

STELLE INQUIETE
INTERVENTI E CONFRONTI

1

Donne tra storia e politica

a cura di

A.C. Amato Mangiameli



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2012 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-2889-2

In copertina: M. BLANCHARD, Mujer con abanico, 1916.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

LA DONNA NELLA STORIA DEL DIRITTO AUSTRIACO: TRADIZIONE E INNOVAZIONE TRA MEDIOEVO E SETTECENTO

Maria Rosa Di Simone

SOMMARIO: 1. Consuetudini germaniche e recezione del diritto romano. – 2. La dottrina giusnaturalistica. – 3. La legislazione del Settecento.

1. Consuetudini germaniche e recezione del diritto romano

La storia del diritto privato austriaco, che ha costituito sin dalla metà del XIX secolo oggetto di interesse da parte degli studiosi e di insegnamento nelle università, ha registrato nel secondo dopoguerra un notevole sviluppo e negli ultimi tempi si è arricchita ulteriormente di importanti contributi nei quali emerge la tendenza a collegare più strettamente le norme del passato con gli assetti attuali¹. In questo vasto ambito va segnalato un deciso aumento di attenzione per la problematica riguardante la condizione giuridica della donna. Ad essa sono stati dedicati numerosi studi di varie dimensioni che hanno contribuito ad acquisire o ad approfondire le conoscenze sugli ordinamenti del medioevo, dell'età moderna e contemporanea, anche allo scopo di fornire elementi di discussione e di critica nei confronti delle riforme varate in materia durante gli anni Settanta.

Già da tempo l'attenzione degli storici si era soffermata sulle istituzioni dell'antico diritto germanico, focalizzandosi in particolare sul *mundio* (*Munt*) che ha continuato a suscitare vivaci discussioni e interpretazioni diverse. Secondo l'opinione più diffusa, in origine esso indicava l'ampia autorità esercitata sull'intero complesso dell'aggregato familiare dall'uomo che ne era a capo e costituita solo in funzione degli interessi di lui. Su questa base la donna era sottoposta al suo potere illimitato al pari dei figli, dei servi, degli animali e delle cose. Di conseguenza poteva essere rapita o acquistata dall'individuo che la desiderava in moglie, senza alcuna considerazione della sua volontà, mentre dal marito poteva essere venduta, uccisa, scacciata da casa liberamente. Essa non godeva di alcun diritto nei confronti di beni o di persone e, secondo taluno, alcune popolazioni germaniche usavano uccidere la vedova e bruciarla sul rogo insieme con le armi e gli ornamenti del coniuge defunto². In effetti la difficoltà di conoscere le consuetudini normative più antiche e le sensibili differenze che connotavano le tradizioni giuridiche delle varie etnie non hanno consentito finora una ricostruzione unitaria di questo istituto. Da una parte la visione idealizzata dell'antica civiltà germa-

¹ Sulla storiografia giuridica austriaca nel suo complesso e sugli studi relativi al diritto privato cfr. M.R. DI SIMONE, *Origini e sviluppo della storiografia giuridica austriaca*, in EAD., *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII-XX)*, Milano 2006, p. 3 ss.; G. WESENER, *Anfänge und Entwicklung der "Österreichischen Privatrechtsgeschichte" im 19. und frühen 20. Jahrhundert*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, XXVIII, 2006, p. 364 ss. Per una ampia sintesi della storia della condizione giuridica della donna cfr. U. FLOBMANN, *Frauenrechtsgeschichte. Ein Leitfa-den für den Rechtsunterricht*, 2^a ed., Linz 2006.

² R. BARTSCH, *Die Rechtsstellung der Frau als Gattin und Mutter. Geschichtliche Entwicklung ihrer persönlichen Stellung im Privatrecht bis in das achtzehnte Jahrhundert*, Leipzig 1903, p. 58 ss.

nica e dall'altra il costante paragone con il diritto romano hanno ostacolato la definizione convincente delle sue caratteristiche, che per taluni si avvicinavano a quelle della *potestas* del *paterfamilias* romano, mentre per altri se ne discostavano decisamente³. Il *mundio* (e con esso l'intera condizione giuridica femminile del mondo germanico) è al centro di una ricca fioritura di studi volti a precisare le complesse e variegate modalità con le quali si presentava nelle legislazioni barbariche e le sue conseguenze sul diritto delle persone e della famiglia ma molti dubbi e perplessità non sono stati ancora superati⁴. Al di là del dibattito non ancora concluso e delle questioni storiografiche controverse, si può affermare in via generale che, nell'ambito di una civiltà fondata sulla centralità dell'esercito e sulle qualità militari, la donna si trovava in una posizione di netta subordinazione e di dipendenza tanto da essere privata di capacità di agire e sottoposta ad una perenne tutela da parte dei componenti maschili della sua famiglia che la rappresentavano in ogni suo atto.

Come è stato illustrato, questo sistema fortemente patriarcale subì una lenta e graduale evoluzione durante il medioevo a causa di diversi fattori economici, culturali, sociali⁵. Fra essi è sottolineata come particolarmente rilevante l'influenza del cristianesimo che considerava indispensabile il consenso femminile alle nozze e tendeva a riequilibrare i rapporti tra i coniugi imponendo ad entrambi il dovere di fedeltà. Grande importanza è attribuita anche allo sviluppo dei traffici e delle città che apriva il chiuso mondo della produzione autarchica, e al declino del modello organizzativo delle grandi famiglie. Il *mundio*, che originariamente si esplicava in maniera indifferenziata su tutto ciò che faceva parte della vita domestica, si distinse dal diritto sulle cose (*Gewere*), divenendo esclusivamente potestà sulle persone e comportando anche un obbligo di protezione prima assente. A sua volta la tutela sulle donne non sposate (che all'epoca erano per lo più suore o vedove) perse di significato poiché nella maggior parte dei casi era ormai la stessa interessata a nominare liberamente il suo tutore. In tal modo l'istituto si ridusse a mera formalità fino a cadere in disuso, limitandosi essenzialmente alla sfera del processo. Indispensabile invece rimase l'intervento e il controllo dei mariti sugli atti giuridici delle mogli le quali godevano quindi di minore libertà rispetto alle non coniugate. In questo contesto i Paesi austriaci appaiono particolarmente avanzati. Se infatti dal punto di vista formale la tutela maschile fu mantenuta nelle legislazioni di molti ordinamenti tedeschi fino al XIX secolo, nei territori austriaci, boemi e moravi scomparve per le donne non sposate già nel medioevo. Lo testimoniano ad esempio le norme territoriali per l'Austria superiore, dove

³ E. CORTESE, *Per la storia del mundio in Italia*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, ser. III, IX-X, 1955-1956, p. 323 ss.; ID., *Il diritto nella storia medievale*, I, *L'alto medioevo*, Roma 1995, p. 146 ss.

⁴ Sul *mundio* e la relativa bibliografia cfr. C. CALISSE, voce *Mundio*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, X, III, Milano 1901, p. 600 ss.; M. WEBER, *Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung. Eine Einführung*, Tübingen 1907, p. 201 ss.; L. SICILIANO VILLANUEVA, voce *Mundio*, in *Digesto it.*, XV, II, Torino 1904-1911, p. 1018 ss.; F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, 2^a ed., III, Città di Castello-Roma 1913-1915, I, pp. 20-21, II, p. 24 ss.; voce *Mundio*, in *Nuovo Digesto Italiano*, VIII, Torino 1939, p. 799 ss.; F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano 1954, p. 126 ss.; P. S. LEICHT, *Storia del diritto italiano Il diritto privato*, parte I, *Diritto delle persone e di famiglia*, Milano 1960, p. 95 ss.; voce *Mundio*, in *Novissimo Digesto Italiano*, X, Torino 1964, pp. 986-987; D. SCHWAB, voce *Gleichberechtigung*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (da ora in avanti *HRG*), I, Berlin 1971, col. 1696 ss.; M.T. GUERRA MEDICI, *I diritti delle donne nella società altomedievale*, Napoli 1986, p. 70 ss.; W. OGRIS, voce *Munt, Muntwalt*, in *HRG*, III, Berlin 1984, col. 750 ss.; G. DI RENZO VILLATA, voce *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civ., XIII, Torino 1995, p. 492 ss.; U. FLOBMANN, *Frauenrechtsgeschichte*, cit., pp. 2-3.

⁵ U. FLOBMANN, *Die Gleichberechtigung der Geschlechter in der Privatrechtsgeschichte*, in *Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik. Festschrift Hermann Eichler zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 1977 dargebracht von Freunden, Kollegen und Schülern*, a cura di U. Floßmann, Wien-New York 1977, p. 119 ss.; G. KOCHER, *Die Frau im spätmittelalterlichen Rechtsleben*, in *Frau und spätmittelalterlicher Alltag*. Internationale Kongress Krems an der Donau 2. bis 5. Oktober 1984, Wien 1986, p. 475 ss.

espressamente si stabiliva che le donazioni potevano essere effettuate indifferentemente da individui appartenenti ai due sessi, e l'ordinanza di Vienna (1526) che permetteva alle donne sposate o vedove di testare⁶.

Le gravi incapacità relative alla proprietà, al possesso, alla gestione e al godimento dei beni si attenuarono attraverso una limitata acquisizione di diritti nell'ambito di una configurazione più giuridicamente definita dei rapporti patrimoniali tra coniugi che tendeva ad avvalorare il comune governo di essi sulla famiglia, sia pure con compiti nettamente distinti⁷. Al riguardo va ricordata in special modo la *Schlüsselgewalt* (potestà delle chiavi) che consentiva alla moglie di assumere obbligazioni nel circoscritto ambito delle spese necessarie al concreto disbrigo degli affari domestici⁸. Questo istituto, la cui denominazione fu creata solo intorno alla metà del XIX secolo e i cui contorni formali sono oggetto di molte discussioni e rimangono tuttora incerti e controversi nella storiografia, ebbe nella realtà una importanza notevole per consentire la partecipazione della donna sposata alle decisioni relative alle risorse della famiglia. Esso infatti apriva uno spiraglio nel sistema allora largamente dominante in tutta l'area germanica che era basato sul regime della separazione dei beni la cui amministrazione e responsabilità era affidata esclusivamente al marito⁹. Secondo un autorevole parere, anzi, l'intero assetto dei rapporti patrimoniali tra i coniugi giunse nel tardo medioevo ad assicurare nel complesso la parità dei sessi e, tenendo conto dei diversi ruoli rivestiti dagli sposi, una seria analisi delle fonti normative non evidenzerebbe alcun atteggiamento discriminatorio nei confronti delle donne¹⁰.

Queste, inoltre, acquisirono progressivamente il diritto di disporre liberamente di alcuni beni mobili funzionali alla conduzione della casa o all'uso personale. Fra essi figurano il *Morgengabe*¹¹, ossia i doni offerti alla sposa dal marito dopo le nozze e il *Wittum* che all'origine era il prezzo paga-

⁶ C. CHORINSKY, *Das Vormundschaftsrecht Niederösterreichs vom sechzehnten Jahrhundert bis zum Erscheinen des Josefinischen Gesetzbuches*, Wien 1878, p. 33; R. BARTSCH, *Die Rechtsstellung der Frau*, cit., p. 87 e p. 135 ss. Per un sintetico ed efficace quadro della persistenza della tutela maschile nella legislazione europea del XIX secolo cfr. E. HOLTHÖFER, *Die Geschlechtvormundschaft. Ein Überblick von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, in *Frauen in der Geschichte des Rechts: von der frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*, a cura di U. Gerhard, München 1997, p. 390 ss.

