

LOREDANA GARLATI

LA FAMIGLIA TRA PASSATO E PRESENTE



giuffrè editore - 2011

Estratto dal volume:

Salvatore PATTI - Maria Giovanna CUBEDDU

DIRITTO DELLA FAMIGLIA

CAPITOLO I
LA FAMIGLIA TRA PASSATO E PRESENTE

di *Loredana Garlati*

SOMMARIO: 1. Le ragioni di una storia del diritto di famiglia. — 2. Le origini medievali. — 3. Continuità nel segno della tradizione: la famiglia nell'età moderna. — 4. L'influenza delle nuove dottrine. — 5. La legislazione settecentesca pre-rivoluzionaria. — 6. Il vento della Rivoluzione. — 7. Due modelli legislativi a confronto: la famiglia nel codice civile francese e austriaco. — 8. Verso il codice dell'Italia unita. — 9. Il codice Pisanelli tra innovazione e conservazione. — 10. La storia recente.

1. *Le ragioni di una storia del diritto di famiglia.*

Ripercorrere, sia pure a grandi linee, l'evoluzione del diritto di famiglia in Europa non si configura come mera operazione culturale: il recupero delle nostre radici giuridiche è strumento imprescindibile per comprendere l'*hic et nunc*. La famiglia, *corpus* complesso, in cui valori morali, sociali, politici, *mos* ed *ethos* si intrecciano con il diritto, si presenta come una finestra spalancata sul mondo e sul tempo, un osservatorio privilegiato dal quale scrutare un cammino di lungo periodo in cui appaiono inestricabili gli elementi della tradizione e le novità, la conservazione e la "rivoluzione", le eredità e i cambiamenti. È quasi superfluo sottolineare che lo studio del diritto di famiglia passa inevitabilmente attraverso l'esame di singoli istituti (anzi, per un certo tempo, la storiografia si è dedicata più a questi specifici temi che alla visione d'insieme): matrimonio, separazione e divorzio, patria potestà, condizione giuridica della donna, rapporti patrimoniali tra coniugi, filiazione — legittima e naturale — rappresentano solo alcuni dei tasselli necessari a ricomporre il variegato mosaico familiare. E si può sottoscrivere quanto parecchi anni fa annotava Giulio Vismara: "Le ricerche storiche sui singoli istituti del diritto familiare servono alla storia giuridica della famiglia, ma è soprattutto da questa che ricevono luce e significato" (1).

(1) G. VISMARA, *L'unità della famiglia nella storia del diritto in Italia*, in ID., *Scritti di storia giuridica*, 5: *La famiglia*, Milano, 1988, 10.

Si tratta di un ambito in cui, forse più che in altri, le scelte del legislatore sono dettate, almeno nei contenuti, dalla società di riferimento: i mutamenti di valori, le esigenze di un mondo in perenne trasformazione hanno spesso imposto la recezione giuridica di quanto nella prassi era già patrimonio condiviso. Per lunghi periodi la famiglia è stata più fenomeno sociale o metagiuridico che istituto organizzato dal diritto, ma “per quanto metagiuridico, quel concetto ha informato il diritto di famiglia durante tutto il suo svolgimento” (2). Per questo, se è innegabile che lo storico del diritto non possa prescindere dalle indagini relative alla storia sociale della famiglia, studi che si sono intensificati negli ultimi anni e che hanno permesso di ampliare la conoscenza sia delle relazioni intersoggettive che dei rapporti tra nuclei familiari e società, va tuttavia precisato che queste poche pagine si propongono di tratteggiare, per sommi capi e dunque con inevitabili lacune, una storia che abbia nel diritto [e in particolare nel diritto privato (3)] il proprio fulcro, l’elemento di centralità. In altre parole, si guarderà alla famiglia nella sua dimensione giuridica.

Dal matrimonio inteso quale strategia sociale, più ‘affare tra casati’ che prodotto di una libera scelta individuale, al ruolo del *pater familias*, a lungo detentore di un potere personale e patrimoniale quasi assoluto nei confronti degli altri componenti; dalla concorrenza tra Chiesa e Stato nella regolamentazione delle nozze, con un dominio per secoli incontrastato della prima, fino al processo di laicizzazione che interessò l’Europa intera; dal modello culturale di una naturale — e quindi anche giuridica — inferiorità della donna fino a riconoscerle una pari dignità rispetto all’uomo; dall’attribuzione di diritti diversi in capo ai figli, in virtù della combinazione di talune variabili, quali il sesso (i figli maschi erano privilegiati rispetto alle femmine), l’ordine di nascita (il primogenito godeva di taluni significativi vantaggi) o la natura del rapporto sottostante (con diversificazioni e discriminazioni tra figli legittimi, naturali,

(2) G. VISMARA, *L’unità della famiglia*, cit., 11.

(3) “Il diritto di famiglia appartiene essenzialmente alla storia del diritto privato; ne è anzi, in un certo senso, il fulcro, al quale dobbiamo continuamente rifarci, se si vuole esattamente intendere la storia dei principali istituti: il diritto delle persone, il diritto successorio, che ne è particolarmente condizionato, i diritti reali e anche il diritto delle obbligazioni”: G. VISMARA, *L’unità della famiglia*, cit., 4. Per una ricostruzione di sintesi, nella storiografia più risalente, cfr. N. TAMASSIA, *La famiglia italiana nei secoli decimoquinto e decimosesto*, Milano-Palermo, Napoli, 1910; P. TORELLI, *Lezioni di storia del diritto italiano. Diritto Privato. La famiglia*, Milano, 1947; E. BESTA, *La famiglia nella storia del diritto italiano*, Milano, 1933; M. BELLOMO, voce *Famiglia (diritto intermedio)*, in *ED*, XVI, Milano, 1967, 745-779.

adulterini o incestuosi, adottivi) la strada percorsa è ricca di esperienze significative e contrassegnata da fattori di continuità e discontinuità.

Un viaggio a ritroso nel passato è recupero cosciente e consapevole di una dimensione della famiglia spesso sconosciuta o trascurata ed è quanto mai necessario per una 'cellula affettiva' che non sembra aver ancora esaurito la propria funzione storica.

A lungo la struttura e l'organizzazione familiare sono rimaste pressoché invariate, tanto da costringerci ad avviare il nostro racconto dal remoto medioevo (4): qui si gettano le fondamenta di un istituto che rimarrà sostanzialmente identico a se stesso fino all'età contemporanea, passando tutto sommato indenne attraverso la crisi rivoluzionaria francese. Il decennio compreso tra il 1789 e il 1799 produrrà sì mutamenti radicali, ma di breve durata nell'immediato: come araba fenice la famiglia sorgerà dalle sue stesse ceneri ripristinando quella impronta autoritaria che l'aveva connota nel passato, a riflesso e immagine di colui che di quella breve stagione decreterà irrimediabilmente la fine: Napoleone.

2. *Le origini medievali.*

Il nostro percorso incomincia in una realtà impoverita dalle guerre e dalla carestia, in cui il sogno di Giustiniano di ricongiungere, dopo la ventennale guerra greco-gotica, l'Italia all'Impero si infranse inesorabilmente contro le invasioni barbariche, che sostituirono ai concetti di unità e di universalità tipici dell'Impero quello 'particolaristico' di *regnum*. La crisi di potere e di ideali che attraversò l'Europa intera favorì la diffusione della predicazione cristiana, con le sue promesse di speranza e di vita eterna, e fu proprio il cristianesimo a elaborare una nozione di famiglia fondata su valori diversi da quelli propri del diritto romano, realizzando la prima radicale metamorfosi del gruppo familiare. Nell'altomedioevo le famiglie si rinserrarono a difesa di se stesse, modellandosi secondo consuetudini che variavano da città a città, quasi da casa a casa, e che si presentavano come mirabile impasto di tradizione romana, longobarda, franca: "è la società stessa che per sopravvivere si crea un'organizzazione nuova, assicurando nella famiglia la protezione dell'individuo" (5).

Nozione di familia

(4) G. DI RENZO VILLATA, *Il volto della famiglia medievale tra pratica e teoria nella Summa totius artis notarile*, in *Rolandino e l'Ars notaria da Bologna all'Europa*, Milano, 2002, 377-458.

(5) G. VISMARA, *L'unità della famiglia*, cit., 17.

Il XII secolo, con la riscoperta del diritto romano, la fioritura di una scienza giuridica senza eguali e un intenso rinnovamento della vita politica, economica e culturale, contrassegnata dal costituirsi dei Comuni nell'Italia centro-settentrionale e del *Regnum Siciliae* nel meridione, non poteva non generare conseguenze anche sulla compagine familiare.

Si afferma un tipo di famiglia chiamata ad assolvere un'azione politica, capace di conquistare il potere, di gestirlo e di tramandarlo di padre in figlio. Lo stesso può dirsi per l'ambito economico: l'arte, fosse essa quella di un commerciante, di un banchiere, di un artigiano o di un contadino, si svolgeva e si organizzava su base familiare. Non si deve poi tacere degli scopi religiosi perseguiti dal nucleo domestico, comprensibili alla luce della forte spiritualità che permeava la vita di allora.

Esistevano famiglie a composizione variabile: accanto a strutture allargate, comprensive non solo delle persone discendenti da un unico capostipite, ma anche di ulteriori 'innesti', quali zii, zie e mogli introdotte nella casa paterna dai figli maritati, si trovano nuclei a base più ristretta, diffusi più nelle zone urbane che in quelle rurali, e maggiormente ricorrenti nelle classi medio-basse. Ciò determinava che con il termine *familia* si indicassero tanto coloro che vivevano sotto lo stesso tetto alle dipendenze di un *pater familias* quanto globalmente un'intera stirpe comune (6).

Rapporti personali
e patrimoniali

All'interno della famiglia è possibile operare una distinzione tra due grandi categorie di rapporti: quelli patrimoniali e quelli personali (7).

I primi, in particolare, interessavano il diritto per i conflitti che generavano. Il legame tra 'patrimonio' e 'famiglia' era così stretto che Alberico da Rosciate, lapidariamente, nel suo *Dictionarium iuris*, scriveva: *familia id est substantia* (8).

(6) Non è infrequente che per indicare la famiglia si utilizzi il termine *focus*, come identificativo di tutte le persone viventi sotto lo stesso tetto, tanto che i censimenti della popolazione si facevano non per individui ma per *foci*. Cfr. G. VISMARA, *L'unità della famiglia*, cit., 31.

(7) M. BELLOMO, voce *Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi (diritto intermedio)*, in *ED*, XXXVIII, Milano, 1987, 375-382.

(8) ALBERICO DA ROSCIATE, *Dictionarium iuris tam civilis quam canonici...*, Venetiis, 1573, rist. anast. Torino, 1971, *sub voce* 'Familia', 266b. Nello stesso torno d'anni ribadiva il concetto con l'autorevolezza che lo contraddistingueva Bartolo da Sassoferrato, per il quale *familia accipitur in iure pro substantia* (BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria in primam infortiati partem*, Lugduni 1555, ad D. 28.211 *de liberis et posthumis*, l. *in suis*, 112rb). Come è stato osservato, dire famiglia o casa equivaleva a dire patrimonio: così N. TAMASSIA, *La famiglia italiana*, cit., 108, tanto da potersi, "rovesciando l'equazione", affermare anche l'inverso (A. ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna*, Torino, 1994, 20).

È relativamente al profilo patrimoniale che la riscoperta del diritto romano consentì ad istituti che avevano perso efficacia in seguito alle invasioni barbariche, e longobarde in particolare, di conoscere una nuova vita, come avvenne per la dote o per la *donatio propter nuptias* (9).

Il ritorno del diritto romano sortì un ulteriore effetto: il rafforzamento della figura del *paterfamilias*, a cui in via esclusiva spettava una perpetua *potestas* nei confronti dei figli, delle figlie e dei nipoti dei propri figli maschi, tutti sottoposti in modo vitalizio al comando paterno o dell'avo. Il padre, cui si doveva cieca obbedienza, poteva non solo castigare il figlio ma ricorrere anche alla pubblica autorità per ottenere sanzioni estreme, quale l'incarcerazione o addirittura il bando dalla città.

Oltre che in qualità di padre, all'uomo erano riconosciuti forti poteri in quanto marito, comprensivi anche di un *ius corrigendi* che non escludeva il ricorso ad una moderata 'violenza domestica': per educare la moglie disobbediente, il marito poteva arrivare a 'batterla', con il solo limite di non provocarle fuoriuscite di sangue (10).

Una simile supremazia personale si corroborava in virtù di altrettanto intensi poteri patrimoniali: il *pater*, oltre che capo indiscusso della casa, era *dominus* assoluto del patrimonio familiare. Quest'ultimo si componeva di diversi cespiti "sottoposti ad un regime differenziato in rapporto allo *status* del titolare" (11): il *patrimonium* vero e proprio, oggetto del dominio paterno; i *peculia*, spettanti ai figli, e la dote (12).

Anche quello del *peculium* era un istituto tipico del diritto romano, recuperato e riadattato dai glossatori alle nuove esigenze medievali, nei quattro tipi del *peculium* castrense, comprensivo dei beni acquistati dal *filiusfamilias* in guerra o in occasione di guerra (tali erano ad esempio i doni ricevuti per la milizia prestata); quasi castrense, relativo a beni acquisiti in ragione di un'attività svolta per pubblica utilità (come era ad esempio l'ufficio del giudice); profettizio, composto dai beni assegnati

I peculia

(9) "Il risorgimento della dote [...] non avveniva perché nelle scuole si studiava il diritto romano [...] ma perché la famiglia si strutturava [...] in modo nuovo nel momento in cui si impegnava in una società profondamente scossa dal disintegrarsi del sistema feudale": M. BELLOMO, voce *Dote (diritto intermedio)*, in *ED*, XIII, Milano, 1964, 9.

(10) G. MINNUCCI, «*An mulier verberari possit*». Una «*quaestio disputata*» di argomento matrimoniale, in *Coniugi nemici. La separazione in Italia dal XII al XVIII secolo*, a cura di S. Seidel Menchi e D. Quaglioni, *I processi matrimoniali degli archivi ecclesiastici italiani*, I, Bologna, 2000, 491-498.

(11) G. DI RENZO VILLATA, voce *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto*, IV edizione, vol. XIII sez. civile, Torino, 1996, 500.

(12) M. BELLOMO, *Problemi di diritto familiare nell'età dei comuni. Beni paterni e 'pars filii'*, Milano, 1968.

dal padre al figlio; avventizio, in cui confluivano tutti i beni derivati al figlio da altre fonti o in altro modo rispetto alle indicazioni precedenti (ad esempio, i guadagni della mercatura o l'eredità lasciata dalla madre). Sui primi due il figlio aveva un pieno dominio; amministrava, usava, consumava per alimentarsi quelli profettizi, ma era il padre a detenerne il dominio; sugli ultimi, infine, di regola il figlio godeva di un nudo diritto di proprietà e il padre di un usufrutto, anche se non mancavano ipotesi in cui il pieno dominio era lasciato al figlio (13).

I rapporti patrimoniali tra coniugi: a) la dote

Ma il vero perno dell'economia domestica ruotava intorno alla dote (14). Se il *patrimonium* era strettamente funzionale al ruolo sociale e politico della famiglia, era alla dote che si chiedeva di sostenere *onera matrimonii*, ossia di supportare il quotidiano mantenimento della famiglia stessa (15).

È possibile distinguere tra una dote cosiddetta carnale e una spirituale. Entrambe destinate alle figlie e costituite attingendo al *patrimonium* del padre, l'unico soggetto sul quale gravava un vero e proprio obbligo giuridico di conferirla, si differenziavano in virtù del loro scopo. La prima accompagnava l'atto del matrimonio, la seconda veniva invece devoluta al monastero nel momento in cui la figlia decideva (o meglio, la famiglia decideva per lei) di consacrarsi alla vita religiosa.

La dote che la donna recava con sé al momento del matrimonio era concessa in amministrazione al marito, che di fatto ne godeva, anche se formalmente il *dominium* di questi beni rimaneva in capo alla moglie [*naturaliter domina* dei beni dotali, secondo la dicitura del diritto giustiniano (16)].

È soprattutto attorno alla dote che i giuristi dispiegano le loro tecniche interpretative, spinti non tanto dall'esigenza di chiarificazione teorica, quanto dalla necessità pratica di fornire soluzioni giuridiche alle numerose controversie dettate dalla realtà.

Occorreva innanzitutto superare il convincimento secondo cui la dote fosse essenziale alla conclusione del matrimonio e che in difetto di essa le

(13) M. BELLOMO, *Profili della famiglia italiana nell'età dei comuni*, Catania, 1975, 203; G. DI RENZO VILLATA, voce *Persone e famiglia*, cit., 500-501.

(14) M. BELLOMO, *Ricerche sui rapporti patrimoniali tra coniugi. Contributo alla storia della famiglia medievale*, Milano, 1961. Cfr. G.S. PENE VIDARI, *Dote, famiglia e patrimonio fra dottrina e pratica in Piemonte*, in *La famiglia e la vita quotidiana in Europa del '400 al '600. Fonti e problemi*, Milano, 1986, 109-121.

(15) "Gli altri cespiti patrimoniali familiari rimanevano così più liberi da un simile peso e consentivano ai membri maschili del gruppo di dedicarsi con maggiori disponibilità economiche all'attività pubblica o a quella commerciale, che viveva all'epoca momenti di intenso sviluppo": G. DI RENZO VILLATA, voce *Persone e famiglia*, cit., 500.

(16) C. 5.12.30pr.

nozze fossero nulle (17). Il principio fu ripudiato con fermezza sia dal diritto canonico che dal diritto civile. Ciò che più premeva alle famiglie medievali, infatti, non era ricondurre la legittimità del legame matrimoniale alla dote, quanto “la speranza che il patrimonio s’accrescesse, o il timore che s’impoverisse, per mezzo o in conseguenza di una dote” (18).

