</sup>.

## 2. Matrimonio rato e consumato: questioni terminologiche

Sebbene sia il magistero ecclesiastico, sia la nuova legislazione canonica, abbiano sottolineato con insistenza il principio di indissolubilità del matrimonio canonico, bisogna osservare che in realtà tale principio acquisisce la sua stabilità solo se si riferisce al matrimonio *rato e consumato*<sup>32</sup>. Cerchiamo di chiarire tali definizioni. Il termine “*rato*” nel suo valore semantico contiene l'idea della recezione, dell'approvazione di un atto giuridico<sup>33</sup>; dunque il matrimonio *rato* è quello approvato dalla Chiesa, ossia è un valido matrimonio. Inoltre il matrimonio *rato*, proprio perché è validamente contratto tra due persone battezzate, è già sacramento, data l'inseparabilità nel matrimonio canonico tra contratto e sacramento<sup>34</sup>. Dal matrimonio *rato* va distinto il matrimonio *legittimo* (*matrimonia vera o naturalia*), che è quel matrimonio validamente celebrato tra soggetti estranei all'ordinamento canonico, cioè non battezzati, che è destinato a rimanere irrilevante per quest'ultimo e non è

---

<sup>30</sup> Bilotti Domenico, *Aspetti giuridici e teologici nelle attuali prospettive canonistiche sul matrimonio. Alcuni elementi.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, 2015,15, p.4.

<sup>31</sup> Bonnet Pier Antonio, *Il principio di indissolubilità nel matrimonio quale stato di vita tra due battezzati*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 1980, nn. 1-2, pp. 9-69.

<sup>32</sup> Melia Molina Antonio, *La disolución del matrimonio inconsumado. Antecedentes históricos y derecho vigente*, op. cit., pp. 16-17.

<sup>33</sup> Graziani Ermanno, *Matrimonio rato e non consumato*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1975, p. 951.

<sup>34</sup> Can. 1055, § 2 del Codice di Diritto Canonico.

connotato dalla sacramentalità<sup>35</sup>. Il legislatore ecclesiastico ha poi contrapposto il matrimonio semplicemente *rato* (*ratum tantum*) dal matrimonio *rato e consumato* (*ratum et consummatum*), nel quale i coniugi hanno compiuto in modo umano la copula coniugale atta alla generazione della prole e in virtù della quale essi divengono una sola carne<sup>36</sup>. Si badi bene che il matrimonio semplicemente *rato* è già un valido matrimonio per l'ordinamento canonico, dal momento che è con lo scambio del consenso dei nubendi che il matrimonio viene in essere, solo che esso non gode dell'assoluta indissolubilità (cd. *indissolubilità intrinseca*). Infatti, il matrimonio *rato* non può essere dissolto dalle parti, né unilateralmente, né mediante accordo di entrambi i coniugi, ma soltanto mediante l'intervento dell'autorità ecclesiastica<sup>37</sup>. Si tratta di una

---

<sup>35</sup> Salvo tuttavia che non accada un fatto nuovo, quale il battesimo di una o entrambe le parti che attribuisca comunque un nesso con l'ordinamento canonico. Cfr. Graziani Ermanno, *op. cit.*, p. 951.

<sup>36</sup> Can. 1061 del Codice di Diritto Canonico. Come vedremo successivamente, ma è opportuno sottolinearlo sin d'ora, il magister *Gratianus* dedica numerosi *dicta* nell'ambito dei testi del *Decretum* relativi al matrimonio su tali definizioni. Egli distingue il matrimonio *initiatum* dal matrimonio *ratum*, ed è quest'ultimo quello in cui avviene l'unione carnale che lo perfeziona. Nel *dictum post c.39* definisce inoltre il matrimonio consumato, oltre che *ratum*, anche come *perfectum* poiché realizza il sacramento di Cristo e della Chiesa. Utilizzando il vocabolario forgiato da questi *dicta*, i decretisti proseguirono per questa strada; un esempio è Ruffino, che per la sua fedeltà a Graziano distingue il matrimonio *initiatum* (che per lui è soltanto l'accordo matrimoniale) dal matrimonio *consummatum* e *ratum* quando avviene l'unione carnale tra persone giuridicamente capaci di contrarlo. L'Ostiense adotta una terminologia che verrà poi ripresa dalla dottrina classica: matrimonio *initiatum* per il fidanzamento, matrimonio *ratum* per lo scambio delle parole e matrimonio *consummatum* per l'unione sessuale. Lo scambio dei consensi fa il matrimonio *ratum* poiché crea il vincolo, ma esso diventa indissolubile solo attraverso la consumazione. Il Concilio di Trento, che appoggia la dottrina tradizionale, individua invece nel termine *rato* quello di sinonimo di matrimonio sacramentale, in virtù della concezione secondo la quale i ministri del matrimonio sono gli sposi ed il sacerdote mediante la sua benedizione conferisce agli stessi il sacramento. Cfr. Jean Gaudemet, *Il Matrimonio in Occidente*, Società Editrice Internazionale, Torino, 1989, pp. 130-132.

<sup>37</sup> Così recita il can. 1142: “*Il matrimonio non consumato fra battezzati .... per una giusta causa può essere sciolto dal Romano Pontefice, su richiesta di entrambe le parti o di una delle due, anche se l'altra fosse contraria*”.

fattispecie in cui l'indissolubilità non ha ancora acquisito la sua pienezza, per cui in presenza di determinati presupposti richiesti dalla legge, è possibile procedere allo scioglimento del matrimonio. Nel matrimonio *rato* e *consumato*, invece, l'indissolubilità riceve la sua perfezione e completezza (*indissolubilità estrinseca*), nel senso che non solo i coniugi ma anche qualunque autorità esterna non ha alcun potere nella dissoluzione dello stesso. Come dichiara il can. 1141: “*il matrimonio rato e consumato non può essere sciolto da nessuna potestà umana e per nessuna causa, eccetto la morte*”<sup>38</sup>.

### **3. I fondamenti e l'evoluzione storico-giuridica dell'importanza della *consummatio coniugi* nella dottrina canonica del matrimonio.**

Poiché la consumazione del matrimonio costituisce una peculiarità della legislazione e della scienza canonistica, un *unicum* del sistema matrimoniale canonico<sup>39</sup>, è necessario prima di analizzare la legislazione attuale, individuare e comprendere seppur per grandi linee, quali siano state le ragioni, sia teologiche-morali che giuridiche, per le quali oggi si è arrivati a tale singolare ed artificiosa costruzione, che di sicuro sorprende chi si accosta a volerla comprendere con la mentalità del diritto statale<sup>40</sup>. E', infatti, nelle grandi scuole teologiche della scolastica ed in quelle giuridiche dei decretisti e decretalisti, che si giunse attraverso una tormentata opera di elaborazione al vero processo di formazione del sistema matrimoniale canonico. Ragion per cui ci sembra necessario, individuare con esattezza le basi e gli elementi che hanno dato vita a tale concezione. Dall'analisi storica provengono gli strumenti più adatti per analizzare un sistema giuridico, come quello canonico, nel quale la

---

<sup>38</sup> Pertanto essendo il matrimonio insuscettibile di scioglimento, sarà possibile soltanto adire la via giudiziaria per accertarne la nullità.

<sup>39</sup> D'Avack Pietro Agostino, *Cause di nullità e divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, I, Casa Editrice del dott. Carlo Cya, Firenze, 1952.

<sup>40</sup> D'Avack Pietro Agostino, *Cause di nullità e divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, cit., pp. 382-383.

normativa attuale ha stretti rapporti con la tradizione dottrinale e legislativa che l'ha preceduta<sup>41</sup>.

### **3.1 La rilevanza della consumazione nel diritto romano e nel diritto canonico preclassico. Il pensiero di Hincmaro di Reims.**

La Chiesa nasce nel mondo romano. All'interno di questo immenso impero si riuniscono popoli di tradizioni molto diverse, con la conseguenza che anche gli usi matrimoniali variano secondo i luoghi, i popoli e i gruppi sociali. Tuttavia, sebbene Roma non avesse imposto il suo diritto sugli usi e tradizioni locali dei territori da essa conquistati, il diritto romano occupava in ogni caso il primo posto<sup>42</sup>. Quindi la disciplina ecclesiastica del matrimonio nasce sulla base del diritto romano al quale papi e Concili si ispirarono. Per il diritto romano affinché vi fosse un vero matrimonio erano sufficienti l'*intentio* di essere marito e moglie e l'*affectio maritalis*. L'*intentio* successivamente diverrà l'*honor matrimonii* (Ulpiano, D.24, 1, 32, 13), ossia la volontà dell'uomo e della donna di essere marito e moglie, a prescindere dalla volontà interna degli stessi; bastava che i coniugi si comportassero come marito e moglie<sup>43</sup>. Per i giuristi romani, l'unione carnale non era necessaria per la validità del matrimonio, né tantomeno per la continuità del vincolo fra le parti. Il matrimonio era possibile non solo fra assenti<sup>44</sup>, ma anche quando l'uomo è incapace di avere figli<sup>45</sup>. Celebre, infatti, è il principio secondo cui "*consensus non concubitus, facit nuptias*"<sup>46</sup>. In realtà, sebbene i romani

---

<sup>41</sup> Fumagalli Carulli Ombretta, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Ed. Vita e Pensiero, Milano, 1974.

<sup>42</sup> Gaudemet Jean, *Il Matrimonio in Occidente, cit.*, pp. 17 ss.

<sup>43</sup> Bucci Alessandro, *Dispensa super rato e non consumato. Evoluzione storica e problematica giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 10.

<sup>44</sup> Quando il matrimonio era stipulato tra assenti e il marito moriva prima di essersi potuto congiungere carnalmente con sua moglie, quest'ultima sebbene fosse ancora vergine, era a tutti gli effetti considerata maritata, per cui poteva far valere il suo diritto sulla dote.

<sup>45</sup> Gaudemet Jean, *Il Matrimonio in Occidente, cit.*, p. 18. Eccezione fatta però per il castrato.

<sup>46</sup> Ulpiano, Dig. 50,17.

considerassero il matrimonio un momento altissimo, se non addirittura sacro<sup>47</sup>, era più una condizione di fatto, in cui l'elemento psicologico seppur diretto all'instaurazione di una comunanza di vita<sup>48</sup>, poteva in qualunque momento venir meno, agendo come il verificarsi di una condizione risolutiva rispetto al rapporto coniugale. Il matrimonio poteva sciogliersi oltre che per mutuo consenso, anche unilateralmente ed era addirittura possibile il divorzio *sine causa*.

La Chiesa dei primi secoli dal canto suo accetta nelle sue linee essenziali il matrimonio romano. Ma fondandosi principalmente sui testi scritturistici elabora una nuova dottrina dell'unione coniugale, che tuttavia non è espressa in maniera sistematica<sup>49</sup>. Nel suo insegnamento, essa sostiene il consensualismo romano, che vedeva nel matrimonio l'incontro di due volontà, ma il solo consenso non basta a rendere stabile il matrimonio, soprattutto per il fatto che la dottrina cristiana riteneva e ritiene il matrimonio indissolubile. Dunque, se il matrimonio è indissolubile, di sicuro non può terminare quando viene meno l'accordo delle volontà; il consenso crea il matrimonio, ma per rendere indissolubile il matrimonio c'è bisogno dell'unione sessuale, della *copula carnalis*, quale momento di perfezione del matrimonio<sup>50</sup>. La dottrina cristiana dei primi secoli adottò la teoria consensualista, senza però trascurare l'importanza della copula

---

<sup>47</sup> Il giurista Modestino così definisce il matrimonio: “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*” (Dig. 23,2,1); anche Cicerone considera la famiglia “*principium urbis et quasi seminarium rei publicae*”.

<sup>48</sup> Così come sembrerebbe risultare dalla definizione di Modestino. Il paragone più che con il contratto sarebbe stato fatto con l'istituto del possesso. Come il possesso, anche il matrimonio si basava su due elementi: psicologico ( *affectio maritalis*) e materiale ( *deductio in domum mariti*); venendo meno uno dei due elementi si produceva la fine del rapporto coniugale. Il Manenti nel 1889 prendendo l'avvio dalla concezione tradizionale del matrimonio, affermò che fossero due gli elementi indispensabili per l'esistenza del vincolo: la *convivenza* e l'*affectio*. Alla soluzione del Manenti aderì il Bonfante, poi successivamente anche l'Orestano e il Volterra; questi ultimi però contestarono sia il principio della convivenza, che quello della *deductio*, per cui l'unico requisito necessario era il consenso.

<sup>49</sup> Gaudemet Jean, *Il Matrimonio in Occidente, cit.*, pp. 43-44.

<sup>50</sup> Bucci Alessandro, *Dispensa super rato e non consumato, cit.*, p. 10.

coniugale, anche perché era vista anzitutto come emblema dell' *unitas carnis* di cui parlava la Scrittura e come condizione della procreazione, quale bene primario del matrimonio. A tal proposito non si può non citare l'insegnamento di S. Agostino, la cui influenza fu decisiva sulla dottrina teologica e giuridica dei secoli successivi. Egli sostiene l'importanza dell'unione carnale, ma soltanto se avvenuta tra i coniugi in vista della prole. Per lui, infatti, era soprattutto il *bonum prolis* che giustifica l'incontinenza carnale nell'istituto matrimoniale in virtù dell'*honestas propagandae prolis*. In realtà, l'amplesso carnale anche se compiuto nel matrimonio, è sempre un *actus malus*, perché mescolato alla *concupiscentia* e alla *libido carnis*<sup>51</sup>. Da qui l'esigenza dei *tria bona*, che fanno sì che l'atto sessuale venga a costituire un *concubitus utilis* perché diretto allo scopo della generazione, un *concubitus singularis* perché compiuto solo con il proprio coniuge, un *concubitus inseparabilis* perché effettuato sempre e soltanto con esso<sup>52</sup>. La procreazione, la fedeltà e l'indissolubilità rendono onesta la sessualità compiuta nel matrimonio poiché contrastano la concupiscenza<sup>53</sup>.

Verso la metà del IX secolo si sviluppa una concezione, che ispirandosi ai testi scritturistici e forse anche ad alcune concezioni popolari, trova la sua maggiore formulazione nel pensiero del canonista Hincmaro di Reims<sup>54</sup>. Consigliere ascoltato di Carlo il Calvo, che aveva coronato imperatore a Metz nell'anno 869 e di cui diverrà l'esecutore testamentario, dovette evidentemente conoscere molte questioni matrimoniali riguardanti la famiglia imperiale e personaggi di alto rango

---

<sup>51</sup> D'Avack Pietro Agostino, *Cause di nullità e divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, cit., pp. 294-295 e 392-393.

<sup>52</sup> S. Agostino, *De bono coniugali*, 24, 32 col. 394: "*hoc autem bonum nuptiarum tripartitum est: fides, proles et sacramentum. In fide atteditur ne praeter vi coniugale, cum altera vel altero concubatur; in prole ut amanter suscipiatur, benigne nutriatur, religiose educetur; in sacramento autem, ut coniugium non separetur, et dimissus aut dimissa nec causa prolis alteri coniungantur*".

<sup>53</sup> Tacelli MariaLuisa, *Sessualità e consenso*, cit., pp. 369 ss.

<sup>54</sup> Bucci Alessandro, *Dispensa super rato ...*, cit., pp. 12 ss.

sociale<sup>55</sup>. L'occasione nella quale egli ebbe modo di affermare in modo esplicito il suo pensiero riguardo alla consumazione<sup>56</sup> si ebbe in un caso sottopostogli. Nell'autunno dell' 857, un giovane di nome Stefano, figlio di un conte, aveva sposato la figlia del conte di Tolosa, Raimondo. Il matrimonio era stato regolarmente celebrato con il consenso delle due famiglie. Ma Stefano si rifiuta di consumare l'unione con la moglie, adducendo di avere delle precedenti relazioni con una parente della moglie, ragion per cui consumare l'unione sarebbe equivalso a commettere un incesto. Viene convocato un sinodo dei vescovi prima a Douzy, poi ad Aquisgrana dove Hincmaro fu invitato a dare il suo parere come canonista. Il suo pensiero è chiaro; anzitutto si dichiara un fermo sostenitore dell'indissolubilità matrimoniale, in quanto fondata sul diritto divino<sup>57</sup>, rifacendosi anche al pensiero di S. Agostino. Inoltre, se non si può obbligare il giovane Stefano a consumare il matrimonio, perché ciò avrebbe fatto commettere un incesto, non si può neanche obbligarli a continuare la loro unione; è necessario, dunque, mettere fine al loro matrimonio. Per giustificare la dissoluzione del vincolo egli osserva che tale matrimonio non è stato consumato e quindi non realizza il *sacramentum*, per cui non è indissolubile. Si tratta di un'affermazione forte, di una dottrina che né il diritto romano, né la patristica avevano espresso fino ad allora<sup>58</sup>. Per Hincmaro, il matrimonio esiste veramente

---

<sup>55</sup> Gaudemet Jean, *Il Matrimonio in Occidente*, cit., pp. 93 ss. Le consultazioni che egli fu chiamato a dare, quale illustre rappresentante dell'episcopato carolingio ed il suo atteggiamento personale costituiscono una preziosa fonte di informazione, sia per quanto riguarda la dottrina matrimoniale, sia per conoscere alcuni aspetti della vita coniugale.

<sup>56</sup> Su tale caso, Hincmaro rivolse all'episcopato cattolico una lunga lettera che costituisce un vero e proprio trattato sull'indissolubilità matrimoniale.

<sup>57</sup> Quanto alle possibili cause di separazione, Hincmaro non ne conosce che due, ossia l'adulterio e la continenza. In quest'ultimo caso è necessario però che entrambi i coniugi di comune accordo rinuncino al diritto reciproco sul corpo, per dedicarsi alla castità. Se, infatti, uno restasse libero senza promettere la sua continenza, il matrimonio non potrebbe essere sciolto. Cfr, Maria Luisa Tacelli, *Sessualità e consenso*, cit., pp. 322 ss.

<sup>58</sup> Gaudemet Jean, *Indissolubilité et consommation du mariage. L'apport d'Hincmar de Reims*, in *Revue de droit canonique*, 1-2, 1979, pp. 28 ss.

soltanto quando è avvenuta la consumazione, prima della stessa i contraenti sono da considerarsi come fidanzati o promessi sposi. Prima della copula carnale non si realizza il sacramento, poiché il matrimonio non rappresenta l'unione intima e perfetta di Cristo con la Chiesa, suggellata dall'unione sessuale<sup>59</sup>. Il matrimonio validamente celebrato ma non consumato, non è un vero sacramento; quindi non è indissolubile. Con questa affermazione egli fa della *copula carnalis* l'elemento essenziale per la piena realizzazione del matrimonio, subordinandole l'indissolubilità.

### **3.2 L'affermazione della *copulatheoria*: Graziano e la Scuola di Bologna.**

Se già durante l'Alto Medioevo cominciano a porsi le basi per un'affermazione di una teoria sul matrimonio, e sul momento costitutivo dello stesso, non si può tuttavia parlare ancora di un'affermazione compiuta, dal momento che convivevano tradizioni assai diverse<sup>60</sup>. Né sarebbe potuto essere altrimenti in un mondo soggetto al dominio di costumi popolari, di convinzioni ereditate dalla cultura pagana da un lato e germanica dall'altro, di una mentalità primitiva e formalistica, all'interno di una visione della vita che induce a dare rilievo giuridico a fatti concreti e sperimentabili del mondo esterno<sup>61</sup>. Tali premesse favoriscono

---

<sup>59</sup> “*Non omnes nuptiae coniugalem copulam faciunt, quas non sequitur commixtio sexuum ..... tunc est vera legitimi coniugii copula, quandointer ingenuos et inter aequales fit et paterno arbitrio viro mulier ingenua, legitime dotata et publicis nuptiis honestata sexuum commistione coniunguntur*”.

<sup>60</sup> Come già abbiamo avuto modo di evidenziare precedentemente (par.3), l'impero Romano nella sua vastità lascia convivere le usanze e le tradizioni dei popoli da esso conquistati. In particolare, il consensualismo romano, la corrente giudaico-patristica e il dualismo germanico non permettono di precisare il valore e la funzione degli elementi che concorrono alla formazione del vincolo coniugale; in particolare il valore del consenso è più intuito che studiato nella sua importanza. Si veda Fumagalli Carulli Ombretta, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico, cit.*, pp. 10-11.

<sup>61</sup> Fumagalli Carulli Ombretta, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico, cit.*, p. 11.

l'affermazione della tesi che indica nell'unione dei sessi il momento di formazione della società coniugale, sebbene non trascurando l'importanza del consenso<sup>62</sup>. Ed è quanto sostenuto in particolare da Hincmaro di Reims. L'esigenza di distinguere tra promessa di matrimonio e volontà attuale porta a far prevalere i postulati della *copulatheoria*.

Quest'ultima fu principalmente avallata da Graziano e dalla Scuola di Bologna. In realtà, Graziano intorno al 1140 volle tentare una conciliazione tra la teoria della copula e quella del consenso<sup>63</sup>. Anzitutto, rifacendosi all'insegnamento di Hincmaro, sostenne che il matrimonio rato ma non consumato fosse soltanto un matrimonio *initiatum*, dal momento che solo il matrimonio rato e consumato era assolutamente indissolubile ed assumeva la piena proprietà sacramentale. Egli, nel tentare di conciliare la *discordantia canonum*<sup>64</sup>, ritenne che nel processo formativo del vincolo coniugale bisognasse distinguere due successivi momenti: il *matrimonium initiatum* costituito dal mutuo consenso dei coniugi, e il *coniugium perfectum* che si sarebbe avuto soltanto con la consumazione. Quindi, il consenso rappresentava la causa per la quale una volta che fosse intervenuta l'unione carnale si avesse un vero matrimonio. Il consenso è il momento iniziale del matrimonio, mentre la consumazione lo rende valido, ossia *rato*<sup>65</sup>. Nel Dictum, ad c.34 afferma : “*sciendum est quod*

---

<sup>62</sup> Il principio del consenso viene intuito, ma resta ancora in uno stadio embrionale, senza essere sviluppato in tutti i suoi corollari teorici e pratici.

<sup>63</sup> Il Decreto di Graziano costituisce un punto di partenza fondamentale di tutta la riflessione sulla costituzione del vincolo matrimoniale sotto un profilo non soltanto giuridico ma anche teologico.

<sup>64</sup> Le fonti utilizzate nel cercare di armonizzare i canoni discordanti sono le più varie; testi della patristica, un testo di incerta provenienza forse attribuito a S. Agostino ed un testo che fa parte di una lettera di S. Leone I a Rustico, interpolato successivamente, in cui si afferma la necessità della consumazione.

<sup>65</sup> Il caso che permette a Graziano di sostenere tale teoria è rappresentato dalla Causa 27 del *Decretum*, dove si pone il caso di un uomo che decidendo di fare voto di castità, lascia sua moglie. E' possibile che si dia luogo ad un matrimonio nel quale uno dei coniugi abbia fatto voto di continenza? In questo caso, può la sposa abbandonare suo marito e sposarsi nuovamente? Si veda in particolare, De Las Asturias Nicolàs, *La formaciòn del vinculo matrimonial de Graciano a Alejandro III: ¿tan sòlo una cuestiòn històrica?*, in *Ius Canonicum*, 2013, vol.56, pp. 621 ss.

*coniugium desponsatione*<sup>66</sup> *initiatum, commistione perficitur*". L'efficacia del matrimonio è sottoposta alla condizione sospensiva della *copula carnalis*, che produrrà il sorgere dell'effetto giuridico del matrimonio<sup>67</sup>. Fino a quando la copula non ha luogo, manca la perennità del vincolo, per cui non esiste un matrimonio perfetto. E questo spiega anche il venir meno del matrimonio non consumato; se il consenso è condizionato dal venire in essere della copula e quest'ultima non ha avuto luogo, il consenso è come se fosse non dato e di conseguenza viene meno il matrimonio. Dunque, giuridicamente non si ha uno scioglimento<sup>68</sup>, ma un'inefficacia del matrimonio i cui effetti saranno analoghi a quelli di una dichiarazione di nullità<sup>69</sup>.

La posizione di Graziano fu ulteriormente approfondita e specificata da colui che viene ritenuto il suo primo allievo, Paucapalea, nonché l'iniziatore della Scuola dei Decretisti. Anche egli ritiene l'esistenza di un duplice livello matrimoniale e si mostra fermo sostenitore dell'assoluta indissolubilità del matrimonio rato e consumato che si perfeziona con la copula. Il matrimonio non consumato, che Paucapalea non distingue dalla *desponsatio*, può essere sciolto per certe cause determinate, non dunque in maniera arbitraria<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> La *desponsatio* in questo caso non equivale all'attuale fidanzamento o promessa di matrimonio, ma è un vero e proprio consenso, quale atto della volontà necessario per la formazione del vincolo e che non dovrà essere rinnovato al momento della copula, anche se non precisa se tale consenso debba essere inteso per il futuro o per il presente.

<sup>67</sup> Lopez Zarzuelo nella suo studio monografico *El proceso canonico de matrimonio rato y no consumado. Eficacia civil de las resoluciones pontificias. Doctrina, legislacion, jurisprudencia y formularios*, Valladolid, 1991, ritiene che per Graziano "la copula es indispensable para la formacion del vinculo matrimonial, previo el consentimiento".

<sup>68</sup> Che presuppone invece un consenso valido, pieno e definitivo in tutti i suoi aspetti.

<sup>69</sup> "Non dubium est illam mulierem non pertinere ad matrimonium cum qua docuitur non fuisse commixtio sexuum. Ad matrimonium perfectum sub intelligendum est, tale vide licet, quod habeat in se Christi et Ecclesiae sacramentum", *Dictum post*, c. 34.

<sup>70</sup> Una di queste è la *dispensatio ecclesiae*, che è la potestà di dissolvere il matrimonio non consumato.

I seguaci della Scuola di Bologna ritenevano che la consumazione più che un elemento di costituzione del matrimonio, fosse un elemento di perfezione dello stesso; infatti il matrimonio poteva essere disciolto anche da un successivo matrimonio consumato. I discepoli di Graziano rifacendosi alla concezione del maestro ne tentano di dare una maggiore precisazione, anche se senza grossi risultati<sup>71</sup>.

Successivamente, essa dà a tale teoria una formula più precisa; fintanto che il matrimonio consumato è veramente *ratum*, cioè indissolubile, il matrimonio *initiatum*<sup>72</sup> poteva essere disciolto in un numero determinato di casi.

Infine, nello sviluppare ed argomentare più approfonditamente la teoria di Graziano, la Scuola dà una nuova configurazione giuridica al matrimonio, paragonandolo all'istituto della compravendita tipica del diritto romano. Come la vendita si perfeziona sì con il consenso delle parti, ma il trasferimento finale del titolo avviene con la consegna della *res*, così nel matrimonio la perfezione si raggiunge soltanto dopo che ci sia stata l'*una caro* tra gli sposi. Il matrimonio, dunque, è un contratto consensuale tra le parti, le quali però possono annullarne gli effetti con un nuovo consenso fino a che non sia avvenuta la consumazione.

La teoria di Graziano e della sua scuola ottenne grande favore e successo in Italia, dove fu insegnata nelle scuole, applicata nella pratica e formerà profonde radici, sicché nonostante il parere contrario espresso da alcuni Pontefici, dominerà incontrastata in molte città<sup>73</sup>.

### **3.3 La Scuola di Parigi e la teoria del consenso: da Ugo da San Vittore a Pietro Lombardo.**

Sebbene la teoria di Graziano e seguita dalla sua Scuola avesse ottenuto un grande successo, non era però destinata a prevalere totalmente. Una volta intuito il significato dell'essenzialità del consenso, il passaggio

---

<sup>71</sup> In particolare il Paucapalea come anche il Rufino.

<sup>72</sup> Quest'ultimo comprende sia il *coniugium per verba de presenti* che quello *per verba de futuro*.

<sup>73</sup> Bucci Alessandro, *Dispensa super rato*, cit., p. 19.

nell'affermazione del matrimonio quale negozio consensuale non fu né facile né immediato<sup>74</sup>. In particolare i punti di debolezza della teoria di Graziano furono soprattutto due. Il primo, di carattere teologico, riguardava il matrimonio tra la Vergine e S. Giuseppe, che lo stesso Graziano considerava come matrimonio perfetto, sebbene non consumato, e che contraddiceva pienamente l'impianto della sua concezione. L'altro, dall'aspetto più pratico, nasceva dalla confusione sulla possibilità di sciogliere un primo matrimonio non consumato e della prevalenza di un secondo in cui ci fosse stata la copula carnale<sup>75</sup>.

Ragion per cui, andava sempre più sviluppandosi una nuova teoria, che rifacendosi ai principi romanistici, individuava nel *consenso* l'essenza del matrimonio. Essa cominciò ad essere elaborata nella Chiesa gallicana e nella Scuola di diritto di Parigi da cui prenderà il nome. Tale teoria trovò i suoi principali difensori in Ugo da San Vittore, San Pier Damiani e soprattutto in Pietro Lombardo che ne diede la forma definitiva<sup>76</sup>.

Ugo da San Vittore, fu universalmente conosciuto come il primo assertore della teoria consensualista. Egli afferma che il matrimonio è fondato sul patto coniugale, con il quale i nubendi si impegnano a vivere sempre in comune ed è costituito dal consenso spontaneo, legittimo ed attuale dell'uomo e della donna<sup>77</sup>. La consumazione non è richiesta per la validità del matrimonio, anzi il consenso non implica anche il consenso al *coitum*, che non attiene all'essenza, ma solo ad uno dei doveri del matrimonio

---

<sup>74</sup> Fumagalli Carulli Ombretta, *Intelletto e volontà ...*, cit., p. 15 ss.

<sup>75</sup> In effetti, su questo punto si avrà la maggiore reazione legislativa dell'epoca successiva, poiché era frequente nel Medioevo che molti matrimoni si concludevano con lo scopo di riconciliare famiglie in lite tra loro.

<sup>76</sup> Bucci Alessandro, *Dispensa super rato*, cit., p. 26. Scrive, infatti, Pietro Lombardo: "*ut enim inter coniuges coniunctio est secundum consensum animorum et secundum permixtionem corporum sic Ecclesia Christo copulatur voluntate et natura, quia idem vult cum eo et ipse formam sumpsit de natura hominis.* (Liber Sententiarum, libro IV, distinctio 26 F).

<sup>77</sup> *De Beatae Mariae virginitate*, "*coniugium non facit coitus sed consensus, qui si defuerit omnia etiam cum ipso coitu frustantur ... essentia matrimonii est in libero consensu; consummatio non requiritur ad essentiam matrimonii, quin immo, consensus qui nihil aliud est nisi consensus coitus, efficacia privaretur*".

(*coniugii officium*). Bisogna distinguere il *consensus cohabitationis* dal *consensus carnalis commercii*<sup>78</sup>; quest'ultimo non fa parte del consenso matrimoniale, per il quale è necessario solo un impegno alla fedeltà ed alla perpetuità. Per costituire il matrimonio, il consenso all'unione carnale non è richiesto, poiché non costitutivo dello stesso, bensì una sua conseguenza<sup>79</sup>. Il vero coniugio consiste in una comunanza di vita, una società definitiva tra uomo e donna<sup>80</sup>. In definitiva il consenso e la copula sono due realtà spirituali tra loro differenti, poiché l'accordo delle volontà rappresenta l'intimità fra Dio e l'anima, mentre l'unione carnale rappresenta l'unione tra Cristo e la Chiesa per effetto dell'Incarnazione. Entrambi sono sacramenti, ma il primo è un *magnum sacramentum*<sup>81</sup>. Non si tratta, tuttavia a nostro modesto parere, di una vera e propria teoria del consenso matrimoniale, ma di una concezione ancora embrionale, per il fatto che la stessa unione carnale non è del tutto superata, ma trova ancora la sua precisa collocazione nel consorzio coniugale, seppure in un momento successivo al consenso. Se viene dato il consenso a vivere insieme, ne consegue che non può mancare il consenso ad unirsi carnalmente.

Ivo di Chartres ritiene indispensabile al matrimonio un'unione fondata non tanto sull' *unitas carnis* quanto sulla *charitas*. La consumazione è un complemento del matrimonio, giacché il matrimonio è indissolubile già prima di essa<sup>82</sup>. Condivide, dunque, la tesi che fonda

---

<sup>78</sup> Una cosa è il consenso all'indivisibile comunanza di vita, altra cosa è il consenso all'atto coniugale.

<sup>79</sup> Perego Angelo, *Le nuove teorie sulla gerarchia dei fini matrimoniali*, in *La Civiltà Cattolica*, 1959, 2, pp. 235-247.

<sup>80</sup> Nel *De Beatae Mariae Virginitate*, sostiene: “*Quid est coniugium nisi legitima societas inter virum et feminam; in qua vide licet societate ex pari consensu uterque semetipsum deberi alteri? Debitum autem hoc duo bus modis consideratur, ut scilicet et se illi conservet, et se illi non neget*”.

<sup>81</sup> “*Erunt duo in una caro, sacramentum hoc magno est in Christo et in Ecclesia. Erunt duo in corde uno sacramentum maius est in Deo et in anima*”.

<sup>82</sup> Nelle sue *Epistole* afferma che : “*quod si obiectis non fuisse coniugium, ubi constet non sebesecutum fuisse carnale commercium, ex auctoritate patrum respondeo, quia coniugium ex eo*

l'essenzialità del matrimonio sullo scambio delle volontà, ripetendo la nota affermazione secondo cui “*pactum coniugale ex maiori parte sacramentum implet*”. Se il matrimonio è già indissolubile con lo scambio dei consensi, tuttavia Ivo di Chartres non sembra in realtà cogliere la differenza tra la *desponsatio* e il *pactum coniugale*<sup>83</sup>, poiché sostiene che l'indissolubilità è legata sia alla promessa giurata di fidanzamento (*desponsatio*), che al vero e proprio consenso coniugale (*pactum coniugale*)<sup>84</sup>. Il matrimonio è completo e perfetto “*a prima fide desponsationis*”, senza necessità della consumazione; né altrimenti potrebbe spiegarsi il matrimonio tra Maria e Giuseppe<sup>85</sup>.

Ma è soprattutto Pietro Lombardo che formula una vera e propria teoria definitiva, operando una sintesi delle concezioni dei teologi francesi. Riprendendo il pensiero di Ugo da San Vittore, considera il matrimonio come una *societas coniugali* ed afferma in modo esplicito che l'elemento necessario per la formazione del legame matrimoniale è il consenso attuale ed espresso. Dal momento in cui tale consenso viene espresso, i nubendi sono veri e propri sposi. Rispetto ad Ivo di Chartres, il Lombardo distingue due diversi oggetti volitivi, il consenso *per verba de praesenti* che rappresenta il contratto matrimoniale vero e proprio, la *pactio coniugalis* dalla quale sorge direttamente il vincolo, che deve essere espresso con parole e segni inequivoci<sup>86</sup>, dalla *desponsatio* che consiste in una promessa, un impegno a contrarre matrimonio, ma non fa il matrimonio. Il

---

*insolubile est, ex quo factum coniugale firmatum est*”. “*Coniugii appellatio ubi non fuerat nec futura erat carnis commixtio*”.

<sup>83</sup> Tanto che vengono usati indifferentemente, senza specificare l'oggetto di entrambe le volontà. Ciò lo si evince in particolare dall' *Epistola* 99.

<sup>84</sup> Ne verrebbe quindi ragionevole pensare che nel suo pensiero non c'è una reale distinzione tra promessa di matrimonio e consenso vero e proprio.

<sup>85</sup> Tuttavia egli ammette che la legge umana riconosce l'importanza della consumazione soprattutto quando è ammesso lo scioglimento di un matrimonio non consumato per ingresso in religione di uno dei due coniugi, anche se sostiene che altro è ciò che la legge umana permette rispetto a ciò che la legge divina proibisce.

<sup>86</sup> Nei *Liber Sententiarum*, IV, dichiara fermamente che : “*consensus non quilibet, sed per verba expressus, nec de futuro, sed de praesenti*”.

matrimonio *per verba de praesenti* è a tutti gli effetti indissolubile ed elevato alla dignità sacramentale, anche se non consumato e rappresenta l'unione tra Cristo e la Chiesa attraverso la volontà e la carità, mentre l'unione carnale degli sposi raffigura l'unione di Cristo con la Chiesa nella natura<sup>87</sup>. Ma il matrimonio concluso attraverso il solo consenso è già sufficiente, poiché già indissolubile e santo, quindi del tutto valido, non potendo in nessun caso essere sciolto da un secondo matrimonio consumato, perché ciò costituirebbe un adulterio<sup>88</sup>.

Grazie all'apporto di Pietro Lombardo rimane così fissato il principio dell'essenzialità del consenso ai fini della perfezione del negozio matrimoniale, a cui anche la dottrina successiva si ispirerà. La Scuola di Parigi distinse il matrimonio in *ratum* e *consummatum*, anche se la consumazione lo rende del tutto indissolubile, nel conflitto tra un matrimonio anteriore ed uno successivo prevale quello anteriore anche se solo rato.

### **3.4 La conciliazione tra le due teorie nel pensiero del pontefice Alessandro III.**

L'esigenza di ricercare un'unica teoria si rendeva necessaria, dal momento che il dualismo tra le due scuole non poteva più sussistere. La regola che è il consenso a determinare il vincolo coniugale era sempre più ferma, ma fu soprattutto Alessandro III (1159-1188), che la fece entrare definitivamente nella legislazione della Chiesa<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> “*Quid tamen asserunt verum coniugium non contrahi ante traductionem et carnalem copulam: nec vere coniuges esse aliquos antequam intercedat commixtio sexuum; sed a prima fide desponsationibus vir sponsus, et mulier sponsa est, non coniux*”. Liber Sententiarum, IV, distinctio 27, c.6.

<sup>88</sup> In realtà egli ammette un solo caso di scioglimento del matrimonio non consumato, quando il marito sia impotente e tale condizione sia stata ignorata dalla donna prima del matrimonio, ma ciò non vuol dire che la copula sia l'elemento perfezionatore del vincolo.

<sup>89</sup> Bucci Alessandro, *Dispensa super rato*, cit., p. 37. Si tratta, perlopiù, di un pensiero elaborato attraverso le risposte che il Pontefice dava ai diversi casi che gli si sottoponevano nelle decretali.

Alessandro III, al secolo Rolando Bandinelli, conosciuto anche con il nome di *Magister Rolandus*, aveva insegnato nella scuola bolognese, quindi conosceva la teoria di Graziano, successivamente con la salita al soglio pontificio ebbe modo di recarsi in Francia ed entrare in contatto con la scuola di Parigi. Il primo stadio del suo pensiero, dunque, è ancora fortemente influenzato dall'insegnamento bolognese; infatti, in una Decretale indirizzata ai canonici della cattedrale di Lucca, non fa alcuna distinzione tra *verba de praesenti* e *verba de futuro*, sebbene cominci a far suo il principio romanistico dell'accordo delle volontà, ma senza badare alla differenza tra promessa di matrimonio e consenso attuale<sup>90</sup>.

Successivamente, una volta divenuto Pontefice, il suo pensiero si avvicina a quello della scuola francese, sostenendo con piena convinzione l'indissolubilità del vincolo coniugale non seguito dalla copula carnale: “... *duplex est fides matrimoni, una desponsationis, alia carnalis coniunctionis ... unde et si religionem et continentiam sponsa invito sponso valeat eligere ad alterius tamen copulam sponso vivente transire non poterit iuxta illud Ancyrutani concili*”<sup>91</sup>.

Un' ulteriore svolta del suo pensiero la abbiamo in pieno pontificato. In una lettera inviata all'arcivescovo di Salerno, Alessandro III riafferma che è valido un primo matrimonio in cui è stato dato il consenso *de praesenti* e se la manifestazione del consenso è avvenuta pubblicamente e solennemente. Si tratta di una concezione che vuole evitare i matrimoni clandestini. Tuttavia, egli ritiene che il consenso espresso per *verba de praesenti* crea il matrimonio, ma quest'ultimo non è indissolubile; se non è stato consumato può essere sciolto dalla Chiesa o per ingresso in religione di uno dei coniugi o per *ad finitas superveniens*. Avviene, quindi, una sorta di sintesi tra le due teorie; da un lato si riconosce la piena validità del

---

<sup>90</sup> La questione matrimoniale sottoposta al giudizio pontificio era la seguente. Un uomo di Lucca aveva fatto una *desponsatio* con una donna, la quale a sua volta aveva fatto un'altra *desponsatio* con un altro uomo unendosi carnalmente. Il Pontefice ritiene che è la prima *desponsatio* che va mantenuta, anche se non consumata, poiché avvenuta per *anuli subarratio*.

<sup>91</sup> *Summa Rolandi*, C. XXVIII, q.2.

consenso nella formazione dell'unione coniugale<sup>92</sup>; è però la copula carnale che lo rende pienamente riconoscibile ed indissolubile. Nella teoria di Alessandro III, da un lato si cerca di ovviare ai rischi insiti nella teoria bolognese, che avrebbe favorito una facile risoluzione di matrimoni per le parti, dall'altra si ammette per cause determinate lo scioglimento del vincolo non seguito dall'unione carnale, sottoponendolo alla potestà della Chiesa. Lo scioglimento del matrimonio rato e non consumato diventa una causa pubblica della Chiesa, abolendolo come causa privata esposta all'arbitrio dei contraenti<sup>93</sup>.

Sul pensiero dei pontefici che sono succeduti ad Alessandro III si dispone di un'idea abbastanza vaga su cosa avessero potuto esprimere sull'argomento, anche a causa delle scarse fonti in merito, tali da non poter affermare con certezza se avessero proseguito su quanto aveva affermato il loro predecessore, o avessero sposato una delle teorie delle due scuole. Viceversa, vale la pena di menzionare la figura di Innocenzo III (1198-1216), per il quale si dispongono di testi più numerosi per delineare la sua concezione. Allievo di Ugo da San Vittore, si mostra un fermo continuatore della teoria di Alessandro III, affermando che basta il *consensus de praesenti* per concludere validamente un matrimonio, che non può in alcun modo essere reso nullo da un successivo matrimonio consumato. Ritiene, inoltre, che in alcuni casi il matrimonio rato ma non consumato possa essere dissolubile. Una peculiarità è quella di ritenere come presunto il consenso dato al momento della copula<sup>94</sup>.

In seguito Gregorio IX (1227-1241), conferma la teoria consensuale, ritenendo che la causa efficiente del matrimonio è il *consensus de*

---

<sup>92</sup> “*matrimonium .... solo consensu contrahitur*”.

<sup>93</sup> Bucci Alessandro, *Dispensa super rato*, cit., pp. 40-41. E' bene però sottolineare che il Pontefice non giustifica la ragione di tale dissoluzione, né fornisce una vera spiegazione, obbligando i canonisti ed i pontefici successivi a ricercarne la causa.

<sup>94</sup> La teoria del matrimonio presunto apre una porta al conflitto tra foro della coscienza e foro esterno; non ponendosi più il consenso al momento della *desponsatio* ma a quello della copula, ridurrebbe l'unione carnale ad una semplice fornicazione qualora gli sposi non avessero avuto intenzione di conoscersi come marito e moglie.

*praesenti* che rende valida l'unione coniugale, mentre la consumazione lo connota di indissolubilità<sup>95</sup>.

In definitiva, la linea della teoria consensuale fu quella che prevalse, secondo la quale la copula non è l'elemento essenziale nella costituzione del matrimonio, anche se produce effetti di notevole importanza, facendosi sì che le parti diventino una sola carne e il matrimonio diventi indissolubile assurgendo all'immagine simbolica dell'unione di Cristo con la Chiesa.

Una volta fissato il principio dell'essenzialità del consenso attuale ai fini della perfezione del matrimonio, esso fu accolto anche dalla dottrina successiva, in particolare da coloro i quali volevano vincere le ultime resistenze della *copulatheoria*<sup>96</sup>. Dunque l'essenzialità e la necessità del consenso per la validità del matrimonio divennero ormai dati acquisiti.

---

<sup>95</sup> “ ..... *quod sit fecerit, secundum matrimonium de facto contractum, etiamsi sit carnalis copula subsequuta, serparari debet, et primum in sua firmitate manere*”, Cfr. X,4,1,31, in Friedberg E., *Corpus Iuris Canonici*, t. II, Leipzig, 1879, col. 672.

