

Università Ca' Foscari di Venezia
Corso di laurea specialistica in “Storia della società europea dal
Medioevo all’Età contemporanea”

Antropologia giuridica, prof. Claudio Povolo
Anno 2008/2009

La storiografia giuridica italiana alla ricerca delle origini
nazionali del diritto familiare

Indice:

Introduzione

1. Il matrimonio pre conciliare
2. Il matrimonio post conciliare
3. Il giurisdizionalismo
 3. 1 Il giurisdizionalismo di Paolo Sarpi
4. La codificazione
5. Il matrimonio civile

Conclusione

Tommaso Saggiorato, 819997

Introduzione

La necessità di trovare nelle tradizioni giuridiche italiane il nucleo originario della nuova codificazione civile del 1865 non era un fenomeno circoscritto all'Italia, ma riguardava l'Europa intera. L'obiettivo era quello di ricostruire l'identità giuridica, o meglio la sua origine, per riaffermare l'autonomia in materia familiare e successoria del codice civile italiano rispetto alla pesante eredità francese, attorno ad istituti di tradizione germanica o romana, dando il via ad un dibattito che stabilisse la loro importanza per l'attuale eredità codicistica. Molto cara alla storiografia giuridica italiana fu la storia della famiglia e delle istituzioni successorie, tant'è che produsse un filone di studi teso alla ricerca delle origini, anche questa volta tutte italiane, del matrimonio civile; l'Italia era riuscita a promulgare la legge incontrando numerose resistenze in una società profondamente influenzata dalla Chiesa, ancora prevalentemente rurale, dove il parroco e il campanile continuavano ad essere i referenti principali della comunità.

1. Il matrimonio pre concilio

La concezione romana del matrimonio era di tipo consensuale e la reciprocità delle due parti si esplicitava nella volontà continua ed effettiva di essere in tale rapporto di nozze, il quale durava fino a che la volontà di uno solo dei due fosse cessata, facendo cessare anche gli effetti giuridici dell'unione in *iustae nuptiae*.

Il cristianesimo ha influenzato il diritto romano, anche se quest'ultimo ha dato contributi significativi al diritto canonico: i canonisti presero a prestito il consenso matrimoniale romano perché lo ritennero conforme al diritto naturale rivelato da Dio, studiando indistintamente fonti romane classiche e post classiche, dove il significato di consenso era diversamente inteso. La famiglia romana era fondata sulla *patria potestas*, il potere illimitato esercitato sulle persone e le cose della famiglia dal *pater familias* nonostante la limitata libertà concesse alla moglie nella gestione patrimoniale.

La famiglia romana era un istituto giuridico nel quale era irrilevante il vincolo di sangue; essa non si identificava con la famiglia naturale fondata sul rapporto coniugale e sulla

filiazione, ma comprendeva tutti coloro che erano soggetti al potere del *pater familias*. Secondo Besta, ripreso da Vismara, il matrimonio cristiano ribaltò la concezione di libera consensualità fra i coniugi, modificando (da Costantino a Giustiniano) e lentamente dissolvendo la famiglia romana con l'introduzione del principio di indissolubilità del matrimonio elevato a sacramento: “come una società costituita essenzialmente da genitori e figli, con una finalità etico-religiosa, retta nel reciproco comportamento dei suoi membri dalla *pietas*, dalla amorevole considerazione di ogni relazione umana in rapporto a Dio”¹.

Vismara si concentrò sull'unità della famiglia nella storia del diritto italiano perché ricercava nel passato gli sviluppi della famiglia entro un orizzonte etico religioso qual'era quello rappresentato dalla famiglia naturale, composta da genitori e figli, e atta alla procreazione, anche se intravedeva nella caduta dell'autorità maschile lo spiraglio per una famiglia legata dall'amore e dalla carità. L'aprirsi dell'età medievale vide uno sviluppo uniforme, in tutta la penisola, della società attorno alla famiglia; quest'opinione sostenuta da Vismara si avvaleva dell'argomentazione del Besta, il quale relativizzava il problema storico facendolo diventare un non problema: “se nel Medioevo la compagine familiare si rinsaldò, ciò non fu dovuto tanto al perdurare fra i discendenti degli invasori [longobardi] delle loro tradizioni né ad una imitazione di queste da parte dei vinti [romani], ma piuttosto alla pressione di cause generali che influirono sugli uni e sugli altri”².

L'attenzione all'unità della famiglia derivava dall'idea che la famiglia nel Medioevo fosse come “una chiusa cerchia di persone unite dal vincolo del sangue e raccolte sotto l'autorità paterna intorno a un patrimonio; onde consegue la costante preoccupazione di salvaguardare in ogni caso gli interessi dell'unità familiare”³.