Si poneva il problema se, nel caso di beni dotali insufficienti a far fronte alle spese familiari, il marito fosse tenuto a contribuire con il proprio patrimonio al mantenimento dei congiunti. Per risolvere una questione che era non solo di coscienza, ma dalle evidenti implicazioni giuridiche [il fatto stesso che il problema si ponesse “lascia sospettare che in pratica le liti in tale materia non fossero state infrequenti, tanto che la Chiesa aveva sentito il bisogno di intervenire comminando la scomunica del marito inadempiente” (19)], i giuristi bolognesi avevano precisato che esisteva in capo al marito l’obbligo di prestare *alimenta et medicinam* alla moglie in ragione del suo ruolo all’interno della casa: dal momento che ella era al servizio del marito, al pari dei servi doveva essere mantenuta. Lo stesso valeva per i figli, anche se sulla scorta di argomentazioni differenti: per i giuristi, il padre era tenuto a educare e mantenere i figli non *ratione dotis, sed naturali stimulo* (20). Appare chiara la sussidiarietà dell’intervento del marito, il quale metteva a disposizione le proprie sostanze solo in mancanza o per scarsità della dote, a dimostrazione che i giuristi contribuivano a fornire argomentazioni tese alla salvaguardia, in via primaria, degli interessi politici delle famiglie dei mariti.

Le maggiori dispute, come testimoniano centinaia e centinaia di cause aventi ad oggetto questioni dotali (21), sorsero tuttavia intorno alla possibilità se consentire o meno al marito, in costanza di matrimonio, l’alienazione dei beni ricevuti in dote e, di conseguenza, se riconoscere alla donna la *rei vindicatio* sui beni dotali venduti dal marito (con l’ovvia scissione tra diverse posizioni dottrinali, pronte a sostenere e a motivare ora l’una ora l’altra soluzione) (22).

Gli onera
matrimonii

L’alienazione dei
beni dotali

(17) Il problema nasceva da una massima pervenuta nel *Decretum* di Graziano in eredità dalla tradizione altomedievale: *Nullum sine dote fiat coniugium*. Sull’interpretazione del passo cfr. M. BELLOMO, *Ricerche sui rapporti patrimoniali*, cit., 66-70; ID., voce *Dote*, cit., 9-10.

(18) M. BELLOMO, voce *Dote*, cit., 10.

(19) M. BELLOMO, voce *Dote*, cit., 22.

(20) AZZONE, *Summa Codicis*, ad C.5.13, *de rei uxoriae cautione*, n. 11, Papiae, 1505, rist. anast. Torino, 1966.

(21) C. VALSECCHI, *L’istituto della dote nella vita del diritto del tardo Cinquecento: i Consilia di Jacopo Menocchio*, in *Riv. stor. dir. it.*, 67 (1994), 205-282.

(22) In realtà, i problemi posti dalla dote erano più numerosi e complessi: ci si chiedeva, ad esempio, se a costituirla bastasse la semplice promessa od occorresse la

Il marito cercava infatti di eludere il divieto di alienazione che accompagnava i beni dotali (divieto che ben rispondeva alle finalità che questi assolvevano) costringendo la moglie a partecipare alla vendita e imponendole di giurare, davanti al notaio, di non rivendicarli in futuro presso il terzo. Talvolta però le donne si pentivano dell'impegno assunto, spinte in questo senso dai padri o dai fratelli che non si arrendevano a simile perdita, in particolare se si trattava di beni immobili: esse intentavano allora una lite per veder dichiarato nullo il contratto stipulato, incorrendo così in spergiuro. Fu papa Bonifacio VIII ad intervenire nella questione, promulgando la decretale *Licet*, con la quale imponeva ai giudici laici di astenersi dal riconoscere la nullità dell'atto di vendita (23): in questo modo il magistrato impediva sì alla donna di commettere spergiuro, ma la salvezza dell'anima muliebre avveniva attraverso il sacrificio e la violazione del principio di inalienabilità delle cose dotali. Si insinuava attraverso la legge canonica l'idea che al marito spettasse non solo il godimento, ma anche la disponibilità dei beni stessi, aprendo ulteriori scenari sulla loro effettiva titolarità e dimostrando, una volta di più, la volontà di "liberare il marito da tutti i vincoli che ne legavano i poteri nella direzione e nel governo della famiglia e del patrimonio ed a lasciare la moglie al margine di una posizione di comando, estraniata dalla stessa dote ch'ella apportava al marito" (24).

*La dote e lo
scioglimento del
matrimonio*

La sorte dei beni dotali al momento dello scioglimento del matrimonio per la morte di uno dei coniugi riproponeva in tutta la sua ambiguità il ruolo del marito quale amministratore dei beni nonché il contrasto tra gli interessi dei due gruppi familiari, l'uno (quello della donna) volto a recuperare la dote, l'altro (quello del marito) preoccupato di conservarla tra i propri averi.

consegna materiale e quali fossero gli effetti, invero molteplici, della distinzione tra *dos aestimata* e *inestimata*, con conseguenti riflessioni sulla titolarità dello specifico *dominium*.

(23) VI. 2.11.2. "Il ricorso ai tribunali laici per chiedere e ottenere la nullità degli atti di alienazione compiuti in onta alla proibizione della *lex Iulia* non doveva essere infrequente se Bonifacio VIII ne riceveva l'impulso ad emanare la decretale *Licet*": G. DI RENZO VILLATA, voce *Persone e famiglia*, cit., 502. Non deve stupire questa ingerenza della Chiesa in questioni che sembrerebbero riguardare la sola sfera dei rapporti civili. Non va infatti dimenticato che la canonistica sosteneva bastasse la *ratio peccati* per assegnare una fattispecie al diritto canonico; era cioè sufficiente che il comportamento contestato fosse pericoloso per l'anima del soggetto agente, rivelandosi non solo antigiuridico ma anche moralmente riprovevole. I civilisti cercavano di respingere tale ingerenza, lamentando che *ratione peccati papa intromittit se de omnibus*.

(24) M. BELLOMO, voce *Dote*, cit., 18.

Per il diritto romano, nel caso di premorienza del marito, la dote tornava nella piena disponibilità della donna, che vi fossero o meno dei figli. Nell'ipotesi di morte della donna cui non sopravvivevano figli, le norme romane ponevano in capo al marito l'obbligo di restituire la dote al suocero o ai suoi eredi. E su questi punti gli interpreti medievali si mostrarono sufficientemente rispettosi della lettera della legge. I dubbi interpretativi nascevano qualora, morta la donna, vi fossero figli. Alcuni giuristi, in stretta osservanza del *ius civile*, ritenevano che anche in questo caso la dote andasse restituita alla famiglia d'origine; altri, invece, riconoscevano al marito il diritto di lucrare l'intera dote nella quale succedevano, come eredi, i figli, soluzione quest'ultima accolta e sancita da buona parte degli statuti cittadini, tesi a tutelare soprattutto gli interessi della famiglia del marito (25).

Per difendere il più possibile l'integrità del patrimonio paterno, sul quale si andava a costituire la dote, si cercava di eludere l'obbligo di dotare le figlie, o, in alternativa, di contenerne al massimo il quantitativo. I giuristi intervennero fissando nella 'congruità' il parametro di valutazione di un ammontare minimo della dote, congruità che si calcolava ricorrendo a due coefficienti: la posizione sociale della famiglia d'origine e di destinazione e la consistenza del patrimonio paterno (*qualitas personarum et quantitas patrimonii*). Dall'altro si affermò la prassi comune di escludere le figlie dotate dai diritti successori, equiparando la dote alla legittima, quand'anche fosse di valore notevolmente inferiore a questa. La dote integrava così una sorte di successione anticipata, soddisfacendo ogni aspettativa ereditaria della donna attraverso il regime della 'esclusione per causa di dote' (26).

Il criterio della congruità

Ma la dote fu spesso la causa prima, anche se non unica, del fenomeno della monacazione forzata: per evitare l'esborso di ingenti somme nella costituzione di 'doti carnali', il padre disponeva la chiusura della figlia in un monastero. Anche in questo caso era dovuta una dote, cosiddetta 'spirituale', versata al monastero e destinata a provvedere al sostentamento vitalizio della suora. La somma devoluta era però notevolmente inferiore a quella carnale: corrispondeva ad un ammontare fisso, uguale per tutte (equivalente alla quota fissata dal monastero) e quindi

La dote spirituale

(25) Cfr. G.P. MASSETTO, *Il lucro dotale nella dottrina e nella legislazione statutaria lombarda dei secoli XIV-XVI*, in *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano, 1996, 189-364. Sulla varietà delle disposizioni statutarie, così come sugli espedienti adottati per evitare la restituzione della dote anche nel caso di scioglimento del matrimonio per morte del marito cfr. M. BELLOMO, *Ricerche sui rapporti patrimoniali* cit., 187-222; Id., voce *Dote*, cit., 24-30.

(26) M. BELLOMO, *Ricerche sui rapporti patrimoniali*, cit., 163-185.

non suscettibile di quelle oscillazioni dovute all'impiego del criterio di congruità. L'esempio riportato da Gianbattista De Luca, gran divulgatore del diritto comune applicato nel Seicento, secondo il quale un principe per maritare la propria figlia doveva versare quale dote congrua più di centomila scudi a fronte di "quello ch'è solita darsi al monastero, ancorché fosse di scudi mille e meno" (27), evidenzia quanto fosse vantaggioso avviare le proprie figlie alla vita monacale, a prescindere dall'accertamento di un'autentica vocazione.

b) *la comunione
dei beni*

Se il regime patrimoniale di separazione qui illustrato domina la situazione italiana, non vanno dimenticate le sporadiche aree in cui si applicava la comunione. In Sicilia, nei matrimoni *more Latinorum*, non vi era una vera e propria comunione tra coniugi, quanto la formazione di un patrimonio domestico, in cui confluivano tutti i beni dei coniugi, mobili e immobili, idealmente e ugualmente tripartito tra marito, moglie e figli con possibilità per ciascuno degli sposi di vantare pretese successorie sulla porzione destinata ai figli nel caso in cui questi mancassero (28). "L'amministrazione del patrimonio familiare spettava comunque al marito, che poteva anche disporre liberamente dei beni in comunione, salvo il consenso della moglie e dei figli per alcuni negozi giudici di maggior rilievo, come per l'alienazione dei beni immobili" (29). In Sardegna, invece, nei matrimoni *a sa sardisca* (contrapposti a quelli *a sa pisanisca*, ossia ispirati ai modelli continentali 'importati' dalla città di Pisa, *partner* spesso commerciale, e dominati dalla dote) non si configurava una comunione universale, ma una comunione che coinvolgeva solo i frutti e gli acquisti e che sorgeva esclusivamente tra marito e moglie, con esclusione dei figli: un istituto destinato a conservarsi fino all'entrata in vigore del primo codice unitario italiano (30).

3. *Continuità nel segno della tradizione: la famiglia nell'età moderna.*

Il fedecommesso

Il passaggio dal medioevo all'età moderna non comportò profonde trasformazioni nelle strutture familiari, che rimasero in larga parte identiche a quelle sviluppatasi nei secoli precedenti. Si mantenne la distin-

(27) G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale nelle cose più ricevute in pratica*, III, Firenze, 1839, 185.

(28) A. ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare*, cit., 100-116. La dote tornava ad essere diffusa nei ceti più alti ed è definita *Graecorum more*.

(29) G. DI RENZO VILLATA, voce *Persone e famiglia*, cit., 503.

(30) G. VISMARA, *Momenti della storia della famiglia sarda*, in *Scritti di storia giuridica*, cit., 49-54.

zione tra 'famiglia remota', che si estendeva ad abbracciare rami differenti, e 'prossima', connotata da legami di parentela più stretti (31).

L'elemento patrimoniale continuò a svolgere una funzione centrale, contribuendo al mantenimento dell'unità familiare: *patrimonium* e dote conservarono la loro importanza, anche se si svilupparono altri strumenti tecnici idonei a salvaguardare i beni familiari, in modo da garantire alle generazioni future una solida base economica su cui fondare il prestigio e la rispettabilità del *clan* familiare (32).

Primogenitura e fedecommesso ben risposero a tali intenti. Con la prima si avviava un processo di concentrazione del patrimonio nelle mani di un solo soggetto, il primogenito maschio, a discapito degli ultrogeniti e delle figlie femmine. Il fedecommesso, istituto diffuso tra il XVI (33) e il XVIII secolo in tutta Europa, imprimeva ai beni una destinazione predeterminata: una parte del patrimonio era esclusa dalla successione e trasmessa secondo un ordine prestabilito [di solito era il primogenito il membro della generazione successiva a beneficiarne, ma si innestavano sul punto le problematiche interpretative riguardanti le regole delle possibili sostituzioni, che rendevano ancora più complesse le questioni successorie interne alla famiglia (34)]. Il fedecommesso era istituito o con testamento o con patto successorio o con un atto tra vivi quale una donazione. L'erede onerato vantava un diritto di usufrutto sul patrimonio vincolato a fedecommesso, ma gli era vietato venderlo, ipotecarlo, barattarlo (35). Era tenuto a redigere un inventario dei beni og-

(31) Sulla consistenza del gruppo familiare che nel tempo si estende o si restringe fino a divenire nucleare cfr. M. BARBAGLI, *Sotto lo stesso tetto. Mutamenti della famiglia in Italia dal XV al XX secolo*, Bologna, 1988.

(32) Da un'angolazione particolare offre una lettura della famiglia del Seicento M.C. ZORZOLI, *Una incursione nella pratica giurisprudenziale milanese del Seicento e qualche riflessione su temi che riguardano la famiglia*, in *Ius Mediolani*, cit., 617-657.

(33) Prima del Cinquecento l'istituto era sostanzialmente sconosciuto: M. CARAVALE, *Fedecommesso (diritto intermedio)*, in *ED*, XVII, Milano, 1968, 112. Le linee generali dell'istituto sono delineate in R. TRIFONE, *Il fedecommesso. Storia dell'istituto in Italia dal diritto romano all'inizio del secolo XVI*, Roma, 1914. Si veda anche M.C. ZORZOLI, *Della famiglia e del suo patrimonio: riflessioni sull'uso del fedecommesso in Lombardia tra Cinque e Seicento*, in *Archivio Storico Lombardo*, 115 (1989), 91-148.

(34) A. PADOVANI, *Studi storici sulla dottrina delle sostituzioni*, Milano 1983; ID., voce *Sostituzioni (diritto intermedio)*, in *ED*, XLIII, Milano, 1990, 137-141. Va tuttavia precisato che il fedecommesso, pur modellato sulle sostituzioni ereditarie, ne restava però concettualmente distinto (A. ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare*, cit., 75).

(35) Appare tuttavia cospicua la documentazione presente all'Archivio di Stato di Milano, che copre un arco temporale che va dal Cinque al Settecento, consistente in richieste rivolte in via amministrativa al Senato di Milano, massimo organo giudiziario,

getto di fedecommesso e rispondeva della propria gestione per dolo o per colpa grave. Il successore nel fedecommesso non ereditava dall'ultimo possessore, ma fruiva i beni per un diritto che gli era stato attribuito fin dal momento della costituzione del fedecommesso: poteva così esigere che gli fossero risarciti eventuali danni, o gli era consentito revocare intervenute alienazioni o rifiutare di pagare debiti contratti a svantaggio del fedecommesso.

Il fedecommesso consentiva pertanto la conservazione di ingenti patrimoni fondiari o immobiliari attraverso il divieto delle alienazioni (36), l'esaltazione del ruolo del primogenito a scapito dei cadetti e delle sorelle, divenendo in breve lo strumento privilegiato dei grandi casati, della piccola nobiltà, del patriziato cittadino, insomma di tutte quelle realtà che necessitavano di esaltare il proprio rango o prestigio attraverso la difesa e l'intangibilità dei beni posseduti (37). In un'Europa che vedeva la sempre più netta emersione di concezioni individualistiche, il fedecommesso e la primogenitura si rivelarono a lungo andare a "servi-

allo scopo di ottenere dispensa dal divieto di alienazione di fedecommissi, dichiarando di "permutare taluni tra i beni vincolati [...] con altri che si dichiaravano di valore superiore di un quarto a quelli surrogati [...]. Risulta molto spesso evidente che lo scopo reale dell'operazione è quello di poter disporre di somme in contanti, vendendo beni facilmente realizzabili e surrogandoli nel patrimonio fedecommesso con altri magari di pari valore, ma meno agevolmente alienabili": A. PADOA SCHIOPPA, *Il fedecommesso nella Lombardia teresiana*, in *Studi in onore di Antonio Amortè*, II, Milano, 1982, 427-447; anche in *Economia, istituzioni, cultura in Lombardia nell'età di Maria Teresa*, III, Bologna, 1982, 807-826; ora in *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003, 439-459, edizione qui consultata (la citazione è a p. 441).

(36) E. CORTESE, voce *Divieto di alienazione (diritto intermedio)*, in *ED*, XIII, Milano, 1964, 386-401.

(37) "All'inizio dell'epoca moderna e poi costantemente nei secoli successivi, l'obiettivo preminente di scongiurare il depauperamento del patrimonio familiare ed insieme la sua frammentazione, disastrosi per le stesse prospettive di sopravvivenza della famiglia, diventa un vero e proprio assillo, onnipresente nelle manifestazioni di ultima volontà della nobiltà, dei patriziati cittadini ed in genere delle classi abbienti e capace di influenzare le più complesse strategie di gestione dei beni familiari". In questi termini G. ROSSI, *I fedecommissi nella dottrina e nella prassi giuridica di ius comune tra XVI e XVII secolo*, in *La famiglia nell'economia europea secc. XIII-XVII*, a cura di S. Cavaciocchi, Firenze, 2009, 177. Prosegue poi l'autore sottolineando che "la trasmissione di un diritto di proprietà sostanzialmente depotenziato (a causa dell'obbligo di conservare per restituire alla morte), tanto da essere assimilato all'usufrutto, non poteva non sfociare in un imponente contenzioso, relativo alla corretta interpretazione ed applicazione delle clausole fedecommissarie, destinato a dar vita ad una ricca letteratura giuridica teorico-pratica". Per una visione complessiva del tema si vedano le voci di B. BRUGI, *Fedecommesso. Diritto romano, intermedio, odierno*, in *Il Digesto Italiano*, XI/1, Torino, 1895, 588-660; M. CARVALE, *Fedecommesso (diritto intermedio)*, cit., 1968, 109-114.

zio di una mentalità gentilizia che privilegia le fortune e le sopravvivenze della *familia* in senso ampio, rispetto agli interessi del singolo” (38).