<sup>96</sup> Fumagalli Carulli Ombretta, *Intelletto e volontà ...*, cit., p. 25. E' interessante notare la posizione di S. Tommaso d'Aquino, il quale, pur se non ritiene la copula elemento costitutivo del negozio matrimoniale, le riconosce il valore di elemento complementare dello stesso. La copula serve non all'integrità essenziale, ma all'integrità complementare di un matrimonio che è già costituito e perfetto nella sua essenza: “*Duplex est integritas. Una quae attenditur secundum perfectionem primam, quae consistit in ipso esse rei; alia quae attenditur secundum perfectionem secundam, quae consistit in operatione. Quia ergo carnalis commixtio est quaedam operatio, sive usus matrimonii, per quod facultas ad hoc datur; ideo erit carnalis commixtio de secunda integritate matrimonii et non de prima*”. ( In *IV Sent.*, d. 26, q.2, art. 4). Per il Santo d'Aquino, il matrimonio, oltre ad essere un istituto di diritto naturale, è un'unione indissolubile di un uomo e di una donna libera per la procreazione e l'educazione della prole; è proprio l'indissolubilità che distingue il matrimonio da altre forme di unione quali il concubinato e dalla fornicazione e fa dell'unione maritale qualcosa di nobile e degno dell'uomo ragionevole, ben distinta dalla precaria unione fatta dagli animali bruti per la generazione.

#### 4. Il Codice del 1917

Di sicuro la disciplina sul matrimonio contenuta nel Codice del 1917<sup>97</sup>, riflette l'evoluzione storico-giuridica della dottrina e della legislazione che si era formata sin dal dibattito tra le due Scuole. Essa pur accogliendo la dottrina consensualista, nell'enunciare il principio dell'essenzialità e sufficienza del consenso ai fini della formazione del vincolo coniugale<sup>98</sup>, non considera secondario il fatto materiale della copula, perché non soltanto prevede la possibilità di sciogliere un matrimonio valido che non sia stato consumato (can. 1119), ma definisce l'impotenza un impedimento al matrimonio. Anzitutto, il Codice del 1917 colloca la procreazione in una posizione primaria e gerarchicamente sovraordinata rispetto agli altri due fini del matrimonio<sup>99</sup>. Il can. 1013 così recitava: *Matrimonium finis primarius est procreatio atque educatio prolis; secundarius mutuuum adiutorium et remedium concupiscentiae*<sup>100</sup>. È un risultato sicuramente raffinato sotto il profilo tecnico-giuridico, che dimostra come il fattore moralmente complesso della sessualità era soltanto un semplice retaggio storico<sup>101</sup>. Il can. 1081 § 2, definisce

---

<sup>97</sup> Si tratta del primo codice di diritto della Chiesa Cattolica, promulgato il 27 maggio 1917 ed entrato in vigore il 19 maggio 1918, è il risultato dell'esigenza emersa anche all'interno della Chiesa Cattolica di adeguare il diritto canonico ai progressi della scienza giuridica del tempo, nonché di sistematizzare tutti gli interventi normativi successivi al Concilio di Trento, consolidare la giurisprudenza ed ordinare gli apporti dottrinali. Cfr., Musselli-Tedeschi, *Manuale di diritto canonico*, Monduzzi, Bologna, pp.36-37.

<sup>98</sup> Fumagalli Carulli Ombretta, *Intelletto e volontà ...*, cit., p. 27.

<sup>99</sup> L'argomentazione giuridico-teologica che sorreggeva un'impostazione siffatta era data dal fatto che il matrimonio consentendo di ordinare la sessualità al fine procreativo, in un rapporto fedele, perché monogamico, si proponeva come limite della *concupiscentia*. Il desiderio sessuale trovava nello schema matrimoniale, prima ancora che soddisfazione, regola e scopo. Si veda Bilotti Domenico, *Aspetti giuridici e teologici nelle attuali prospettive canonistiche sul matrimonio...*, cit., p.5.

<sup>100</sup> Il fine della procreazione ed educazione della prole si fonda sul passo di Genesi 1,28, quello dell'aiuto reciproco su Genesi 2,28, mentre quello del rimedio alla concupiscenza sarebbe derivato da S. Paolo, 1 Corinzi,7,9.

<sup>101</sup> Maria Luisa Tacelli, *Sessualità e consenso*, cit., p. 62 ss.

l'oggetto ed il contenuto del consenso matrimoniale che consiste appunto nell' <<*actus voluntatis quo utraque pars tradit et acceptat ius in corpus perpetuum et exclusivum in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem*>>. Dunque, il legislatore mentre da un lato afferma che per aversi consumazione, non basta una qualsiasi congiunzione sessuale che realizzi tra i coniugi l'*unitas carnis* e che l'atto consumativo sia idoneo e ordinato alla procreazione<sup>102</sup>, dall'altro specifica che il diritto fisico che ciascuno dei coniugi accetta e trasferisce all'altro è diretto a quella congiunzione potenzialmente idonea alla procreazione della prole<sup>103</sup>.

La concezione di fondo era piuttosto meccanicistica e fisiologica, dove l'atto sessuale vi assumeva un carattere di centralità e di sufficienza. Si richiedeva solo che esso avesse avuto luogo nella sua pienezza fisica ed ontologica, quale atto attraverso cui i coniugi diventano una sola carne. Altro non si chiedeva trattandosi piuttosto dell'esecuzione di una prestazione del "*contractus matrimonialis*", attraverso il quale il coniuge aveva attribuito all'altro il diritto a compiere sul proprio corpo gli atti idonei alla procreazione. Come si giungesse alla copula, poco o nulla interessava<sup>104</sup>.

Una volta fissato tale principio, la dottrina si è posta il problema di specificare quando si potesse avere un vero atto coniugale che potesse dirsi consumativo del matrimonio, ossia di riuscire a determinare il concetto di *copula coniugale perfetta*. Nella ricerca di ciò si sono

---

<sup>102</sup> Secondo il can. 1015 §1, il matrimonio si deve ritenere *ratum et consummatum*: "*si inter coniuges locum habuerit coniugalis actus, ad quem natura sua ordinatur contractus matrimonialis et quo coniuges fiunt una caro.*" Una famosa sentenza rotale così recitava: "*clarum igitur est ex omnibus hucusque deductis, copulam matrimonialem debere esse aptam ad generationem, nec hac de re minimum moveri posse dubium; cetero, ut initio dictum est, de hoc omnes conveniunt*"; cfr; S.R. Rota, dec. 3-2-1916, *coram Many*, in *S.R. Romanae Decisiones*, VIII, dec. I, n.6.

<sup>103</sup> D'Avack Pietro Agostino, *Cause di nullità e divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, cit., pag. 301.

<sup>104</sup> Musselli Luciano, *La consumazione del matrimonio nel nuovo codice di diritto canonico*, in *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele* ( a cura di Giovanni Barberini), Vol. 2, Perugia, 1984, p.746.

registrate in dottrina opinioni discordanti tali da dar vita a differenti teorie<sup>105</sup>.

La teoria tradizionale dominante, accolta anche dalla maggior parte della giurisprudenza canonica, si basa principalmente sui risultati raggiunti dalla dottrina classica. Il fondamento base della teoria in questione è che nella concezione del matrimonio canonico, la procreazione è sì il fine primario dello stesso, ma non il fine esclusivo e necessario. Più specificamente ai fini della validità del vincolo può anche non sussistere la procreazione e la stessa *voluntas generandi*, ma è l'atto copulatorio che deve essere idoneo e ordinato al fine procreativo. Requisito necessario e sufficiente a porre in essere una *copula perfecta* che possa dirsi consumativa del matrimonio, è quella che richiede nei coniugi la volontà e la capacità fisica di compiere un'unione sessuale potenzialmente idonea alla procreazione, a prescindere dal fatto che sussista sia l'intenzione positiva che la potenza psichica di generare<sup>106</sup>. Dunque, è l'atto copulativo che deve essere posto in modo ordinato ed idoneo al fine procreativo. In questo modo può dirsi giuridicamente compiuta la copula perfetta, anche se poi di fatto il processo generativo non si compia o non abbia la possibilità per mancanza o impossibilità dei fattori fisiologici necessari per la sua realizzazione. Inoltre, nel chiarire tale concetto, la dottrina e la giurisprudenza rifacendosi anche a quanto la dottrina precedente aveva affermato, distinguevano nel processo generativo due momenti diversi e successivi: quello dell'azione umana che pone in essere la *causa generandi* e quello della natura che determina l'*effectus*

---

<sup>105</sup> D'Avack Pietro Agostino, *Cause di nullità e divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, cit., pp. 301-302.

<sup>106</sup> D'Avack Pietro Agostino, *Cause di nullità e divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, cit., pag. 304-305. Infatti l'obiettivo essenziale del sacramento-contratto matrimoniale non consiste affatto nella *traditio-acceptatio* dello *jus in corpus* finalizzato alla procreazione, ma bensì nella *traditio-acceptatio* reciproca dello *jus in corpus ad copulam de se aptam ad generandum*.

*generationis*<sup>107</sup>. Ma è soltanto il primo che è giuridicamente rilevante e che serve a costituire quella congiunzione per poter considerare il matrimonio giuridicamente consumato. Scrive il Cappello: “*quatuor ergo requiruntur et sufficiunt ad conceptum copulae: 1) effusio seminis; hinc satis non est penetratio vaginae absque seminagione; haec est potius tactus quidam impudicus, sed non vera copula; 2) semen verum et non humor quicumque prout haberi potest etiam in eunuchis; 3) semen effundi et recipi debet modo naturali, scil. per erectionem membri virili et penetrationem vaginae; excluditur proinde foecundatio artificialis; 4) semen effundendum est in vagina mulieris; exclusus manet onanismus*”<sup>108</sup>. Il Gasparri spiegava che mentre lo *ius in corpus* è l’oggetto formale essenziale del contratto di matrimonio, la comunione di letto, di mensa e di abitazione concerne l’integrità del matrimonio piuttosto che la sua essenza, sicché può mancare nei matrimoni di coscienza; quanto alla unione degli animi e dei beni, non è oggetto del contratto matrimoniale, ma è condizione necessaria affinché il matrimonio possa sortire esito felice. Sicché si darebbe valido contratto matrimoniale se mancasse il consenso nella comunione di letto, di mensa e di abitazione<sup>109</sup>. Ancora più forte è quanto scrive lo Jemolo: “*non si richiede per la formazione del vincolo alcun affetto tra i coniugi, alcuna reciproca comprensione, alcun fine nobile ed elevato. Si conoscano appena i coniugi o non si siano mai visti....., siano i moventi del matrimonio puramente economici, questo*

---

<sup>107</sup> Un’importante sentenza rotale afferma in modo netto questo concetto: “*huiusmodi actio humana copula eo ipso quod per penetrationem vasis foeminei cum seminis effusione perficitur, in communi specie actus generativi constituitur, et apta per se est ad prolis generationem.. Eius aptitudo ad generationem consistit in ordinatione ipsius essentiali ad finem primarium matrimonii ....*”, S.R. Rota, dec. 17-4-1916, *coram Prior*.

<sup>108</sup> Cappello Francesco, *De Matrimonio*, Marietti, Roma, 1961. Dunque, anche se si esclude la vita in comune, le nozze sono valide.

<sup>109</sup> Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio*, I, nn. 7, 8, p. 15 ss. Anche la decisione rotale n. 35 del 1929, *coram Jullien*, ricorda che la *communio tori, mensae et habitationis pertinet ad integritatem, non ad essentiam matrimonii*; onde lo sposo che si fosse proposto di non voler mai coabitare con la moglie, non proverebbe con ciò di aver voluto simulare il proprio consenso.

*potrà essere non suggerito o riprovato, ma non toglie nulla alla validità del vincolo ..... Persino nel caso estremo, di colui che, con un intento di vendetta familiare sposasse una donna con la precisa intenzione di farla soffrire, di rendere la sua vita un martirio, e di fare soffrire e umiliare i suoi parenti, si avrebbe un peccato mortale da parte sua, ma sol che egli non avesse con positivo atto di volontà escluso la traditio-acceptatio dello ius in corpus, né alcuno dei tre elementi ..... il matrimonio resterebbe valido, non potendo invalidarlo la intenzione causam dans, il fine pravo propositosi; valido ancora nel caso dell'uomo, che, sempre senza escludere la traditio-acceptatio ed i tre beni, già meditasse l'uccisione della moglie”<sup>110</sup>.*

Come può ben vedersi, in sostanza tale teoria non fa che attenersi fedelmente ai risultati raggiunti dalla dottrina classica, sia nel fissare il concetto di *copula perfecta* e di *consummatio*, sia nel determinare i fattori necessari per la sua realizzazione.

#### **4.1 La teoria della copula fecondativa.**

Oltre alla teoria tradizionale, ebbero modo di affermarsi altre teorie sostenute da alcuni autori e che in parte hanno riscontrato adesioni della dottrina e della giurisprudenza, ma hanno anche suscitato numerose critiche. Tra questi possiamo annoverare l'Antonelli<sup>111</sup>, il quale sosteneva come non soltanto la copula coniugale, ma tutto l'istituto matrimoniale dovesse essere idoneo e diretto alla generazione. Essendo il matrimonio istituito in vista della propagazione della specie del genere umano, non sarebbe valido se non potesse almeno potenzialmente conseguire l'*effectus generationis*<sup>112</sup>. D'altronde, ritengono coloro che sposano tale teoria, poiché la procreazione è il fine principale del matrimonio, la sua mancanza comporta l'impossibilità di raggiungere anche le finalità secondarie, in

---

<sup>110</sup> Jemolo Arturo Carlo, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Il Mulino, Bologna, Ristampa del 1993, pp.123-124.

<sup>111</sup> Antonelli, *De conceptu impotentiae et sterilitas relate ad matrimonium*, Roma, 1990.

<sup>112</sup> Si tratta di un'estremizzazione della finalità procreativa.

particolare il *remedium concupiscentiae*. Se la copula è finalizzata al *bonum prolis*, di conseguenza essa serve anche per sedare la concupiscenza carnale, altrimenti si avrebbe un atto sessuale peccaminoso. Né, tantomeno, le finalità secondarie possono supplire alla mancanza della finalità procreativa<sup>113</sup>. Se, dunque, tutto il matrimonio è potenzialmente finalizzato alla procreazione, la copula necessaria per poter consumare il matrimonio deve essere anch'essa idonea all'effetto procreativo; tutto il complesso delle attività, sia pre che postcopulatorie devono risultare tali, ragion per cui si richiede nei coniugi una *potentia* non solo *copulandi* ma anche *generandi*. Non basta per consumare il matrimonio la penetrazione e l'effusione in vagina del seme maschile, ma è necessaria la possibilità di congiunzione tra gli ovuli della donna e il seme maschile. Che poi l'effetto generativo non consegua, è irrilevante dal momento che si tratterà solo di un difetto estrinseco, accidentale o fortuito, che non avrà inciso sulla potenzialità intrinseca alla generazione. Di conseguenza, non solo nell'uomo ma anche nella donna sarà necessaria l'esistenza e la funzionalità degli organi generativi. Tale teoria, sembrerebbe in parte condividere quella tradizionale, nonché quanto la legislazione del 1917 prevedeva, ma il limite che essa pone risiede in un'esagerazione del fattore procreativo, e nel subordinare a quest'ultimo tutto l'istituto matrimoniale. Seppur il vecchio legislatore avesse previsto quale fine principale del matrimonio quello procreativo, non per questo qualora mancasse qualsiasi possibilità della generazione, esso fosse invalido. In realtà nella *mens* del legislatore del 1917, è la *copula coniugalis* che deve risultare intrinsecamente idonea e diretta alla procreazione, a pena d'invalidità, ma non il vincolo matrimoniale, che può validamente e sacramentalmente sussistere anche senza l'ordinazione alla prole<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> Scriveva il Bucciaroni abbracciando tale teoria che: "*Proles est essentialissimum in matrimonio*".

<sup>114</sup> D'Avack Pietro Agostino, *Cause di nullità e divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, cit., pp. 337 ss.

#### 4.2 La teoria della copula unitiva.

Le complesse esigenze spirituali e psichiche dell'uomo, aumentate dal rapido sviluppo della diffusione di una concezione sempre più individualista della vita, ha trovato prima in alcuni autori tedeschi<sup>115</sup>, e poi anche in quelli italiani degli interpreti appassionati, tale da esprimere una concezione dell'essenza e dei fini del matrimonio diversa da quelle viste precedentemente. Si tratta della teoria propugnata dal Doms e dal Krempel, che ha avuto in Italia due convinti ed ardenti assertori, sia nell'avvocato Viglino Camillo un fervente rossiniano, e in mons. Luigi Cornaggia Medici<sup>116</sup>. E' una visione del matrimonio sicuramente più consona allo spirito dei tempi che ormai andava evolvendosi, e che avrebbe trovato prima nel Concilio Ecumenico Vaticano II, poi successivamente nel *codex* del 1983, la consacrazione di una nuova configurazione teologico-giuridica del matrimonio su base *personalistica*. Ciò non vuol dire che, tuttavia, anche tale teoria non presenti alcuni limiti se rapportata alla legislazione canonica del tempo. Volendo subito riassumere il significato precipuo della teoria in esame, essa si sostanzia nella tesi che il matrimonio serve ad attuare l'integrazione ed il perfezionamento della personalità fisica e spirituale dei coniugi; il fine immediato ed essenziale del matrimonio non è più la procreazione, ma il *mutuum adiutorium*. La vera copula che consuma il matrimonio, non è più quella che è potenzialmente ed intrinsecamente idonea alla generazione della prole, come sosteneva la dottrina tradizionale, ma quella che permette di realizzare l'unità fisica e spirituale tra i coniugi, una vera *unitas carnis*, che non sia solo mera congiunzione meccanica di organi sessuali, ma è quell'atto per il quale i *coniuges efficiuntur una caro*, una congiunzione sessuale che attui una vera comunione vitale tra i due. Nella visione del Doms il matrimonio esige una relazione duratura, un' unione

---

<sup>115</sup> Soprattutto grazie all'influenza della filosofia kantiana.

<sup>116</sup> La visione, nonché la polemica suscitata in particolare dalle teorie del Doms e del Krempel è ben riassunta nell'articolo di Enrico Di Robilant, *Il fine e l'essenza del matrimonio in alcune recenti dottrine*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1951, pp. 697 ss.

costante e permanente, che trova il suo perfezionamento nell'atto sessuale perfetto, che è simbolo e manifestazione di unità<sup>117</sup>. Ne deriva che: “*le principe d'unité ....reside, selon nous, dans le rapport des epoux qui se donnent l'un à l'autre, dans la réalitasion ... d'une vie conjugale d'unité a deux*”. L'esercizio ordinario della funzione sessuale è esso stesso un completamento: gli organi e gli atti sessuali solo mediatamente servono al bene della specie, servono alla perfezione di coloro che compiono questi atti. L'atto sessuale è un atto di vita elementare, determinato da Dio nella sua essenza e nella sua struttura. La sua dignità non deriva dall'essere compiuto in vista della generazione, ma dall'essere dono di una persona all'altra e dono che non può essere consentito se non in una comunità indissolubile. Il matrimonio, non è indissolubile perché così esige l'educazione dei figli; ma è la comunità coniugale che è in sé stessa indissolubile proiettata verso la procreazione, frutto dell'unione matrimoniale<sup>118</sup>. Dalle pagine dell'opera del Doms la tesi principale che emerge è la seguente: il matrimonio consiste in una donazione reciproca e totale di due individui di sesso diverso, cioè nella loro unione a due (*Zweieinigkeit*), dalla quale si origina il loro perfezionamento ontologico. Il mezzo per realizzare la *Zweieinigkeit* è l'atto coniugale.

In parte diversa dalla teoria del Doms è quella propugnata dal Krempel, anche se il motivo predominante è lo stesso<sup>119</sup>. Basandosi sui principi della metafisica tomistica, l'autore ritiene che l'essenza del matrimonio da origine ad una relazione mutua e reale, il cui fine non è la procreazione, ma le persone stesse dei coniugi, nell'unione di vita degli

---

<sup>117</sup> Doms Herbert, *Vom Sinn und Zweck der Ehe*, Breslau, 1935 (La versione francese riveduta e corretta dall'autore fu curata da Paul e Marie-Simone Terése col titolo *Du sens set de la fin du mariage*; Paris, Desclée de Brouwer, 1937; mentre la versione italiana fu curata da E. Biondi col titolo: *Significato e scopo del matrimonio*, in *Nuova biblioteca di studi religiosi*).

<sup>118</sup> Doms Herbert, *op. cit.*: “*l'acte conjugal a un but objectif prochain: la realization par la fusion des corps de l'unité à deux des epoux dans l'ordre reel ..*”.

<sup>119</sup> L'opera principale dell'autore è *Die Zweckfrage der Ehe in neuer Beleuchtung, begriffen aus dem Wesen der beiden Geschlechter im Lichte der Beziehungslehre des hl. Thomas*, Einsiedeln, 1941.

sposi ( *Lebensvereinigung*), che ha come conseguenza il mutuo perfezionamento degli stessi<sup>120</sup>. La reciproca comunione di vita è il solo bene che dal matrimonio può derivare. In questa prospettiva l'atto coniugale non è altro che lo strumento che serve ad attuare l'unione degli sposi, è la manifestazione esteriore del matrimonio. Di conseguenza se l'atto coniugale non fa parte del contenuto del matrimonio, esso non è indispensabile, poiché la comunione vitale può essere raggiunta anche in assenza di esso, come nel matrimonio verginale<sup>121</sup>. L'autore, pertanto, rimane fortemente impressionato dal problema che sorge dall'impedimento di impotenza. Nella sua visione, infatti, esso non potrebbe ritenersi quale motivo invalidante del vincolo, proprio perché l'atto coniugale non costituisce l'essenza del vincolo, ma soltanto una sua espressione. Viceversa, si verrebbe a porre l'impotente nella stessa situazione del muto, al quale si impedisse di studiare solo perché non ha la capacità di manifestare esteriormente la sua cultura. Volendo, quindi, sintetizzare il pensiero del Krempel, l'essenza giuridica del matrimonio è la *traditio personae*, che altro non è che la comunità coniugale avente per soggetti gli sposi e diretta all'unione di vita. Tale relazionalità comporta uno *ius in personam*, un'appartenenza dell'uno all'altro che non richiede tuttavia la necessità della potenza sessuale<sup>122</sup>. Il fine personale trova nell'atto coniugale le manifestazioni della bisessualità.

Come accennato precedentemente, anche in Italia la teoria della copula unitiva ha avuto risonanza, in particolare nel Viglino Camillo e in mons. Luigi Cornaggia Medici, i quali in vari scritti, occasionati soprattutto da alcune decisioni della giurisprudenza civile in tema di nullità matrimoniale

---

<sup>120</sup> “L'amore di un coniuge per l'altro in quanto di sesso diverso, l'essere, cioè ciascuno dei coniugi ordinato per natura all'altro in quanto questi ne costituisce l'integrazione, ed essendo tale possibilità perfetta legata al sesso, finché questo dura, e cioè per tutta la durata della vita umana, tale integrazione, e quindi, l'unione della vita è possibile”, si veda Enrico Di Robilant, *Il fine e l'essenza del matrimonio in alcune recenti dottrine*, op. cit., pp. 717.

<sup>121</sup> Perego Angelo, *Le nuove teorie sulla gerarchia dei fini matrimoniali*, in *La Civiltà Cattolica*, 1959, 2, pp. 244-245.

<sup>122</sup> Enrico Di Robilant, *Il fine e l'essenza del matrimonio in alcune recenti dottrine*, op. cit., p. 719.

per impotenza, hanno cercato di contrastare la posizione preminente data al *bonum proles*<sup>123</sup>. Per il Viglino, il fine essenziale del matrimonio è l'amore reciproco, l'unione sessuale è l'oggetto del contratto<sup>124</sup>, mentre la procreazione è il *finis operis*, ma sempre eventuale<sup>125</sup>. “*Altro è matrimonio, altro è procreazione. Il primo è società piena d'anime e di corpi ad un tempo, fra due persone di sesso diverso: tale società costituisce la società coniugale e la comunione dei corpi basta a consumarla. La procreazione invece dà luogo a un'altra forma di società, la parentale, che si aggiunge alla prima quando questa da tempo sussisteva già, come può ancora senza di essa continuare a sussistere*”<sup>126</sup>. La procreazione non è, quindi, l'effetto proprio del matrimonio, ma addirittura dà origine ad un'altra forma di società, quella parentale, distinta e successiva da quella coniugale, che si realizza nell'unità dei due sposi, come fusione spirituale e fisica. Sia l'unione carnale, che l'amore spirituale concorrono a costituire la *copula perfecta*<sup>127</sup>. Egli crede

---

<sup>123</sup> Jemolo Arturo Carlo, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, cit., pp.129-130.

<sup>124</sup> Viglino Camillo: “*Infatti l'unione sessuale è unione vitale, in cui ciascuno dei due acquista per un istante la sensazione completa e totale della vitalità dell'altro, come abitualmente l'ha della propria. Ciascuno dei due corpi viene infatti con tutta la vita di cui è avvivato, ad essere termine dell'anima dell'altro, cosicchè le due anime hanno per termine comune del loro sentimento individuale lo stesso corpo, la stessa carne, risultante di entrambi i corpi. Così, e solo così, i due “erunt in carne una” come dice Cristo. Se l'unione non è vitale, ma semplicemente materiale, non vi ha una caro, non vi ha unione sessuale. Questa è dunque unione vitale per essenza*”, in *Un curioso equivoco sull'impotenza al matrimonio in diritto canonico*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1923, pp. 6 ss.

<sup>125</sup> Viglino Camillo, *Dell'essenza e dei limiti del diritto coniugale in ordine all'unione sessuale*, in *Rassegna di studi sessuali e di eugenica*, 1925, pp. 81 ss.

<sup>126</sup> Viglino Camillo, *Un curioso equivoco sull'impotenza al matrimonio in diritto canonico*, cit., pp. 1 ss.

<sup>127</sup> Viglino Camillo: “*La copula è il contatto di due corpi vivi, è anzi il più intimo, il più profondo dei contatti corporei; in essa i due corpi sono congiunti tra loro così che de' due se ne forma come uno solo; sono congiunti là dove più ferve la vita .... I due infatti ..... non solo nell'unione sessuale hanno la sensazione di partecipare l'uno alla vita dell'altro e di parteciparvi nel modo più*

profondamente che si debba difendere il valore morale dell'unione sessuale, rimproverando i sacerdoti che di solito non intendano tale valore: *“privi di esperienza personale del matrimonio, dal molto male che ne sentivano in confessione (dell'amore i sacerdoti sono condannati a conoscere solo i peccati) essi immaginarono le tentazioni della carne poco meno che irresistibili e l'intimità coniugale come sfogo da non potersi disciplinare che sommariamente, ritenendosi contenti se ne potevano tenerne lontano le aberrazioni peggiori”*<sup>128</sup>.

Anche il Cornaggia Medici ritiene che il matrimonio è destinato alla mutua integrazione fisica e spirituale dei coniugi, per cui la sua essenza e la sua validità consistono nella capacità di conseguirla<sup>129</sup>. *“La copula e solo la copula in quanto è unione perfetta, non in quanto è feconda, realizza e consuma e rende indissolubile il matrimonio”*<sup>130</sup>. Essa serve a realizzare la mutua integrazione fisica e spirituale dell'uomo e della donna. E' l'amore coniugale che costituisce il matrimonio<sup>131</sup>. Per poter consumare validamente il matrimonio si richiede soltanto quanto è necessario per realizzare la copula, ossia l'erezione e la penetrazione accompagnata dall'ejaculazione del liquido seminale, senza che ad essa segua necessariamente la procreazione. Ne deriva che basandosi su tali presupposti, non ha più senso tenere l'impotenza generativa come impedimento al matrimonio: *“anche un matrimonio da cui non possano*

---

*intenso, ma sentono di vivere insieme, di vivere una vita sola”*, in *Dell'essenza e dei limiti del diritto coniugale in ordine all'unione sessuale*, in *Rassegna di studi sessuali e di eugenica*, 1925, pp. 402 ss.

<sup>128</sup> Viglino Camillo, *Fondamento dell'indissolubilità del matrimonio è il valore morale dell'unione sessuale?*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1928, pp. 213 ss.

<sup>129</sup> Cornaggia Medici Luigi, *Dell'essenza del matrimonio*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1928, pp. 398 ss.

<sup>130</sup> Cornaggia Medici Luigi, *Dell'essenza del matrimonio*, cit., pp. 398 ss.

<sup>131</sup> Cornaggia Medici Luigi: *“e così matrimonio non voluto, conchiuso senza amore coniugale alcuno non si dà: non è il matrimonio, ma del matrimonio usurpa le apparenze; è contraddizione palmare perché l'amore coniugale è essenziale al matrimonio stesso”*, in *I capaci alla copula che si riconoscono incapaci alla generazione possono validamente contrarre matrimonio?*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1930, pp. 3 ss.

*nascere figli ha tutta la sua nobiltà; il negarlo, e l'ammettere che la semplice impotenza generativa renda nullo il matrimonio, scorona i due dell'aureola di sposi, riduce la donna alla condizione di una pura macchina per far figli, l'uomo a quella del suo manovratore, è assurdo che lo sposo non possa guardare in viso alla sposa sua, se non come a madre de' suoi figli, non come a compagna e amore della sua vita*<sup>132</sup>.

Anche i fautori di questa concezione ritengono che essa si fondi direttamente sulle fonti evangeliche, sui testi della patristica o di qualche teologo più antico<sup>133</sup>, e come sia stato frutto di un mero equivoco che i canonisti del Medioevo avessero ritenuto che la vera copula fosse quella potenzialmente idonea alla generazione.

Il merito di tale teoria è stato quello di mostrarsi di sicuro evoluta rispetto allo spirito dei tempi ed è servita da sprone per elaborare la nuova concezione del matrimonio e della consumazione che verrà accolta sia dal Concilio che dalla nuova legislazione.

### **4.3 La teoria della copula saziativa.**

La teoria in esame si riassume nella concezione per la quale il fattore della generazione non è né il fine diretto e immediato, né indiretto e mediato del matrimonio, ma è il *remedium concupiscentiae* il requisito necessario sia per la valida esistenza del vincolo, sia per la sua consumazione, in modo che non solo il *coniugium*, ma anche l'*usus coniugii*, può realmente realizzarsi a prescindere dalla sua potenzialità generativa<sup>134</sup>. La vera *copula perfecta*, che rende valida la consumazione del matrimonio è soltanto la copula che serve a soddisfare gli appetiti e la libidine carnale. Ritengono coloro che abbracciano tale teoria che il fattore della generazione in realtà non è mai stato il fine immediato del

---

<sup>132</sup> Cornaggia Medici Luigi, *L'impotenza a generare si può proporre come causa di annullamento del matrimonio?*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1932, fasc.3.

<sup>133</sup> Ad esempio nell'opera del Doms ci sono dei richiami a S. Bonaventura e soprattutto a Ugo da San Vittore.

<sup>134</sup> D'Avack Pietro Agostino, *Cause di nullità e divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, cit., pag. 366 ss.

matrimonio, pertanto un matrimonio può dirsi rato e consumato indipendentemente da ogni sua *ordinatio ad generationem*, la sua vera finalità consiste in un reciproco *ius in corpus ad copulam perficiendam*<sup>135</sup>. “*Proles est finis copulae matrimonialis primarius, quamvis non unicus, concedo; est finis ipsius vinculi matrimonialis, subdistinguo: immediatus, nego; mediatu subdistinguo; est finis unicus vel essentialis essentiae matrimonii, nego; est aliquis finis imo etiam primarius, concedo*”.<sup>136</sup> E’ il *remedium* la condizione necessaria a cui sono subordinate tutte le altre finalità del matrimonio; infatti, a prescindere dalla possibilità di conseguire il fine della procreazione, il matrimonio sarà sempre in grado di raggiungere la finalità del *remedium*, necessaria per sedare la concupiscenza carnale dei coniugi. Pertanto, sia la realizzazione effettiva, sia la possibilità medesima di realizzazione della procreazione, non solo non è requisito necessario dell’istituto matrimoniale, ma neppure costituisce un vero elemento indispensabile della copula stessa, e purché sia effettuata nelle condizioni e secondo quanto richiesto dalla natura, potrà anche non essere accompagnata dall’*effectus generationis* e dalla stessa *spes prolis*<sup>137</sup>. Per realizzare validamente la consumazione del matrimonio si richiede nei contraenti la *capacitas animi* e la *potentia corporis*. Anche la donna priva di utero o di ovaie, come il vasectomico possono comunque porre in essere una copula che anche se inetta a generare, è idonea alla *sedatio concupiscentiae*.

Senza dubbio, tale teoria in confronto alle precedenti concezioni e soprattutto a quella tradizionale, ha il merito di offrire una costruzione della consumazione che sembra armonizzarsi con l’obiettivo e le finalità

---

<sup>135</sup> Uno dei fautori di questa teoria, l’Arend così si esprime: “*Matrimonium tunc consistit si consistunt elementa constituenta eius essentiam. Atqui haec elementa sunt vir, mulier, potestas in corpus ad copulam mutuo tradenda. Ubi haec potestas tradi potest, saluum consistit matrimonium, quid quid sit de ulteriori fine consequente essentiam semel constitutam. Ergo ubi mutua potestas datur in corpus ad copulam, ibi datur matrimonium*”.

<sup>136</sup> E’ quanto ritiene il Palmieri nel suo *Tractatus de matrimonio cristiano*.

<sup>137</sup> D’Avack Pietro Agostino, *Cause di nullità e divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, cit., p. 369.

proprie dell'istituto matrimoniale, anziché esasperare in maniera artificiosa il *finis procreationis*, che invece, secondo la concezione esaminata non è il solo fine unico e necessario per la validità del matrimonio. Sta di fatto che anche la teoria della copula saziativa non trova rispondenza nel sistema positivo matrimoniale della legislazione dell'epoca, che sembrerebbe priva di ogni base storica e dogmatica. Ed ancora, se si ammette che la copula perfetta è solo quella saziativa, bisogna pur riconoscere che ogni unione sessuale *contra naturam*, purché sia satisfattiva dei desideri carnali, sarà giuridicamente valida e moralmente lecita<sup>138</sup>. Se quindi due coniugi degenerati riuscissero a placare i loro desideri solo mediante atti sodomitici o comunque contro natura, la copula sarebbe in ogni caso perfetta e dunque consumativa del matrimonio.

#### **5. Una nuova visione del matrimonio: l'insegnamento del Concilio Vaticano II. La tesi della consumazione “esistenziale”.**

Fra i documenti del Concilio Vaticano II, un capitolo intero è dedicato alla dignità del matrimonio e della famiglia<sup>139</sup>. Si tratta del capitolo I della parte seconda Costituzione Pastorale *Gaudium et Spes*. Analizzando quest'ultima ci si accorge subito di una rinnovata visione del matrimonio rispetto a quella proclamata dalla legislazione precedente, dove la sottolineatura dell'amore coniugale mette in risalto l'aspetto esistenziale e pratico del matrimonio<sup>140</sup>. L'insegnamento conciliare è diretto a promuovere il bene e la dignità della persona, considerato come “*strettamente connesso con una felice situazione della comunità coniugale e familiare*”<sup>141</sup>. E esso, inoltre, sottolinea l'importanza del patto di amore coniugale, nel quale i coniugi sperimentano il senso della propria unione,

---

<sup>138</sup> D'Avack Pietro Agostino, *Cause di nullità e divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, cit., p. 379.

<sup>139</sup> Scellini Giuseppe, *Il matrimonio nel codice di diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 2011.

<sup>140</sup> Missaglia Francesco, *Osservazioni sul principio personalistico nell'individuazione dell'essenza del matrimonio canonico*, in *Studi di diritto ecclesiastico e canonico*, Jovene, Napoli, 1978, pp. 245 ss.

<sup>141</sup> *Gaudium et Spes*, n. 47.

quale “*mutua donazione di due persone*”<sup>142</sup>. La rilevanza dell’amore coniugale diventa il segno peculiare ed espressivo della società coniugale<sup>143</sup>. Il documento conciliare, sebbene dichiara che il matrimonio e l’amore coniugale sono ordinati per loro natura alla procreazione ed educazione della prole<sup>144</sup>, elimina quella gerarchizzazione dei fini che era stata così marcata dal Codice del 1917<sup>145</sup>. “*Il matrimonio, tuttavia, non è stato istituito soltanto per la procreazione; ma il carattere stesso di patto indissolubile tra persone e il bene dei coniugi esigono che anche il mutuo amore abbia le sue giuste manifestazioni, si sviluppi e arrivi a maturità. E perciò anche se la prole molto spesso tanto vivamente desiderata, non c’è, il matrimonio perdura come consuetudine e comunione di tutta la vita e conserva il suo valore e la sua indissolubilità*”<sup>146</sup>. Si rimarca così con maggior forza il rapporto personale che assurge ad elemento di sviluppo e maturità<sup>147</sup>.

Anche nel documento *Humanae Vitae* di Paolo VI, viene ripresa ed approfondita la visione conciliare sul matrimonio quale comunità di amore. Quest’ultimo è visto come “*sorgente suprema che mira alla reciproca donazione personale*”, per cui “*gli sposi tendono alla comunione dei loro esseri in vista di un mutuo perfezionamento*”

---

<sup>142</sup> *Gaudium et Spes*, n. 48.

<sup>143</sup> Il dono che un coniuge fa all’altro di se stesso “*pervade tutta quanta la vita dei coniugi, ed anzi diventa più perfetto e si accresce mediante il suo generoso esercizio*” (*Gaudium et Spes*, n. 49).

<sup>144</sup> *Gaudium et Spes*, n. 50.

<sup>145</sup> Anche se c’è chi sostiene che il Concilio non abbia voluto capovolgere la gerarchia dei fini affermata dal *codex* del 1917. Cfr., Navarrete Urbano, *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II. Momentum iuridicum amoris coniugalis*, in *Periodica*, 1967, pp. 357 ss.; nonché Bonnet Pier Antonio, *L’essenza del matrimonio canonico. Contributo allo studio dell’amore coniugale, I, Il momento costitutivo del matrimonio*, Cedam, Padova, 1976.

<sup>146</sup> *Gaudium et Spes*, n. 50.

<sup>147</sup> Missaglia Francesco, *Osservazioni sul principio personalistico nell’individuazione dell’essenza del matrimonio canonico*, cit., p. 16.

*personale*”<sup>148</sup>. È ovvio, che il Pontefice intenda far rispettare la natura e la finalità dell’atto matrimoniale, che deve rimanere aperto alla trasmissione della vita<sup>149</sup>, affinché non si arrivi a trattare l’altro coniuge come un mezzo di pura soddisfazione dei propri desideri.

Sarà proprio sulle basi dell’insegnamento conciliare che il nuovo *Codex* troverà la sua *ratio*, recuperando quella visione più personalistica e meno fisicista che già aveva avuto i suoi presupposti nei sostenitori della teoria della copula unitiva<sup>150</sup>. Di conseguenza ciò comporterà anche una nuova visione del concetto di consumazione del matrimonio.

Vale la pena accennare anche ad una tesi alquanto suggestiva sotto l’aspetto ideale, che si è sviluppata particolarmente negli anni successivi al Concilio, ma che non ha trovato accoglienza nella nuova legislazione. Si tratta della tesi della cosiddetta “*consumazione esistenziale e nella fede*”, propugnata da un’autorevole voce della scienza canonistica francese ed in particolare dal prof. Jean Bernhard dell’Università di Strasburgo<sup>151</sup>. E’ sicuramente una proposta interessante che sembra cogliere quella ventata di novità apportata dal Concilio in materia matrimoniale, pienamente sensibile alle esigenze personalistiche e spiritualistiche del legame

---

<sup>148</sup> *Humanae Vitae*, n.8. Il motivo ispiratore del documento è dato dal gravissimo problema del controllo delle nascite e di conseguenza viene a puntualizzare il senso dell’amore coniugale.

<sup>149</sup> *Humanae Vitae*, n.11.

<sup>150</sup> Non sono, però, limitate le opinioni di chi vedrebbe una qualche ipotesi di continuità tra le due scelte normative, in particolare il Concilio pur adottando una terminologia diversa da quella tradizionale, non revocherebbe la speciale rilevanza della procreazione, allo stesso modo in cui la tradizione pre-conciliare allorché collocando il bene dei coniugi in una visione meno approfondito, non dovrebbe essere ritenuta ostile a una valutazione meno del matrimonio *in facto esse*, ordinata anche al raggiungimento del benessere dei coniugi.

<sup>151</sup> Bernhard Jean, *A propos de l’indissolubilité du mariage chrétien*, in *Revue de sciences religieuses*, 10970, p. 61; Id., *A propos de l’hypothèse concernant la notion de “consummation existentielle” du mariage*, in *Revue de droit canonique*, 1970, pp. 184-192; Id., *Où en est la dissolubilité du mariage dans l’Eglise d’aujourd’hui: état de la question*, in *L’Année canonique*, 1971, pp. 59-82.

coniugale<sup>152</sup>. Affinché un matrimonio possa dirsi consumato, non è necessaria la consumazione fisica compiuta mediante il debito atto coniugale, ma si richiede la piena integrazione affettiva e spirituale degli sposi, in modo che la loro unione rappresenti realmente l'unione tra Cristo e la Chiesa.

Jean Bernhard afferma: “*le mariage serait considéré comme consommé (et partant comme absolument indissoluble) lorsque les époux auraient conduit l'amour conjugal à un certain achèvement humain et chrétien; lorsqu'ils auraient constitué une profonde communauté de vie, symbole explicite de l'Alliance; lorsqu'ils auraient acquis pleine conscience que l'indissolubilité de leur mariage s'enracine dans leur foi et leur fidélité au Christ*”<sup>153</sup>. Si tratta di una tesi alquanto suggestiva sotto l'aspetto ideale per il contenuto e le finalità che essa si propone, ma è teologicamente e giuridicamente inaccettabile. In particolare vi è una forte indeterminazione nell'individuazione del momento perfezionativo della consumazione matrimoniale; in altre parole appare del tutto difficile stabilire in che momento si perfezioni il vincolo tale da godere dell'assoluta indissolubilità e, dunque, della sua stabilità. Essa fa dipendere il realizzarsi della consumazione da un criterio soggettivo ed intimo delle parti, comportando una confusione tra il matrimonio in *fieri* e quello in *facto esse*<sup>154</sup>. Se si accettasse la tesi esposta, si avrebbe non soltanto un aumento dei matrimoni rati, ma per di più il matrimonio assolutamente indissolubile resterebbe una prerogativa per pochi, un tipo di matrimonio percepibile e vivibile da una ristretta cerchia di cristiani, negandosi il diritto alla pienezza del sacramento del matrimonio a tutti coloro che per qualunque ragione non raggiungano l'integrazione

---

<sup>152</sup> Fumagalli Carulli Ombretta, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 16 ss.

<sup>153</sup> Bernhard Jean, *A propos de l'indissolubilité du mariage chrétien*, in *Revue de sciences religieuses*, 1970, p. 61.

<sup>154</sup> Navarrete Urbano, *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II, amor coniugalis*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 1968, pp.192-193; Fumagalli Carulli Ombretta, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, cit., p. 17.

spirituale<sup>155</sup>. Inoltre, essa sebbene elevata sotto il profilo dei suoi contenuti, rischia di banalizzare la natura stessa dell'istituto matrimoniale, perché potrebbe costituire una spinta psicologica non sottovalutabile a non impegnarsi con tutte le risorse disponibili, a superare la crisi nei rapporti reciproci non effettuando, o ritardando, l'approfondimento del legame nuziale nella misura necessaria alla sua consumazione<sup>156</sup>. Né essa sarebbe ammissibile sotto il profilo processuale dal momento la prova della consumazione, come d'altronde ogni prova, necessita dell'individuazione certa di ciò che si deve provare e non su determinazioni presuntive, finendo nell'arbitrario e sacrificando il valore dell'indissolubilità<sup>157</sup>. E' una tesi particolare che si inserisce nel solco dei dibattiti postconciliari intorno all'indissolubilità matrimoniale ed alla dimensione personale, costituendo lo sprone per meditare a lungo sul tema della consumazione fino a superare una concezione meramente meccanicistica.

## **6. La consumazione nel nuovo Codice di diritto canonico.**

Il can. 1061 dell'attuale *Codex* afferma che il matrimonio è rato e consumato: “*si coniuges inter se humano modo posuerunt actum per se aptum ad prolis generationem ad quem natura sua ordinatur matrimonium et quo coniuges fiunt una caro*”. Leggendo a prima vista tale formulazione, sembrerebbe non molto diversa da quella enunciata nel can. 1015 del codice del 1917; tuttavia, se lo si compara attentamente e lo si inserisce nella visione magisteriale del Vaticano II, in realtà ci si rende conto che vi sono elementi di novità<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> Fumagalli Carulli Ombretta, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, cit., p. 17.

<sup>156</sup> Bonnet Pier Antonio, *I fondamenti teologico-canonici dell'indissolubilità del sacramento del matrimonio*, in *Lo scioglimento del matrimonio canonico*, cit., p. 123.