L'evoluzione del concetto di matrimonio nei Padri della Chiesa si concentrò sul momento che sanciva l'unione sacramentale. S. Ambrogio (ca. 333-397) era legato alla concezione romanistica che considerava sorto il matrimonio dal momento del libero scambio dei consensi, dando nessuna importanza alla consumazione sessuale; il matrimonio era considerato indissolubile perché soggiacente ad una volontà divina superiore a quella umana ed acquistava valore giuridico dal momento in cui le volontà si incontrassero nel consenso. Stiamo parlando del principio romano del *consensus facit nuptias*.

¹ G. Vismara, *Famiglia e successioni nella storia del diritto*, Edizioni Studium, Roma, 1975, pg. 28.

² Ivi, pg. 35.

³ Ivi, pg. 41.

Graziano (ca. XII sec.), canonico rappresentante della scuola di Bologna, sosteneva che ogni consenso manifestato prima della copula costituisse solo un *matrimonium initiatum*, il quale diventava *matrimonium ratum* alla consumazione, in maniera tale da potersi sciogliere prima del *ratum*; infatti, “il matrimonio iniziato con il solo consenso non è vero e perfetto matrimonio: diventa tale solo con la copula carnale dalla quale riceve la sacramentalità e l’indissolubilità”⁴. Sembra abbastanza chiara la continua preminenza del consenso anche nel pensiero di Graziano e la necessità di attuare un *consensus de praesenti* per mezzo della copula è mera questione pratica, in quanto appariva difficoltoso stabilire con esattezza, in assenza di riti predeterminati, se la coppia si fosse scambiata una promessa per il futuro (*sponsali per verba de futuro*) o un consenso reciproco (*sponsali per verba de praesenti*).

Pietro Lombardo si fece interprete definitivo della reazione della scuola teologica di Parigi alla teoria della copula. Egli riprese la formula romana *consensus facit nuptias*, facendo delle distinzioni tra i cosiddetti *sponsali per verba de futuro*, che si possono considerare come una promessa di matrimonio, e gli *sponsali per verba de praesenti*, in cui il consenso dà effettività al sacramento e la copula carnale è ritenuta conseguente al matrimonio.

La scuola parigina sosteneva, quindi, il valore del consenso matrimoniale, attribuendogli il ruolo costitutivo dell’indissolubilità, mentre la scuola bolognese fondava l’indissolubilità solo al momento del rapporto sessuale. Questa opposta visione tra francesi e italiani fu messa a nudo nel XII secolo. In questi stessi anni si affermò un’altra opinione dominante di Pietro Lombardo: la mancanza dei consensi esterni non era da ritenersi impedimento, in maniera tale che le nozze non consentite potessero rimanere valide.

L’apporto originario della patristica, quello della scolastica, concentratosi sul fondamento teologico del matrimonio, e quello dei decretalisti diede corpo al sistema matrimoniale canonico, che tra il X e l’XI secolo cinse di tutti i crismi sacramentali il matrimonio e, di conseguenza, rese la Chiesa l’unica competente in materia.

A questo proposito le osservazioni che fa John Bossy sono utili a traghettare la questione del matrimonio alle soglie del Concilio di Trento in un terreno concreto, non quello della teoria e della dottrina, ma quello tendente a scorgere la pratica incoerente e incontrollata dei matrimoni durante il Medioevo. I costumi della popolazione erano disomogenei e la Chiesa volle padroneggiarli attribuendo un’uniforme ritualità religiosa all’avvenimento.

⁴ A. Rava, *Il requisito della rinnovazione del consenso nella convalidazione semplice del matrimonio*, Editrice pontificia Università gregoriana, Roma, 2001, pg. 35.

Fino al XII secolo la Chiesa non pretese una forma matrimoniale rigida, ma si assicurò di rendere pubbliche le unioni matrimoniali poiché “ancora nell’XI secolo il matrimonio era per la Chiesa un atto laico, di cui ribadiva la santità”⁵. Il rappresentante di Dio, il ministro di culto, iniziò ad apparire costantemente non come testimone, ma come garante della grazia divina che proteggeva il matrimonio, ed era invitato dalle famiglie in quanto non era obbligatorio né, di conseguenza, necessario.

La Chiesa poneva peraltro degli impedimenti al matrimonio non molto rigidi in quanto la natura originaria dell’istituto matrimoniale era di tipo compromissorio tra la tradizione e la scrittura. Impedimenti principali ne erano la pratica dell’incesto e l’impubertà. La concezione dell’incesto variava culturalmente di territorio in territorio, per cui la proibizione poteva essere ristretta alla relazione genitore-figlio o poteva essere tanto ampia da includere tutti i parenti legati da una relazione di affinità. La parola di Sant’Agostino ci mise qualche secolo a diffondere l’ideale della carità che imponeva tra l’altro ai cristiani di cercare tra i non consanguinei nuove alleanze, riuscendo infine a diventare costume comune all’Occidente intero⁶.