Il fedecommesso conoscerà un’irreversibile crisi allorché gli illuministi riversarono su di esso una critica tanto appassionata quanto variamente argomentata (39), individuandovi uno strumento di immobilizzazione del patrimonio e di conseguente paralisi dell’economia. Beni di valore erano sottratti alla libera circolazione di mercato, situazione inconcepibile per le nuove dottrine fisiocratiche e incompatibile con l’affermazione di un diritto di proprietà libero da vincoli, punta di diamante di teorie che esaltavano la libera iniziativa economica come leva di mutamento del quadro politico: la progressiva affermazione sociale della borghesia passava necessariamente attraverso il riconoscimento di una ‘libertà imprenditoriale’ *ante litteram*. La critica non rimase inascoltata e sollecitò l’adozione di alcuni provvedimenti legislativi in tutto il continente europeo, a partire dagli ‘illuminati’ sovrani austriaci in Lombardia e in Toscana (40) fino alla ‘radicale’ rivoluzione francese, cui spetterà decretarne la fine, almeno provvisoria, dal momento che l’istituto vivrà una nuova stagione nei codici (41) e nella legislazione pre-uni-

La critica al fedecommesso

(38) G. ROSSI, *I fedecommessi nella dottrina e nella prassi giuridica di ius comune*, cit., 184.

(39) Se già nel Seicento De Luca si esprimeva negativamente sulla prassi delle sostituzioni fedecommissarie, foriere di continue liti legali (G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare*, cit., III cit., 10, n. 6) e Muratori scorgeva nei fedecommessi la protervia di chi vuol comandare anche dopo la morte (L. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, XVII, Milano, 1958, 199-209), Alfonso Longo, dalle pagine di quella ‘spicciola enciclopedia’ che fu ‘Il Caffè’, motivava l’abolizione dei fedecommessi non solo avvalendosi delle ormai note argomentazioni economiche, come avevano fatto sia Beccaria che Verri, ma anche ricorrendo a ragioni di carattere politico, riflettendo sul ruolo della nobiltà. La conclusione, nettamente contrapposta alla visione di Montesquieu, era di ritenere l’aristocrazia non essenziale per il regime monarchico, un giudizio di inutilità che si estendeva anche al fedecommesso, di cui il ceto nobiliare faceva ampio uso. Vi è tuttavia da aggiungere che proprio il maggiore dei Verri, Pietro, strenuo oppositore pubblico del fedecommesso, si trasformò in un suo tenace difensore nella vita privata, ingaggiando con i fratelli un’interminabile lite familiare avente ad oggetto proprio il fedecommesso istituito dal padre Gabriele a favore del primogenito maschio di Pietro: una causa che, a dire dello stesso Pietro “sbranerà la famiglia in un delirio di pochi anni”. Cfr. G. DI RENZO VILLATA, *Verri contro Verri. «Una famiglia sbranata pel delirio di pochi anni» (1782-post 1790). Nota introduttiva*, in *Scritti di argomento familiare e autobiografico*, a cura di G. Barbarisi, Roma, 2003, 651-713.

(40) Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Il fedecommesso nella Lombardia Teresiana*, cit., 448-459. Per una storia del fedecommesso in Piemonte cfr. C. BONZO, *Dalla volontà privata alla volontà del principe. Aspetti del fedecommesso nel Piemonte sabauda settecentesco*, Torino, 2007.

(41) Dopo averlo inizialmente abrogato nel proprio codice, nel 1806 Napoleone ristabilì il diritto di primogenitura per ducati e feudi ereditari e con esso reinserì nel co-

taria, dove fu inteso tuttavia “a sostegno del tutto residuale di particolari categorie di soggetti in stato di incapacità permanente” (42). Il definitivo tramonto fu sancito dal codice del 1865 (artt. 899-901).

La patria potestà

Come si è già avuto modo di accennare, la famiglia ruotava attorno alla figura del padre, la cui egemonia sembra fortificarsi in parallelo con l'assolutizzazione delle strutture pubbliche, modellando i suoi poteri su quelli del sovrano, piccolo monarca in quei regni in miniatura che erano le famiglie. Dalla patria potestà perpetua il figlio poteva sottrarsi solo scegliendo di vivere a separata economia, mediante un atto formale di emancipazione, o conseguendo cariche pubbliche ed ecclesiastiche, senza tuttavia dimenticare che per ricoprire quegli uffici i figli necessitavano del consenso paterno: era in gioco il dominio politico della famiglia all'interno dello Stato (43).

Il matrimonio

Ma il profilo più significativo della patria potestà era rappresentato dal consenso richiesto al padre per la celebrazione delle nozze dei figli, un'autorizzazione che comportava un evidente controllo del genitore sui matrimoni, intesi come efficace mezzo di alleanze politico-sociali anziché come espressioni di una libera unione basata sull'affetto.

Al pari del fedecommissario, anche il matrimonio contribuiva a rinsaldare il credito sociale della compagine familiare e ad accrescerne il potere economico, anche a costo di sacrificare le aspirazioni e i desideri dei singoli individui.

I padri combinavano i matrimoni, privilegiando la scelta di *partner* appartenenti al medesimo ceto: documenti del Cinque-Seicento attestano trattative matrimoniali in cui emerge chiaramente come l'accordo poggiasse sovente non già sull'amore tra i nubendi, ma sull'amicizia, sulla parentela e sui rapporti di buon vicinato intercorrenti tra le famiglie. Vi si affermava, ad esempio, che “fanno tutti i parenti suoi volentieri [sott. le nozze] per star in bona amicizia fra loro e non per innamoramento de loro giovani né per forza alcuna, ma per la bona amicizia che fra di loro è sempre stata” (44).

dice una norma che prevedeva la possibilità di stabilire fedecommissi [R. TRIFONE, voce *Fedecommissario (diritto intermedio)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino, 1961, 205].

(42) Così G. ROSSI, *I fedecommissi nella dottrina e nella prassi giuridica di ius commune*, cit., 186.

(43) Sul tema della patria potestà nella sua evoluzione attraverso i secoli cfr. M. CAVINA, *Il padre spodestato: l'autorità paterna dall'antichità ad oggi*, Roma-Bari, 2007.

(44) “L'amore e la forza vengono visti in questa prospettiva come due vizi di forma che potrebbero compromettere il buon andamento delle trattative” matrimoniali: R. MERZARIO, *Il mercato matrimoniale «stretto»*, in *I vincoli familiari in Italia. Dal secolo*

Per sottrarsi a questo stato di cose, che faceva delle nozze più il prodotto di un atto imperioso di autorità altrui che il frutto di una scelta personale, i giovani ricorsero, sempre più frequentemente, alla celebrazione di matrimoni clandestini, agevolati in questo dalla teoria consensualistica messa a punto dalla Chiesa (45).

Il matrimonio clandestino

Dal XII secolo quest'ultima aveva manifestato l'intento di imporre la propria esclusiva competenza in materia matrimoniale. La configurazione del matrimonio come sacramento, sancita solennemente nel concilio di Lione del 1274, oltre a giustificarne l'indissolubilità, lo rendeva a tutti gli effetti *res spiritualis* e, in quanto tale, soggetto alla giurisdizione della Chiesa, chiamata a regolamentarne non solo gli aspetti etici e religiosi, ma anche quelli giuridici (46). Nella distinzione tra forma liturgica e sacramentale, la prima sostanziantesi nei riti e nelle cerimonie che potevano accompagnare il matrimonio, la seconda incentrata sulla libera, irrevocabile e inequivocabile manifestazione del consenso, la Chiesa aveva buon gioco per sostenere l'aformalità del matrimonio (47), o meglio la non necessità di forme *ad substantiam* (48), fondando la vincolatività dell'impegno assunto esclusivamente sullo scambio di un libero mutuo consenso tra un uomo e una donna, anche minorenni, purché maggiori l'uno di 14, l'altra di 12 anni (49). Niente intervento dei genitori, né presenza di testimoni, né del sacerdote: una sorta di inno alla libertà e all'amore che tuttavia provocava danni rilevanti "per la famiglia, in

XI al secolo XX, Bologna, 1983, 178, ma si rinvia in generale all'intero saggio (pp. 165-194) per il problema delle dispense ecclesiastiche in relazione ai gradi di parentela.

(45) Un'attenzione particolare, oltre che al profilo teorico, alla prassi e ai casi giudiziari è riservata, anche se limitatamente alla realtà veneta, da G. COZZI, *Padri, figli e matrimoni clandestini (metà secolo XVI-metà secolo XVIII)*, in *I vincoli familiari in Italia*, cit., 195-213 ora anche in ID., *La società veneta e il suo diritto. Saggi su questioni matrimoniali, giustizia penale, politica del diritto, sopravvivenza del diritto veneto nell'Ottocento*, Venezia, 2000, 19-64. E ancora, dello stesso autore, *Il dibattito sui matrimoni clandestini. Vicende giuridiche, sociali, religiose dell'istituzione matrimoniale tra medioevo ed età moderna*, ed. ad uso didattico fuori commercio, a.a. 1985-86 (un ringraziamento al Dipartimento di Studi Storici, Storia delle istituzioni politiche e sociali, dell'Università Ca' Foscari di Venezia per avermi consentito la consultazione dell'opera).

(46) P. BELLINI, *Saggi di storia della esperienza canonistica*, Torino, 1991, 309.

(47) Cfr. S. SEIDEL MENCHI, *Percorsi variegati, percorsi obbligati. Elogio del matrimonio pre-tridentino*, in *Matrimoni in dubbio. Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo*, a cura di S. Seidel Menchi e D. Quaglioni, *I processi matrimoniali degli archivi ecclesiastici italiani*, II, Bologna, 2001, 17-60.

(48) L. NUZZO, *Il matrimonio clandestino nella dottrina canonistica del basso medioevo*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 64 (1998), 351-396.

(49) P. RASI, *La conclusione del matrimonio in Italia nella dottrina prima del concilio di Trento*, Napoli, 1958.

quanto quei matrimoni clandestini erano quasi sempre intesi a sconvolgere l'ordine e la disciplina; per la società, perché erano facile strumento di seduzioni e di inganni, di bigamie, di incertezze sulla prole che nasceva" (50).

Si affermarono nel tempo due diverse accezioni di clandestinità: assenza del consenso paterno (in aperta contrapposizione a quanto richiesto, ad esempio, dalla legislazione civile) e assenza di pubblicità, modalità intrecciate strettamente tra loro, dal momento che spesso ci si sposava segretamente per sfuggire all'opposizione della famiglia. Il principio consensualistico, al quale la Chiesa non rinunciò mai, apriva consapevolmente una frattura tra famiglia e Chiesa: la prima mirava ad esaltare il ruolo del padre, la seconda a subordinare l'autorità paterna a quella ecclesiastica.

"Pur così contigue, le due definizioni di clandestinità ebbero, sul piano legislativo, applicazioni diverse. Sia il potere temporale che quello ecclesiastico emanarono provvedimenti per limitare la diffusione dei matrimoni clandestini: il primo rivendicando ai padri il controllo sulle scelte matrimoniali dei figli" [ricorrendo talvolta, a scopo disincentivante, a severi strumenti sanzionatori civili e penali, come attestato dagli statuti, che, in una varietà di soluzioni, disponevano nei confronti dei figli disobbedienti ora la perdita del diritto alla dote, ora la diseredazione, ora l'estensione delle pene corporali previste per il ratto, ravvisando un'evidente analogia tra la figura dello sposo clandestino e quella del rapitore, e punendo anche quanti avessero favorito tale atto (51)]; "il secondo richiedendo specifiche forme di pubblicità alla celebrazione delle nozze" (52).

Se infatti, come si è precisato, l'aformalità non rendeva invalido il matrimonio, indubbiamente poneva difficoltà notevoli nell'accertamento dell'esistenza del vincolo qualora uno dei due sposi sollevasse contestazioni: dal momento che quei matrimoni, riconosciuti dalla Chiesa, non erano però produttivi di effetti civili, erano possibili casi di bigamia nonché l'affermazione di fatto del divorzio. I matrimoni clandestini fini-

(50) G. COZZI, *Padri, figli e matrimoni clandestini*, cit., 20-21.

(51) A. BURGUIÈRE-F. LEBRUN, *Il prete, il principe e la famiglia*, in *Storia universale della famiglia*, II: *Età moderna e contemporanea*, Milano, 1988, 95-160. Se la messa a morte dello sposo clandestino, pena estrema prevista per il rapitore, trovava rara applicazione, ancora nel Settecento in Francia non mancavano posizioni dottrinali pronte ad arguire dal mancato consenso familiare "una presunzione *juris et de jure* di ratto realizzato mediante violenza o arti illecite, che non ammetteva prova contraria" (P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia 1796-1975*, Bologna, 2002, 60).

(52) D. LOMBARDI, *Matrimoni di antico regime*, Bologna, 2001, 37.

vano così per mettere a rischio proprio quei caratteri di monogamia e di indissolubilità voluti dalla Chiesa.

Fu in base a queste considerazioni, nonché per fronteggiare l'onda lunga della riforma protestante la quale lanciava feroci strali contro i matrimoni clandestini, che il Concilio di Trento, in due distinte fasi (nel 1547 e nel 1563), affrontò il problema, cercando di contemperare le diverse posizioni fino a quel momento emerse (53).

Il Concilio di Trento

Ne scaturirono i dodici canoni *De sacramento matrimonii* e i dieci *Super reformatione*, di cui il primo, noto con il nome di *Tametsi* dalla parola iniziale, era rivolto ai matrimoni clandestini, ma in verità, più in generale, a dettare regole destinate a disciplinare l'intera celebrazione.

Vi si ribadiva la sacramentalità del matrimonio, monogamico e indissolubile, di cui la Chiesa aveva competenza esclusiva per ciò che riguardava le cause matrimoniali, gli impedimenti, le dispense e la separazione. Il *Tametsi* imponeva che la celebrazione avvenisse *in facie ecclesiae* (54), ossia alla presenza del "proprio parroco" o di un suo delegato (che interrogava i nubendi circa la loro volontà di congiungersi in sacramento e benediceva poi gli sposi, dopo aver recitato la formula di rito *ego vos in matrimonium coniugo in nomine Patris et Filii et Spiritus Sancti*) e di almeno due testimoni; che fosse preceduta dalle pubblicazioni (i *banni*, fatti dal parroco degli sposi in tre successivi giorni di festa durante le messi solenni) e seguita dalla registrazione.

Ciò non pose fine ai dubbi, riguardanti sia la nozione di *proprius parochus*, sia il suo ruolo effettivo e il valore da attribuire alle sue parole, che il Concilio di Trento non aveva elevato a requisito di validità, rendendo la benedizione necessaria *ad probationem* ma non *ad substantiam*, dal momento che i veri ministri del sacramento restavano gli sposi. Se si aggiunge a tutto questo che l'omissione delle pubblicazioni richieste non comportava la nullità del matrimonio, risulta chiaro che il fenomeno della clandestinità non era debellato del tutto: i matrimoni a sorpresa,

(53) Sterminata la letteratura sul tema. Ci si limita a segnalare H. JEDIN, *Storia del concilio di Trento*, III, Brescia, 1973 e IV/2, Brescia, 1981; A.C. JEMOLO, *La riforma tridentina nell'ambito matrimoniale*, in *Quaderni di Belfagor*, 1 (1948), 45-51; ID., *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal concilio di Trento al Codice del 1917*, Bologna, 1993, in particolare 39-94; P. RASI, *Le formalità di celebrazione del matrimonio e il Concilio di Trento*, in *RSDI*, 26-27 (1952), 175-182. Per una lettura di sintesi G. ZARRI, *Recinti. Donne, clausura e matrimonio nella prima età moderna*, Bologna, 2000, 203-250; D. QUAGLIONI, «*Sacramenti detestabili*». *La forma del matrimonio prima e dopo Trento*, in *Matrimoni in dubbio*, cit., 61-79.

(54) A. TURCHINI, *Dalla disciplina alla «creanza» del matrimonio all'indomani del Concilio di Trento*, in *Donna, disciplina, creanza cristiana dal XV secolo al XVII. Studi e testa a stampa*, a cura di G. Zarrì, Roma, 1996, 205-214.

validi anche se il parroco era stato costretto con la forza o con l'inganno ad assistere allo scambio dei consensi, continuarono a rappresentare un valido strumento nel periodo post-tridentino per sfuggire all'opposizione familiare o ad altri ostacoli, come il cap. VIII de *I Promessi Sposi*, nella famosa 'notte degli inganni', insegna (55).

L'obbligatorietà del *Tametsi*, inoltre, fu subordinata alla sua promulgazione nelle singole parrocchie e ciò non ne facilitò la recezione e la relativa applicazione, fino a quando il decreto *Ne temere*, di papa Pio X, entrato in vigore nella Pasqua del 1908, non lo rese obbligatorio per tutta la Chiesa (56).

4. *L'influenza delle nuove dottrine.*

Giusnaturalismo

L'affacciarsi del giusnaturalismo sullo scenario europeo modificò il modo di concepire la famiglia: intesa come istituto di diritto naturale e da questo regolato, essa perdeva le sue connotazioni politiche ed economiche per esprimersi come *societas* privata, organismo etico ispirato ai valori dell'eguaglianza e della libertà, finalizzato a garantire la felicità dei suoi membri.

