



diritto & religioni

Semestrale
Anno III - n. 1-2008
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

5

 **LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno II - n. 1-2008
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, A. Pandolfi
A. Bettetini, G. Lo Castro,
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli,
A. Autiero, G. J. Kaczyński,
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile
Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria
Diritto ecclesiastico e professioni legali

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
A. Fuccillo
F. De Gregorio
G. Carobene
G. Schiano
A. Guarino
F. De Gregorio, A. Fuccillo

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

Il ripudio in diritto islamico e diritto romano

ALESSANDRA D'ANTONIO

1. *Introduzione*

Di fronte alla crescente ed inarrestabile crisi della famiglia, tanto in Occidente quanto nelle società islamiche, il tema del divorzio, o ripudio, per utilizzare la terminologia islamica (*talaq*), appare di estrema attualità.

In ordine all'ammissibilità del divorzio si sono formate differenti opinioni:

- Il ricorso al divorzio non deve essere ostacolato da alcuna restrizione derivante da considerazioni di ordine etico o giuridico.
- Il matrimonio è un sacramento, pertanto indissolubile.
- Il ricorso al divorzio deve essere concesso al marito ma non alla moglie (tale posizione è stata ormai superata).
- Il matrimonio è sacro, la pace familiare deve essere preservata, ma in casi particolari di incompatibilità deve essere concesso a entrambi i coniugi il diritto di divorziare.
- Il matrimonio è sacro, la pace familiare deve essere preservata, il ricorso al divorzio deve essere limitato ai soli casi di reale impossibilità di perpetuare il vincolo familiare. La società è responsabile di combattere i fattori che incentivano i divorzi, ma la legge non deve negare ai coniugi che non riescano a convivere pacificamente il diritto di divorziare. La porta del divorzio è aperta tanto per l'uomo quanto per la donna, anche se, come si vedrà, le procedure di applicazione differiscono. Il diritto al divorzio è riconosciuto sia all'uomo che alla donna, ma assume forme diverse nell'uno e nell'altro caso. Questa è la posizione dell'Islam circa il tema trattato¹.

¹ MURTADA MUTAHHARI, *I diritti della donna nell'Islam*, Centro culturale islamico europeo, Roma, 1988, pp. 183 ss.

Il matrimonio² è un vincolo di particolare importanza nell'Islam, con cui Dio unisce un uomo e una donna in modo che condividano gioie e dolori.

Il Corano afferma che le mogli sono una veste per i mariti e viceversa³.

Entrambi i coniugi godono di diritti simili nell'ambito del vincolo matrimoniale, però l'uomo è posto in posizione di superiorità rispetto alla donna date le responsabilità acquisite con il matrimonio: «esse hanno diritti equivalenti ai loro doveri in base alle buone consuetudini, ma gli uomini sono superiori⁴».

Si tramanda che il Profeta Muhammad abbia ingiunto agli uomini di nutrire e vestire le proprie mogli e di non colpirle mai al viso, umiliarle o isolarle, se non in casa⁵.

Percuotere il volto di una donna è proibito perché contrario alla dignità umana, nonché pericoloso per la più bella parte del suo corpo. Quindi, l'uomo non può picchiare la moglie in modo da causarle alcun danno o dolore, né può insultarla.

La donna, a sua volta, non può lasciare che entrino in casa persone sgradite al marito, non può lasciare l'abitazione senza il suo permesso, non può negarsi nell'intimità, né può picchiarlo qualora sia più forte di lui⁶.

L'uomo è tenuto ad essere paziente con la moglie, accettandone i difetti,

² Sul matrimonio nell'Islam si vedano DAVID SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, I, Istituto per l'Oriente, Roma, 1938, pp. 190 ss.; ASHRAF ALI THANWI, *Babishiti Zewar*, Idara Isha'at - e - Diniyat (P) LTD., Dehli, 1993, pp. 207 ss.; AL HUSSEIN BEN AL MUBARAK AL ZUBAIDI, *Le sommaire du Salih Al - Boukhari*, II, Dar el Fiker, Beirut, 1994, pp. 422 ss.; AHMAD IBN NAQIB AL - MISRI, *Reliance of the traveller*², Aamna Publishers, Dehli, 1994, pp. 506 ss.; MUHAMMAD BIN ABDUL - AZIZ AL MUSNAD, *Islamic fatawa regarding women*, Darussalam, Riyadh, 1996, pp. 163 ss.; YUSUF AL QARADAWI, *The lawful and the prohibited in islam*, El - Falah, Cairo, 1997, pp. 225 ss.; 'ABDUR RAHMAN. I. DOI, *Sbari'a the Islamic law*, Ta Ha Publishers, London, 1997, pp. 114 ss.; ROSARIO PASQUINI, *La famiglia nell'ordinamento islamico della società*, Edizioni del Calamo, Milano, 1997, pp. 41 ss.; MALEK BEN ANAS, *Al Mouatta*, I, Dar el Fiker, Beyrouth, 2000, pp. 610 ss.; KAMAL FAGHIH IMANI, *La retta via*, Centro di Studi Islamici "Imam Amiru - l - mu' minin Ali", Qom, 2000, pp. 102 ss.; AHMAD 'ABD AL - WALIYY VINCENZO, *Islam l'altra civiltà*², Mondadori, Milano, 2002, pp. 114 ss.; DAVID WAINES, *An introduction to Islam*², Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 32, 93 ss., 170 ss., 205, 237 s., 253 s., 286 s.; sui doveri della donna in quanto sposa, si vedano FATIMA NASEEF, *Droits et devoirs de la femme en Islam*², Tawhid, Jordan, 1997, pp. 169 ss.; e MUHAMMAD ALI AL HASHIMI, *The ideal muslimah*³, IIPH, Riyad, 2000, pp. 153 ss.; MUHAMMAD AL - JIBALI, *The fragile vessels*, Al - Kitaab & as - Sunnah Publishing, Arlington, 2000; Sul matrimonio temporaneo, *mut'a*, si vedano, MURTADA MUTAHHARI, *I diritti della donna*, cit., pp. 156 ss.; ABU'L QASIM GOURJI, *Temporary marriage (mut'a) in islamic law*, Ansariyan Publications, Qom, 1991.

³ Corano, 2.187.

⁴ Corano, 2.228.

⁵ ABU DAUD e IBN HABBAN.

⁶ AL HAKIM.

se c'è qualcosa in lei che non gli piace⁷. Il Corano stesso si esprime in questi termini: «Comportatevi verso di loro convenientemente. Se provate avversione nei loro confronti può darsi che abbiate avversione per qualcosa in cui Allah ha posto un gran bene⁸».

Nel diritto islamico, l'uomo ha il diritto ad essere obbedito e la moglie non può ribellarsi alla sua autorità.

In caso di insubordinazione, egli dovrebbe ricorrere a parole gentili e alla persuasione; qualora ciò non bastasse, potrebbe dormire lontano dalla moglie e, infine, percuoterla leggermente con le mani, senza ricorrere a bastoni o altri arnesi che potrebbero danneggiarla o farle sentire dolore.

In realtà, è lecito picchiare una donna solo per salvaguardare un comportamento islamico e nel caso in cui l'uomo veda la donna deviare rispetto ai propri doveri o disubbidirgli. In tal caso, è preferibile limitarsi ad ammonirla e, quando è così possibile ottenere ciò che si vuole, è vietato ogni ricorso alla violenza, dal momento che questa genera odio, che è nemico dell'armonia che ci si aspetta in un matrimonio. Si ricorre alla forza solo quando si teme un peccato verso Allah⁹.

Se tutti questi approcci dovessero fallire, due individui di buona volontà e retto giudizio, uno dalla parte della donna e uno dalla parte dell'uomo, dovrebbero incontrarsi con la coppia per sanare la situazione e giungere ad una conciliazione.

Il Corano si esprime in tal senso: «Ammonite quelle di cui temete l'insubordinazione, lasciatele sole nei loro letti, battetele. Se poi vi obbediscono non fate più nulla contro di esse [...]. Se temete la separazione di una coppia, convocate un arbitro della famiglia di lui e uno della famiglia di lei. Se [i coniugi] vogliono riconciliarsi, Allah ristabilirà l'intesa tra loro¹⁰».

Nel caso in cui tutto ciò non serva alla continuazione del rapporto matrimoniale si può ricorrere, solo in caso di estrema necessità, al divorzio.

Ciò significa che il divorzio è ammissibile solo quando sia inevitabile, quando la convivenza sia diventata impossibile e divenga difficile per le parti osservare i limiti imposti da Dio: «In caso di separazione Allah, nella Sua generosità, darà a entrambi della sua abbondanza¹¹».

Il divorzio è dunque un atto lecito, ma scoraggiato al massimo, come risulta

⁷ MUSLIM.

⁸ Corano, 4.19.

⁹ *Fath al Bari*.

¹⁰ Corano, 4.34 s.

¹¹ Corano, 4.130.

da numerose tradizioni profetiche: il Messaggero di Dio disse: «Sposatevi e non divorziate: il trono divino trema a causa del divorzio¹²»; egli disse ancora: «In verità Dio, (sia glorificato e magnificato), detesta o maledice gli uomini e le donne che si sposano o divorziano solo per concupiscenza¹³». L'imam Sadiq disse: «In verità Dio (sia glorificato e magnificato) ama la casa in cui viene celebrato un matrimonio e odia quella in cui avviene un divorzio. Non esiste cosa più detestata da Dio (sia glorificato e magnificato) del divorzio¹⁴».