⁷ Sui rapporti patrimoniali fra coniugi nel diritto germanico medievale cfr. R. SCHRÖDER, *Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland*, 4 voll., Stettin 1863-1874; M. WEBER, *Ehefrau und Mutter*, cit., p. 217 ss.; H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte, I, Frühzeit und Mittelalter. Ein Lehrbuch*, 2^a ed., Karlsruhe 1962, p. 40 ss. e p. 406 ss.; W. OGRIS, voce *Güterrecht, eheliches*, in *HRG, I*, cit., col. 1874 ss.; ID., *Gütertrennung*, cit., col. 1876-1877; G. VISMARÀ, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nell'alto medioevo*, in ID., *Scritti di storia giuridica, V, La famiglia*, Milano 1988, p. 141 ss.; E. KOCH, *Maiores dignitas in sexu virili. Das weibliche Geschlecht im Normensystem des 16. Jahrhunderts*, Frankfurt a. Main 1991, p. 41 ss. In particolare per i territori austriaci cfr. H. DEMELIUS, *Eheliches Güterrecht im spätmittelalterlichen Wien*, Wien 1970; W. BRAUNEDER, *Die Entwicklung des Ehegüterrechts in Österreich. Ein Beitrag zur Dogmengeschichte und Rechtstatsachenforschung des Spätmittelalters und der Neuzeit*, Salzburg-München 1973; U. FLOBMANN, *Österreichische Privatrechtsgeschichte*, Wien-New York 1983, p. 87 ss.; W. BRAUNEDER, *Frau und Vermögen im spätmittelalterlichen Österreich*, ora in ID., *Studien II: Entwicklung des Privatrechts*, Frankfurt am Main-Berlin, Bern-New York-Paris-Wien 1994, p. 217 ss.; U. FLOBMANN, *Frauenrechtsgeschichte*, cit., p. 6 ss.

⁸ Sulla *Schlüsselgewalt* cfr. U. FLOBMANN, *Die Gleichberechtigung der Geschlechter*, cit.; E. KOCH, *Maiores dignitas*, cit., pp. 49-50; W. BRAUNEDER, voce *Schlüsselgewalt, eherechtlich*, in *HRG, IV*, Berlin 1991, col. 1446 ss.; ID., *Frau und Vermögen*, cit., p. 226.

⁹ W. OGRIS, voce *Verwaltungsgemeinschaft*, in *HRG, V*, Berlin 1998, col. 877 ss. Sin dai tempi più antichi esisteva anche una forma di comunione di beni diffusa soprattutto nei territori tedeschi meridionali, che col tempo si estese anche agli altri: per una visione sintetica della questione cfr. W. OGRIS, voce *Errungenschaftsgemeinschaft*, in *HRG, I*, cit., col. 1004 ss.; ID., voce *Gütergemeinschaft, ivi*, col. 1871 ss.

¹⁰ W. BRAUNEDER, *Frau und Vermögen*, cit., p. 227.

¹¹ M. WEBER, *Ehefrau und Mutter*, cit., p. 232 ss.; TH. MAYER-MALY, voce *Morgengabe*, in *HRG, III*, Berlin 1984, col. 678 ss.

to alla famiglia della donna per acquisire il mundio ma successivamente venne attribuito alla stessa moglie¹². Particolare importanza in questo ambito rivestì la *Gerade*, formata da un insieme di oggetti di vario genere quali abiti, gioielli, utensili di lavoro per la casa, coperte, mobili, materie prime, animali che con il tempo si ampliò nei contenuti. Essa era regolata da norme particolari e da speciali meccanismi ereditari che ne garantivano il passaggio esclusivamente ai membri femminili della famiglia¹³.

Il miglioramento nel campo dei diritti patrimoniali è stato ravvisato anche nell'istituto del *Besitz* che, dopo la morte dell'uomo, prevedeva la sopravvivenza del patrimonio familiare assegnandolo alla vedova e ai figli del defunto. In tal modo la donna prendeva il posto del marito nella funzione di capo della casa sia dal punto di vista dell'amministrazione dei beni sia da quello delle potestà sui figli fino alla loro emancipazione¹⁴. I suoi atti erano sottoposti al controllo di un soggetto di sesso maschile, ma essa vedeva riconosciuta la dignità della sua posizione e, in assenza della possibilità di ereditare dal coniuge, otteneva la garanzia del suo mantenimento, di solito peraltro assicurato anche da patti matrimoniali o disposizioni testamentarie¹⁵.

Senza dubbio i progressi più significativi furono compiuti nell'ambito delle città dove le donne commercianti, che collaboravano attivamente alle imprese dei mariti e le rilevavano in caso di loro morte, godevano di capacità di agire maggiore delle altre, ma anche in campagna la situazione si avviò ad un graduale miglioramento. Come è stato sottolineato, in questo ambiente il lavoro femminile era di primaria importanza e alla morte del padre spesso era la madre ad assumere di fatto la guida dei figli. Inoltre i signori non avevano interesse a mantenere una rigida gerarchia a favore degli uomini nelle famiglie rurali in quanto avevano bisogno delle contadine come forza lavoro e ciò favorì la tendenza ad accettare una certa autonomia delle donne come rappresentanti dei loro diritti nei tribunali o nelle corti locali in caso di impedimento dei mariti¹⁶.

Una viva immagine del diritto nella sua concreta applicazione emerge nelle ricerche sulle raccolte di *Weistümer*, fonti normative di varia origine e datazione, nelle quali si conservano le antiche regole di origine consuetudinaria e popolare. Le analisi al riguardo hanno evidenziato con efficacia come la considerazione del sesso femminile si fosse elevata nel corso dei secoli, ma allo stesso tempo persistesse una ampia sfera di incapacità¹⁷. Numerose prescrizioni, infatti, favorivano la donna come quelle che la proteggevano durante la gravidanza, nei primi tempi dopo il parto e nell'esplicazione della sua funzione di padrona di casa, la difendevano nell'onore e nell'integrità fisica, la tutelavano nella sfera patrimoniale, le attribuivano un trattamento particolare nel diritto penale.

¹² R. SCHULTZE, voce *Wittum* in *HRG*, V, Berlin 1998, col. 1469 ss.

¹³ Sulle origini e le caratteristiche di questo istituto cfr. W. BUNGENSTOCK, voce *Gerade*, in *HRG*, I, cit., col. 1527 ss.; W. BRAUNEDER, *Die Entwicklung des Ehegüterrechts*, cit., 25 ss.; Sulla complessa disciplina relativa alla *Gerade* e sull'opportunità di mantenere o di abrogare questo istituto si accese una vivace disputa tra i giuristi tedeschi dalla fine del Cinquecento. Particolarmente significativo fu l'apporto ad essa di Benedikt Carpzov che giustificava lo speciale regime di questi beni sulla base della lunga tradizione. Al riguardo cfr. K. GOTTSCHALK, *Eigentum, Geschlecht, Gerechtigkeit. Haushalten und Erben im früneuzeitlichen Leipzig*, Frankfurt-New York 2003, p. 221 ss. La *Gerade* fu mantenuta, nonostante le discussioni, anche nell'*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794 e fu soppressa solo con una speciale patente nel 1814 (*ivi*, p. 250 ss).

¹⁴ R. BARTSCH, *Die Rechtsstellung der Frau*, cit., p. 96 ss.; U. FLOBMANN, *Die Gleichberechtigung der Geschlechter*, cit., 126-127; EAD., *Österreichische Privatrechtsgeschichte*, cit., pp. 316-317.

¹⁵ BRAUNEDER, *Die Entwicklung des Ehegüterrechts*, cit., p. 149 ss.

¹⁶ FLOBMANN, *Die Gleichberechtigung der Geschlechter*, cit., pp. 123-124.

¹⁷ H. FEHR, *Die Rechtsstellung der Frau und der Kinder in den Weistümern*, Jena 1912, p. 1 ss.; U. AICHORN, *Die Rechtsstellung der Frau im Spiegel des österreichischen Weistümerrechts*, Wien 1992. Sui *Weistümer*, le loro raccolte e il dibattito storiografico relativo cfr. D. WERKMÜLLER, voce *Weistümer*, in *HRG*, V, cit., col. 1239 ss.

Inoltre la repressione dell'adulterio risultava uguale per i due sessi e nell'ambito del commercio si faceva spazio all'eguaglianza dei diritti. D'altro canto, però, la dipendenza dalla tutela maschile per gli atti pubblici, il dovere di obbedienza al marito, l'esclusione delle figlie dall'eredità in presenza di fratelli continuavano a rendere la posizione delle donne più debole e subalterna. E, se l'uomo non aveva più la facoltà di uccidere la moglie senza motivo, nel tardo medioevo sono stati accertati ancora alcuni casi di vendita¹⁸. Tuttavia nel complesso i *Weistümer*, in particolare quelli austriaci, testimoniano, a giudizio della storiografia, una costante tendenza al superamento della tradizione e all'attenuazione dell'originaria, assoluta sudditanza della donna rispetto al marito con la conseguenza di renderla sempre più compartecipe del governo della casa.

Gli studiosi sono concordi nel rilevare che nel XIII secolo le strutture della famiglia erano in piena e dinamica evoluzione. Le indagini passate e recenti confermano la difficoltà di ricomporre un quadro generale di questo fenomeno e della conseguente evoluzione dei diritti delle donne a causa dell'estremo particolarismo giuridico e politico dell'area germanica e delle differenze di *status* sociali. Tuttavia nel complesso evidenziano una disomogenea e discontinua ma sensibile inclinazione verso una maggiore parità nel tardo medioevo e sottolineano che in particolare, nei territori austriaci, già nella prima età moderna la tutela sulla donna non maritata appare scomparsa.

Questa evoluzione sarebbe stata interrotta, secondo l'opinione sostenuta con convinzione soprattutto da Ursula Floßmann, dalla recezione del diritto romano che avrebbe segnato una vera e propria inversione di tendenza rispetto all'orientamento liberale dei rapporti tra i sessi, così come nel settore pubblico determinò la compressione delle autonomie locali in favore di ordinamenti accentrati¹⁹. In realtà durante l'Impero la condizione giuridica della donna era notevolmente migliorata rispetto all'età classica e la sua capacità di agire si era significativamente ampliata ma gli elementi progressivi contenuti nella compilazione giustiniana non furono raccolti e sviluppati dai giuristi tedeschi che dal XVI secolo si impegnarono nel commento e nell'applicazione di essa. Riallacciandosi alla dottrina aristotelica e ad alcune posizioni della teologia cristiana, essi, in sintonia con la generale tendenza europea, mirarono piuttosto a bloccare il cammino intrapreso nel medioevo attraverso una serie di limitazioni che venivano giustificate con la costituzionale debolezza e inferiorità della donna rispetto all'uomo. I rapporti tra i coniugi, quelli della madre verso i figli, i doveri nell'ambito familiare, la capacità di concludere negozi giuridici, le regole nel processo e del diritto penale ricevevano ora una definizione più precisa, rigida e autorevole nel contesto di trattazioni scientifiche fondate sull'assunto della *imbecillitas* e *infirmitas sexus*. Come è stato efficacemente illustrato nel denso studio di Elisabeth Koch, mentre la nuova sensibilità umanistica induceva a dibattere dottamente sulle caratteristiche della natura femminile, sulla educazione delle donne e sul loro ruolo nella società, spesso con l'intento di elevarne la condizione, la giurisprudenza contribuì a perpetuare la gerarchia tra i sessi attraverso una interpretazione del diritto romano decisamente conservatrice e sfavorevole ai diritti femminili²⁰.