"I profili che sembravano stare più a cuore agli esponenti della scuola riguardavano, in particolare, le fonti costitutive della società domestica e l'atteggiarsi dei rapporti tra i suoi membri" (57). Se diritti e doveri dei coniugi erano disciplinati dal diritto naturale, per Ugo Grozio ne conseguiva che entrambi i genitori erano chiamati ad esercitare la *potestas* sui figli, una *potestas* fatta di diritti ma anche di doveri, come quello di garantire loro, senza distinzione tra legittimi e naturali, il necessario per l'esistenza e per l'educazione. Per Samuel Pufendorf l'idea di un contratto, inteso come scambio di consensi, era sì alla base della società familiare, al pari di quanto sostenuto da Grozio, ma anche delle relazioni tra genitori e figli, i quali si assoggettavano alla volontà paterna

(55) Ampia trattazione di questi temi, riguardanti il matrimonio clandestino pre e post concilio tridentino, si trova in D. LOMBARDI, *Matrimoni di antico regime*, cit., 27-126; EAD., *Storia del matrimonio. Dal Medioevo a oggi*, Bologna, 2008, 38-45. La persistenza di matrimoni clandestini nella realtà italiana ottocentesca è testimoniata da M. DA PASSANO, *I matrimoni clandestini e sconvenienti nella Sardegna del primo Ottocento*, in *Scritti di storia del diritto offerti dagli allievi a Domenico Maffei*, Padova, 1991, 482-508; *Matrimoni in dubbio* cit., *passim*. Efficace, ancora una volta, nella sintesi, G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare*, cit., III cit., 10, n. 616-618.

(56) P. RASI, *L'applicazione delle norme del concilio di Trento in materia matrimoniale*, in *Studi di storia e diritto in onore di Arrigo Solmi*, I, Milano, 1940, 233-281.

(57) G. DI RENZO VILLATA, voce *Persone e famiglia*, cit., 508.

in forza di un tacito consenso. Da tale costruzione si allontanava in parte Christian Thomasius, per il quale nella disciplina della famiglia interveniva, oltre al diritto naturale, anche quello divino e umano, da cui derivava una serie di regole, quali “la subordinazione della moglie al marito e l’indissolubilità del matrimonio, in contrapposto ai principi del diritto di natura, che escludevano qualunque potere di supremazia” (58) e consentivano lo scioglimento del matrimonio, oltre alla poligamia, al concubinato o all’incesto.

“Il restauratore dell’ordine naturale delle famiglie” (59) fu tuttavia John Locke, per il quale non esisteva altra famiglia se non quella naturale, anteriore e precedente allo Stato. Si declina la potestà genitoriale come un dovere, attribuito in identica misura al padre e alla madre, un dovere che ne imponeva l’esercizio nell’interesse esclusivo dei figli e per un lasso di tempo limitato contro l’imperante concezione vitalizia: persisteva finché era necessario provvedere al soddisfacimento dei bisogni della prole, così prioritari che lo scioglimento del vincolo matrimoniale, pure ammesso, era subordinato alla piena assoluzione dei doveri genitoriali. Non solo i rapporti tra genitori e figli erano improntati ad una nuova visione, ma anche le relazioni coniugali erano ispirate a criteri di parità, dal momento che la società coniugale era finalizzata, oltre che alla procreazione, anche all’assistenza reciproca e alla crescita affettiva.

Sebbene le dottrine giusnaturalistiche non ebbero, nel Seicento, un immediato impatto sulle normative vigenti, gettarono tuttavia le premesse culturali e ideologiche per le profonde e tutt’altro che univoche rielaborazioni illuministiche.

Il Settecento è un secolo dai diversi volti, che nasce tradizionale e muore moderno. L’illuminismo attraversò l’Europa intera, radicandosi con modalità e sfumature diverse. ‘Portatore sano’ di uguaglianza, nemmeno l’illuminismo arrivò a sostenere la perfetta parità tra uomo e donna, quest’ultima continuamente richiamata ai suoi doveri di obbedienza: un’insistenza sospetta, che lascia intendere come vi fosse da parte delle donne la rivendicazione di una maggior autonomia, ‘quella gran moda di libertà’ immediatamente stigmatizzata come segno di decadenza e corruzione dei costumi.

Il secolo dei Lumi giustificava la subordinazione femminile non tanto sulla scorta di una presunta inferiorità intellettuale, ma richiamandone la concreta debolezza fisica e biologica. Ciò legittimava l’ipotesi che per un ordine di natura, in base al quale le creature meno nobili de-

(58) G. DI RENZO VILLATA, voce *Persone e famiglia*, cit., 509.

(59) G. SOLARI, *L’idea individuale e l’idea sociale nel diritto privato*, I, Milano, 1911, 29.

vono soggiacere a quelle più perfette, la donna era ‘naturalmente’ sottoposta all’uomo.

Dalle pagine de ‘Il Caffè’, strumento di matrice lombarda per divulgazione di idee illuministiche a circuito europeo, ideato e voluto da Pietro Verri e dai suoi ‘affiliati’ dell’Accademia dei Pugni, si traccia un impietoso ritratto dell’universo femminile. La *Difesa delle donne* (questo il titolo del saggio) riproponeva triti luoghi comuni (60) sui quali si innestava tuttavia un elemento di novità: le donne, “viziose” senza distinzione di casta, di ceti, d’età, lo erano non già per “difetto naturale” (61), ma per colpa di una mala, o meglio, negletta educazione. A torto erano escluse dallo studio, in cui avrebbero potuto convogliare le forze e cessare così di condurre stancamente un’oziosa quanto vacua esistenza (62). Le idee dell’autore si rivelano, e non a caso, in linea con la politica perseguita dall’allora imperatrice Maria Teresa, strenua sostenitrice di un’estensione dell’impegno scolastico anche alle donne, concretizzazione di quell’idea di ‘Stato pedagogo’ caratteristica del mondo asburgico.

Convivono due anime nel Settecento illuministico pre-rivoluzionario, e anche nei suoi esponenti, prudentemente bilanciati tra valori tradizionali e straordinarie arditezze. Se, ad esempio, Georg Ludwig Schmidt d’Avenstein, in anticipo sui tempi, era pronto a sostenere il divorzio (63), considerato rimedio per prevenire gli effetti negativi di una “di-

(60) “Infinite doglianze si fanno in Europa contro le donne; si detesta la loro vita oziosa, molle ed affatto inutile all’umana società”: si apre così il breve articolo, che descrive nobili dedite alla sola cura del corpo, annoiate, pigre, lamentose, per le quali “lo sposo, acquistando il nome di marito, pare che agli occhi di molte abbia perdute le qualità amabili di prima” e plebee sfaccendate, pettegole e civette, pronte a confondere la sfrontatezza con la vivacità e ad ostentare un’aria decisa che “se fa l’ornamento di un valoroso granatiere, è altresì agli occhi d’ogni ragionevole persona una macchia e un difetto e una disgrazia sul volto femminile, dove la dolcezza e la placida bontà devono animarne le fattezze” ([S. Franci] *Difesa delle donne*, in *Il Caffè* [1764-1766], a cura di G. Francioni e S. Romagnoli, Torino, 1988, [Fogl. XXII], 245-246).

(61) “I vizi sono degli individui e non del sesso”: [S. Franci] *Difesa delle donne*, cit., 247.

(62) “Troppo negligentiamo l’educazione delle femmine nella loro fanciullezza, e come se queste fossero d’una specie diversa da quella degli uomini, le abbandoniamo a se medesime [...] Se noi ci prendessimo la pena d’istruirgli la mente e presentargli idee più belle, di dirigerli il cuore ed elevarlo al di sopra dell’umile rango in cui giace, corrisponderebbe egli perfettamente ai nostri desideri e perverrebbe a quella nobile meta alla quale fosse indirizzata. Gli uomini, incantati dalla beltà, sembra che non possano trovare nelle donne altra cosa più pregevole” ([S. Franci] *Difesa delle donne*, 247-248).

(63) Va detto che ben pochi furono gli autori italiani settecenteschi favorevoli al divorzio; fra questi si distinse Giuseppe Gorani, che tuttavia pubblicò nel 1790 a Lossanna in forma anonima il volume *Ricerche sulla scienza dei governi*, in cui un capitolo (il XVII del t. II) era appositamente dedicato al divorzio, quando ormai soffiava un

sunione interna” ed evitare di trasformare la “società domestica in una schiavitù” (64), dall’altro lo stesso autore svizzero ribadiva l’inferiorità della donna (65), superata in forza, coraggio, fermezza, prudenza, sagacia dall’uomo (66), destinato pertanto a posizioni di comando nella sfera pubblica come in quella privata (67).

Sempre in Italia, Cesare Beccaria, nel celeberrimo *Dei delitti e delle pene*, sfoderava toni polemici verso le convenzioni sociali del tempo: non vi è un attacco alla famiglia come organismo sociale, che anzi il marchese lombardo auspicava di recuperare nella più profonda essenza (il modello di riferimento era la famiglia cristiana), ma una violenta condanna del modo di essere delle famiglie aristocratiche. Per Beccaria la famiglia è un ambiente etico nel quale l’individuo deve essere educato all’amore, obiettivo possibile solo se in quell’*habitat* naturale egli respira aria di libertà e di uguaglianza (68). La critica si sposta su un piano politico: a suo avviso, occorrerebbe passare dall’idea di uno Stato inteso come insieme di famiglie a quella di uno Stato composto di individui. Ad una società formata da tante piccole monarchie quali sono le famiglie che le danno vita, governate dalla sola volontà di quel sovrano che è il padre, dovrebbe subentrare un’associazione di uomini, nella quale

vento favorevole dalla vicina Francia. E anche le opere del napoletano Pietro Giannone o del veneziano Gianmaria Ortes, scritte a sostegno del divorzio, rimasero a lungo inedite, mentre Carloantonio Pilati, nemico del cattolicesimo e ammiratore dei paesi protestanti, il quale scorgeva nel divorzio lo strumento in grado di garantire la sopravvivenza delle sole unioni realmente felici, pubblicava sì il suo *Traité du mariage* nel 1776, ma in francese, lontano dal conservatorismo italiano.

(64) G.L. SCHMIDT D’AVENSTEIN, *Principj della legislazione universale*, t. I, l. II, cap. IV, Milano, 1805, 155. E in precedenza: “Non è secondo natura il rendere questa società indissolubile, senza aver riguardo alle circostanze, che n’esigono lo scioglimento” (*Ibidem*, 154).

(65) È un’inferiorità che nasce dal corpo (“più delicato” e con i “muscoli più rotondi” che non hanno la “medesima forza de’ muscoli nerboruti e grossolani dell’uomo”) e che sfocia in impressioni psicologiche (“non può [sott. la donna] avere il sentimento delle proprie forze, cioè il coraggio”, con quelle fibre del corpo “più pieghevoli, onde prestarsi alle mutazioni periodiche della macchina, ed alle sue alterazioni nel tempo della gravidanza” ma anche per renderla maggiormente idonea a sentire tenerezza per i propri figli): G.L. SCHMIDT D’AVENSTEIN, *Principj della legislazione universale*, cit., 157.

(66) G.L. SCHMIDT D’AVENSTEIN, *Principj della legislazione universale*, cit., 158.

(67) Il paradosso è che la donna, indiscutibilmente soggetta alla preminenza del marito, poteva recuperare la propria libertà con il divorzio “se il marito abusi della sua autorità, o se voglia estenderla più oltre di quello che richiede il governo degli interessi domestici” (G.L. SCHMIDT D’AVENSTEIN, *Principj della legislazione universale*, cit., 161).

(68) Così G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici*, in *Scritti di storia giuridica*, cit., 69.

tutti siano cittadini, definitivamente liberati da quella schiavitù che è il giogo paterno (69).

Se per il meridionale Gaetano Filangieri “la società, della quale noi ci occupiamo, dev’essere composta di famiglie”, i relativi membri sarebbero dovuti consistere nella moglie e nei figli, piccola comunità di affetti, costruita a immagine della Sacra Famiglia, cui erano riservati compiti specifici, come l’educazione della prole e l’amministrazione dell’ordine interno e nella quale alla donna spettava un posto tutto suo, diverso da quello maschile, sulla base di considerazioni talvolta radicate nella natura, talaltra nelle convenzioni sociali (70).

b) *Francia* Le affermazioni degli illuministi italiani erano ben lontane dal propugnare un abbattimento della famiglia, dal suggerire un superamento della stessa o dal predicarne una distruzione. Al contrario, miravano a ‘ripulirla’ da ogni sovrastruttura politica od economica, restituendole una sorta di ‘naturale vocazione’ alla formazione spirituale e culturale dell’individuo, amalgamando tradizione cristiana e afflatti giusnaturalistici: la famiglia è attaccata non in sé, ma in ragione di certi privilegi che le sono collegati.

Se in Italia si “muovevano passi incerti sulla via di un concreto mutamento delle usanze familiari, in Francia una folta schiera di filosofi e sociologi preparava la strada alla futura legislazione rivoluzionaria, che dal 1789 al 1795 era destinata a scuotere dalle radici il vecchio regime” (71). La famiglia era l’accesso obbligato per avviare la riforma di una società ‘corrotta’. È così che Rousseau (72), Diderot (73) e Vol-

(69) “Vi siano cento mila uomini, o sia ventimila famiglie, ciascuna delle quali è composta di cinque persone, compresovi il capo che la rappresenta: se l’associazione è fatta per le famiglie, vi saranno ventimila uomini e ottanta mila schiavi; se l’associazione è di uomini, vi saranno cento mila cittadini e nessuno schiavo. Nel primo caso vi sarà una repubblica, e ventimila piccole monarchie che la compongono; nel secondo lo spirito repubblicano non solo spirerà nelle piazze e nelle adunanze della nazione, ma anche nelle domestiche mura, dove sta gran parte della felicità o della miseria degli uomini” (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria, a cura di L. Firpo e G. Francioni, vol. I, Milano, 1984, § XXVI *Dello spirito di famiglia*, 81).

(70) “La società non è composta di soli uomini: le donne formano la metà almeno de’ suoi individui. Esse generano i cittadini; esse gli nutrono e gli educano ne’ primi anni della vita; esse spargono i primi semi del vizio o della virtù ne’ loro teneri cuori; esse suggeriscono e trasmettono i primi errori o le prime verità; esse fanno la gioia o la tristezza delle domestiche mura”: G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Parigi, 1853, l. IV, capo XXXIV, 357-358.

(71) G. DI RENZO VILLATA, voce *Person e famiglia*, cit., 511.

(72) Si veda *Emile*, l. I, in *Oeuvres complètes*, IV, Paris, 1969, 258.

(73) *Le Père de Famille*, in *Oeuvres complètes*, Paris, 1980, 191.

taire (74) lodavano la famiglia come istituto salutare, barriera contro la degenerazione morale e sociale, a patto che fosse sottratta all'autorità dispotica della religione e dei padri. Per rispetto dei diversi culti professati e della libertà di coscienza occorreva abbandonare le formalità cattoliche quale condizione di validità del matrimonio, tappa della progressiva laicizzazione del legame tra coniugi. Fondato sul libero consenso degli sposi (come sosteneva da secoli da Chiesa) e non delle famiglie, il vincolo poteva altrettanto liberamente sciogliersi: diversi *philosophes* erano infatti favorevoli al divorzio, dal momento che l'indissolubilità appariva contraria alla natura e al buon senso, secondo quanto predicavano Diderot e Voltaire (75), in contrasto con le tesi di Rousseau che vedeva invece nell'esistenza dei figli la fonte d'un legame perenne (76).

Il marito continuava tuttavia ad essere considerato il capo della famiglia: il vero problema per gli illuministi francesi era di definire meglio i contorni e i confini dei suoi poteri, al fine di restringerli e canalizzarli verso il soddisfacimento degli interessi dei destinatari.

E che dire del *Progetto di legge per vietare alle donne di imparare a leggere* dell'avvocato francese Sylvain Marechal, illuminista convinto, ateo ed utopista, che ancora nel 1801, in nome della Ragione (77) e nell'interesse della collettività, stilava una proposta normativa per impedire alle donne di essere protagoniste di un processo di alfabetizzazione, con serie e rigorose argomentazioni? Non vi è nell'opera alcun intento provocatorio: la verità è che, all'indomani della Rivoluzione, un uomo colto, paladino dell'uguaglianza sociale, sosteneva la legittimità di discriminare "l'altra metà del cielo" sulla sola base di una differente identità sessuale.

(74) *Dictionnaire philosophique*, voce *Lois civiles et ecclesiastiques*, Paris, 1964, 269.

(75) *Dictionnaire philosophique*, voce *Divorce*, Paris, 1964, 409.

(76) *Emile et Sophie ou les solitaires*, lettre I, in *Oeuvres complètes*, IV, Paris, 1969, 881-911.

(77) "La Ragione vuole (anche a costo di sembrare incivile) che le donne (nubili, maritate o vedove) non ficchino mai il suo naso in un libro [...]. La Ragione vuole che ogni sesso stia al suo posto e ci resti. Le cose vanno male quando i due sessi invadono i rispettivi campi [...]. La voce di una donna tra i legislatori suonerebbe fatalmente cacofonica. Che vadano al mercato, invece! [...]. La Ragione vuole che i mariti siano gli unici libri delle loro mogli, ove giorno e notte esse imparino a leggere il proprio destino [...] quanto deve essere faticosa la vita domestica per una donna che scrive libri, accanto a un uomo che non li sa scrivere. Quanto è ridicolo e rivoltante vedere una ragazza da marito, una donna di casa o una madre di famiglia che infilano rime, imbastiscono parole e si macerano sui libri, mentre la sporcizia, il disordine e la privazione regnano in tutta la casa". In altre parole, non appena una donna impara a leggere, scrivere, far di conto, ciò va a discapito dell'armonia domestica (S. MARÉCHAL, *Progetto di legge per vietare alle donne di imparare a leggere*, a cura di E. Barellino, Milano, 2007).