«Il divorzio è tra le cose lecite la più odiata da Allah¹⁵», ma allora perché non è stato proibito dalla legge islamica o limitato a casi specifici? Se l'istituto del divorzio fosse condizionale, esso comporterebbe necessariamente un aspetto giudiziario. Colui che intende divorziare dovrebbe presentarsi davanti a un giudice onde dimostrare la presenza delle condizioni prescritte. Nel caso in cui il giudice ritenesse le sue prove attendibili ed i suoi argomenti logici, all'uomo dovrebbe essere consentito di divorziare, in caso contrario no. Da ciò, però, sorge il dubbio circa la legittimazione di un giudice ad intervenire nella crisi matrimoniale, decidendo, a prescindere dalla volontà delle parti, se un matrimonio debba continuare o essere sciolto.

Bisogna chiedersi la ragione per cui l'Islam, pur riprovando il divorzio e ritenendolo detestabile, non lo interdice: quale logica vi è dietro l'affermazione che vuole il divorzio detestabile ma lecito? In che senso qualcosa di lecito può essere detestabile? Secondo Mutahhari¹⁶, nel divorzio, come nel matrimonio, la legge di natura ha prevalenza rispetto agli istituti giuridici del diritto consuetudinario: essa, pertanto deve essere rispettata tanto al sorgere della famiglia che durante il suo sviluppo e la sua eventuale fine.

Un contratto fondato sull'amore e sull'unione, non sulla comunanza di intenti, non può essere coercitivo. È possibile che la legge costringa due uomini a lavorare assieme o ad adempiere agli obblighi che in precedenza hanno assunto l'uno nei confronti dell'altro in modo tale che, anche nel caso in cui la stima reciproca sia venuta meno, essi si trovano a cooperare alla stessa iniziativa per molti anni. È invece impossibile comandare a due persone di amarsi a vicenda, di essere sinceri l'uno con l'altro e di considerare la propria felicità pari a quella del consorte mediante il ricorso alla legge.

L'assetto naturale del matrimonio, su cui si fonda la legislazione islamica,

¹² *Wasa'ilu-sb-sbi'ah*, 22.9.

¹³ *Al Kafi*, 6.54.

¹⁴ *Al Kafi*, 6.54.

¹⁵ ABU DAUD, 2178.

¹⁶ MURTADA MUTAHHARI, *I diritti della donna*, cit., pp. 195 ss.

è tale da imporre che, all'interno della famiglia, la donna sia amata e rispettata. Di conseguenza, nel caso in cui l'amore dell'uomo nei confronti della donna si sia affievolito, viene meno il fondamento dell'istituto matrimoniale. In tal modo una unità socio-naturale viene distrutta da una legge di natura. È pertanto evidente che nel caso in cui viene meno il fondamento naturale del matrimonio, la legislazione islamica, pur esprimendo il proprio biasimo al riguardo, non può considerarlo in vigore da un punto di vista giuridico. L'Islam tende a preservare l'unità familiare nel caso in cui la donna sia amata e rispettata e l'uomo seguiti a venire incontro alle sue esigenze¹⁷.

La legislazione islamica guarda con favore a tutti i fattori che trattengono dal divorziare, ma non consente di ricorrere alla coercizione giuridica allo scopo di impedire il divorzio.

L'Islam, comunque, non è l'unica religione ad ammettere il divorzio. Prima del suo avvento, a parte casi sporadici, il divorzio era ovunque ammesso. Era pratica diffusa, nelle società pre – islamiche, cacciare di casa la moglie anche senza validi motivi e la donna non poteva accampare alcun diritto sul marito.

Il divorzio incondizionato era previsto nell'antica Grecia e a Roma. Nel diritto giudaico è prevista la possibilità per il marito di ripudiare la moglie in caso di immoralità, pur rimanendo aperta la via del perdono e della riconciliazione¹⁸.

Solo nel Cristianesimo è vietato il divorzio ed il matrimonio con un soggetto divorziato. Nel Vangelo secondo Matteo si narra che Gesù abbia detto: «Chi ripudia la propria moglie le dia l'atto di ripudio, ma io vi dico: chiunque ripudia sua moglie, eccetto in caso di concubinato, la espone all'adulterio e chiunque sposa una ripudiata commette adulterio¹⁹».

Nel Vangelo di Marco si legge, invece: «[...] Sicché non sono più due ma una sola carne. L'uomo non separi dunque ciò che Dio ha congiunto. [...] Chi ripudia la propria moglie e ne sposa un'altra commette adulterio contro di lei; se la donna ripudia il marito e ne sposa un altro, commette adulterio²⁰».

La Chiesa cattolica non ammette in alcun caso il divorzio, pur essendo presente, nel Vangelo di Matteo, l'eccezione del concubinato, che renderebbe lecito il ripudio²¹, mentre le denominazioni protestanti lo ammettono

¹⁷ MURTADA MUTAHHARI, *I diritti della donna*, cit., p. 199.

¹⁸ YUSUF QARADAWI, *The lawful*, cit., p. 275.

¹⁹ Matteo, 5.31 s.

²⁰ Marco, 10.8, 11 s.

²¹ Matteo, 19.10.

in alcuni casi specifici, come il tradimento. Tuttavia, talune di queste denominazioni proibiscono le seconde nozze di un divorziato. Il Consiglio delle Chiese ortodosse egiziane permette il divorzio in caso di adulterio, sulla base della narrazione evangelica, e in altre ipotesi, come la sterilità per un periodo di tre anni, la malattia cronica, il prolungato dissenso che appaia insanabile²².

2. Talaq: il ripudio nella legislazione islamica

Il termine *talaq* deriva dal verbo *talaqa*, sciogliere, svincolare. Al ripudio è dedicata la sessantacinquesima *sura* del Corano:

«O Profeta, quando ripudiate le vostre donne, ripudiatele allo scadere del tempo prescritto e contate bene il termine. Temete Allah vostro Signore e non scacciatele dalle loro case, ed esse non se ne vadano, a meno che non abbiano commesso una provata indecenza. Ecco i termini di Allah. Chi oltrepassa i termini di Allah, danneggia se stesso. Tu non sai: forse in questo periodo Allah farà succedere qualcosa.

Quando poi siano giunte al loro termine, trattenetele convenientemente o separatevi da esse convenientemente. Richiedete la testimonianza di due dei vostri uomini retti, che testimonino davanti ad Allah. Ecco a che cosa è esortato chi crede in Allah e nell'Ultimo Giorno.

A chi teme Allah, Egli apre una via d'uscita,
e gli concede provvidenze da dove non ne attendeva [...].

Se avete qualche dubbio a proposito di quelle vostre donne che non sperano più nel mestruo, il loro termine sia di tre lunazioni. Lo stesso valga per quelle che non hanno ancora il mestruo. Quelle che sono incinte avranno per termine il parto stesso [...].

Fatele abitare dove voi stessi abitate, secondo i vostri mezzi.

Non tormentatele mettendole in ristrettezze. Se sono incinte, provvedete al loro mantenimento fino a che non abbiano partorito. Se allatteranno per voi, date loro un compenso e accordatevi tra voi convenientemente [...]».

Dalla *sura* citata emergono due istituti, quello del *talaq* e quello della *iddah* (periodo di attesa), di cui ci occuperemo in seguito.

Shabr – al – kabir ha individuato cinque ipotesi di ripudio²³:

²² YUSUF QARADAWI, *The lawful*, cit., p. 277.

²³ *Shabr – al – Kabir*, VIII, pp. 234 ss.

- *Wajib* (necessario), nel caso in cui venga meno il consenso delle parti a stare insieme;
- *Makruh* (disapprovato), quando non è necessario e c'è ancora speranza di riconciliazione;
- *Mubab* (permesso) quando ce ne sia bisogno, specialmente nel caso in cui la moglie mostri un brutto carattere;
- *Mandub* (favorito), quando la moglie non adempia i doveri imposte da Dio o non sia casta;
- *Mahzur* (tra il lecito e l'illecito), quando il divorzio è pronunciato durante il ciclo mestruale della moglie.

In *Mubgni al – Muhtaj* sono riportate le prime quattro categorie di ripudio, ma la quinta ipotesi viene considerata *haram* (proibita)²⁴, essendo un'innovazione (*talaq – al – biddi*). L'imam Nawawi ha menzionato solo quattro ipotesi di ripudio: *haram*, *wajib*, *makruh*, *mandub*; non esisterebbe dunque una categoria *mubab* di divorzio²⁵. Anche il famoso giurista malichita Al – Dardir concorda con questa interpretazione nel suo famoso commentario *Al – Mukhtasar di Khalil*²⁶.

Bisogna distinguere tra *talaq* (ripudio) e *fashk* (annullamento): entrambi portano alla rottura del vincolo matrimoniale. Il *fashk* è pronunciato da un *qadi* (giudice islamico) dopo un'attenta valutazione di un'istanza fatta dalla moglie.

Secondo la scuola hanafita, si parla di ripudio nei seguenti casi:

- Pronuncia del ripudio da parte del marito;
- *Ila* (solenne giuramento di astenersi dall'aver rapporti sessuali con la moglie);
- *Kbul* (divorzio su richiesta della donna);
- *Lian* (reciproche imprecazioni);
- Separazione a causa di un difetto sessuale del marito (*aib jinsi*);
- Separazione dovuta alla negazione dell'Islam da parte del marito (*iba*).