L’impubertà era invece una condizione che rendeva nulli i matrimoni accogliendo pienamente le prescrizioni d’età romana che indicavano i dodici anni compiuti per le femmine e i tredici anni compiuti per i maschi, anche se la Chiesa non annullava i matrimoni in cui era rivelata una potenza non presunta⁷.

Il ruolo del prete alle cerimonie nuziali doveva essere di garanzia e di protezione in quanto esso incarnava il doppio ruolo del sacerdote e del funzionario come conseguenza della natura sacramentale che un semplice scambio di consensi poteva generare, senza autorizzazione dei genitori e senza riti sociali. Indubbiamente Bossy ha ragione quando dichiara che la dottrina matrimoniale aveva inserito degli elementi di anarchia nel diritto matrimoniale cristiano, soprattutto perché non permetteva alle famiglie un più ferreo controllo dei propri figli e di conseguenza dei propri matrimoni. I matrimoni clandestini avvenivano tanto spesso quanto i ratti e creavano discordie tra il prete e il padre, in quanto quello che la pubblica opinione dichiarava essere un matrimonio clandestino, essendo avvenuto in assenza del consenso delle famiglie, per la dottrina della Chiesa costituiva un

⁵ E. Besta, *La famiglia nella storia del diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1962, pg. 88

⁶ J. Bossy, *L’occidente cristiano*, Einaudi, Torino, 1990, pg. 25.

⁷ Ivi, pg. 98.

regolare scambio di consensi di fronte ad un ministro di Dio; per risolvere tale questione si stabilì che il consenso, pur continuando a conservare la sua preminenza, fosse manifestato pubblicamente, esigenza che preannunciò gli interventi di Innocenzo III nel 1215.

Il mondo rurale dovette essere molto resistente ai cambiamenti, in quanto la Chiesa, pur essendo in grado di sacralizzare l'istituto del matrimonio, non riusciva a disciplinarne la pratica, la quale variava in relazione a qualsiasi contesto culturale, anche con il beneplacito del prete stesso, in un mescolamento tra sacro e profano tale da non distinguere la cultura popolare da quella dotta. A ben guardare possiamo notare che il momento centrale della cerimonia avveniva quando il padre della sposa consegnava la propria figlia allo sposo, ricevendone in cambio un dono simbolico e l'anello che lo sposo infilava al dito della sposa in pegno d'alleanza. Il dono e il contraccambio avevano una funzione sociale molto più forte della stipula del contratto, che veniva siglata con una stretta di mano tra i due sposi e con il bacio fuori dalla chiesa.

2. Il matrimonio post concilio

I punti trattati dottrinalmente nelle discussioni tridentine furono: la sacramentalità del matrimonio, la condanna del divorzio, il celibato ecclesiastico, e l'invalidazione dei matrimoni clandestini, ma la questione veramente scottante, quella intorno a cui si svilupparono pareri discordanti e che comprendeva alcune tra le maggiori figure del Concilio, era la questione dei matrimoni clandestini: con il decreto *Tametsi* si stabilì la nullità di tutti i matrimoni che non fossero contratti davanti al parroco e alla presenza di due testimoni (dopo la pubblicazione di tre bandi affissi per tre domeniche di seguito fuori dalla chiesa ad annunciare il matrimonio), ponendo fine ad ogni dubbio riguardante la diluizione del matrimonio in due fasi che non avevano mai messo d'accordo i teologi per secoli.

La sostanza non venne abbandonata, ma fu necessario inserire delle formalità legali che eliminassero l'immediata efficacia giuridica dello scambio dei consensi. I matrimoni clandestini celebrati dopo l'entrata in vigore del decreto *Tametsi*, sarebbero stati invalidati e le persone che li avessero voluti celebrare sarebbero state dichiarate inabili al matrimonio canonico.

Come afferma Bossy la legislazione in materia matrimoniale fu necessaria per evitare che il potere secolare vi mettesse mano al posto della Chiesa, dal momento che Lutero aveva

negato la sacramentalità del matrimonio, voleva fosse obbligatorio il consenso dei genitori e che fosse nullo il matrimonio clandestino⁸. Assorbita nell'autorità del padre, la famiglia post conciliare ripropose la concezione dell'unità familiare attorno alla patria potestà e al patrimonio familiare, aprendo così un'epoca segnata dal tentativo di contrastare il monopolio della giurisdizione ecclesiastica.