5. *La legislazione settecentesca pre-rivoluzionaria.*

*La legislazione di S.
Leucio (1789)*

Se quelli appena descritti rappresentano i più significativi contributi dottrinali al dibattito settecentesco sulla famiglia, gli interventi legislativi risalenti alla stagione pre-rivoluzionaria, pur non essendo numerosi, introdussero novità di rilievo.

Esce sicuramente dal coro, e per questo è rappresentativa più dei diversi ‘umori’ che attraversavano il XVIII secolo che espressione dell’effettivo orientamento della legislazione *d’ancien régime*, la normativa del re di Napoli, Ferdinando IV di Borbone, varata nel gennaio del 1789 per la colonia di S. Leucio (78). Questo breve testo (79), ispirato al programma di rinnovamento sociale di stampo illuministico e definito da Paolo Ungari “una regale bizzarria” (80), conteneva alcune disposizioni dedicate alla famiglia: il matrimonio aveva al tempo stesso valenza religiosa e civile; i giovani erano liberi di scegliersi senza interventi da parte dei genitori (Cap. II *Doveri positivi, Doveri particolari*, § III *De’ matrimoni*, art. III); la dote era abolita (art. VIII) e sostituita da un contributo pubblico disposto dal sovrano, che si impegnava a concedere agli sposi la casa con gli arredi e gli aiuti necessari per la nuova famiglia (art. I); la successione legittima, l’unica ammessa in conseguenza della soppressione di quella volontaria, contemplava la distribuzione del patrimonio in quote eguali fra i figli senza distinzione tra maschi e femmine (§ VII *Leggi di successione*). Lo spirito della legislazione era tuttavia quello di incentivare unioni finalizzate alla crescita economica della colonia, scoraggiando legami con persone estranee alla società di lavoro: “essendo lo scopo di questa società che tutti rimangan nel luogo [...] alle figliuole che abbian imparata l’arte e voglion maritarsi fuori non sarà dato altro che soli ducati cinquanta per una volta *tantum*, e dal momento saran considerate come estere senza speranza di mai più potervi tornare” (art. IV); altrettanto valeva per l’uomo che desiderasse prendere in sposa “una estera” (artt. V-VI). “Capo della società coniugale è l’uomo. Natura gli deferì questo diritto, ma gli proibì nel tempo stesso di opprimere e di maltrattare la sua moglie. Con tuono di Maestà in

(78) Acquistata da Carlo III di Borbone con l’intento di farne un luogo di svago per la famiglia reale, S. Leucio divenne la punta avanzata della politica industriale del Regno: qui ebbe infatti sede una fabbrica per la lavorazione della seta e per la produzione di manufatti di alta qualità.

(79) *Origine della popolazione di S. Leucio e suoi progressi fino al giorno d’oggi colle leggi corrispondenti al buon governo di essa di Ferdinando IV re delle Sicilie*, Napoli, 1789.

(80) P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., 61.

ogni occasione gli intima l'obbligo di amarla, di difenderla, e di garantirla da' pericoli" (§ IV *Degli Sposi*), trasformando l'amore in un obbligo imposto dalla natura e dall'autorità, la quale pure "comanda di educare bene i figlioli" (§ V *De' Padri di famiglia*).

Nel 1784, invece, Giuseppe II, Imperatore asburgico, estendeva alla Lombardia, soggetta al suo dominio, la patente del 1783, introducendo così anche in Italia, come già in Austria, il matrimonio civile (81). In linea con la politica giurisdizionalista, l'editto accoglieva gli insegnamenti della religione cattolica quali valori spirituali cui il matrimonio si doveva ispirare, ma avocava allo Stato la completa disciplina dello stesso. E se la forma celebrativa da rispettare, perché l'unione fosse produttiva di effetti civili, era quella tridentina [consenso degli sposi espresso dinanzi ad almeno due testimoni e al parroco, il quale tuttavia agiva non solo come ministro di culto, ma anche come pubblico ufficiale, provvedendo alla trascrizione del matrimonio [art. 36], preceduto da pubblicazioni effettuate nelle parrocchie degli sposi (82)], spettava al Governo concedere la dispensa dagli impedimenti (che in buona parte ricalcavano quelli riconosciuti dal diritto canonico), decidere delle cause di nullità e di separazione (83).

I minori di anni 24 necessitavano del consenso paterno per poter celebrare le nozze, ma la novità dell'editto era la possibilità concessa ai minori di ricorrere al giudice contro l'eventuale opposizione paterna (84).

Il matrimonio per i cattolici continuava ad essere indissolubile (art. 37) (85) e la separazione, consentita in ipotesi di colpe gravi o per con-

*L'Editto di
Giuseppe II (1784)*

(81) "Sarà libero a chiunque di fare un Contratto di Matrimonio, a riserva delle Persone, che sono dichiarate inabili a farlo" (art. 2, *Editto 17 settembre 1784*, in *Grida dello Stato di Milano dal 1727 al 1794*, VI, n. 171).

(82) La pubblicazione, o meglio 'denunzia', secondo la terminologia giuseppina, doveva essere fatta in giorni festivi e al momento della predica nella chiesa della parrocchia a cui appartenevano gli sposi, secondo il disposto degli artt. 32 e 33.

(83) "Sarà la cognizione delle cause matrimoniali per ora del Senato e del Consiglio di Giustizia di Mantova, secondo le rispettive giurisdizioni": art. II delle disposizioni di esecuzione dell'Editto.

(84) "Quando il Padre, o Avo, ricuserà il consenso e persisterà in ricusarlo anche dopo replicate istanze da fargli dal Figlio, o dalla Figlia a qualche intervallo di tempo, sarà permesso a questi, come pure alla Parte colla quale non si vorrà permettere il matrimonio, ovvero al Padre o al Tutore di essa, di rivolgersi al Giudice competente" (art. 4), il quale, se non troverà un ragionevole motivo a fondamento del dissenso, dopo aver cercato di persuadere il padre con "blande rimostranze" o attribuendo un tempo per una più matura riflessione, provvederà *ex officio* a concedere l'assenso (art. 5). È chiara l'architettura del progetto, che vede la volontà dello Stato superiore a quella paterna e a quella della Chiesa.

(85) Per gli acattolici era invece consentito il divorzio, sulla scia dell'Editto di tolleranza del 1781 nel rispetto della libertà di coscienza e di culto (artt. 51-58).

corde volontà delle parti, era pronunciata dai tribunali secolari (e non ecclesiastici) solo dopo che il parroco aveva esperito opportuni tentativi di conciliazione (artt. 47-48). L'Editto di Giuseppe II rappresenterà in tema di famiglia il modello del successivo codice civile austriaco, che ne riproporrà l'impostazione e la disciplina.

*Le Costituzioni
modenesi (1771)*

Vi sono Stati, invece, che confermano nelle 'nuove' disposizioni antichi assetti. È il caso per esempio delle Costituzioni estensi del 1771, destinate a restare in vigore nel Ducato di Modena fino all'avvento del codice civile del 1851, fatta eccezione per la breve parentesi napoleonica (86). Le Costituzioni colpivano il matrimonio di disparaggio, ossia contratto fra persone appartenenti a classi sociali diverse, senza il consenso dei genitori. Diseredazione, esclusione dai diritti successori, perdita di fedecommissi e delle prerogative della nobiltà erano le sanzioni comminate ai figli ribelli (87), mentre pene afflittive erano disposte nei confronti dei genitori di vile condizione che avessero concorso "coll'opera, col consiglio, od anche con la semplice connivenza" ad agevolare matrimoni tra i propri figli e soggetti di rango più elevato (art. 9) (88).

Un simile testo fornisce una riprova piuttosto evidente di una società ancora desiderosa di perpetuarsi attraverso le sue gerarchie e che per raggiungere tale meta non poteva che porre strumenti di sbarramento tra un ceto e l'altro, per salvaguardarne l'intrinseca omogeneità.

6. *Il vento della Rivoluzione.*

Il divorzio Il grande appuntamento con la storia scocca, anche per la famiglia, nel 1789, quando dalla Francia soffierà su tutta Europa un vento nuovo,

(86) Significativo il preambolo del libro II, titolo XIII (*Dei Matrimoni, loro effetti civili, e delle Cause matrimoniali*), in cui si precisa che finalità della legge è la volontà di "porre qualche ritegno ai disordini, agl'inconvenienti, e alle dissensioni che producono nelle famiglie i matrimoni, che si contraggono da' figli senza saputa, e consenso de' loro padri" (*Codice di leggi e costituzioni per gli Stati di Sua Altezza Serenissima*, t. I, Modena, 1771).

(87) In realtà si introduceva un sottile distinguo riguardo alla tipologia sanzionatoria: il nobile o la nobile che si accasava con persona di vile condizione, arrecando in tal modo disonore a sé e alla propria famiglia, incorreva in "quei provvedimenti che secondo le circostanze de' casi crederemo opportuni" (artt. 7-8), mentre l'uomo o la donna di infima condizione che "avranno l'ardire di contrarre tali matrimoni incorreranno in una pena afflittiva ad arbitrio Nostro" (art. 9), con buona pace della certezza e dell'uguaglianza della pena.

(88) Vale la pena di sottolineare che le Costituzioni estensi ancora contemplavano il carcere, per una durata non inferiore ad un anno, per quanti osavano contrarre matrimonio clandestino, a testimonianza di un fenomeno che ancora non era stato debellato (art. 10).

in parte ispirato dalle ideologie giusnaturalistiche e illuministe inneggianti alla libertà, all'uguaglianza e alla laicità (89).

Le principali novità erano contenute nella legge 20-25 settembre 1792, che da un lato sottraeva alla Chiesa la tenuta dei registri di nascita, matrimonio e morte, assegnandola alle autorità amministrative locali, dall'altra disciplinava il matrimonio e introduceva il divorzio.

I maggiori di anni 21 potevano contrarre matrimonio senza necessità del consenso paterno (svuotato così di una delle sue attribuzioni più importanti), davanti all'ufficiale di stato civile e di quattro testimoni, dopo le avvenute pubblicazioni da affiggere nella sede del comune.

Si secolarizzava così il matrimonio, sottraendolo al monopolio della Chiesa: il matrimonio religioso era sì consentito, in ottemperanza al rispetto della libertà di coscienza, ma doveva essere successivo a quello civile, il solo produttivo di effetti civili.

Anche la materia degli impedimenti usciva completamente ritracciata: aboliti quelli del voto, della affinità, della parentela spirituale, risultavano proibite le sole unioni in linea retta e tra fratello e sorella (90).

Ridotto il matrimonio a contratto, di cui si disconosceva il valore sacramentale, cadeva anche il tabù della sua indissolubilità: il divorzio diventò strumento di libertà della donna dal dispotismo maritale, mezzo necessario per raggiungere la felicità individuale, aiuto ai giovani inesperti, rimedio ai possibili errori. Esso era ammesso per mutuo consenso, per incompatibilità di umore e di carattere (una sorta di completa liberalizzazione dell'istituto) e per sette cause tassative, quali la demenza, la follia o il furore di uno degli sposi; condanna a pene afflittive o infamanti; delitti, sevizie o ingiurie gravi; notoria sregolatezza di costumi; abbandono protratto per almeno due anni; assenza per almeno cinque anni senza aver dato notizia di sé; emigrazione politica, una sorta di 'indiretta sanzione' a carico di quanti abbandonavano il suolo francese per odio verso la rivoluzione (91). In nome di una vagheggiata libertà sessuale, non compariva tra i motivi di divorzio l'adulterio, che ne sarebbe invece divenuto causa classica nell'epoca successiva, anche se quella 'notoria sregolatezza di costumi', in un sussulto moralistico, poteva, nella genericità della sua dizione, essere eventualmente utilizzata a questo fine.

(89) *La famille, la Loi, l'État de la Révolution au Code civil*, Paris, 1989.

(90) *Loi du 20-25 septembre 1792, qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens*, Titre IV, *Mariage*, in M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804). La révolution française et la famille*, Paris, 1978, 207-208.

(91) *Loi du 20-25 septembre 1792, Sur les causes, le mode et les effets du divorce*, in M. GARAUD, *Histoire générale*, cit., 198-203.

La separazione personale fu soppressa, in aperto dispregio della libertà di coscienza, ponendo così i cattolici di fronte ad un'alternativa drammatica: divorziare, per porre fine ad una convivenza divenuta insostenibile, violando però i precetti religiosi, o vivere una perenne infelicità per rispettare i valori fondanti della propria vita?

Si istituirono nel 1790 i tribunali di famiglia per una soluzione rapida e 'interna' (sottratta quindi all'intervento statale) dei conflitti familiari, *in primis* le questioni di divorzio, che erano sottoposte a tali assemblee ai fini di promuovere una riconciliazione tra i coniugi (92).

Nel 1794 un nuovo provvedimento estremizzò la disciplina del divorzio, nel tentativo di semplificarne la procedura e facilitarne la concessione: bastava, per ottenerlo, produrre un atto di notorietà che certificasse uno stato di separazione di fatto tra i coniugi perdurante da almeno sei mesi, senza necessità di indicare specifici motivi (93). Tale decreto portò a un presunto 'collasso morale' della società, che innescò, a partire già dal 1795, una reazione contro una politica considerata 'lassista'. Dapprima si decise di sottomettere ad un periodo di prova di sei mesi le domande fondate sulla semplice incompatibilità di umore e di carattere, mentre nei progetti di codice civile che si susseguirono fino al 1798 il divorzio fu sottoposto ad una serie di restrizioni. Nei tre progetti di Cambacérès, compresi in un arco temporale che va dal 1793 al 1796, fino al progetto Target del 1798 (94), il divorzio fu sì conservato, ma

(92) *Loi du 16 aout 1790 sur l'organisation judiciaire*, titre X, artt. 12-17, in M. GARAUD, *Histoire générale*, cit., 197.

(93) *4-9 floréal an II (23-28 avril 1794), Décret contenant des dispositions additionnelles à celui du 20 septembre 1792 sur le divorce*, in M. GARAUD, *Histoire générale*, cit., 216-217.

(94) Celebre avvocato dall'autentica anima riformista, Jean-Baptiste Target intese nel proprio progetto ricostruire una compagine familiare forte, secondo i tratti distintivi propri del periodo di 'reazione al Termidoro'. Si accentuò la disparità di trattamento tra figli naturali e legittimi rispetto alle precedenti proposte di Cambacérès; la patria potestà tornò a dilatarsi, includendo tra l'altro la facoltà di far incarcerare i figli indocili per un anno e di autorizzare il matrimonio dei figli fino ai 25 anni di età. L'adozione era consentita solo ai coniugi senza figli e a certe condizioni. Le cause di divorzio scendevano da sette a cinque e nel caso di incompatibilità di umore e di carattere gli sposi avrebbero dovuto esser sposati da almeno due anni, averne compiuto 25 la donna e 27 l'uomo e attendere due anni prima che la loro unione fosse sciolta, con il divieto di divorziare per mutuo consenso o per incompatibilità nei tre anni seguenti alla nascita dell'ultimo figlio, qualora dal matrimonio fossero nati due o più figli, soluzioni che si avvicinano notevolmente al definitivo testo napoleonico. Cfr. S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di Codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, 1998, 239-278 e l'ampia bibliografia ivi citata.

scoraggiato da una serie di ostruzionismi formali, preludio alle soluzioni del Codice del 1804.

I tribunali di famiglia non si limitavano tuttavia ad intervenire nei momenti di crisi della vita coniugale, ma rappresentavano un freno all'esercizio della patria potestà, trasformata in un' 'autorità familiare' esercitata da ambedue i genitori nell'interesse esclusivo dei figli fino al raggiungimento del 21° anno (95). Il diritto del padre di far incarcerare arbitrariamente i figli disobbedienti per un tempo non superiore ad un anno era ora sottoposto al vaglio del tribunale di famiglia e di distretto, una misura restrittiva esclusa tuttavia per i maggiori di anni 20.

*Figli legittimi,
naturali, adottivi*

Nel 1793, in nome dell'uguaglianza, si assimilarono i figli naturali nella successione del padre e della madre ai figli legittimi (96), inaugurando un nuovo modello di famiglia, in cui trovava posto anche l'adozione, andata in disuso in Francia già a partire del Seicento, e ora, con un decreto del 18 gennaio 1792, tornata in auge e consentita non solo a coppie, sterili o con figli, ma anche a singoli uomini o donne, rispondendo a finalità politico-sociali, quali "polverizzare i patrimoni e favorire il livellamento economico della società" (97). Anche in questo caso, si attenuò nel tempo il radicalismo rivoluzionario e si assistette ad un parziale ritorno al passato, con la reintroduzione di una discriminazione tra figli naturali e legittimi, non più equiparati nei diritti successori, così come andò via via scemando l'entusiasmo verso l'adozione, intesa come istituto chiamato non più a imitare, ma a supplire la natura e quindi prevista solo per i coniugi privi di figli.

Ciò che rimarrà invariato nel *droit intermédiaire* sarà la condizione giuridica della donna. La legislazione rivoluzionaria introdusse il regime

*Condizione
giuridica della
donna*

(95) Emblematiche in questo senso le parole di Cambacérès nel presentare il progetto del 1793: "la voix impérieuse de la raison s'est fait entendre: elle a dit: il n'y a plus de puissance paternelle [...] surveillance et protection: voilà les droits des parens; nourrir et élever, établir leurs enfans, voilà leurs devoirs": *Rapport fait à la Convention Nationale par Cambacérès sur le 1^{er} projet de Code civil*, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil par P.A. Fenet*, Paris, 1998, I, 5. Sul punto v. E. MASSON, *La Puissance Paternelle et la Famille sous la Revolution*, Paris, 2009 (ed. 1910). Espressioni simili ritornano nell'esposizione del progetto del 1796: "Trop long-temps on a regardé comme une puissance un devoir de protection que la nature grava dans nos âmes"; occorre pertanto ridurre "les rapports entre les pères et les enfans à la douceur et aux bienfaits d'un côté, au respect et à la gratitude de l'autre": *Discours préliminaire prononcé par Cambacérès au Conseil des Cinq Cents, Lors de la présentation du 3^e Projet de Code civil*, in *Recueil complet*, cit., I, 150.