Nei territori austriaci la recezione del diritto romano avvenne con maggiore lentezza e difficoltà rispetto ad altre zone dell'area germanica e la resistenza delle consuetudini fu più tenace. Tuttavia all'Università di Vienna si introdussero corsi di Istituzioni, Codice e Pandette a partire dall'inizio del XVI secolo e tra Cinquecento e Settecento alcuni giuristi formati attraverso lo studio del *Corpus iuris civilis* si adoperarono per razionalizzare il diritto locale attraverso l'uso di ca-

¹⁸ R. BARTSCH, *Die Rechtsstellung der Frau*, cit., pp. 90-91.

¹⁹ U. FLOßMANN, *Frauenrechtsgeschichte*, cit., p. 13 ss.

²⁰ E. KOCH, *Maior est dignitas*, cit.; Ead., *Die Frau im Recht der frühen Neuzeit. Juristische Lehren und Begründungen*, in *Frauen in der Geschichte des Rechts*, cit., p. 73 ss.

tegorie romanistiche e il confronto con le leggi giustinianee²¹. Il loro intento era soprattutto quello di salvare dalla dispersione la variegata congerie di norme austriache fissandola in modo organico per consentire la sopravvivenza della tradizione di fronte alla avanzata degli istituti romani. Il primo e più noto tra questi dottori fu Bernhard Walther, allievo di Alciato e laureato a Pavia nel 1541, che, oltre ad opere di stampo umanistico, scrisse alcuni trattati (molto utilizzati anche se rimasti inediti fino agli inizi del Settecento) nei quali perseguiva espressamente la difesa del diritto patrio²². Sulla sua scia operarono personaggi di valore quali Johann Baptist Suttinger, autore di importanti scritti a carattere pratico²³, Johannes Heinrich Reutter, Johann Weingärtler e Benedikt Finsterwalder²⁴. Nei loro lavori emergeva con chiarezza la consapevolezza dei disagi e delle disfunzioni causati dall'ignoranza delle norme locali, escluse dall'insegnamento universitario e si manifestava l'intento di conferire ad esse dignità scientifica. A risultati particolarmente elevati giunse poi Nikolaus von Beckmann che criticò il sistema particolaristico delle fonti vigenti nell'Impero arrivando a concepire un vasto piano di legislazione unitaria per tutto il territorio²⁵. Questi autori testimoniano che anche nei domini austriaci si erano largamente diffusi i metodi del diritto comune e la scienza giuridica aveva raggiunto un alto livello. Esse tuttavia partecipavano alla generale opposizione nei confronti della emancipazione femminile, che in Austria come si è detto aveva compiuto passi partico-

²¹ Sulla recezione del diritto romano nei territori austriaci cfr. H. BALTL, *Einflüsse des römischen Rechts in Österreich*, in *Jus romanum mediae aevi*, V, 7-9, 1962, p. 61 ss.; G. WESENER, *Der Einfluss von Bartolo da Sassoferrato in Österreich*, in *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, Milano 1962, I, p. 89 ss.; G. WESENER, G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, 3^a ed., Lahr/Schwarzwald 1976, p. 97 ss.; M.R. DI SIMONE, *Aspetti della cultura giuridica austriaca nel Settecento*, Roma 1984, p. 11 ss.; G. WESENER, *Anfänge einer österreichischen "gerichtlichen Rechtsgelehrsamkeit". Zur Prozessrechtslehre und -wissenschaft des 17. und 18. Jahrhunderts*, in *Recht und Geschichte. Festschrift Hermann Baltl zum 80. Geburtstag*, a cura di H. Valentinitz, Graz 1988, p. 619 ss.; ID., *Einflüsse und Geltung des römisch-gemeinen Rechts in den altösterreichischen Ländern in der Neuzeit (16. bis 18. Jahrhundert)*, Wien-Köln 1989; ID., *Humanistische Jurisprudenz in Österreich*, in *Festschrift zum 80. Geburtstag von Hermann Baltl*, a cura di K. Ebert, Wien 1998, p. 369 ss.; H. SCHLOSSER, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*, 10^a ed., Heidelberg 2005, p. 73 ss.

²² B. WALTHER, *Tractatus Juris Austriaci*, in appendice a J.B. SUTTINGER, *Consuetudines austriacae ad stylum excelsi regiminis infra Anasum accomodatae*, Norimbergae 1716 (2^a ed., *ivi*, p. 1718). Su questo giurista e la relativa bibliografia cfr. G. Wesener, *Bernhard Walther 1516-1584*, in *Juristen in Österreich 1200-1980*, a cura di W. Brauner, Wien 1987, p. 39 ss., p. 369 ss.

²³ J.B. SUTTINGER, *Observationes practicae ad stylum iudicii provincialis Austriae infra Onaesum accomodatae*, Norimbergae 1718; ID., *Consuetudines austriacae*, cit. Su di lui, oltre la bibliografia indicata nella nota 21, cfr. G. WESENER, *Johann Baptist Suttinger und Benedikt Finsterwalder-zwei bedeutende Juristen Österreichs im 17. Jahrhundert*, in *Festschrift für Gernot Kocher zum 60. Geburtstag*, a cura di H. Valentinitz e M. Steppan, Graz 2002, p. 367 ss.; CHR. NESCHWARA, *Johann Baptist Suttinger (1608-1662). Porträt eines bedeutender Juristen Österreichs im Rechtsleben seiner Zeit*, in *Festschrift für Wilhelm Brauner zum 65. Geburtstag. Rechtsgeschichte mit internationaler Perspektive*, a cura di G. Kohl et alii, Wien 2008, p. 363 ss.

²⁴ J.H. REUTTER, *Viginti quinque tabulae juridicae quibus accesserunt variae differentiae juris communis et austriaci aliaeque annotationes in foro, praecipue Austriaco satis utiles*, Ratisbonae 1674; J. WEINGÄRTLER, *Con et discordantia juris consuetudinarii austriaci supra Anasum cum jure communi in quattuor Institutionum libris remonstrata*, Norimbergae 1674; B. FINSTERWALDER, *Practicarum observationum ad consuetudines Archi-Ducatus Austriae Superioris accomodatarum libri quattuor*, 3 voll., Salisburgi 1719-1732. Sulle caratteristiche e i contenuti di queste opere cfr. M.R. DI SIMONE, *Aspetti della cultura giuridica austriaca*, cit., p. 18 ss. e la bibliografia citata *supra* nelle note 21 e 23.

²⁵ N. VON BECKMANN, *Reformata doctrina juris*, Norimbergae 1681; ID., *Idea juris statutarum et consuetudinarii stiriaci et austriaci cum jure romano collati*, Graecii 1688. Su di lui cfr. G. WESENER, *Der Innerösterreichische Regimentsrat Nikolaus von Beckmann und sein Kodifikationsplan*, in *Johann Kepler 1571-1971. Gedankenschrift der Universität Graz*, Graz 1975, p. 641 ss.; M.R. DI SIMONE, *Aspetti della cultura giuridica austriaca*, cit., p. 22 ss.; G. WESENER, *Nikolaus Beckmann 1634-1689*, in *Juristen in Österreich*, cit., p. 49 ss. e pp. 311-312.

larmente significativi. La storiografia ha sottolineato come fossero concordi nel consolidare sul piano teorico l'introduzione di istituti del diritto romano che si prestavano a riallacciarsi alla tradizione medievale della subordinazione delle donne limitandone la capacità. Le argomentazioni utilizzate in questi casi miravano ad avvalorare l'inferiorità del sesso femminile con la motivazione della sua minore attitudine intellettuale dovuta alla debolezza fisica, alla mancanza di giudizio, alla incostanza dell'umore.

Le donne secondo questa concezione necessitavano di norme particolari, ad esse esclusivamente destinate, che le proteggevano dai pericoli e dai raggiri dai quali esse difficilmente potevano difendersi, ma questi "privilegi" a loro volta venivano usati per impedire il miglioramento della loro condizione. Uno strumento importante in tal senso è segnalato da alcuni studiosi nella recezione e nell'ampia diffusione in Austria del senatoconsulto velleiano (D. 16. 1. 2. 1.) che vietava alle donne la *intercessio pro aliis*. Il provvedimento, oggetto di vivace dibattito storiografico circa la datazione e gli obiettivi, da una parte aveva sbarrato alle donne l'accesso alle cariche pubbliche, dall'altra impedito ad esse di concludere vari negozi di diritto privato nei quali si sarebbero obbligate in favore di altri²⁶. Come è stato osservato, le ordinanze territoriali e i progetti legislativi austriaci tra XVI e XVIII secolo contenevano molti riferimenti a questa norma che ampliò la sua circoscritta valenza originaria divenendo un principio portante per limitare la capacità femminile²⁷. Va sottolineato comunque che, a differenza della disposizione giustiniana, le leggi e i giuristi austriaci ammettevano una formale rinuncia al senatoconsulto, da effettuarsi in presenza delle autorità e in particolari condizioni. Di speciale importanza in questo contesto era considerata l'accurata istruzione della donna sulle conseguenze legali della sua decisione che doveva essere impartita da due uomini qualificati e competenti nella materia, scelti tra alcune categorie che davano garanzie di serietà e onestà.

L'argomento della debolezza fisica e stupidità delle donne, avvalorato e diffuso dai giuristi del diritto comune, era usato in alcune fonti austriache per giustificare la presunzione per cui, in caso di morte contemporanea dei coniugi, si assumeva che il marito fosse deceduto dopo la moglie, con significative conseguenze in campo successorio²⁸. Anche per questo aspetto si è individuata una influenza del diritto romano a svantaggio delle donne che è inoltre stata ravvisata nella disciplina del rapporto tra genitori e figli. L'evoluzione verso una maggiore parità tra il padre e la madre nel mondo germanico si sarebbe interrotta con lo spostamento di equilibrio a favore dell'uomo sull'esempio della *patria potestas*²⁹.

Una innegabile influenza romanistica è indicata anche nella normativa sulla tutela fissata per i territori austriaci nelle leggi di polizia e in quelle territoriali del Cinquecento e del Seicento, ma le conseguenze in questo caso non sono considerate troppo negative perché le norme germaniche riuscirono a sopravvivere. Nelle citate fonti infatti le disposizioni giustiniane, la dottrina del diritto

²⁶ Sul dibattito storiografico relativo al senatoconsulto velleiano cfr. H. VOGT, *Studien zum senatus consultum velleianum*, Bonn 1952; D. MEDICUS, *Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum*, Köln 1957; G. SACCONI, *Apunti sul Senatus consultum Velleianum*, Camerino 1995; EAD., *L'interpretatio del SC. Velleiano e la iurisdictio*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, 3 voll., Napoli 1997, II, p. 235 ss.

²⁷ R. BARTSCH, *Die Rechtsstellung der Frau*, cit., p. 114 ss.; O. LEHNER, *Senatus Consultum Velleianum. Die Wiederkehr einer antiken Rechtsfigur im frühneuzeitlichen österreichischen Recht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, G.A.*, CV, 1988, p. 270 ss.; E. KOCH, *Maiores dignitas*, cit., p. 69 ss. e *passim*; U. FLOBMANN, *Die weiblichen Rechtsfreiheiten in der Landtafel ob der Enns*, in *Vestigia iuris romani. Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992*, a cura di G. Klingenberg et alii, Graz 1992, p. 131 ss.

²⁸ U. FLOBMANN, *Zur Ordnung der Geschlechter in der Frühneuzeit*, in *Festschrift für Gernot Koehler*, cit., p. 63 ss.