<sup>157</sup> Bonnet Pier Antonio, *I fondamenti teologico-canonici dell'indissolubilità del sacramento del matrimonio*, in *Lo scioglimento del matrimonio canonico*, cit., p. 123.

<sup>158</sup> Musselli Luciano, *La consumazione del matrimonio nel nuovo codice di diritto canonico*, op. cit., p. 747.

L'elemento principale del nuovo concetto di consumazione è la centralità non più dell'atto coniugale in sé, ma dei coniugi; sono questi ultimi che lo pongono in essere in modo umano ed idoneo alla procreazione della prole<sup>159</sup>. Sono i coniugi gli attori principali di questa vicenda, che perde quel carattere meccanicistico-ontologico che prima la caratterizzava<sup>160</sup>. Marito e moglie diventano i protagonisti di questo atto. La consumazione comporta un'operazione attiva da parte dei coniugi, un porre in essere un atto coniugale caratterizzato dall'elemento unitivo e dalla sua potenziale fecondità, aperto alla vita<sup>161</sup>. Inoltre, si evita qualsiasi riferimento alla consumazione come completamento di un matrimonio già completo in sé, applicando senza equivoci ed in modo immediato la consumazione alla prima unione tra i coniugi<sup>162</sup>. Un'altra importante modifica risiede nel punto di vista metodologico: mentre prima si affermava che il "contratto" matrimoniale tendeva alla consumazione, ora si dice che il matrimonio tende alla consumazione. Mentre prima la copula coniugale era vista come oggetto di una prestazione contrattuale, ora appare chiaramente che c'è un'ordinazione naturale del matrimonio alla consumazione<sup>163</sup>.

Per aversi la consumazione si richiede la coesistenza degli elementi materiali e di quelli psicologici.

---

<sup>159</sup> Si sente, sotto tale aspetto la nostalgia di alcune parole che avevano dietro di sé una così lunga e profonda tradizione.

<sup>160</sup> Musselli Luciano, *La consumazione del matrimonio nel nuovo codice di diritto canonico*, op. cit., p. 747.

<sup>161</sup> Musselli Luciano, *La consumazione del matrimonio nel nuovo codice di diritto canonico*, op. cit., pp. 748-749; Pompedda Mario Francesco, *La nozione di matrimonio << rato e consumato >> secondo il can. 1061 §1 del C.I.C. e alcune questioni processuali di prova in merito*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1985, pp. 342-343.

<sup>162</sup> AA.VV., *Il codice del Vaticano II. Matrimonio canonico*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1985, pp. 64-65.

<sup>163</sup> Già S. Tommaso riteneva che vi fosse un'ordinazione naturale alla copula, anche se distingueva un'ordinazione immediata al matrimonio in se stesso e un'ordinazione mediata alla copula (*Summa Theologiae*, Suppl. q.48, art. 1 in c).

### 6.1 Elementi fisici.

Dal punto di vista materiale è necessario l'effettuazione di un rapporto sessuale completo e potenzialmente, almeno in linea teorica, procreativo. Il rapporto sessuale deve quindi, sempre in una prospettiva biologica, attuarsi in modo naturale, attraverso un'adeguata attitudine dell'uomo a penetrare nella vagina della donna. In particolare da parte dell'uomo occorre la capacità di erezione e di penetrazione del membro virile, anche parziale, nella vagina muliebre e la capacità di eiaculare in essa<sup>164</sup>. Da parte della donna, invece, è richiesta la capacità di ricevere e trattenere l'organo copulatorio maschile. Dunque vi deve essere un'introduzione almeno parziale<sup>165</sup> della parte terminale del pene (glande) ed è necessario che in tale contesto avvenga l'eiaculazione; non basta, quindi, la copula appositiva anche se seguita da generazione della prole<sup>166</sup>. Una volta provata la penetrazione, la consumazione si presume e non è più espletabile il procedimento per ottenere la dispensa *super rato*. Riguardo alla natura dell'eiaculato, con il noto decreto della Congregazione per la Dottrina della Fede del 13 maggio 1971, si è tolto ogni dubbio in ordine al problema, postosi già in passato con il Breve *Cum Frequenter* di Sisto V del 1587<sup>167</sup>, sulla provenienza del liquido testicolare recante spermatozoi

---

<sup>164</sup> Kowal Janusz, *La consumazione del matrimonio tra la tradizione e il positivismo giuridico*, in *Periodica de re canonica*, 2012, fasc. 3, pp.447-449.

<sup>165</sup> La Congregazione del S. Ufficio ha avuto modo di precisare che non si richiede una penetrazione tale: "*Utrum ad copulam perfectam et ad matrimonii consummationem requiratur et sufficiat, ut vir aliquo saltem modo, etsi imperfecte vaginam penetret, atque immediate in ea seminationem saltem partialem naturali modo peragat; an tanta vaginae penetratio requiratur ut glans tota intra vaginam versetur*".

<sup>166</sup> Musselli Luciano - Tedeschi Mario, *Manuale di diritto canonico*, Monduzzi, Bologna, 2006, pp.124-125.

<sup>167</sup> Il breve di Sisto V è la risposta al Nunzio di Spagna, l'arcivescovo Cesare Spacciani, il quale aveva denunciato alcuni abusi in materia matrimoniale, dal momento che era costume abbastanza diffuso che le nobili donne ricercassero eunuchi e spadoni per contrarre con loro un matrimonio che soddisfacesse le proprie bramosie sessuali senza dar luogo alla nascita di figli, che in virtù della legge del maggiorascato, sarebbero stati condannati alla povertà: "*eunuchi quidam et spadones, qui utroque teste carentes et ideo certum ac manifestum est eos verum semen emittere*

(*verum semen*)<sup>168</sup>. Oggi, alla luce del summenzionato decreto, affinché si abbia una copula coniugale consumativa del matrimonio, è necessario che l'eiaculazione avvenga *intra vaginam*, ma non si richiede che essa sia di origine testicolare<sup>169</sup> (*quaedam seminatio*). Ne consegue che la copula dei vasectomati, come quella di qualsiasi specie di sterili, è idonea a consumare il matrimonio<sup>170</sup>. Il decreto del 1977 segna, infatti, un'importante svolta nel modo di intendere l'atto coniugale, oltre che per l'impedimento da impotenza, mirando ad instaurare un più stretto legame

---

*non posse ...., atque immunids complexibus cum mulieribus se commiscant ..matrimonia contrahere praesumant*". Il Sommo Pontefice dichiarava che tali unioni: "*sunt ab Ecclesia prorsus exterminandae ... tentationem illecebrae et incentiva libidinis*". Si trattava più che altro di una questione di carattere morale, poiché la loro intenzione non è retta; non vogliono contrarre un valido matrimonio, ma soltanto l'apparenza di un matrimonio *et in figura matrimonii*. Sotto il pretesto di aver celebrato un'unione legale, bramano *turpes commixtiones*; cfr., Damizia Giuseppe, *Vasectomia e matrimonio*, in *Apollinaris*, 1978, 1-2, pp. 146-193.

<sup>168</sup> Il decreto afferma, infatti che: "*quatenus affirmative, utrum ad copulam coniugalem requiratur necessario eiaculatio seminis in testiculis elaborati .... negative*", in A.A.S. 69, 1977, p. 426. Veniva così espunta una notevole limitazione al matrimonio che non aveva più senso mantenere e che sacrificava invece i diritti dei *christifideles* di seguire la propria vocazione umana e cristiana e quindi permettere lo svolgimento della propria personalità. Conforme a ciò è il pensiero di Bonnet Pier Antonio, *L'impotenza*, in *Gli Impedimenti al matrimonio canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1989, pp.435-36, 454, 461-62. Il predetto decreto è vincolante per tutta la Chiesa Cattolica perché costituisce un'interpretazione autentica del concetto di impotenza. Inoltre, l'esplicita approvazione del Sommo Pontefice lo qualifica come un atto del Supremo Magistero, che deve essere accettato dai fedeli con "riverenza" e "sincerità"; cfr., Damizia Giuseppe, *Vasectomia e matrimonio*, *cit.*, p.176; Bonnet Pier Antonio, *L'impotenza*, in *Gli Impedimenti al matrimonio canonico*, *cit.*, p.136; Biondi Emilia, *Sterilità e ordinazione alla prole nel matrimonio canonico*, in *Diritto e Religioni*, 2014, n.1, pp. 48 ss.

<sup>169</sup> A rigor del vero perché si verifichi l'eiaculazione necessaria per la copula consumativa del matrimonio non basta che abbia luogo una qualsiasi emissione di liquido *intra vaginam*, per esempio per un processo di gonorrea; è necessario che si verifichi, almeno in modo rudimentale, il fenomeno fisiologico classificato come eiaculazione. Tuttavia, nella prassi se ha avuto luogo la penetrazione e una qualsiasi emissione di liquido, in caso di dubbio, si dovrà decidere per la consumazione.

<sup>170</sup> Kowal Janusz, *La consumazione del matrimonio tra la tradizione e il positivismo giuridico*, *op. cit.*, pp.447-449.

tra la capacità richiesta alle parti in ordine alla sfera sessuale e quel *consortium totius vitae*, che in effetti costituisce il contenuto essenziale del matrimonio<sup>171</sup>. Riassumendo, dal punto di vista fisico, per la copula consumativa del matrimonio non basta l'introduzione e la penetrazione senza eiaculazione (*aneiaculatio*), non basta l'inseminazione artificiale<sup>172</sup>, né la copula onanistica, né quella condomata<sup>173</sup>, né meramente appositiva. L'atto sessuale deve compiersi ed esaurirsi in modo naturale e nella sua sede naturale.

---

<sup>171</sup> Calcagni Colomba, Mei Enrico, *Medicina legale canonistica*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 62-63.

<sup>172</sup> Riguardo l'inseminazione artificiale, vale la pena di riportare in parte il di Pio XII al IV Congresso Internazionale dei Medici Cattolici, il 29 settembre 1949: *Discorsi e Radiomessaggi*, vol. XI, pp. 221-225: “... quanto alla liceità della fecondazione artificiale nel matrimonio (fecondazione omologa), ci basta, per adesso, richiamare questi principi di diritto naturale: il semplice fatto che il risultato a cui si mira viene raggiunto per questa via, non giustifica l'uso del mezzo stesso; neppure il desiderio, in sé pienamente legittimo negli sposi, di avere un bambino, basta a provare la legittimità del ricorso alla fecondazione artificiale, che realizzerebbe tale desiderio. Sarebbe errato pensare che la possibilità di ricorrere a questo mezzo renderebbe valido il matrimonio tra persone incapaci di contrarlo a causa dell'*impedimentum impotentiae*. D'altra parte, è superfluo notare che l'elemento attivo non può mai essere procurato lecitamente mediante atti contro natura”. Il pontefice, nel discorso citato, distingue la fecondazione artificiale propriamente detta, da condannare apertamente, perché compiuta con spermatozoi ottenuti in modo illecito e la fecondazione artificiale impropriamente detta, ottenuta in modo del tutto diversa, poiché si prenderebbe il seme effuso nella vagina durante il regolare atto coniugale e con gli strumenti adatti lo si deporrebbe negli organi più interni per facilitare la fecondazione, ostacolata da difetti della donna o dell'uomo. Pertanto, nel caso in cui la prole sia stata generata con l'impiego di tecniche di fecondazione artificiale che escludono l'atto coniugale, è da chiedersi se l'autorità ecclesiastica adita per ottenere lo scioglimento, terrà in debito conto tale circostanza. Premesso che il matrimonio resta senza dubbio inconsumato, il ricorso alla fecondazione artificiale sembrerebbe dimostrare la volontà dei coniugi a consolidare ed arricchire la propria unione coniugale. L'autorità ecclesiastica dovrà, pertanto, in tali casi motivare la sua decisione in totale conformità al magistero ecclesiastico; si veda Guida Milena, *Riflessi giuridici della fecondazione artificiale nel diritto matrimoniale canonico*, in *Apollinaris*, 2003, 1-2, pp. 195-197.

<sup>173</sup> Quanto ai contraccettivi o anticoncezionali, è da tener presente che sono insufficienti per la copula consumativa solo quelli che impediscono la eiaculazione immediata e diretta nella vagina, come ad esempio il condom.

Vi possono essere casi limite nei quali pur non essendoci una vera e propria consumazione, come quando l'uomo non riesca a penetrare, il liquido spermatico eiaculato entri ugualmente in vagina, dando luogo a fecondazione della donna (*effusio seminis extra vas*). Qui si pongono delicati problemi in ordine alla possibilità o meno di sciogliere il matrimonio per inconsumazione, a causa dello scandalo che potrebbe suscitare la presenza della prole<sup>174</sup>.

## 6.2 Elementi psicologici

Insieme agli elementi fisici sono necessari anche gli elementi di carattere conoscitivo e volitivo. Sotto questo aspetto un grande progresso è stato dato nei decenni successivi al Concilio Vaticano II<sup>175</sup>. La dottrina classica, infatti, non si pose mai il problema in termini generali, se per l'esistenza di una valida consumazione fosse necessaria la presenza della volontà, ma soltanto indirettamente esaminando la questione in riferimento al bimestre concesso ad uno dei due coniugi utile per decidere se intraprendere o meno la vita religiosa. Anche successivamente rimase pacifico il principio per il quale si ha *copula perfecta* anche se la donna fosse *prorsus invita, ignorans, dormiens, ebria, insana o metu coacta*<sup>176</sup>. Il can. 1061 richiede che l'atto coniugale sia compiuto "**humano modo**", ossia con coscienza e volontà di compiere quel determinato atto; vi è, dunque, una partecipazione della volontà e dell'intelletto nella consumazione. Il congiungimento, insomma, deve essere frutto di una

---

<sup>174</sup> Per un'analisi più approfondita di alcune fattispecie problematiche della consumazione è utile rinviare alla monografia di Orlandi Giacomo, *I casi difficili del processo super rato*, Cedam, Padova, 1984.

<sup>175</sup> Kowal Janusz, *La consumazione del matrimonio tra la tradizione e il positivismo giuridico*, op. cit., p.449.

<sup>176</sup> Pompedda Mario Francesco, *La nozione di matrimonio << rato e consumato >>*, cit., pp. 348-349.

libera scelta<sup>177</sup>. La presenza di tale inciso introduce un criterio di valutazione morale della qualità e della dignità umana, ben al di là della stretta configurazione fisiologica dell'atto<sup>178</sup>. Il legislatore non si è limitato ad indicare in cosa consista la consumazione, ma anche come debba avvenire. L'atto umano implica in primo luogo la naturalità dell'atto coniugale cui è inerente la cooperazione personale dei coniugi<sup>179</sup>; è quello compiuto con consapevolezza e libertà, ed è un atto conforme alla dignità umana, dove i coniugi si pongono verso il medesimo in un atteggiamento di scelta ed accettazione responsabile, emblema della donazione spontanea di un coniuge all'altro<sup>180</sup>. L'atto sessuale deve esprimere con l'unione fisica anche quella personale, attuandosi in modo conforme alla dignità dell'uomo, deve cioè incarnare un atto non soltanto posto in essere da un uomo, ma veramente umano, ossia un atto che impersonifichi un'intenzionalità consapevole e libera diretta alla reciproca donazione integrale della sessualità fino al coinvolgimento della dimensione carnale<sup>181</sup>, una vera unione di corpo e di spirito. Motivo per cui riteniamo

---

<sup>177</sup> Di fatto, il termine *humano modo*, appare per la prima volta nella Costituzione *Gaudium et Spes*, nel contesto dell'amore coniugale, riferito alla vita intima sessuale dei coniugi in generale, non specificamente alla consumazione del matrimonio, nel cui contenuto non ha una connotazione giuridica, ma va inteso in senso antropologico, comprendendo tutti gli elementi connaturali dell'atto sessuale fra i coniugi, inclusa una grande varietà di quelli che non rientrano nel campo del diritto e che non possono essere presi in considerazione nel concetto canonico di copula consumativa del matrimonio. Dallo studio, invece, della preparazione del Codice, risulta che l'espressione *humano modo*, è rimasta nel can. 1061 § 1 non per il suo significato contenutistico, ma per un motivo di opportunità, vale a dire per richiamare l'attenzione di coloro che ancora sembravano ancorati a dottrine del tutto superate; cfr. Kowal Janusz, *La consumazione del matrimonio tra la tradizione e il positivismo giuridico*, op. cit., p.460.

<sup>178</sup> AA.VV., *Il codice del Vaticano II. Matrimonio canonico*, cit., p. 65.

<sup>179</sup> Pompèdda Mario Francesco, *La nozione di matrimonio << rato e consumato >>*, cit., p. 346.

<sup>180</sup> Musselli Luciano, *La consumazione del matrimonio nel nuovo codice di diritto canonico*, op. cit., pp. 748-749.

<sup>181</sup> Bonnet Pier Antonio, *I fondamenti teologico-canonici dell'indissolubilità del sacramento del matrimonio*, in *Lo scioglimento del matrimonio canonico*, cit., p. 132.

di condividere con il Bonnet, la definizione della copula come atto *interpersonale*<sup>182</sup>, proprio per la ricchezza di valori che vi sono connessi.

Tuttavia, bisogna determinare se l'elemento psicologico debba essere circoscritto alla semplice volontà dell'atto in sé considerato e alla pura consapevolezza del rapporto giuridico in cui esso si inquadra, o se si debbano invece considerare anche più complesse componenti psicologiche dell'atto umano<sup>183</sup>. Ci si chiede se “*sia sufficiente, ai fini della humanitas, la consapevolezza e la volontà di porre in essere la copula carnalis o se occorre anche il trasporto, indefinito ed indefinibile, dei sentimenti*”<sup>184</sup>.

Ne consegue che, di sicuro, non possa dirsi consumato quel matrimonio in cui la consumazione sia ottenuta con la violenza, o sotto l'effetto di alcool o droghe, tali da compromettere fortemente la consapevolezza e la responsabilità dell'atto che si sta compiendo.

Per quanto riguarda l'atto coniugale compiuto per timore, si ritiene che esso non invalidi la consumazione, a meno che non sia tale da compromettere la capacità volitiva del partner. Tuttavia, alcuni autori ritengono che l'atto coniugale compiuto sotto la pressione di un timore debba considerarsi un atto non consumativo del matrimonio<sup>185</sup>. Il motivo principale che adottano i difensori di questa opinione è l'analogia con il can. 1103: “*E' invalido il matrimonio celebrato per violenza o timore*

---

<sup>182</sup> Bonnet Pier Antonio, *I fondamenti teologico-canonici dell'indissolubilità del sacramento del matrimonio*, in *Lo scioglimento del matrimonio canonico*, cit., pp. 126 ss.

<sup>183</sup> Nella sentenza *coram Stankiewicz* del 12 dicembre 1989 (in R.R. Decisiones, LXXXI, p. 797), si sostiene a chiare lettere che l'atto consumativo consta sia dell'elemento fisico ma anche di quello psicologico “*quod exigit ut coniugalis amplexus ex utraque parte sit actus vere humanus videlicet vi physica aut gravi vi morali haud extortus, atque positus mentis advertentia seu cum actuali rationis usu*”.

<sup>184</sup> Fumagalli Carulli Ombretta, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, cit., p. 23; l'autrice si interroga se: “*la spiritualizzazione dell'istituto matrimoniale, rivalutata dal magistero conciliare, può, o addirittura deve, essere sviluppata così ampiamente e quasi spinta sino al punto da esigere, anche per la nozione giuridica di consumazione del matrimonio, che i coniugi raggiungano una piena e profonda comunità di vita, naturale e soprannaturale?*”, op. cit. p. 15.

<sup>185</sup> Ghisoni Linda, *La rilevanza giuridica del metus nella consumazione del matrimonio*, Ed. Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2000.

*grave incusso dall'esterno, anche non intenzionalmente, per liberarsi dal quale uno sia costretto a scegliere il matrimonio*". Poiché il timore grave rende nullo il matrimonio perché vizia il consenso, ugualmente esso vizia anche la libertà dell'atto coniugale; inoltre, poiché il matrimonio consumato è assolutamente indissolubile, anche la consumazione deve compiersi con adeguata libertà<sup>186</sup>. In realtà, l'argomentazione proposta non è del tutto convincente, poiché una cosa è la nullità di un matrimonio determinata da un vizio del consenso quale è il timore, altra cosa è l'atto coniugale che consuma il matrimonio. In altre parole non è corretto applicare gli stessi criteri della celebrazione del matrimonio anche alla consumazione. La celebrazione è un atto giuridico pienamente autonomo, che richiede la libertà dei contraenti, mentre la consumazione è un atto gravemente dovuto da entrambe le parti una volta celebrato il matrimonio<sup>187</sup>. Il coniuge che ha tentato tutti i mezzi persuasivi per compiere l'atto coniugale e ricorre a provocare un timore nell'altro per ottenere ciò che gli spetta, non compie un atto ingiusto<sup>188</sup>. Ovviamente dalla fattispecie del timore va esclusa la violenza fisica, mentre la minaccia del coniuge per ottenere ciò che gli spetta, in assenza di validi motivi che possano impedirlo, è del tutto giustificato. Perdipiù la nullità del matrimonio contratto per timore è solo di diritto positivo, e non di diritto naturale come risulta dal can. 125 § 2 : "*l'atto giuridico posto per timore grave è valido, tranne che il diritto disponga diversamente*"<sup>189</sup>.

Le *Litterae Circulares* proposte dalla Congregazione per i Sacramenti nell'aprile del 1986, stabiliscono il seguente criterio: "*per*

---

<sup>186</sup> Chiappetta Luigi, *Il Matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Ed. Dehoniane, Roma, 1990.

<sup>187</sup> Kowal Janusz, *La consumazione del matrimonio tra la tradizione e il positivismo giuridico*, op. cit., pp.453-54.

<sup>188</sup> Il caso tipico che viene presentato dagli autori è quello della donna che senza motivo procrastina la consumazione. Lo sposo, stanco dei reiterati rimandi della moglie, minaccia di ricorrere allo scioglimento per inconsumazione o al divorzio. A questo punto la moglie, di fronte alla minaccia, per timore di essere abbandonata, sceglie di consumare il matrimonio.

<sup>189</sup> Chiappetta Luigi, *Il Matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, cit., p. 21.

*avere la consumazione del matrimonio è necessario che l'atto sia umano per tutte e due le parti; è sufficiente però che sia virtualmente volontario, purché non estorto con forza: tutti gli altri elementi psicologici che rendono l'atto più facile e più appetibile non appartengono alla sfera del diritto e in essa non possono essere recepiti.*"<sup>190</sup>. L'atto virtualmente volontario è quell'atto che compiuto, seppur sotto l'assunzione di farmaci o altre sostanze, non determina la perdita totale dell'uso della ragione, in modo che l'attività intellettuale e volitiva, anche se obnubilata e indebolita, continua ad avere una certa partecipazione funzionale nella loro attività<sup>191</sup>. E' chiaro che non può definirsi atto virtualmente volontario quello in cui gli sposi hanno totalmente perso l'uso della ragione, dal momento che la loro attività non sarebbe più umana, ma puramente materiale.

Un' ultima questione sulla quale è doveroso soffermarsi è determinata dalla locuzione *humano modo*, che costituisce la principale novità del nuovo concetto di consumazione così come enunciato dal legislatore del nuovo Codice. La plenaria della Congregazione per i Sacramenti dell'aprile del 1986 si esprimeva nel senso che: "*l'inciso humano modo va inteso nel senso che l'atto consumativo deve essere un atto umano di entrambe le parti, ma è sufficiente che sia virtualmente volontario ....*". Risulta che in assenza di chiare indicazioni, esso è stato inteso alla luce della *mens legislatoris* e dell'interpretazione curiale, nonché della giurisprudenza. La tematica fu riproposta nella plenaria del 2001, dove in seguito ad una disamina ampia ed articolata è stato ritenuto opportuno di

---

<sup>190</sup> Congregatio pro Sacramentis, *Litterae Circulares De Processu*, in *Collectanea*, n. 120. Le *Litterae Circulares* dichiarano un'interpretazione del concetto di consumazione *humano modo* assai più restrittivo rispetto a quanto adombrato dalla giurisprudenza ed auspicato dalla dottrina. Parrebbe, dunque, ancora sostenuta la volontà virtuale dell'atto coniugale compiuto, ad esempio, con mezzi afrodisiaci; cfr., Bertolini Giacomo, *La prova dell'impotenza e dell'inconsumazione: evoluzione storica e recenti esiti personalisti della giurisprudenza rotale*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2011, 1-2, pp. 144-45.

<sup>191</sup> Kowal Janusz, *La consumazione del matrimonio tra la tradizione e il positivismo giuridico*, op. cit., p.455.

raccomandare al Pontefice l'istituzione di una Commissione di studio formata dai Dicasteri più interessati: la Congregazione per la Dottrina della Fede, la Rota Romana, il Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi, la Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti. Le conclusioni a cui pervenne la Commissione non furono tenute di rilievo tali da essere presentate al Pontefice, per cui la problematica non è stata più ripresa in seno alla Congregazione<sup>192</sup>, fino a che con il Motu Proprio *Quaerit Semper* del 30 agosto 2011 la trattazione della causa *super rato* è stata affidata ad un Ufficio Amministrativo costituito presso la Rota Romana. *L'humano modo*, inteso in senso tecnico-giuridico, esige che l'atto coniugale sia posto con l'uso della ragione e con la dovuta libertà, e quindi coincide con il termine atto umano, elaborato nella tradizione della teologia morale e del diritto canonico come strumento preciso di lavoro in queste scienze<sup>193</sup>.

In conclusione, la consumazione del matrimonio si ha, quindi, quando i coniugi compiano con un atto libero di scelta, non un'unione sessuale qualsiasi, ma l'atto coniugale caratterizzato prima di tutto dall'elemento unitivo (*una caro*), e dalla sua attitudine a trasmettere la vita, cioè dalla

---

<sup>192</sup> Durante la Plenaria del 2005, Mons. Domenico Sorrentino, segretario della Congregazione, informò nella sua relazione che: “il Dicastero si sta di fatto regolando secondo quest'ultima indicazione, anche se in questi quattro anni non è stato esaminato alcun caso che realmente potesse rientrare nella problematica dell' *humano modo*”.

<sup>193</sup> Ghisoni Linda, *La rilevanza giuridica del metus nella consumazione del matrimonio canonico*, op. cit., pp.117-120. Una *coram* Sciacca del 1 febbraio 2008, pare proiettare la prova della consumazione nella possibilità di consumare, senza proporzionate difficoltà un atto che deve essere espressione di intima congiunzione interpersonale: “*humano modo, non autem quolibet modo edicit Lex: id est sive per mutuum utriusque liberum consensum, sive absque magis arduis asperrimisque difficultatibus reddentibus actum sexualem quasi prometheicum, strenua consummandum virtute, quam ob rem actus sexualis in mutua donatione exerceri de facto nequi, quia illa intima personarum atque operum coniunctione perfici non potest*”; cfr., Bertolini Giacomo, *La prova dell'impotenza e dell'inconsumazione: evoluzione storica e recenti esiti personalisti della giurisprudenza rotale*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2011, 1-2, pp. 150-51.

sua potenziale fecondità<sup>194</sup>. Verrebbe allora da chiedersi se l'*humano modo* in cui deve avvenire la consumazione del matrimonio secondo il diritto canonico, non possa oggi essere interpretato nel senso dell'esclusione di ogni artificialità nella formalizzazione tra i coniugi degli atti diretti alla generazione della prole<sup>195</sup>. E' la mancanza nel processo copulatorio degli elementi non solo fisici, ma anche umani, che determina la situazione di inconsumazione che ne giustifica lo scioglimento ai sensi del can. 1142.

### **7. Aspetti comparatistici con il concetto civilistico di consumazione.**

E' curioso notare che ai sensi dell'art. 3, n. 2 lett. f, della legge n. 898/1970<sup>196</sup>, lo scioglimento del matrimonio civile può essere domandato quando non sia stato consumato. È lo stesso legislatore che ha previsto espressamente tra le ipotesi che rendono possibile l'ottenimento di una pronuncia di divorzio, quella della non consumazione del matrimonio<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> Il matrimonio attraverso la consumazione palesa così la sua *ratio* anche biologica dell'indissolubilità, nella prospettiva potenziale di una vita che può nascere e che è dovuta sia all'uomo che alla donna, che si sono uniti in matrimonio e dei quali elementi caratterizzanti e peculiari vivranno, senza mai più potersi separare, nel nuovo essere al quale daranno origine; cfr. Musselli Luciano, *La consumazione del matrimonio nel nuovo codice di diritto canonico*, op. cit., pp. 748-749.

<sup>195</sup> Dalla Torre Giuseppe, *Veritas, non auctoritas facit matrimonium*, in *Veritas non auctoritas facit legem. Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, a cura di G. Dalla Torre, C. Gullo e G. Boni, Libreria editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2012.

<sup>196</sup> Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio, modificata ed integrata dapprima dalla L. n. 436/1978 (Norme integrative della legge 898/1970, sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio) e successivamente dalla L. n. 74/1987 (Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio).

<sup>197</sup> Baldetti Simone, *Note in tema di scioglimento del matrimonio civile non consumato*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, 2014, n. 34; Mirabelli Cesare, *Inconsumazione del matrimonio e divorzio*, in *Studi sul divorzio*, Cedam, Padova, 1972, pp. 285 ss.; Scardulla Francesco, *Il concetto di matrimonio non consumato con riguardo all'istituto del divorzio*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1975, pp. 496 ss.; Barbiera Lelio, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Commentario del codice civile* (diretto da Scialoja Antonio e Branca Giuseppe), Zanichelli Editore, Bologna, 1979, pp. 206 ss.; Galoppini AnnaMaria,

Il divorzio, in Italia si caratterizza perlopiù come la presa d'atto di un evento accertativo della fine dell'unione tra i coniugi<sup>198</sup>. Se si eccettua il noto caso relativo al matrimonio non consumato tra Giuseppe Garibaldi e la contessa Giuseppina Raimondi<sup>199</sup>, la fattispecie in questione era sconosciuta al sistema giurisprudenziale italiano<sup>200</sup>, almeno prima che il legislatore la prevedesse espressamente nella legge sul divorzio. Nei precedenti progetti di legge sul divorzio, l'inconsumazione non venne mai presa in considerazione, essendo ignota anche alla prima redazione del progetto Fortuna, comparando definitivamente nel testo destinato poi a durare definitivamente della proposta Fortuna-Baslini<sup>201</sup>. Senza dubbio il nostro legislatore ha tenuto presente il modello canonistico<sup>202</sup>; né d'altronde sarebbe potuto essere diversamente, dal momento che l'unico

---

*Divorzio per inconsumazione e poteri del giudice*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1982, pp. 537 ss.; Finocchiaro Francesco, *Matrimonio civile. Formazione, validità e divorzio*, Giuffrè, Milano, 1989; AA.VV., *Famiglia e matrimonio* (a cura di Ferrando Gilda, Fortino Marcella e Ruscello Francesco), Vol. I, in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da Paolo Zatti), Giuffrè, Milano, 2002; AA.VV., *Famiglia e Servizi* (a cura di Maria Rosa Spallarossa), Giuffrè, Milano, 2001, pp. 241-242; Bonilini Giovanni – Tommaseo Ferruccio, *Lo scioglimento del matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>198</sup> Baldetti Simone, *Note in tema di scioglimento del matrimonio civile non consumato*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, 2014, n. 34.

<sup>199</sup> Si veda Barillaro Domenico, *Raimondi-Garibaldi: matrimonio rato e non consumato*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1979, I, pp. 242-247.

<sup>200</sup> Barbieri Luigi, *Alcune questioni in merito all'inconsumazione del matrimonio*, in *Studi in onore di Guido Saraceni* (a cura dell'Istituto di diritto ecclesiastico e canonico dell'Università di Napoli), Jovene, Napoli, 1988, pp. 361 ss.; si è soliti ricordare che la consumazione del matrimonio, estranea al diritto comune degli antichi Stati italiani, rilevava nel diritto germanico e nelle *coutumes* francesi al solo effetto di instaurare la comunione legale dei beni tra i coniugi; estranea al *code Napoleon* rimase tale anche nelle codificazioni europee modellate su di esso. Ma si può aggiungere che, negli antichi Stati italiani, vigeva la disciplina dello scioglimento per inconsumazione nei limiti previsti dal diritto canonico.

<sup>201</sup> Mirabelli Cesare, *op. cit.*, p. 287; si legge nella relazione alla proposta Fortuna: “*non occorre spendere parole per illustrarlo: infatti è un caso previsto addirittura dal codice di diritto canonico per la dispensa. E' una sperequazione tra cittadini che va sanata*”.

<sup>202</sup> Mirabelli Cesare, *op. cit.*, pp. 289-291; Galoppini AnnaMaria, voce *Divorzio (diritto privato e processuale)*, in *Novissimo Digesto Italiano, Appendice*, III, Torino, 1982, p. 95.

precedente storico era offerto solo dal diritto canonico. L'onorevole Protti, esponente liberale e perciò favorevole al divorzio, così si espresse in Aula: *“meglio sposare che bruciare, diceva San Paolo, per quest'ultima ipotesi non nasce quindi questione, anche perché esso è riconosciuto dalla stessa autorità religiosa”*<sup>203</sup>. Non vi è dubbio allora che il matrimonio canonico abbia costituito una sorta di prototipo; il fatto che l'inconsumazione potesse portare allo scioglimento del vincolo canonico, ha indotto il legislatore italiano ad includere a sua volta questa ipotesi fra quelle di scioglimento<sup>204</sup>. Siamo dinanzi ad una vera e propria ipotesi di trapianto di fattispecie dall'ordinamento ecclesiale a quello italiano<sup>205</sup>. Tuttavia, la fattispecie relativa alla non consumazione ha destato e desta ancora notevoli difficoltà ermeneutiche, poiché sia nella legge sul divorzio, sia in successive sedi legislative, manca una definizione legale della consumazione, per cui si deve procedere secondo criteri dell'interpretazione delle norme *“in bianco” (Blankettvorschriften)*<sup>206</sup>, con la conseguente difficoltà di non riuscire a raggiungere un minimo di certezza probatoria ed il rischio di facili strumentalizzazioni. Più di un interprete è stato irretito dalla suggestione di riferirsi al diritto canonico per colmare la lacuna presente nel nostro ordinamento, in quanto essa risponde al fine precipuo di sanare la sperequazione esistente tra chi avesse celebrato un matrimonio concordatario e chi le avesse celebrate solo con

---

<sup>203</sup> Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, V Legislatura, seduta antimeridiana del 18 giugno 1969, p. 9177.

<sup>204</sup> Baldetti Simone, *Note in tema di scioglimento del matrimonio civile non consumato*, op. cit.

<sup>205</sup> Bonnet Pier Antonio, *La inconsumazione come causa di divorzio nel diritto canonico e nel diritto italiano*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1989, p. 442 : *“un trapianto acquisisce la sua fecondità nei limiti nei quali attecchendo assume nell'ordinamento ad 'quem' la sua linfa vitale, che lo porterà non infrequentemente a sviluppi diversi rispetto a quelli che avrebbe vissuto nel diritto a 'quo', essendo a volte ragione di scandalo per i teorici che talora sono consapevoli della perversione avvenuta dopo il trapianto, ma sovente lasciano del tutto indifferenti i pratici, che magari sono più infastiditi dalle diversità degli istituti e dei dettati normativi che non dalle variazioni anche profonde del senso e della portata di uno stesso istituto o di una medesima norma che hanno pur sempre in questi casi, per essi, il pregio del 'déjà vu'.*

<sup>206</sup> Galoppini AnnaMaria, voce *Divorzio*, cit., p. 95.

rito civile. Ma la dottrina più attenta ha subito rilevato come oggi la questione risulti superata alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale<sup>207</sup>. Interessante è la proposta del Moneta secondo cui: *“occorrerebbe, in altre parole, determinare se il concetto di consumazione assunto dalla legge italiana sul divorzio debba essere inteso in senso esclusivamente materialistico ed oggettivo, come unione meramente fisica degli sposi, o se debba invece ricomprendere anche quel minimo di elementi spirituali che consentono di elevare l’atto dalla sfera biologica a quella più propriamente umana”*<sup>208</sup>.

L’eliminazione dell’impotenza dal novero delle cause d’invalidità, a seguito della riforma del diritto di famiglia, fa venir meno per i matrimoni celebrati dopo l’entrata in vigore della legge, ogni problema di connessione tra consumazione ed impotenza, intesa come incapacità speciale naturale<sup>209</sup>. L’impotenza, infatti, nel nuovo diritto di famiglia, è

---

<sup>207</sup> Finocchiaro Francesco, *Matrimonio civile .....*, op. cit., p. 101; l’autore ritiene che : *“Al riguardo, occorre escludere che la concezione canonistica, dominata com’è da particolari esigenze estranee agli interessi statuali, possa essere trasportata nel diritto civile”*, in *Ibid.*, pp. 101-102; cfr. anche Dalla Torre Giuseppe, *Questioni attuali in materia di dispensa << dispensa super rato>> e di divorzio per inconsumazione*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1974, p. 129, che definisce tale disposizione come *“inedita per l’ordinamento giuridico italiano, malamente mutuata dal diritto canonico ... si impone un’autonoma disciplina dell’istituto nell’ordinamento italiano, con la conseguente impossibilità, in sede dommatica, di dedurre dall’ordinamento canonico, dalla dottrina, dalla giurisprudenza canonica argomenti decisivi d’interpretazione del nuovo istituto del divorzio per inconsumazione”*.

<sup>208</sup> Moneta Paolo, *Considerazioni sugli aspetti psicologici della consumazione del matrimonio*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1975, pp. 340-346; sostiene inoltre che: *“L’elaborazione che l’istituto della consumazione del matrimonio ha ricevuto nel diritto della Chiesa, pur costituendo naturalmente un insostituibile punto di riferimento, non può tuttavia essere utilizzata integralmente nel diritto civile. Appare infatti sempre più largamente avvertita in dottrina l’esigenza di costruire un concetto autonomo di consumazione del matrimonio, un concetto che non si limiti a recepire la corrispondente nozione canonistica, ma ricerchi i suoi fondamenti in principi ed istanze proprie del diritto civile”*, in *Ibid.*, p. 345; cfr. anche Barillaro Domenico, *Brevi considerazioni in tema di scioglimento del matrimonio per inconsumazione*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1974, II, pp. 377 ss.

<sup>209</sup> Mirabelli Cesare, *Inconsumazione del matrimonio .....*, op. cit., p. 299.

disciplinata sotto il profilo dell'errore, incidendo sul momento genetico-costitutivo del rapporto di coniugio<sup>210</sup>.

Ne consegue che la consumazione è quindi un atto giuridico e il suo riflesso negativo si ha quando manchi un tale atto. E' sufficiente che tra i coniugi si sia instaurata un' unione sessuale normale, anche se le parti abbiano adottato accorgimenti diretti ad impedire l'emissione del liquido seminale nella vagina muliebre<sup>211</sup>. La mancata consumazione del matrimonio civile, allora, che può essere riscontrata anche in presenza di capacità sessuale, configura un'anomalia, una difficoltà del rapporto coniugale, poiché non vi è dubbio che l'attività sessuale dei coniugi rientri a pieno titolo nella comunanza di vita, ossia nella realizzazione della comunione materiale e spirituale<sup>212</sup>, la cui impossibilità di realizzazione permette ai coniugi di chiederne lo scioglimento del vincolo<sup>213</sup>. La non consumazione, altro non è che la spia vistosa, immediata, d'una difficoltà della vita di coppia, alla quale i coniugi possono porre rimedio mediante l'estinzione del vincolo matrimoniale<sup>214</sup>. Essa potrebbe costituire un elemento utile per dimostrare l'assenza in capo ai coniugi di costituire tra loro una comunione di vita, sia dal punto di vista genetico che del mantenimento del rapporto<sup>215</sup>.

---

<sup>210</sup> AA.VV., *Famiglia e Matrimonio*, op. cit., pp.1186-1187.

<sup>211</sup> Finocchiaro Francesco, *Matrimonio civile ...*, op. cit., p. 102: "vale a dire sia intervenuto il primo solo dei due elementi della copula canonistica".

<sup>212</sup> Bonnet Pier Antonio, *La inconsumazione come causa .....*, op. cit., pp. 472-473: "Più specialmente nell'art. 143 si esprime chiaramente quella complessa matrice comunione con la quale si è voluta connotare anche giuridicamente la vita coniugale, la quale abbraccia 'naturalmente', nei tanti suoi aspetti materiali e spirituali, la comunione solidale che la reciproca complementarietà sessuale tra uomo e donna può riuscire a configurare".

<sup>213</sup> Non a torto uno dei primi commentatori della legge istitutiva del divorzio rilevava che il concetto in questione deve trarsi dalla "connotazione, emergente dal sistema statutale, del concetto-valore della comunione di vita, intendendosi per consumazione quel fatto che realizza l'aspetto sessuale normale della comunione stessa", cfr. Barbiera Lelio, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, op. cit., pp. 103-104.

<sup>214</sup> Bonilini Giovanni-Tommaseo Feruccio, *Lo scioglimento del matrimonio*, op. cit., p. 261.

<sup>215</sup> Baldetti Simone, *Note in tema di scioglimento del matrimonio civile non consumato*, op. cit.

Rilevando l'inconsumazione come mero fatto giuridico che prescinde dalla volontà dei coniugi, quale oggettiva riferibilità dell'impossibilità di trattenere rapporti sessuali<sup>216</sup>, dal punto di vista processuale, la prova decisiva per ottenere la pronuncia di divorzio ex art. 3 n.2 lett. f della l. 898/1970, consiste nella dimostrazione della mancata unione sessuale tra i coniugi. Poiché la prova della consumazione riguarda la dimostrazione di un fatto negativo, nella prassi giudiziaria hanno trovato applicazione i criteri generali in materia<sup>217</sup>, per cui la dimostrazione passa attraverso la prova di un fatto positivo contrario o mediante il ricorso a presunzioni. Non a caso queste ultime sono risultate il mezzo probatorio più utilizzato data la particolare problematicità di questo tipo di procedimenti<sup>218</sup>.

Di sicuro alla luce di quanto argomentato in questo paragrafo, è agevole dedurre che il concetto civilistico di consumazione è diverso da quello canonistico, seppur in entrambi i casi si fa riferimento all'attività sessuale con un disinteresse per il momento fisico nel diritto civile. Condivido quanto sostenuto di recente da qualche autore: *“la persistente presenza dell'inconsumazione quale causa di divorzio appare come una foglia secca meritevole di cadere”*<sup>219</sup>. Anzitutto, perché si tratta di una fattispecie di rara applicazione, soprattutto nella prassi odierna<sup>220</sup>, e poi per

---

<sup>216</sup> Galoppini AnnaMaria, *Divorzio per in consumazione e poteri del giudice*, op. cit., pp. 539-540.

<sup>217</sup> Sui mezzi probatori esperibili, si osserva che la prova può essere data con ogni mezzo, sono esclusi il giuramento e la confessione, ammissibili sono invece la consulenza tecnica sulla persona, l'interrogatorio formale delle parti senza effetti confessori, la prova testimoniale e ogni altro elemento che il giudice, secondo il suo prudente apprezzamento, ritenga deponga univocamente nel senso del fatto addotto a fondamento della domanda; cfr. Bonilini Giovanni-Tommaseo Feruccio, *Lo scioglimento del matrimonio*, op. cit., p. 265.

<sup>218</sup> Non si dimentichi che oggi non è raro il caso in cui i coniugi abbiano avuto rapporti sessuali prima del matrimonio, o in sua costanza con altri soggetti.

<sup>219</sup> Baldetti Simone, *Note in tema di scioglimento del matrimonio civile non consumato*, op. cit.

<sup>220</sup> Il dato statistico denota in effetti una bassissima rilevanza pratica della fattispecie: ad esempio nel 2011 il 99,2 % dei casi di divorzio seguono la separazione legale e solo la restante infima

il fatto che il modello matrimoniale statale, seppur suggestionato da quello canonistico, è nella sostanza diverso. Di sicuro esso appare sempre più un retaggio del passato.

---

percentuale riguardano le altre fattispecie tra cui la non consumazione. I dati ISTAT sono rintracciabili sul sito web <http://www.istat.it/it/archivio/91133>.