La normativa matrimoniale deliberata dal Concilio di Trento non aveva reso illegittimi i matrimoni clandestini: se prima l'assenza di ogni pubblicità dava luogo al matrimonio clandestino, ora era determinata dall'assenza delle pubblicazioni che dovevano essere attaccate alle porte della chiesa. Le normative tridentine avevano dovuto sottostare a dei compromessi per fare in modo di non perdere l'influenza che ancora potevano esercitare sui cattolici, in maniera tale che non passassero dalla parte dei riformati. La teoria post conciliare prevedeva da una parte che il contratto precedesse il sacramento e dall'altra che la forma del sacramento presupponesse che il contratto da cui derivava fosse legittimo.

Se fino al Concilio di Trento il matrimonio era stato un semplice scambio di consensi senza specifica forma, se non quella del costume tradizionale, esso divenne un contratto consensuale solo se disciplinato da una specifica forma.

Secondo Povolo, il Concilio di Trento divaricò la nozione sacramentale del matrimonio (attestata dalla celebrazione in chiesa) e la sua nozione contrattuale (espressa ancora dalla cerimonia degli sponsali), in maniera tale da incentivare il potere secolare in una materia esclusivamente interpretata dalla Chiesa nei secoli addietro. Le pressioni sociali esercitate sull'istituto matrimoniale necessitavano di questa ambiguità di fondo in maniera da riuscire a conciliare i valori dell'onore, della parentela e del lignaggio, che ancora regolavano la società d'età moderna, ma sempre più in competizione con i valori della ricchezza di nuovi strati sociali emergenti. La tradizione si scontrò sicuramente con la più rigida dottrina matrimoniale post conciliare generando tensioni che dovettero prendere forma soprattutto nelle questioni patrimoniali, alle quali iniziarono ad interessarsi, preoccupati, i tribunali secolari, in quanto sia la dimensione patrimoniale che quella politica avevano ripercussioni sugli equilibri sociali che non si volevano rompere.

Quello che rese l'istituto del matrimonio clandestino un terreno di scontro tra potere ecclesiastico e potere secolare, fu l'ambiguità comportamentale che la Chiesa adottò per mediare con pratiche diffuse e difficili da sradicare come, ad esempio, il rapimento della

⁸ Ivi, pg. 30.

sposa, assimilabile solo tramite compromesso. L'europa meridionale, in particolar modo, aveva ancora bisogno di un matrimonio ambiguo – fa notare Casey – perché era incentrata su lignaggi fondati sull'onore e sullo status di ceto.

Ci si chiederà allora: perché un terreno di scontro con il potere secolare, oltre a quello dei matrimoni clandestini o segreti, fu quello sull'autorizzazione dei genitori, vista la prevalenza del lignaggio rispetto alla famiglia e agli individui?

Il problema di fondo è che tali gerarchie, incentrate sull'onore, dovevano necessariamente entrare in competizione con quelle della ricchezza, dove gerarchie di ceto e di classe si sovrappongono e più facilmente concorrono. Il concetto d'onore è così strettamente legato al gruppo d'appartenenza e alle gerarchie sociali, tanto da essere il coagulante del pluralismo giuridico esistente prima dell'avvento delle positività scientifiche e dei codici. Entro una comunità, ogni gruppo di parentela mette in gioco la propria quota d'onore per relazionarsi con gli altri negli scambi matrimoniali, dotali, di proprietà. Il conflitto tra Chiesa e Stato si origina proprio dal tema dell'onore perché calato all'interno di conflitti allargati ad altri ceti sociali che volevano acquisire anch'essi uno status nei confronti dei ceti già affermatosi. Una gerarchia impostata sull'onore si sarebbe sempre più ridefinita in rapporto ad una gerarchia sociale che traeva la sua forza dalla ricchezza.

L'estensione della giurisdizione statale in campo matrimoniale rispecchiava la lotta per incrinare la legittimità assunta dalla Chiesa nell'avvallare pratiche giuridiche consuetudinarie di una società ordinata lungo la piramide gerarchica dell'onore. Proprio per questo motivo, nonostante le forti pressioni delle monarchie europee, il matrimonio post conciliare non vide introdotta nella cerimonia formalizzata, ora corredata dai registri canonici, l'autorizzazione dei genitori.

Ai tempi di Graziano non si erano completamente abbandonate le tradizioni in cui si richiedesse il consenso dei genitori, e solo con Pietro Lombardo ci si era liberati completamente di questi impedimenti, facendo diventare accessoria l'autorizzazione, anche se il costume disapprovò sempre le unioni contrarie alle volontà dei genitori; la Francia rimise in campo questa questione durante il Concilio di Trento, senza ricevere ascolto, cosicché la monarchia francese promulgò una legge che subordinava la validità del matrimonio ai consensi esterni⁹.