²⁹ U. FLOBMANN, *Die Gleichberechtigung der Geschlechter*, cit., pp. 129-130; EAD., *Frauenrechtsgeschichte*, cit., p. 21.

comune e la tradizione locale si intrecciarono fino a giungere ad una forma più organica nell'ordinanza del 1669 per la bassa Austria (*Gerhabschaftsordnung für Niederösterreich*). In essa, in mancanza di un tutore designato dal defunto, si preferiva la madre ad altri familiari maschi, previa approvazione del tribunale e affiancandole uno o due cotutori tratti dalla famiglia. La donna perdeva il suo ufficio, che passava a questi ultimi, in caso di comportamento disonorevole o di seconde nozze sicché rimanevano ancora notevoli differenze di trattamento tra i sessi. Tuttavia, poiché non solo la vedova ma anche altre donne nominate dal *de cuius* avevano la possibilità di esercitare la tutela, questa disciplina nel complesso è giudicata per i tempi un progresso dovuto essenzialmente al mantenimento delle antiche consuetudini³⁰.

In realtà si può concordare con chi evidenzia la generale misoginia della scienza giuridica dell'età del diritto comune e sostiene che essa concorse in modo significativo a mantenere schemi retrivi, ma l'interpretazione per cui la recezione degli istituti giustinianeî comportò un generale e sistematico regresso nella condizione della donna appare alquanto rigida e forzata. Ampie ed approfondite analisi sulla storia del diritto austriaco dimostrano che nel settore privatistico la maggior parte degli ordinamenti precedenti fu conservata e si verificò un adattamento spesso solo terminologico alle categorie romanistiche senza intaccare la sostanza della tradizione. Tale è il caso dei rapporti patrimoniali tra coniugi, dove è stato evidenziato che l'introduzione del sistema dotale fu utilizzato essenzialmente per fornire un apparato scientifico per la trattazione del diritto locale³¹. I ritocchi marginali ispirati al diritto romano appaiono peraltro favorire le donne: se infatti non si verificò alcun mutamento sostanziale nel sistema della separazione dei beni e nel diritto dell'uomo all'amministrazione e godimento di essi, la posizione della moglie risultò rafforzata dalla introduzione di una ipoteca tacita generale sui beni del marito³². Anche in questo caso alcune fonti austriache consentivano la rinuncia al privilegio, sottoponendola a precise formalità e dopo una adeguata istruzione della donna sulle conseguenze del suo atto³³.

Nelle successioni è stata rilevata una sensibile influenza soprattutto per quanto riguarda il testamento (semplificato nelle forme dalle norme austriache), mentre per la successione legittima ben poche furono le novità rispetto al passato³⁴. Una accurata ricerca mette in luce che per i soggetti appartenenti alla borghesia non c'erano differenze successorie dovute al sesso, mentre per le famiglie signorili e nobili le regole erano ben diverse in quanto dettate dallo scopo di garantire il patrimonio alla discendenza maschile per preservare il potere e lo splendore della casata³⁵. È stato evidenziato come sulla base di norme medievali, poi riprese in età moderna, le figlie fossero escluse dalla eredità paterna *ab intestato* in presenza di successori maschi e fossero obbligate a rinunciare ad essa espressamente al momento del matrimonio, in cambio dell'acquisizione della dote. Questo atto, qualora non fosse stato formalmente compiuto per rifiuto della donna o altre cause, veniva presupposto attraverso una finzione giuridica ma in certi territori asburgici ciò non era neppure necessario in quanto le consuetudini escludevano le donne direttamente, senza bisogno di alcuna formali-

³⁰ U. FLOBMANN, *Die Rechtsstellung der Witwe im Vormundschaftsrecht der Neuzeit*, in *Frau.Recht.Gesellschaft. Seminar zur Frauenrechtsgeschichte*, Linz 1985, p. 142 ss.

³¹ W. BRAUNEDER, *Die Entwicklung des Ehegüterrechts in Österreich*, cit., p. 101 ss.; G. WESENER, *Einflüsse und Geltung*, cit., pp. 66-67.

³² *Ibidem*; W. OGRIS, voce *Verwaltungsgemeinschaft*, cit., col. 878.

³³ U. FLOBMANN, *Die weiblichen Rechtsfreiheiten*, cit., pp. 136-137.

³⁴ G. WESENER, *Geschichte des Erbrechtes in Österreich seit der Rezeption*, Graz-Köln 1957; ID., *Einflüsse und Geltung*, cit., p. 79 ss.

³⁵ Per un ampio e preciso quadro delle norme successorie per le donne nei territori austriaci cfr. G. WESENER, *Geschichte des Erbrechtes in Österreich*, cit., p. 84 ss.

tà. Nel diritto romano tale rinuncia, come tutti i patti successori, non era valida, mentre il diritto canonico la ammetteva in quanto accompagnata dal giuramento, ma negli usi austriaci essa era prevista senza alcun altro elemento rafforzativo ed era considerata come un contratto nel quale la dote fungeva da risarcimento per la perdita della porzione di beni paterni. In tale contesto sembra di potere affermare che il diritto romano ebbe una influenza favorevole sulla promozione dei diritti delle donne in quanto la rinuncia non riguardava la successione testamentaria, attraverso la quale le figlie potevano accedere al patrimonio del defunto insieme ai fratelli. Inoltre la dottrina e la giurisprudenza austriache tentarono di limitare la portata di questa prassi proprio perché contravveniva alle norme giustinianee³⁶.

Come è stato sottolineato, le diseguaglianze giuridiche tra i sessi vanno valutate e possono essere correttamente comprese solo se inserite nel contesto del sistema sociale e giuridico cetuale che era caratterizzato da una rete di profonde e radicate differenze di *status* tra le persone. La nobiltà, la borghesia cittadina, i contadini, il clero si muovevano su piani diversi in base a regole proprie di ciascuna categoria, concorrendo ad un assetto fondato sull'“ordine della diseguaglianza”. A tale logica si allineava l'intero l'ordinamento e le discrepanze tra i sessi confermavano il quadro generale: l'uomo e la donna rivestivano ruoli completamente diversi nella famiglia e nella comunità e i loro diritti riflettevano questa realtà³⁷.

2. La dottrina giusnaturalistica

La storiografia ha messo in luce che il superamento della profonda disparità fra uomo e donna cominciò a profilarsi sul piano teorico nell'ambito della scuola del diritto naturale moderno sviluppatosi nel XVII secolo. Mentre i giuristi di formazione tradizionale continuarono ad accogliere senza contestazioni il modello cetuale e con esso la concezione patriarcale e autoritaria della famiglia fondata sulla dottrina aristotelica e sulla tradizione teologica e canonistica, i giusnaturalisti avviarono l'erosione di quel consolidato assetto e aprirono la via a nuove prospettive. Postulati caratteristici di questa numerosa e variegata schiera di autori, quali l'esistenza di diritti innati, la valorizzazione dell'individuo e l'eguaglianza naturale delle persone non potevano non influire sulla riflessione relativa ai rapporti tra i sessi. Attente analisi hanno illustrato le posizioni dei principali scrittori di diritto naturale in questa materia, non mancando di evidenziare le incongruenze e le incertezze del loro pensiero³⁸.

³⁶ Ivi, p. 92. Sulla *exclusio propter dotem* e le posizioni dei dottori medievali in proposito cfr. M. BELLOMO, *Ricerche sui rapporti patrimoniali tra coniugi. Contributo alla storia della famiglia medievale*, Milano 1961, p. 163 ss.; M.T. GUERRA MEDICI, *L'esclusione delle donne dalla successione legittima e la Constitutio super statutariis successio-nibus di Innocenzo XI*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LVI, 1983, p. 261 ss.; L. MAYALI, *Droit savant et coutumes. L'exclusion des filles dotées XII^{ème}-XV^{ème} siècles*, Frankfurt am Main 1987; A. ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna*, Torino 1994, p. 42 ss.

³⁷ G. DILCHER, *Die Ordnung der Ungleichheit. Haus, Stand und Geschlecht*, in *Frauen in der Geschichte des Rechts*, cit., p. 55 ss.

³⁸ M. WEBER, *Ehefrau und Mutter*, cit., p. 292 ss.; V.M. ERLE, *Die Ehe im Naturrecht des XVII Jahrhunderts: ein Beitrag zu den geistesgeschichtlichen Grundlagen des modernen Eherechts*, Göttingen 1952; D. SCHWAB, *Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts*, Bielfeld 1967, p. 125 ss.; ID., *Die Familie als Vertragsgesellschaft im Naturrecht der Aufklärung*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, 1972, p. 357 ss.; U. VOGEL, *Gleichheit und Herrschaft in der ehelichen Vertragsgesellschaft – Widersprüche der Aufklärung*, in *Frauen in der Geschichte des Rechts*, cit., p. 265 ss.; A. DUNCKER, *Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe. Persönliche Stellung von Frau und Mann im Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft 1700-1914*, Köln-Weimar-Wien 2003, p. 420 ss.; M.G. DI RENZO VILLATA, *Il matrimonio tra sacro e profano. Dalla*

Quanto fosse tenace l'attaccamento alle impostazioni del passato è dimostrato dall'atteggiamento di Ugo Grozio, considerato comunemente il fondatore stesso del giusnaturalismo. Egli, nonostante il carattere avanzato delle sue affermazioni sui diritti umani, manteneva una visione patriarcale secondo la quale la donna doveva essere nettamente subordinata al marito a causa della debolezza fisica e delle scarse capacità intellettuali, arrivando a delineare una condizione giudicata da taluno persino peggiore del diritto vigente ai suoi tempi. Non senza ironia è stato osservato che le affermazioni circa le deficitarie qualità fisiche e mentali femminili furono pubblicate dal giurista nel suo famoso trattato *De jure belli ac pacis* dopo che la moglie era riuscita a farlo evadere dal carcere trasportandolo in una cesta solo con l'aiuto di una domestica³⁹. A conclusioni diverse giungeva Thomas Hobbes secondo il quale la donna non era per diritto di natura sottomessa all'uomo, come dimostravano anche esempi storici e mitologici di regine e di figure femminili forti e dominanti, mentre il matrimonio non costituiva un vincolo sacro ma un contratto i cui effetti venivano regolati dal diritto civile. Un significativo contributo verso una concezione più paritaria fu offerto anche da John Locke che rifiutò il potere pressoché assoluto del padre e, in polemica con Robert Filmer, attribuì ad entrambi i genitori una limitata autorità sui figli, funzionale alla loro educazione, nel contesto di una visione individualistica della famiglia analoga a quella dello Stato⁴⁰.

Non lontana dalla posizione di Hobbes appare quella di Samuel Pufendorf che escludeva la dipendenza naturale tra le persone derivante dalla forza fisica e sosteneva il carattere pattizio dell'unione coniugale nella quale le parti si potevano accordare in diverse maniere dando vita a sei principali forme di rapporto. Fra esse l'autore riteneva migliore quella in cui si realizzava una moderata preminenza dell'uomo al quale non competeva perciò una *potestas* ma una *directio* e che era *caput* non della moglie ma della famiglia. In tal modo egli non eliminava la concezione patriarcale ma gettava le basi per una sua erosione aprendo la via ad importanti progressi. Christian Thomasius oscillò tra le opinioni di Pufendorf, che seguì e sviluppò soprattutto nei primi scritti, e la concezione conservatrice dell'*imperium maritalis* alla quale ritornò nelle opere dell'età più avanzata, mentre Johann Jacob von Ryssel, poco conosciuto professore all'Università di Lipsia, elaborò una teoria molto progressista della eguaglianza tra i sessi, che superò in alcuni punti gli altri scrittori ma restò senza seguaci e fu sottovalutata dalla storiografia⁴¹. Grande influenza ebbe invece l'opera di Christian Wolff per il quale il matrimonio era fondato su un contratto avente lo scopo della generazione ed educazione della prole con uguali obblighi da parte dei due genitori che erano posti sullo stesso piano. Solo un accordo tra i coniugi poteva giustificare a questo punto l'obbligo di soggezione e di obbedienza della moglie e la circostanza che tale accordo fosse stato stipulato tacitamente non inficiava la sua natura pattizia. Come è stato osservato, Wolff asserì con maggiore chiarezza e precisione la teoria già delineata da Pufendorf e si mostrò perciò rispetto a lui più incline a promuovere i diritti femminili affossando in astratto il vecchio modello teorico del potere maschile. Tuttavia arrivò a fornire una nuova legittimazione di quest'ultimo, sostenendo che, nella prassi, la donna che si

lezione giusnaturalistica al giurisdizionalismo, in *Diritto e religione. Tra passato e futuro*. Atti del Convegno internazionale Villa Mondragone – Monte Porzio Catone (Roma) 27-29 novembre 2008, a cura di A.C. Amato Mangiameli e M.R. Di Simone, Roma 2010, p. 259 ss.