### CAPITOLO III

## ***LO SCIoglimento DEL MATRIMONIO RATO E NON CONSUMATO NEL DIRITTO CANONICO: IL PROCEDIMENTO PER LA CONCESSIONE DELLA DISPENSA SUPER RATO***

### **1. Cenni storici sull'evoluzione della prassi di dispensa *super rato* dei Romani Pontefici.**

Nel precedente capitolo abbiamo avuto modo di delineare, seppure per grandi linee, l'evoluzione storica dell'importanza della consumazione del vincolo coniugale nel matrimonio canonico, che è fortemente collegata all'affermazione del principio di indissolubilità. Tale principio acquista la sua compiuta fisionomia tra la fine del XII e l'inizio del XIII secolo<sup>1</sup>; infatti, già con il Papa Alessandro III venne alla luce la necessità che fosse la Chiesa, e non le parti contraenti, l'unica titolare del potere di sciogliere un matrimonio rato e non consumato<sup>2</sup>. Sorse l'esigenza di fornire una giustificazione allo scioglimento di un matrimonio non consumato per l'ingresso in religione di uno dei due coniugi, nonostante vi fosse stata la prevalenza, nonché l'adesione dei Pontefici alla teoria consensualista. La teoria più diffusa era quella che utilizzava l'analogia tra la morte fisica e la morte rispetto alla vita secolare, che la scelta religiosa produceva. Così come la morte scioglieva fisicamente il legame instauratosi tra i coniugi, così anche il voto religioso scioglieva il vincolo spirituale di un matrimonio non consumato<sup>3</sup>. Tuttavia, oltre al caso specifico costituito dalla scelta di votarsi alla vita conventuale, si andò sempre più consolidandosi tra i canonisti l'idea che il matrimonio non consumato non

---

<sup>1</sup>Moneta Paolo, *Communitas vitae et amoris coniugalibus. Scritti di diritto matrimoniale canonico*, Pisa University Press, 2013, p. 349; nonché Nacci Matteo, *Origine e sviluppo dell'istituto dello scioglimento del matrimonio rato e non consumato*, in *Lo scioglimento del matrimonio canonico* (Atti del XLIV Congresso Nazionale di Diritto Canonico, a cura dell'Associazione Canonistica Italiana), Lev, Città del Vaticano, 2013, p. 142.

<sup>2</sup>Si veda il par. 3.4 del precedente capitolo.

<sup>3</sup>Moneta Paolo, *Communitas vitae et amoris coniugalibus. Scritti di diritto matrimoniale canonico*, op. cit., pp. 349-350; nonché Bucci Alessandro, *Dispensa super rato e non consumato. Evoluzione storica e problematica giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

fosse per sua natura pienamente indissolubile, ragion per cui alla Chiesa, ed in particolare al Pontefice, dovesse essere riconosciuta la potestà di permettere lo scioglimento di tale matrimonio. E' anche il periodo in cui il rafforzamento dell'autorità pontificia raggiunge il suo culmine, venendole riconosciuta la pienezza di ogni potere<sup>4</sup>. La dottrina canonistica dell'epoca ritiene senza alcuna difficoltà che il Papa ha la potestà di sciogliere un matrimonio non consumato, che non gode per diritto divino di un'assoluta indissolubilità.

Non è dato stabilire con esattezza, quando abbia preso avvio da parte dei Romani Pontefici la prassi di dispensare i matrimoni non consumati. Si è soliti far riferimento ai pontificati di Martino V ed Eugenio IV (fine XIV secolo ed inizio del XV), per indicare il momento storico di inizio di tale prassi, suffragata anche dalla testimonianza del vescovo di Firenze S. Antonino Pierozzi, il quale ammetteva personalmente di aver visto con i propri occhi delle bolle di scioglimento emanate da Martino V ed Eugenio IV<sup>5</sup>. In realtà, gli studiosi hanno a lungo dibattuto sull'esistenza di una tale prassi già a partire dal pontificato di Alessandro III e, secondo il Fahrner, anche da alcuni suoi predecessori<sup>6</sup>. Sebbene nel silenzio dei documenti antecedenti a Martino V, i Pontefici non abbiano usato di tale potestà, nella pratica ne risulterebbe in modo indiretto l'utilizzo<sup>7</sup>. Tra le Decretali di Alessandro III, ve ne sono due in cui il Pontefice, concedendo lo scioglimento di un matrimonio non consumato, menziona tale dispensa; in essa appare il termine *ex dispensatione*, a giustificare lo scioglimento del legame<sup>8</sup>. In un'altra decretale indirizzata al Vescovo di Poitiers, il Pontefice concede lo scioglimento del primo vincolo coniugale per *affinitas superveniens* tra gli sposi; anche in questo

---

<sup>4</sup>Moneta Paolo, *Communitas vitae et amoris coniugalis. Scritti di diritto matrimoniale canonico*, op. cit., p. 350.

<sup>5</sup>*Vidi aliquas bullas Martini V et Eugenii IV continentes talem dispensationem, sive dissolutionem matrimonii non consumati contrahentibus postmodum illis cum allis*, si veda Ghisoni Linda, *Lo scioglimento del matrimonio rato e non consumato: dalla Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti al Tribunale della Rota Romana*, in *Lo scioglimento del matrimonio canonico*, op. cit., p. 162; Bucci Alessandro, *Dispensa super rato e non consumato. Evoluzione storica e problematica giuridica*, op. cit., pp. 150-152.

<sup>6</sup>Ghisoni Linda, op. cit., p. 163.

<sup>7</sup>Bucci Alessandro, *Dispensa super rato e non consumato. ...*, op. cit., p.120.

<sup>8</sup>Bucci Alessandro, *Dispensa super rato e non consumato. ...*, op. cit., pp.122-123.

caso si parla “*ex dispensatione cum alia matrimonium contrahere et illa alii nubere*”<sup>9</sup>. Sebbene non vi sia un’esplicita menzione del potere pontificio di sciogliere il vincolo matrimoniale non seguito da copula carnale, in realtà Alessandro III “*aveva applicato la dispensa dal matrimonio rato e non consumato, pur non avendola concepita in modo netto e chiaro*”<sup>10</sup>. E’ utile richiamare il dibattito sorto in quest’epoca tra canonisti, favorevoli all’affermazione di una tale *potestas dispensandi*, e teologi, che invece si attestavano su posizioni contrarie. La dottrina teologica riteneva, infatti, che il matrimonio anche se non consumato fosse indissolubile per diritto naturale, in quanto sacramento. Dunque, il potere di dispensa pontificio è senza fondamento; solo la morte può sciogliere il legame coniugale, l’unica eccezione ammessa era costituita dall’ingresso in religione. Tuttavia, ben presto, anche tra alcuni teologi cominciò a farsi strada l’idea di una teoria della potestà di dispensa, in particolare nel pensiero di S. Antonino da Firenze, Giovanni da Torquemada e soprattutto in Tommaso de Vio detto il “Caietanus”, che ne fu il più convinto e strenuo difensore, e la sua opera non poco dovette influire sull’affermazione di questa dottrina nel Concilio di Trento (1545)<sup>11</sup>.

La questione oggetto della disputa non fu, però, presa in considerazione nell’assise conciliare. Nella sessione XXIV, can.6, fu espressamente affermato che il matrimonio rato e non consumato si poteva sciogliere nel momento in cui un coniuge avesse voluto optare per il voto di castità in una religione approvata dalla Santa Sede<sup>12</sup>. Papa Clemente VIII affidò lo studio della questione ad un gruppo di esperti teologi e canonisti, tra cui il cardinale Bellarmino e quattro uditori di Rota, che nel

---

<sup>9</sup>Bucci Alessandro, *Dispensa super rato e non consumato. ... op. cit.*, p.123.

<sup>10</sup>Bucci Alessandro, *Dispensa super rato e non consumato. ... op. cit.*, p.171. Un approfondito studio di Erich Saurwien, frutto di una dotta tesi dottorale pubblicata nel 1908 sotto la guida di Padre Gordon, dopo aver preso in esame in maniera approfondita dieci Decretali, di cui otto di Alessandro III, mostra come quattro delle dieci contengano gli elementi propri della dispensa papale di un vincolo matrimoniale contratto validamente non seguita dalla consumazione; si veda Ghisoni Linda, *op. cit.*, p. 163.

<sup>11</sup>Bucci Alessandro, *Dispensa super rato e non consumato. ... op. cit.*, pp.146 ss.

<sup>12</sup>“*si quis dixerit matrimonium ratum, non consummatum, per solemnem religionis professionem alterius conjugium non dirimi, anathema sit*”; nel Concilio si afferma la sacramentalità del matrimonio tra battezzati; la natura monogamica del matrimonio; la non superiorità del matrimonio rispetto allo stato verginale; l’indissolubilità del matrimonio.

1599 diedero al Papa un responso affermativo sulla potestà del Romano Pontefice di dispensare i matrimoni rati e non consumati<sup>13</sup>. Da allora in poi, i pontefici fecero ampio uso dei poteri di dispensa e Papa Benedetto XIV (1740-1758) dichiarò e confermò espressamente l'esistenza del potere pontificio di dispensa, che non ammetteva alcun dubbio, in quanto frutto di una dottrina certa ed ormai recepita nella prassi<sup>14</sup>.

Prima del 1908 erano i cardinali della Sacra Congregazione del Concilio, in sessione plenaria, che decidevano se prestare al Papa il consiglio di concedere o meno la dispensa per coloro che chiedevano la grazia pontificia<sup>15</sup>. Nel 1908 con la Costituzione Apostolica *Sapientis Consilio*, Pio X costituì la Sacra Congregazione per la Disciplina dei Sacramenti, a cui affidò in maniera esclusiva la competenza a trattare le cause di dispensa per inconsumazione e decidere se potessero essere presentate al Pontefice per la concessione della grazia.

Il codice pio-benedettino del 1917, forte della ricca tradizione teologico-giuridica che lo aveva preceduto, riconosceva al can. 1119<sup>16</sup> il pieno potere pontificio di sciogliere un matrimonio rato e non consumato e ai cann. 291 e 1962 poneva nella Congregazione per la Disciplina dei Sacramenti il Dicastero esclusivamente competente a conoscere il fatto della non consumazione e l'esistenza di cause idonee per la concessione della dispensa<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup>Ghisoni Linda, *op. cit.*, p. 164.

<sup>14</sup>Bucci Alessandro, *Dispensa super rato e non consumato. ...*, *op. cit.*, p.163.

<sup>15</sup>Tuttavia, si trattava di un numero di richieste molto ridotto, massimo una ventina all'anno provenienti da tutto il mondo cattolico.

<sup>16</sup>Così recitava il can. 1119 del CIC del 1917: "*Matrimonium non consummatum inter baptizatos vel inter partem baptizatam et partem non baptizatam, dissolvitur tum ipso iure per sollemnem professionem religiosam, tum per dispensationem a Sede Apostolica ex iusta causa concessam, utraque parte rogante vel alterutra, etsi altera sit invita*".

<sup>17</sup>Ghisoni Linda, *op. cit.*, p. 164. Nel 1923 con il Decreto *Catholica Doctrina*, venivano promulgate le *Regulae Servandae*, ossia le prime norme procedurali da osservarsi nelle cause di inconsumazione di matrimonio tra due cattolici successivamente integrate da altri provvedimenti come l'Istruzione *Provida Mater Ecclesia* del 1936 che stabiliva la procedura da seguire quando nel corso di una causa di nullità dimostrata la non consumazione; la Costituzione Apostolica *Regimini Ecclesiae Universae* del 1967 che estendeva la competenza anche al matrimonio tra una parte cattolica ed una battezzata non cattolica, come anche tra battezzati non cattolici, di rito latino che orientale; l'Istruzione *Dispensationis matrimonii* che apportava le opportune modifiche in materia procedurale alle *Regulae*.

## 2. La procedura per le cause di dispensa “*super rato et non consummato*” nel nuovo Codice di Diritto Canonico.

A differenza del Codice del 1917, dove la normativa sui processi per la dispensa da matrimonio rato e non consumato era sparsa in diversi canoni, per lo più inserita nel titolo XX del Libro IV (*De Processibus*), con una frapposizione tra le norme sui processi di nullità matrimoniale e quelli di dispensa, il nuovo Codice colloca la normativa in oggetto in maniera più organica e lineare<sup>18</sup>. Nel nuovo Codice, invece, il legislatore ha riservato, seppure nell’ambito dei processi matrimoniali, un capitolo a sé (cann. 1697-1707), tenendo così distinta la procedura amministrativa da quella giudiziale<sup>19</sup>. Si è proposto in tal modo un tipo di processo che risponde in pieno alle esigenze ecclesiali attuali e conserva tutti gli elementi ritenuti dalla scienza processuale moderna per un processo vero in senso tecnico e canonico<sup>20</sup>. I canoni riguardanti tale processo hanno recepito, oltre la normativa del vecchio codice, anche la dimensione pastorale, quale esigenza che orienta qualunque atto legislativo e di governo della Chiesa; tale impronta pervade tutte le norme di tale processo<sup>21</sup>. Tra i criteri più importanti a cui si ispira il processo *super rato* si può annoverare anzitutto la semplicità della procedura, la celerità nell’amministrazione della grazia pontificia e la dimensione pastorale a perfezionamento di quella tipicamente giuridico-processuale<sup>22</sup>.

Alla luce di tali premesse, non è secondario sottolineare come il provvedimento con cui viene disposto lo scioglimento del vincolo coniugale è cosa ben diversa dalla dichiarazione di nullità, sia dal punto di

---

<sup>18</sup>C’era il Cap.III del Libro IV che si intitolava “*De iure accusandi matrimonium et postulandi dispensationem super rato*”. In tal modo in un’unica trattazione venivano uniti due processi di natura del tutto diversa, ossia quello amministrativo e giudiziario.

<sup>19</sup>Si tratta sicuramente di una scelta saggia; cfr. Buttinelli Mons. Oscar, *L’attuale procedura delle causa di dispensa <<super matrimonio rato et non consummato>>*, in *Il Processo Matrimoniale Canonico*, Lev, Città del Vaticano, 1985, p.429. Inoltre, il legislatore ha voluto anche distinguere la parte dottrinale del matrimonio rato e non consumato da quella procedurale.

<sup>20</sup>Marchetta Benedetto, *Il processo super matrimonio rato et non consumato nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, in *Dilexit Iustitiam*, Lev, Città del Vaticano, 1984, p.407.

<sup>21</sup>Buttinelli Mons. Oscar, *L’attuale procedura delle causa di dispensa <<super matrimonio rato et non consumato>>*, *op. cit.*, p. 430.

<sup>22</sup>Marchetta Benedetto, *Il processo super matrimonio rato et non consumato nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, *op. cit.*, p.407.

vista sostanziale che processuale<sup>23</sup>. La nullità fa riferimento ad un'invalidità originaria dell'atto giuridico, alla mancanza al momento della manifestazione del consenso di un qualche elemento richiesto dal diritto per la validità del matrimonio. La dichiarazione di nullità funge da provvedimento di accertamento relativo alla validità di un atto costitutivo di uno *status* personale<sup>24</sup>. Lo scioglimento, invece, si colloca nell'ambito del rapporto coniugale, ricollegandosi ad una qualche disfunzione o anomalia di tale rapporto. Il provvedimento che lo dispone ha pertanto effetti costitutivi *ex nunc*, di un nuovo *status* personale<sup>25</sup>. L'esigenza di una diversa disciplina processuale è stata recepita dal legislatore canonico, anche se la delicatezza della materia, l'incidenza che il provvedimento di scioglimento ha in ogni caso sullo *status* delle parti, le aspettative che si creano in capo a questi ultimi, hanno indotto lo stesso legislatore a predisporre un tipo di procedimento che nella sostanza è amministrativo, ma presenta molte garanzie e formalità tipiche di un processo giudiziario<sup>26</sup>. Non a caso, infatti, si sostiene che il processo di dispensa è di natura *essenzialmente* ma non *esclusivamente* amministrativa<sup>27</sup>. Il legislatore preoccupato di assicurare il raggiungimento della verità e delle esigenze di giustizia, ha affermato che anche in questi processi: “*si osservino per quanto è possibile i canoni circa le prove da raccogliersi nel giudizio contenzioso ordinario e nelle cause di nullità matrimoniale, purché si possano adattare alla natura di questi processi*” (can. 1702). Ne deriva che i canoni sul giudizio contenzioso ordinario e per le cause di nullità matrimoniale non possono essere del tutto disattesi<sup>28</sup>. Tuttavia la

---

<sup>23</sup>Moneta Paolo, *La giustizia nella Chiesa*, Il Mulino, Bologna, 1993, pp.154-155.

<sup>24</sup>Moneta Paolo, *La giustizia nella Chiesa*, *op. cit.*, p.155.

<sup>25</sup>Moneta Paolo, *Nullità e scioglimento del matrimonio*, in *Lo scioglimento del matrimonio canonico* (Atti del XLIV Congresso Nazionale di Diritto Canonico, a cura dell'Associazione Canonistica Italiana), Lev, Città del Vaticano, 2013, p.215.

<sup>26</sup>Moneta Paolo, *La giustizia nella Chiesa*, *op. cit.*, p.155.

<sup>27</sup>Buttinelli Mons. Oscar, *L'attuale procedura delle causa di dispensa <<super matrimonio rato et non consummato>>*, *op. cit.*, p. 430.

<sup>28</sup>Buttinelli Mons. Oscar, *L'attuale procedura delle causa di dispensa <<super matrimonio rato et non consummato>>*, *op. cit.*, p. 430.

differenza con il processo giudiziale rimane sostanziale e formale<sup>29</sup>. E' sostanziale dal momento che nessuno dei coniugi ha un diritto di ottenere la dispensa, la cui concessione dipende dalla discrezionalità del Pontefice; è formale perché non si parla di attore ma di oratore, questi non presenta una domanda ma una petizione, manca una parte dedicata alla discussione, gli atti restano segreti se non eccezionalmente con il permesso del Dicastero, infine il processo *super rato* si conclude con un rescritto<sup>30</sup> con cui si concede una dispensa<sup>31</sup>.

## **2.1 La Fase Diocesana del processo *super rato*.**

Il processo per la dispensa da matrimonio rato e non consumato è regolato sia dal Codice di diritto canonico, sia dalla *Litterae Circulares* del 20 dicembre 1986, emanate dall'allora Congregazione dei Sacramenti, per quanto attiene all'aspetto procedurale. Esse, oltre a raccogliere le indicazioni dell'Assemblea Plenaria della Congregazione del 1986, hanno ordinato la prassi dicasteriale su questa materia<sup>32</sup>. Inoltre, è importante ricordare che ai sensi del can.1142 del CIC, il matrimonio non consumato tra battezzati o tra una parte battezzata e una non battezzata può essere sciolto dal Romano Pontefice in presenza di una giusta causa, su richiesta di una o entrambe le parti anche se l'altra fosse contraria. Si tratta, quindi, di un processo che ha come oggetto l'accertamento del fatto dell'inconsumazione e dell'esistenza di una giusta causa. Solo i coniugi, o uno di essi anche se l'altro fosse contrario, hanno il diritto di chiedere la grazia della dispensa (can.1697). Quest'ultima va sollecitata, ragion per cui in mancanza di domanda delle parti, essa non può essere richiesta; si tratta di un diritto di esclusiva pertinenza dei coniugi, poiché in mancanza

---

<sup>29</sup>Orlandi Giacomo, *Recenti innovazioni nella procedura super matrimonio rato et non consumato*, in *Il Processo Matrimoniale Canonico*, Lev, Città del Vaticano, 1985, p.447.

<sup>30</sup>Ai sensi del can.59, il rescritto consiste in un atto amministrativo singolare rilasciato per iscritto dalla competente autorità esecutiva, per mezzo del quale, di sua stessa natura, su petizione di qualcuno, viene concesso un privilegio, una dispensa o un'altra grazia.

<sup>31</sup>Orlandi Giacomo, *Recenti innovazioni nella procedura super matrimonio rato et non consumato*, *op. cit.*, p.448.

<sup>32</sup>Pepe Orazio, *La fase diocesana del processo super rato et non consumato*, in *Lo scioglimento del matrimonio canonico* (Atti del XLIV Congresso Nazionale di Diritto Canonico, a cura dell'Associazione Canonistica Italiana), Lev, Città del Vaticano, 2013, p.153.

di domanda, non è possibile ravvisare la “giusta causa di dispensa” richiesta per la validità dell’esercizio della potestà pontificia, ed è quanto meno difficile acquisire la prova della non consumazione<sup>33</sup>. Parte della dottrina considera, altresì, la possibilità di richiesta anche da parte di soggetti terzi o addirittura di una dispensa concessa *ex officio* dal Pontefice. Tali possibilità vengono giustificate dall’esistenza di cause di scioglimento che esulano dalla sfera degli interessi privati dei coniugi e per i riflessi pubblicistici che esse rivestono, che possono toccare i più vasti interessi<sup>34</sup>. La domanda può essere anche presentata se l’altra parte è contraria, purché quest’ultima sia messa a conoscenza dell’iniziativa dell’altro coniuge. Le *Litterae* fanno esplicito obbligo al Vescovo di informare l’altra parte, non appena abbia ricevuto il libello (L.C. n.4).

Il libello introduttivo è a carico della parte oratrice, va sempre indirizzato al Romano Pontefice ed inviato al Vescovo competente. Deve contenere, oltre alla richiesta formale di dispensa, i nomi delle parti, le circostanze iniziali dell’incontro, se già durante il fidanzamento si sono avuti o meno rapporti sessuali, data e luogo del matrimonio, i motivi per cui non c’è stata consumazione, se vi è stata o meno convivenza matrimoniale, e se eventualmente vi sia stata nascita di prole<sup>35</sup>.

Competente ad accettare il libello con cui si chiede l’istanza *super rato* è il Vescovo Diocesano ove l’oratore ha il domicilio o quasi domicilio<sup>36</sup>. Il

---

<sup>33</sup>Buttinelli Mons. Oscar, *L’attuale procedura delle causa di dispensa <<super matrimonio rato et non consummato>>*, *op. cit.*, p. 432; Marchetta Benedetto, *Il processo super matrimonio rato et non consummato nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, *op. cit.*, p.409.

<sup>34</sup>Marchetta Benedetto, *Il processo super matrimonio rato et non consummato nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, *op. cit.*, pp.409-410. L’autore cita l’opinione del Cappello per il quale nei casi prospettati la giusta causa sarebbe costituita dal *bonum publicum*; di diversa opinione è invece lo Jemolo per il quale si tratterebbe di una potestà *extra ordinem* che non si preveda mai il Pontefice possa farne uso. Tuttavia, secondo l’idea del Marchetta, tale tesi non potrebbe essere esatta, poiché il codice stabilisce sia le condizioni di ammissibilità della domanda, che i soggetti legittimati a proporla. Nel consentire la domanda, la norma ne fissa l’esercizio entro limiti ben determinati, che non permettono di estendere la legittimazione ad altri soggetti che non sono previsti.

<sup>35</sup>Il libello deve essere accompagnato sempre dall’atto di battesimo, di matrimonio e dagli altri elementi di prova (certificati medici, cartelle cliniche, verbali etc...).

<sup>36</sup>Can.1698 §1 CIC: “*Per l’accettazione del libello con cui si chiede la dispensa è competente il Vescovo della diocesi ove l’oratore ha il domicilio o quasi-domicilio; questi, se consta il fondamento della domanda, deve ordinare l’istruzione del processo*”. E’, tuttavia, possibile

Vescovo Diocesano accompagna tutto l'iter processuale, soprattutto nella fase iniziale e conclusiva<sup>37</sup>. Rispetto alla precedente normativa, per la quale il giudice inferiore non poteva istruire un processo di rato senza prima aver ottenuto, caso per caso, la facoltà dalla Congregazione dei Sacramenti, ora la competenza ordinaria a ricevere la petizione spetta di diritto al Vescovo del domicilio o quasi-domicilio dell'oratore<sup>38</sup>.

Una volta ricevuto il libello, il Vescovo Diocesano dovrà in via preliminare informare l'altra parte, nonché verificare la possibilità di una riconciliazione tra i coniugi, ogniqualvolta intraveda una speranza di buon esito<sup>39</sup>. Spetta sempre al Vescovo Diocesano, qualora dal libello emerga un dubbio prudente circa la validità del matrimonio, consigliare ai coniugi di adire la via della nullità<sup>40</sup>. Sempre in questa fase preliminare, egli è chiamato anche a verificare se il caso presenti particolari difficoltà giuridiche o morali, tale da consultare la Sede Apostolica<sup>41</sup>. L'elenco dei "casi difficili" non è specificato dal legislatore; le *Litterae Circulares* riportano, tuttavia, un elenco che non può considerarsi tassativo, soprattutto se si prendono in considerazione gli sviluppi che la scienza medica oggi ha apportato in tema di sessualità<sup>42</sup>. La possibilità che viene

---

chiedere in alcuni casi particolari la deroga di competenza al Dicastero, dopo aver ottenuto il consenso del Vescovo del domicilio o quasi-domicilio della parte oratrice (*Litterae Circulares*, n.1).

<sup>37</sup>Pepe Orazio, *La fase diocesana del processo super rato et non consumato*, op.cit., p.154.

<sup>38</sup>Non ha più alcuna influenza né il *forum contractus*, né quello del domicilio della parte convenuta. La delega generale a *iure* fatta ai Vescovi, fu suggerita oltre che dalla necessità di adattare alle mutate esigenze pastorali le *Regulae Servandae* del 1923, anche dalla considerazione che una più snella procedura e l'eliminazione di norme divenute oramai superflue, avrebbero avuto riflessi positivi sia all'attività pastorale dei Vescovi, anche sull'attività dei tribunali ecclesiastici, nonché sul conseguimento del bene spirituale dei fedeli; si veda Marchetta Benedetto, *Il processo super matrimonio rato et non consumato nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, op. cit., p.413.

<sup>39</sup>Sebbene il Vescovo non per forza debba tentare una riconciliazione, soprattutto nei casi in cui quest'ultima appare impraticabile (le parti sono ormai separate da anni o convivono con terze persone), ciò non toglie che egli debba per lo meno espletare formalmente il dettato codiciale; cfr. Pepe Orazio, *La fase diocesana del processo super rato et non consumato*, op.cit., p.154.

<sup>40</sup>*Litterae Circulares*, nn. 3-5.

<sup>41</sup>Can.1699: "Se il caso proposto tuttavia presenta speciali difficoltà di ordine giuridico o morale, il Vescovo diocesano consulti la Sede Apostolica". Come vedremo in seguito a seguito del Motu Proprio *Quaerit Semper* del 30 agosto 2011, per Sede Apostolica va inteso uno specifico Ufficio costituito presso il Tribunale della Rota Romana.

<sup>42</sup>*Litterae Circulares*, n.2: "uso onanistico del matrimonio, ammessa penetrazione senza eiaculazione, concepimento per assorbimento del seme, fecondazione artificiale e altri metodi che la scienza medica oggi può offrire, presenza di prole, pericolo di scandalo o di danni economici

data al Vescovo Diocesano di consultare la Sede Apostolica nei casi difficili, gli permette non solo di essere aiutato nel compito pastorale di guida del processo, ma anche di essere messo in grado di conoscere l'orientamento valutativo che la Sede Apostolica assumerebbe nel merito della causa stessa<sup>43</sup>.

Accettato il libello, il Vescovo Diocesano dovrà costituire o affidare al Tribunale ecclesiastico il processo, potendo egli usufruire di varie possibilità<sup>44</sup>: affidare il processo in maniera stabile al Tribunale diocesano o di un'altra Diocesi, stabilmente o *ad casum*, costituire un tribunale *ad hoc*, oppure affidarne la trattazione ad un sacerdote idoneo<sup>45</sup>. Nel caso in cui il libello per la dispensa fosse presentato in un momento successivo all'introduzione per la domanda di nullità, il Vescovo è obbligato ad affidare al Tribunale della nullità anche il processo *super rato*<sup>46</sup>.

Il can.1681 dispone che ogni qualvolta nell'istruttoria di una causa di nullità emergesse un dubbio assai probabile che il matrimonio non sia stato consumato, il tribunale sospende la causa di nullità con il consenso delle parti, può completare l'istruttoria in vista della dispensa. Si tratta, infatti, di una delega generale *ex iure* in favore del Tribunale, non si distingue tra procedura per ratifica *a iure* e per delega *a iure*. Inoltre, il passaggio alla via amministrativa può avvenire per qualsiasi capo di nullità, laddove nel Codice abrogato tale possibilità era possibile solo nel giudizio di nullità per impotenza e qualora vi fosse una prova vera e propria

---

*connessi con la concessione della grazia*"; nonché anche il difetto di *humano modo* di cui al can.1061 §1.

<sup>43</sup>Marchetta Benedetto, *Il processo super matrimonio rato et non consummato nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, op. cit., pp.414-415. Per l'autore, stabilire il principio che i "casi difficili" vanno sottoposti previamente all'esame della Sede Apostolica costituisce indubbiamente una grossa novità in materia di processo *super rato*, poiché il disposto del canone si riferisce non solo al diritto processuale, ma altresì a quello sostantivo, al fatto cioè dell'inconsumazione del matrimonio ed alla sua valutazione da parte della Sede Apostolica; *Id.*, op. cit., p.414.

<sup>44</sup>Qualora il vescovo respinga il libello, questo può essere ripresentato dopo gli emendamenti necessari e, in caso di ulteriore rigetto, contro il decreto di reiezione è ammesso ricorso alla Sede Apostolica (can.1699, §2), ora all'ufficio competente presso il tribunale della Rota Romana.

<sup>45</sup>Can.1700 §1 CIC. Secondo il Marchetta, non si comprendono i motivi che, in materia di affidamento di causa, hanno indotto ora il legislatore a suggerire al Vescovo una terza scelta, ossia quella del "sacerdote idoneo", non essendo pensabile né una terza diocesi né un terzo tribunale; cfr. Marchetta Benedetto, *Il processo super matrimonio rato et non consummato nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, op. cit., p.416.

<sup>46</sup>Can.1700 §2 CIC.

dell'inconsumazione (*emerserit probatio*) e non un dubbio assai probabile, nonché era necessario che il voto richiesto al tribunale fosse emesso in forma di sentenza, motivata in fatto e diritto, di modo che la causa di nullità fosse completata<sup>47</sup>. Ora, invece, il tribunale comunica alle parti la possibilità della via amministrativa, e col consenso di entrambe, mediante l'emissione di un decreto sospende la causa di nullità, per completare l'istruttoria sotto il profilo dell'inconsumazione. La causa di nullità viene, dunque, interrotta ma non estinta; potrà perciò essere ripresa ad istanza di parte<sup>48</sup>.

#### *La fase istruttoria*

Se il Vescovo Diocesano opta per la costituzione del Tribunale *ad hoc*, esso deve essere costituito dal Giudice istruttore, dal Difensore del Vincolo<sup>49</sup> e dal Notaio, i quali dovranno prima di iniziare l'istruttoria prestare giuramento risultante dagli atti. Fondamentale è in questa fase la figura del Giudice Istruttore, che dovrà conoscere non solo le norme sostanziali e procedurali proprie di questo processo, ma anche quelle del giudizio contenzioso ordinario e per le cause di nullità matrimoniale, in modo da poterle adattare al processo *super rato*<sup>50</sup>. Scopo dell'istruttoria è di accertare il fatto dell'inconsumazione e l'esistenza di una giusta causa. Ragion per cui è necessario che il Giudice rifugga da ogni minimalismo in questa fase, soprattutto riguardo ai testi<sup>51</sup>. L'istruttoria deve condurre alla certezza morale che il fatto dell'inconsumazione sia realmente accaduto, sulla base di risultati concreti. Le domande per l'interrogatorio devono essere brevi, chiare, seguire un criterio logico-cronologico, nonché adattare a seconda che venga interrogata una parte o un teste. A tal proposito,

---

<sup>47</sup>Tinti Myriam, *Cause di nullità o procedimento super rato?*, in *Lo scioglimento del matrimonio canonico* (Atti del XLIV Congresso Nazionale di Diritto Canonico, a cura dell'Associazione Canonistica Italiana), Lev, Città del Vaticano, 2013, pp.187-188.

<sup>48</sup>Secondo Buttinelli: “*la sospensione non avviene di certo contro il diritto delle parti a vedere risolta in sentenza la controversia, in quanto essa non può essere decretata senza il previo consenso delle medesime parti che, concedendolo, rinunciano iure et facto alla azione di nullità e perciò alla relativa sentenza, salvo sempre il loro diritto di riassumere in futuro, se ne avranno il motivo, la causa abbandonata*”; Buttinelli Mons. Oscar, *L'attuale procedura delle causa di dispensa <<super matrimonio rato et non consumato>>*, *op. cit.*, p. 437.

<sup>49</sup>Can.1700 §1 CIC.

<sup>50</sup>Can.1702 CIC.

<sup>51</sup>Pepe Orazio, *La fase diocesana del processo super rato et non consumato*, *op.cit.*, p.157.

l'Istruttore non deve tralasciare di sciogliere i dubbi che possano emergere durante l'istruttoria; infatti, può sempre interrogare le parti, anzi è obbligato a farlo per provare un fatto sul quale è di pubblico interesse eliminare ogni dubbio<sup>52</sup>. Le deposizioni delle parti o dei testi costituiscono l'argomento morale, ossia le vie attraverso le quali possono essere accertati gli elementi presenti o meno nel matrimonio per affermare o negare la non consumazione<sup>53</sup>. Anche solo l'argomento morale può bastare a provare l'inconsumazione. Ciò non deve, tuttavia, indurre l'Istruttore a trascurare la possibilità di ricorrere all'argomento fisico; l'ispezione corporale è dovuta se è necessaria la prova giuridica del fatto dell'inconsumazione. Essa può essere omessa, qualora si avesse già dall'argomento morale una prova pienissima dell'inconsumazione, e non deve esigersi sulla donna quando già dall'ispezione dell'uomo consti la sua incapacità di consumare il matrimonio o se la donna abbia ricusato l'ispezione<sup>54</sup>. L'istruttore deve, in ogni caso, porre alla donna la domanda riguardo al suo stato fisico, purché ciò non si traduca con la discrezionalità nel richiederle ad ogni costo l'ispezione corporale. Il Giudice può sempre avvalersi dell'opera di uno o più periti qualora lo ritenesse necessario<sup>55</sup>.

Conclusa l'istruttoria, il Giudice ne decreta la chiusura ed invia gli atti al Difensore del Vincolo, che non solo deve sempre intervenire in questi processi, ma è anche tenuto a proporre ed esporre tutti gli argomenti che possono essere ragionevolmente adottati contro lo scioglimento del vincolo coniugale<sup>56</sup>. Gli argomenti devono essere proposti in base al caso concreto, indicando in termini espliciti le leggi e le norme applicabili al processo *super rato*, insieme ai fatti allegati ed alle prove attraverso cui si intende dimostrarle<sup>57</sup>. Il Difensore del Vincolo è tenuto a collaborare con i giudici nella ricerca della verità oggettiva; infatti, egli non solo deve presenziare all'esame delle parti, dei testi e dei periti ed esaminare i

---

<sup>52</sup>Can.1530 CIC.

<sup>53</sup>Pepe Orazio, *La fase diocesana del processo super rato et non consumato*, op.cit., pp.158-159.

<sup>54</sup>*Litterae Circulares*, n.18.

<sup>55</sup>*Litterae Circulares*, n.15.

<sup>56</sup>Can.1701 §1 CIC.

<sup>57</sup>Pepe Orazio, *La fase diocesana del processo super rato et non consumato*, op.cit., p.159.

capitoli di prova proposti dalle parti, ma anche formulare le osservazioni finali in difesa del vincolo<sup>58</sup>.

Una figura di sicuro nuova in questo processo è quella del consulente legale (*iurisperitus*); ai sensi del can.1701 §2 “*non è ammesso un patrono, ma per la difficoltà del caso il Vescovo può permettere che l’oratore o la parte convenuta si avvalgano dell’opera di un legale*”. E’ di sicuro un’innovazione di grande rilevanza giuridico-processuale, poiché la vecchia normativa nulla prevedeva in proposito. E’ stata la S. Congregazione per i Sacramenti ad introdurre la figura del patrono anche nei processi *super rato* con l’Istruzione *Dispensationis Matrimonii* del 7 marzo 1972<sup>59</sup>. Con la nuova normativa viene stabilito che, qualora lo richieda la difficoltà del caso, il Vescovo può permettere che le parti possano avvalersi di un competente, laico o ecclesiastico, esperto in diritto, e di loro fiducia, affinché le assista durante lo svolgimento del processo. Viene sempre nominato dal Vescovo, sentito il parere del Difensore del Vincolo<sup>60</sup>. Egli non svolge alcun compito di difesa o di replica alle osservazioni del Difensore del Vincolo, ma bensì di aiuto e di consiglio alle parti nella presentazione del libello, nel reperire testimoni o documenti, nonché nella proposizione di nuovi elementi suppletivi per il riesame della causa<sup>61</sup>. Di sicuro l’introduzione della figura di un esperto legale, quantomeno nei casi più difficili, risponde ad un’esigenza di maggiore garanzia del diritto di difesa della parte, anche se la sua nomina

---

<sup>58</sup>Il Difensore del Vincolo può essere anche un laico, senza distinzione di sesso; il suo compito non è quello del contraddittore o dell’oppositore, che attraverso la dialettica e il sofisma deve dimostrare la validità del vincolo anche contro la stessa evidenza delle prove raggiunte; cfr. Marchetta Benedetto, *Il processo super matrimonio rato et non consummato nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, op. cit., p.419.

<sup>59</sup>Marchetta Benedetto, *Il processo super matrimonio rato et non consummato nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, op. cit., p.420. In questo documento si parla per la prima volta dell’introduzione del consulente o patrono di fiducia, della cui opera venivano invitati a servirsi nelle cause *super rato*, tutte le volte che lo avessero ritenuto necessario ed in qualunque fase del processo, sia le parti in causa che lo stesso Vescovo *ex officio*.

<sup>60</sup>Orlandi Giacomo, *Recenti innovazioni nella procedura super matrimonio rato et non consumato*, in *Il Processo Matrimoniale Canonico*, op.cit., pp.452-453.

<sup>61</sup>Orlandi Giacomo, *Recenti innovazioni nella procedura super matrimonio rato et non consumato*, in *Il Processo Matrimoniale Canonico*, op.cit., pp.452-453.

spetta sempre al Vescovo, ed è un ulteriore strumento di collaborazione per la ricerca della verità<sup>62</sup>.

#### *La fase conclusiva*

Terminata l'istruttoria, il Giudice deve trasmettere tutti gli atti al Vescovo, con un'appropriata relazione<sup>63</sup>. Quest'ultima deve esporre in maniera cronologico-narrativa tutto il processo, senza entrare nel merito, dando informazione di come ha proceduto nell'istruzione del processo, delle persone che ha interrogato, dei dati emersi nel corso delle perizie, delle difficoltà incontrate, delle osservazioni del Difensore del Vincolo, nonché un suo personale parere circa l'opportunità o meno di richiedere al Pontefice la grazia della dispensa. Circa la natura della relazione dell'Istruttore il Marchetta così si esprime: “*sulla natura di questa <<apta relatio>> noi riteniamo che essa non attinga il merito della causa, ma abbia semplicemente carattere cronologico-narrativo, assai utile al Vescovo per potere elaborare più agevolmente, in diritto e in fatto, il Voto pro rei veritate, come gli viene imposto dallo stesso canone*”<sup>64</sup>.

Il *votum pro rei veritate* del Vescovo Diocesano conclude la fase diocesana del processo *super rato*. Esso deve differire nella forma e nel contenuto dalla relazione del Giudice Istruttore, deve essere completo ed indicare sinteticamente gli elementi che permettano di attestare la verità della non consumazione e raccomandare la richiesta di grazia al Santo Padre<sup>65</sup>. Anche se la causa passi dalla via giudiziaria a quella

---

<sup>62</sup>Secondo Marchetta: “*Un alto prelato di Curia ha coraggiosamente ma non meno sapientemente riconosciuto, in suo commento alle nuove norme che sia al Vescovo come alle parti interessate al provvedimento di grazia della dispensa, può talvolta occorrere l'opera illuminatrice di persone esperte per arte, scienza ed esperienza, dai cui consigli essi possono ricevere, nelle delicate questioni medico-legali di inconsumazione, utili e non di rado determinati elementi di convinzione e di orientamento*”; Id., *Il processo super matrimonio rato et non consummato nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, op. cit., p.421, nota 21.

<sup>63</sup>Can.1704, §1 CIC.

<sup>64</sup>Marchetta Benedetto, *Il processo super matrimonio rato et non consummato nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, op. cit., p.427.

<sup>65</sup>Le *Litterae Circulares* (n.23) scendono ancor più nel dettaglio, chiarendo che nel formulario il Vescovo dovrà valutare sia il fatto della asserita inconsumazione che la giusta causa per la dispensa e che egli, inoltre, mosso da motivi pastorali, dovrà considerare anche l'opportunità della grazia, l'assenza di scandalo, la meraviglia dei fedeli o il danno di qualsiasi genere che potrebbe provenire dalla richiesta concessione della grazia, nonché esporre espressamente le conseguenze che relativamente al *bonum animarum* e alla pace delle coscienze si avranno dalla medesima

amministrativa ex can.1681, il Vescovo Diocesano deve sempre esprimere il suo voto, se il Tribunale della nullità è nella sua stessa Diocesi. Se il voto è compilato dal Vescovo del Tribunale regionale o interdiocesano, sarà comunque interpellato il Vescovo della parte oratrice circa l'opportunità della richiesta di dispensa<sup>66</sup>. Il *votum* può essere anche delegato dal Vescovo, che tuttavia lo fa suo, apponendovi la firma ed il sigillo.

Una volta conservato l'originale degli atti di causa nell'Archivio della Curia diocesana, ne dovrà trasmettere tre copie alla Rota Romana.

## **2.2 La fase apostolica del processo *super rato*: il Motu Proprio *Quaerit Semper*.**

Dal 1 ottobre 2011, a seguito della pubblicazione del Motu Proprio *Quaerit Semper*<sup>67</sup>, del 30 agosto 2011, Papa Benedetto XVI ha sancito il trasferimento di competenza nella trattazione delle cause di dispensa per matrimonio rato e non consumato, e delle cause di nullità della sacra ordinazione, dalla Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti<sup>68</sup> alla Rota Romana, che ne detiene ora la competenza in via esclusiva per quanto attiene alla fase apostolica di tale processo.

In realtà il Codice del 1983 indica genericamente nella Sede Apostolica l'organo competente della fase decisoria del procedimento (can.1705). La Costituzione Apostolica *Pastor Bonus* del 1988, agli artt. 67 e 68, confermava che la competenza a decidere e presentare al Pontefice le cause di *dispensa super rato* ricadeva nella Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti. Con il Motu Proprio *Quaerit Semper*, sono stati abrogati i due menzionati articoli della *Pastor Bonus*, e sono stati aggiunti due paragrafi all'art.126 della stessa, ampliando le competenze della Rota Romana, chiamata ora attraverso un Ufficio

---

concessione; Cfr., Buttinelli Mons. Oscar, *L'attuale procedura delle causa di dispensa <<super matrimonio rato et non consumato>>*, op. cit., p. 441.

<sup>66</sup>*Litterae Circulares*, n.23 b.

<sup>67</sup>AAS 103 (2011) 569-571.

<sup>68</sup>La Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti è stata competente in via esclusiva a trattare tali processi speciali dal tempo della sua costituzione in Dicastero della Curia Romana, ossia dal 1908 fino al 2011, per ben 103 anni.

apposito costituito *ad hoc*, a trattare e decidere le cause di dispensa *super rato*<sup>69</sup>.

Nel prossimo paragrafo ci soffermeremo sui rilievi critici a cui ha dato luogo la creazione di tale Ufficio. Per ora ci limiteremo a trattare la procedura dinanzi a quest'ultimo, con la precisazione che quando parleremo di Rota Romana, intenderemo riferirci a questo specifico Ufficio.

L'*iter* della procedura è sostanzialmente lo stesso di quello che si praticava presso la Congregazione. La Rota Romana riceve e protocolla tutti gli atti trasmessi dal Vescovo; il CapoUfficio<sup>70</sup> ricevuti gli atti, ne verifica previamente la completezza e nel caso in cui riscontri qualche mancanza, richiede al Vescovo di colmarne la lacuna e di inviare gli atti completi alla Rota.

La causa viene affidata ad un Ufficiale, che a sua volta invia gli atti ad un Commissario deputato alla Difesa del Vincolo scelto dall'Albo pubblicato nell'Annuario Pontificio<sup>71</sup>, il quale evidenziando eventuali problemi procedurali, annota tutto ciò che si può ragionevolmente addurre contro la non consumazione del matrimonio in questione<sup>72</sup>.

Dopo le osservazioni del Difensore del Vincolo, l'Ufficio trasmette i fascicoli a tre Commissari nominati dal Decano, che dopo aver esaminato gli atti si radunano in Commissione in turni di tre, per decidere se presentare al Papa la richiesta di dispensa. Essi si riuniscono in Commissione, presieduta dal Decano o dal CapoUfficio, redigono le loro conclusioni e consegnano il proprio voto scritto alla presenza dell'Ufficiale addetto a quella causa, che funge da Notaio estensore del verbale della seduta.