⁹ E. Besta, *Op. cit.*, 109.

3. Il giurisdizionalismo

L'unità religiosa dell'occidente venne meno dopo gli squilibri politici generati dalla Riforma protestante che diedero spazio all'iniziativa degli stati monarchici bisognosi di riaffermare la propria superiorità e sovranità. Questo nuovo indirizzo politico statale, affermatosi come tutore della salvaguardia e della difesa dello stato contro illegittime ingerenze ecclesiastiche, ma anche a difesa della Chiesa contro gli eretici o scismatici, prese il nome di giurisdizionalismo.

L'autonomia dello Stato di fronte alla Chiesa si poteva consolidare eliminando immunità, privilegi ed esenzioni ecclesiastiche. Nel lungo periodo, con il sorgere dell'assolutismo illuminato, si affermò l'idea che il potere monarchico derivasse dal diritto divino e che, così sacralizzato, pretendesse di regolare la vita della Chiesa riducendola a Chiesa dello stato.

La battaglia più aspra, combattuta tra Stato e Chiesa, fu quella sul diritto matrimoniale e familiare; ambito, fino al tramonto degli stati giurisdizionali e alla nascita degli stati di diritto, poco intaccato dal giurisdizionalismo anche laddove il diritto territoriale era unitario e raccolto in codici o costituzioni. Secondo Ungari, verso la fine del Settecento il diritto della famiglia italiana era stratificato su usanze plurisecolari: il *Corpus Juris* giustiniano e la tradizione romanistica, i principi del diritto feudale, la moltitudine degli statuti cittadini, il diritto canonico e i *pacta nobiliari*¹⁰.

La tendenza degli stati monarchici a legiferare sempre di più in materie prima di esclusiva pertinenza dei tribunali ecclesiastici fece sorgere numerosi conflitti. Infatti, all'epoca del Concilio di Trento non c'erano degli stati, in Italia, in grado di contrastare il diritto secolare della Chiesa e proprio per questo motivo fu facile trasformare "il matrimonio da processo sociale garantito dalla Chiesa a processo ecclesiastico dalla Chiesa amministrato"¹¹.

All'epoca tridentina, il decreto *Tametsi* era ritenuto valido laddove fosse stato affisso pubblicamente dal vescovo o dal parroco. La pubblicazione incontrò molti ostacoli. Non bastò l'affissione del decreto per eliminare i matrimoni clandestini; solo se fosse stato affiancato dall'obbligo dell'autorizzazione dei genitori avrebbe iniziato ad avere efficacia.

¹⁰ P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, il Mulino, Bologna, 2002, pg. 53.

¹¹ J. Bossy, *Op. cit.*, pg. 31.

Si presupponeva che fosse il diritto canonico a regolare la materia matrimoniale e non il codice civile, come avvenne tre secoli più tardi, costringendo ad una più volte replicata rivendicazione dei confini del diritto familiare quale quella degli atti di Pio IX e Leone XIII¹².

Quello che interessava maggiormente agli stati d'età moderna era poter legiferare in materia di diritto familiare. Oltre a determinare la validità o meno del matrimonio, l'autorità civile si occupava di diritto successorio, il quale era ritenuto sempre parte di quella sfera del diritto privato che era la famiglia, ma riguardava in particolar modo la proprietà.

La storiografia giuridica italiana ha iniziato ad interessarsi a questi temi nella seconda metà dell'Ottocento, concentrandosi inizialmente proprio sui temi del diritto successorio in un periodo contrassegnato dall'impero del codice.

Vismara notava come la storiografia giuridica del periodo a cavallo dei secoli si fosse adeguata ad una concezione della successione e, conseguentemente, della famiglia, che andasse di pari passo con la concezione liberale: la piena libertà di testare, il divieto di fedecommesso, la considerazione del patrimonio come unico oggetto della successione ereditaria, erano tutti elementi che si affiancavano alla concezione della famiglia giusnaturalista, in cui i rapporti familiari sono rapporti naturali e, di conseguenza, riconducono al diritto di natura il diritto successorio¹³. Il dualismo tra diritto romano e diritto germanico venne considerato astrattamente dai giuristi che dibattevano del prevalere di quest'ultimo a danno del primo, potutosi salvare grazie al contributo della Chiesa.