(96) *Décret du 12 brumaire an II (2 novembre 1793), Décret relatif aux droits des enfans nés hors du mariage*, in M. GARAUD, *Histoire générale*, cit., 212-214.

(97) S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon*, cit., 247-248. Cfr. J.P. GUTTON, *Histoire de l'adoption*, Paris, 1993.

di comunione dei beni, ma non accolse la proposta avanzata da taluni, come Danton e Desmoulins, di affidarne agli sposi l'amministrazione congiunta, spettante, ancora una volta, al solo marito. Si mantenne la potestà maritale, sulla base di un'asserita inferiorità biologica e naturale della donna. Nonostante una partecipazione attiva dell'universo femminile ai moti rivoluzionari, malgrado la voce imperiosa di Olympe de Gouges, che redasse una *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina* (98), dedicata alla regina Maria Antonietta (regina che, in ragione del sesso contava a corte meno di suo figlio ancora infante), la Rivoluzione continuò a non considerare le donne dei veri individui (99). La contraddizione di fondo in cui incorse la Rivoluzione fu di consentire alla donna di sciogliersi dalla supremazia maritale attraverso il divorzio, ma di lasciare intatta quella stessa egemonia. I circoli attivisti femminili vennero chiusi e nel 1795 si vietarono attruppamenti o partecipazione delle donne alle assemblee politiche; la stessa Olympe fu ghigliottinata per volere di Robespierre il 3 settembre 1793, per "aver dimenticato le virtù che convengono al suo sesso ed essersi immischiata nelle cose della Repubblica". La proposta di Cambacérès, contenuta nel suo primo progetto, di abolire la "ridicola potestà maritale" sarebbe stata rinnegata dallo stesso autore pochi anni più tardi.

7. *Due modelli legislativi a confronto: la famiglia nel codice civile francese e austriaco.*

Il primo decennio dell'Ottocento vede affacciarsi sullo scenario europeo due codici, entrambi figli dell'illuminismo, ma profondamente distanti tra loro per opzioni normative, tecnica di redazione e *ratio* ispiratrice.

Nella Francia di Napoleone, sull'onda lunga dei progetti post-termidoriani, il 21 marzo 1804 il *Code civil* entrava definitivamente in vigore,

(98) La *Dichiarazione* ricalcava nell'impianto quella più celebre del 1789: introdotta da un preambolo e strutturata in diciassette articoli, affermava, ad esempio, che "la donna nasce libera ed ha gli stessi diritti dell'uomo" (art. 1); che "nessuno deve essere perseguitato per le sue opinioni, anche fondamentali; la donna ha il diritto di salire sul patibolo, deve avere ugualmente il diritto di salire sulla Tribuna" (art. 10) e che "la libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi della donna, poiché questa libertà assicura la legittimità dei padri verso i figli. Ogni Cittadina può dunque dire liberamente, io sono la madre di un figlio che vi appartiene, senza che un pregiudizio barbaro la obblighi a dissimulare la verità" (art. 11).

(99) M.A. AIMO, *Olympe de Gouges e la carta dei diritti delle donne*, Sassari, 1990.

magmatico prodotto di compromesso tra il passato più remoto e le conquiste rivoluzionarie. In tema di famiglia, vi si respirava un'aria di 'restauratione'.

Nell'Austria di Francesco I nel 1812 veniva promulgato l'ABGB che si modellava, per le questioni familiari, sull'esempio dell'Editto Giuseppino: si trattava di un codice frutto diretto di un 'illuminismo di Stato', un'ideologia a servizio del governo, penetrata profondamente nel dettato normativo.

Entrambi gli articolati sarebbero stati estesi all'Italia: quello napoleonico, dopo le conquiste militari del generale Còrso, si applicherà in quasi tutto il territorio, per una stagione breve eppure destinata ad influenzare le scelte legislative successive; il secondo, entrato in vigore nel Regno Lombardo-Veneto nel 1816 e destinato a perdurare fino alla vigilia dell'unificazione, fu spesso considerato 'modello sterile', incapace di condizionare il percorso legislativo dell'Italia unita, una convinzione tuttavia sottoposta di recente ad attenta revisione storiografica.

Il Codice francese (100) mirava a restituire stabilità e solidità a una famiglia contro la quale la Rivoluzione aveva sferrato un duro attacco, ripristinando il principio di autorità. Governata da un capo dotato di poteri forti, forgiati su quelli propri della sovranità, essa si presentava come una riproduzione in scala ridotta della struttura monarchica (101).

Il codice civile francese: a) la patria potestà

Tutto ruotava intorno alla figura paterna, rimpossessatasi di una rigorosa potestà che in linea di massima cessava con la maggiore età (fissata a 21 anni) ma che proiettava la propria ombra anche oltre tale limite quando si trattava d'intervenire sui matrimoni dei figli (102). Infatti, le figlie fino a 21 anni e i figli fino a 25 necessitavano, per sposarsi, del consenso dei genitori (in caso di disaccordo bastava l'assenso del padre: art. 148). Dopo tale età, le figlie fino a 25 e i figli fino a 30 erano obbligati al compimento dei cosiddetti atti rispettosi: il consenso andava sollecitato attraverso atto autentico notificato a mezzo di notaio; la richiesta era compiuta di mese in mese per tre volte e ci si poteva sposare un mese dopo la notifica dell'ultimo atto. Per i maschi di età superiore ai 30 e per le femmine maggiori di 25 anni bastava un solo atto (artt.

(100) Si è qui consultata l'edizione del *Codice civile di Napoleone il grande confronto delle leggi romane*, Milano, 1809.

(101) X. MARTIN, *A tout âge? Sur la durée du pouvoir des pères dans le code Napoléon*, in *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 13 (1992), 227-301.

(102) Il matrimonio continua ad essere inteso come un contratto da celebrare dinanzi all'ufficiale di stato civile, nella prosecuzione di quello spirito laico che faceva dire a Portalis (nel *Discours Préliminaire* al progetto di *code civil*) che la legge civile non avrebbe dovuto vedere che cittadini laddove la religione non vedeva che credenti.

151-155) (103). La patria potestà, quindi, limitata temporalmente, non perdeva in intensità. Il padre, in via esclusiva, esercitava poteri correttivi: ad esempio il figlio non poteva abbandonare la casa paterna senza il suo permesso (fatta eccezione per il volontario arruolamento, una volta compiuti i 18 anni). E accanto ai normali poteri punitivi esercitati *in domo*, il padre poteva far incarcerare il figlio [e fino ai 15 il giudice *doveva* dar corso alla domanda del padre senza compiere altre indagini né verificare i motivi addotti (art. 376)] (104). Vantava inoltre un diritto di usufrutto sui beni del figlio fino ai 18 anni, fatta eccezione per i beni da questi acquistati con lavoro proprio o donati o legati sotto condizione espressa che il padre o la madre non ne godessero (artt. 384-387).

La tutela ferrea della famiglia legittima condusse ad una più marcata differenziazione tra figli legittimi e naturali rispetto al passato, secondo l'impostazione voluta dallo stesso Napoleone, per il quale la società non aveva interesse 'a che dei bastardi fossero riconosciuti' (105): a costoro vennero pertanto limitati i diritti successori e vietata la ricerca della paternità.

b) *l'adozione* Anche l'adozione fu circondata da una serie di cautele: era accessibile alle sole coppie senza figli che avessero più di 50 anni e che fossero comunque maggiori di 15 rispetto all'adottando (art. 343), il quale, a sua volta, doveva essere maggiorenne (art. 346) e aver salvato la vita dell'addottante o in combattimento o in un incendio o in un naufragio oppure aver ricevuto dal genitore adottivo cure durante la minore età per un periodo ininterrotto di sei anni (art. 345). Si trattava di condizioni piuttosto improbabili, a dimostrazione di una diffidenza crescente attorno all'istituto, di carattere meramente contrattualistico e tale da lasciare inalterati i rapporti tra l'adottando e la famiglia d'origine. Quest'ultima era chiamata a dare il proprio consenso al minore di 25 anni e nei suoi confronti andavano compiuti atti rispettosi (art. 346). Al rapporto naturale, dunque, si aggiungeva un rapporto civile.

c) *la potestà maritale* I rapporti coniugali continuavano a registrare la supremazia dell'uomo a fronte di una donna che aveva il dovere di obbedire al ma-

(103) Incorreva in una sanzione pecuniaria e nella carcerazione per un periodo variabile da uno a sei mesi l'ufficiale di stato civile che avesse celebrato le nozze senza le necessarie autorizzazioni dei genitori o il compimento dei dovuti atti rispettosi (artt. 156-157).

(104) Vigevano tuttavia alcune eccezioni all'arresto d'autorità del figlio infraquindicenne, in cui il tribunale poteva sindacare la richiesta paterna: *a*) se questi esercitava una professione o deteneva beni personali; *b*) se il padre si fosse risposato (artt. 380-382). La logica era di evitare che il padre ricorresse subdolamente all'arresto per abusare dei beni del figlio o sulla scia di un'ostile influenza della matrigna.

(105) Cfr. *Recueil complet*, cit., X, 76-77.

rito (art. 213) e l'obbligo di coabitare e di seguirlo ovunque egli avesse intenzione di stabilirsi (art. 214). A carico della donna gravava inoltre una serie di incapacità, quali quella ad alienare, donare, ipotecare, acquistare a titolo gratuito od oneroso [atti che poteva compiere solo previa autorizzazione maritale (art. 217) o eventualmente del giudice (art. 218)], a meno che non esercitasse la pubblica mercatura (art. 220): anche in questo caso, tuttavia, non poteva stare in giudizio per affari relativi ai propri traffici senza permesso del marito (art. 215).

Si mantenne — drasticamente ridimensionato — il divorzio, ora *d) il divorzio* permesso per sole tre cause, (rispetto alle sette degli anni rivoluzionari): adulterio, con la sostanziale differenza che la moglie poteva fare domanda solo se dimostrava che il marito teneva la concubina nella casa comune (art. 230) (106); eccessi, sevizie e ingiuria grave (art. 231); condanna a pena infamante (art. 232). Tali situazioni potevano essere alla base anche della separazione, reintrodotta per rispetto delle posizioni cattoliche e unico rimedio residuo per le unioni in crisi all'indomani dell'abrogazione del divorzio avvenuta in Francia nel 1816.

Il divorzio per mutuo consenso fu sottoposto a tali e tanti requisiti da scoraggiarne il ricorso, dal momento che andava richiesto trascorsi due anni e non più di venti dalla celebrazione delle nozze; il marito doveva avere più di 25 anni, la moglie più di 21 ma meno di 45; i genitori dei divorziandi dovevano autorizzarlo e il consenso doveva essere espresso per quattro volte nel corso di un anno. Ottenuto il divorzio, occorreva attendere tre anni prima di procedere a nuove nozze, con l'aggravante che l'uomo non poteva sposare la donna con cui aveva commesso adulterio.

Gli artt. 1387-1391 lasciavano ai coniugi la scelta sul regime patrimoniale da seguire, attraverso convenzioni che non fossero contrarie al buon costume; in mancanza, il regime legale era quello della comunione, comprensiva dei mobili e degli acquisti, la cui amministrazione era affidata al marito (art. 1421). Egli poteva alienare e ipotecare i beni inclusi

e) i rapporti patrimoniali tra coniugi

(106) Il differente trattamento dell'adulterio maschile e femminile dipendeva dalla diversità delle conseguenze del tradimento perpetrato dall'uno o dall'altro coniuge: indubbiamente l'infedeltà della donna risultava minacciare maggiormente la stabilità della famiglia in virtù della possibile introduzione di figli adulterini (e quindi illegittimi) nella comunità domestica. Questa motivazione sarà alla base anche della scelta operata dal primo codice civile unitario, che mantenne una disuguaglianza di disciplina tra adulterio maschile e femminile, pur ponendolo a base non più del divorzio, ma della separazione.

senza il concorso della moglie, la quale era cautelata dall'ipoteca legale costituita a suo favore sugli immobili del marito (art. 2135).

Spira da questo codice una visione austera della famiglia, cui erano demandate alcune funzioni d'interesse pubblico nonché la finalità di rafforzare quella grande famiglia che era lo Stato (107).

Il codice civile austriaco: a) il matrimonio

Diversa l'impostazione del codice austriaco, l'unica normativa straniera in vigore in Italia all'indomani della Restaurazione. Nel solco del giuseppinismo, l'ABGB fondeva ancora una volta disciplina canonistica e centralismo statale.

Se per la celebrazione del matrimonio vale quanto si è già detto per la normativa del 1784 [consenso paterno per i minori di 24 anni, dispensa dagli impedimenti concessa dal Governo (108), denuncia (109) e solenne dichiarazione del consenso di fronte al parroco (110) che aveva l'obbligo di provvedere alla trascrizione del matrimonio, indissolubilità dello stesso per i cattolici (§ 111), competenza dell'autorità statale in tema di separazione (111) con preliminare intervento conciliativo del parroco (112)], è in tema di rapporti tra genitori e figli che il codice rivela insospettate note liberali.

(107) Uno dei quattro redattori del codice, Bigot-Préameneu, vedeva nell'Imperatore "il padre comune e il custode di tutte le famiglie" (*Recueil complet*, cit., I, CXXXVI).

(108) *Codice civile generale austriaco*, edizione seconda ufficiale, Milano, 1815, § 83.

(109) *Codice civile generale austriaco*, cit., §§ 69-71: la denuncia consisteva nella pubblicazione del matrimonio "da farsi in tre giorni di domenica o di festa all'adunanza ordinaria nella chiesa parrocchiale del distretto".

(110) Se solo una delle parti era cattolica, il celebrante era comunque il parroco, ma il consenso doveva essere prestato, oltre che in sua presenza, anche davanti a due testimoni. Su istanza dell'altra parte poteva "comparire a quest'atto solenne anche il pastore acattolico" (§ 77).

(111) Le cause di separazione erano tassative e in parte mutate dal diritto della Chiesa. Vi si trova l'ipotesi classica dell'adulterio, ma senza distinzione tra adulterio femminile e maschile, come accadeva invece nel codice francese, in sintonia con il diritto canonico per il quale la violazione della fedeltà coniugale meritava biasimo, indipendentemente dal sesso di chi la commetteva; abbandono "malizioso" del coniuge; condotta di vita sregolata, tale da mettere in pericolo i beni o i buoni costumi della famiglia; "insidie pericolose tese alla vita o alla salute"; gravi e ripetuti maltrattamenti (sulla ripetitività aveva tipicamente insistito la giurisprudenza della Sacra Rota); "costanti difetti corporali congiunti a pericolo di contagione" (§ 109).

(112) Al parroco occorreva manifestare la risoluzione a separarsi e i motivi. "È dovere del parroco richiamare alla mente dei coniugi le promesse reciproche solennemente fatte al momento dell'unione in matrimonio, e l'inculcare loro energicamente le conseguenze dannose della separazione. Queste ammonizioni debbono ripetersi per tre diverse volte. Se riescono inefficaci, il parroco deve rilasciare alle parti l'attestato scritto

Il padre esercitava sì la patria potestà, ma era soggetto ad una serie di doveri (113), la cui trasgressione determinava la perdita perpetua della potestà paterna (114). L'obbligo di educare i figli andava svolto favorendone le naturali inclinazioni, tanto che il figlio, giunto alla pubertà, avrebbe potuto rivolgersi al tribunale per tutelarsi (§ 148). b) *la patria potestà*

Nello spirito pedagogico che permea il codice e nel tipico 'fraseggio' di taglio trattatistico che ne caratterizza le norme (in contrapposizione allo stile del codice francese, fatto di comandi brevi, secchi, imperiosi) i compiti genitoriali erano indicati minuziosamente, con una precisa ripartizione di ruoli: se il padre doveva provvedere al mantenimento dei figli "sino a tanto ch'essi non possono provvedere da sé medesimi", alla madre spettava occuparsi del loro "corpo e della salute" (§ 141).

Era diritto invece dei genitori rintracciare e ricondurre a casa i figli fuggiti e castigarli in modo proporzionato e non dannoso alla salute, "se scostumati, disobbedienti e disturbatori dell'ordine e della pace domestica" (§ 145).

L'amministrazione dei beni dei figli toccava al padre, il quale tuttavia, a differenza che nel codice francese, non ne aveva l'usufrutto.

La disciplina dell'adozione non si discosta da quella napoleonica: era permessa a chi non avesse figli propri e avesse almeno cinquant'anni, con una differenza di età di diciotto anni rispetto all'adottando; occorreva il consenso del padre legittimo dell'adottando e la persona adottata aggiungeva il nome del padre adottivo a quello della famiglia d'origine (§§ 179-182). c) *l'adozione*

Il marito era il capo della famiglia, ma la donna amministrava da sé il proprio patrimonio, poteva stare in giudizio e fare contratti senza autorizzazione maritale. Il codice austriaco realizzava un rapporto coniugale davvero ispirato ai valori dell'uguaglianza, differenziandosi sul punto dalle principali legislazioni europee del tempo. L'estensione del codice ai territori italiani soggetti al controllo asburgico concesse alle donne lombardo-venete una insperata libertà, destinata a durare fino all'entrata in vigore del codice Pisanelli. d) *la condizione giuridica della donna*

che, fatte tre volte alle medesime inutilmente le ammonizioni, persistono nel desiderio di separarsi" (§ 104).

(113) I genitori devono aver cura della "vita e sanità" dei loro figli, "somministrare loro un decente mantenimento, sviluppare le loro forze intellettuali e corporali e porre il fondamento della futura loro prosperità coll'istruirli nella religione e nelle utili cognizioni" (§ 139).

(114) I padri che trascurano interamente il mantenimento e l'educazione dei figli perdono per sempre la patria potestà: § 177.