³⁹ A. DUNCKER, *Gleichheit und Ungleichheit*, cit., p. 424.

⁴⁰ Sulla patria potestà nel pensiero dei giusnaturalisti, in particolare di Locke, cfr. P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, I, *Da Hobbes a Bentham*, Milano 1974, p. 313 ss.; M. CAVI-NA, *Il potere del padre*, I, *Configurazioni e "ius corrigendi": lineamenti essenziali nella cultura giuridica italiana preunitaria (1804-1859)*, Milano 1995, p. 35 ss.

⁴¹ A. DUNCKER, *Gleichheit und Ungleichheit*, cit., p. 446 ss.

sposava acconsentiva tacitamente alla sua subordinazione⁴². Questo compromesso esprime efficacemente la coesistenza tra l'esigenza di rinnovamento e l'attaccamento alla tradizione degli scrittori del diritto naturale. Senza dubbio essi non mirarono direttamente all'eguaglianza giuridica tra i sessi ma, sia pure con incertezze, contraddizioni e condizionamenti derivanti dalla legislazione e dalla mentalità dell'epoca, posero le premesse per una svolta rispetto al passato. Soprattutto la teoria contrattuale del matrimonio rivestì un rilievo importante in questo senso perché prospettava la possibilità che i rapporti tra i coniugi si configurassero in maniera diversa da quelli tramandati da secoli e quindi che la donna raggiungesse un ruolo paritario.

Nei territori austriaci la diffusione del giusnaturalismo moderno, sviluppatosi soprattutto nei Paesi protestanti, avvenne con difficoltà e ritardo a causa della diffidenza e della opposizione che esso suscitava in un ambiente culturale egemonizzato dallo spirito controriformistico, dai metodi scolastici e dalla presenza dei gesuiti. Tuttavia durante la seconda metà del Settecento si era verificata una profonda svolta e, in connessione con le riforme teresiane del sistema universitario e dell'insegnamento del diritto, i principi della legge naturale avevano assunto un ruolo di primo piano⁴³. In tale evoluzione rivestì un'importanza determinante l'opera del grande giurista, docente e riformatore Carlo Antonio de' Martini il quale nei suoi manuali recepì le posizioni degli scrittori protestanti conciliandole con la dottrina della Chiesa⁴⁴. Egli seguì soprattutto le posizioni di Wolff che si prestavano meglio delle altre a tale scopo poiché erano basate su una visione unitaria del diritto, della morale e della religione e anche nella concezione della famiglia è individuabile una significativa influenza del filosofo tedesco.

Nel *De lege naturali positiones* il tema dei rapporti familiari è inserito nell'ambito della trattazione sulle società delle quali era considerato un caso particolare. Va sottolineato che Martini basava la sua esposizione sulla affermazione preliminare per cui gli esseri umani erano uguali secondo la legge di natura e perciò acquistavano un diritto perfetto a limitare l'indipendenza e l'eguaglianza primigenia di altre persone solo in virtù di un patto o di una norma positiva⁴⁵. Egli definiva poi il concetto di società in generale precisando che essa era caratterizzata da un fine comune, dall'unione

⁴² *Ivi*, p. 452.

⁴³ Sul giusnaturalismo nelle università austriache e la relativa bibliografia cfr. M.R. DI SIMONE, *Aspetti della cultura giuridica austriaca*, cit., p. 37 ss.; EAD., *L'influenza di Christian Wolff sul giusnaturalismo dell'area asburgica e italiana*, in *Dal "De jure naturae et gentium" di Samuel Pufendorf alla codificazione prussiana del 1794*. Atti del Congresso internazionale, Padova 25-26 ottobre 2001, a cura di M. FERRONATO, Padova 2005, p. 221 ss.

⁴⁴ Su di lui cfr. M.R. DI SIMONE, *Aspetti della cultura giuridica austriaca*, cit., p. 65 ss.; H. SCHLOSSER, *Karl Anton von Martini zu Wasserberg*, in *Juristen in Österreich 1200-1980*, cit., p. 77 ss.; M. HEBEIS, *Karl Anton von Martini: (1726-1800); Leben und Werk*, Frankfurt a.M. 1996; A.A. CASSI, *Il "bravo funzionario" asburgico tra Absolutismus e Aufklärung. Il pensiero e l'opera di Karl Anton von Martini (1726-1800)*, Milano 1999; *Naturrecht und Privatrechtskodifikation*. Tagungsband des Martini-Colloquiums 1998, a cura di H. Barta et alii, Wien 1999; R. PANCHERI, *Carlo Antonio Martini. Ritratto di un giurista al servizio dell'impero*, Trento 2000; M.G. DI RENZO VILLATA, *Verri, Martini e il Regolamento giudiziario. Riflessioni sparse in tema di conservare o distruggere*, in *Studi di storia del diritto*, III, Milano 2001, p. 641 ss.; *Storia, istituzioni e diritto in Carlo Antonio de Martini (1726-1800)*, 2. Colloquio europeo Martini, Trento 18-19 ottobre 2000, a cura di H. Barta et alii, Trento 2002; M.G. DI RENZO VILLATA, *In un turbinio di modelli. Il processo civile in Lombardia tra fervore progettuale, realtà normativa e pratica (1801-1806)*, in *La formazione del primo Stato italiano e Milano capitale 1802-1814*, Milano 13-16 novembre 2002, a cura di A. Robbiati Bianchi, Milano 2006, p. 159 ss.; EAD., *Droit et justice au XVIII^e siècle dans la Lombardie autrichienne*, in *Études sur le 18^e siècle*, XXXVI, 2008, p. 125 ss.; E. FORSTER, *Karl Anton Freiherr von Martini (1726-1800)*, in *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, a cura di G. Kleinheyer-J.Schröder, 5^a ed., Heidelberg 2008, p. 277 ss. In particolare sulle sue teorie circa la condizione della donna nella famiglia cfr. A. DUNCKER, *Gleichheit und Ungleichheit*, cit., p. 459-460; U. FLOBMANN, *Frauenrechtsgeschichte*, cit., pp. 94-95.

⁴⁵ C.A. DE MARTINI, *De lege naturali positiones in usum auditorii vindobonensis*, Viennae 1772, cap. XXIV, *De societate generatim*, n. DCLX, p. 212.

delle volontà dei membri, dalla collaborazione e dall'aiuto reciproco, dalla presenza di attività tese a realizzare l'obiettivo e ne descriveva infine i tipi fondamentali (volontaria o necessaria, composita o semplice, uguale o disuguale)⁴⁶. Tra le innumerevoli forme esistenti nella realtà, annunciava di volerle esaminare nei dettagli solo tre semplici (*coniugalis, parentalis, herilis*) e una composita (*domus aut familia*). In tal modo venivano presi in esame tutti gli aspetti relativi alla famiglia nella loro complessità fondandoli sulla solida premessa di una origine contrattuale incardinata nel superiore disegno divino⁴⁷.

La società coniugale in questa prospettiva era vista quale diretta derivazione dalla volontà di Dio di conservare la specie umana attraverso l'unione dell'uomo e della donna con la conseguente generazione ed educazione della prole⁴⁸. Il matrimonio era definito come uno *status* che comportava obbligazioni particolari, nel quale ciascuna delle parti acquisiva un diritto perfetto sull'altra in funzione del fine comune della propagazione del genere umano. La *libido vaga* e il concubinato contrastavano con questo scopo, mentre l'unione stabile tra gli sposi costituiva una società semplice, comune a tutti i popoli e necessaria rispetto all'obiettivo, sebbene non potesse considerarsi obbligatoria per tutti gli individui in quanto anche nel celibato si manifestava la gloria del Creatore⁴⁹. Martini aderiva ai principi del giusnaturalismo e dell'illuminismo affermando con decisione la natura contrattuale del matrimonio che nasceva da un accordo volontario nel quale il consenso era essenziale condizione della validità. Sosteneva perciò che i difetti derivanti dalle condizioni mentali e fisiche, dall'età e dalla capacità procreativa dei contraenti lo rendevano nullo, mentre l'errore, il dolo, la violenza esentavano dalle obbligazioni del negozio che tuttavia poteva essere successivamente sanato⁵⁰. In coerenza con queste premesse, il giurista trentino espressamente asseriva che i diritti e i doveri dei coniugi erano gli stessi e a nessuno dei due era lecito imporre all'altro la propria volontà in quanto il matrimonio era *societas aequalis* a meno che una delle due parti con speciale patto espresso o tacito avesse ottenuto l'*imperium*. La posizione di Martini appare qui più avanzata di quella dei giusnaturalisti precedenti configurando chiaramente una eguaglianza tra il marito e la moglie ciascuno dei quali poteva assumere la direzione degli affari domestici. Che gli sposi si trovassero in condizioni di parità e il ruolo preminente potesse essere svolto anche dalla moglie è confermato nella osservazione conclusiva del paragrafo. Qui Martini osservava che l'opinione diffusa per cui nell'uomo si riscontrerebbe maggiore capacità e prudenza spesso risultava errata e non corrispondente alla realtà ma, anche ammettendo le superiori qualità maschili, in ogni caso esse avrebbero costituito solo una attitudine al comando, non un diritto perfetto⁵¹.

Questa idea è ulteriormente rafforzata in alcuni paragrafi successivi nei quali si specificavano i doveri del matrimonio, strettamente derivanti dallo scopo della procreazione che costituiva la misura stessa di ogni regola. Martini prevedeva per entrambi gli sposi l'obbligo di coabitazione, di gestione comune degli affari domestici, di fedeltà, e stabiliva con decisione che essi dovevano sostenere insieme (*simul*) gli oneri finanziari per le varie necessità della famiglia e fornire congiuntamente (*conjunctim*) gli alimenti ai figli⁵². Il fine della educazione della prole era alla base del

⁴⁶ *Ivi*, n. DCLXII ss., p. 213 ss.

⁴⁷ *Ivi*, cap. XXV, *De societate conjugali*, n. DCXCIV, p. 221.

⁴⁸ *Ivi*, n. DCXCV ss., p. 222.

⁴⁹ *Ivi*, n. DCXCVIII ss., pp. 222-223.

⁵⁰ *Ivi*, n. DCCII-DCCIII, p. 224.

⁵¹ *Ivi*, n. DCCI, pp. 223-224.

⁵² *Ivi*, n. DCCXX-DCCXI, p. 226.

giudizio negativo sulla poligamia femminile che disincentivava i padri dall'occuparsi dei figli, mentre su quella maschile il giurista trentino esprimeva parere meno deciso anche perché essa era stata permessa da Dio agli Ebrei, come testimoniato nell'Antico Testamento⁵³. L'indissolubilità del vincolo era a suo avviso necessario per garantire il raggiungimento dell'obiettivo della società coniugale, ma in particolari circostanze (come la sterilità di una parte, la morte dei figli o il compimento della loro educazione, l'adulterio, la crudeltà del comportamento e l'impossibilità della conciliazione), Martini non escludeva che, in base a criteri puramente razionali, si potesse ammettere il divorzio⁵⁴.