Sempre secondo la scuola hanafita, si è in presenza di *fashk* nelle seguenti ipotesi:

- Apostasia degli sposi;
- Vizio del contratto matrimoniale;
- Mancanza di compatibilità (*kafa'*) tra gli sposi.

²⁴ *Mubgni al – Muhtaj*, III, p. 307.

²⁵ AL NAWAWI, *Shabr ala Muslim*, X, p. 61.

²⁶ AL – DARDIR, *Shabr mukhtasar Khalil*, II, p. 423.

Si parla di *talaq*, secondo le scuole shafita e hanbalita nei seguenti casi.

- Pronuncia del ripudio da parte del marito;
- *Kbul*;
- Dichiarazione giudiziale nel caso in cui il marito si rifiuti di concedere alla moglie il divorzio in ipotesi di *ila*.

Sempre secondo la giurisprudenza shafita e hanbalita si avrebbe *faskh* nei seguenti casi:

- Difetto di uno degli sposi;
- Difficoltà del marito nel mantenere la sposa;
- *Li'an*;
- Apostasia di uno degli sposi;
- Rovina del matrimonio;
- Mancanza di *kafa'* degli sposi.

Per la scuola malichita si è in presenza di *talaq* nei seguenti casi:

- Pronuncia della parola *talaq* da parte del marito;
- *Kbul*;
- Difetto di uno degli sposi;
- Difficoltà del marito nel mantenere la moglie;
- Danno morale o fisico;
- *Ila*;
- Mancanza di *kafa'* tra gli sposi.

Si ha invece *faskh*, per la scuola malichita in caso di:

- *Li'an*;
- Vizio del matrimonio;
- Rinneamento dell'Islam da parte di uno degli sposi.

L'accordo matrimoniale può rompersi per il comportamento di una delle parti o nel caso in cui il marito sia imprigionato a vita, o sia assente e non dia notizie di sé. In questi casi si parla di *shiqaq* e la moglie ha diritto di chiedere il divorzio, ma qualora non lo facesse, il matrimonio permanerebbe.

Secondo alcuni, in caso di apostasia di uno dei coniugi il matrimonio dovrebbe essere giudizialmente annullato attraverso il divorzio, ma secondo altri giuristi islamici in questo caso il matrimonio si scioglierebbe *ipso facto*, senza bisogno di ricorrere al giudice e al divorzio. Se una coppia di non musulmani si convertisse all'Islam, il matrimonio perdurerebbe, ma se uno solo si convertisse, il matrimonio diverrebbe nullo senza bisogno di ricorrere al divorzio. Se il marito accettasse l'Islam, mentre la donna rimanesse ebrea o

cristiana, egli potrebbe tenerla come moglie, ma non nel caso in cui sia una politeista, a meno che non accetti anche lei immediatamente l'Islam.

Quando un rapporto si sia logorato al punto di giungere alla rottura, al marito non è permesso di lasciare la moglie in una condizione di incertezza, senza lasciarla né continuare a stare insieme a lei. Il Corano si esprime al riguardo dicendo che «Non potrete mai essere equi con le vostre mogli, anche se lo desiderate. Non seguite però la vostra inclinazione fino a lasciarla come in sospeso. Se poi vi riconcilierete e temerete [Allah] ebbene Allah è perdonatore, misericordioso²⁷».

Il ripudio può essere pronunciato oralmente o reso per iscritto. Doi²⁸ ritiene necessaria la presenza di due testimoni al momento del ripudio, ma di ciò non vi è traccia nelle fonti shafite e hanafite, pur essendo tale elemento espressamente richiesto nel Corano, come citato *supra* e richiesto dalla giurisprudenza malichita²⁹.

Elemento essenziale nel ripudio è l'intenzione di sciogliere il vincolo matrimoniale. Secondo la scuola hanafita, il ripudio è valido anche se pronunciato in stato di rabbia, incoscienza o intossicazione (ubriachezza)³⁰.

Sempre secondo la scuola hanafita, il ripudio è valido anche se pronunciato per scherzo o sotto minaccia, a differenza di quanto previsto dalla giurisprudenza shafita³¹. Per la giurisprudenza malichita il ripudio dato sotto l'influsso della violenza è rescindibile, ma quello pronunciato in stato di rabbia no, dato che la rabbia può diminuire la volontà, ma non escluderla³². Il ripudio pronunciato in stato di rabbia è valido solo per le scuole malichita e hanafita, non per quelle shafita e hanbalita. Se un uomo pronuncia il ripudio in modo da sentire la sua voce, esso è valido sia se reso in presenza di qualcuno sia se pronunciato senza che vi sia nessuno, sia che la moglie oda tale pronuncia o meno³³.

Nel caso in cui il ripudio sia pronunciato da una persona le cui facoltà mentali siano alterate per un'inescusabile intossicazione o per aver assunto dei farmaci che ne alterino lo stato mentale, per la giurisprudenza shafita e malichita il ripudio è valido. Quando, invece, si tratta d'intossicazione invo-

²⁷ Corano, 4.129.

²⁸ 'ABDUR RAHMAN I. DOI, *Shariah*, cit., p. 173.

²⁹ DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., p. 261.

³⁰ ASHRAF ALI THANWI, *Babishti*, cit., p. 227.

³¹ AHMAD IBN NAQIB AL – MISRI, *Reliance*², cit., p. 557.

³² DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., p. 258.

³³ ASHRAF ALI THANWI, *Babishti*, cit., p. 228.

lontana, il ripudio non produce alcun effetto³⁴.

Il ripudio può essere pronunciato solo dal marito, come emerge dal Corano, ed è valido quando le seguenti condizioni sono rispettate:

- Il marito deve essere sano (*aqil*)³⁵;
- Non deve essere un minore (*Baliqh*);
- Deve essere dotato di discernimento (*Mukhtar*).

Il ripudio è un diritto personale, che il marito deve esercitare personalmente o per mezzo di mandatario speciale. È controverso, nel diritto shafita se questo mandatario possa essere una donna. Il marito non può concederne l'esercizio ad altri né essere da altri sostituito. Egli può, tuttavia, conferire alla moglie il mandato di dar ripudio a se stessa: questo mandato può essere generale (facoltà data alla moglie di dar ripudio a se stessa quando a lei piacerà (*tabyir*), o speciale (facoltà di dar ripudio in certe circostanze (*tamlík*).

Se il ripudio è pronunciato da un bambino o da un malato di mente non è valido.

Per la scuola malichita, se il ripudio è pronunciato per scherzo, si presume valido a meno che le circostanze non provino il contrario³⁶.

Per la scuola shafita ci sono varie categorie di ripudio: *sunna* (secondo la tradizione profetica), frutto di innovazione vietata, né *sunna* né frutto di innovazione vietata.

Il ripudio *sunna* consiste nella sua pronuncia in un intervallo tra i cicli mestruali della donna, durante il quale non siano intercorsi rapporti sessuali tra i coniugi. Secondo la giurisprudenza hanafita si ha un ripudio *sunna* quando si pronunciano tre ripudi in tre separati intervalli di purità della donna (*tubr*), durante i quali non vi siano stati rapporti sessuali tra i coniugi. *Idem* per la scuola malichita³⁷

Si ha una forma di innovazione illecita se il ripudio è pronunciato quando la donna ha le mestruazioni o durante l'intervallo tra due cicli, quando però in tale intervallo vi siano stati rapporti sessuali tra moglie e marito. Non si ha innovazione illecita, in questi casi, quando trattasi di *kbul*³⁸ e non di *talaq*.

La pronuncia di tre ripudi in una volta sola è considerata un'innovazione illecita e chi divorzi in tal modo è ritenuto un peccatore.

³⁴ DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., p. 258.

³⁵ Il ripudio del malato è ritenuto valido dalla giurisprudenza malichita: DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., p. 256.

³⁶ DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., p. 260.

³⁷ DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., pp. 254 s.

³⁸ Dell'istituto del *kbul* ci occuperemo *infra*.

Ciò sulla base dell'affermazione coranica «Si può divorziare due volte. Dopo di che, trattenetele convenientemente o rimandatele con bontà [...]»³⁹

Non si ha né *sunna* né innovazione vietata quando la donna non è ancora pubere, è in menopausa, incinta, o quando ancora non ci siano stati rapporti sessuali tra i coniugi.

Per la giurisprudenza hanafita si distingue tra *talaq – e – bayyn*, che si ha quando il matrimonio è definitivamente rescisso e non è possibile per la coppia vivere insieme senza celebrare un nuovo matrimonio; *talaq – e mughalliza*, nel qual caso la coppia non potrà tornare insieme se prima la donna non abbia sposato un altro uomo e divorziato da lui; *talaq – e – rajaie*, quando il matrimonio non è rescisso e il marito si pente dopo aver pronunciato uno o due ripudi, nel qual caso non occorre un nuovo matrimonio, e il marito può continuare a vivere con la moglie se decide di tornare a lei prima dello scadere della *iddab*⁴⁰.

Il ripudio non richiede formule solenni. Basta qualunque espressione che indichi nel marito la volontà di sciogliere il vincolo nuziale.

Le parole che danno luogo a un ripudio possono essere esplicite o allusive: nel primo caso il ripudio è valido a prescindere dall'intenzione, mentre nel secondo caso si ha ripudio solo se il marito intendeva appunto divorziare.