8. *Verso il codice dell'Italia unita.*

Alla caduta del regime napoleonico il *Code civil* in Italia venne abrogato quasi ovunque o quanto meno messo in discussione. Accanto a territori che preferirono ripristinare l'antico sistema di diritto comune (come accade in Toscana), altri intrapresero la via della codificazione, nella convinzione che solo così si sarebbero potuto erigere pilastri di 'legalità'.

Se è vero che la nuova frammentazione geo-politica cui l'Italia venne sottoposta generò il proliferare di testi con l'ovvia conseguenza di una molteplicità di soluzioni normative, non va sottaciuto che il codice napoleonico rappresentò una sorta di 'nesso unitario', un comune riferimento per gli ordinamenti pre-unitari. In altri termini, è corretto sostenere che il *Code*, pur se applicato per un solo decennio, conobbe una seconda primavera attraverso l'influenza esercitata prima sui codici civili della Restaurazione e poi su quello del 1865.

Tuttavia, in tema di famiglia, i quattro codici pre-unitari 'nazionali' si allontanarono in parte dalla strada tracciata dal modello francese, per tornare a riabbracciare antichi valori (115).

*I codici pre-unitari:
a) il matrimonio*

Il ripristino di una società autoritaria indusse a modellare la famiglia sull'immagine patriarcale del sovrano, superando l'atomismo individualistico rivoluzionario, così da far intendere matrimonio e famiglia "come funzionali al *bonum Principis*, cioè al bene dello Stato" (116).

Abbandonata la politica giurisdizionalista settecentesca, i rapporti tra Stato e Chiesa tornarono meno conflittuali. Si eclissò il matrimonio civile, e in generale la tendenza laicizzante, tanto da richiamare il diritto canonico come normativa di riferimento per la disciplina di alcuni profili del matrimonio: le nozze erano ovunque celebrate secondo le forme tridentine, anche se taluni ordinamenti, come quello piemontese (a differenza del napoletano), assicurarono il rispetto degli appartenenti a confessioni religiose diverse dalla cattolica.

I casi più significativi sono rappresentati da un lato dal codice albertino del 1837, di stampo confessionale, in cui gli effetti civili, che il legislatore statale si limitava a regolare, derivavano direttamente dal matrimonio religioso (art. 108), dall'altro dal codice del Regno delle Due Sicilie del 1819, che introdusse un sistema cosiddetto 'misto', in cui il matrimonio celebrato secondo le formalità di diritto canonico (*in*

(115) Per una trattazione riassuntiva cfr. P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., 125-150 e G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia*, cit., 108-118.

(116) G. DALLA TORRE, *Matrimonio e famiglia. Saggi di storia del diritto*, Roma, 2006, 56.

facie ecclesiae) era produttivo di effetti civili solo in seguito ad un'attività dell'ordinamento statale: le formalità civili precedenti (le pubblicazioni affisse al comune del domicilio degli sposi per 15 giorni) e successive al matrimonio (l'obbligo del parroco di inviare una copia dell'atto all'ufficiale di stato civile) erano infatti obbligatorie (artt. 68-81 e art. 189), a differenza di quanto avveniva in altre esperienze, come ad esempio nel codice parmense del 1820, dove l'inosservanza di complesse procedure civili non incideva sulla validità del vincolo matrimoniale.

La patria potestà, distinta nel codice parmense tra naturale (spettante ad entrambi i genitori) e civile (riconosciuta "all'ascendente maschio in linea mascolina paterna occupante il primo grado in famiglia", artt. 82-83), si riempì di incisivi contenuti di carattere personale (quali poteri correttivi e detentivi) e patrimoniali: nel Regno di Sardegna tornò ad essere perpetua, salvo emancipazione (art. 211), in un sussulto reazionario; negli altri Stati cessava con il raggiungimento di una maggiore età variamente fissata tra i 21 e i 30 anni.

Tramontata la comunione dei beni quale regime patrimoniale legale tra i coniugi e tornato in auge il sistema dotale, di fatto mai scomparso nell'uso, si riconferma una potestà maritale ferrea. L'autorizzazione maritale accomuna tutti i codici pre-unitari con una disciplina assai simile a quella francese: si sanciva l'incapacità della donna a compiere gli atti patrimoniali più significativi, fatta eccezione per la donna esercitante pubblico commercio che il codice albertino, unica anomalia nel panorama italiano, ammetteva in giudizio senza autorizzazione del marito qualora si trattassero cause concernenti la sua attività lavorativa (art. 136).

Ovunque il divorzio lascia il posto alla separazione. Guardato già con sospetto ai tempi dell'estensione del codice francese ai territori italiani, tanto che sia nel Regno d'Italia che in quello di Napoli si era chiesto all'Imperatore di sospendere l'applicazione delle disposizioni codicistiche relative al divorzio per rispettare la diversa cultura e la radicata religiosità del popolo italiano (peraltro ottenendo un secco rifiuto da parte di Napoleone), il divorzio abdica a favore del ripristino dell'indissolubilità del matrimonio per i cattolici. Unico rimedio contro l'impossibilità di proseguire la convivenza era la separazione, concessa ora dall'autorità laica (come accadde a Parma sulla falsariga del codice austriaco, art. 64) ora da quella ecclesiastica (come avveniva nel codice estense, art. 109, e in quello sardo, art. 140, anche se la legge Siccardi del 1850 avrebbe abolito la giurisdizione ecclesiastica in tema matrimoniale), per motivi che in parte ricalcano quelli posti dalla legislazione francese a fondamento del divorzio.

b) *la patria potestà*

c) *l'autorizzazione maritale*

d) *la separazione*

Nel primo decennio dell'Ottocento, dunque, un impasto compromissorio tra echi d'*ancien régime* e norme napoleoniche, private di quei tratti poco rispondenti ai valori della società italiana (117), caratterizza la legislazione familiare che si presenta all'appuntamento con l'Unità.

9. *Il codice Pisanelli tra innovazione e conservazione.*

Lo Stato nazionale risorgimentale realizza a tappe forzate una faticosa marcia verso l'unificazione legislativa (118). Quest'ultima passa attraverso una serie di progetti che si susseguono vorticosamente, a partire da quelli di Giovan Battista Cassinis del 1860-61, ricchi di novità che solo in parte saranno accolte nel testo definitivo (119).

La famiglia fu, fin dai lavori preparatori, oggetto di accese discussioni, banco di prova per l'attuazione di quei valori liberali, laici e separatisti cui lo Stato unitario dichiarava di ispirarsi.

Si fronteggiavano due distinti partiti: da un lato vi era chi voleva perpetuare una visione tradizionale dell'istituto familiare e dall'altro chi vedeva nel codice unitario un'occasione per correggere alcune chiusure che avevano connotato l'esperienza pre-unitaria, come in tema di condizione della donna.

Il risultato fu una serie di scelte di compromesso, particolarmente evidenti in tema di matrimonio (120). Il codice, "se da un lato tendeva a limitare l'intervento dello Stato all'interno della famiglia, dall'altro estrometteva la Chiesa dallo specifico campo" (121): "esso raccoglieva gli esiti di una mediazione tra le varie tendenze caratterizzanti l'assetto

(117) Così G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia*, cit., 118 e G. DI RENZO VILATA, voce *Personae e famiglia*, cit., 522.

(118) Cfr. A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960.

(119) Un sistema "separatista 'imperfetto' o per meglio dire 'temperato'", con conseguente generazione di un "matrimonio civile 'spurio'", in cui l'ufficiale di stato civile esortava gli sposi a far seguire al rito civile quello religioso, l'abolizione dell'autorizzazione maritale, una regolamentazione dei rapporti tra genitori e figli "alquanto liberale in quanto si pone l'accento sui doveri che incombono al padre, aspetto che fa pensare alle disposizioni del codice austriaco influenzate dalla morale kantiana", sono i tratti caratteristici (per non dire progressisti) dei progetti Cassinis, per i quali si rinvia a S. SOLIMANO, *Il letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano, 2003, 280-318.

(120) Cfr. P. UNGARI, *Storia del diritto famiglia*, cit., 151-176.

(121) G. DALLA TORRE, *Matrimonio e famiglia*, cit., 60.

preunitario, rivelava il forte legame con il suo principale modello, quello napoleonico, ma pure con i nostri costumi” (122).

Se fu coraggiosa la reintroduzione del matrimonio civile (123), in netto distacco con le opzioni pre-unitarie, imponendone la celebrazione nella casa comunale, innanzi all’ufficiale di stato civile del comune dove uno degli sposi avesse la residenza o il domicilio e davanti a due testimoni (artt. 93-94) (124), l’illusione di una spontanea adesione popolare alla nuova forma di celebrazione, un ottimismo che aveva indotto a non rendere obbligatoria la precedenza della celebrazione civile rispetto a quella religiosa, si infranse di lì a pochi anni di fronte ai risultati di alcuni studi statistici, che denunciavano un’alta percentuale di matrimoni celebrati solo in Chiesa, dimostrazione d’un evidente ‘fallimento’ della politica familiare perseguita. Le conseguenze erano funeste: incertezza sui vincoli matrimoniali, mancato riconoscimento dello *status* di figli legittimi ai nati da siffatti matrimoni, possibilità di sciogliere il vincolo senza alcun controllo da parte dello Stato. Fu proprio in ragione di quest’ultima considerazione che la Chiesa, dopo aver aspramente combattuto l’introduzione del matrimonio civile e le sue premesse teoriche, emanò un documento ufficiale all’indomani dell’entrata in vigore del codice in cui si invitava il clero a favorire la nuova istituzione per assicurare, in qualche modo, l’indissolubilità del vincolo. Paradossalmente, solo il matrimonio civile impediva l’affermazione in via surrettizia di una forma di divorzio nella prassi: privo di ogni rilevanza giuridica, il matrimonio poteva essere sciolto in qualsiasi momento su iniziativa di uno o di entrambi i coniugi (125).

La laicizzazione del matrimonio non significò tuttavia accoglimento del divorzio, e non tanto per motivi religiosi (anche se si voleva evitare di esacerbare lo scontro, già duro, con il mondo cattolico), ma in ragione di un’etica laica e per rispetto dell’interesse della società civile, come affermato da Vigliani e Pisanelli (126). Il passato insegnava che durante l’impero del codice napoleonico, quando il divorzio vigea in Italia, poche

(122) G. DI RENZO VILLATA, voce *La famiglia*, in *Enciclopedia italiana. Eredità del Novecento*, II, 2001, 760.

(123) Sull’introduzione del matrimonio civile, tra “dubbi ed entusiasmi”, cfr. C. VALSECCHI, *In difesa della famiglia? Divorzisti e antidivorzisti in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2004, 1-131 e la bibliografia ivi citata.

(124) Le nozze erano precedute da due pubblicazioni da farsi a cura dell’ufficiale di stato civile nel comune di residenza di ciascuno dei due sposi, sulla porta della casa comunale in due domeniche successive (artt. 70-72).

(125) Sul punto v. S. FERRARI, *Religione e codice civile. Dinamica istituzionale e problematica amministrativa del diritto matrimoniale postunitario*, in *Storia contemporanea. Rivista trimestrale di studi storici*, 7 (1976), 123-167.

erano state le coppie che vi avevano fatto ricorso; e, vista la condizione di inferiorità economica e culturale della donna, l'indissolubilità, sancita dall'art. 148, fu vista come una forma di protezione nei suoi confronti.

Si mantenne così la separazione (127), nelle due forme di separazione consensuale e per colpa per cinque cause predeterminate (artt. 150-152) e tassative (art. 149). L'adulterio restava causa di separazione se a commetterlo era la donna, mentre quest'ultima poteva invocarlo nei confronti del consorte solo in caso di mantenimento della concubina in casa o notoriamente in altro luogo o qualora ricorressero circostanze tali da rendere il fatto un'ingiuria per lei grave (128); costituivano poi ulteriori cause il volontario abbandono; gli eccessi, le sevizie, le minacce e le ingiurie gravi; la condanna a pena criminale; la mancata fissazione della residenza da parte del marito senza alcun giustificato motivo.

Ma è in particolare alla giurisprudenza di quegli anni che occorre guardare per comprendere gli effettivi, concreti contorni dell'astratta parola di legge, una giurisprudenza che nei primi anni di vita del codice mostrò un atteggiamento diffidente, teso a limitare l'impiego della separazione.

Toccò così alle corti definire meglio il concetto di 'concubina', *conditio sine qua non* per ravvisare l'integrazione dell'adulterio da parte dell'uomo: si definiva in tal modo la donna con la quale il marito "fosse legato da intimità continue e permanenti", tali la renderla una specie di 'altra' moglie (129). Lo stesso può dirsi per la nozione di 'casa', intesa come qualunque *habitat* in cui il marito dimorasse o risiedesse, dal mo-

(126) "Quando una legge collocasse sulla soglia del matrimonio e nel suo seno l'idea del divorzio, essa avvelenerebbe la santità delle nozze, ne deturperebbe l'onestà, perché quell'idea si muterebbe nelle mura domestiche in un perenne ed amaro sospetto" così la Relazione Vigliani in *Codice civile del Regno d'Italia [...] a cura di Galdi*, Napoli, 1865, 161-163.

(127) Per una ricostruzione dell'istituto della separazione nel tempo cfr. G. DI RENZO VILLATA, voce *Separazione personale (storia)*, in *ED*, XLI, Milano, 1989, 1350-1376; *Coniugi nemici*, cit., in particolare D. QUAGLIONI, «*Divortium a diversitate mentium*». *La separazione personale dei coniugi nelle dottrine di diritto comune (appunti per una discussione)*, 95-118; M. PARENTI, *La separazione dei coniugi nella giurisprudenza del tribunale di Milano dal 1891 al 1905*, in *Studi di storia del diritto*, III, Milano, 2001, 755-823; G. MARCHETTO, *Il divorzio imperfetto. I giuristi medievali e la separazione dei coniugi*, Bologna, 2008.

(128) Il differente trattamento dell'adulterio maschile e femminile si poneva in realtà in contrasto con quanto disposto dall'articolo di apertura del capo IX, dedicato ai diritti e ai doveri nascenti dal matrimonio. L'art. 130, infatti, imponeva ai coniugi il reciproco obbligo di fedeltà, oltre a quello della coabitazione e della assistenza.

(129) Corte di appello di Roma, 8 gennaio 1879, in *Monitore dei tribunali*, XX (1879), 186.

mento che, avendo la moglie l'obbligo di seguirlo ovunque, aveva al pari il diritto di essere ricevuta in ogni casa il marito avesse (130).

Anche le quattro forme di violenza (eccessi, sevizi, minacce e ingiurie gravi) diedero adito a dubbi interpretativi, generando orientamenti giurisprudenziali oscillanti tra tutela dell'unità della famiglia e salvaguardia dei diritti individuali.

Se vi erano sentenze nelle quali per riconoscere il requisito dell'eccesso si richiedeva il compimento di veri e propri attentati alla vita del coniuge (131), in altre era considerato tale ogni condotta capace di turbare il consorte (132) come pure la trasmissione di una malattia venerea (133).

Si ammisero le battiture come causa di separazione solo se continue e ripetute; non bastava, perciò, una semplice contusione, anche se provocata volontariamente dal marito (134).

Oggetto di animata discussione fu l'autorizzazione maritale, che subì, nei diversi progetti, vicende alterne. Assente nel testo di Pisanelli del 1863, in cui il Guardasigilli in persona ne ricusò l'utilità (135), fu ripristinata anche sotto pressione del nuovo ministro Vacca, che, in risposta ai deputati che vi scorgevano una 'moderna servitù', la giudicava invece un pegno della concordia familiare e dell'armonia tra i coniugi (136). E così,

*L'autorizzazione
maritale*

(130) Corte di appello di Roma, 8 gennaio 1879, in *Monitore dei tribunali*, XX (1879), 187.

(131) Corte di appello di Venezia, 12 novembre 1894, in *Giurisprudenza italiana, Repertorio*, 1895, 784.

(132) Tribunale di Macerata, 3 giugno 1905, in *Giurisprudenza italiana, Repertorio*, 1905, 686.

(133) Corte di appello di Milano, 6 novembre 1866, in *Monitore dei tribunali*, VIII, 942-944.

(134) Corte di appello di Roma, 27 marzo 1875, in *Giurisprudenza italiana*, XXII, 1, 482 e Corte di appello di Torino, 15 dicembre 1868, in *Giurisprudenza italiana*, XX, 2, 928-930.

(135) Nella relazione del 1863 Pisanelli rifletteva: "Ma quali sono i benefizi dell'autorizzazione maritale? Se la concordia regna fra i coniugi, tutti gli atti sono regolati da consenso comune, ed il marito sarà il naturale consultore della moglie senza che la legge lo imponga. Ma se vien meno la pace domestica, l'autorizzazione maritale diventa un'arma di violenza nelle mani del marito; la moglie cercherà rifugio nei tribunali, e l'ultima conseguenza di questa disposizione della legge sarà la separazione dei coniugi, cioè lo sperpero e la rovina delle famiglie [...]. Essa non è attualmente conosciuta nelle provincie lombarde, e giureconsulti e magistrati insigni di quel paese attestano che la libertà lasciata alla moglie di regolare le proprie sostanze non fu mai pregiudizievole agli interessi della famiglia più di quella lasciata al marito" (*Relazione sul progetto di Codice civile presentato dal Guardasigilli Pisanelli* [26 novembre 1863], in *Atti Parlamentari, Senato, Documenti*, Sessione 1863-1865, doc. 45).

(136) Si ribadiva la necessità di sottomettere all'autorizzazione atti di intrinseca gravità, tali da richiedere "il concorso adesivo del marito, in ossequio non pure all'auto-

seguendo l'impostazione dei codici pre-unitari, in piena conformità a quanto disposto dall'art. 131, che sanciva il marito quale capo della famiglia, la redazione definitiva impose alla donna di ricorrere all'autorizzazione maritale per donare, alienare beni immobili, sottoporli a ipoteca, contrarre mutui o riscuotere capitali, transigere o stare in giudizio, anche se era contemplata la possibilità per il marito di concedere un'autorizzazione preventiva per atto pubblico, generale o speciale, revocabile in qualsiasi momento (art. 134).