Nella trattazione del rapporto con i figli, il giurista trentino ribadiva la sua impostazione ugualitaria. Va sottolineato infatti che nel capitolo dedicato a questo tema, egli non nominava la patria potestà ma si riferiva sempre solo a quella dei genitori, ponendoli sullo stesso piano. Martini osservava che l'impulso a crescere ed educare la prole proveniva in primo luogo dalla "*vox naturae quae vox Dei est*" e poi dal fine del matrimonio e dal patto coniugale il quale creava una obbligazione perfetta a carico del padre e della madre⁵⁵. Essi erano tenuti a rendere i figli capaci di provvedere a se stessi in armonia con le leggi naturali e civili e la loro funzione di direzione e guida "*jus est, quod parentalem potestatem appellamus*"⁵⁶. Respingendo le opinioni di Pufendorf circa il presunto patto tra genitori e figli e quelle di Hobbes per cui il figlio apparteneva alla madre *jure occupationis*, Martini si accostava a Grozio nel ritenere che tale potestà derivasse direttamente dalla generazione. Affermava che, lungi dall'essere illimitata, essa si estendeva alle sole azioni rispettose del diritto naturale dei figli e finalizzate al loro benessere fisico e spirituale. Negare gli alimenti e lederne il corpo o l'anima costituivano violazioni non solo della legge di natura ma anche del patto coniugale e dell'altro coniuge, pertanto le regole e le punizioni imposte dai genitori dovevano essere strettamente funzionali allo scopo educativo⁵⁷.

La concezione dell'autore riflette gli ideali illuministici di valorizzazione dell'individuo nella definizione dei rapporti e nella delimitazione dei poteri tra le generazioni mirando a rendere più autonoma la condizione dei soggetti. In questa prospettiva, i genitori potevano ripetere dai figli ormai adulti e abbienti le spese sostenute per la loro educazione, avevano diritto ad essere mantenuti da loro in caso di necessità e ad essere sempre rispettati, ma non erano legittimati ad avanzare ulteriori pretese sulle loro sostanze "*nec enim parentes sunt veri liberorum domini*"⁵⁸. Inoltre, contro chi sosteneva che la potestà dei genitori avesse durata illimitata, Martini affermava che essa doveva cessare al compimento della maggiore età poiché l'anima era data da Dio e i figli non costituivano una proprietà dei genitori⁵⁹. L'autore alla fine del capitolo tornava a sottolineare che le obbligazioni nei confronti della prole erano le stesse per il padre e la madre e la potestà parentale era comune, di conseguenza alla morte di uno dei coniugi, essa era devoluta al superstite, mentre le sue modalità di esercizio potevano essere concordate anche con patto tacito. La responsabilità di crescere ed educare i figli naturali ricadeva invece sulla sola madre data l'incertezza della paternità⁶⁰. Tuttavia in

⁵³ *Ivi*, n. DCCVI ss., pp. 225-226.

⁵⁴ *Ivi*, n. DCCXXIV, p. 230.

⁵⁵ *Ivi*, cap. XXVI, *De societate parentum et liberorum*, n. DCCXXVI, p. 231.

⁵⁶ *Ivi*, n. DCCXXVII, p. 231.

⁵⁷ *Ivi*, n. DCCXXVIII ss., p. 231 ss.

⁵⁸ *Ivi*, n. DCCXXXVI, p. 234.

⁵⁹ *Ivi*, n. DCCXLI, p. 235.

⁶⁰ *Ivi*, n. DCCXLV-DCCXLVI, pp. 236-237.

un'altra opera Martini si mostrava sollecito verso la difficile situazione delle donne disonorate, suggerendo ai governanti di creare apposite strutture di accoglienza per permettere loro di partorire in segreto e senza conseguenze sulla loro buona reputazione⁶¹.

Nel capitolo dedicato alla famiglia nel suo complesso Martini puntualizzava e approfondiva alcuni aspetti già toccati in precedenza precisando che nella società costituita dalla *domus aut familia* si individuavano due diversi gradi di membri, gerarchicamente ordinati. Il primo, costituito dal padre e dalla madre (che erano coniugi, genitori e padroni), era in una posizione di netta superiorità rispetto al secondo formato dai figli, le figlie e i servitori⁶². Il giurista trentino coglieva qui l'occasione per riaffermare l'idea della parità tra uomo e donna nella conduzione degli affari domestici asserendo che "*pater et materfamilias sunt familiae capita et imperantes*". I genitori detenevano un comune diritto sui figli e i servi, acquisito per consenso, con la conseguenza "*ut naturaliter aequales sint, et unam moralem personam constituent*". Aggiungeva poi che talvolta poteva accadere che l'intera potestà fosse attribuita ad uno solo dei coniugi, come nel caso di morte dell'altro o di patto espresso o tacito⁶³. Appare significativo che egli non assegni affatto al marito un ruolo di indiscussa e ovvia preminenza, come avevano fatto altri giusnaturalisti, ma lasci chiaramente aperta la possibilità che sia la moglie ad essere investita di una *potestas* che (secondo quanto spiegava poi) era molto ampia e comprendeva il diritto perfetto a stabilire le regole di comportamento dei sottoposti e le relative sanzioni⁶⁴. Martini qui si distaccava anche dal pensiero di Wolff, al quale costantemente si ispirava, in quanto non accennava neppure alla tesi, sostenuta dal filosofo tedesco, per cui con il matrimonio la donna accettava nella prassi un patto tacito di subordinazione al coniuge. L'orientamento verso la parità dei sessi è ulteriormente confermato dalla successiva affermazione per cui il padre e la madre dovevano stabilire insieme le azioni per promuovere il benessere della comunità familiare e perciò violavano il diritto naturale se si adoperavano per diminuire l'autorità l'uno dell'altro, trascuravano di guidare i figli e i domestici, davano il cattivo esempio o non correggevano gli abusi nei rapporti vicendevoli tra i figli e i servitori⁶⁵. Ancora una volta Martini non faceva distinzione tra il ruolo del marito e quello della moglie che indicava congiuntamente quali *familiae capita*, in una prospettiva che appare senza dubbio molto più avanzata rispetto alla dottrina e alla mentalità dominanti ai suoi tempi.

3. La legislazione del Settecento

La storiografia ha spesso affrontato la questione di quanto e come la riflessione giusnaturalistica sul tema dei diritti delle donne abbia trovato riscontro nel lungo e complesso lavoro legislativo svoltosi nella seconda metà del Settecento che approdò alla emanazione del codice civile (*Allge-*

⁶¹ C.A. DE MARTINI, *Positiones de jure civitatis in usum auditorii vindobonensis*, Vindobonae, 1768, cap. V, *De suprema imperantis inspectione et jure polittiae*, n. CXV-CXVI, pp. 56-57. Questa idea fu ripresa e sviluppata dall'allievo di Martini, il riformatore Joseph von Sonnenfels, che trattò il tema con maggiore ampiezza, criticò le sanzioni religiose e sociali imposte alle madri nubili e propose iniziative a loro favore (*Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz*, 3 voll., 8^a ed., I, Wien 1819, p. 246 ss.). Sul punto cfr. M.R. DI SIMONE, *Aspetti della cultura giuridica austriaca*, cit., pp. 182-183.

⁶² C.A. DE MARTINI, *De lege naturali positiones*, cit., cap. XXVIII, *De domo seu familia, et successionis jure*, n. DCCLXXIII, p. 244.

⁶³ *Ivi*, n. DCCLXXVI, p. 245.

⁶⁴ *Ivi*, n. DCCLXXVIII, p. 245.

⁶⁵ *Ivi*, n. DCCLXXXI, p. 246.

meines Bürgerliches Gesetzbuch) del 1811⁶⁶. Le prime tappe di questo cammino sono costituite, come è noto, dal *Codex Thesianus juris civilis*, ultimato nel 1766 e messo da parte a causa della sua mole pletorica e dell'impostazione poco adatta alla pratica⁶⁷ e dal progetto più conciso ma ancora insoddisfacente realizzato da Johann Bernhard Horten nel 1772 e rielaborato fino al 1776⁶⁸. Questi due testi rimasero privi di sanzione ufficiale, mentre entrarono in vigore l'ordinanza matrimoniale (*Verordnung in Ehesachen*) emanata da Giuseppe II il 16 gennaio 1783⁶⁹ e il codice civile giuseppino (*Josephinisches Gesetzbuch*) del 1786⁷⁰. La ricerca di una redazione più perfetta e completa proseguì poi con il progetto Martini del 1796 che ebbe una parziale applicazione nella Galizia orientale (*Westgalizisches Gesetzbuch*)⁷¹ ed è considerato di grande rilievo dagli studiosi i quali tendono oggi a rivalutare il ruolo del suo estensore nella vicenda della codificazione asburgica rispetto a quello del suo allievo Franz von Zeiller.

In questi testi normativi è innanzitutto da sottolineare la progressiva laicizzazione del matrimonio e la correlativa espansione dell'intervento dello Stato in questa materia. Nei primi due progetti in effetti, l'unione coniugale era ancora considerata essenzialmente come sacramento e perciò la sua regolamentazione era in gran parte basata sul diritto canonico che veniva ripreso e integrato da disposizioni laiche. Nella legislazione giuseppina invece si realizzava un decisivo passo verso la secolarizzazione che appare l'obiettivo principale dell'ordinanza del 1783, poi confermato nel codice e accentuato nel progetto Martini. Il carattere sacramentale del matrimonio, nelle intenzioni del legislatore, doveva cedere il posto ad una concezione contrattuale regolata dalla autorità statale, né la presenza dei sacerdoti, richiesta per la celebrazione dell'atto, contraddiceva questa impostazione, in quanto essi assumevano la funzione di pubblico ufficiale.

Significativo progresso va considerato il fatto che il *Codex Thesianus*, nonostante le lacune e le imprecisioni, tentasse di dettare per la prima volta una disciplina tendenzialmente compiuta del diritto delle persone nell'ambito della famiglia, che mancava nelle ordinanze territoriali e di polizia del XVI e XVII secolo perché in gran parte demandata alla consuetudine e alle norme ecclesiastiche⁷². In questo progetto la disciplina in materia era inserita nel secondo capitolo dedicato ai vari

⁶⁶ Sulla storia dei tentativi di codificazione in Austria nella seconda metà del Settecento cfr. H.E. STRAKOSCH, *State Absolutism and the rule of Law. The Struggle for the Codification of Civil Law in Austria 1753-1811*, Sydney 1967; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 245 ss., p. 506 ss.; G. WESENER, G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 149 ss.; F. WIEAKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, trad. it., Presentazione di U. Santarelli, I, Milano 1980, p. 512 ss.; *Naturrecht und Privatrechtsgeschichte*, cit.; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, II, Milano 2005, p. 253 ss.; H. SCHLOSSER, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 135 ss.

⁶⁷ Il testo è pubblicato con il titolo *Codex worin für alle dero königl. Böhmische und österreichische Erblande ein jus privatum certum et universale statuirte wird*, in PH. HARRAS VON HARRASOWSKY, *Der Codex Thesianus und seine Umarbeitungen*, 5 voll., Wien 1883-1886, I, II, III.

⁶⁸ *Entwurf Horten*, in PH. HARRAS VON HARRASOWSKY, *Der Codex Thesianus*, cit., IV.

⁶⁹ Il testo della legge è pubblicato in *Joseph des zweiten Römischen Kaisers Gesetze und Verfassungen im Justiz-Fache*, I, Wien 1817, n. 117, p. 192 ss.

⁷⁰ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, in *Joseph des zweiten Römischen Kaisers Gesetze und Verfassungen*, cit., III, Wien 1817, n. 591, p. 71 ss.