Un esempio di ripudio esplicito si ha quando il marito dice «io divorzio da te» o «tu sei divorziata». In questo caso il ripudio è valido a prescindere dall'intenzionalità delle parole. Per la giurisprudenza hanafita questo tipo di ripudio si chiama *sarih talaq* (ripudio definitivo).

Esempi di parole allusive sono «adesso sei da sola», «sei libera» etc. In questi casi il ripudio sarà valido solo se la pronuncia di tali frasi è avvenuta intenzionalmente allo scopo di divorziare. Nel *fiqh* (giurisprudenza) hanafita, in questo caso si parla di *talaq – e – kinaya*.

Doi distingue tra *talaq absan* e *talaq al – bidah*. Nella prima ipotesi, il marito pronuncia un unico ripudio, potendo così in seguito cambiare idea e ritornare con la moglie, prima dello scadere del termine della *iddab*; il ripudio è pronunciato quando la moglie è in stato di purità (è vietato pronunciare il ripudio quando la donna ha le mestruazioni); il marito si astiene dall'avere rapporti con la moglie per tre mesi (il periodo della *iddab*)⁴¹. Il ripudio non è infatti lecito in qualsiasi momento: la donna non deve avere mestruazioni al momento della pronuncia dello stesso, deve cioè trovarsi in stato di purità.

³⁹ Corano, 2. 229 s.

⁴⁰ ASHRAF ALI THANWI, *Babishti*, cit., pp. 224 s.

⁴¹ Della *iddab* ci occuperemo *infra*.

Per Qaradawi, la ragione del divieto di ripudiare una donna durante il suo ciclo mestruale risiede nell'eventualità che il marito, impossibilitato ad avere rapporti coniugali, pronunci il ripudio a causa della frustrazione sessuale. È altresì proibito il ripudio che avvenga in un periodo di purità durante il quale, però vi siano stati rapporti tra i coniugi, dato che la donna potrebbe essere incinta e ciò potrebbe far cambiare in seguito idea al marito⁴²

Durante questo periodo il matrimonio sussiste e il marito mantiene la sua autorità sulla moglie: in questo caso caso è possibile che il marito eserciti il suo diritto a tornare con la moglie (*rajah*): «E i loro sposi avranno priorità se, volendosi riconciliare, le riprenderanno durante questo periodo⁴³»

Si parla di *talaq al – bidah* quando il marito pronuncia in una sola volta tre ripudi, nel qual caso non si ha possibilità di pentimento, ma affinché la coppia possa tornare insieme occorre che la moglie sposi un altro uomo, divorzi da lui e si risposi con il primo marito. Per la scuola hanafita, se il secondo matrimonio è celebrato a condizione che il nuovo marito abbia un rapporto sessuale con la donna e poi divorzi, non è valido. A tale proposito, il Corano afferma: «Se divorziate da lei [per la terza volta] non sarà più lecita per lui finché non abbia sposato un altro. E se questi divorzia da lei, non ci sarà peccato per nessuno dei due se si riprendono [...]»⁴⁴.

Sia nel diritto malichita che in quello shafita dipende dall'intenzione del marito se ci si trovi di fronte a un unico, duplice o triplice ripudio.

Si distingue tra *talaq – e – raji* e *talaq – al – ba'in*, nel primo caso è possibile per il marito tornare dalla moglie, nel secondo caso, essendo pronunciati tre ripudi, il vincolo è definitivamente rescisso. Nel primo caso non sono richieste formule solenni perché il marito torni con la moglie: è sufficiente pronunciare una frase del tipo «ti riprendo indietro».

3. Il ripudio condizionale

Si parla di ripudio condizionale, quando l'avverarsi dello stesso dipende dal verificarsi di una circostanza: se il marito dice alla moglie che nel caso in cui lei faccia una determinata cosa o tenga un determinato comportamento sarà ripudiata due o tre volte, qualora si verifichi la condizione il ripudio diverrà efficace.

Al ripudio dato sotto condizione o a termine si applicano le regole generali

⁴² YUSUF QARADAWI, *The lawful*, cit., p. 281.

⁴³ Corano, 2.228.

⁴⁴ Corano, 2.230.

intorno alla condizioni generali circa la condizione e il termine. Il ripudio si considera quindi definitivo, per la giurisprudenza malichita, se:

- è subordinato al verificarsi di un fatto passato impossibile;
- è subordinato ad un fatto futuro certo o da cui è impossibile astenersi, o ad un termine certo;
- è subordinato ad un fatto che non può accertarsi sul momento o in modo assoluto;
- è subordinato ad un fatto futuro e incerto;
- è subordinato ad un fatto futuro illecito, quindi impossibile giuridicamente;

Invece il ripudio condizionato non ha effetto, sempre per la scuola malichita se:

- è subordinato a un fatto futuro impossibile o a un fatto inesistente;
- è subordinato alla volontà di un terzo di cui è impossibile conoscere la decisione;
- è subordinato a un termine troppo remoto perché i coniugi abbiano probabilità di giungervi;

Se il ripudio è sottoposto ad una duplice condizione, esso ha luogo solo se entrambe le condizioni si verificano.

La condizione cui è sottoposto il ripudio deve essere pronunciata espressamente così come il ripudio stesso deve essere esplicitato. Se il marito ripudia verbalmente la moglie, ma non dichiara la condizione cui è sottoposto il ripudio, questo avrà luogo a prescindere dal verificarsi della condizione.

Il ripudio parziale o frazionato vale ripudio completo per tutte le scuole.

4. *Ila*

Qualora un uomo giuri su Dio di non avere rapporti sessuali con la moglie, si parla di *ila*⁴⁵.

In tal caso, trascorsi quattro mesi senza che ci siano stati rapporti tra i due, il divorzio sarà efficace e la coppia non potrà riunirsi se non con un nuovo matrimonio. Per alcuni giuristi, il matrimonio si scioglierebbe automaticamente allo scadere dei quattro mesi, per altri occorrerebbe, invece, l'intervento del giudice⁴⁶.

⁴⁵ Sull'*ila* si vedano DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., pp. 267 ss.; ASHRAF ALI THANWI, *Babibti*, cit., pp. 235 ss.; AHMAD IBN NAQIB AL MISRI, *Reliance*², cit., pp. 565 s.

⁴⁶ YUSUF QARADAWI, *The lawful*, cit., p. 291.

«Per coloro che giurano di astenersi dalle loro mogli è fissato un termine di quattro mesi⁴⁷».

Se invece l'uomo violi il giuramento prima dei quattro mesi e abbia rapporti sessuali con la moglie prima dello scadere dei quattro mesi, non ci sarà divorzio, ma il marito sarà tenuto alla pena prevista per avere rotto un giuramento (liberazione di uno schiavo, digiuno per sessanta giorni di seguito, o nutrimento di un povero a pranzo e a cena per sessanta giorni).

Non si parla di *ila* quando il giuramento è fatto per meno di quattro mesi.

Se l'uomo giura di non avere mai più rapporti sessuali con la moglie e non rompe il giuramento, dopo quattro mesi il divorzio sarà efficace. Qualora poi risposi la stessa donna, ma continui a non avere rapporti con lei per altri quattro mesi, si avrà un secondo divorzio. Se i due si risposassero per la terza volta e ancora il marito si astenesse dal congiungersi con la moglie, si avrebbe un divorzio definitivo, ma se la moglie sposasse un altro uomo, divorziasse e tornasse con il primo marito, quand'anche questi continui a prestar fede al suo giuramento, non ci sarebbe divorzio, ma egli sarebbe tenuto alla pena prevista per la rottura di un giuramento se avesse rapporti con la moglie.

Se un uomo divorzia dalla moglie e solo in seguito giura di non avere rapporti sessuali con lei, non si può parlare di *ila*.

Qualora il marito non faccia un giuramento ma dica alla moglie che nel caso in cui vi fosse un rapporto sessuale tra i due, ciò rappresenterebbe un divorzio per lei, si tratterebbe di *ila* e in caso di rapporto sessuale si verificherebbe un *talaq – e – raji*. Se l'uomo invece si astenesse dai rapporti sessuali, dopo quattro mesi avrebbe luogo un divorzio definitivo.

Per gli shafiti, giurare di non avere rapporti con la propria moglie per più di quattro mesi è illecito⁴⁸.

Secondo i malichiti la *ila* può essere espressa o tacita e risultare dal fatto di astenersi dai rapporti coniugali per più di quattro mesi, senza giusto impedimento da parte del marito (malattia, prigionia etc.) Secondo gli shafiti l'impedimento della moglie per malattia, prigionia etc. interrompe il termine dell'*ila*.

Per i malichiti il giuramento di astinenza richiede la volontà di sciogliere il vincolo nuziale. Quindi non produce ripudio:

- se è ristretto ad un tempo limitato (due mesi o quattro al massimo), poiché in questo caso si presume che abbia natura religiosa;

⁴⁷ Corano, 2.226.

⁴⁸ AHMAD IBN NAQIB AL – MISRI, *Reliance*, cit., p. 566.

- se è diretto ad una moglie che allatta, poiché si presume fatto per riguardo alla salute del bambino;
- se proferito da un malato, poiché si presume fatto per ragioni di salute⁴⁹;
- se è diretto ad una moglie impubere o emesso da un vecchio decrepito, da un impotente, o da un eunuco.