La donna tornava a godere di una piena capacità d'agire in caso di separazione legale addebitabile al marito, o se svolgeva in autonomia la professione di commerciante o nel caso di marito minorenni, interdetto, assente, o condannato a più di un anno di carcere per il tempo di espiazione della pena (art. 135).

Furono soprattutto le donne lombardo-venete a far sentire la propria voce di protesta: rispetto alla libertà lasciata loro dal codice austriaco, il primo codice unitario rappresentava un indubbio regresso (137).

Quanto ai rapporti patrimoniali tra coniugi, il primo codice italiano esclude la comunione universale dei beni, limitata per libera pattuizione ai soli utili, mentre al centro del sistema collocava ancora una volta la dote, anche se ormai non era più previsto alcun obbligo di dotare le figlie in capo al padre (art. 1433).

La patria potestà

La patria potestà era attribuita a entrambi i genitori (art. 138), ma esercitata dal padre (art. 220). Cessava con il raggiungimento della maggiore età, fissata a 21 anni (art. 323), anche se i figli con più di 21 anni ma meno di 25 (21 per le donne) avevano l'obbligo di ottenere il consenso dei genitori o degli avi (artt. 63-64) per contrarre matrimonio

rità morale del capo della famiglia, ma sì pel buon governo della famiglia stessa" (*Relazione del ministro guardasigilli Vacca al Re d'Italia sul codice civile* [25 giugno 1865], *Codice civile del Regno d'Italia*, Torino, 1866, XIII-XXVIII).

(137) Per una ricostruzione del ruolo della donna nella famiglia cfr., tra i tanti, M.T. GUERRA MEDICI, *Due secoli di storia dell'emancipazione femminile dalle leggi giacobine alla Costituzione repubblicana. Note e riflessioni in margine ad una recente pubblicazione*, in *Studi Senesi*, CII (III serie, XXXIX), fasc. 1 (1990), 149-168; M. BELLOMO, *La condizione giuridica della donna in Italia: vicende antiche e moderne*, Roma, 1996; C. SARACENO, *Le donne nella famiglia: una complessa costruzione giuridica. 1750-1942*, in *Storia della famiglia italiana 1750-1950* a cura di M. Barbagli e D. Kertzer, Bologna, 1992, 103-127, M. R. DI SIMONE, *La condizione femminile dal codice del 1865 al codice del 1942: spunti per una riflessione*, in *I cinquant'anni del codice civile. Atti del Convegno di Milano, 4-6 giugno 1992, II Comunicazioni*, Milano, 1993, 561-593; G. DI RENZO VILLATA, *L'"altra metà del cielo". Donne documenti e diritto attraverso i secoli*, in *I colori della scrittura*, Milano, 2002, 18-45.

(salva la possibilità per il maggiorenne di ricorrere presso la corte d'appello contro il rifiuto opposto dagli ascendenti: art. 67).

Il figlio non poteva allontanarsi da casa senza il consenso del padre (salvo il caso di volontario arruolamento nell'esercito nazionale) (art. 221) e poteva essere collocato in un istituto di educazione o di correzione, su proposta del padre e per decisione del presidente del tribunale, nel caso in cui il padre non riuscisse "a frenare i travimenti del figlio" (art. 222), anche se tale facoltà non si estendeva fino all'incarcerazione.

Vi era poi una serie di doveri che se violati (si parlava di abuso della patria potestà) potevano condurre alla nomina d'un tutore o curatore per difendere i beni del figlio, privando integralmente o parzialmente il genitore dell'usufrutto che di regola gli competeva (art. 233).

L'adozione sopravvisse a reiterate critiche, che la volevano addirittura contraria alla natura e creatrice di rapporti artificiali di filiazione, ma fu circondata da una serie di cautele. Intesa come rimedio alla sterilità delle coppie, in grado di garantire soprattutto la trasmissione del patrimonio e del nome, era consentita a chi avesse compiuto 50 anni e ne avesse 18 in più dell'adottando (il quale, a sua volta, doveva avere almeno 18 anni: artt. 202 e 206). Questi necessitava del consenso dei propri genitori o dell'eventuale coniuge se viventi (art. 208) e manteneva i propri diritti e doveri nei confronti della famiglia naturale (art. 212).

L'adozione

Sull'esempio dei tribunali domestici francesi e riproducendo in parte la normativa pre-unitaria, si disciplinarono i Consigli di famiglia, organo permanente nel caso di apertura della tutela (art. 249), composto di quattro consulenti scelti tra gli ascendenti maschi del minore, i fratelli germani, gli zii, preferendo, in ciascun ordine, i prossimi, e in parità di grado i più anziani (art. 252), più il tutore, il protutore e il curatore nel caso di minore emancipato (art. 251), e, a partire dal 1892, anche il pretore, che lo convocava e lo presiedeva. Il consiglio era chiamato a intervenire qualora il minore non fosse soggetto a patria potestà o a tutela legale; in seguito alla morte di entrambi i genitori o per perdita della patria potestà per effetto di condanna penale, ma anche per autorizzare la vedova che contraeva nuove nozze a conservare l'amministrazione dei beni dei figli minori di primo letto, stabilendo, altresì, le regole relative all'educazione (art. 237). Ciò sottendeva una valutazione complessivamente negativa circa le attitudini pedagogiche della donna, che andava a sommarsi alla presunta inadeguatezza — forse più agevolmente comprensibile, considerato il contesto culturale — nella gestione patrimoniale.

Il Consiglio di famiglia

10. *La storia recente.*

Gli anni successivi all'entrata in vigore del codice sono caratterizzati da scarsi interventi legislativi, tanto da essere stati ribattezzati da Paolo Ungari "un mezzo secolo senza riforme" (138). Fatta eccezione per la legge che nel 1919 concederà la piena capacità di agire alla donna, "la sola grande riforma della famiglia attuata dall'Italia liberale" (139), quasi una obbligata presa d'atto del contributo dato dalle donne negli anni di sconvolgimento della guerra, e da taluni interventi di legislazione sociale, promossi dal socialismo giuridico, il panorama giuridico è occupato soprattutto dal dibattito dottrinale relativo al divorzio.

La scelta del codice unitario di escluderlo dal sistema normativo non acquietò i suoi sostenitori: tra il 1878 e il 1920 si possono contare circa dieci progetti o disegni di legge, tutti destinati al fallimento. Salvatore Morelli, Tommaso Villa, Giuseppe Zanardelli furono alcuni dei promotori delle iniziative di legge; al loro fianco si schierarono Melchiorre Gioia, Emilio Bianchi, Enrico Ferri, Maurizio Roccarino (per citarne alcuni), che, dalle aule parlamentari o dalle pagine delle loro opere, inneggiavano al divorzio. L'oscillazione tra la visione individualistica, che faceva discendere lo scioglimento del matrimonio dalla natura contrattuale del vincolo, e quella sociale, che, pur riconoscendo il valore dell'indissolubilità, vedeva nel divorzio uno strumento di difesa della stabilità delle unioni familiari, impedì ai divorzisti una compattezza ideologica in grado di contrastare il fronte avverso, per buona parte composto da cattolici, ma non solo: si pensi all'autorevole intervento del 1892 nell'Università di Padova dell'ebreo Vittorio Polacco, o alla presa di posizione di alcuni politici di ispirazione laica come Filomusi Guelfi (140).

L'immobilità legislativa che connota lo Stato liberal-borghese [ai buoni propositi fanno riscontro inattuali progetti (141)] non viene meno, ma assume nuovo carattere con lo Stato fascista.

Il 1929 fu l'anno del Concordato, che pose fine ad un dibattito mai sopito sulla necessità di introdurre l'obbligatorietà della precedenza del rito civile, con o senza sanzioni penali. Con i Patti lateranensi si ricono-

(138) P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., 177.

(139) P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., 207.

(140) Sul dibattito divorzista si veda la trattazione di C. VALSECCHI, *In difesa della famiglia?*, cit., *passim*. In particolare, sul progetto Zanardelli, cfr. G. CHIODI, *Zanardelli e il divorzio*, in *Giuseppe Zanardelli capo di governo (1901-1903)*, Brescia, 2004, 61-118.

(141) Così P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., 147.

sceva al matrimonio canonico, trascritto nei registri di stato civile e sottoposto alla giurisdizione della Chiesa per quanto concerneva la validità del vincolo, la stessa funzione di quello civile: il matrimonio concordatario divenne nell'immediato la forma celebrativa "più diffusa tra i cittadini italiani, mentre solo un'esigua minoranza (variabile dall'1,5 al 2,5% in media) sceglieva il rito civile" (142).

Vi fece seguito il provvedimento contenuto nelle leggi razziali del 1938 che, a tacere di ogni altra considerazione, apriva un evidente *vulnus* con la disciplina concordataria, dal momento che vietava i cosiddetti matrimoni misti, ossia quelli contratti con appartenenti a razze non ariane, dichiarandone la nullità anche se celebrati di fronte ai ministri di culto cattolico (143).

Gli anni venti sono anche connotati da una serie di interventi normativi a difesa della famiglia: istituzione di asili nido presso le industrie per i figli delle dipendenti, introduzione degli assegni familiari, tassa sui celibi, premi di natalità e nuzialità, agevolazioni ferroviarie per i viaggi di nozze, tanto per citarne alcuni.

L'avvio del lavoro di codificazione civile in età fascista rende evidente l'affermazione di un concetto di famiglia che, in omaggio al nuovo Stato forte, trascende l'interesse del singolo e ne enfatizza i tratti autoritari, accentuando nettamente la distinzione tra famiglia legittima e naturale. Il nucleo familiare diviene portatore di interessi superiori e quindi di una volontà e di un'organizzazione che trova la propria estrinsecazione nel capofamiglia. Quest'ultimo non è più titolare di un potere sostanzialmente libero, ma di un potere vincolato al perseguimento di fini comuni, adombrando così un interessante parallelismo con gli scenari del diritto pubblico. Ed è questo il punto cui si ricollegherà una pubblicistica di regime tesa a sostituire agli interessi sovraindividuali familiari quelli dell'intera società, grazie anche ad una rilettura dell'opera di Antonio Cicu che fin dal 1910, trattando dell'obbligo alimentare tra congiunti, aveva introdotto l'idea di un dovere "di cura della persona che trascende l'interesse del singolo e si afferma come interesse superindividuale familiare" (144).

(142) G. DI RENZO VILLATA, voce *La famiglia*, cit., 765.

(143) Mi sia permesso rinviare sul punto ai saggi contenuti nel volume *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di L. Garlati e T. Vettor, Milano, 2009.

(144) D. VINCENZI AMATO, *La famiglia e il diritto*, in *La famiglia italiana dall'Ottocento a oggi*, a cura di P. Melograni, Roma-Bari, 1988, 659, ma si veda in generale l'intero saggio (629-696) per una visione di sintesi dell'evoluzione del diritto di famiglia dall'età rivoluzionaria alle riforme del 1975. Sull'opera di Cicu cfr. M. SESTA, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in *Materiali per una sto-*

Il I libro, fin dai primi ‘passi’ mossi a partire dal 1923 (entrerà in vigore il 1° luglio 1939), mostra una quasi perfetta continuità con le scelte del mondo liberale, anch’esse, di fatto, fondate sulla centralità della figura maschile. Si riproducono quindi immutati gli articoli relativi ai diritti e ai doveri dei coniugi, il differente trattamento dell’adulterio maschile (ammesso come motivo di separazione solo se integrava gli estremi di grave ingiuria verso la moglie, art. 152), e anche quelli riguardanti la patria potestà. Vengono aboliti i Consigli di famiglia, per le macchinose e talvolta farraginose procedure di operatività, sostituiti da un giudice tutelare istituito presso ogni pretura (artt. 342 ss.).

I minori sono oggetto di particolari disposizioni: ad essi è dedicato l’XI titolo del codice, con la previsione dell’affiliazione (artt. 404-413) a fianco dell’adozione e di istituti di pubblica assistenza, cui il minore poteva essere ricoverato se versasse in stato di abbandono o allevato in luoghi insalubri o pericolosi oppure da persone incapaci di provvedere alla sua educazione per negligenza, immoralità o ignoranza.

Tutti gli aspetti patrimoniali restavano ancorati alla tradizione: la separazione era regime legale, mentre la comunione era uno tra quelli convenzionali; la dote sopravviveva anche se ormai in evidente declino; si introduceva il patrimonio familiare, che consentiva di mantenere il vincolo di destinazione dei beni alla famiglia oltre lo scioglimento stesso del matrimonio: simile alla dote, ma a differenza di questa costituito da soli beni immobili e titoli di credito inalienabili, non incontrò il favore della prassi.

La scelta di affidare la redazione del libro della famiglia a giuristi di formazione tradizionale, selezionati per le loro competenze, indipendentemente dall’afflato politico, rafforzava la continuità con il passato, ma permise anche una sostanziale sopravvivenza delle norme, solo in minima parte forgiate sui ‘valori’ fascisti (145), all’indomani della caduta della dittatura.

De Ruggiero, Vassalli, Bonfanti, Segrè, per citarne alcuni, legarono il loro nome alla stesura di alcuni titoli del I libro, dalla filiazione, al matrimonio, alla patria potestà, alla legittimazione, riversando, nelle soluzioni normative, il loro retroterra culturale e tecnico.

Al di là delle altisonanti affermazioni del regime, dunque, la disciplina codicistica del ’42 nasceva sulle orme del passato, e per questo già

ria della cultura giuridica (1976), 417-509 e ID., *Il diritto di famiglia tra le due guerre e la dottrina di Antonio Cicu*, in A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale* (1914), ed. Forni, Bologna, 1978.

(145) Ne è un esempio l’art. 145, in cui si imponeva ai genitori l’obbligo di educare i figli in conformità ai principi della morale e al sentimento nazionale fascista.

precocemente vecchia, destinata a scontrarsi, di lì a pochi anni, con il dettato costituzionale del '48 (146).

Definendola 'società naturale fondata sul matrimonio', quest'ultimo 'ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi', in cui è diritto e dovere di entrambi i genitori mantenere, educare ed istruire i figli, anche nati fuori dal matrimonio (artt. 29-30), la nostra Carta fondamentale, con uno strappo rispetto alle discipline codicistiche del '65 e del '42, forgiate sulla concezione positivista del diritto, recupera quasi un impianto giusnaturalistico della famiglia. Sebbene il dettato costituzionale abbia sollevato più di un dibattito interpretativo, non si può non cogliere nel linguaggio dell'art. 29 il rimando all'idea di un'aggregazione che, in quanto di natura, preesiste allo Stato, come "un'isola che il mare del diritto positivo può lambire soltanto" (147). Dando attuazione negli artt. 29-30 ai principi espressi dagli artt. 2 e 3, tra tutela dei diritti della persona, intesa non già come soggetto isolato ma proiettata nella fitta rete delle relazioni sociali, e riconoscimento del 'valore' dell'eguaglianza, "il costituente [dimostrava di avere] lo sguardo fisso sul futuro" quanto il codificatore del 1942 lo aveva sul passato (148). In particolare, quel richiamo all'eguaglianza non solo morale, ma soprattutto giuridica dei coniugi rompeva da un lato con una tradizione secolare che aveva fino a quel momento posto l'uomo al centro delle trame familiari, capo indiscutibile, dotato di un'assoluta autorità, dall'altro indicava le linee programmatiche di necessarie e inevitabili riforme legislative e dell'adozione di nuove politiche familiari. In fondo, la riforma del diritto di famiglia del '75 (e l'insieme delle leggi speciali che a pioggia in quello stesso torno d'anni interessarono in qualche modo il tema) trova le proprie premesse normative nella Costituzione del '48, anche se le ideologie che permeano quest'ultima — come qui si è tentato sinteticamente di mostrare — affondano le loro radici in un'epoca lontana (149).

(146) Per le vicende della famiglia nel Novecento si vedano P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., 177-251; G. DI RENZO VILLATA, voce *La famiglia*, cit., 760-776.

(147) A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, 222.

(148) G. DALLA TORRE, *Matrimonio e famiglia. Saggi di storia del diritto*, Roma, 2006, 68.

(149) "Un'occasione per meditare sulla ripetitività della storia", come afferma lo stesso autore, è offerta dal saggio di A. CAVANNA, *Onora il padre. Storia dell'art. 315 c.c. (ovvero: il ritorno del flautista di Hamelin)*, in *RSDI*, 67 (1994), 27-82, poi in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 247-312 e ora anche in *Id.*, *Scritti* (1968-2002), II, Napoli, 2007, 771-832.

Bibliografia essenziale.

- M. BELLOMO, *La condizione giuridica della donna in Italia: vicende antiche e moderne*, Roma, 1996.
- ID., voce *Famiglia (diritto intermedio)*, in *ED*, XVI, Milano, 1967, 745-779.
- ID., voce *Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi (diritto intermedio)*, in *ED*, XXXVIII, Milano, 1987, 375-382.
- M. CAVINA, *Il padre spodestato: l'autorità paterna dall'antichità ad oggi*, Roma-Bari, 2007.
- G. DI RENZO VILLATA, voce *La famiglia*, in *Enciclopedia italiana. Eredità del Novecento*, II, 2001, 760-776.
- ID., voce *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto*, IV edizione, vol. XIII sez. civile, Torino, 1996, in particolare 457-527.
- ID., voce *Separazione personale (storia)*, in *ED*, XLI, Milano, 1989, 1350-1376.
- D. LOMBARDI, *Matrimoni di antico regime*, Bologna, 2001.
- P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia. 1796-1975*, Bologna, 2002.
- C. VALSECCHI, *In difesa della famiglia? Divorzisti e antidivorzisti in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2004.
- G. VISMARA, *L'unità della famiglia nella storia del diritto in Italia*, in ID., *Scritti di storia giuridica*, 5: *La famiglia*, Milano, 1988.