---

<sup>69</sup>Ghisoni Linda, *Lo scioglimento del matrimonio rato e non consumato: dalla Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti al Tribunale della Rota Romana*, op.cit., p.167.

<sup>70</sup>Il CapoUfficio funge da referente diretto del Decano, che è il moderatore dell'Ufficio stesso, affiancato da un Ufficiale.

<sup>71</sup>Non si tratta dei Difensori del Vincolo titolari del tribunale della Rota Romana, ma di Commissari deputati alla Difesa del Vincolo, come da elenco apposito pubblicato nell'Annuario Pontificio.

<sup>72</sup>Can. 1432; 1701 CIC.

Se la decisione è affermativa, l'Ufficiale prepara un Foglio d'Udienza con una breve sintesi del caso, dell'esito dei commissari, nonché delle prove dell'inconsumazione e delle cause per la concessione della dispensa. Alla decisione affermativa può essere apposta la clausola *ad mentem* oppure *vetitum*. La prima consiste in un divieto rimovibile dal Vescovo Diocesano competente, mentre il *vetitum* è di esclusiva competenza della Rota Romana, poiché si tratta di cause di inconsumazione di maggiore entità, riservate alla Sede Apostolica. Il *vetitum* potrà essere revocato solo in presenza di due perizie dichiaranti la capacità di consumare il matrimonio, che il Vescovo competente avrà cura di allegare ed esibire con un proprio parere alla Rota. Al Foglio d'Udienza può essere anche apposta una "cautela", ossia un'annotazione in cui si rende edotto il Papa che sussistono elementi di dubbio circa la validità del matrimonio nel caso sottopostogli<sup>73</sup>. Al Vescovo Diocesano verrà notificato il rescritto di dispensa, che a sua volta comunicherà la concessione della dispensa alle parti e alle parrocchie di battesimo e di matrimonio delle parti, affinché se ne provveda alla trascrizione negli appositi registri.

La decisione negativa si ha quando la Commissione non ha rinvenuto la prova della non consumazione o la giusta causa per la concessione della dispensa. Tale decisione verrà comunicata al Vescovo Diocesano, che la notificherà alle parti, le quali potranno, anche con l'aiuto di un consulente legale, vedere gli atti e riproporre il caso.

Ci potrebbe essere anche la richiesta da parte dell'Ufficio di un supplemento istruttorio al Vescovo Diocesano, ove manchino elementi necessari, che una volta integrati da quest'ultimo, saranno inviati alla Rota, insieme con un nuovo voto e le osservazioni del Difensore del Vincolo.

Come ultimo caso, la Commissione potrebbe emettere un *Non expedire*, ove non ritenesse opportuno concedere la grazia e la causa fosse ritenuta improponibile. Si tratta di una prassi molto rara, tanto che negli ultimi

---

<sup>73</sup>E' perlopiù un atto di rispetto verso il Pontefice, al fine di informarlo della possibile nullità di un matrimonio del quale si concede la grazia. Ma ciò non impedisce al Papa di concedere efficacemente la dispensa.

dieci anni si è avuta una sola volta riguardo ad una decisione sull'uso onanistico degli atti coniugali condiviso da entrambi i coniugi.

La fase apostolica si svolge oggi interamente presso l'Ufficio appositamente eretto nella Rota Romana, mentre la concessione della grazia è riservata al Santo Padre.

### **2.2.1 La Rota Romana soggetto di nuove competenze. Tra aspetti problematici e dubbi interpretativi. Verso possibili sviluppi futuri del processo “*super rato*”.**

L'*Osservatore Romano* del 28 settembre 2011, nel presentare e commentare la pubblicazione del Motu Proprio “*Quaerit Semper*”, intitolava “*Una innovazione storica*” il trasferimento di tale competenza, firmato dall'allora Decano della Rota, Mons. Stankiewicz<sup>74</sup>. Nello stesso articolo, tuttavia, il Decano fa notare però che le materie oggetto delle modifiche apportate dal Motu Proprio in questione, non sono completamente sconosciute alla Rota: “*poggia su precedenti di ordine storico-giuridico i quali attestano che le materie ora devolute alla Rota non sono aliene dal contesto del Tribunale del Papa*”<sup>75</sup>. La storia mostra sin dalle origini, che le attribuzioni dei prelati uditori di questo Tribunale sono state altalenanti, conservando tuttavia la fondamentale funzione di prestare un servizio di aiuto al Papa nel suo ruolo di giudice supremo della Chiesa Cattolica<sup>76</sup>. Infatti, già anticamente, veniva concessa *ad actum* dal Papa, su richiesta del Decano, la facoltà di aggiungere in via subordinata alle cause di nullità trattate dinanzi alla Rota, la questione circa il matrimonio *rato* e non consumato<sup>77</sup>. Successivamente, l'11 ottobre 1952, Papa Pio XII concesse al Decano André Jullien mediante lettera dell'allora

---

<sup>74</sup>L'*Osservatore Romano*, anno CLI, n.223, 28 settembre 2011, p.7.

<sup>75</sup>L'*Osservatore Romano*, anno CLI, n.223, 28 settembre 2011, p.7.

<sup>76</sup>Nacci Matteo, *Origine e sviluppo dell'istituto dello scioglimento del matrimonio rato e non consumato*, *op.cit.*, p.150.

<sup>77</sup>Ghisoni Linda, *Lo scioglimento del matrimonio rato e non consumato: dalla Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti al Tribunale della Rota Romana*, *op.cit.*, p.168; Nacci Matteo, *Origine e sviluppo dell'istituto dello scioglimento del matrimonio rato e non consumato*, *op.cit.*, p.150; Nacci Matteo, *Le novità del motu proprio “Quaerit Semper” e gli insegnamenti della storia sulla missione della Rota Romana*, in *Apollinaris*, LXXXIV, 2011, p.568.

Segretario di Stato Mons. Tardini tale facoltà, che fu rinnovata nel corso dei vari decenni con tre *Rescripta ex Audentia SS.mi* fino a quello del 1995 dove si legge che il Decano della Rota Romana ha le seguenti facoltà straordinarie: 1) *Facultas addendi subordinatae quaestionem super matrimonio rato et non consummato, nisi super re Congregatio de Disciplina Sacramentorum manus iam apposuerit, atque dispensationis gratiam proponendi, si et quatenus, Summi Pontificis iudicio*<sup>78</sup>. Mons. Stankiewicz, nell'articolo pubblicato, afferma che la competenza della Rota Romana a trattare le cause di dispensa da matrimonio rato e non consumato, si comprende anche dal combinato disposto degli artt. 7 §1 e 29 §1 delle Norme Rotali vigenti, dove si prevede l'intervento del Difensore del vincolo costituito nelle cause *“in quibus agitur ...de Dispensatione super rato”*<sup>79</sup>.

Questa evoluzione è indice della sempre maggiore consistenza con cui è stata concessa alla Rota la facoltà di trattare cause di inconsumazione, contribuendo al formarsi di una ricca giurisprudenza in materia<sup>80</sup>. Vi sono, infatti, alcune decisioni rotali di particolare interesse che hanno sempre più determinato un'evoluzione sul tema<sup>81</sup>.

Tale passaggio di competenze ha suscitato molta attenzione da parte degli studiosi del diritto canonico e degli operatori del foro ecclesiastico, poiché diverse sono le domande che si pongono sulle ragioni sottostanti a tale passaggio<sup>82</sup>. In realtà, già prima della sua promulgazione, si discuteva della possibilità di trasferire le competenze delle cause *super rato* alla Rota togliendole alla Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti, così da liberare la Congregazione da un'attività di natura prettamente procedimentale, che richiedeva una buona

---

<sup>78</sup>*Rescriptum ex audentia Sanctissimi*, 30 settembre 1995, in *Quaderni dello Studio Rotale*, VIII, 1996, p.85.

<sup>79</sup>*L'Osservatore Romano*, anno CLI, n.223, 28 settembre 2011, p.7.

<sup>80</sup>Sulla giurisprudenza della Rota in materia di inconsumazione si veda: Ravà Anna, *Cinquanta anni di giurisprudenza rotale in tema di dispensa “super rato”*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 68, 1957, pp.130-158.

<sup>81</sup>Vi fu una *coram Mattioli* del 1960, in cui dopo la pronuncia negativa per impotenza, il Decano dietro voto del Turno, propose al Papa la dispensa nonostante fosse nata prole.

<sup>82</sup>Erlebach Grzegorz, *Nuove competenze della Rota Romana in seguito al motu proprio “Quaerit Semper”*, in *Apollinaris*, LXXXV, 2012, p.587.

preparazione tecnica e processuale<sup>83</sup>. Una prima critica suscitata, è stata quella della perdita che la Rota avrebbe avuto quale organismo prettamente giudiziale<sup>84</sup>, producendo un' "amministrativizzazione" che ne avrebbe intaccato il carattere giurisdizionale<sup>85</sup>. Infatti, essendo un procedimento di carattere amministrativo, c'è una maggiore difficoltà nell'assicurare la vigenza del principio di legalità, in decisioni affidate ad una potestà amministrativa, caratterizzate da un ampio margine di discrezionalità nell'applicare la legge. Discrezionalità che si riscontra anche rispetto al rito da seguire nei procedimenti amministrativi extra-giudiziali, dove rimane intatto l'obbligo di assicurare il diritto di difesa, ma non c'è una previsione che stabilisca come si debba esercitare tale diritto<sup>86</sup>.

In realtà, non si tratta di una nuova competenza attribuita al Tribunale della Rota in quanto tale, ma di un Ufficio costituito presso quest'ultima (*apud*), con autonome funzioni ed un organico autonomo, benché presieduto dal Decano coadiuvato da ufficiali, commissari deputati e consultori<sup>87</sup>. Anche il procedimento è rimasto lo stesso di quello

---

<sup>83</sup>Nacci Matteo, *Origine e sviluppo dell'istituto dello scioglimento del matrimonio rato e non consumato*, *op.cit.*, p.150; Llobell Joaquín, *Il m.p. "Quaerit semper" sulla dispensa dal matrimonio non consumato e le cause di nullità della sacra ordinazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, 24, 2012, p.4.

<sup>84</sup>Nacci Matteo, *Origine e sviluppo dell'istituto dello scioglimento del matrimonio rato e non consumato*, *op.cit.*, p.148; Nacci Matteo, *Le novità del motu proprio "Quaerit Semper" e gli insegnamenti della storia sulla missione della Rota Romana*, *cit.*, p.565.

<sup>85</sup>Llobell Joaquín, *Il m.p. "Quaerit semper" sulla dispensa dal matrimonio non consumato e le cause di nullità della sacra ordinazione*, *op.cit.*, p.7. Matteo Nacci ritiene che qualificare un'attività come giurisdizionale, sta a significare applicazione stretta del principio di legalità, tanto nel merito quanto nel rito, e la relativa azione non tanto come un'azione che si rapporta all'attività conclusiva che definisce una controversia, quanto come un modo di procedere. Il giudizio, infatti, viene definito dalla dottrina come un *actum trium personarum*; cfr., Nacci Matteo, *Le novità del motu proprio "Quaerit Semper" e gli insegnamenti della storia sulla missione della Rota Romana*, *cit.*, p.565.

<sup>86</sup>Nacci Matteo, *Le novità del motu proprio "Quaerit Semper" e gli insegnamenti della storia sulla missione della Rota Romana*, *cit.*, p.566. Anche Mons. Stankiewicz nell'articolo citato sull'*Osservatore Romano* del 28 settembre 2011 afferma: "si tratta, com'è evidente fin dal nome, di un ufficio avente natura e competenze amministrative, il che peraltro non altera sostanzialmente la fisionomia del Tribunale ....".

<sup>87</sup>Llobell Joaquín, *Il m.p. "Quaerit semper" sulla dispensa dal matrimonio non consumato e le cause di nullità della sacra ordinazione*, *op.cit.*, p.7. L'autore afferma inoltre che l'affidamento fatto dal *Quaerit Semper* alla sola persona del Decano, senza alcun riferimento al Collegio rotale, di tutta la potestà di questo Ufficio, abbia potuto essere interpretato come un ulteriore affievolimento della natura essenzialmente collegiale del Tribunale Apostolico e come un rafforzamento, a scapito della collegialità, del ruolo del Decano.

esistente presso la Congregazione, per cui è un Ufficio di carattere amministrativo<sup>88</sup>.

Proprio sul rapporto tra tale Ufficio e la Rota, si sono avuti diversi interrogativi. C'è chi li considera enti distinti<sup>89</sup>, chi ritiene che ora la Rota abbia natura mista e chi come Erlebach non sostiene una netta separazione<sup>90</sup>. Per quest'ultimo, infatti, sono enti distinti ma non separati. Volendo fare un paragone con il Tribunale della Segnatura Apostolica, anche quest'ultima esercita funzioni giudiziarie e amministrative, tuttavia alle diverse competenze non corrispondono diverse Sezioni o Uffici; sono gli stessi componenti che partecipano alla soluzione delle cause o di specifiche questioni<sup>91</sup>. Per cui il titolare delle nuove competenze è il nuovo Ufficio, indirettamente la Rota Romana.

Di sicuro il passaggio nella fase apostolica, avvenuto a seguito del Motu Proprio "*Quaerit Semper*", apre delle prospettive di possibili sviluppi futuri sia in merito alle funzioni della Rota, sia su una sempre maggiore "giurisdizionalizzazione" del processo *super rato*, e quindi, verso una sempre più possibile delibazione dei provvedimenti di scioglimento del matrimonio non consumato, tale da sollecitare una revisione dell'Accordo del 1984 tra Chiesa Cattolica e Stato Italiano. Ci soffermeremo in seguito sul problema della delibabilità della dispensa; per ora ci sia consentito concludere che è ormai maturo il tempo affinché la Rota possa essere investita totalmente delle competenze sullo scioglimento dei matrimoni non consumati, potendo l'attuale Ufficio diventare una vera e propria Sezione all'interno dello stesso Tribunale. Nulla in merito al fatto che è ancora oggi il Pontefice l'unico titolare del potere di concedere o meno il provvedimento di dispensa.

---

<sup>88</sup>Erlebach Grzegorz, *Nuove competenze della Rota Romana in seguito al motu proprio "Quaerit Semper"*, *op.cit.*, p.593.

<sup>89</sup>Llobell Joaquín, *Il m.p. "Quaerit semper" sulla dispensa dal matrimonio non consumato e le cause di nullità della sacra ordinazione*, *op.cit.*, p.9.

<sup>90</sup>Erlebach Grzegorz, *Nuove competenze della Rota Romana in seguito al motu proprio "Quaerit Semper"*, *op.cit.*, p.594.

<sup>91</sup>Erlebach Grzegorz, *Nuove competenze della Rota Romana in seguito al motu proprio "Quaerit Semper"*, *op.cit.*, p.595.

### **3. Considerazioni circa la natura e il valore della dispensa “*super rato*” e della potestà pontificia sul matrimonio rato e non consumato.**

Come si è avuto modo di esporre precedentemente, la dispensa rappresenta l’atto giuridico attraverso cui il Pontefice esercita il suo potere nello sciogliere un matrimonio non consumato. La dispensa si caratterizza come un atto amministrativo, per il quale la legge è allentata in un caso singolare<sup>92</sup>. E’ quell’atto per il quale una determinata persona viene sottratta, in un caso particolare, all’applicazione della legge ed alla sua forza obbligatoria, senza che quest’ultima perda il suo effetto e la sua forza<sup>93</sup>. La dispensa è un istituto squisitamente canonistico, non solo sotto l’aspetto dottrinale, ma è segno e testimonianza viva dell’essenza del diritto canonico<sup>94</sup>. Essa soddisfa esigenze insopprimibili della società ecclesiastica, che non trovano riscontro in altri ordinamenti giuridici, e quindi ha un ruolo importantissimo nell’ordinamento canonico, funzionando da valvola di sicurezza, da organo essenziale del suo apparato respiratorio, attraverso cui penetra l’aria ossigenata della vita, nelle sue molteplici manifestazioni, e pervade la formula giuridica piegandola alla realtà spirituale di cui essa non è che l’esteriore rivestimento<sup>95</sup>. Infatti, lungi da come è stato sostenuto, che essa fosse un pericolo per la certezza del diritto e l’uguaglianza dinnanzi alla legge, a causa della sua eccessiva flessibilità, costituisce al contrario un istituto prezioso di integrazione dell’ordinamento canonico, tale da fungere da modello per gli altri ordinamenti<sup>96</sup>.

La dispensa è un istituto prettamente canonico, anche per il fatto che la sua origine può essere rinvenuta proprio nell’ordinamento canonico.

---

<sup>92</sup>Can. 85 CIC.

<sup>93</sup>Bucci Alessandro, *Dispensa super rato e non consumato. Evoluzione storica e problematica giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p.178. Lo stesso autore nota come la *dispensatio* si distingue così dall’*abrogatio* che consiste in un atto del potere legislativo che toglie forza alla legge *erga omnes*, e dalla *declaratio* intesa come interpretazione della legge da parte dell’autorità competente. Nella misura in cui ammette la *dispensatio*, la legge non rappresenta una regola assolutamente fissa; Bucci Alessandro, *op. cit.*, pp.178-179.

<sup>94</sup>Fedele Pio, *Dispensa* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XIII, 1975, Milano, pp.174-175.

<sup>95</sup>Fedele Pio, *Dispensa*, *cit.*, pp.174-175.

<sup>96</sup>Baura Edoardo, *Le esigenze giuridiche nel rilascio di dispense*, in *Ius Canonicum, Escritos en honor de Javier Hervada*, volumen especial, 1999, pp.379-394.

Infatti, sin dai primi secoli della Chiesa è dato riscontrare il fenomeno della dispensa, seppur in modo scarso, sebbene la riflessione dottrinale avviene successivamente, e soltanto con il Codice del 1917 vi è una specifica disciplina normativa<sup>97</sup>. Fino al secolo IX non si trova alcun testo specifico che dia una definizione giuridica della dispensa; vi sono per lo più testi dei Padri della Chiesa che vagamente la descrivono<sup>98</sup>. Solo nel Decreto di Graziano comincia a svilupparsi un concetto più tecnico di dispensa, anche se non del tutto preciso<sup>99</sup>. Graziano, infatti, non ammette la dispensa dalla legge naturale, che è quella legge contenuta nel Vangelo, anche se in caso di necessità approva la possibilità del male minore. Tutto quello che nel diritto canonico si trova al di fuori del diritto divino e naturale, è dispensabile. Inoltre, egli attribuisce saldamente la potestà di dispensare ai Pontefici, essendo inerente alla stessa potestà di legiferare, poiché comporta anche il potere di mutare ed ammettere eccezioni alla legge mediante privilegi e dispense<sup>100</sup>. Sarà Rufino, che commentando il *Decretum*, darà quella che è universalmente riconosciuta come la prima definizione giuridica di dispensa: “*Est itaque dispensatio iusta causa faciente ab eo, cuius interest, canonici rigoris casualis facta derogatio*”<sup>101</sup>. Cominciano ad essere gettate le basi per una definizione istituzionale della dispensa, finché a partire dal dodicesimo secolo, si ha una nozione corrispondente a quella attuale, quale esonero per un soggetto dall’osservanza di una legge in un caso particolare<sup>102</sup>.

#### a) *Tesi sulla natura della dispensa*

La qualifica del provvedimento dispensatorio come atto amministrativo, è una questione che ha suscitato diverse perplessità in dottrina.

---

<sup>97</sup>Baura Edoardo, *Le esigenze giuridiche nel rilascio di dispense*, op. cit., p. 380.

<sup>98</sup>Bucci Alessandro, *Dispensa super rato.....*, op.cit., p.180. S. Basilio la definisce *oikonomia*, S. Girolamo parla di *indulgentia*, nonché famosa è l’espressione di S. Agostino *vulnus legis*, che, tuttavia, nel suo pensiero non ha valenza negativa.

<sup>99</sup>Baura Edoardo, *Le esigenze giuridiche nel rilascio di dispense*, cit., p.380.

<sup>100</sup>Bucci Alessandro, *Dispensa super rato.....*, op.cit., pp.180 ss.

<sup>101</sup>Rufino, *Summa Decretorum*, ed. H. Singer, ad C.1 q.7 d.a. c.6, p. 234

<sup>102</sup>Baura Edoardo, *Le esigenze giuridiche nel rilascio di dispense*, op. cit., pp. 380-381.

Per una parte della dottrina, la dispensa rivestirebbe un carattere “anfìbio”, in quanto sarebbe emanata da un organo giurisdizionale, ma adottato nella forma del provvedimento amministrativo. Poiché essa proviene da un organo che riunisce in sé tutti i poteri, sarebbe un atto non tipizzabile<sup>103</sup> e non sussumibile in alcuna delle categorie note al diritto statale, per cui la dispensa non avrebbe altro che natura atipica<sup>104</sup>.

Contrapposto a questo filone, ve ne è un altro che considera la dispensa come atto legislativo, una sorta di *lex specialis*, poiché toglie gli effetti che dall’applicazione della norma di legge possono derivare in un caso concreto. Addirittura secondo il Barbieri, si tratterebbe di un vero atto legislativo, in quanto con la dispensa si verrebbe ad incidere su posizioni giuridiche soggettive di natura sacramentale<sup>105</sup>.

Un’ulteriore tesi, che ancora oggi è accettata da alcuni studiosi, è quella che ritiene la dispensa assimilabile ad un atto di natura giurisdizionale, ovvero simile a quello di giurisdizione volontaria<sup>106</sup>. Ci si richiama non solo al famoso caso di scioglimento del matrimonio non consumato tra Garibaldi e la marchesa Raimondi, ma anche alla sentenza della Corte d’Appello di Torino del 1996, che ha ritenuto essere la dispensa non affatto un atto amministrativo, ma in sostanza una sentenza<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup>Patrino Francesco, *Natura e valore delle dispense pontificie da matrimonio rato e non consumato nell’ordinamento canonico*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2000, 2, p.940. Anche per Pio Fedele si tratterebbe di atti che: “*tengono della legge, della sentenza e dell’atto amministrativo promiscuamente*”, in *Dispensa* (voce), *op.cit.*, p.176.

<sup>104</sup>Ciò risulterebbe anche confermato dal fatto che nel *Codex*, vi sono norme che parificano la procedura per la concessione della dispensa a quella di un vero processo giudiziario, a cui si affiancherebbero altre caratteristiche più “amministrative”, come il rescritto che rappresenta la forma nella quale è emanata la dispensa; cfr. Bucci Alessandro, *Dispensa super rato...*, *cit.*, pp.194-195; Patrino Francesco, *Natura e valore delle dispense pontificie da matrimonio rato e non consumato nell’ordinamento canonico*, pp.940-941.

<sup>105</sup>Barbieri Luigi, *Sull’esecutività delle decisioni canoniche in materia di matrimonio rato e non consumato*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1997, p.938. Lo stesso autore afferma che: “*la nozione di atto legislativo per il caso singolo non è estranea agli ordinamenti statuali, ove la teoria generale del diritto ammette l’esistenza delle c.d. leggi provvedimento*”.

<sup>106</sup>Patrino Francesco, *Natura e valore delle dispense pontificie da matrimonio rato e non consumato nell’ordinamento canonico*, pp.943-944.

<sup>107</sup>Il testo della sentenza è in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1997, II, pp.320 ss.

La tesi che è accettata dalla dottrina canonistica prevalente si fonda sulla natura amministrativa della dispensa<sup>108</sup>; si tratta, dunque, di un negozio *gratosum seu administrativum*. Infatti, l'atto che emana dalla competente autorità, non crea il diritto, ma lascia invariata la norma esistente, di cui modifica soltanto in casi particolari l'applicazione, per il raggiungimento di interessi individuali e collettivi, volti al *bonum vel utilitas Ecclesiae*<sup>109</sup>. Essa attua un preciso precetto legislativo, conferendo la *facultas derogandi* ad un organo dotato di potestà esecutiva. Inoltre, dal can.1697 del CIC, si evince la discrezionalità del Romano Pontefice nel concedere la grazia, discrezionalità che è tipica degli atti amministrativi, ed il provvedimento emanato assume la forma del rescritto, che ai sensi del can.50 del CIC è espressamente qualificato come “atto amministrativo formale e strumentale”<sup>110</sup>. Anche l'Istruzione *Dispensationis Matrimonii* del 1972, precisa che: “*Processus super matrimonio rato et non consummato non est iudicialis, sed administrativus, ac proinde differt a processu iudiciali pro causis nullitatis matrimonii. In processu, enim, super rato per supplicem petitionem imploratur gratia ex benigna Summi Pontifici concessione obtinenda*”<sup>111</sup>.

L'allentamento della legge è concesso in base all'esame accurato del singolo caso, e viene data alla singola persona la possibilità di contrarre un nuovo matrimonio, vista la non consumazione di quello attuale, che rimane valido e *rato*. Secondo Benedetto Marchetta: “*con la concessione della dispensa super rato non sorge una legge, non si crea un diritto obiettivo, ma rimane accresciuta la libertà del beneficiario della dispensa, dandosi*

---

<sup>108</sup>Mazzacane Elio, *La justa causa dispensationis nello scioglimento del matrimonio canonico per inconsumazione. Contributo alla teoria degli atti amministrativi canonici*, Giuffrè, Milano, 67, p.22 e p.36; Marchetta Benedetto, *Scioglimento del matrimonio canonico per inconsumazione*, Cedam, Padova, 1981, p.11; Miele Mario, *La dispense super rato e la rétroactivité de son exequatur aux effects civils*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 67, 54, pp.346-350.

<sup>109</sup>Il Moneta nota che: << il fatto che la particolare dispensa dal matrimonio non consumato sia preceduta da un accertamento che presenta connotazioni tipiche di un processo giudiziario, non può ritenersi sufficiente a mutare la natura sostanzialmente amministrativa del provvedimento che lo conclude>>; Moneta Paolo, *Ritorna il riconoscimento civile dello scioglimento canonico del matrimonio non consumato?*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1997, p.973.

<sup>110</sup>Bucci Alessandro, *Dispensa super rato....., op.cit.*, p.207.

<sup>111</sup>*Instructio de quibusdam emendationibus circa normas in processu super matrimonio rato et non consummato servandas*, in *AAS* (44), 1972, p.245.

*così luogo a diritti soggettivi del singolo. Il diritto soggettivo sorge con la concessione della dispensa; è questa che lo attribuisce*<sup>112</sup>. Ciò significa che non esiste un diritto del soggetto alla concessione della dispensa, ma soltanto il diritto alla conoscenza della possibilità di ottenerla presentandone richiesta<sup>113</sup>. E' la dispensa, una volta concessa, che attribuisce il diritto. Un insigne maestro del diritto ecclesiastico notava: *“poiché si tratta di una dispensa, non può mai parlarsi di un diritto, neppure morale, della parte ad ottenerla”*<sup>114</sup>. La dispensa *super rato* è, quindi, una forma di scioglimento del matrimonio che non contraddice, ma conferma il principio di indissolubilità<sup>115</sup>.

*b) La natura della potestà pontificia*

La dottrina canonica sulla dispensa da matrimonio *rato* e non consumato, è incentrata anche sulla discussione riguardo alla natura della potestà del Romano Pontefice: se si tratta di potestà ministeriale o vicaria<sup>116</sup>. Mentre nel Medioevo, la potestà ministeriale o vicaria racchiudeva tutte le potestà delle quali il Pontefice godeva in virtù del suo ministero, come pienezza dei poteri necessari per la necessità delle anime, inclusa la dispensa *super rato*; nell'età moderna, sotto l'influsso del razionalismo filosofico, la potestà ministeriale ha assunto un significato molto più ristretto, poiché è stata utilizzata sempre più in una veste straordinaria. Perciò, essa non comprendeva più l'insieme delle potestà date al Papa per l'esercizio di governo della Chiesa, ma soltanto una parte della potestà, inclusa quella dello scioglimento del vincolo non

---

<sup>112</sup>Marchetta Benedetto, *Scioglimento del matrimonio canonico per inconsumazione*, Cedam, Padova, 1981, p.9.

<sup>113</sup>Burke Raymond L., *Il processo di dispensa da matrimonio rato e non consumato: la grazia pontificia e la sua natura*, in *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Lev, Città del Vaticano, 1992, p.137.

<sup>114</sup>Jemolo Arturo Carlo, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Il Mulino, Bologna, 1941, ristampa con la prefazione di F. Margiotta Broglio, 1993, p.439.

<sup>115</sup>Baura Edoardo sottolinea come: *“la dispensa è innanzitutto uno strumento per sopperire alle necessità concrete della vita, fornendo una soluzione giuridica ad una situazione non prevista dalla norma generale e astratta emanata dal legislatore”*, in *Le esigenze giuridiche nel rilascio di dispense*, cit., p.386.

<sup>116</sup>Burke Raymond L., *Il processo di dispensa da matrimonio rato e non consumato: la grazia pontificia e la sua natura*, op.cit., p.139.

consumato<sup>117</sup>. Ha assunto, quindi, la natura di una potestà straordinaria nella sua applicazione.

Si fece sempre più strada la convinzione che la potestà di dispensare dal matrimonio rato e non consumato, non facesse parte di quella propria del Romano Pontefice. Il compianto P. Antonino Abate ne spiega così la natura: *“un potere puramente umano non può dispensare dalla legge divina dell’indissolubilità in forza della quale il vincolo che prende origine dal loro mutuo consenso unisce gli sposi per tutta la vita .... Ma Dio, nell’attuale economia, per segnalare i casi nei quali egli intende accordare la dispensa dalla legge dell’indissolubilità e per concederla effettivamente, qualora siano presenti determinate condizioni, si serve della Chiesa come strumento della sua azione.... Di conseguenza, nello scioglimento del matrimonio, **non è propriamente un uomo, cioè il Papa, che separa i coniugi, ma Dio per mezzo del suo Vicario. In tal modo, il vincolo coniugale viene rescisso non da una potestà umana, ma da un potere divino .... Dunque, nello scioglimento del matrimonio, Dio è la causa principale, il Papa la causa strumentale. E’ lui che effettua seppure strumentalmente, per la virtù che Dio gli comunica con il potere vicario, tale scioglimento. Nell’accogliere la supplica il Papa contemporaneamente dissolve il matrimonio e lo dichiara distrutto**”<sup>118</sup>.*

Il Castano, si rifà in parte al pensiero dell’Abate, e sostiene di dover distinguere la potestà vicaria che riguarda sia il diritto naturale che la dissoluzione del vincolo nel matrimonio sacramento (*rato* e non consumato), dalla potestà ecclesiastica. La prima appartiene al Papa in quanto rappresentante e vicario di Dio *auctor naturae* e *auctor gratiae*, la potestà ecclesiastica, invece, appartiene al Pontefice nel suo grado supremo ed universale, in quanto capo della Chiesa e quindi come vicario di Cristo nel supremo governo della stessa<sup>119</sup>. La potestà vicaria è *potestas*

---

<sup>117</sup>Burke Raymond L., *Il processo di dispensa da matrimonio rato e non consumato: la grazia pontificia e la sua natura*, op.cit., pp.138-140.

<sup>118</sup>Abate Antonino, *Lo scioglimento del vincolo coniugale nella giurisprudenza ecclesiastica*, D’Auria, Napoli, 1970, pp.12-17.

<sup>119</sup>Castano Josè, *Il sacramento del matrimonio*, Roma, 1994, pp.505-506.

*omnino specialis, extraordinaria, non humana sed divina*; inoltre, considera che la vera natura di tale potestà, sia una *potestas instrumentalis*, poiché lo stesso effetto, ossia lo scioglimento del vincolo, è prodotto da una duplice causa, quella principale che è Dio, e di una strumentale, cioè il Papa. Quest'ultimo non si limita a dichiarare, in virtù della sua autorità, che il matrimonio è stato sciolto da Dio, ma è Lui che lo scioglie veramente. Però il Papa è strumento vivo, in quanto partecipa coscientemente e volontariamente alla dissoluzione del vincolo, valutandone le possibilità, le cause motivanti e giudicando dell'opportunità di concedere la grazia<sup>120</sup>.

Tuttavia, alla luce di quanto insegnato dal magistero del Concilio Vaticano II, in realtà non esiste una potestà speciale data al Papa per sciogliere i matrimoni non consumati, se non quella piena, suprema, immediata e universale su tutta la Chiesa e che può sempre esercitare liberamente (*Lumen Gentium*, n.22 b). Dunque, attualmente è possibile ritenere che la concessione della dispensa è di sicuro straordinaria nella sua applicazione, poiché subordinata a determinati presupposti, mentre la potestà di concederla non è speciale, in quanto rientra nel complesso della *sacra potestas* conferita al Romano Pontefice, quale capo della Chiesa Universale<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup>Castano Josè, *Il sacramento del matrimonio*, op.cit., pp.508-509.

<sup>121</sup>Burke Raymond L., *Il processo di dispensa da matrimonio rato e non consumato: la grazia pontificia e la sua natura*, op.cit., p.144. La dottrina, inoltre, si è anche interrogata sulla possibilità da parte del Papa di delegare tale facoltà ai Vescovi Diocesani, anche se di fatto il Pontefice non l'ha mai delegata; Paolo VI espressamente affermò che questa potestà non poteva essere delegata ai Vescovi; sta di fatto che Benedetto XVI, almeno per una volta, l'ha delegata al Camerlengo di Santa Romana Chiesa (cfr. Foglio di Udienza della Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti, prot. n.866/07).

#### **4. Il non riconoscimento agli effetti civili della dispensa da matrimonio rato e non consumato. Una possibile apertura verso una nuova delibabilità della stessa?**

Il nuovo Accordo di Modificazione del Concordato Lateranense del 1984 non prevede più, a differenza del Concordato del 29<sup>122</sup>, il riconoscimento civile delle dispense da matrimonio *rato* e non consumato, ma soltanto la delibazione delle sentenze di nullità del matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici<sup>123</sup>. La scelta del legislatore concordatario appare chiara e spiegabile alla luce di quanto deciso dalla Corte Costituzionale con la sentenza n.18 del 1982<sup>124</sup>. Prima però di affrontare nello specifico tutta la problematica che ha portato in seguito alla pronuncia della Consulta, riteniamo di affermare che, tuttavia, la questione circa il riconoscimento civile delle dispense “*super rato*”, non sia ancora del tutto sopita e, forse, compresa. Non a caso, infatti, con l’entrata in vigore del Motu Proprio *Quaerit Semper*, vi sono state delle possibili ricadute sulla riconoscibilità degli effetti civili del provvedimento canonico incidente sullo *status* coniugale del cittadino-fedele, anche alla luce delle interazioni, ormai dovute, tra ordinamenti giuridici. Pertanto, come è stato osservato, si è favorita la riapertura del dibattito circa la plausibile rilevanza civile delle dispense<sup>125</sup>.

Il vecchio Concordato, nel prevedere l’efficacia civile delle dispense da matrimonio *rato* e non consumato, ne disciplinava anche il relativo procedimento di delibazione<sup>126</sup>. L’art. 17 della legge matrimoniale

---

<sup>122</sup> Art.34.

<sup>123</sup> Art.8 n.2

<sup>124</sup> Balbi Raffaele, *Il matrimonio religioso con effetti civili*, Giappichelli, Torino, 2014, p.67.

<sup>125</sup> Graziano Lucia, *Il Motu Proprio “Quaerit Semper” e la dispensa pontificia da matrimonio rato e non consumato*, in *Famiglia e Diritto*, 2011, 12, pp.1159-1166; cfr. anche Llobell Joaquín, *Il m.p. “Quaerit Semper” sulla dispensa dal matrimonio non consumato e le cause di nullità della sacra ordinazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2012, 24, p.2. Lo stesso autore nota come la questione dell’efficacia civile della decisione dissolutiva canonica e della possibilità della sua delibazione è recepita dall’ordinamento di alcuni Paesi concordatari, come la Spagna, ma non è previsto da altri ordinamenti ugualmente concordatari, come l’Italia, anche se lo scioglimento canonico ha valore probatorio presso i tribunali civili, *ad casum*, circa il fatto dell’inconsumazione. Altri Paesi nei quali la dispensa *super rato* ha effetti civili sono la Repubblica di Malta, la Croazia e il Portogallo.

<sup>126</sup> Art. 34, comma 4: “*Le cause concernenti la nullità del matrimonio e la dispensa dal matrimonio rato e non consumato sono riservate alla competenza dei tribunale e dei dicasteri ecclesiastici*”.

prevedeva che la sentenza di nullità o il provvedimento con cui veniva accordata la dispensa, dovevano essere presentati in forma autentica alla Corte di Appello della circoscrizione a cui appartiene il comune presso il quale fu trascritto l'atto di celebrazione del matrimonio. Inoltre, la Corte d'Appello, con ordinanza pronunciata in camera di Consiglio, avrebbe reso esecutivo in Italia il relativo provvedimento, ordinandone l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio<sup>127</sup>. Da subito si pensò ad una disparità di trattamento tra i cittadini cattolici e non, dal momento che il Concordato permetteva soltanto ai cattolici di poter riacquistare lo stato libero, chiedendo alla S. Sede una dispensa valida agli effetti civili.

Nel 1970, con l'entrata in vigore della legge sul divorzio, fu introdotta l'inconsumazione come ipotesi specifica di cessazione degli effetti civili del matrimonio (art.3 n.2 lett.f). Non c'è dubbio che all'inizio si ebbero ripercussioni e intolleranze nei confronti di quei coniugi cattolici che intendevano optare per questa soluzione, poiché, venendo a mancare lo stato di coniuge, venivano a cadere tutti gli obblighi economici derivanti dal contratto matrimoniale. Ragion per cui, la giurisprudenza di merito e di legittimità concesse al Tribunale il potere di sancire l'obbligo per uno dei coniugi divorziati di corrispondere all'altro un assegno periodico anche quando il matrimonio concordatario fosse stato sciolto per dispensa pontificia<sup>128</sup>. Per di più, notevoli problemi, soprattutto sul piano patrimoniale, erano dovuti al fatto che la dispensa, a differenza di una sentenza di nullità, produceva effetti non retroattivi (*ex nunc*). Eppure non erano mancate sentenze in tal senso, tanto che per ragioni di equanimità, come per la ripetizione dei doni *propter nuptias*, non si trovasse altra soluzione che avvicinare il provvedimento pontificio alla sentenza di

---

<sup>127</sup>Legge 27 maggio 1929, n.847, recante “*Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 fra la Santa Sede e l'Italia, nella parte relativa al matrimonio*”, in *G.U.* n.133 dell'8 giugno 1929. L'art. 22 prevedeva inoltre che: “*La dispensa dal matrimonio rato e non consumato, quando siano osservate le formalità di cui al medesimo art. 17, produce, sulla domanda di ambedue le parti, lo scioglimento del matrimonio civile contratto fra le stesse persone prima dell'entrata in vigore della presente legge*”.

<sup>128</sup>Bucci Alessandro, *Dispensa super rato e non consummato*, *op. cit.*, pp.218-219.

nullità, attribuendo ad entrambi effetti retroattivi<sup>129</sup>. Tra le diverse decisioni, la più singolare era quella riguardante i figli *extra torum*, poiché l'efficacia retroattiva della dispensa, avrebbe consentito di considerare non più adulterini i figli che fossero nati in quell'arco di tempo, dalla relazione coniugale di uno degli ex coniugi.<sup>130</sup> Non c'è dubbio che sia il mutamento sociale politico che si ebbe dagli anni settanta in poi, sia l'introduzione della legge sul divorzio, portarono a tutta una serie di problematiche di non facile soluzione<sup>131</sup>.

#### **4.1. La sentenza n.18 del 1982 della Corte Costituzionale e la “crisi del sistema matrimoniale”.**

L'intervento della Corte Costituzionale agli inizi degli anni ottanta, costituisce l'approdo di ripensamenti ed incertezze da parte della giurisprudenza di legittimità, perché nella prassi era quasi scomparsa l'esigenza di regolare gli *status* dei soggetti che contraevano matrimonio concordatario<sup>132</sup>. Infatti, già con un'ordinanza del 5 gennaio 1977 n.2, la Corte aveva accolto la questione di legittimità sollevata dalla Corte d'Appello di Palermo e rinviato gli atti al giudice *a quo*.

La Consulta, con la sentenza n. del 18 del 1982, dichiarò l'illegittimità costituzionale del vecchio art. 34 del Concordato, ove prevedeva che potesse essere riconosciuta nel nostro ordinamento la dispensa dal matrimonio *rato* e non consumato. In particolare si sanciva l'incostituzionalità della legge di esecuzione dei Patti Lateranensi nella

---

<sup>129</sup>Tedeschi Mario, *Sugli effetti civili della “Dispensa super rato et non consummato” nell'ordinamento italiano*, in *Scritti di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, pp.295-308. L'autore sottolinea come si evidenziasse il fatto che la dispensa potesse essere assimilata solo ad altre cause di scioglimento come la morte o il divorzio (per quegli ordinamenti che in quegli anni lo prevedevano), e non estingueva i reati di bigamia e adulterio, a meno che non ne fosse seguito il matrimonio.

<sup>130</sup>Tedeschi Mario, *Sugli effetti civili della “Dispensa super rato et non consummato” nell'ordinamento italiano*, *op.cit.*, p.300.

<sup>131</sup>Bucci Alessandro sostiene come ciò fu il risultato di tutta una società cattolica che, erede delle ansie, delle novità, delle aperture e delle inevitabili incongruenze del Concilio Vaticano II, aveva smesso di portare avanti ideali propri. Basti pensare che fu proprio verso la fine degli anni settanta, sotto il governo della Democrazia Cristiana che furono abolite le festività religiose depauperando, di fatto, tutto quel bagaglio culturale del popolo italiano cattolico e non cattolico. E fatto ancor più grave fu quello della festa dell'anniversario della Repubblica, spostata nel 1977 alla prima domenica di giugno, fu ripristinata solamente il 2 giugno 2001; Bucci Alessandro, *Dispensa super rato....., op.cit.*, pp.226-227.

<sup>132</sup>Bucci Alessandro, *Dispensa super rato....., op.cit.*, p.228.

parte in cui questa dava piena ed intera esecuzione ai commi 4, 5, e 6 dell'art. 34 del Concordato, nonché dell'art. 17 della legge matrimoniale, laddove era previsto che la Corte d'Appello poteva rendere esecutivo in Italia il provvedimento di dispensa, ordinandone l'annotazione nei registri dello stato civile a margine dell'atto di matrimonio. Vi era una palese violazione del diritto costituzionale di difesa, a causa del carattere amministrativo del procedimento attraverso il quale si concede la dispensa. La Corte sottolineava come in tale procedimento, non sia garantito alle parti il rispetto del diritto alla tutela giurisdizionale, nonché l'esercizio del diritto di difesa<sup>133</sup>. Notava la Corte come la struttura del procedimento canonico non dovesse contrastare con la tutela dei principi supremi dell'ordinamento statale; la competenza a pronunciarsi da parte dei dicasteri ecclesiastici era di tipo amministrativo, mentre il provvedimento che faceva cessare gli effetti civili del matrimonio canonico trascritto, incidendo sullo *status* dei coniugi, non poteva porsi in alternativa alla giurisdizione dello Stato<sup>134</sup>. Osservava, altresì, che il provvedimento canonico incide non sull'atto considerato valido, ma sul rapporto matrimoniale, la cui disciplina rientra nella piena competenza dello Stato. Il supremo principio alla tutela giurisdizionale “*non può dirsi realizzato in un procedimento il cui svolgimento e la cui conclusione trovano collocazione nell'ambito della discrezionalità amministrativa, non venendo ad essere garantiti alle parti un giudice e un giudizio in senso proprio*”<sup>135</sup>. Nell'applicare lo stesso principio in atto per la delibazione delle sentenze straniere a quelle ecclesiastiche, la Corte riconosce nella giurisdizione statale l'esclusiva titolare competente a giudicare in tale materia, portando così a maturazione alcuni principi già espressi con le sentenze nn. 30, 31 e 32 del 1971. Per la prima volta viene devitalizzato un impegno che anche la Corte Costituzionale ha considerato riferibile all'art. 34 del Concordato, ma non compatibile con i “principi supremi”

---

<sup>133</sup>Balbi Raffaele, *Il matrimonio religioso con effetti civili*, op.cit., p.68.

<sup>134</sup>Tedeschi Mario, *Sugli effetti civili della “Dispensa super rato et non consummato” nell'ordinamento italiano*, op.cit., p.301.

<sup>135</sup>Il testo della sentenza è consultabile in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1982, I, pp.138 ss., con nota di Nania Roberto.

dell'ordinamento costituzionale, assunti in modo oramai consolidato a parametro di valutazione della legittimità costituzionale delle norme di derivazione concordataria<sup>136</sup>.