Quando il giuramento è fatto senza determinazione di tempo o per un periodo superiore ai quattro mesi, la moglie ha facoltà, dopo quattro mesi dal giuramento di chiedere al *qadi* che il marito sia costretto o a dar ripudio oppure a reintegrare i rapporti coniugali. Il *qadi* assegna al marito un termine di quattro mesi a decorrere dal giorno del giuramento, in caso di giuramento semplice o dal giorno del decreto del giudice se il giuramento è condizionale⁵⁰.

5. *Khul*

Il termine *khul* deriva da *khul – al – thaub*, togliersi un abito, dato che il Corano definisce gli sposi una veste l'uno per l'altra. Nella legislazione islamica esso indica il divorzio ottenuto dalla donna o da qualcuno in suo nome in cambio di un riscatto⁵¹.

Così come la *shariah* ha previsto il diritto dell'uomo di ripudiare la moglie, anche la donna può chiedere il divorzio quando ve ne sia necessità data l'impossibilità di continuare la vita familiare, ad esempio a causa dei maltrattamenti del marito. Mentre, però, l'uomo può in qualsiasi circostanza ripudiare la moglie, questa è tenuta a ricorrere a un *qadi* per ottenere il divorzio, subordinatamente al consenso del marito. Così si esprime il Corano al riguardo: «Se temete di non poter osservare i limiti di Allah, allora non ci sarà colpa se la donna si riscatti⁵²».

I giuristi malichiti definiscono il *khul* come *al – talaq bil'iwad* (divorzio dando qualcosa in cambio). I giuristi hanafiti parlano di fine del matrimonio

⁴⁹ *L'ila* del malato è valido per gli shafiti.

⁵⁰ DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., pp. 267 s.

⁵¹ Sul *khul* si vedano DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., pp. 271 ss.; ASHRAF ALI THANWI, *Bahishti*, cit., pp. 237 ss.; Ahmad ibn Naqib Al Misri, *Reliance*, cit., pp. 562 s.; 'ABDUR RAHMAN I. DOI, *Shariah* cit., 192 ss.; YUSUF QARADAWI, *The lawful*, cit., pp. 288 s.

⁵² Corano, 2.229.

consensuale sia che si pronuncii la parola *khul* sia che si adoperi un'altra formula. Per i giuristi shafiti occorre la pronuncia della parola *khul* e il divorzio può avvenire sulla base di un accordo tra le parti o di una pronuncia giudiziale, sulla base del pagamento da parte della moglie di una somma al marito che non ecceda i limiti del *mahr*.

Il *khul* trova fondamento nelle parole del Corano: «Se una donna teme la disaffezione del marito o la sua avversione, non ci sarà colpa alcuna se si accorderanno tra loro. L'accordo è la soluzione migliore⁵³».

Tutti i giuristi concordano sulla legittimità del *khul*. Per l'imam Malik se il marito costringe la moglie a procedere al *khul*, questa avrà diritto a riavere la dote, ma la separazione sarà efficace.

Il *khul* può essere richiesto solo in circostanze estreme: il profeta Muhammad disse: «Se una donna chiede il divorzio dal marito senza una ragione specifica, non odorerà la fragranza del paradiso⁵⁴».

Il *khul* è *makruh* (detestabile) a meno che non si tema di non riuscire ad osservare i limiti di Allah senza che intervenga la separazione. Il divorzio può essere concesso dal giudice nei seguenti casi:

- maltrattamenti abituali della moglie;
- inadempimento dei termini del contratto matrimoniale;
- malattia mentale del marito;
- incurabile incapacità del marito;
- abbandono del tetto coniugale senza provvedere alla moglie;
- ogni altro caso in cui un *qadi* ritenga di giustificare un divorzio.

Per quanto riguarda la possibilità di procedere al *khul* durante il ciclo mestruale della donna, vi sono opinioni discordi: per un noto giurista malichita⁵⁵, se la donna vuole divorziare in cambio del pagamento, è un suo diritto farlo anche se ha le mestruazioni. I giuristi hanafiti lo considerano *makruh*, mentre i giuristi hanbaliti lo considerano legittimo.

L'unica differenza tra *khul* e *talaq* sta nel fatto che quest'ultimo è pronunciato dall'uomo senza che venga richiesta alcuna forma di pagamento alla moglie. Di solito si ricorre al *khul* quando il marito non vuole divorziare e la moglie lo persuade promettendogli una somma di denaro.

Il *khul* non può essere efficace senza il consenso del marito. Non è valido il *khul* di un bambino o di un malato di mente.

Come sottolineato dalla giurisprudenza malichita, il *khul* implica sempre

⁵³ Corano, 4.128.

⁵⁴ AL – SHAUKANI, *Fath al – Qadir*, 1.2141.

⁵⁵ AL – KHARASHI, *Sharh al – Kharashi*, 3.169.

per la moglie un'alienazione di patrimonio, e quindi richiede nella donna la capacità di obbligarsi.

Pertanto non può concludere il *khul*:

- La donna insolvente;
- La donna inabilitata per prodigalità;
- La fanciulla impubere non assistita dal padre o dal tutore e, allo stesso modo, la fanciulla pubere se il matrimonio non è stato consumato⁵⁶.

Se tale convenzione avviene prima della consumazione del matrimonio, per la giurisprudenza malichita si chiama *mubara'ab* (reciproca liberazione): la *mubara'ab*, dice Malik, avviene quando prima della consumazione del matrimonio, la moglie dica al marito «prendi ciò che mi hai dato e lasciami⁵⁷».

Quindi, se moglie e marito non possono continuare a convivere e il marito si rifiuta di divorziare, la moglie gli può concedere una certa somma per liberarla, o può rinunciare alla dote (*mahr*) che le è dovuta. In tal caso, per la giurisprudenza hanafita la donna dovrebbe dire di rinunciare alla dote e il marito può lasciarla. Se il marito la lascia, si ha un divorzio definitivo. Ma se il marito non risponde alla proposta contestualmente alla stessa, non si ha *khul*: questo presuppone la contemporaneità della proposta e dell'accettazione. Se il marito afferma di liberare la moglie, e questa accetta, si ha *khul*, ma se la donna non risponde, non accetta o se ne va, non si ha *khul*. Se la donna resta in silenzio e l'uomo afferma di averla lasciata e la donna in seguito si mostra d'accordo, si ha *khul*.

Se il marito afferma di aver lasciato la moglie senza far riferimento ad alcun pagamento, nulla è dovuto. Se la dote non è stata ancora versata, non è più dovuta, altrimenti non è necessario restituirla.

Se la donna chiede il divorzio dietro il pagamento di una certa somma, non si ha *khul*, ma *talaq* e la donna avrà diritto alla sua dote e l'uomo al pagamento della somma promessa.

Se il marito afferma di divorziare dalla donna per una certa somma, questa può accettare e pagare, nel qual caso si ha *talaq*, o non accettare. L'accettazione deve essere contestuale alla proposta.

Il *khul* di una donna afflitta da una malattia mortale è valido, e se la donna muore durante la *iddah*, secondo la scuola hanafita il marito riceverà quanto risulta essere il meno tra le seguenti cose: o l'ammontare stabilito per il perfezionamento del *khul*, o un terzo delle proprietà della donna dopo che

⁵⁶ DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, p. 273.

⁵⁷ DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, p. 272.

siano stati pagati i debiti o la sua quota ereditaria. Invece, per la giurisprudenza malichita, la donna malata è incapace di divorziare mediante *kbul*, in quanto questo offrirebbe un mezzo per eludere la legge successoria, potendo la donna offrire al marito una somma maggiore di quella gli spetterebbe in via ereditaria⁵⁸.

Per la giurisprudenza hanbalita il *kbul* negoziato da altri che la donna è nullo, mentre per le scuole malikita, hanafita e shafita esso è valido. Nel *Muhalla* si dice che il *kbul* negoziato dal padre della donna è nullo⁵⁹. Allo stesso modo non è permesso il *kbul* in favore di una malata di mente o di una minorenni, sia che sia effettuato dal padre che da chiunque altro. Per la scuola shafita non vi è differenza se il *khul* è posto in essere dal padre, dal tutore o da un estraneo. Per la scuola hanafita il padre della donna o un estraneo possono porre in essere il *kbul* per lei solo con il suo consenso. Per la giurisprudenza malikita il *kbul* di una minorenni o di una donna malata di mente è illegittimo. Se il padre lo pone in essere in favore della figlia minore o malata di mente esso sarà valido, sia che venga ottenuto cedendo parte delle proprietà del padre, sia della figlia, con o senza il suo consenso. Per la scuola hanafita il *kbul* di una minorenni o di una malata di mente è nullo.

6. *Zihar*

Zihar significa pronunciare delle parole che hanno l'effetto di un divorzio. Si tratta di una forma di ripudio rimasta nell'Islam come ricordo dell'Arabia antica⁶⁰.

In epoca preislamica, quando un uomo diceva a sua moglie «tu sei per me come la schiena (*zahr*) di mia madre», ciò valeva come ripudio irrevocabile, perché significava che egli s'interdiceva ogni rapporto sessuale con la donna. Il Corano non ha abolito questa forma di ripudio: «Quanti fra voi che ripudino le loro mogli dicendo: “Sii per me come la schiena di mia madre” [sappiano che] esse non sono affatto le loro madri [...]. Coloro che paragonano le loro mogli alla schiena delle loro madri e poi si pentono di quello che hanno detto, liberino uno schiavo prima di riprendere i rapporti coniugali [...]. E colui che non ne abbia i mezzi digiuni [allora] per due mesi consecutivi prima

⁵⁸ DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., p. 273.