⁷¹ *Bürgerliches Gesetzbuch nach dem Entwurfe Martini's*, in PH. HARRAS VON HARRASOWSKY, *Der Codex Thesianus und seine Umarbeitungen*, cit., V.

⁷² Sui diritti delle donne nel *Codex Thesianus* cfr. O. EDLBACHER, *Die Familienrechtsgesetzgebung in Österreich*, in *Justiz und Zeitgeschichte*, III, *Geschichte der Familienrechtsgesetzgebung in Österreich*, a cura di E. Weinzierl e K.R. Stadler, Wien s.d., p. 126 ss.; A.M. STURM, *Das josephinische Leitbild der Frau in Ehe und Familie*, tesi di dottorato, Linz 1988, p. 83 ss.; A. DUNCKER, *Gleichheit und Ungleichheit*, cit., *passim*.

tipi di *status* (*Stand*) delle persone, in una sezione riservata allo *status* della casa (*Hausstand*), intesa come ampia comunità che comprendeva i rapporti tra i coniugi, tra i genitori e i figli e tra i padroni e i domestici⁷³. I ruoli delle diverse componenti erano collocati in una organizzazione gerarchica nella quale l'uomo era definito il capo della società familiare mentre la moglie, i figli e i servitori espressamente indicati quali sottoposti. In particolare al marito era riconosciuto il diritto ad una sorta di potestà ("*eine Art von Gewalt*") nei confronti della moglie che tuttavia egli doveva esercitare secondo ragione, onestà e equità in ottemperanza alle leggi divine, ecclesiastiche e laiche⁷⁴. Come è stato notato da Arne Dunker nel suo imponente studio, la preminenza dell'uomo era qui stabilita non solo in riferimento alla intera vita matrimoniale ma specificamente alla persona della moglie che veniva a trovarsi in una netta posizione di inferiorità⁷⁵. Al riguardo l'autrice afferma che il termine *Gewalt* non va sopravvalutato in modo antistorico attribuendogli il significato di una illimitata facoltà di imposizione sulla donna poiché allora esso aveva una valenza diversa dalla odierna e più limitata, corrispondendo al concetto latino di *potestas maritalis*. Tuttavia non va neppure sottovalutato, in quanto indicava che la donna non era considerata un soggetto ma un oggetto a disposizione del marito e stabiliva un rapporto fra i coniugi che seguiva il modello della patria potestà sui figli minori, in una visione fortemente patriarcale dei rapporti tra i sessi. Inoltre i poteri del marito e i suoi limiti erano esposti in modo vago e poco chiaro sicché non valevano né a circoscrivere il raggio di azione dell'uomo né a fornire alla moglie una valida misura per usufruire eventualmente della tutela giuridica. Contro la proposta di alcuni membri della commissione che avrebbero voluto precisare la posizione della sposa come compagna di vita dello sposo conferendole una maggiore autonomia, la versione definitiva della norma del progetto si era adeguata alla tradizione senza tenere conto delle nuove aperture giusnaturalistiche⁷⁶. Tuttavia non era previsto espressamente il tradizionale diritto del marito a punire la moglie, presente invece in alcune legislazioni coeve dell'area germanica e, sebbene non sia escluso che esso potesse essere compreso nella nozione generale di potestà, il progetto teresiano appare per questo aspetto meno retrivo.

I doveri reciproci dei coniugi erano in gran parte ancora ritenuti di competenza della normativa ecclesiastica, ma non mancava la precisazione di alcuni punti che avevano rilevanza economica e sociale. Così veniva imposto all'uomo di mantenere, rappresentare e proteggere la moglie che acquisiva il nome, le insegne e la partecipazione agli onori sociali della famiglia nella quale entrava, mentre era tenuta a seguire il marito nel luogo di abitazione, a collaborare alla sua professione, a curare la casa⁷⁷.

Dal punto di vista dei rapporti patrimoniali, il *Codex Theresianus* aboliva l'ipoteca tacita legale e regolava secondo gli schemi acquisiti il sistema della separazione dei beni⁷⁸. Esso accordava alle parti la libera utilizzazione dei propri averi ma riservava al marito, in virtù della presunzione di un tacito accordo, l'amministrazione di quelli della moglie. In effetti era previsto che questa potesse manifestare la volontà di togliere al coniuge questo diritto e le era consentito di occuparsi personalmente dei suoi affari, ma al marito spettava in ogni caso un controllo sui suoi atti per evitare di-

⁷³ PH. HARRAS VON HARRASOWSKY, *Der Codex Theresianus*, cit., I, *Von dem Recht der Personen*, cap. II, *Von dem Stand der Menschen*, p. 54 ss. e p. 59 ss.

⁷⁴ *Ivi*, n. 67.

⁷⁵ A. DUNCKER, *Gleichheit und Ungleichheit*, cit., p. 503 ss.

⁷⁶ PH. HARRAS VON HARRASOWSKY, *Der Codex Theresianus*, cit., I, 77, nota 17.

⁷⁷ *Ivi*, I, cap. II, cit., n. 68 ss.

⁷⁸ *Ivi*, I, cap. III, *Von Ehebindnissen*, p. 86 ss., n. 204 ss.

spersioni del patrimonio⁷⁹. La capacità della donna del resto continuava ad essere limitata dalla recezione del senatoconsulto velleiano⁸⁰, anche se un progresso rispetto alle consuetudini passate si può individuare nella norma con cui veniva escluso il godimento da parte del marito dei frutti dei beni della moglie senza un espresso accordo⁸¹. La differenza tra i ceti emergeva nella disposizione per cui erano vietate alle classi elevate le donazioni al coniuge eccedenti un terzo dei beni della sposa e un quarto di quelli dello sposo, mentre ai commercianti, artigiani e contadini era consentito il conferimento di tutte le risorse in un contratto di comunione⁸².

Nei confronti dei figli, la donna aveva diritti molto limitati rispetto a quelli del marito poiché la patria potestà, alla quale era dedicato un intero capitolo⁸³, spettava al padre che poteva disporre ampiamente delle persone, dei beni e delle azioni dei figli. Il progetto stabiliva espressamente che essi erano a lui soggetti e perciò tenuti ad eseguire i suoi comandi purché non contrari ai buoni costumi e alle leggi divine e umane, mentre egli amministrava i loro beni godendone i frutti e li rappresentava nei tribunali e altrove. Obbligo precipuo del genitore era il mantenimento della prole mentre la madre subentrava in questo compito solo in caso di indigenza del marito essendo invece suo dovere di curare, educare e sorvegliare i figli.

Per quanto riguarda la tutela, il *Codex Theresianus* riprendeva e confermava le disposizioni della citata ordinanza del 1669, stabilendo che le donne fossero escluse in linea generale da questo ufficio, ritenuto troppo impegnativo per le insufficienti capacità femminili. Faceva eccezione la madre (e dopo di lei l'ava) che, in assenza di altro soggetto indicato dal padre nelle ultime volontà, era autorizzata (ma non obbligata) ad assumere la tutela dei figli prima di altri familiari poiché il suo amore per loro garantiva lo svolgimento corretto dei compiti relativi, sempre peraltro con l'assistenza di un tutore di sesso maschile⁸⁴.

Nel complesso questo progetto legislativo non apportava rilevanti variazioni rispetto al diritto vigente, limitandosi a rendere più certa, organica e razionale la dispersa congerie di norme già esistenti senza recepire le tendenze teoriche del giusnaturalismo verso una maggiore eguaglianza tra i sessi. La compilazione di Horten lasciò la situazione sostanzialmente invariata in quanto focalizzò l'attenzione soprattutto sulla necessità di abbreviare l'eccessiva mole del tentativo precedente, riducendo ed eliminando alcune disposizioni, ma non procedette ad una revisione sostanziale. I rapporti tra i coniugi ricevevano dal punto di vista sistematico una migliore collocazione essendo ora riuniti in un apposito, ampio capitolo che tuttavia ricalcava schemi passati⁸⁵.

La legge matrimoniale di Giuseppe II, d'altra parte, regolò essenzialmente alcuni aspetti (quali la natura contrattuale dell'atto, gli impedimenti, le modalità di celebrazione, l'invalidità, la separazione "della tavola e del letto", il divorzio per i soli acattolici) allo scopo di laicizzare la materia. Come è stato ampiamente illustrato, essa segnò una cesura di enorme importanza rispetto al passato avviando un processo irreversibile di affermazione del potere dello Stato rispetto alla Chiesa e fu la base della normativa successiva⁸⁶. Le stesse reazioni della Santa Sede, che tentò in ogni modo di

⁷⁹ *Ivi*, I, cap. III, cit., n. 212-213.

⁸⁰ *Ivi*, III, *Von persönlichen Verbindungen*, cap. VIII, *Von Bürgschaften*, p. 118 ss., n. 16.

⁸¹ *Ivi*, I, cap. III, cit., n. 214.

⁸² *Ivi*, I, cap. III, cit., n. 235.

⁸³ *Ivi*, I, cap. V, *Von der väterlichen Gewalt*, 148 ss.

⁸⁴ *Ivi*, I, cap. VI, *Von der Vormundschaft*, p. 169 ss., n., 64 ss.

⁸⁵ *Entwurf Horten*, cit., cap. III, *Von den Rechten zwischen Mann und Weib*, p. 29 ss.

⁸⁶ Per un approfondito quadro delle vicende relative a questa ordinanza cfr. J. MÜHLSTEIGER, *Der Geist des josephinischen Eherechts*, Wien-München 1967. Sui contenuti e le caratteristiche cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giu-*

indurre il sovrano a recedere dai suoi propositi, confermano la consapevolezza che allora si ebbe del valore dirompente di questo provvedimento, ma le novità da esso introdotte non scalfirono il settore della condizione della donna poiché la legge non si soffermò sui diritti e doveri dei coniugi che possono essere dedotti solo indirettamente in certi casi.

Che le intenzioni dell'imperatore non fossero dirette a modificare questa materia è confermato dal codice da lui successivamente emanato. In esso era affermata di nuovo con forza la volontà di ricondurre sotto il controllo dello Stato la disciplina del matrimonio fino ad allora di competenza ecclesiastica ed emergeva la tendenza a valorizzare i diritti individuali con la limitazione di quelli cetuali. A questo atteggiamento vanno ricondotte fra l'altro le disposizioni volte a definire nei dettagli gli impedimenti alle nozze e le cause di separazione, a circoscrivere la patria potestà, a migliorare la condizione dei figli naturali, ad eliminare il divieto di comunione di beni nei ceti elevati. I diritti delle donne invece erano ripresi dalla tradizione, come emerge inequivocabilmente nel capitolo dedicato ai rapporti tra coniugi che qui, a differenza della legge del 1783, erano espressamente definiti con cura e precisione⁸⁷. Con una formula quasi identica a quella presente nel *Codex Theresianus* e nel progetto Horten, il testo giuseppino assegnava al marito la potestà sulla persona della moglie e l'obbligo di mantenerla e rappresentarla, attribuendo alla moglie il diritto a godere del grado sociale del marito e gli obblighi di seguirlo nella sua residenza e di collaborare alle spese in caso di necessità⁸⁸. Anche qui era lasciato indeterminato il contenuto del disposto per cui la *Gewalt* maschile doveva essere esercitata secondo i principi della ragione, dell'onestà e dell'equità, perpetuando in tal modo la concreta difficoltà di utilizzare questa norma per una effettiva difesa giuridica dei diritti della moglie. Il mantenimento del sistema dei rapporti patrimoniali tra coniugi e del senatoconsulto velleiano impedivano un ampliamento della capacità femminile, mentre nel campo della tutela dei figli va segnalato persino un peggioramento poiché la madre, riconosciuta in prima posizione già nella ordinanza secentesca, in mancanza di diverse indicazioni testamentarie del padre, veniva posposta all'avo paterno⁸⁹.