Al diritto successorio hanno dedicato pagine importanti storici del diritto come Pertile, Schupfer, Tamassia, Salvioli, Brandileone, Trifone, Marongiu; ma è ad Enrico Besta che si attribuisce il merito di aver compiuto la sistemazione moderna del diritto delle successioni nella storia, anche se tale storia è stata frammentata nelle vicende dei singoli istituti, perdendo così lo sguardo d'insieme sul diritto.

Croce è stato l'ideatore di una versione dello storicismo che ha avuto influenze molto pesanti sugli studiosi italiani a partire dall'inizio del secolo XX. Si affermò l'idea che la conoscenza autentica fosse la sintesi tra conoscenza storica e filosofica: ogni evento individuale era, in questa luce, connesso indissolubilmente con le quattro forme dello spirito (bello, vero, utile, buono). La natura, la realtà, il mondo concreto e materiale non sono

¹² A.C. Jemolo, *Il matrimonio nel diritto canonico*, il Mulino, Bologna, 1993, pg. 141.

¹³ G. Vismara, *Op. cit.*, pg. 64.

autonomi rispetto allo spirito, perché la realtà è spirito e lo spirito è storia; infatti, per Croce, la storia è storia dello spirito infinito (e non il succedersi di diverse culture) e progressiva ascesa alla libertà.

Croce, così facendo, ridusse le scienze dello spirito ai soli campi della storia, della filosofia e dell'arte, eludendo il problema dello statuto metodologico delle scienze sociali, che nel frattempo coinvolgeva emeriti studiosi in Germania nel periodo del dibattito sullo storicismo.

Anche il Vismara risentiva di una concezione della storia spinta da valori morali e spirituali, ritenendo il diritto un fatto dello spirito: “è il fattore spirito, è l'elemento morale quello che predomina e conferisce unità ai diritti del mondo occidentale”¹⁴. Le idee confessionali influirono molto sugli approcci metodologici dello studioso che è stato così definito da Padoa Schioppa: “In quasi tutti i suoi scritti Vismara ha posto al centro dell'attenzione l'elemento religioso nei suoi rapporti con il diritto: la sua profonda fede lo ha sollecitato a ricercare nel passato, in particolare nei secoli dell'alto Medioevo, le tracce che i valori cristiani hanno impresso nella famiglia, nei rapporti internazionali e in altri campi della vita”¹⁵.

La famiglia era, secondo Vismara, un concetto che il diritto aveva sempre cercato di imbrigliare nelle sue maglie, tanto da renderla un'istituzione giuridica di fatto, anche se l'intima sua essenza rimaneva circoscritta all'ambito degli affetti, della religione e della morale; quest'ottica riusciva a dare un quadro delle numerose tipologie familiari che si erano susseguite ed accavallate nella storia e che il diritto, all'inseguimento, aveva cercato di dare alla famiglia una forma che ne sottolineasse la sua importanza a livello economico e politico. Secondo me, invece, sono da sottolineare sia l'aspetto economico che politico della famiglia, perché attorno ad essa e agli istituti ad essa inerenti si è acuita la contesa tra lo Stato e la Chiesa.

L'intimo legame che univa la famiglia, lungo il proprio corso storico, alla struttura economica risiedeva in quell'ambito che il diritto familiare aveva chiamato successorio, soprattutto da quando l'unità del patrimonio familiare era divenuta ben più importante dell'unità familiare attorno al patrimonio, molto più sentita nel Medioevo; la famiglia iniziò ad identificarsi con la discendenza (a cui intrinsecamente si legavano i concetti di onore e di

¹⁴ Ivi, pg. 95.

¹⁵ *Corriere della Sera*, 13 settembre 2005.

status così importanti e preminenti nella società d'età moderna) e, per mantenere il prestigio politico, si privilegiò la discendenza maschile, sacrificando ogni diritto delle figlie e degli altri figli. Si affermò la convinzione che l'unità della famiglia si potesse conservare solo sotto la dispotica autorità del padre e su una base patrimoniale sorretta da interessi conservatori.

La nobiltà, detentrica del potere politico ed economico d'età moderna, aveva reso consuetudinario l'utilizzo del matrimonio come mezzo che permettesse ad ogni famiglia di aumentare il proprio potere e la propria ricchezza.