⁵⁹ *Hurriyah al-Zawajan*, 2.557.

⁶⁰ Sul *Zihar* si vedano DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., pp. 269 ss.; ASHRAF ALI THANWI, *Bahishti*, cit., pp. 240 ss.; 'ABDUR RAHMAN I. DOI, *Shariah*, cit., pp. 184 ss.

di riprendere i rapporti coniugali. E chi non ne abbia la possibilità nutra sessanta poveri⁶¹».

Per essere valido, il *zihar* deve essere pronunciato da un marito pubere, sano di mente e abile all'atto sessuale.

Si può pronunciare il *zihar* anche verso una moglie già ripudiata con divorzio revocabile, ma non se siano intervenuti i tre divorzi che rendono la separazione definitiva.

Il *zihar* può essere pronunciato in modo esplicito o indiretto, nel qual caso la portata delle espressioni adoperate dipende dall'intenzione del marito.

Se il marito afferma che la moglie è uguale a sua madre, bisogna vedere che cosa intende con tale affermazione. Se la comparazione riguarda l'età o la rispettabilità, *nulla quaestio*. *Idem* nel caso in cui l'uomo abbia pronunciato tale frase senza uno scopo preciso. Se però dicendo ciò, egli intendeva divorziare, si avrà, per la scuola hanafita, un divorzio definitivo, mentre per la scuola malikita si ha un divorzio revocabile. Se considerava la donna ancora sua moglie, ma intendeva rendere illecito ogni rapporto intimo con la stessa, dovrà continuare a mantenerla. In questo caso si parla di *Zihar*.

Il marito non potrà più avere rapporti sessuali con la moglie, né baciarla, né abbracciarla a meno di sottostare alla pena prevista per la rottura di un giuramento. Nel caso in cui egli rompa il giuramento e non espia la pena prevista commetterà un peccato grave.

La stessa regola si applica nel caso in cui il marito abbia paragonato la moglie a sua figlia o a sua sorella.

Se durante il *zihar* il marito si astiene dai rapporti coniugali e non espia dunque la pena per la rottura del giuramento, non si ha né divorzio né *ila*.

Non è vietato guardare la moglie o parlare con lei durante il *zihar*, ma è proibito guardare le sue parti intime.

Se il *zihar* è inteso per un periodo determinato e il marito si astiene dai rapporti coniugali per questo periodo, ma li riprende in seguito, non è prevista alcuna punizione.

Un minore o un malato di mente non possono pronunciare il *zihar*.

Se l'uomo, nell'affermare che la moglie è come sua madre, intendeva divorziare, si avrà un divorzio definitivo; se intendeva *zihar*, allora potrà avere rapporti con lei solo sottostando alla pena prevista.

La moglie, secondo la giurisprudenza malichita può rivolgersi a un *qadi*, che assegna al marito un termine compreso tra i due e i quattro mesi. Spirato il termine, senza che il marito abbia revocato il *zihar*, il *qadi* dichiara sciolto il matrimonio, ad

⁶¹ Corano, 58. 2 ss.

istanza della moglie, la quale dovrà provare l'esistenza di un matrimonio valido tra lei e il marito, il *zihar*, e il rifiuto del marito di reintegrare i rapporti coniugali.

7. *Li'an*

Il *li'an* non è propriamente una forma di ripudio, poiché ha per scopo principale d'impedire che al marito sia attribuita una prole non sua. La risoluzione del matrimonio ne è bensì la conseguenza necessaria, ma subordinata⁶².

Se il marito accusa la moglie di adulterio o afferma che un bambino nato non è suo figlio e la moglie neghi tali accuse, questa si rivolgerà a un *qadi*: il marito dovrà giurare per quattro volte, chiamando Dio a testimone, che la moglie ha commesso adulterio, ha fornicato o semplicemente che non è il padre del bambino e la quinta volta dovrà invocare la maledizione di Allah in caso abbia detto il falso. Quindi la moglie dovrà a sua volta giurare quattro volte che le affermazioni del marito sono false e la quinta volta dovrà invocare la maledizione di Allah, nel caso abbia mentito. Il giudice a questo punto ordinerà la separazione dei coniugi e affiderà il bambino alla madre.

Se il marito si rifiuta di prestare il giuramento, viene trattenuto in carcere finché si decida a prestarlo; se la moglie si rifiuta allo stesso modo, incorre nella pena prevista per l'adulterio.

Il giuramento, per i giuristi malichiti deve essere prestato nella moschea principale del luogo, preferibilmente nell'ora della preghiera pomeridiana, in cui è maggiore il concorso dei fedeli. La donna che non è mussulmana, presta il giuramento nel tempio consacrato al culto cui appartiene.

Per procedere al *li'an* il marito deve essere mussulmano, pubere e sano di mente, nonché unito legittimamente in matrimonio con la donna.

Il *li'an* è un modo di esimersi dalla presunzione di paternità; il marito non ha necessità di ricorrervi quando la paternità è esclusa *ipso iure*, per esempio, se il parto avviene prima di sei mesi dalla celebrazione del matrimonio.

8. *Risoluzione per vizio redibitorio*

Ciascuno dei coniugi può chiedere la risoluzione del contratto matrimoniale quando risulta che l'altro è affetto da malattia tale che renda pericolosa

⁶² Sul *li'an*, si vedano DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., pp. 276 ss.; ASHRAF ALI THANWI, *Bahishti*, cit., p. 243; AHMAD IBN NAQIB AL MISRI, *Reliance*², cit., pp. 574 s.

la convivenza, o da un difetto per cui si rendano impossibili o molto difficili i rapporti coniugali. Pertanto, il marito avrà diritto alla rescissione quando la moglie presenta certe imperfezioni o malattie degli organi genitali, e la moglie l'avrà a sua volta quando il marito è impotente, evirato etc. Il coniuge non può chiedere la rescissione del vincolo, se era a conoscenza del vizio prima del matrimonio o se, sposatosi e scoperto il vizio, lo abbia accettato. I vizi della moglie legittimano la richiesta di rescissione solo se anteriori al matrimonio; quelli del marito anche se posteriori. La differenza sta nel fatto che il marito può sempre rompere il vincolo matrimoniale ricorrendo al *talaq*, a mentre la moglie non potrebbe altrimenti liberarsi dal vincolo.

La rescissione avviene per sentenza di un *qadi*, una volta provata l'esistenza dei vizi in questione: se il vizio o la malattia è incurabile, il giudice rescinde immediatamente il matrimonio; se vi è possibilità di cura, il giudice assegna al coniuge infermo un anno per la cura. Durante questo periodo è vietato ogni rapporto tra i coniugi ed è escluso il mantenimento della moglie. Negli altri casi il termine varia a discrezione del giudice.

In caso di impotenza anteriore al matrimonio, il giudice concede un anno al marito per curarsi: il marito può riprendere *ad nutum* i rapporti con la moglie e se dichiara sotto giuramento di avere adempiuto al suo dovere coniugale, la sua affermazione fa fede e non si ha rescissione. Trascorso invece un anno senza che i rapporti siano ripresi, il giudice dichiara sciolto il matrimonio.

9. *Risoluzione per inadempienza*

Come ogni altro contratto, il matrimonio può essere sciolto per inadempienza.

Sono casi di inadempienza il mancato versamento della dote da parte del marito, il mancato mantenimento della moglie, il mancato rispetto di una clausola espressa del contratto matrimoniale.

Anche in questo caso lo scioglimento del vincolo viene pronunciato da un *qadi*, e la sentenza diviene definitiva allo scadere della *iddah*.

10. *Risoluzione ex officio iudicis*

Il contratto matrimoniale viene rescisso *ex officio* nei seguenti casi:

- Quando, prima della consumazione, insorge tra i coniugi una contestazione circa l'ammontare della dote: in questo caso si procede al giuramento di entrambe le parti, e se le dichiarazioni sono inconciliabili o le

- parti si rifiutano di giurare, il matrimonio viene sciolto;
- Quando il marito abusa della sua autorità maritale: se la moglie lamenta maltrattamenti o sevizie da parte del marito, nei casi in cui la querela è provata, il giudice si limita ad ammonire severamente il marito o ad infliggere una pena correzionale. Nei casi più gravi, il *qadi* affida la donna a persone di sua fiducia e scioglie senz'altro il vincolo. Se la brutalità del marito è tale da far temere ritorsioni, il giudice pronuncia un triplice divorzio, di modo che il marito non possa revocarlo.
- Quando il carattere della moglie o del marito impediscano la convivenza.

Il giudice, in questo caso deve affidare il caso a due arbitri, come previsto nel Corano, che provvederanno al tentativo di conciliazione. Se la colpa è della moglie, non si ha risoluzione del contratto, ma si dà facoltà al marito di procedere alle punizioni previste nel Corano. Se la colpa è del marito, si ha risoluzione del contratto e gli arbitri decidono circa le reciproche indennità dovute dai coniugi. Il giudice deve sempre omologare la decisione degli arbitri. In tutti i casi di matrimonio sciolto *ex officio*, si ha un divorzio definitivo, non revocabile dal marito.

11. *Iddah*

Il termine *iddah* deriva dall'arabo *al - 'adad* (numero) e indica il periodo che una donna deve attendere prima di potersi risposare in caso di divorzio o vedovanza.

Nel presente studio ci si limiterà a discutere della *iddah* prevista in caso di divorzio.