Nel contesto della intensa azione riformistica di Giuseppe II, che talvolta assunse aspetti radicali introducendo novità per i tempi molto avanzate in tutti i campi del diritto in omaggio a principi illuministici, razionalistici ed egualitari, il conservatorismo nei confronti dei rapporti tra i sessi appare ancora più significativo. La storiografia ha tentato di fornire una spiegazione di questo orientamento collegandolo all'influenza dell'insegnamento di Christian August Beck improntato all'aristotelismo, o riconducendolo alla personale concezione patriarcale del sovrano che rispecchiava il suo assolutismo politico⁹⁰. Sta di fatto che la dottrina giusnaturalistica, della quale si possono rinvenire numerose tracce in altre parti nel codice giuseppino, non trova riscontro nella disciplina sui diritti delle donne che appare al contrario del tutto fedele alla tradizione e si pone in una linea di continuità con le ordinanze dei secoli precedenti e con i progetti legislativi dell'epoca teresiana.

Una passo avanti è segnato dal testo elaborato da Martini al quale va attribuito il merito di avere finalmente avviato una evoluzione che avrebbe trovato il suo coronamento nell'*ABGB* ma che affondava le radici nel pensiero del giurista e riformatore trentino più che in quello del suo allievo Franz von Zeiller. Di rilievo è ritenuta la novità per cui l'indicazione dei doveri reciproci dei coniu-

ridica, I, cit., p. 509; P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale in Italia*, Milano 2011, p. 88 ss.

⁸⁷ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, cit., cap. III, *Von den Rechten zwischen Eheleuten*, p. 80 ss.

⁸⁸ *Ivi*, cap. III, cit., n. 47 e 49.

⁸⁹ *Ivi*, cap. V, *Von den Rechten der Waisen und anderen, die ihre Geschäfte nicht besorgen können*, p. 111 ss., n. 11.

⁹⁰ A.M. STURM, *Das josephinische Leitbild*, cit., p. 129 ss.; A. DUNCKER, *Gleichheit und Ungleichheit*, cit., pp. 1069-1070.

gi (coabitazione, educazione e mantenimento dei figli, assistenza e aiuto vicendevole) è inserita nella stessa definizione del matrimonio a sottolinearne l'importanza⁹¹, mentre gli specifici obblighi dei due sposi vengono precisati in seguito. La differenza di ruoli era conservata ma la concezione gerarchica e patriarcale risultava attenuata attraverso significative modifiche rispetto alle formule precedenti. Il marito manteneva una sorta di preminenza in quanto era definito capo della casa (*Haupt des Hauses*) e a lui spettava la conduzione degli affari della comunità domestica, ma scompariva il riferimento alla potestà maritale sulla persona della moglie (*Gewalt*), e la sua funzione di rappresentarla era limitata in modo generico ai casi necessari⁹². Gli storici hanno sottolineato come questo allontanamento dalla tradizione fosse raggiunto non senza opposizioni nell'ambito delle discussioni della commissione. Infine contro chi (come Joseph Hyazinth Froidevo) voleva mantenere il rigido principio della rappresentanza maschile della donna nei tribunali e altrove, prevalse la maggioranza favorevole ad attenuarlo in favore di una maggiore autonomia, escludendo che l'uomo potesse agire per la moglie senza sua conoscenza e consenso⁹³.

Gli obblighi della sposa rimanevano nel progetto analoghi a quelli indicati nella legislazione precedente, anche se sono state notate marginali variazioni foriere di una maggiore considerazione della donna come individuo anziché come parte dello *Stand* casalingo. Ad esempio nella norma relativa al dovere di collaborare al mantenimento e all'attività del marito si precisava che ciò dovesse avvenire secondo le possibilità della moglie e l'obbedienza di questa alle direttive del coniuge era formulata in modo da lasciare spazio ad un ruolo maggiormente autonomo e direttivo nell'organizzazione domestica⁹⁴.

Un notevole progresso appare senza dubbio il definitivo superamento del senatoconsulto velleiano attraverso la disposizione nella quale espressamente si affermava che le obbligazioni per terzi potevano essere assunte da tutti i soggetti capaci di donazioni, senza tenere conto della differenza di sesso (*ohne Unterschied des Geschlechts*)⁹⁵. Si abbatteva così uno dei principali ostacoli alla capacità della donna e si apriva la via ad ulteriori miglioramenti rendendo la legislazione austriaca più avanzata di molte altre dell'Europa dell'epoca, mentre nel settore dei rapporti patrimoniali fra coniugi e della patria potestà non furono apportate significative innovazioni. Anche per la tutela si riprese l'impostazione del codice giuseppino escludendo in generale le donne da questo ufficio e preferendo l'avo paterno alla madre (seguita dalla ava paterna e poi dagli altri familiari) nonostante i tentativi di qualche membro della commissione di ripristinare in questo punto il diritto consuetudinario austriaco più favorevole alla donna⁹⁶.

Nel complesso questo testo normativo realizzava alcune importanti ma circoscritte modifiche rispetto alla tradizione senza arrivare ad una generale ridefinizione dei diritti femminili in senso egualitario. Esso in realtà, come è stato più volte osservato, era ben lontano dal tradurre sul piano legislativo le idee sostenute nei suoi scritti da Martini che, come si è visto, aveva delineato una concezione sostanzialmente paritaria dei sessi. È stato anche rilevato che in sede di discussione del progetto, il suo promotore non intervenne con la necessaria energia e convinzione, anzi in certi casi non

⁹¹ *Bürgerliches Gesetzbuch nach dem Entwurfe Martini's*, cit., parte I, cap. III, *Von den Rechten zwischen Eheleuten*, p. 26 ss., n. 1.

⁹² *Ivi*, cap. III, cit., n. 5.

⁹³ *Ivi*, p. 27, nota 4; A. DUNCKER, *Gleichheit und Ungleichheit*, cit., pp. 512-513.

⁹⁴ *Bürgerliches Gesetzbuch nach dem Entwurfe Martini's*, cit., parte I, cap. III, cit., n. 5-6.

⁹⁵ *Ivi*, parte III, cap. XV, *Von Befestigung der Rechte und der Verbindlichkeiten*, p. 219 ss., n. 15.

⁹⁶ *Ivi*, parte I, cap. V, *Von Vormundschaften und Kuratelen*, p. 55 ss., n. 5, 11. Sul punto cfr. U. FLOBMANN, *Die Rechtsstellung der Witwe*, cit., p. 159 ss.

tentò neppure di difendere soluzioni più innovative e favorevoli alla donna, che forse con un maggiore suo impegno avrebbero potuto essere accolte. Secondo Arne Duncker il suo atteggiamento avrebbe fatto perdere una buona occasione per realizzare una svolta epocale nella storia del diritto europeo eliminando la preminenza maschile nel matrimonio⁹⁷.

La storiografia ha tentato di spiegare il comportamento del giurista trentino ipotizzando che le pressioni esterne, esercitate da membri autorevoli della commissione o dall'imperatore, lo avessero costretto a rinunciare alle sue idee⁹⁸. Senza dubbio si può concordare con chi ha evidenziato la divaricazione tra il pensiero di Martini e il contenuto del codice, ma il giudizio riduttivo per cui questo sia alla fine risultato un compromesso insoddisfacente sembra non tenere abbastanza conto della situazione dell'epoca. Il sistema giuridico austriaco era ancora fortemente radicato nella tradizione e gli interventi di Maria Teresa e di Giuseppe II lo avevano solo parzialmente modificato in alcuni aspetti. In questo contesto la configurazione del matrimonio e della famiglia, per secoli regolata dagli usi e dalla Chiesa, risultava particolarmente refrattaria alle riforme né la mentalità e le condizioni economiche del Paese creavano per il momento premesse favorevoli a cambiamenti radicali per i quali i tempi non erano maturi. Come è stato sottolineato, il sistema sociale e l'organizzazione del lavoro, nei territori asburgici come altrove, perpetuavano schemi patriarcali di origine medievale e anche nel XVIII e XIX secolo le donne rimasero fortemente condizionate dal ruolo domestico e dalla funzione riproduttiva⁹⁹. Per verità non era mancata nell'Illuminismo tedesco una critica convinta e circostanziata ai pregiudizi che assegnavano ad esse una posizione di netta inferiorità. Al riguardo va ricordato in particolare il giurista prussiano Theodor Gottlieb von Hippel che aveva pubblicato alcuni scritti sul matrimonio e sui mezzi per elevare la condizione femminile nei quali, con leggerezza e ironia ma anche con precisione e consapevolezza, prospettava nuove aperture. Tuttavia il suo pensiero era rimasto isolato suscitando diffidenza e scetticismo e non aveva trovato seguaci in Austria¹⁰⁰.

Il progetto Martini appare in realtà la prosecuzione di una serie di tappe che con lentezza e gradualità avevano progressivamente definito i diritti femminili, sottraendo la materia al dominio della consuetudine e delle norme canoniche e conferendole una organicità e una certezza prima sconosciute. In questo cammino è possibile individuare di volta in volta piccoli ritocchi che, senza modificare il quadro generale, apportavano limitati miglioramenti. Il lavoro di Martini raccolse i risultati precedenti aggiungendo ulteriori elementi evolutivi, ma il suo obiettivo non era creare un modello ideale nel quale si realizzassero compiutamente i principi del diritto naturale, bensì compilare una normativa da applicare concretamente nei territori asburgici e ciò non permetteva di porsi in netto contrasto con il sistema vigente. Di fatto le impostazioni del suo testo furono largamente riprese nell'*ABGB* che è considerato uno dei codici più avanzati d'Europa per la disciplina sulla condizione della donna.

⁹⁷ A. DUNCKER, *Gleichheit und Ungleichheit*, cit., pp. 513-514.

⁹⁸ U. FLOBMANN, *Das Geschlechterverhältnis in der Rechtslehre Franz von Zeillers*, in *Gedächtnisschrift Herbert Hofmeister*, a cura di W. Ogris e W.H. Rechberger, Wien 1996, p. 179 ss. e p. 183; EAD., *Die beschränkte Grundrechtssubjektivität der Frau. Ein Beitrag zum österreichischen Gleichheitsdiskurs*, in *Frauen in der Geschichte des Rechts*, cit., p. 293 ss. e p. 298; A. DUNCKER, *Gleichheit und Ungleichheit*, cit., pp. 513-514.

⁹⁹ J. EHMER, *Die Stellung der Frau in der Familie vom feudal-ständischen zum bürgerlichen Patriarchalismus*, in *Justiz und Zeitgeschichte. Symposionsbeiträge 1976-1993*, a cura di E. Weinzierl et alii, 2 voll., Wien 1995, I, p. 205 ss.

¹⁰⁰ Su questo personaggio e la sua opera cfr. J. MÖRSDORF, *Gestaltwandel des Frauenbildes und Frauenberufs in der Neuzeit*, München 1958, p. 95 ss.; J. KOHNEN, *Theodor Gottlieb von Hippel 1741-1796. L'homme et l'oeuvre*, 2 voll., Berne-Francfort-s Main-New York-Nancy 1983; U. WECKEL, *Gleichheit auf dem Prüfstand. Zur zeitgenössischen Rezeption der Streitschriften von Theodor Gottlieb von Hippel und Mary Wollstonecraft in Deutschland*, in *Tugend, Vernunft und Gefühl. Geschlechterdiskurse der Aufklärung und weibliche Lebenswelten*, a cura di C. Opitz et aliae, Münster-New York-München-Berlin 2000, p. 209 ss.; U. FLOBMANN, *Frauenrechtsgeschichte*, cit., p. 85 ss.