Il problema che si posero gli storici del diritto come Besta provava l'interesse crescente che, a cavallo tra Otto e Novecento, nacque verso la progressiva ingerenza del potere politico in quelle faccende matrimoniali che erano garantite dalla esclusiva competenza della Chiesa; si veda come si sia posta attenzione, sottolineandone l'importanza a posteriori, su figure come Guglielmo d'Occam, Cino da Pistoia, Marsilio da Padova: tutte e tre furono figure che diedero, per prime, voce alla necessità di una separazione dei poteri tra Stato e Chiesa. Il Besta sottolineò come, fin dall'età dei comuni, le autorità civili si siano sempre interessate a non lasciare nelle mani dell'autorità ecclesiastica la competenza in materia matrimoniale, a partire da un Cino da Pistoia che “si accerta che anche dinanzi al foro secolare *matrimonio agitabantur*”, fino ad arrivare ad esempi come Guglielmo d'Occam e Marsilio da Padova che, durante gli scontri tra Chiesa e Impero, “negarono che la materia dovesse essere abbandonata in tutto alla giurisdizione ecclesiastica”¹⁶. Questi ultimi si misero entrambi al servizio del re ed imperatore Ludovico il Bavaro nel 1327 come i principali teorici e sostenitori della preminenza dell'impero sul papato, durante un periodo in cui si lottava per liberare dalle ingerenze papali l'elezione dell'imperatore.

In particolare Marsilio da Padova, acceso sostenitore della coattività della legge umana anche sui chierici, prese spunto da un caso pratico, l'annullamento del matrimonio tra Gian Enrico di Boemia e Margherita Maultasch, per rivendicare all'autorità politica la competenza in materia matrimoniale. Il *Tractatus de iurisdictione imperatoris in causis matrimonialibus*, facente parte del *Defensor minor* (1342), in cui Marsilio distingueva tra legge divina ed umana, la prima come manifestazione indipendente da qualsiasi volontà terrena e riguardante la condotta dell'uomo in vista dell'al di là, la seconda quale determinazione della volontà del popolo, dotata di potere coercitivo e non modificabile da nessun ecclesiastico,

¹⁶ E. Besta, *Op. cit.*, pg. 74.

giustificando pertanto l'annullamento del matrimonio per far in modo che Margherita si potesse risposare.

Così, nelle cause matrimoniali venne introdotta una distinzione simile a quella tra legge divina e legge umana: la Chiesa non aveva il potere di impedire un matrimonio o il suo annullamento in quanto la decisione doveva essere presa dallo Stato; essa doveva limitarsi a dare delle indicazioni sulla condotta terrena per la salvezza divina.

Marsilio da Padova diventava in tal modo un anticipatore della Riforma protestante che giudicava il matrimonio cosa mondana, terrena e perciò di competenza del principe, e allo stesso tempo un simbolo del giurisdizionalismo che prese piede tra il Sei e il Settecento.

Il caso di divorzio argomentato da Marsilio era un'ingerenza del tribunale civile su quello ecclesiastico, che all'epoca aveva totale ed esclusiva competenza in materia matrimoniale.

Il diritto della Chiesa fu limitato – afferma il Besta – dal giurisdizionalismo che si diffuse in particolar modo in Lombardia con Giuseppe II, in Toscana con Scipione Ricci e nel Piemonte di Giambattista Bono¹⁷.

Il matrimonio, in quanto contratto, doveva essere assoggettato alla giurisdizione dello Stato sia per valutarne la validità, gli impedimenti, sia per gestirne gli effetti patrimoniali. In una società formalmente cristiana, ma che vedeva nel monarca l'unica fonte del diritto nello Stato assolutista, fu giocoforza che, nell'apparente mantenimento della struttura religiosa, le monarchie nominalmente cattoliche (Francia, Spagna e Austria) tentassero in tutti i modi di controllare la Chiesa, riducendola a Chiesa di stato e negandone quindi l'essenza universale.

3.1 Il giurisdizionalismo di Paolo Sarpi

Campione veneziano del giurisdizionalismo, acerrimo nemico della Chiesa dopo l'episodio dell'Interdetto del 1606, fra Paolo Sarpi ricoprì il ruolo di Consultore in iure presso il Consiglio dei Dieci. Venezia non riconosceva il diritto romano e il diritto canonico in materia secolare, ma si misurava con entrambi sulle questioni internazionali e giurisdizionali. Per questo motivo Venezia adottò i consultori con incarichi permanenti per consulenze in materie di diritto romano e diritto canonico. La figura del Consultore canonista fu istituita per la prima volta con la nomina del Senato di fra Paolo Sarpi nella

¹⁷ Ivi, pg. 75.

congiuntura dell'Interdetto, nella quale si sentì il bisogno di un teologo, com'egli era invero, esperto nel diritto canonico.