Il Corano afferma che: «Le donne divorziate osservino un ritiro della durata di tre cicli, e non è loro permesso di nascondere quello che Allah ha creato nei loro ventri [...]. E i loro sposi avranno priorità se, volendosi riconciliare, le riprenderanno durante questo periodo⁶³».

La *shariah* enfatizza la riconciliazione come migliore soluzione per una coppia piuttosto che il divorzio, per questo il Corano ha previsto un periodo di attesa dopo la pronuncia del divorzio affinché i coniugi possano avere il tempo di ripensare alla loro decisione ed eventualmente tornare sui propri passi per il bene della famiglia. Naturalmente ciò non è più possibile quando siano stati pronunciati tre divorzi.

⁶³ Corano, 2.228.

Inoltre la *iddah* serve a stabilire se la donna sia incinta del marito, di modo che non vi sia confusione sulla paternità del bambino qualora la donna intenda risposarsi.

La durata della *iddah* è prevista nel Corano: per le donne fertili tre cicli mestruali, per quelle in menopausa tre mesi: «Se avete qualche dubbio a proposito di quelle delle vostre donne che non sperano più nel mestruo, il loro termine sia di tre lunazioni. Lo stesso valga per quelle che non hanno ancora il mestruo. Quelle che sono incinte avranno per termine il parto stesso⁶⁴».

Per i giuristi hanafiti la *iddah* si conclude al terzo ciclo mestruale della donna, per gli shafiti al terzo periodo di purità tra i cicli mestruali.

In caso di *kbul*, la *iddah* ha la durata di un ciclo mestruale della donna

La *iddah* non è prevista qualora il matrimonio non sia stato consumato: «O credenti! Quando sposate le credenti e poi divorziate da esse senza averle toccate, non saranno obbligate a rispettare un periodo d'attesa⁶⁵». Per la scuola hanafita, però, la *iddah* è prevista anche quando, pur non essendoci stati rapporti sessuali, i coniugi siano rimasti insieme da soli, di modo che tali rapporti avrebbero potuto aver luogo. Al contrario, gli shafiti non ritengono necessaria la *iddah* quando i coniugi siano rimasti da soli senza avere rapporti coniugali.

I giuristi hanno opinioni differenti circa la possibilità per la donna di uscire di casa durante la *iddah*. Per i giuristi hanafiti, la donna, durante tale periodo, non può uscire di casa né di giorno né di notte. Durante la *iddah* la donna ha diritto ad essere mantenuta dal marito e quindi non è lecito per lei lasciare la casa del marito come se fosse ancora sua moglie. Per i giuristi hanbaliti la donna può uscire di giorno ma non di notte. Il divieto di uscire la notte senza ragione ha natura precauzionale, mentre di giorno la donna può uscire e attendere ai propri doveri.

La donna non può risposarsi durante il periodo della *iddah* e nel caso di *talaq - e - rajaie* il marito può cambiare idea e riprendersi la moglie. Allo scadere della *iddah* il divorzio diviene definitivo e se la coppia vuole tornare insieme occorre un nuovo matrimonio

Per l'imam Abu Hanifa la donna, durante la *iddah* ha diritto al mantenimento e a un luogo dove trascorrere il ritiro sia che il divorzio sia irrevocabile sia nel caso di *talaq - e - rajaie*, ma in quel caso dovrà trascorrere il periodo di attesa nella casa del marito. Il mantenimento è considerato alla stregua di un debito insorto al momento del divorzio. L'imam Malik e l'imam Shafi

⁶⁴ Corano, 65.4.

⁶⁵ Corano, 33.49.

sostengono che la donna non ha diritto al mantenimento a meno che non sia incinta. Ahmad bin Hanbal, invece, nega sia il diritto al mantenimento sia quello ad un luogo dove trascorrere la *iddab*.

Sempre a proposito della *iddab*, il Corano afferma: «O Profeta, quando ripudiate le vostre donne, ripudiatele allo scadere del termine prescritto e contate bene il termine».

La donna divorziata deve quindi risiedere nell'abitazione del marito, e questi non può allontanarla. Anche se il divorzio non è avvenuto nella casa coniugale, questa è tenuta a farvi ritorno per trascorrervi la *iddab*: « [...] non scacciatele dalle loro case, ed esse non se ne vadano, a meno che non abbiano commesso una provata indecenza⁶⁶».

12. *La custodia dei figli*

Altra conseguenza dello scioglimento del vincolo matrimoniale è l'affidamento dei figli a uno dei genitori: le scuole sunnite concordano nell'affidare i figli alla madre, in caso di divorzio, anche qualora non sia musulmana.

Per gli hanafiti tale affidamento dura sette anni per i maschi e nove per le femmine, dopo di che i figli possono decidere presso chi risiedere. Per gli hanbaliti il termine è di sette anni per ambo i sessi; per i malichiti il termine coincide con la pubertà per il maschio e il matrimonio per la femmina. Per gli shafiti non vi è un limite preciso e i figli rimangono presso la madre fino a quando non sono capaci di scegliere liberamente.

Tutte le scuole sunnite concordano nel ritenere che la madre possa perdere l'affidamento qualora si risposi con un terzo privo di alcun legame con la famiglia del primo marito, nel qual caso la custodia passa alla nonna materna e, successivamente ad altri parenti, solitamente di sesso femminile⁶⁷.

Per gli shafiti e gli hanbaliti, la donna ha diritto ad un rimborso per le spese connesse all'affidamento e per la custodia stessa, da prelevarsi dal patrimonio del bambino o, subordinatamente, da quello del padre. Per i malichiti, invece, la custodia non è soggetta a rimborso.

⁶⁶ Corano, 65.1.

⁶⁷ AHMAD 'ABD AL - WALIYY VINCENZO, *Islam*, cit., pp. 124 s.

13. *Brevi cenni al ripudio e al divorzio in diritto romano*

L'istituto in esame⁶⁸ è strettamente collegato, a Roma, alla concezione del matrimonio, che riposava sulla volontà effettiva e continua dei coniugi, fra i quali esistesse il *conubium*, di essere durevolmente uniti in matrimonio.

La semplice cessazione di tale volontà, anche da parte di uno solo dei coniugi, scioglieva *ipso iure* il vincolo matrimoniale. Il diritto classico non prevede alcuna forma speciale di divorzio.

I giuristi parlano, in tal caso, indifferentemente di *divortium* o *repudium*; alcuni, però opinano che il primo termine indichi la cessazione della volontà, cioè lo scioglimento del vincolo; l'altro la denuncia dell'intenzione di essere marito e moglie. Un passo delle *Declamationes* attribuite a Quintiliano⁶⁹ dice che *matrimonium duobus generibus solvitur, aut repudio aut morte alterius*. Festo chiama *repudium* lo scioglimento del matrimonio. Un passo ulpiano (D. 40.9.14.2) chiama ripudio il fatto del marito che caccia la moglie e divorzio quello della donna che se ne va. Tale ultimo brano ricorda vagamente la differenza terminologica tra *talaq* e *khul* esistente nel diritto islamico. Valore più generale hanno due altri passi dei *Digesta*, dove la parola *divortium* trova due spiegazioni etimologiche: la prima, (D. 24.2.2) è *che divortium vel a diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eunt qui distrabunt matrimonium*. L'altra (D. 4.16.19) afferma che *divortium ex eo dictum est, quod in diversas partes eunt qui discedunt*. Nelle costituzioni del Basso Impero, infine, *repudium* è usato per indicare il divorzio unilaterale, *divortium* quello bilaterale.

Riesce arduo accettare oppure respingere l'affermazione di coloro i quali, vantando l'antica austerità dei costumi del popolo romano, hanno detto che questo si è per più di quattro secoli tenuto lontano dal divorzio⁷⁰.

Non si sa a tutt'ora quanto il tema trattato abbia interessato il legislatore

⁶⁸ Sull'argomento, si vedano GIUSEPPE BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, Zanichelli, Bologna, 1886 – 1889; PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I: *diritto di famiglia*, A. Sampaolesi, Roma 1925 pp. 240 ss.; SIRO SOLAZZI, *In tema di divorzio*, in *BIDR.*, n. 34, 1925, pp. 1 ss.; Id., *Studi sul divorzio*, in *BIDR.*, n. 34, 1925, pp. 295 ss.; PERCY ELWOOD CORBETT, *The roman law of marriage*, Clarendon Press, Oxford, 1930, pp. 218 ss.; ANTONIO MARONGIU, s. v. «divorzio (storia)», in *ED.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 482 ss.; EDOARDO VOLTERRA, s. v. «divorzio», in *NNDI.*, VI, Unione tipografica – editrice torinese, Torino, 1981, p. 62 ss.; ALBERTO BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*³, UTET, Torino, 1987, pp. 243 ss.; ANTONIO GUARINO, *Diritto privato romano*¹⁰, Jovene, Napoli, 1994, pp. 261, 548; PASQUALE VOGLI, *Istituzioni di diritto romano*⁶, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 527 ss.

⁶⁹ QUINTILIANO, *Declamationes minores*, 347.