Non sono, ovviamente mancate critiche e perplessità di una parte della dottrina; si è notato che partendo dal presupposto che la dispensa consta di due caratteri, uno giudiziale e l'altro discrezionale, il riconoscimento non potrebbe essere negato qualora venisse provato l'effettivo accertamento giudiziale e fosse assicurato alle parti il diritto di difesa<sup>137</sup>. Secondo questa dottrina, l'ordinamento civile dovrebbe valutare con "riserva" ogni concreta ipotesi di delibazione civile di dispensa ecclesiastica matrimoniale *super rato*, in un'ottica di presunzione sfavorevole a tale riconoscimento. Inoltre, si nota, che le difficoltà per un riconoscimento civile delle dispense canoniche matrimoniali sono certamente acuite dal fatto che l'ordinamento canonico, pur prevedendo due fasi ben distinte, non conclude la prima fase del complesso procedimento con un formale provvedimento giudiziale che dia atto dell'avvenuto accertamento canonico sul fatto dell'inconsumazione<sup>138</sup>. Per altri, l'argomentazione della Corte è contraddittoria, dal momento che non si dà atto del minuzioso meccanismo procedimentale e poi si asserisce che esso sfoci in un'attività dichiaratamente amministrativa e discrezionale, risulta palese che nei procedimenti canonici è ampiamente garantita la posizione delle parti e il loro diritto alla difesa. Per di più non deve portare fuori strada la qualifica di "amministrativo" che anche i canonisti danno al

---

<sup>136</sup>Mirabelli Cesare, *Alcune osservazioni in margine alla sentenza della Corte Costituzionale n.18 del 1982*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1982, XCIII, pp.469-474.

<sup>137</sup>Pascali Raffaele, *Dubbi sull'assenza di rilevanza civile delle dispense canoniche da matrimonio "rato e non consumato"*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1987, I, pp.909 ss.

<sup>138</sup>Pascali Raffaele, *Dubbi sull'assenza di rilevanza civile delle dispense canoniche da matrimonio "rato e non consumato, op.cit.*, pp.933-934. L'autore si spinge oltre quando ritiene che l'omesso riconoscimento civile degli atti canonici considerati appare in una situazione di incoerenza col principio del riconoscimento, da parte dello Stato, della sovranità della Chiesa. Le dispense matrimoniali, infatti, sono parte organica del sistema matrimoniale ecclesiastico, tant'è che non riconoscerne gli effetti civili significa alla fine disconoscere (sul piano formale), la pienezza della giurisdizione ecclesiastica matrimoniale. L'assoluta irricoscibilità civile della dispensa *super rato* si risolve, in tal guisa, nella formale negazione del carattere di completezza (e quindi di sovranità) della giurisdizione ecclesiastica, in relazione a un atto matrimoniale già concordatariamente trascritto; la sentenza n.18/1982 sarebbe solo apparentemente una sentenza additiva di accoglimento, ma in realtà dovrebbe considerarsi interpretativa di rigetto; Pascali Raffaele, *ibidem*, pp.936-937.

provvedimento di dispensa e al procedimento che ne è alla base, poiché si tratta di un ordinamento peculiare con struttura e caratteristiche diverse da quello statale<sup>139</sup>. Legittimi sono anche i dubbi di chi sostiene che se con tale decisione il sistema viene a purificarsi dalle scorie incostituzionali, ciò, però, non vuol dire che il campo è sgombro da ulteriori problemi di natura pratica, dal momento che è oramai obbligatorio per il cittadino/fedele promuovere i giudizi nell'uno e nell'altro foro. Potrebbe, infatti, verificarsi l'ipotesi che uno dei coniugi durante la pendenza di un'istruttoria amministrativa, promuova in sede canonica un giudizio di nullità matrimoniale per impotenza, avvalendosi della norma di cui alla lettera e dell'art. 1 della *Instructio* del 1972. A questo punto cosa avverrà in sede civile? Potrebbe sospendersi il giudizio civile in attesa della definizione di quello canonico? In realtà, sarebbe difficile dato che non esiste una connessione oggettiva tra i due giudizi<sup>140</sup>.

Accanto a queste critiche, vi sono le opinioni di chi condivide il tenore della sentenza n.18 del 1982, perchè le garanzie riguardanti i diritti di difesa mancano nel procedimento, non nell'atto finale di dispensa, per cui non può di certo affermarsi che lo scioglimento per dispensa abbia carattere giurisdizionale, ed è proprio questo carattere ad essere sindacato<sup>141</sup>.

L'effetto della sentenza in esame è stato quello di un lento raffreddamento dei rapporti con la Curia Romana, tale da ottenere come risultato finale che nell'Accordo di Modificazione del Concordato all'art.8 n.2, non si parla più di riconoscimento dei provvedimenti di dispensa

---

<sup>139</sup>Cassandro Giorgia, *Dispensa canonica dal matrimonio rato e non consumato e principi costituzionali*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1982, pp.743-762.

<sup>140</sup>Barbieri Luigi, *Alcune questioni in merito all'inconsumazione del matrimonio*, in *Studi in onore di Guido Saraceni*, Jovene, Napoli, 1988, pp.374-377. Vale la pena di accennare anche alla critica di Luigi De Luca, che taccia le conclusioni della Consulta di astrattismo giuridico, dal momento che nel procedimento *super rato*, non sembra che possa dirsi violato il principio supremo della tutela giurisdizionale dei diritti se essa si considera nel suo "nucleo più ristretto ed essenziale"; cfr. De Luca Luigi, *Scritti vari di diritto ecclesiastico e canonico*, vol. I, Cedam, Padova, 1997, pp.382-385.

<sup>141</sup>Tedeschi Mario, *Sugli effetti civili della "Dispensa super rato et non consumato" nell'ordinamento italiano*, *op.cit.*, p.303-304. Per l'autore, la sentenza 18/1982 è pertanto da condividere, anche per le notazioni non marginali su cui si basa: la differenza cioè tra nullità e scioglimento e l'efficacia *ex nunc* di quest'ultimo.

*super rato*. In definitiva, l'Accordo recepiva in toto il dettato della sentenza della Corte.

#### **4.2 La sentenza della Corte di Cassazione n.7276 del 1999. Riemerge il problema del riconoscimento civile dei provvedimenti di scioglimento da matrimonio *rato* e non consumato.**

Circa quasi venti anni dopo dalla pronuncia della Consulta, la giurisprudenza ritorna di nuovo sull'argomento del riconoscimento in Italia delle dispense *super rato*, anche alla luce della riforma del diritto internazionale privato operata con la legge 31 maggio 1995 n.218<sup>142</sup>.

La vicenda era sorta dalla richiesta di una donna che, con ricorso del 14 maggio 1997, aveva chiesto alla Corte d'Appello di Torino, di dichiarare efficace ai sensi dell'art.67 della legge 218/1995, un rescritto del 1996 del Tribunale Ecclesiastico Regionale Piemontese, contenente la dispensa *super rato* relativa al proprio matrimonio. La Corte d'Appello di Torino, rilevando la necessità che il procedimento si svolgesse in via contenziosa, dispose la notifica del ricorso nella forma dell'atto di citazione all'altro coniuge e all'ufficiale di stato civile di Torino. Con sentenza del 7 novembre del 1997, il Collegio dichiarava efficace in Italia la bolla di scioglimento del vincolo matrimoniale, ritenendo equiparabile il provvedimento di dispensa da matrimonio *rato* e non consumato ad una sentenza straniera. Avverso tale sentenza, il Procuratore Generale proponeva ricorso per Cassazione<sup>143</sup>. La Suprema Corte accoglieva il

---

<sup>142</sup>Ad onor del vero, unico caso alquanto singolare, riguardante la delibazione di un provvedimento di dispensa *super rato*, a seguito della pronuncia n.18 del 1982 della Corte Costituzionale, si è avuto con un'ordinanza della Corte d'Appello di Salerno dell'8 maggio 1982, la quale afferma che il rescritto pontificio non contiene disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano, posto che l'art.3, lett. f della legge 898 del 1970 consente il divorzio qualora il matrimonio non è stato consumato, e perciò può essere riconosciuto agli effetti civili. Si tratta di un caso, abbastanza peculiare, poiché l'esecutività del rescritto era stata chiesta concordemente dalle parti e dal Pubblico Ministero e, perciò, non vi sarebbe stato ricorso per Cassazione.

<sup>143</sup>Il Procuratore Generale ricordava, infatti, che dopo l'entrata in vigore del nuovo Concordato del 1984, la Corte Costituzionale ha avuto modo incidentalmente di occuparsi delle dispense da matrimonio *rato* e non consumato, sancendo la definitiva espunzione dall'ordinamento di questo tipo di provvedimenti, richiama, inoltre, anche Cass. n.3345 del 1997, per sottolineare la definitiva espunzione della delibabilità di questi provvedimenti; cfr. Patruno Francesco, *Roma locuta causa finita? E' stata detta davvero l'ultima parola sulla non riconoscibilità in Italia delle dispense pontificie super rato?*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2000, pp. 1278-1338; per le

ricorso del Procuratore, ritenendo improponibile la domanda di riconoscimento in Italia delle dispense pontificie<sup>144</sup>. Motivava con la considerazione che, in base ad un'interpretazione sistematica, delle disposizioni concordatarie, della loro evoluzione e della relativa giurisprudenza, i provvedimenti di dispensa dal matrimonio *rato* e non consumato sono stati definitivamente espunti dall'ordinamento. La Cassazione aggiungeva, inoltre, che non è per un caso che il nuovo Concordato del 1984, ridisegnando in nuovo contesto storico i principi relativi al matrimonio concordatario, non contenga più alcun riferimento alla esecutività agli effetti civili dei provvedimenti di dispensa<sup>145</sup>. Né, tantomeno, la riforma del diritto internazionale privato, avesse in qualche modo modificato il precedente assetto, anche in virtù del fatto che l'art.2 della legge 218 fa comunque salva l'applicazione delle Convenzioni Internazionali in vigore per l'Italia. La Corte, ha poi ritenuto necessario sottolineare il fatto che l'eventuale accoglimento della tesi censurata comporterebbe, *ex se*, il dubbio di legittimità costituzionale degli artt. 64-67 della legge 218, se intesi nel senso di ammettere la delibazione della dispensa ecclesiastica<sup>146</sup>.

---

osservazioni critiche a tale sentenza si vedano i contributi pubblicati nella rivista *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1997, 2; in particolare Chirico Adriana, *La dispensa super rato. La Corte d'Appello individua un nuovo percorso normativo*, pp. 927 ss.; Barbieri Luigi, *Sull'esecutività delle decisioni canoniche in materia di matrimonio rato e non consumato*, pp. 934 ss.; Cassandro Giorgia, *Brevi note in tema di delibazione di dispensa super rato*, pp.940 ss.; Canonico Marco, *Dispensa canonica dal matrimonio super rato ed efficacia civile: un fantasma che riappare evocato dai giudici torinesi*, pp. 945 ss.; Moneta Paolo, *Ritorna il riconoscimento civile dello scioglimento canonico del matrimonio non consumato ?*, pp. 968 ss.; Di Marzio Paolo, *Non riconoscibilità degli effetti civili alla decisione ecclesiastica di dispensa super rato et non consumato*, pp. 1352 ss.;

<sup>144</sup>La sentenza della Corte n.7276 del 1999, è consultabile in *Giustizia Civile*,1999, I, pp. 2283 ss., con nota di Finocchiaro Francesco, *Resurrezione e morte della dispensa super rato*, pp. 2287-2288.

<sup>145</sup>Patrino Francesco, *Roma locuta causa finita? E' stata detta davvero l'ultima parola sulla non riconoscibilità in Italia delle dispense pontificie super rato?*, *cit.*, pp. 1282-1283.

<sup>146</sup>Finocchiaro Francesco, nota come la resurrezione del riconoscimento di tali dispense è stato giustamente effimera e bene ha fatto la Corte di Cassazione, a ricondurre la singolare vicenda al suo giusto esito. Il riconoscimento di detti provvedimenti non è possibile perché il nostro ordinamento più non l'ammette dal lontano 1982; cfr. Finocchiaro Francesco, *Resurrezione e morte della dispensa super rato*, *cit.*, p. 2288. Anche il Colella osserva che la tesi della Corte d'Appello non trova alcun solido fondamento nel testo della legge 218, perché l'art.64 richiede sempre il rispetto del n.1 dell'art. 797 c.p.c. ai fini del riconoscimento immediato, sia perché i provvedimenti diversi previsti dagli artt.65 e 66 della stessa legge non comprendono le dispense *super rato*. Bene ha fatto, dunque, la Procura Generale ad attivarsi per la proposizione del ricorso,

E', comunque, da riflettere sul fatto che, se si dovesse accettare la tesi della Corte d'Appello, si giungerebbe al paradosso che le sentenze canoniche sarebbero riconoscibili solo mediante un rigoroso procedimento, mentre le dispense sarebbero efficaci automaticamente<sup>147</sup>. Ugualmente ci si è chiesti se la dispensa *super rato* possa ancora essere a ragione ricompresa nel numero degli istituti disciplinati pattiziamente, o se la si debba più semplicemente riguardare come un istituto del diritto canonico atto ad incidere direttamente soltanto sugli effetti canonici del matrimonio celebrato in *facie Ecclesiae*, e ciò anche quando questo abbia prodotto effetti civili con la trascrizione<sup>148</sup>. Sarebbe, forse opportuno, un accordo esplicito delle Parti a riguardo, dal momento che ciò che non soddisfa è proprio la scelta di attestarsi alla rilevazione di un vuoto normativo<sup>149</sup>.

Potrebbe, tuttavia, in una prospettiva *de iure condendo*, trovare spazio l'attribuzione degli effetti civili alle dispense canoniche, qualora ci sia nell'ordinamento un'ampia apertura verso valori presenti anche in alcuni atti delle altre confessioni religiose che sciolgono il matrimonio<sup>150</sup>.

---

portando la Cassazione a porre fine al tentativo di dar vita “*ad un orientamento disinvoltamente creativo*”; cfr. Colella Pasquale, *Sulla non riconoscibilità delle dispense canoniche per rato et non consummato*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2000, I, pp. 32-35.

<sup>147</sup>Balbi Raffaele, *Il matrimonio religioso con effetti civili*, *op.cit.*, p. 69.

<sup>148</sup>Graziano Lucia, *Dispensa “super rato” e nuovo sistema di diritto internazionale privato*, in *Famiglia e Diritto*, 1999,6, pp. 547-553.

<sup>149</sup>Graziano Lucia, *Dispensa “super rato” e nuovo sistema di diritto internazionale privato*, *cit.*, p. 553.

<sup>150</sup>Domianello Sara, *I matrimoni davanti ai ministri di culto*, in *Famiglia e Matrimonio*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 451-456.

## CAPITOLO IV

### ***MATRIMONIO E CONSUMAZIONE NEL DIRITTO ISLAMICO***

#### **1. La natura del matrimonio islamico: strumento di legittimazione dei rapporti sessuali.**

Il voler approfondire il concetto di consumazione del matrimonio nel diritto islamico, comporta necessariamente il dover soffermarsi sulla natura che riveste quest'ultimo. Infatti, l'importanza che la dimensione sessuale ha per il diritto islamico, la si evince proprio analizzando la natura del matrimonio. Sebbene esso non appartenga alle *ibadàt*<sup>1</sup>, esso è una realtà naturale voluta dal Creatore e regolata dalla legge divina. Il matrimonio è, per il musulmano, il rimedio legittimo contro le relazioni extraconiugali, in virtù del fatto che l'uomo non può vivere senza relazioni sessuali. Non a caso un *hadith* paragona l'atto sessuale all'elemosina<sup>2</sup>, come un atto di adorazione di fronte al Creatore. Dunque, l'Islam considera con favore la soddisfazione dell'istinto sessuale, ma impone che esso si realizzi all'interno del matrimonio. Recita il Corano: “.....*allora fra le donne che vi piacciono, sposatene.....*”<sup>3</sup>; ragion per cui il celibato è fortemente osteggiato, proprio perché potrebbe condurre a condotte sessuali illecite qualora si rivelasse insostenibile per il credente il peso dell'astinenza, sul modello di vita del profeta Muhammad che era sposato.

---

<sup>1</sup>Le *ibadàt* sono le cinque obbligazioni religiose, dette anche cinque pilastri, previste dall'Islam: testimonianza di fede, la preghiera, il digiuno durante il mese del Ramadan, l'elemosina, il pellegrinaggio alla Mecca.

<sup>2</sup>“*La sessualità significa che l'uomo accetta il dono di Dio nella sua interezza, nel cuore e nel corpo, pur nella responsabilità di dominare le pulsioni e gli istinti ...*”, si veda Ghiringhelli Barbara - Negri Augusto, *L'Islam e la sessualità*, in *I matrimoni cristiano-islamici in Italia: gli interrogativi, il diritto, la pastorale*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2008, pag.58.

<sup>3</sup>Corano, 4,3. Dei vari tipi di unioni sessuali lecite in epoca pagana, l'Islam ha conservato solo quella basata sul matrimonio, come attesta la tradizione di Aisa, secondo la quale, il profeta Maometto abolì i tipi di unioni lecite durante la *gahiliyya*, tranne il contratto di matrimonio, sebbene il Corano apporti sostanziali modifiche alla normativa pagana; cfr. Cilaro Agostino, *Diritto di famiglia islamico*, in Cilaro Agostino-Mennillo Francesco, *Due sistemi a confronto. La famiglia nell'Islam e nel diritto canonico*, Cedam, Padova, 2009, p.11. Nell'Arabia pre-islamica vi era sostanzialmente un regime di promiscuità poi successivamente sottoposto a regolamento. Secondo la testimonianza dello storico Strabone gli arabi praticavano la comunione di beni e di donne; si veda Abagnara Vincenzo, *Il matrimonio nell'Islam*, Esi, Napoli, 1996, p.8.

Anche il monachesimo è condannato dal Corano, gli istinti sessuali sono un dono di *Allah*<sup>4</sup> e di per sé non sono peccaminosi<sup>5</sup>. Ne consegue, che viene bandita qualsiasi forma di unione sessuale che non sia quella matrimoniale, infatti sia la fornicazione (*zinà*), quanto l'adulterio sono puniti con pene corporali, quali atti immorali ed irresponsabili. Se, quindi, è solo il matrimonio l'unico strumento che giustifica e permette l'unione sessuale, esso costituisce un obbligo per il credente che abbia i mezzi per poterlo fare, poiché rappresenta l'unico mezzo per assicurare la pace sociale e per aumentare il numero dei credenti<sup>6</sup>: "*Chi può permettersi il matrimonio si sposi. Ciò infatti è molto meglio agli occhi della gente ed è più sicuro per l'intimità*". In un altro versetto del Corano (30,21), l'amore coniugale e la compassione tra gli sposi sono espressamente indicati quali segni di Dio.

Il termine che designa il matrimonio è *nikah*, che appunto sta a significare il coito, l'unione sessuale del marito con la moglie, il cui scopo

---

<sup>4</sup>*O voi che credete, non vietate le cose buone che Allah vi ha reso lecite*" (Cor., 5,87).

<sup>5</sup>L'Islam, infatti, è la sola religione che non accoglie l'opinione per cui il sesso sarebbe incompatibile con un'elevata dignità religiosa; cfr. D'Antonio Alessandra, *Il matrimonio nell'Islam*, in *Diritto e Religioni*, 2009, 1, p.235. Sempre il Corano recita: "*e unite in matrimonio quelli che fra voi son celibi e gli onesti fra i vostri serve e le vostre serve...*" (24,32); ed ancora "*quanto al monachesimo fu da loro istituito (e non fummo noi a prescriverlo loro) solo per il desiderio del compiacimento di Dio; ma non lo osservarono come andava osservato*" (57,27). "*Io certo temo Iddio più di voi! Però, vedete, digiuno e interrompo il digiuno, prego, ma mi faccio le mie belle dormite e sposo le donne .....e posso proprio dire che chi agisce diversamente da questa mia sunna non è uno dei miei*".

<sup>6</sup>Il matrimonio rappresenta un dovere religioso e civile per il credente che è in grado di pagare il dono nuziale, ha i mezzi per mantenere una famiglia e tema, perseverando nel celibato di cadere nell'incontinenza, se mancasse quest'ultimo motivo, il matrimonio sarebbe sempre un atto lodevole e meritorio, specialmente se avesse come scopo quello di ottenere prole e aumentare il numero dei credenti; cfr. Santillana David, *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, I, Istituto per l'Oriente, Roma, p.199. Il matrimonio, invece, risulta raccomandato, *mandub*, per chi abbia un forte autocontrollo e il cui unico desiderio sia di avere figli. Esso, è lecito, per chi riesca a controllare i propri istinti sessuali, non desideri figli e senta che il matrimonio non lo allontanerà dalla sua pratica devozionale. Inoltre, per la giurisprudenza malichita, il matrimonio è obbligatorio, anche in assenza di sufficienti mezzi di sostentamento, qualora l'uomo ritenga che non sposandosi potrà commettere fornicazione; quando egli non sia capace di digiunare per controllare i propri istinti o, pur digiunando, non riesca a mantenersi casto; quando non possa trovare nemmeno una schiava o una donna estremamente povera da sposare.

Per la scuola hanafita, invece, si ritiene obbligatorio il matrimonio sulla base di quattro circostanze: l'uomo è sicuro che non sposandosi commetta fornicazione, se digiunando non riesca a controllare i propri istinti, se non dispone di una schiava da sposare, se egli sia in grado di pagare la dote e di guadagnarsi lecitamente da vivere. Si veda D'Antonio Alessandra, *Il matrimonio nell'Islam*, cit., pp.237-238.

è il possesso lecito della donna da parte dell'uomo<sup>7</sup>. "*I credenti devono custodire la castità, eccetto che con le proprie mogli e quelle che le loro destre posseggono*"<sup>8</sup>. L'obbligo di sposarsi è rafforzato anche da un *hadith* di carattere normativo, che riporta come il Profeta abbia stabilito una regola generale per risolvere una situazione che si stava creando all'interno della primitiva comunità islamica. Ad un uomo che non voleva sposarsi e vivere in castità per tutta la vita, Muhammad rispose: "*Io mi sono sposato. Chi non segue la mia sunna non è dei miei*"<sup>9</sup>.

Dibattuta è tra i giuristi la natura del matrimonio islamico, sebbene nessuno neghi la natura di contratto, si tratta pur sempre di un atto religioso<sup>10</sup>, che tuttavia, a differenza del diritto canonico, non assurge alla dignità di sacramento. E' l'atto per il quale l'uomo e la donna diventano leciti (*halal*) l'uno per l'altro. Superate al giorno d'oggi quelle tesi, che riteniamo riduttive, che equiparavano il matrimonio islamico ad un contratto di compravendita, anche alla luce di una rivalutazione del ruolo della donna islamica, si può ritenere che il matrimonio nell'Islam ha di sicuro natura contrattuale, quindi è un atto di natura privatistica che si conclude fra lo sposo ed il tutore matrimoniale (*wali*) della sposa, ma è al tempo stesso un atto di natura religiosa che comporta l'applicabilità delle norme di diritto divino<sup>11</sup>. Ai fini della conclusione del contratto matrimoniale l'intimità tra gli sposi e la consumazione (*duhul*), non sono essenziali ai fini del suo perfezionamento, ma rilevano i loro effetti per lo più sotto il profilo dello scioglimento del rapporto<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup>La tendenza contemporanea suole designare il matrimonio con il termine *zawag*, piuttosto che *nikah*, in modo da evitare che il rapporto coniugale sia limitato esclusivamente alla pratica sessuale.

<sup>8</sup>Cor.,5-6. "*Coloro che non hanno i mezzi per sposarsi cerchino la castità, finché Allah non li arricchisca con la sua grazia*" (Sura An-Nur, 24-33).

<sup>9</sup>Cilaro Agostino, *Diritto di famiglia islamico*, op.cit., p.15.

<sup>10</sup>Santillana David, *Istituzioni di diritto musulmano ...*, op.cit., p.197; D'Arienzo Maria, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2004, p.191.

<sup>11</sup>Ziccardi Elisa, *Il matrimonio nelle confessioni religiose*, Expert Edizioni, Forlì, 2006, pp.302-303.

<sup>12</sup>Schacht Joseph, *Introduzione al diritto musulmano*, Ed. Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995, p. 169.

Il matrimonio diviene, quindi, un atto fondamentale nella vita di un musulmano, perché è solo in esso che il credente esprime la propria dimensione sessuale, in un'ottica responsabile e ordinata e non soltanto di repressione dei propri impulsi. Esso assume un carattere permanente, ed è proprio questa caratteristica che lo distingue da una relazione illecita (*zina*); tuttavia, non è dotato del crisma dell'indissolubilità, poiché l'uomo può fare ricorso al ripudio<sup>13</sup>.

## 2. Le prescrizioni coraniche sulla disciplina dei rapporti sessuali.

Il Corano, oltre a contenere numerosi versetti sulla famiglia, richiama alcune prescrizioni sessuali. Il diritto musulmano regola tradizionalmente l'attività sessuale consentendola solo all'interno del matrimonio; esso permette alla coppia l'unione fisica e spirituale<sup>14</sup> e soddisfa l'esigenza procreativa secondo quanto richiesto dal Corano<sup>15</sup>. Come già abbiamo visto nel paragrafo precedente, i rapporti sessuali al di fuori del matrimonio e del concubinaggio sono severamente puniti, sia quelli tra un uomo e una donna che non siano uniti in matrimonio, sia quello tra due uomini<sup>16</sup>. Il termine *milk* indica proprio il diritto dell'uomo ad avere tali rapporti. I rapporti sessuali illeciti sono puniti con pena *hadd*, che consiste nella lapidazione, quando l'uomo e la donna siano sposati ed abbiano consumato il matrimonio, e in cento frustate per coloro che non sono sposati<sup>17</sup>; *"l'adultero e l'adultera siano puniti con cento colpi di*

---

<sup>13</sup>Per l'uomo, il vincolo matrimoniale non è neppure unico, per via della poligamia e del concubinaggio.

<sup>14</sup>"E uno dei suoi segni è che Egli v'ha create da voi stessi delle spose; acciòché riposiate con loro, e ha posto fra di voi compassione ed amore"; Cor. (30,21).

<sup>15</sup>"Iddio v'ha dato delle spose, donne nate fra voi, e dalle spose v'ha dato figli e nipoti"; Cor. (16,72).

<sup>16</sup>"..... E che i loro genitali custodiscono con tutte che non siano le loro spose e le loro schiave, in ciò non biasimevoli (Cor. 70,29-31); se alcune delle vostre donne avran commesso atti indecenti portate quattro vostri testimoni contro di loro, e se questi porteranno testimonianza del fatto, chiudetele in casa fin che le coglierà la morte o fin quando Dio apra loro una via" (Cor. 4,15). "E se due di voi commettano atti indecenti puniteli; ma se si pentono e migliorano la loro condotta lasciateli stare, chè Dio è perdonante benigno"; (Cor. 4,16).

<sup>17</sup>Cilardo Agostino, *Diritto di famiglia islamico*, op. cit., p.16. Vi sono anche alcuni casi in cui il fatto non è punito con una pena, ma mediante il pagamento di un dono nuziale o di un risarcimento; si tratta, per lo più, dei casi in cui l'atto sessuale illecito non è compiuto volontariamente, ma in buona fede, ad esempio quando l'uomo crede di stare legittimamente con la propria moglie o con la propria schiava; cfr. *Id.*, op. cit., pp.16-17.

*frustra ciascuno, né vi trattenga la compassione che provate per loro dall'eseguire la sentenza di Dio, se credete in Dio e nell'ultimo giorno; e un gruppo di credenti sia presente al castigo. L'adultero non potrà sposare che un'adultera o una pagana, e l'adultera non potrà esser sposata che da un adultero o da un pagano: il connubio con loro è proibito ai credenti" (Cor. 24, 2-3).*

E' proibito avere rapporti sessuali durante le ore diurne del mese di digiuno del Ramadan<sup>18</sup>, nonché se la donna è mestrata<sup>19</sup>.

Se un uomo sposa una donna durante il periodo di ritiro legale, ma non lo sa, si devono separare e l'uomo deve darle il dono nuziale se ha consumato il matrimonio; a sua volta la donna deve completare il ritiro legale del precedente marito e deve iniziare quello per il secondo marito. Se, invece, non ha consumato il matrimonio, non deve osservare il ritiro legale e nulla le deve l'uomo.

### **3. Gli effetti della consumazione ai fini della perfezione e validità del matrimonio.**

Sebbene, come già si è avuto modo di notare, il matrimonio islamico ha sostanzialmente natura di contratto consensuale, ne consegue che produrrà i suoi effetti dal momento in cui avviene lo scambio dei consensi nelle forme e nei modi determinati dalla legge<sup>20</sup>. La consumazione non è necessaria ai fini del perfezionamento del vincolo nuziale<sup>21</sup>; tuttavia, ciò, non significa che essa non assuma alcuna rilevanza;

---

<sup>18</sup>"V'è permesso, nelle notti del mese del digiuno, d'accostarvi alle vostre donne .... giacetevi pure con loro e desiderate liberamente quel che Dio vi ha concesso ..... fino a quell'ora dell'alba in cui potete distinguere un filo bianco da un filo nero, poi compite il digiuno fino alla notte e non giacetevi con le vostre donne" (Cor., 2, 187).

<sup>19</sup>"Ti domanderanno ancora delle mestruazioni. Rispondi: E' cosa immonda. Pertanto astenetevi dalle donne durante le mestruazioni e non avvicinatevi loro finché non si siano purificate, e quando si saranno purificate accostatevi a loro dalla parte che Dio v'ha comandato" (Cor., 2, 222).

<sup>20</sup>Santillana David, *Istituzioni di diritto musulmano malichita ...*, op.cit., p.226; Ziccardi Elisa, *Il matrimonio nelle confessioni religiose*, op.cit., p.325.

<sup>21</sup>Quindi, se per ipotesi, il marito morisse subito dopo la conclusione del contratto matrimoniale, la moglie sarà esente dall'obbligo di osservare il ritiro legale (*idda*), perché il matrimonio non è stato consumato, ma avrà diritto a ripetere metà di quanto è dovuto sul dono nuziale, se è stato determinato nel contratto, nonché concorrere all'eredità del marito. Soprattutto per la scuola *hanafita*, il matrimonio è valido e produce effetti giuridici anche senza la consumazione; cfr.

per altri riguardi, essa ha notevole importanza. Lo stesso Profeta Muhammad, esortava i suoi compagni a consumare il matrimonio in quella sorta di altruismo e disponibilità in modo che la casa e il letto fossero strumenti di grande confidenza e conforto, oltre che di soddisfazione<sup>22</sup>.

Anzitutto, si può notare come la consumazione è uno dei requisiti di capacità per contrarre validamente il matrimonio per entrambi i futuri sposi; questi ultimi devono essere abili a consumare il matrimonio. Si fa riferimento alla consumazione per determinare l'attribuzione di paternità al marito, nonché ove la donna avesse contratto contemporaneamente due matrimoni, si dà preferenza a quello consumato anche se successivo al primo<sup>23</sup>.

Inoltre la consumazione può essere legalmente presunta (*binà*) in alcuni casi: quando la donna è stata condotta nella casa del marito, ed entrambi i coniugi, in quanto abili all'atto sessuale, siano rimasti soli<sup>24</sup> e quando la donna abbia dimorato nel domicilio del marito per più di un anno<sup>25</sup>.

In caso di dubbio o di contestazione, prevale comunque la dichiarazione della sposa, sia in caso positivo, che negativo<sup>26</sup>. Se la donna afferma che il matrimonio è stato consumato, secondo l'opinione prevalente deve prestare giuramento<sup>27</sup>.

---

Cilardo Agostino, *Marriage: Islamic Law*, in *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Ed. Stanley N. Katz, 2009, Vol. IV, p. 165.

<sup>22</sup>Rodolfi Cinzia Aicha, *L'educazione sessuale nel matrimonio islamico*, in *La sessualità nell'Islam*, (a cura di Bouhdira Abdelwahab), Mondadori, Bologna, 2007.

<sup>23</sup>"Colui .... il cui acquisto ha una data anteriore, ha maggior diritto alla cosa venduta, salvo che il secondo compratore abbia ricevuto consegna della cosa ..... questo è come il caso in cui una donna è stata data in matrimonio da due wali a due persone diverse, ed una di queste consumi il matrimonio, senza sapere che la donna ha marito. Questo (cioè chi ha consumato le nozze) è preferito al primo marito"; cfr. Santillana David. *Istituzioni di diritto ...*, *op.cit.*, p.227.

<sup>24</sup>Come usava dirsi "sono state abbassate le portiere", in ricordo dell'antico costume arabo, dove una volta concluso il contratto matrimoniale, il marito conduceva la sposa nella sua tenda, lasciando cadere la portiera.

<sup>25</sup>Il Milliot sottolinea che riguardo agli altri riti la consumazione deve essere reale, e non basta a presumerla il fatto che la moglie abbia soggiornato per un anno nel domicilio del marito; Milliot Louis, *Introduction a l'étude du droit musulman*, II ed. a cura di P.F.Blanc, Paris, 1987, pp.295-296.

<sup>26</sup>Ziccardi Elisa, *Il matrimonio nelle confessioni religiose ....*, *op.cit.*, p.326.

<sup>27</sup>Santillana David., *Istituzioni di diritto ...*, *op.cit.*, p.228.

Se entrambi i coniugi concordemente affermano che non c'è stata consumazione, la moglie, in ogni caso, non è esentata dall'osservanza del periodo di ritiro legale (*iddah*)<sup>28</sup>, e ciò non basta ad escludere la paternità del marito, qualora il parto avvenga entro sei mesi dallo scioglimento del matrimonio. Basta, infatti, che i due sposi siano rimasti soli (*halwah*) per ritenere consumato il matrimonio, anche se entrambi escludano che sia avvenuta la consumazione.

Qualora, gli sposi, benchè rimasti soli, escludano di comune accordo che sia avvenuto il contatto sessuale (*masis*), l'effetto di questa dichiarazione sarà che la sposa potrà ripetere solo la metà del dono nuziale (*mahr*), e sarà esclusa la vocazione ereditaria tra i coniugi<sup>29</sup>.

### **3.1 Gli effetti della consumazione sul dono nuziale.**

Il dono nuziale (*mahr*)<sup>30</sup> è dovuto dall'uomo alla donna, quando ha avuto un rapporto sessuale con lei, sia in presenza di un matrimonio valido o contratto in buona fede, sia a seguito di un matrimonio invalido, quando gli sposi si siano appartati in intimità privata, ovvero a seguito della morte di uno dei coniugi<sup>31</sup>. Esso costituisce il tratto distintivo di una relazione lecita rispetto ad un atto sessuale libero ed illegale<sup>32</sup>. Il dono nuziale è pagato alla moglie all'atto di un contratto valido e diventa di sua esclusiva proprietà; il marito, infatti, non può avere rapporti sessuali con la moglie se non le ha dato il dono nuziale; tuttavia, una parte può essere versata subito, ed il restante entro un termine fissato. Questo residuo costituisce un vero e proprio credito a termine (*kali*) della moglie verso il marito, il termine deve essere indicato nel contratto matrimoniale<sup>33</sup>, pena la

---

<sup>28</sup>Il ritiro rappresenta una prescrizione di diritto pubblico, in quanto ha lo scopo di evitare la *confusio sanguinis*.

<sup>29</sup>Santillana David., *Istituzioni di diritto ...*, op.cit., p.228.

<sup>30</sup>Il termine *mahr* spesso nei testi degli autori giuridici occidentali viene tradotto con il termine dote, il quale però rimanda inevitabilmente all'istituto occidentale di dote inteso come complesso di beni che la moglie portava al marito in occasione del matrimonio, di cui invece è l'esatto opposto; cfr. D'Arienzo Maria, *Matrimonio e famiglia nell'Islam e in Italia. Problemi giuridici, in Unioni di fatto e fattore religioso* (a cura di A. Fuccillo), Giappichelli, Torino, 2007, p.109.

<sup>31</sup>Cilardo Agostino, *Diritto di famiglia islamico ...*, cit., p.32.

<sup>32</sup>Cilardo Agostino, *Diritto di famiglia islamico ...*, cit., p.32.

<sup>33</sup>Il dono nuziale deve essere determinato nel contratto matrimoniale, tutto ciò che comporta incertezza nella sua valutazione rende il contratto nullo.

rescindibilità dello stesso fino all'avvenuta consumazione, nel qual caso il giudice fisserà un termine per il pagamento<sup>34</sup>. Se il *mahr*, invece, può essere versato subito dopo le nozze, la donna può rifiutarsi di consumare il matrimonio fin quando non le venga corrisposta la dote; qualora, però, volesse avere rapporti con il marito, prima di accettare il dono nuziale, non potrà rifiutarsi in seguito, pur potendo richiedere l'ammontare stabilito<sup>35</sup>.

Le scuole sunnite hanno opinioni differenti circa gli effetti derivanti dalla consumazione o meno del matrimonio<sup>36</sup>. Per gli Hanafiti, quando il matrimonio è stato consumato, la moglie ha diritto al *mahr al-mitl*, tuttavia se la donna è ripudiata prima della consumazione ha diritto al dono consolatorio (*mut'a*).

I Malikiti, invece, hanno una visione differente riguardo alla consumazione del matrimonio; ritengono che la donna ha diritto al *mahr al-mitl* dopo la consumazione, purché i coniugi siano maggiorenni, e la donna sia idonea a consumare il matrimonio, altrimenti non avrà diritto al dono nuziale dopo la consumazione. Inoltre, la donna avrà diritto al dono nuziale, se questo è stato fissato, e resti vedova o venga ripudiata prima della consumazione.

Secondo la scuola Shafita, se il curatore da in sposa una donna fissando il dono nuziale, la donna ne avrà diritto, mentre se non è stato fissato avrà diritto al *mahr al-mitl* dopo la consumazione o la morte del marito. Tuttavia, se il marito muore prima che fosse stato fissato il dono nuziale, la donna avrà diritto sia al *mahr al-mitl* che alla *mut'a*, in quanto la morte viene assimilata alla consumazione in riferimento all'obbligo di pagare il *mahr*, sia esso fissato o no.

Per gli Hanbaliti, il dono nuziale deve essere fissato al momento della conclusione del contratto matrimoniale, ma esso è dovuto solo se c'è stata consumazione.

---

<sup>34</sup>Santillana David, *Istituzioni di diritto ...*, op.cit., p.220; D'Antonio Alessandra, *Il matrimonio nell'Islam*, cit., p.247. Per gli hanafiti, invece, laddove il *mahr* sia versato interamente la prima notte delle nozze, la donna ha diritto di reclamarlo quella stessa notte e, se non lo richiada, esso dovrà essere pagato in seguito senza dilazioni su sua richiesta.

<sup>35</sup>D'Antonio Alessandra, *Il matrimonio nell'Islam*, cit., p.248.

<sup>36</sup>Per le opinioni sulle differenti scuole si veda: Cilaro Agostino, *Diritto di famiglia islamico ...*, cit., pp.35-36; *Id.*, *Marriage: Islamic law*, cit., p.165.

Ci soffermeremo in seguito più approfonditamente sugli aspetti del *mahr* in caso di matrimonio nullo o sciolto.

### **3.2 Gli effetti della consumazione rispetto all'obbligo di mantenimento della moglie e rispetto ai figli.**

Sebbene permanga nella concezione del matrimonio islamico, l'idea che in virtù del contratto, la donna deve concedersi al marito, ed il marito è in diritto di esigerlo in virtù del potere (*ismah*) che egli ha sulla donna, pena la perdita degli alimenti, nonché la risoluzione del vincolo a richiesta del marito<sup>37</sup>. Ma al marito competono altrettanti doveri: giuridicamente il principale dovere del marito è, oltre quello del pagamento del dono nuziale, anche quello di provvedere al mantenimento (*nafaqah*) della moglie<sup>38</sup>. Esso è considerato quale corrispettivo dei diritti che al marito spettano sulla moglie; per tal motivo comincia a decorrere solo dalla consumazione effettiva o presunta del matrimonio, ossia proprio dal momento in cui il marito ha potuto esercitare i diritti coniugali senza ostacolo da parte della moglie<sup>39</sup>. L'obbligo del mantenimento comprende l'alloggio, il vitto e il vestiario.

Differenti sono le posizioni tra le diverse scuole giuridiche per quanto riguarda le condizioni che rendono obbligatorio il mantenimento della moglie; per la scuola Hanafita esso è dovuto solo se in presenza di un valido contratto la moglie sia idonea ad avere rapporti sessuali, si conceda al marito, non abbia abiurato all'Islam e non si trovi nel periodo di ritiro legale. I Malichiti, invece, fanno due distinte ipotesi: prima della consumazione, la moglie o il suo *walì* invitano il marito a consumare il matrimonio, se manca l'invito non nasce il diritto al mantenimento, entrambi devono essere abili all'atto sessuale e non gravemente malati. Se è avvenuta la consumazione, il marito è tenuto al mantenimento in ogni caso, anche se la moglie non è in grado di avere rapporti sessuali. La scuola Sciafita ritiene che il diritto al mantenimento sorge quando la

---

<sup>37</sup>Santillana David, *Istituzioni di diritto* ...., *op.cit.*, p.230.

<sup>38</sup>O delle mogli in caso di matrimonio poligamico.

<sup>39</sup>Santillana David, *Istituzioni di diritto* ...., *op.cit.*, p.233.

moglie è in grado di concedersi al marito, quindi non si rifiuti di avere rapporti sessuali, proprio perché il mantenimento rappresenta la conseguenza della consumazione. Anche per gli Hanbaliti, la moglie deve essere in grado di consumare il matrimonio, quindi avere un'età tale da essere in grado di avere rapporti sessuali, generalmente nove anni, e non deve essere ribelle<sup>40</sup>.

Se il marito non ottempera a tale obbligo, la moglie può prelevare dai beni di lui quanto è sufficiente per i bisogni suoi e dei figli.

Per quanto riguarda gli effetti della consumazione rispetto ai figli, nel diritto islamico il figlio è di diritto attribuito al padre; in particolare è considerato tale il figlio nato dopo sei mesi dalla consumazione effettiva o presunta del matrimonio<sup>41</sup>. Il termine di sei mesi è considerato il termine minimo per la gestazione; pertanto, il bambino nato prima di quel termine non è attribuito al marito. La presunzione di paternità è assoluta, per gli Hanafiti, Malichiti e Sciafiti, anche se il matrimonio non è stato consumato, a meno che non si sia avuta alcuna possibilità di contatto sessuale tra gli sposi<sup>42</sup>, ovvero alla data del concepimento se il marito era impubere o eunuco, e se alla data del concepimento i coniugi erano separati in modo da non poter avere alcun congiungimento tra loro<sup>43</sup>.

Invece, quando è avvenuta o è legalmente presunta la consumazione, la paternità del bambino è di diritto attribuita al marito, salvo che egli adduca un giusto motivo per disconoscere la paternità.

#### **4. Questioni circa il problema della contraccezione nel diritto islamico.**

Le prescrizioni in materia di rapporti sessuali dettate dal Corano, inducono ad affrontare la problematica riguardante le modalità in cui può

---

<sup>40</sup>Cilardo Agostino, *Diritto di famiglia islamico...., cit.*, pp.37-39.

<sup>41</sup>Eccezion fatta per la scuola sciafita, per la quale si considera la data del contratto.

<sup>42</sup>Ad esempio quando un uomo contrae il matrimonio dinanzi ad un giudice e subito dopo ripudi la moglie o muoia di colpo.

<sup>43</sup>Cilardo Agostino, *Family and Kinship in Islamic Law*, in *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Ed. Stanley N. Katz, 2009, Vol. III, pp. 36-39.

avvenire la consumazione dell'atto sessuale tra i coniugi; in particolare, risulta interessante analizzare se nel diritto islamico è ammissibile la possibilità di porre in essere un atto sessuale mediante pratiche contraccettive, e se la pratica di queste ultime ha degli effetti giuridici.

In realtà dall'analisi delle fonti, sembrerebbe che già ai tempi del Profeta Muhammad fosse praticato il *coitus interruptus*; ad onore del vero il Corano non affronta esplicitamente il tema, ma diversi riferimenti provengono dagli *ahadith* (detti) del Profeta, che tollerano o consentono tale pratica<sup>44</sup>. “Se questo fosse qualcosa da vietare, il Corano l'avrebbe vietato”<sup>45</sup> afferma il Profeta, ed ancora ad un uomo preoccupato che la propria schiava rimanesse incinta rispose: “pratica con lei il *coitus interruptus* se lo desideri, perché essa riceverà ciò che le è stato predestinato”<sup>46</sup>.