⁷⁰ JÉRÔME CARCOPINO, *La vie quotidienne à Rome à l'apogée de l'Empire*, s. e., Paris, 1939, p. 118.

romano, ma la testimonianza di Svetonio ci induce a sostenere che se ne sia occupato Augusto, con una legge di cui, però, ignoriamo gli estremi, ritenendo alcuni (Rotondi, Carcopino) trattarsi della *lex Iulia de maritandis ordinibus*, altri (Volterra) della *lex Iulia de adulteriis*. Secondo Volterra⁷¹, la norma, ricostruita in D. 48.5.44 [43]: *onde nullum divortium ratum est; nisi septem civibus romanis pueribus adhibitis praeter libertum eius, quae divortium facit*, sarebbe stata voluta solo come condizione necessaria e sufficiente ad escludere il delitto di adulterio della donna coniugata⁷². Anche Gaio e Giuliano (D. 48.5.44 [43]) escludevano le conseguenze penali di tale relazione e l'eventuale accusa di lenocinio al marito, solo qualora la donna avesse divorziato o fosse stata ripudiata secondo le debite forme, essendo invece sufficiente a sciogliere il matrimonio, a tutti gli altri effetti, la cessazione della comune volontà degli sposi di essere marito e moglie.

Con la diffusione del Cristianesimo e la progressiva cristianizzazione dell'Impero, si afferma l'idea della perpetuità del vincolo matrimoniale: ciò nonostante, il divorzio non viene abolito, ma vengono posti limiti sempre più incisivi al suo esercizio. Ad essere preso di mira fu soprattutto il divorzio unilaterale, mentre minori furono gli interventi relativi al divorzio bilaterale⁷³.

Un primo colpo alla libertà di scioglimento del matrimonio è dato da una costituzione di Costantino del 331 (CTh. 3.16): l'imperatore afferma che il divorzio non è lecito se esso non sia giustificato da motivi gravi e precisi. Non sarà lecito, afferma, alle mogli prese da insana cupidigia intimare ai loro mariti il libello di ripudio, accusandoli senza fondamento di essere ubriacconi, giocatori d'azzardo, donnaioli. Né sarà consentito ai mariti di mandare via la moglie *ad libitum*.

Secondo tale costituzione le mogli potranno ripudiare i mariti solo quando saranno in grado di dare la prova che essi si siano macchiati di omicidio, veneficio, violazione di sepolcri: in questo caso conserveranno le loro doti. Per poter divorziare dalle loro mogli, invece, i mariti dovranno dimostrare che esse siano state infedeli, o avvelenatrici, o mezzane. Se il ripudio avveniva al di là dei casi previsti, i mariti erano tenuti a restituire la dote, ad astenersi

⁷¹ EDOARDO VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, 1934, pp. 387 ss.

⁷² Sui rapporti tra divorzio e adulterio, si veda CARLO VENTURINI, *Divorzio informale e 'crimen adulterii'*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, Fundacion Seminario de Derecho Romano «Ursicino Alvarez», Madrid, 1992, pp. 133 ss.

⁷³ Circa il divorzio in epoca imperiale, si vedano EDOARDO VOLTERRA, *Ancora sulla legislazione imperiale in tema di divorzio*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, V, Istituto editoriale cisalpino – la Goliardica, Milano, 1984, pp. 199 ss.; OLGA VANNUCCI FORZIERI, *La legislazione imperiale del IV – V secolo in tema di divorzio*, in *SDHI*, n. 48, 1982, pp. 289 ss.

dal passare ad altre nozze, sotto pena di sanzione e rappresaglie a contenuto patrimoniale.

Anche l'assenza del marito per servizio militare legittimava la donna a divorziare, purchè si trattasse di assenza ultraquadriennale accompagnata dalla mancanza di notizie.

Accanto al divorzio vero e proprio, si faceva strada, in epoca tardo imperiale un *divortium imperfectum*, che limitava la possibilità di nuove nozze, come a dire «che ponesse fine al rapporto ma non agli effetti del vincolo coniugale⁷⁴».

Sulla base del suo proposito di restaurare il paganesimo, Giuliano l'Apostata ripristinava la possibilità di divorziare liberamente. Nel 421, però, Onorio e Costanzo II fecero un passo indietro, ammettendo la donna a divorziare solo qualora il marito si fosse reso colpevole di *magna crimina* e a passare a nuove nozze solo dopo un quinquennio. La moglie che avesse divorziato soltanto per *morum vitia ac mediocres culpas* poteva divorziare, ma non risposarsi. Se poi avesse divorziato senza nessuna di tali giustificazioni, avrebbe perduto la dote e la donazione maritale e sarebbe stata passibile di deportazione. Il divorzio bilaterale, invece, era considerato incolpevole⁷⁵.

I legislatori in esame concedevano all'uomo di divorziare, e di passare a nuove nozze, nel caso di grave *crimen* e di divorziare e risposarsi però dopo un biennio, in caso di cattivi costumi della moglie.

Se il marito avesse divorziato per sola incompatibilità di carattere, sarebbe dovuto vivere solo, in perpetuo celibato.

Tale disparità di trattamento tra uomo e donna riecheggia la disparità tra moglie e marito, in fatto di divorzio, esistente nel diritto islamico.

Teodosio II e Valentiniano III determinano con maggiore ampiezza di vedute i casi in cui moglie e marito possono divorziare *iusta causa*. Si ritiene che la validità del divorzio richiedesse la presentazione del *libellus repudii*.

Anastasio, nel 497, ammette (C. 5.17.9) il divorzio per comune consenso, con reciproco invio del libello e permette alla moglie di risposarsi dopo un anno e non più dopo cinque anni.

Giustiniano, imperatore cristiano per eccellenza non conduce una politica decisa e univoca in tema di divorzio: con la Nov. 22 del 538, egli legittima i divorzi per mutuo consenso insieme a quelli giustificati dal comportamento di uno dei coniugi. Egli ammette, inoltre, i cosiddetti divorzi *bona gratia*, che avevano luogo in caso di elezione di vita religiosa o voto di castità, impotenza,

⁷⁴ ANTONIO MARONGIU, s. v. «divorzio (storia)», cit., p. 485.

⁷⁵ EDOARDO VOLTERRA, s. v. «divorzio», cit., p. 63.

prigionia di guerra del marito ultraquinquennale, senza sicure notizie circa la sua sopravvivenza, assenza ultradecennale del marito per servizio militare senza notizie malgrado le necessarie indagini, revocazione in schiavitù del marito liberto.

Nel 542, con la Nov. 117, l'imperatore va a disciplinare nuovamente l'intera materia. Egli limita la possibilità di divorzio *communi consensu* alle ipotesi di impotenza, voto di castità, elezione di vita claustrale, presunzione di morte del marito per assenza ultraquinquennale.

Quanto al divorzio unilaterale, lo consente al marito se la moglie non lo abbia informato di macchinazioni contro l'imperatore delle quali fosse a conoscenza, se la moglie sia stata condannata per adulterio, se abbia attentato alla sua vita o non gli abbia rivelato le altrui trame, se abbia preso parte a banchetti, o abbia assistito a pubblici spettacoli, o si sia recata al bagno con altri uomini senza il suo consenso, se abbia preso alloggio presso terzi senza il suo volere.

Lo consente alla moglie se il marito trami contro la vita dell'imperatore o nasconda le altrui trame di cui sia a conoscenza, se il marito attenti alla sua vita, o nasconda l'altrui attentato, se egli l'abbia falsamente accusata di adulterio, se egli tenti di disonorarla o prostituirla, se egli abbia portato in casa o conviva altrove abitualmente con un'altra donna. Al di là dei casi elencati, il divorzio viene considerato ingiusto e punito. Se il divorzio proviene dalla donna, questa viene chiusa in convento e privata dei suoi beni; se dal marito, questi oltre a perdere la donazione nuziale a suo tempo fatta, perde ogni diritto sulla dote e doveva alla donna una quantità di beni pari ad un terzo della donazione medesima; ove questa mancasse, la moglie riceveva un quarto del patrimonio del marito.

Nella Nov. 134 del 556, infine, l'imperatore ribadisce il bando da lui dato al divorzio proscrivendo sia i ripudi consensuali, sia quelli per colpe specifiche e ripetendo, per tutti gli altri casi non ammessi dalla legge, sanzioni penali (la clausura perpetua in convento, tanto per le donne quanto per gli uomini) e patrimoniali assai rilevanti, insieme a pene corporali e all'esilio a carico anche dei *ministri talis solutionis nuptiarum*.

Le pene sarebbero state cancellate se, prima del loro invio nei rispettivi conventi, avessero consentito a unirsi di nuovo in matrimonio.

La legislazione imperiale in tema di divorzio si chiude con una costituzione del 566 di Giustino II, successore di Giustiniano, che dispone l'abolizione delle pene previste per coloro i quali *consensu matrimonium dirimunt*, in quanto, essendo fatto il matrimonio di mutuo affetto, esso viene automaticamente meno per una diversa *voluntas*.

Con la Novella di Giustino, il diritto romano ha raggiunto più il suo ter-

mine storico che il suo svolgimento finale, poiché è manifesto che in questo istituto la crisi continua e l'oscillazione stessa dei legislatori, che vanno avanti per azione e reazione, rispecchia un equilibrio instabile.

Ciò che vieta di procedere con indirizzo logico, sicuro, costante, era l'antico concetto del matrimonio. Le sanzioni stesse rivelano questo vizio. Il divorzio è punito ma non è dichiarato nullo, anzi è punito proprio perché non si può dichiarare nullo⁷⁶.

Allo stesso modo, come si è visto, in caso di *talaq – al – bidah*, qualora il marito ripudi la moglie tre volte nello stesso momento, il ripudio è valido, pur essendo l'uomo considerato un peccatore.

⁷⁶ ANTONIO MARONGIU, s. v. «*divorzio (storia)*», cit., p. 487.