Dal complesso dei detti del Profeta emerge, dunque, la non illiceità delle pratiche contraccettive, purchè però si agisca entro i limiti stabiliti dalla *Shari'a*, ossia tra persone legalmente sposate. Si tratta di strumenti non vietati, che possono essere addirittura interpretati come segni dell'azione di Dio<sup>47</sup>.

Il giurista shafita *al-Ghazali* considera il *coitus interruptus* come una pratica *makruh*, cioè permessa, ma anche biasimevole, allo stesso modo di quando un musulmano siede in una moschea ma non prega<sup>48</sup>. In particolare il ricorso al coito interrotto sarebbe lecito soprattutto in due casi: quando si tratta di preservare la bellezza e la salute della donna dai danni che potrebbe provocare la gravidanza, e quando una prole numerosa

---

<sup>44</sup>Alcuni di questi *ahadith* sono contenuti in raccolte giuridicamente molto autorevoli come quelle di Bukhari e Muslim. Anzi proprio Muslim aggiunge che il Profeta venuto a conoscenza del fatto non lo vietò; cfr. Atighetchi Dariusch, *L'inizio della vita nel diritto islamico*, in *Intorno alla vita che nasce. Diritto ebraico, canonico e islamico a confronto*, Giappichelli, Torino, 2013, p.201.

<sup>45</sup>*Glossary of Hadiths*, in *Islam and Family Planning: A Faithful Translation of the Arabic Edition of the Proceedings of the International Islamic Conference held in Rabat*, International Planned Parenthood Federation, Beirut, 1971, p.557.

<sup>46</sup>*Glossary of Hadiths*, cit., p.551. Sempre dalle parole del Profeta: “Anche se tu versi su una roccia del seme dal quale doveva nascere un bimbo, Dio genererà quel bimbo dalla roccia”; *op.ult.cit.*, p.544.

<sup>47</sup>In altre parole, il *coitus interruptus* riesce solo se Dio vuole; Atighetchi Dariusch, *Demografia e sviluppo*, *op. cit.*, p.202.

<sup>48</sup>L'opera più importante di al-Ghazali è *La Vivificazione delle scienze della fede*, in cui il giurista nel primo paragrafo elenca una pentapartizione degli atti umani nel diritto musulmano.

porterebbe i genitori ad uno stato di povertà tale da costringerli a compiere atti illeciti<sup>49</sup>.

Tuttavia, non sono mancate opinioni contrarie alle pratiche di utilizzo degli strumenti contraccettivi; infatti, poiché il coito interrotto è contrario ad uno degli scopi fondamentali del matrimonio, ossia la procreazione che serve ad incrementare il numero dei credenti<sup>50</sup>, le scuole giuridiche hanno espresso differenti concezioni circa la necessità o meno del consenso della donna<sup>51</sup>.

Per gli Hanafiti, è necessario il consenso della moglie, anche se vi potrebbero essere casi particolari, come lo stato di indigenza e di povertà, che permetterebbero di ignorare il consenso della donna. Anche per i Malichiti, è necessario il previo consenso. Per gli Shafiti, invece, non è necessario il consenso, pur se vi sono posizioni minoritarie che richiedono in alcuni casi la necessità di quest'ultimo o la possibilità di ignorarlo<sup>52</sup>. Per la maggior parte degli Hanbaliti, il permesso della moglie può essere ignorato in alcuni contesti, come quando ci si trovi in un territorio nemico.

Il dibattito attuale oscilla tra giuristi favorevoli o non alla contraccezione; in effetti anche tra coloro che appellandosi agli scopi fondamentali del matrimonio si pronunciano contro la contraccezione<sup>53</sup>, finiscono per consentirla in alcuni casi particolari. A questo si unisce il

---

<sup>49</sup>Anche il Corano esorta a non uccidere i figli per timore di cadere nella miseria, poiché si commetterebbe un grande peccato (Cor., 6,151, e 17,31). Questi passi sono, talvolta, stati intesi come prove dell'opposizione del Testo Sacro alla contraccezione, mentre in realtà l'interpretazione prevalente si riferisce al divieto dell'infanticidio. In ogni caso è fondamentale evidenziare come il Corano non vieti esplicitamente la contraccezione. Al tempo di Ghazali, pare che la maggior parte della gente praticasse il *coitus interruptus* soprattutto per motivi economici legati ad una prole numerosa.

<sup>50</sup>La *Shariah* incoraggia ad avere molti figli. Essa considera la procreazione come un grande dono che Dio concede ai suoi servi.

<sup>51</sup>Atighetchi Dariusch, *Demografia e sviluppo*, op. cit., p.204. Un *hadith* del Profeta richiede la necessità del consenso della donna per praticare il *coitus interruptus*; cfr. *Glossary of Hadiths*, cit., p.538.

<sup>52</sup>Particolare, è all'interno della scuola *shafita* la posizione di Ibn Hajar al-Ashqalani, secondo il quale la donna ha diritto al rapporto sessuale ma non all'ejaculazione, quindi il coito interrotto sarebbe lecito al prescindere dal suo consenso; cfr. Atighetchi Dariusch, *Demografia e sviluppo*, op. cit., p.204.

<sup>53</sup>Radicale è la posizione del giurista pakistano Maududi il quale nel commentare il passo del Corano 2,223, ricorda che la moglie è un campo che l'uomo deve coltivare per generare figli: senza questo scopo l'unione coniugale rimane priva di senso.

problema demografico, dovuto al fatto che oggi la maggior parte dei musulmani si trova in paesi non arabi<sup>54</sup>.

## 5. Gli effetti della consumazione sull'invalidità del matrimonio.

Anche nel diritto musulmano, è possibile operare la distinzione tra nullità e scioglimento del matrimonio; tuttavia, a differenza del diritto canonico, tale distinzione non ha la stessa importanza, in quanto nel diritto musulmano il matrimonio non acquisisce con la consumazione il carattere dell'assoluta indissolubilità. Motivo per cui la distinzione tra la nullità e lo scioglimento risulta molto più sfumata<sup>55</sup>. Ancora più errato, sarebbe far traslare le classificazioni tipiche del diritto occidentale nello studio di questo fenomeno. Infatti, il diritto musulmano conosce solo della differenza tra nullità assoluta e relativa, ma non anche dell'annullabilità e del matrimonio inesistente<sup>56</sup>.

I giuristi delle varie scuole distinguono due tipi di invalidità in relazione ai contratti: il contratto *batil*, che è quello viziato nella sua essenza ed è del tutto privo di effetti, ed il contratto *fasid* che produce parzialmente gli effetti di quest'ultimo<sup>57</sup>; dunque, rientrerebbe per lo più nella categoria dell'annullabilità.

Per quanto riguarda il matrimonio, invece, i giuristi ritengono che tale distinzione non abbia ragion d'essere, anche se scendendo nei dettagli vi siano delle circostanze che ne permettano la distinzione<sup>58</sup>.

In caso di nullità assoluta del matrimonio (*batil*), quest'ultimo non ha alcuna possibilità di sanatoria, ed il giudice non potrà che constatarne la

---

<sup>54</sup>Atighetchi Dariusch, *Demografia e sviluppo*, op. cit., p.217.

<sup>55</sup>Abagnara Vincenzo, *Il matrimonio nell'Islam*, op.cit., p.57.

<sup>56</sup>Qualche autore, però, riconosce la possibilità di un matrimonio inesistente, come quello contratto per scherzo; cfr., Caputo Giuseppe, *Introduzione al diritto islamico*, Giappichelli, Torino, 1997, p.133 (nota128).

<sup>57</sup>Il diritto islamico distingue la nullità dall'annullabilità. Per la prima viene usato il termine *batil*, mentre per la seconda il termine *fasid*. Tuttavia, i due termini non hanno sempre una chiara distinzione all'interno delle scuole giuridiche. Infatti, presso gli Hanafiti *batil* ha significato di nullo, per cui un matrimonio *batil* non richiederebbe neppure una dichiarazione giudiziale. Si veda Praeder Joseph, *Il matrimonio nel mondo*, Cedam, Padova, 1986.

<sup>58</sup>Abagnara Vincenzo, *Il matrimonio nell'Islam*, op.cit., p.58. Secondo l'autore se il contratto è nullo, è quello che non è sano per sua natura, il o contratto imperfetto viziato è quello che, sano per sua natura, ha cessato di esserlo per l'effetto di una circostanza esterna al fondamento stesso dell'atto giuridico.

nullità per far sì che l'unione coniugale si sciolga<sup>59</sup>. Infatti, è sufficiente la dichiarazione del giudice, anche se il matrimonio sia stato consumato o meno; né sarà necessario il ripudio<sup>60</sup>. A seguito del matrimonio tacciato di nullità, il giudice dovrà anche constatare se vi sia stata o meno consumazione, soprattutto ai fini del diritto della moglie a percepire il versamento della dote. Anzitutto, se non c'è stata consumazione, la donna non sarà tenuta ad osservare il periodo di ritiro legale ed inoltre, sempre in caso di mancata consumazione, non vi è impedimento al matrimonio tra un congiunto e i parenti dell'altro coniuge.

Ma la consumazione rileva i suoi effetti soprattutto nei confronti della dote. Se il matrimonio è stato consumato e la dote è stata determinata, la moglie ha diritto alla totalità della stessa, mentre se non è stata determinata, ne ha diritto alla metà<sup>61</sup>.

In caso di non consumazione, la moglie ha diritto alla metà se la dote è stata determinata; se non è stata determinata nulla potrà chiedere o ottenere, ma avrà diritto soltanto al dono di parità o di equivalenza<sup>62</sup>.

La consumazione assume rilievo anche in altre circostanze in cui vi è un matrimonio invalido, come quando una donna già maritata con un matrimonio non ancora consumato, sposi un altro uomo e questi in buona fede consumi il matrimonio; in questo caso sarà valido questo matrimonio ed il precedente sarà dichiarato nullo<sup>63</sup>.

La consumazione è anche lo strumento che permette di sanare le situazioni di un matrimonio irregolare. Infatti, la solidità che manca a quest'ultimo viene completata dalla consumazione<sup>64</sup>; essa diventa un canale possibile di sanatoria di un matrimonio viziato, qualora quest'ultimo fosse sanabile.

---

<sup>59</sup>Ziccardi Elisa, *Il matrimonio nelle confessioni religiose*, op.cit., p.328. La nullità assoluta di un matrimonio si ha nell'ipotesi di esistenza di un impedimento come l'età, la parentela naturale, l'allattamento, l'incapacità di uno dei coniugi a contrarre matrimonio, nel caso di matrimonio contratto a tempo o con una donna che si trova nel periodo di ritiro legale.

<sup>60</sup>Cilardo Agostino, *Marriage: Islamic Law*, cit., p.167.

<sup>61</sup>Abagnara Vincenzo, *Il matrimonio nell'Islam*, op.cit., p.62.

<sup>62</sup>Abagnara Vincenzo, *Il matrimonio nell'Islam*, op.cit., p.62.

<sup>63</sup>Sul matrimonio *batil*, la legge ottomana del 1917 è molto più rigorosa, perché all'art.75 sottolinea che "il matrimonio *batil* che sia stato consumato o no, è privato di ogni effetto".

<sup>64</sup>Abagnara Vincenzo, *Il matrimonio nell'Islam*, op.cit., p.59.

I casi di matrimonio *fasid* sono i più ricorrenti, tanto che risulta difficile farne un'enucleazione completa<sup>65</sup>. Anche in questi casi bisogna verificare se vi è stata o meno consumazione. Se non vi è stata consumazione, la donna non deve effettuare il periodo di ritiro legale, la dote non è dovuta, e i doni fatti dal marito in vista del matrimonio devono essere restituiti se l'oggetto esiste ancora.

Se c'è stata consumazione, invece, l'irregolarità viene ad essere sanata, la dote se è illecita dovrà essere restituita, se è stata ricevuta in parte o nella totalità, fermo restando che la moglie avrà comunque diritto al dono di parità<sup>66</sup>. In questi casi il vincolo coniugale viene meno sia attraverso una dichiarazione giudiziale, sia a richiesta delle parti.

## **6. Consumazione e scioglimento del matrimonio: il ripudio.**

Anche nel diritto islamico, possono verificarsi delle circostanze successive alla costituzione del vincolo coniugale, che incidendo sul rapporto, ne determinano la risoluzione<sup>67</sup>. Si tratta di mezzi diretti ad ottenere lo scioglimento del matrimonio validamente concluso. Tali mezzi travolgono il rapporto matrimoniale e trovano normalmente origine nel deteriorarsi delle relazioni tra i coniugi<sup>68</sup>; infatti il marito può porre facilmente fine al matrimonio attraverso la dichiarazione di ripudio.

Il fatto che vi sia un'ampia previsione di casi attraverso i quali si può giungere allo scioglimento, è indice della profonda differenza che esiste tra il diritto islamico e gli altri ordinamenti giuridici, anche confessionali, tra cui il diritto canonico. Nel diritto islamico lo scioglimento costituisce la regola, ed il legislatore è intervenuto per

---

<sup>65</sup> I casi più frequenti sono quelli in cui il matrimonio è concluso senza la presenza del *wali*, quando il contratto contiene delle clausole contrarie all'essenza del matrimonio, quando la dote è inferiore a tre dracme, o la dote non è reale, o quando è stato imposto il silenzio ai testimoni.

<sup>66</sup> Abagnara Vincenzo, *Il matrimonio nell'Islam*, op.cit., p.66.

<sup>67</sup> Abagnara Vincenzo, *Il matrimonio nell'Islam*, op.cit., p.73.

<sup>68</sup> Pecoz Roberta Aluffi Beck, *Il matrimonio nel diritto islamico. Diritto canonico, ebraico ed islamico*, a cura di Silvio Ferrari, Giappichelli, Torino, 2006, p.213.

regolarne le modalità di esercizio di tale diritto, in modo da renderlo meno arbitrario possibile<sup>69</sup>.

Il ripudio è un modo volontario ed unilaterale di scioglimento del matrimonio. Esso è un privilegio dell'uomo riconosciuto dal Corano secondo l'esempio delle Genti del Libro. Il ripudio rappresenta un diritto degli uomini<sup>70</sup>.

Il termine che designa il ripudio è *talaq*, termine che in realtà si riferisce a diverse modalità di scioglimento del matrimonio, non solo alla dichiarazione unilaterale del marito, ma anche allo scioglimento risultante da un accordo tra i coniugi e quello proveniente da sentenza<sup>71</sup>.

Qualche autore ha notato come possa sembrare singolare il fatto che un matrimonio, previsto dal diritto islamico come contratto consensuale, sia sciolto da una delle parti senza il consenso dell'altra<sup>72</sup>. La ragione consiste nel fatto che il matrimonio fondandosi principalmente sull'*affectio maritalis*, cioè sulla volontà che le parti hanno di costituire tra loro una convivenza permanente, quando tale volontà viene meno da parte di chi può disporre del vincolo, per il legislatore non avrebbe più senso costringerlo a perseverarlo in una comunione di vita in cui manchi l'elemento più importante<sup>73</sup>. Infatti, attraverso l'esercizio del diritto di ripudio, viene meno la volontà di colui che dispone della potestà maritale, rinunciando ai diritti di cui gode in virtù del contratto nuziale. Di conseguenza, se il matrimonio è il contratto che rende legittimi i rapporti

---

<sup>69</sup>Abagnara Vincenzo, *Il matrimonio nell'Islam*, *op.cit.*, p.74. Oggi, anche al fine di ridurre quanto più è possibile il carattere immotivato del ripudio, è dato al giudice il potere di indagare sui motivi per cui il marito dà ripudio e rendere lo scioglimento per lui più oneroso, se la sua decisione è arbitraria, non giustificata dal comportamento della donna. Inoltre, non tutti i legislatori sono stati particolarmente solleciti nel riformare il ripudio; particolarmente restii si sono mostrati il Sudan, il Kuwait e lo Yemen.

<sup>70</sup>Cilardo Agostino, *Modi di scioglimento del matrimonio*, in Cilardo Agostino-Mennillo Francesco, *Due sistemi a confronto. La famiglia nell'Islam e nel diritto canonico*, Cedam, Padova, 2009, p.60, nota 2.

<sup>71</sup>Abagnara Vincenzo, *Il matrimonio nell'Islam*, *op.cit.*, p.93. Lo stesso autore nota come la spiegazione di questa anomalia è data dalla storia. Se è vero, infatti, che Maometto ha cercato di attenuare la supremazia del marito, prevedendo accanto al ripudio unilaterale da parte di quest'ultimo anche il mutuo accordo tra i coniugi o la possibilità di richiesta di divorzio al giudice da parte della donna, nella prassi dell'Islam ha finito col prevalere, contro lo stesso dato scritturario, l'antica tradizione patriarcale; Id., *op.cit.*, p.93.

<sup>72</sup>Santillana David, *Istituzioni di diritto musulmano* ..., *op.cit.*, p.253.

<sup>73</sup>Santillana David, *Istituzioni di diritto musulmano* ..., *op.cit.*, p.254.

tra due soggetti di sesso diverso, il ripudio è l'atto contrario, ossia è ciò che rende non più leciti tali rapporti<sup>74</sup>. Il ripudio risulta essere proibito quando avrebbe come conseguenza un atto sessuale illecito con la moglie o con un'estranea<sup>75</sup>, e deve essere pronunciato durante il periodo di purità della donna, quando è cessato il periodo mestruale.

Il Corano pone, tuttavia, un limite al potere del marito di dare ripudio. Quest'ultimo può essere revocabile dopo la prima e la seconda volta per tutta la durata del periodo di ritiro legale<sup>76</sup>: *"il ripudio vi è concesso due volte: poi o dovete ritenerle con gentilezza presso di voi, o rimandarla con dolcezza..... Questi sono i termini di Dio: non oltrepassateli, che quelli che oltrepassano i termini di Dio sono gli empi"*<sup>77</sup>. Mentre dopo il terzo ripudio l'uomo non può più tornare sulla propria decisione e riprendere la propria moglie prima dello scadere del periodo di ritiro legale, né può dopo tale momento risposare la propria moglie che gli diventa proibita<sup>78</sup>. E', però, consentito al marito che ha ripudiato la propria moglie per tre volte, risposarsi con quest'ultima nell'ipotesi in cui l'ex moglie si sia risposata con un altro uomo, abbia consumato il matrimonio e sia stata da questi ripudiata irrevocabilmente o abbia divorziato<sup>79</sup>. Questa possibilità ruota intorno alla figura del *muhallil*, cioè di colui che scioglie da un vincolo, vale a dire dell'uomo che si presta a rendere nuovamente lecito il vincolo coniugale fra il primo marito e la donna ripudiata tre volte, sposandola e poi ripudiandola. La maggior parte

---

<sup>74</sup>Santillana David, *Istituzioni di diritto musulmano .....*, op.cit., p.256.

<sup>75</sup>Vi sono ovviamente delle condizioni affinché il ripudio possa essere esercitato lecitamente; deve essere pronunciato dal marito nei confronti della moglie, deve esservi l'intenzione di ripudiare, per cui non sarebbe valido un ripudio pronunciato in uno stato d'ira, sotto costrizione o in stato di ebbrezza mentale, e la forma del ripudio, ossia mediante il pronunciamento di espressioni che indichino in modo diretto o indiretto lo scioglimento del matrimonio.

<sup>76</sup>Corano, 2, 228: *"quanto alle divorziate, attendano, prima di maritarsi, per tre periodi mestruali. E non è loro lecito nascondere quel che Iddio ha creato nel loro ventre, se esse credono in Dio e nell'ultimo giorno. Chè è più giusto che i loro mariti le riprendano quando si trovano in questo stato se vogliono rappacificarsi"*.

<sup>77</sup>Corano, 2, 229.

<sup>78</sup>*"Dunque se uno ripudia per la terza volta la moglie essa non potrà più lecitamente tornare da lui se non sposa prima un altro marito; il quale se a sua volta la divorzia, non sarà peccato se i due coniugi si ricongiungano, se pensano di poter osservare le leggi di Dio. Questi sono i termini di Dio che egli dichiara a uomini che comprendono"* (Cor., 2,230).

<sup>79</sup>*"Hai forse intenzione di tornare da Rifa'a? No, non si può, finché tu non abbia gustato il suo miele e lui non abbia gustato il tuo"* (Al-Buha'ri, k.al-talaq, ba' b, 7,32).

della dottrina sottolinea come questa figura possa presentarsi quale mezzo per eludere l'applicazione di norme imperative, come le prescrizioni della Legge coranica in tema di consumazione del matrimonio; infatti, sebbene sia previsto che il nuovo matrimonio debba essere consumato, nella prassi possono verificarsi accordi fra i coniugi e il *muhallil* per un matrimonio in bianco ed il successivo ripudio della sposa<sup>80</sup>.

Più specificamente in riferimento alla consumazione, è possibile che il ripudio sia pronunciato prima o dopo la consumazione. Il Corano, infatti, garantisce in ogni caso alcuni diritti alla donna ripudiata<sup>81</sup>. Se il marito ripudia la moglie prima della consumazione, essa ha diritto solo alla metà del dono nuziale<sup>82</sup> e non sarà tenuta ad osservare il periodo di ritiro legale; se è vergine sarà il padre della sposa a restituire al marito la metà dell'intero dono già ricevuto. Quando il marito ripudia la moglie, le può dare un dono consolatorio (*mut'a*), tranne nel caso in cui sia stato fissato il dono nuziale, soprattutto se non vi sia stata consumazione del matrimonio. La *mut'a* rappresenta proprio il dono fatto alla donna ripudiata per consolarla del dolore di ciò che le ha procurato. *“Non v'è nulla di male se ripudierete le donne prima di averle toccate o prima di aver loro fissato una dote; ma assegnate loro mezzi per vivere, ricchi o poveri ciascuno secondo le sue possibilità, in modo umano; è un dovere, questo, per chi è benefico”*<sup>83</sup>. Il dono consolatorio spetta sempre alla moglie ripudiata, se però il ripudio dipende dal marito; se, invece, il ripudio dipende da lei non ha diritto né al dono consolatorio, né al dono nuziale. Anche tra le scuole giuridiche vi è divergenza riguardo all'obbligatorietà o meno del dono di consolazione; i legislatori statali spesso impongono il dono di consolazione obbligatorio, soprattutto quando il ripudio sia abusivo o immotivato, o addirittura prevedendolo

---

<sup>80</sup>Ziccardi Elisa, *Il matrimonio nelle confessioni religiose*, op. cit., p. 346.

<sup>81</sup>*“Non v'è nulla di male se ripudierete le donne prima di averle toccate o prima di aver loro fissato una dote; ma assegnate loro mezzi per vivere, ricchi o poveri ciascuno secondo le sue possibilità, in modo umano; è un dovere, questo per chi è benefico.”* (Cor. 2, 236-237).

<sup>82</sup>*“E se le ripudierete prima di averle toccate, ma avete loro già fissato una dote, una metà di questa resterà a loro, a meno che non vi rinuncino, o non vi rinunci colui che ha in mano il vincolo del matrimonio. Ma è più vicino al timor di Dio che rinunciate voi. Non dimenticatevi la generosità, nei rapporti tra voi, ché Dio osserva ciò che voi fate”* (Cor., 2, 237).

<sup>83</sup>Corano, 2, 236.

direttamente a prescindere dall'arbitrarietà o meno del ripudio, allo scopo di disincentivare questo modo di scioglimento del matrimonio<sup>84</sup>.

### 6.1. L'Īla'.

Una forma alternativa tra l'espiazione e lo scioglimento è costituita dalla *ila*, ossia dal giuramento da parte del marito di astenersi dai rapporti sessuali con la moglie. Mentre nell'Arabia pagana, tale pratica non aveva un limite temporale, in quanto serviva a rendere la donna proibita perpetuamente, nell'Islam il giuramento di astinenza sospende il matrimonio. Il Corano, infatti, fissa un limite temporale di quattro mesi<sup>85</sup>, trascorso il quale, il marito è costretto dal giudice, su richiesta della moglie, a ripensarci o a pronunciare il ripudio. Questo giuramento produce il ripudio quando il marito è musulmano, pubere e sano di mente ed abile all'atto sessuale. Il giuramento non produce ripudio se è ristretto ad un tempo limitato, poiché in questo caso si presume che abbia scopo religioso, se è diretto ad una moglie che allatta, se è proferito da un malato, e se è diretto ad una moglie impubere o emesso da un soggetto impotente, eunuco o decrepito<sup>86</sup>. Il giuramento può essere anche tacito e risultare dal fatto di astenersi dai rapporti coniugali per più di quattro mesi, senza giusto impedimento da parte del marito<sup>87</sup>. Se si riprende la vita coniugale, il marito a causa della rottura del giuramento, dovrà fare un'espiazione (*kaffara*) dopo la consumazione<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup>Pecoz Roberta Aluffi Beck, *Il matrimonio nel diritto islamico*, op.cit., p.229-230. L'autorità giudiziaria può però, imporre tale prestazione, pure nell'ipotesi di matrimonio consumato, se il ripudio è stato arbitrario o senza ragione; cfr., Ferrari Silvio, *Post-fazione*, in *Il Matrimonio. Diritto canonico, ebraico ed islamico*, op.cit., p.252.

<sup>85</sup>“A coloro che giurano di separarsi dalle loro mogli è imposta un'attesa di quattro mesi. Se tornano sul loro proposito, ebbene Dio è indulgente e perdona, - e se poi saran confermati nella loro decisione di divorziarle, Iddio ascolta e conosce” (Cor., 2,226-227).

<sup>86</sup>Santillana David, *Istituzioni di diritto musulmano malichita ...*, op.cit., p.268.

<sup>87</sup>Santillana David, *Istituzioni di diritto musulmano malichita ...*, op.cit., p.267.

<sup>88</sup>Cilardo Agostino, *Modi di scioglimento del matrimonio*, cit., p.69. L'espiazione consiste o nell'emancipare uno schiavo musulmano, nel digiuno per due mesi consecutivi, se non può digiunare nella distribuzione di cento *mudd* di grano o altro alimento a sessanta poveri liberi e musulmani.

## 6.2. Il *Zihār*.

Un'altra forma di ripudio rilevante agli effetti della consumazione o meno del matrimonio, in parte simile alla *Iḥlā'*, è lo *zihār*, consistente nell'utilizzo della formula “*tu se per me come il dorso di mia madre*”. Si tratta di una pratica in uso presso l'Arabia preislamica e che non è stata abolita dal Corano, anche se considerata revocabile<sup>89</sup>. Infatti, in passato l'utilizzo di questa forma di ripudio equivaleva ad un ripudio irrevocabile, interdicendosi qualsiasi rapporto sessuale con la donna in modo permanente, ma anche con gli altri uomini, in quanto la donna rimaneva presso il marito<sup>90</sup>. Il Corano, invece, rende proibiti tali rapporti in modo temporaneo e con il compimento di un'espiazione per il marito che l'ha proferito.

Per essere valido il *zihār* deve essere pronunciato da un marito pubere e sano di mente, abile all'atto sessuale; ugualmente anche la moglie deve avere la capacità di compiere l'atto sessuale<sup>91</sup>. Il *zihār* non può essere pronunciato se la donna è stata già ripudiata mediante triplice ripudio o prima della consumazione del matrimonio, poiché in questi casi il vincolo è già sciolto. Finché il marito non abbia revocato la formula del ripudio, è vietato ogni rapporto sessuale, ma il matrimonio sussiste per tutti gli altri effetti. La moglie può chiedere al *qadī* di assegnare al marito un termine, che va da un minimo di due mesi ad un massimo di quattro per poter revocare il ripudio, trascorso il quale il giudice decide per lo scioglimento del matrimonio<sup>92</sup>.

Se, invece, il marito decide di revocare la sua dichiarazione, prima di avere qualsiasi tipo di contatto con la donna, dovrà compiere un'espiazione (*kaffārā*), e poi ripristinare la vita in comune mediante il compimento del debito coniugale<sup>93</sup>. E' possibile anche che il marito riprenda la moglie dopo la pronuncia del giudice, purché non sia spirato il

---

<sup>89</sup>Cilardo Agostino, *Modi di scioglimento del matrimonio*, cit., p.68.

<sup>90</sup>Cilardo Agostino, *Modi di scioglimento del matrimonio*, cit., p.68.

<sup>91</sup>Tuttavia, una parte della dottrina lo ritiene valido anche se è stato pronunciato da un eunuco, da un vecchio decrepito, o quello diretto ad una moglie inabile al congiungimento; cfr. Santillana David, *Istituzioni di diritto musulmano malichita .....*, op.cit., p.270.

<sup>92</sup>Cilardo Agostino, *Modi di scioglimento del matrimonio*, cit., p.68.

<sup>93</sup>Santillana David, *Istituzioni di diritto musulmano malichita ...*, op.cit., p.271.

termine per il ritiro legale della moglie e previo compimento dell'espiazione prescritta.

## 7. Divorzio e consumazione.

La moglie ha, sebbene non in modo illimitato, la facoltà di chiedere il divorzio rivolgendosi al giudice<sup>94</sup>. Rispetto alla consumazione vi possono essere vizi o malattie che colpendo uno dei coniugi, ne rendono impossibile il rapporto sessuale, legittimando la richiesta di divorzio. Vi è, tuttavia, una non uniformità di vedute sui vizi rilevanti, se si tratta solo di quelli che impediscono il rapporto sessuale o anche di quelli che in genere rendono difficile la prosecuzione della convivenza<sup>95</sup>.

Motivi di divorzio sono costituiti dalla castrazione, l'evirazione e l'impotenza, che impedendo il compimento dell'atto sessuale, fanno perdere significato al matrimonio stesso, ma non anche la sterilità.

Se la moglie è affetta da pazzia, lebbra, tubercolosi o da una malattia all'apparato genitale ed il marito ne viene a conoscenza prima della consumazione, egli può scegliere tra il ripudio, non dovendo in tal caso dar nulla alla moglie, e la consumazione, dovendo però versare l'intera dote<sup>96</sup>.

Se, invece, il marito viene a conoscenza del vizio dopo la consumazione, può decidere o di continuare a stare con la moglie, o ripudiarla chiedendo la restituzione di ciò che supera il dono nuziale minimo ammesso dagli usi, quando è stata la donna a raggiarlo. Se il raggiro proviene dal tutore, il marito può chiedere la restituzione di tutto ciò che ha versato.

Se la malattia può essere guarita, il *qadì* assegna un termine alle parti per la cura. In particolare, se la moglie scopre nel marito un vizio che pregiudica il rapporto matrimoniale, può chiedere al giudice il divorzio. Se il marito è impotente, il giudice fissa il termine di un anno per avere con la

---

<sup>94</sup>Secondo la *sharia* 'h è assai ridotta la possibilità per la moglie di ottenere dal giudice il divorzio.

<sup>95</sup>Pecoz Roberta Aluffi Beck, *Il matrimonio nel diritto islamico, op.cit.*, p.239.

<sup>96</sup>Pecoz Roberta Aluffi Beck, *Il matrimonio nel diritto islamico, op.cit.*, p.239.

moglie un rapporto sessuale, allo scadere del quale, in mancanza di guarigione, dichiara lo scioglimento del vincolo, se la moglie lo chiede<sup>97</sup>.

#### **8. Scioglimento *ex officio iudicis*.**

Se un uomo sposa una donna e non consuma il matrimonio, viene fissato il termine di un anno per farlo. Decorso questo periodo senza che il marito abbia consumato il matrimonio, esso è sciolto dal giudice in modo dirimente e la moglie non sarà tenuta ad osservare il ritiro legale<sup>98</sup>. Il termine decorre dal giorno in cui, la donna si è rivolta al giudice<sup>99</sup>. Se il marito sostiene di aver consumato il matrimonio, e la moglie era vergine al momento del matrimonio, sarà esaminata da quattro donne idonee a darne la prova della verginità; se fosse già deflorata, il marito dovrà portare un campione di sperma su un pezzo di stoffa<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> Ugualmente anche se l'uomo manca degli organi sessuali.

<sup>98</sup> Cilaro Agostino, *Modi di scioglimento del matrimonio, cit.*, p.74.

<sup>99</sup> Tale procedura non si applica ove il marito avesse anche per una sola volta consumato il matrimonio, ma poi è impedito dall'aver rapporti con la moglie.

<sup>100</sup> Cilaro Agostino, *Modi di scioglimento del matrimonio, cit.*, p.74.

## Conclusioni

Abbiamo cercato in queste pagine di delineare, seppur per grandi linee, il rapporto tra l'istituto del matrimonio e la consumazione nel diritto ebraico, canonico ed islamico. La scelta, come tra l'altro già evidenziata nell'introduzione del presente lavoro, di non limitare la trattazione della problematica inerente la consumazione del matrimonio al solo diritto canonico, è dovuta alla complessità prima sociale e poi anche giuridica del contesto in cui viviamo, caratterizzato dall'ormai prevalente multiculturalismo culturale e religioso. Ragion per cui tali motivi ci hanno spinto a trattare l'argomento in una prospettiva allargata anche agli altri diritti di origine confessionale, in particolare quello ebraico ed islamico. E ciò, ovviamente, non può non incidere sulla struttura del matrimonio. Condividiamo, infatti, le parole di chi già alcuni anni fa sosteneva che il diritto matrimoniale e familiare va incontro ormai ad una certa decostruzione del concetto classico di matrimonio e famiglia, provocata da un lato dalla penetrazione nello spazio giuridico europeo di modelli matrimoniali e familiari differenti da quelli previsti sia dal diritto canonico che da quello civile, e poi l'accostamento di altre forme di unione (eterosessuale ed omosessuale), che in alcuni paesi europei sono già giuridicamente riconosciuti<sup>1</sup>. Su quest'ultimo punto ci sia consentito ritornare dopo.

Se si guarda al problema della consumazione in una prospettiva parallela

---

<sup>1</sup> Ferrari Silvio, *Pluralità di sistemi matrimoniali*, in *Daimon*, 2002, 2, p.58. Lo stesso autore nota come gli elementi che appartengono al nucleo essenziale della nozione giuridica di matrimonio e famiglia così come si è configurata in Occidente, vale a dire la centralità del consenso delle parti, la comunione materiale e spirituale tra i coniugi, la finalità, almeno astrattamente procreativa della loro unione, la pari dignità di ciascuno di essi, la tendenziale stabilità del rapporto coniugale, sono tutti caratteri che affondano le proprie radici nella storia dell'istituto matrimoniale e familiare e sono condivisi dalla maggioranza della popolazione. Ciò costituirebbe una forzatura far rientrare nella nozione giuridica di matrimonio e famiglia quei rapporti interpersonali che fossero carenti di una o più di queste caratteristiche. Questo non significa, tuttavia, che questi rapporti debbano restare privi di qualsiasi regolamentazione giuridica, in forme che possono variare da una semplice disciplina degli effetti a cui essi danno luogo fino ad un più impegnativo riconoscimento di essi in termini di specifici istituti giuridici. Cfr.; *Id.*, *op.cit.*, p.58.

tra il diritto ebraico, canonico ed islamico, di sicuro la rilevanza che quest'ultima assume è diversa nei rispettivi ordinamenti<sup>2</sup>, ma vi sono anche punti di contatto. Infatti, già se si cominciasse ad analizzare la natura del matrimonio, esiste un *fil rouge* che li accomuna tutti. In tutti e tre gli ordinamenti giuridici, esso è un'istituzione di origine divina che serve a disciplinare e legittimare il compimento dei rapporti sessuali. Questi ultimi sono finalizzati alla procreazione ed educazione della prole ed alla solidarietà tra i coniugi in tutti e tre i diritti<sup>3</sup>. Quindi, il sesso è un qualcosa di legittimo solo se posto in essere nel matrimonio<sup>4</sup>. Il matrimonio, inoltre, non costituisce una forma di unione sessuale fungibile rispetto alle altre, ma ha da qualificarsi come forma specificamente umana, per mezzo della quale la sessualità può raggiungere il suo unico, pieno compimento e sviluppo<sup>5</sup>.

Nel diritto ebraico, la consumazione non è tanto vista come momento perfezionativo del matrimonio<sup>6</sup>, ma serve affinché i coniugi adempiano al precetto biblico della procreazione (*Crescite e multiplicatevi*), e all'adempimento del dovere di coabitazione, dovere che ricomprende il compimento dei rapporti sessuali del marito con la moglie che vive sotto lo stesso tetto. Il diritto ebraico,

---

<sup>2</sup> Nel diritto canonico, come si è visto, il problema assume una rilevanza ben diversa e di una consistenza maggiore rispetto a quello ebraico ed islamico.

<sup>3</sup> Si pensi, infatti, al dovere di coabitazione dei coniugi nel diritto ebraico, al *bonum coniugum* enunciato dal *Codex* quale finalità essenziale del matrimonio insieme a quella della procreazione, nonché all'obbligo di mantenimento (*nafaqah*) che incombe, per il diritto islamico, sul marito nei confronti della moglie e dei figli.

<sup>4</sup> Ciò è ancor più evidente nel diritto ebraico ed islamico, dove è possibile il divorzio o il ripudio in caso di adulterio. Per il diritto canonico, invece, la consumazione è rilevante giuridicamente soltanto se posta in essere *post nuptias*, a prescindere se i coniugi avessero avuto o meno rapporti sessuali. Ove ci fosse adulterio, si avrebbe non scioglimento, ma una dichiarazione di nullità per esclusione dell'obbligo della fedeltà.

<sup>5</sup> Bilotti Domenico, *Aspetti giuridici e teologici nelle attuali prospettive canonisti che sul matrimonio. Alcuni elementi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, 15, 2015.

<sup>6</sup> Non dimentichiamo, tuttavia, che in epoca antica la consumazione era uno dei possibili modi di contrazione del matrimonio (*bìà*).

pur prevedendo delle prescrizioni circa le pratiche sessuali<sup>7</sup>, non considera, tuttavia, la mancata consumazione come momento patologico tale da determinare lo scioglimento del rapporto coniugale, ma piuttosto quale momento per chiedere il divorzio in caso di mancanza o di rifiuto di avere rapporti sessuali con il proprio coniuge, in caso di difetti o malattie fisiche tali da rendere impossibile il rapporto sessuale<sup>8</sup>. La mancata consumazione rileva soprattutto come conseguenza dell'impotenza, tanto che le nozze si considerano avvenute per errore. Peculiare al diritto ebraico, che sotto tale aspetto lo differenzia dal diritto canonico, è la possibilità di chiedere il divorzio in caso di sterilità del marito, poiché la procreazione rappresenta un diritto della donna ed un obbligo per l'uomo, laddove, invece, per il diritto canonico la sterilità non proibisce, né dirime il matrimonio (can. 1084 §2 CIC).

Nel diritto islamico, è il matrimonio stesso che esprime l'unione sessuale del marito con la propria moglie (*nikah*); esso rappresenta il possesso lecito della donna da parte dell'uomo. Come nel diritto ebraico, anche nel diritto islamico la consumazione non è necessaria per il perfezionamento del vincolo matrimoniale, ma non per questo essa non assume alcuna importanza<sup>9</sup>. Infatti, non soltanto la consumazione è un requisito di capacità degli sposi per poter celebrare validamente il matrimonio, ma è importante anche in caso di invalidità dello stesso. Il matrimonio invalido e non consumato è privo di effetti, ed inoltre, a seconda se sia stato consumato o meno la moglie avrà diritto o meno al dono

---

<sup>7</sup> Tipico è il caso comune anche al diritto islamico, di non poter avere rapporti sessuali quando la donna è mestrata, in quanto in entrambi gli ordinamenti la mestruazione viene vista come cosa impura, che attende il compimento di un periodo di purificazione.

<sup>8</sup> Sotto tale aspetto è simile al diritto islamico, dove è possibile richiedere il divorzio in taluni casi che impediscono il compimento dell'atto sessuale.

<sup>9</sup> Secondo Silvio Ferrari: "*il rilievo che la consumazione ha nel diritto islamico ridimensiona il peso della tesi che riconduce all'influenza del diritto germanico nel periodo alto-medioevale l'importanza attribuita alla consumazione nel diritto della Chiesa: il diritto islamico ha avuto scarsi contatti con quello dei popoli che stavano al di là del Reno e del Danubio. Si deve piuttosto pensare che il rilievo sociale della consumazione abbia indotto tanto il legislatore canonico quanto quello islamico a riconnettere ad essa alcune conseguenze giuridiche*"; Id., *Post-fazione e spunti di comparazione*, in AA.VV. *Il Matrimonio. Diritto canonico, ebraico ed islamico* (a cura di S. Ferrari), Giappichelli, Torino, 2006, p.252.

nuziale (*mut'à*), sia in caso di ripudio che di divorzio<sup>10</sup>, e se non avrà consumato non sarà tenuta ad osservare il periodo di ritiro legale (*idda*) necessario per accertare l'eventuale paternità del concepito ed evitare la *confusio sanguinis*. Tipico del diritto islamico è una particolare forma di scioglimento detta *ila'*, che consiste nel giuramento da parte del marito di astenersi dai rapporti sessuali con la moglie, con effetto sospensivo del matrimonio.

Di sicuro il discorso è diverso per quanto riguarda il diritto canonico. La scelta, infatti, di dedicare due capitoli del presente lavoro al problema della consumazione nel diritto canonico sia sotto il profilo sostanziale che processuale, ne evidenzia l'importanza. Nel diritto canonico, come si è cercato di ben argomentare nelle pagine precedenti, la consumazione è legata alla stessa indissolubilità del matrimonio, tale che il matrimonio acquisisce l'indissolubilità estrinseca solo nel momento in cui i coniugi hanno compiuto tra loro la *copula coniugalis*. E' questo un problema dalle antiche radici storiche. Soltanto il matrimonio *rato* e consumato è insuscettibile di scioglimento da alcun potere umano, se non con l'evento morte. Fermo restando che è il consenso l'atto che costituisce il matrimonio (can.1057 CIC). Dal vecchio al nuovo *Codex*, la visione della consumazione è di sicuro mutata in meglio, per la maggiore rilevanza attribuita all'elemento volontaristico<sup>11</sup>. L'atto sessuale, non è più solo atto fisico di congiunzione di organi, ma è principalmente atto intellettuale, un atto consapevole e responsabile di ciò che si compie, tale da implicare una piena partecipazione delle parti.

Esiste nel diritto canonico il caso peculiare dello scioglimento del matrimonio *rato* e non consumato, ipotesi non contemplata dagli altri due ordinamenti giuridici, motivo per cui sotto il profilo dello scioglimento i tre ordinamenti appaiono abbastanza differenti<sup>12</sup>. Anche il discorso sullo scioglimento del matrimonio *rato* e non consumato, che sfocia in caso di esito positivo nella concessione di una dispensa pontificia con la quale viene sciolto il matrimonio, ha oggi assunto in parte un profilo diverso, poiché a seguito del Motu Proprio

---

<sup>10</sup> Su questo aspetto le diverse scuole giuridiche hanno opinioni differenti.

<sup>11</sup> Infatti, il can.1061 parla di atto compiuto *humano modo*.

<sup>12</sup> Ferrari Silvio, *op.ult.cit*, p.251.

*Quaerit Semper* del 30 agosto 2011, la competenza nella trattazione del procedimento *super rato* nella fase della Sede Apostolica, è stata trasferita presso un ufficio ad *hoc* del Tribunale della Rota Romana, presieduto dallo stesso Decano. Ciò ha innescato già da qualche anno un dibattito tra gli studiosi e gli operatori dei tribunali ecclesiastici, circa la possibile "giurisdizionalizzazione" del procedimento *super rato*. Ci siamo permessi, se questo è lo stato dell'arte oggi, di ipotizzare in futuro la creazione di una vera e propria sezione giurisdizionale presso la Rota Romana per i matrimoni non consumati, con la conseguenza che ne verrebbe meno anche la non delibabilità agli effetti civili. Ma questo in una prospettiva *de iure condendo*.

Volendo esprimere un nostro parere a conclusione di un percorso di studio sull'argomento, la prima domanda che verrebbe da chiederci è se, forse, oggi, ha senso o meno dare ancora importanza alla consumazione. Non c'è dubbio che nel contesto in cui viviamo la concezione del matrimonio e della famiglia è profondamente mutata. Non c'è dubbio che oggi matrimonio e famiglia siano in sofferenza, e di conseguenza il diritto matrimoniale è in crisi<sup>13</sup>. Ragion per cui, anche parlare di consumazione, non so se sia ancora opportuno. Già in realtà, per il diritto civile italiano, la consumazione non è un elemento costitutivo per la formazione del rapporto di *coniugio*, limitandosi il nostro legislatore a parlare di *comunione materiale e spirituale tra i coniugi*, al cui interno si può ricomprendere il discorso sulla consumazione. Fermo restando che, è possibile chiedere il divorzio civile quando il matrimonio non sia stato consumato<sup>14</sup>. Ne è evidente l'influenza canonistica. Si è rilevato come: "*in Italia oggi il matrimonio è liberamente dissolubile per autonoma determinazione delle parti; la coabitazione è resa disponibile dai coniugi; la violazione dell'obbligo di fedeltà è priva di qualsiasi sanzione sia civile sia penale; .... la procreazione non è l'elemento essenziale dell'istituto, essendo anche l'interruzione della gravidanza rimessa al*

---

<sup>13</sup> Onida Francesco, *Riflessioni minime sulla crisi del diritto matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, 28, 2015. L'autore nel contributo citato osserva come negare oggi che famiglia e matrimonio siano in crisi, significa volersi sottrarre a qualunque confronto pur di riuscire a mantenere comunque fuori discussione i principi fondamentali.

<sup>14</sup> Art.3 n.2 lett.f della Legge 898/1970. Si veda il paragrafo 7 del capitolo II pp.68ss.

*volere della sola donna; è in atto una scissione tra sessualità, generazione e matrimonio; le prerogative giuridiche del matrimonio, sono debilitate rispetto all'unione libera e si assiste alla progressiva equiparazione tra matrimoni e unioni di fatto*<sup>15</sup>. Per di più oggi un coniuge può riconoscere la prole nata fuori del matrimonio e in costanza dello stesso, nonché vi è la piena equiparazione tra figli legittimi e naturali.

Che in passato parlare di consumazione nel matrimonio sia servito soprattutto come momento per disciplinare la sessualità, è fuori discussione, e lo è per tutti e tre gli ordinamenti giuridici analizzati. In particolare per il diritto canonico, il matrimonio serviva per incanalare la sessualità al fine procreativo, in un rapporto fedele perché monogamico, e si proponeva come limite e sua unica formulazione accettabile della *concupiscentia*<sup>16</sup>. Ed era nel matrimonio che il desiderio sessuale trovava soddisfazione e regola. Sebbene già con il nuovo *Codex* le cose siano in parte mutate<sup>17</sup>, è ancora oggi prevista a livello normativo la possibilità di sciogliere un matrimonio che seppur validamente costituito non sia stato consumato.

Oggi assistiamo da un lato al fatto che nell'odierna società i rapporti sessuali prematrimoniali, sono almeno da un punto di vista statistico assai frequenti, anche tra i cattolici<sup>18</sup>. Dall'altro, ormai, sono all'ordine del giorno forme di unione diverse da quella matrimoniale<sup>19</sup>, non solo eterosessuali, ma

---

<sup>15</sup> Boni Geraldina, *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 2000, p.212.

<sup>16</sup> Bilotti Domenico, *Aspetti giuridici e teologici ...., op.cit.*, p.5.

<sup>17</sup> In effetti si è già analizzato che con il Concilio, la visione del matrimonio canonico è mutata nella misura in cui non si enfatizza più soltanto la procreazione come fine primario, ma viene posto accanto al *bonum coniugum*, in una dimensione di maggior valorizzazione dell'aspetto personalistico, che il legislatore canonico ha fatto proprio anche quando tratta della consumazione (*humano modo*).

<sup>18</sup> Musselli Luciano, *Riflessioni e ipotesi sulle prospettive evolutive in tema di nullità e scioglimento dei matrimoni canonici*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, 2, 2014, p.11.

<sup>19</sup> Il Catechismo della Chiesa Cattolica afferma che: "*si ha libera unione, quando l'uomo e la donna rifiutano di dare una forma giuridica e pubblica a un legame che implica l'intimità sessuale .... Tutte queste statuizioni costituiscono un'offesa alla dignità del matrimonio....*

anche tra persone dello stesso sesso. Nelle unioni di fatto, la determinazione temporale del rapporto è lasciata alla libera determinazione delle parti, per cui vi è un rapporto privo di stabilità<sup>20</sup>. Nel caso, invece, di unioni tra persone dello stesso sesso, penso che sarebbe addirittura impossibile che si realizzino alcuni punti cardine della famiglia: la procreazione sarebbe impossibile, a meno che non si volesse ricorrere all'adozione<sup>21</sup>, e di conseguenza la stessa consumazione, quale atto potenzialmente finalizzato alla procreazione, sarebbe irrealizzabile anche solo da un punto di vista fisico. La Corte Costituzionale, con la sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170, ribadendo che il legislatore deve intervenire con la massima sollecitudine a riconoscere e disciplinare la famiglia omosessuale, ha espressamente affermato che deve essere introdotto un istituto giuridico alternativo e diverso dal matrimonio. Il passaggio concettuale è molto delicato: una cosa è affermare che, alla luce del dettato costituzionale, la tutela giuridica della famiglia omosessuale può passare anche attraverso la creazione di un istituto giuridico diverso dal matrimonio; altra cosa è affermare che il legislatore deve necessariamente predisporre un istituto diverso dal matrimonio considerando contraria ai nostri principi costituzionali una legge ordinaria che prevedesse il matrimonio omosessuale<sup>22</sup>.

Ci poniamo un interrogativo: qual è allora oggi la concezione della

---

*l'atto sessuale deve essere posto esclusivamente nel matrimonio, al di fuori costituisce sempre un peccato grave ed esclude dalla comunione sacramentale"; Catechismo della Chiesa Cattolica, Lev, Città del Vaticano, 1993, n.2390, p. 583.*

<sup>20</sup> Giustamente Vittorio Parlato li definisce "matrimoni *ad tempus*"; Id., *Note su matrimonio e unioni civili nella concezione cattolica e nel diritto canonico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, 6, 2014, p.7.

<sup>21</sup> Mi permetto di esprimere sul fatto che, seppur tra una coppia omosessuale sarebbe possibile l'adozione di un minore, non so fino a che punto il bambino/a possa avere un'idea chiara del ruolo dei genitori.

<sup>22</sup> Il «ddl Cirinnà» si riferisce in pratica a due disegni di legge specifici: (1) al disegno di legge di «*Disciplina delle unioni civili*», depositato in data 15 marzo 2013 a firma dei senatori del PD Luigi Manconi e Paolo Corsini, attualmente in discussione in Commissione Giustizia e avente come relatrice la senatrice Monica Cirinnà; (2) al disegno di legge (n. 2081) depositato in data 6 ottobre 2015 sempre dalla senatrice Cirinnà insieme ad altri, di «*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*».

famiglia? E' ancora quella fondata sul matrimonio? Papa Francesco nell'*Evangelii Gaudium* al n.66 afferma: "*la famiglia attraversa una crisi culturale profonda, come tutte le comunità e i legami sociali. Nel caso della famiglia la fragilità dei legami diventa particolarmente grave perché si tratta della cellula fondamentale della società, del luogo dove si impara a convivere nella differenza e appartenere ad altri e dove i genitori trasmettono la fede ai figli*". Credo che oggi, almeno per noi occidentali, la parola matrimonio ha ancora un certo valore prima sociale e poi giuridico.

Allora quali potrebbero essere delle possibili soluzioni alla luce della situazione odierna? Per quanto riguarda più specificamente il problema della consumazione, credo che sia una questione che travalichi il confine della religiosità di un diritto. La consumazione, è un fatto intimo e personale dei coniugi, che possono in accordo tra loro decidere anche di non porre in essere, e non per questo giungere per forza alla rottura del vincolo. Essa, dunque a mio modesto avviso, va oltre l'aspetto confessionale, è intrinseca all'idea stessa di matrimonio, e non deve essere necessariamente disciplinata, collegando alla sua mancanza delle sanzioni sul piano giuridico.

Ragion per cui, se questa è la proposta, le conseguenze soprattutto per il diritto canonico sarebbero due. La prima è che, sempre in un'ottica di riforma del *Codex*, si potrebbe eliminare del tutto il riferimento al matrimonio *rato* e non consumato, dando esclusivo rilievo al consenso, quale atto che già di per sé caratterizzerebbe di assoluta indissolubilità il matrimonio. Fermo restano che, è il consenso che dà vita al matrimonio, ed il matrimonio canonico anche se non consumato, ha già carattere sacramentale.

La seconda è che se ancora si vuole continuare a parlare di consumazione oggi, credo che si debba prescindere del tutto dagli aspetti fisici, e guardare solo all'aspetto volitivo della stessa in modo da sottolineare la dimensione donativa e di accoglienza dei coniugi, evitando così che la consumazione appaia sempre più come un "*relitto del passato*"<sup>23</sup>. Di conseguenza, anche il procedimento di scioglimento *super rato*, avrebbe un rilievo diverso, dovendo gli operatori dei

---

<sup>23</sup>Secondo quanto già affermava il compianto prof. Luciano Musselli. *Id.; Riflessioni e ipotesi sulle prospettive evolutive....., cit., pp.11-12.*

tribunali soffermarsi per lo più su accertamenti, anche a livello peritale, riguardanti la capacità psichica delle parti di consumare il matrimonio. E forse, il trasferimento delle competenze all'Ufficio Amministrativo costituito presso la Rota Romana, potrebbe esser già visto in questa direzione.

Evidentemente dei segnali in questa direzione ci saranno. Proprio nel momento in cui si scrivono queste pagine si sta svolgendo il Sinodo Ordinario della famiglia sulla «*Vocazione e la Missione della famiglia nella Chiesa e nel mondo contemporaneo*», e l'8 settembre 2015 è stata pubblicata la Lettera Apostolica in forma di '*Motu Proprio*' *Mitis Iudex Dominus Iesus*, sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel Codice di Diritto Canonico, che entrerà in vigore l'8 dicembre 2015, con la quale il Pontefice ha deciso, sebbene solo su certi aspetti, di snellire, almeno si spera, i tempi e le procedure per la dichiarazione di nullità di matrimonio. Penso che ormai stiamo già imboccando la strada del cambiamento.

Voglio concludere con il pensiero di quest'autore: "*che bisogno c'è di giustificare la sessualità, che è un fatto naturale sia dentro che fuori il matrimonio? Se il matrimonio è una comunità di vita il sesso costituisce solo un aspetto di tale unione, non il fine principale. Il matrimonio non si perfeziona, come non si giustifica solo con la copula, perché sussiste anche in sua assenza con scopi e fini altrettanto nobili della procreazione. Ed è bene che questo una volta e per tutte venga compreso*"<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup>Tedeschi Mario, *Sulla natura del matrimonio canonico. La copulatheoria*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2012, p.61.

## BIBLIOGRAFIA

- ABAGNARA VINCENZO, *Il Matrimonio nell' Islam*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996.
- ABATE ANTONIO, *Lo scioglimento del vincolo coniugale nella giurisprudenza ecclesiastica*, D'Auria, Napoli, 1970.
- ABATE ANTONIO, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Paideia, Brescia-Roma, 1985.
- ALVAREZ DA LAS ASTURIAS NICOLAS, *La formaciòn del vònculo matrimonial: de Graciano a Alijandro III: ¿tan sòlo una cuestiòn històrica?*, in *Ius Canonicum*, 2013, Vol. 53, pp. 621-654.
- ATIGHETCHI DARIUSCH, *L'inizio della vita nel diritto islamico*, in *Intorno alla vita che nasce* (AA.VV.), Giappichelli, Torino, 2013.
- AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1988.
- AA.VV., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1992.
- AA.VV., *Il matrimonio ebraico*, Belforte editori, Livorno, 2003.
- AA.VV., *Famiglia e servizi*, a cura di Maria Rosa Spallarossa, Giuffrè, Milano, 2001.
- AA.VV., *L'Islam oggi*, cura della traduzione italiana del volume *Der Islam in der Gegenwart*, Edizioni Devoniene, Bologna, 1993.
- AA.VV., *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico*, a cura di Silvio Ferrari, Giappichelli, Torino, 2006.
- AA.VV., *Lo scioglimento del matrimonio nel diritto canonico*, (Atti del XLIV Congresso Nazionale di Diritto Canonico, a cura dell'Associazione Canonistica Italiana), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2013.
- BALBI RAFFAELE, *Il matrimonio religioso con effetti civili*, Giappichelli, Torino, 2014.
- BALDETTI SIMONE, *Note in materia di scioglimento del matrimonio civile non consumato*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, 34, 2014.
- BAÑARES JUAN IGNACIO, *Can. 1061 Comentario*, in *Comentario exegético al Còdigo de derecho canònico* (a cura di A. Marzoa, J. Miras y Rodriguez-Ocaña), Vol. III/2, Eunsa, Ediciones Universidad de Navarra.

- BARBIERA LELIO, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, Zanichelli Editore, Bologna, 1979, pp. 206-216.
- BARBIERI LUIGI, *Alcune questioni in merito all'inconsumazione del matrimonio*, in *Studi in onore di Guido Saraceni*, Jovene, Napoli, 1988, pp. 369-377.
- BARBIERI LUIGI, *Sull'esecutività delle decisioni canoniche in materia di matrimonio rato e non consumato*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1997, 2, pp. 934-940.
- BARILLARO DOMENICO, *Raimondi - Garibaldi : Matrimonio Rato e non Consumato*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1939, pp. 242-249.
- BARILLARO DOMENICO, *Nullità di matrimonio per mancanza di organi necessari per la generazione*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1947, pp. 319-329.
- BARILLARO DOMENICO, *Brevi considerazioni in tema di scioglimento del matrimonio per inconsumazione*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1974, pp. 376-384.
- BAURA EDUARDO, *Le esigenze giuridiche nel rilascio di dispense*, in *Ius Canonicum, Escritos en honor de Javier Hervada*, volumen especial, 1999, pp. 379-394.
- BERLINGO' SALVATORE, *Sulle nuove norme per la concessione della dispensa super rato*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1973, pp. 814-833.
- BERLINGO' SALVATORE, *Luci ed ombre su travestiti ed omosessuali nella giurisprudenza canonica*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1976, pp. 104-124.
- BERLINGO' SALVATORE, *La nuova prassi e il decreto "Circa Impotentiam"*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1981, pp. 76-109.
- BERSINI FRANCESCO, *La dibattuta questione del "verum semen"*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1976, pp. 256-278.
- BERSINI FRANCESCO, *Validità del matrimonio e Impotenza maschile*, in *La Civiltà Cattolica*, 1977, pp. 234-247.
- BERSINI FRANCESCO, *Il decreto circa l'impotenza che dirime il matrimonio*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1979, pp. 228-241.
- BERTOLA ARNALDO, *Note a sentenza del Tribunale di Torino*, in *Il Foro Italiano*, I, 1914, pp. 942-956.
- BERTOLA ARNALDO, *Il can. 1068 par. 1 del C.I.C. e una questione di diritto matrimoniale*, in *Rivista di diritto civile*, 1920, pp. 223-227.
- BERTOLINI GIACOMO, *La prova dell'impotenza e dell'inconsumazione: evoluzione storica e recenti esiti personalisti della giurisprudenza rotale*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1/2, 2011.

- BETTETINI ANDREA, *Aspetti comparatistici del divorzio nell'esperienza legislativa e giurisprudenziale (con particolare riferimento alla cessazione degli effetti civili del matrimonio canonico)* in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1995, pp. 941 ss.;
- BIANCHI PAOLO, *Quando un Matrimonio è nullo?*, Ancora, Milano, 1997.
- BILOTTI DOMENICO, *Aspetti giuridici e teologici nelle attuali prospettive canonistiche sul matrimonio. Alcuni elementi.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, 2015, 15.
- BIONDI EMILIA, *Sterilità e ordinazione alla prole nel matrimonio canonico*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2013, pp. 40-56.
- BONI GERALDINA, *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 2000.
- BONNET PIER ANTONIO, *Impotenza e legge naturale. Suggestioni per una impostazione del problema*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1976, pp. 232-251.
- BONNET PIER ANTONIO, *L'essenza del matrimonio canonico. Contributo allo studio dell'amore coniugale. Vol. I. Il momento costitutivo del matrimonio*, Cedam, Padova, 1976.
- BONNET PIER ANTONIO, *Il principio di indissolubilità nel matrimonio quale stato di vita tra due battezzati*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 1980, pp. 9-69.
- BONNET PIER ANTONIO, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano, 1985.
- BONNET PIER ANTONIO, *L'inconsumazione come causa di divorzio nel diritto canonico e nel diritto italiano*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1987, pp. 438-483.
- BONNET PIER ANTONIO, *Il decreto della S. Congregazione per la Dottrina della Fede del 13 maggio 1977 ed il suo valore dichiarativo*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1988, pp. 50-86.
- BONI GERALDINA, *Perplexità su alcune recenti proposte della dottrina civilistica in ordine alla consumazione del matrimonio*, in *Iustitia*, 53, 2000, pp. 77 ss.
- BONILINI GIOVANNI, *L'inconsumazione del matrimonio*, in *Lo scioglimento del matrimonio – art. 149 e l. 1 dicembre 1970, n. 898*, a cura di Giovanni Bonilini-Ferruccio Tommaseo, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 255-272.
- BOTTA RAFFAELE, *Matrimonio Rato e non Consumato e Divorzio: una nuova eccezione di incostituzionalità*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1973, I, pp. 240-258.
- BOTTA RAFFAELE, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale dopo la sentenza n. 18/1982 della Corte Costituzionale*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1982, II, pp. 340-365.

- BUCCI ALESSANDRO, *Lo scioglimento super rato tra fonti canonistiche ed esperienza giuridica medioevale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica*, marzo, 2010.
- BUCCI ALESSANDRO, *Dispensa super rato e non consumata. Evoluzione storica e problematica giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.
- BURKE CORMAC, *L'oggetto del consenso matrimoniale. Un'analisi personalistica*. Giappichelli, Torino, 1997.
- CALCAGNI COLOMBA-MEI ENRICO, *Medicina legale e canonistica*, Giuffrè, Milano, 2002.
- CANONICO MARCO, *Dispensa canonica dal matrimonio super rato ed efficacia civile: un fantasma che riappare, evocato dai giudici torinesi*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1997, 2, pp. 945-968.
- CAPPELLO FRANCESCO, *De Matrimonio*, Marietti, Roma, 1961.
- CAPPONI NERI, *Impotenza Maschile e decreto del 13 maggio 1977 della S. Congregazione per la Dottrina della Fede*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1978, pp. 53-63.
- CAPUTO GIUSEPPE, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno. Tomo II. Il matrimonio e le sessualità diverse: tra istituzione e trasgressione*, Cedam, Padova, 1984.
- CAPUTO GIUSEPPE, *Introduzione al diritto islamico*, Giappichelli, Torino, 1990.
- CASORIA JOSEPHUS, *De Matrimonio Rato et non consummato, Dispensationis Processus Canonici doctrina et praxis*, Officium Libri Catholici, Roma, 1959.
- CASSANDRO GIORGIA, *Dispensa canonica dal matrimonio non consumato e principi costituzionali*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1982, pp. 742-762.
- CASSANDRO GIORGIA, *Brevi note in tema di delibazione di dispensa super rato*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1997, 2, pp. 940-945.
- CASTANO JOSE F., *Il sacramento del matrimonio*, Roma, 1994.
- CHIAPPETTA LUIGI, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Edizioni Dehoniane, Roma, 1990.
- CHIRICO ADRIANA, *La dispensa del matrimonio inconsumato tra legge canonica e "lettura" civile*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2001, pp. 41-62.
- CILARDO AGOSTINO – MENNILLO FRANCESCO, *Due sistemi a confronto. La famiglia nell'Islam e nel diritto canonico*, Cedam, Padova, 2009.
- CILARDO AGOSTINO, *Family: Family and Kinship in Islamic Law*, in *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Ed. Stanley N. Katz, 2009, Vol. III, pp. 36-39.

- CILARDO AGOSTINO, *Marriage: Islamic Law*, in *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Ed. Stanley N. Katz, 2009, Vol. IV, pp. 163-169.
- CIPROTTI PIO, *La dispensa di matrimonio rato e non consumato*, in *Rivista di diritto matrimoniale*, 1934, p. 67 ss.
- COHEN BOAZ, *Jewish and Roman Law, A Comparative Study*, The Jewish Theological Seminary of America, New York, 1966, pp. 279- 375.
- COLELLA PASQUALE, *Sulla non riconoscibilità delle dispense super rato*, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 2000, p. 5 ss.
- CORNAGGIA MEDICI LUIGI, *Dell'essenza del matrimonio e di due recenti scritti sull'impedimento di impotenza*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1928, pp. 398-442.
- CORNAGGIA MEDICI LUIGI, *I capaci alla copula che si conoscono incapaci alla generazione possono validamente contrarre matrimonio?*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1931, pp. 3-10.
- DALLA TORRE GIUSEPPE, *Questioni attuali in materia di dispensa super rato e di divorzio per inconsumazione*, in *Il Diritto di famiglia e delle Persone*, 1974, pp. 114-132.
- DALLA TORRE GIUSEPPE, *Identità sessuale e diritto canonico*, in *Identità sessuale e identità di genere*, a cura di F. D'Agostino, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 113-132.
- DAMIZIA GIUSEPPE, *Vasectomia e matrimonio*, in *Apollinaris*, 1978, 1, pp. 146-193.
- D'ANTONIO ALESSANDRA, *Il matrimonio nell'Islam*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2009, pp. 235-257.
- D'ARIENZO MARIA, *Matrimonio e famiglia nell'Islam e in Italia. Problemi giuridici*, in *Unioni di fatto e fattore religioso* (a cura di A. Fuccillo), Giappichelli, Torino, 2007, p.107 ss.
- D'AVACK PIETRO AGOSTINO, *L'impotenza generativa maschile nel diritto matrimoniale canonico*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1951, pp. 361-413.
- D'AVACK PIETRO AGOSTINO, *Cause di nullità e divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, I, Casa Editrice del dott. Carlo Cya, Firenze, 1952.
- D'AVACK ALESSANDRO, *Il crepuscolo dell'impotenza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica*, marzo, 2010.
- DECANAY A.N., *Matrimonium ratum: significatio termini*, in *Periodica*, 1979, pp.69-89.
- DE LUCA LUIGI, *La Chiesa e la società coniugale*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1970, pp. 257-277.

- DE LUIGI PAOLO, *Miscellanea: Matrimonio rato e non consumato. Le difficoltà di trattazione di un caso di “Defectus humani mosi in actu consummandi matrimonium”*, ex *cann. 1061 §1, 1699 § 2 C.I.C.*, in *Antonianum*, 76/3, 2001, p. 561-569.
- DEL CORPO EGIDIO, *Actus hominis et actus humanus in consummatione matrimonii*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1958, pp. 303-313.
- DE LA HERA ALBERTO, *Indisolubilidad y consumacion del matrimonio*, in *Revue de droit canonique*, 1975, pp. 351-370.
- DEL GIUDICE VINCENZO, *Nozioni di diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1970.
- DI MARZIO PAOLO, *Non riconoscibilità degli effetti civili alla decisione ecclesiastica di dispensa super matrimonio rato et non consumato*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1997, I, pp. 1352-1380.
- DI ROBILANT ENRICO, *Il fine e l'essenza del matrimonio in alcune recenti dottrine*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1951, pp. 697-729.
- DIENI EDOARDO, < *Bonum coniugum*>, < *tripartitum coniugum*> e tradizione < *juscorporalista*> ( *ovvero: si è già alla vista di una adeguata elaborazione teorico-giuridica del << personalismo>>?* ), in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1996, pp. 752 ss.
- DOMIANELLO SARA, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 373-429.
- DOMIANELLO SARA, *I matrimoni davanti ai ministri di culto*, in *Famiglia e Matrimonio*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 451-456.
- ERLEBACH GREGOR, *Nuove competenze della Rota Romana in seguito al motu proprio “Quaerit Semper”*, in *Apollinnaris*, 2/2012, pp. 587-602.
- FABBRINI DINO, *Il matrimonio nel diritto Ebraico e Israeliano. I suoi rapporti col diritto italiano*, Cuem, Milano, 2003.
- FALCHI FRANCESCO, *Riflessioni sulla rilevanza dell'inconsumazione nella dispensa dal matrimonio rato e non consumato e nel divorzio*, in *Il Diritto di famiglia e delle Persone*, 1974, pp. 1149-1187.
- FELICI PERICLE, *Indisolubilità del matrimonio e potere di sciogliere il vincolo*, in *Communicationes*, VII, pp. 173-186.
- FELICIANI GIORGIO, *Il problema dell’ “actio hominis” e dell’ “actus humanus” nella consumazione del matrimonio e la rilevanza giuridica del vaginismo*, in *Rivista di diritto matrimoniale e stato delle persone*, 1965, p. 404 ss.
- FEDELE PIO, *Dispensa* (voce), in *Enciclopedia dei diritto*, Vol. XIII, Milano, 1975, pp.175-181.

- FERRARI SILVIO, *Pluralità di sistemi matrimoniali*, in *Daimon*, 2002, 2, pp. 19-59.
- FINOCCHIARO FRANCESCO, *Matrimonio civile. Formazione, validità, divorzio*, Giuffrè, Milano, 1989.
- FINOCCHIARO FRANCESCO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, il Mulino, Bologna, 2003.
- FINOCCHIARO FRANCESCO, *Resurrezione e morte della dispensa super rato*, in *Giustizia Civile*, 1999, I, 2283.
- FORNES JUAN, *Can. 1142 Comentario*, in *Comentario exegético al Còdigo de derecho canònico* ( a cura di A. Marzoa, J. Miras y Rodríguez-Ocaña), Vol. III/2, Eunsa, Ediciones Universidad de Navarra.
- FRANCESCHI FABIO, *Le dispense super rato: sul possibile riconoscimento agli effetti civili come sentenze straniere*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1998, II, pp. 52-61.
- FUENTES JOSE' A., *Desviaciones de la sexualidad*, in *Ius Canonicum*, 2013, vol. 53, pp. 655-690.
- FUMAGALLI CARULLI OMBRETTA, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, Vita e pensiero Edizioni, Milano, 2008.
- FUMAGALLI CARULLI OMBRETTA, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Ed. Vita e Pensiero, Milano, 1974.
- FUMAGALLI CARULLI OMBRETTA, *Il Matrimonio canonico dopo il Concilio. Capacità e consenso*, Giuffrè, Milano, 1978.
- FUMAGALLI CARULLI OMBRETTA, *La dimensione spirituale del matrimonio e la sua traduzione giuridica*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1979, pp. 28-54.
- GALOPPINI ANNAMARIA, *Divorzio per inconsumazione e poteri del giudice*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1982, pp. 537-550.
- GAUDEMET JEAN, *Indissolubilité et consommation du mariage. L'apport D'Hincmar De Reims*, in *Revue de droit canonique*, 1979, pp. 28-40.
- GAUDEMET JEAN, *Il Matrimonio in Occidente*, Società Editrice Internazionale, Torino, 1989.
- GHERRO SANDRO, *Il problema del verum semen nel Breve Cum frequenter di Sisto V*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1966, pp. 98-117.
- GHERRO SANDRO, *Diritto Canonico*, II, Cedam, Padova, 2005.

- GHISONI LINDA, *La rilevanza giuridica del metus nella consumazione del matrimonio*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2000.
- GIACCHI ORIO, *Intima coniunctio totius vitae*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1979, pp.63-77.
- GRAZIANI ERMANNANO, *La Chiesa e il Matrimonio*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1970, pp. 278-292.
- GRAZIANI ERMANNANO, *L'impotenza maschile per atrofia dei didimi o per blocco delle vie spermatiche*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1947, pp. 365-379.
- GRAZIANI ERMANNANO, *La causa del provvedimento canonico come limite agli effetti civili di esso*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1957, pp. 6-24.
- GRAZIANI ERMANNANO, *Matrimonio rato e non consumato*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1975, pp. 950 ss.
- GRAZIANI ERMANNANO, *Divorzio: diritto canonico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, pp. 535 ss.
- GRAZIANI ERMANNANO, *L'esclusione dello "ius ad coniugalem actum". L'esclusione di una proprietà essenziale del matrimonio*, in *Quaderni Romani di diritto canonico*, Bulzoni editore, Roma, pp. 25-37.
- GRAZIANO LUCIA, *Dispensa "super rato" e nuovo sistema di diritto internazionale privato*, in *Famiglia e Diritto*, 1999, 6, pp. 547-553.
- GRAZIANO LUCIA, *Il motu proprio "Quaerit Semper" e la dispensa pontificia da matrimonio rato e non consumato*, in *Famiglia e Diritto*, 2011, 12, pp. 1159-1166.
- GUIDA MILENA, *Riflessi giuridici della fecondazione artificiale nel diritto matrimoniale canonico*, in *Apollinaris*, 2003, 1-2, pp. 183-199.
- GULLO CARLO, *Interpretazione autentica o abrogazione della legge?*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1979, pp. 207-229.
- GULLO CARLO, *Irretroattività del decreto circa Impotentiam*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1982, pp. 86-113.
- HERVADA JAVIER, *Reflecciones en torno al matrimonio a la luz del Derecho natural*, in *Persona y Derecho*, 1974, vol. I.
- JEMOLO ARTURO CARLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Bologna, 1993 (ristampa dell'edizione di Milano del 1941).
- KAPTIJN ASTRID, *Matrimonio e divorzio nel diritto delle Chiese Ortodosse*, in *Daimon*, 2002, 2, pp. 101-114.

- KOWAL JANUSZ, *L'indissolubilità del matrimonio rato e consumato. Status quaestionis*, in *Periodica de re canonica*, 2001, 1, pp. 273-304.
- KOWAL JANUSZ, *La consumazione del matrimonio tra la tradizione e il positivismo giuridico*, in *Periodica de re canonica*, 2012, 2, pp. 441-462.
- KUNES JOSEPH, *Impotenza ex can. 1084 ed incapacità ad assumere obblighi ex can. 1095, n.3*, Corona Lateranensis, Roma, 2012.
- LEFEBVRE CHARLES, *La questione del verum semen. Evoluzione della dottrina e della prassi*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1977, pp. 356-362.
- LLOBELL JOAQUIN, *L'unitarietà dell'istituto matrimoniale e rilevanza giuridica dell'ordinatio fidei: sul carattere sussidiario dello "scioglimento" pontificio del vincolo*, in *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio. X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona, 2001, pp. 1397-1412.
- LLOBELL JOAQUIN, *Il M.P. "Quaerit semper" sulla dispensa dal matrimonio rato e non consumato e le cause di nullità della sacra ordinazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica*, luglio, 2012.
- LLOBELL JOAQUIN, *La competenza e la procedura per la dispensa "super quolibet matrimonio non consummato" nel M.P. "Quaerit Semper"*, in *Ius Ecclesiae*, 2, 2012, pp. 461-481.
- LORENZI GUIDO, *La dispensa da matrimonio rato e non consumato ed i suoi effetti civili*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1950, pp. 332-341.
- LO CASTRO GAETANO, *Tre studi sul matrimonio Giufrè*, Milano, 1992.
- MADERA ADELAIDE, *Lo scioglimento del matrimonio nei diritti confessionali: primi spunti di comparazione*, in *Daimon*, 8, 2008, pp. 231-266.
- MAI LAURA, *Atti contro natura e matrimonio canonico*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2007, 2, pp. 245-258.
- MAOZ ASHER, *Matrimonio e divorzio nel diritto israeliano*, in *Daimon*, 2002, 2, pp. 223-233.
- MARCHETTA BENEDETTO, *Scioglimento del matrimonio canonico per inconsumazione*, Cedam, Padova, 1981.
- MARCHETTA BENEDETTO, *Il processo <<super matrimonio rato et non consumato>> nel nuovo codice di diritto canonico*, in *Dilexit Iustitiam*, Libreria Editrice Vaticana, Roma, 1984, pp. 405-430.
- MARTINELLI ENRICA, *In tema di delibazione dei provvedimenti pontifici di dispensa super rato*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2001, pp. 62-73.

- MARTINELLI MAURIZIO, *Il modello familiare islamico nell'ambito del diritto a base religiosa. Spunti ricostruttivi comparatistici con l'ordinamento canonico e quello civile italiano*, in *Il Diritto di famiglia e delle Persone*, 2011, Vol.4, pp. 1875-1910.
- MAZZACANE ELIO, *La justa causa dispensationis nello scioglimento del matrimonio canonico per inconsumazione*, Jovene, Napoli, 1963.
- MELIA MOLINA ANTONIO, *La disolución del matrimonio inconsumado. Antecedentes históricos y derecho vigente*, Universidad Pontificia de Salamanca, 1987.
- MIELE MARIO, *La dispense "super rato" e la rétroactivité de son "exequatur" aux effects civils*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1953, I, pp. 346-350.
- MILIONI ALBANO, *Il problema del verum semen nelle cause di nullità matrimoniali della S. Rota*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 1960, pp. 90-157.
- MIRABELLI CESARE, *Alcune osservazioni in margine alla sentenza della Corte Costituzionale n. 18 del 1982*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1982, I, pp. 468-474.
- MISSAGLIA FRANCESCO, *Osservazioni sul principio personalistico nell'individuazione dell'essenza del matrimonio canonico*, in *Studi di diritto ecclesiastico e canonico*, Jovene, Napoli, 1978, pp. 245 ss.
- MONETA PAOLO, *Riflessioni critiche e spunti innovatori in tema di scioglimento del matrimonio non consumato*, in *Studi per Ermanno Graziani*, Pisa, 1973, pp. 496 ss.
- MONETA PAOLO, *Considerazioni sugli aspetti psicologici della consumazione del matrimonio*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1975, pp. 340-346.
- MONETA PAOLO, *La giustizia nella Chiesa*, Il Mulino, Bologna, 1993.
- MONETA PAOLO, *Ritorna il riconoscimento civile dello scioglimento canonico del matrimonio non consumato?*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1997, pp. 968-982.
- MONETA PAOLO, *Sull'esecutività delle decisioni canoniche in materia di matrimonio rato e non consumato*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1997, pp. 929-941.
- MONETA PAOLO, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Ecig, Genova, 2008.
- MONETA PAOLO, *Communitatis Vitae et Amoris Scritti di diritto matrimoniale canonico*, Pisa University Press, Pisa, 2013.
- MONETA PAOLO, *Processo di nullità, matrimonio e famiglia nell'attuale dibattito sinodale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, , 2015.
- MUSSELLI LUCIANO, *La consumazione del matrimonio nel nuovo codice di diritto canonico*, in *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, II, Perugia, 1984, pp. 741-750.
- MUSSELLI LUCIANO, *Riflessioni e ipotesi sulle prospettive evolutive in tema di nullità*

*e scioglimento dei matrimoni canonici*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, 2, 2014.

MUSSELLI LUCIANO - TEDESCHI MARIO, *Manuale di diritto canonico*, Monduzzi, Bologna, 2006.

NACCI MATTEO, *Le novità del Motu Proprio “Quaerit Semper” e gli insegnamenti della storia sulla missione della Rota Romana*, in *Apollinnaris*, 2011, pp. 563-580.

NAVARRETE URBANO, *De notione et effectibus consummationis matrimonii*, in *Periodica de re morali, canonica e liturgica*, 1970, pp. 619-660.

NAVARRETE URBANO, *Indissolubilità del matrimonio*, in *Nuovo Dizionario di diritto canonico* ( a cura di Carlos Corral Salvador, Velasio De Paolis, Gianfranco Ghirlanda), Ed. S. Paolo, Ciniello Balsamo, 1993.

NELLI SIMONETTA, *Lo scioglimento del matrimonio nella storia del diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1976.

ONIDA FRANCESCO, *Riflessioni minime sulla crisi del diritto matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, 28, 2015.

ORLANDI GIACOMO, *I casi difficili nel processo super rato*, Cedam, Padova, 1984.

PARLATO VITTORIO, *Note su matrimonio e unioni civili nella concezione cattolica e nel diritto canonico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, 6, 2014.

PASCALI RAFFAELE, *Dubbi sull’assenza di rilevanza civile delle dispense canoniche da matrimonio “rato e non consumato”*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1987, pp. 909-949.

PASCALI RAFFAELE, *Divorzi canonici e Stato laico*, Giappichelli, Torino, 2009.

PATRUNO FRANCESCO, *Natura e valore delle dispense pontificie di matrimonio rato e non consumato nell’ordinamento canonico*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2000, 2, pp. 939-966.

PATRUNO FRANCESCO, *Roma Locuta, Causa Finita? E’stata detta davvero l’ultima parola sulla non riconoscibilità in Italia delle dispense pontificie super rato?*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2000, 2, pp. 1279-1338.

PELLEGRINO PIETRO, *L’impedimento di impotenza nel matrimonio canonico*, Giappichelli, Torino, 2004.

PETRONCELLI MARIO, *Il Matrimonio*, Libreria Scientifica Editrice, Napoli, 1972.

PIOLA ANDREA, *Lo scioglimento del matrimonio per inconsumazione*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1934, p. 266 ss.

- POMPEDDA MARIO FRANCESCO, *La nozione di matrimonio "rato e non consumato" secondo il can. 1061 del c.i.c. e alcune questioni processuali di prova in merito*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1985, pp. 341 ss.
- POMPEDDA MARIO FRANCESCO, *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano, 2002.
- PRAEDER JOSEPH, *Il matrimonio nel mondo*, Cedam, Padova, 1986.
- RAAD IGNAZIO, *Prima e dopo il decreto del 13 maggio 1977*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 1980, pp. 70-96.
- RABELLO MORDECHAI ALFREDO, *La procreazione assistita alla luce del diritto ebraico*, in *Ebraismo e diritto. Studi sul diritto ebraico e gli Ebrei nell'Impero Romani scelti e raccolti da Francesco Lucrezi*, Tomo II, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli, 2009, pp. 325-350.
- RAVA'ANNA, *Cinquanta anni di giurisprudenza rotale in tema di dispensatio super matrimonio rato et non consummato*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1957, pp. 130-158.
- RINCON TOMAS, *La doctrina sobre la indisolubilidad del matrimonio en el primer milenio cristiano*, in *Ius Canonicum*, 1973, pp. 91- 133.
- RINDONE ELIO, *La concezione tomista dell'amore: più aristotelica che evangelica?*, in *Il Tetto*, n. 293-294, 2013, pp. 21-41.
- SALERNO FRANCESCO, *Funzione del voto consultivo e conflitti di competenza nella dispensa super matrimonio rato et non consumato*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1961, II, pp. 6-17.
- SANTILLANA DAVID, *Istituzioni di diritto musulmano malikita con riguardo anche al sistema sciapita*, Istituto per l'Oriente, 1924.
- SANTORI GIACOMO, *La questione del verum semen*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1971, pp. 67-78.
- SARACENI GUIDO, *L'esclusione dello << ius ad vitae communionem >> nello << schema iuris recogniti de matrimonio >>*, in *Studi di diritto ecclesiastico e canonico*, Jovene, Napoli, 1978, pp. 455-469.
- SCARDULLA FRANCESCO, *Il concetto di matrimonio non consumato con riguardo all'istituto del divorzio*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1975, pp. 496-505.
- SCCELLINI GIUSEPPE, *Il Matrimonio nel codice di diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 2011.
- SCHACHT JOSEPH, *Introduzione al diritto musulmano*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995.

- SCHWARZENBERG CLAUDIO, *Divorzio per matrimonio non consumato, concepimento ante nuptias e presunzione ex art. 232 c.c.*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1974, pp. 1097-1100.
- SERRANO RUIZ JOSE' MARIA, *Visione personale del matrimonio nel CCEO: aspetti sostanziali e di diritto procedurale*, in *Iura Orientalia*, 7, 2011, pp. 121-139.
- SILVESTRELLI ANTONIO, *Circa l'impotenza e l'inconsumazione nella giurisprudenza canonica*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1973, pp. 112-130.
- SIMONI LUISA, *Osservazioni in tema di dispensa super rato e di scioglimento per in consumazione*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, II, pp. 1609-1616.
- SZENWIC ROMAN, *L'impotenza nella recente giurisprudenza rotale*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1954, pp. 41-142.
- TACELLI MARIA LUISA, *Sessualità e consenso. Ratio peccati e ratio contractus nella disciplina canonistica delle nozze cristiane*, Jovene, Napoli, 2006.
- TEDESCHI MARIO, *Nullità o annullabilità tra matrimonio civile e canonico*, in *Vecchi e nuovi saggi di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 163-179.
- TEDESCHI MARIO, *Sugli effetti civili della "Dispensa super rato et non consummato" nell'ordinamento italiano*, in *Scritti di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 295-308.
- TEDESCHI MARIO, *Sulla natura del matrimonio canonico. La copulatheoria*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2012, pp.57-63.
- VANNICELLI LUIGI, *Rassegne delle più recenti sentenze rotali sull'impotenza*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1966, pp. 450-488.
- VARNIER GIOVANNI BATTISTA, *Divorzio civile e dispensa canonica "super rato": una deludente realtà con qualche nuova prospettiva*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1987, pp. 1112-1152.
- VIGLINO CAMILLO, *Lo scopo essenziale del matrimonio*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1927, VII, pp. 71-74.
- VIGLINO CAMILLO, *In che cosa consiste l'una caro, oggetto del matrimonio?*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1927, pp. 387-395.
- VIGLINO CAMILLO, *Fondamento dell'indissolubilità del matrimonio è il valore morale dell'unione sessuale?*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1928, pp. 313-322.
- VITALI ENRICO – BERLINGO' SALVATORE, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 2009.

ZANCHINI FRANCESCO, *Identità sessuale e matrimonio canonico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *Rivista telematica*, novembre, 2009.

ZANOTTI ANDREA, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, Giappichelli, Torino, 2007.

ZICCARDI ELISA, *Il matrimonio nelle confessioni religiose*, Expert Edizioni, Forlì, 2006.

## **SITOGRAFIA**

[www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)

[www.olir.it](http://www.olir.it)

[www.vaticanva.com](http://www.vaticanva.com)

[www.morasha.it](http://www.morasha.it)

[www.comparazionediritto civile.it](http://www.comparazionediritto civile.it)

[www.matrimonio.com](http://www.matrimonio.com)

[www.history.it](http://www.history.it)

[www.islamitalia.it](http://www.islamitalia.it)

## **Ringraziamenti**

La decisione di intraprendere un corso di studi post-laurea, potrà sembrare, forse, una cosa alquanto strana per chi magari pensa che una volta arrivati alla laurea sia tutto terminato. Ma, spesso, non è così, soprattutto quando la continuazione di un percorso di studi iniziato già con la tesi di laurea, diventa un qualcosa in cui credi fortemente, perché entra a far parte di quei valori che ti accompagnano lungo la tua formazione non solo professionale, ma anche umana. E così è stato nel mio caso. La scelta di continuare a studiare attraverso il corso di dottorato di ricerca sia il diritto canonico che il diritto ecclesiastico, confrontandolo con la complessità sociale e culturale che oggi ci circonda, non è stata dovuta, soltanto, ad un interesse scientifico, ma anche ad un interesse concreto, frutto di esperienza di attività vissute nella realtà ecclesiale cattolica, che mi hanno fatto constatare con mano il fascino e la costante attualità che tali ambiti di studio conservano tutt'ora.

Non amo, di solito, fare l'elenco dei ringraziamenti a mo' di lista, ma è doveroso menzionare chi da sempre, in un modo o in un altro mi è stato vicino, sostenendomi in ogni cosa.

Ringrazio prima di tutto i miei genitori, i primi e veri sostenitori di tutto e per tutto, che mi hanno aiutato anche con sacrifici in ogni mia scelta. A loro va principalmente la soddisfazione e il risultato raggiunto.

Oltre ai familiari e tutti i conoscenti, è necessario ringraziare anche chi da un punto di vista professionale mi ha appoggiato e consigliato. Anzitutto il prof. Mario Tedeschi, già relatore della mia tesi di laurea ed ora anche tutor di questo lavoro. Con il prof. Tedeschi ho sostenuto gli esami di diritto ecclesiastico e canonico, e grazie a lui ho imparato ancora di più ad apprezzare la vastità di interessi che tali materie comportano, analizzandole sotto un aspetto critico. Lo ringrazio per gli insegnamenti e i consigli dati, ma soprattutto per l'umanità e la passione con cui svolge il suo lavoro, che ne fanno un vero maestro. Insieme a lui ringrazio sentitamente anche il prof. Francesco Missaglia, che mi ha assistito per la tesi di laurea, e che mi ha trasmesso ancora di più una vera passione per il

diritto canonico. Ricordo con estremo piacere le lunghe chiacchierate in dipartimento sia ai tempi della preparazione della tesi di laurea, che dopo, sui problemi canonistici. Ringrazio, inoltre, la prof.ssa Maria d'Arienzo, con la quale ho iniziato successivamente a collaborare, che mi ha permesso una visione allargata della materia, con un costante confronto agli altri ordinamenti confessionali che ci circondano. Insieme ai professori, ringrazio i colleghi di dipartimento, che sono diventati anche amici, con i quali grazie al costante confronto, è stata possibile una continua crescita professionale. Ringrazio anche tutti i colleghi di studio, che sempre hanno apprezzato il lavoro di ricerca.

Infine ringrazio tutti gli amici e tutti coloro che mi sono stati vicino, nonché le persone che sul mio cammino umano e spirituale mi hanno permesso di crescere, e che con la loro stima hanno reso importante anche questo traguardo.