La causa matrimoniale e successoria che vide in consulto fra Paolo Sarpi fu determinata dal testamento di un aristocratico, Vincenzo Scroffa, che faceva parte del ramo principale di una delle consorterie nobiliari vicentine. Nel 1612, il vecchio Vincenzo Scroffa decise di ricorrere ad una forma testamentaria desueta rispetto alla diffusa pratica del fedecommesso: decise di far ereditare tutto il suo patrimonio alla nipotina Polissena Scroffa che solo nel 1619 avrebbe raggiunto l'età per sposarsi. La preoccupazione del nonno era rivolta al patrimonio del lignaggio, che gli premeva non andasse disperso, e che la nipote divenisse il tramite attraverso cui l'eredità, vincolata da fedecommesso, venisse ereditata dai figli avuti con uno Scroffa dei rami collaterali del lignaggio di Vincenzo. L'obbligo di scegliere il futuro sposo tra due parenti del ramo collaterale (Ottavio o Antonio) vincolava la possibilità di ereditare l'intero patrimonio e in caso di rinuncia Polissena si sarebbe dovuta accontentare della legittima.

Il nonno Vincenzo però non aveva tenuto conto di una cosa quando decise di designare come unica sua erede la giovane Polissena: la possibilità che essa non volesse eseguire le volontà del nonno ormai morto assassinato.

Ella si trovava nel convento di Santa Lucia, sotto la tutela del Consiglio dei Dieci. Una scelta che alla lunga avrebbe dato ragione a Vincenzo:

“Perchè a detto signor testator è molto ben noto, come è nota a tutto il mondo la carità et la pietà con la quale questa Serenissima Repubblica vuole et commanda che siano essequite le volonta de' testatori. Et però dubitando che possa succedere che mancando esso signor testator possa o per malitia o per altro mezzo non haver essecutione la sua volontà et che da alcuno sia fatto disegno o sopra la vita o sopra la robba di detta sua nezza, però suplica con ogni humiltà, che seguita la morte di esso testatore sia presa la protezione di questa figliola dalli ill. et ecc. Sig. Capi dell'ecelso Consiglio di diece”¹⁸.

Di fronte al rifiuto di Polissena di eseguire le volontà del nonno, il Consiglio dei Dieci si rivolse a fra Paolo Sarpi, il quale decise di mettere alle strette Polissena costringendola a compiere una scelta. La scelta di sposare Antonio, appena dodicenne, era

¹⁸ ASVi, Notai di Vicenza, b. 9336, nel corso online *Donna, figlia, erede* tenuto dal prof. C. Povoletto nell'a.a. 2008/2009.

uno stratagemma la cui forza risiedeva nella possibilità di sfruttare a proprio vantaggio l'istituto matrimoniale gestito esclusivamente dal diritto canonico.

Per poter sfuggire alle rigide disposizioni testamentarie essa avrebbe potuto celebrare comunque con Antonio gli *sponsali per verba de futuro*, anche se, nel mentre, avrebbe potuto rompere quella stessa promessa per la troppo giovane età di Antonio sposando qualcun altro e assicurandosi, oltre alla legittima, tutto il patrimonio del nonno non vincolato da fedecommesso.

Cosa sarebbe successo? Rompendo la promessa di matrimonio, un matrimonio pubblico sarebbe stato riconosciuto valido dalla Chiesa, con le conseguenze descritte dal Sarpi:

“Introducendosi qua dentro l'auttorità Episcopale, ogni decreto che fosse fatto da quella, sarebbe soggetto all' appellatione, et porterebbe la causa totale all' Ecclesiastico, et molte pretentioni ne nascerebbono in quel foro di poter giudicare l' intelligentia del testamento, le quali non fa bisogno narrare, ma certamente resterebbe fraudata la dispositione del testatore raccomandatosi alla benignità delli Eccellentissimi Signori Capi, per il che pare, che questo non sia modo da tentare”.

Nei seguenti termini fu fra Paolo Sarpi a proporre una promessa che sarebbe stata difficile da eludere o da infrangere: i due futuri sposi avrebbero dovuto contrarre una promessa di matrimonio dinnanzi ad un rappresentante del Consiglio dei Dieci, cosicché, se Polissena avesse deciso di rompere la promessa non avrebbe potuto pretendere l'eredità. Paolo Sarpi e Servilio Treo, i due consultori, dovevano dare una soluzione che nello stesso tempo non coinvolgesse il foro Ecclesiastico e che vincolasse Polissena alla promessa di sposare il dodicenne Antonio.

Il rischio insito nella scelta della ragazza, infatti, era che essa, una volta adempiuta alla volontà del nonno con la stipula di un contratto matrimoniale per *verba de futuri*, potesse poi invalidarlo sposando segretamente per *verba de praesenti* un altro uomo. Quest'ultimo matrimonio, infatti, avrebbe automaticamente reso nulli i labili vincoli del primo, ma nello stesso tempo avrebbe consentito a Polissena di rivendicare la sua eredità.

In questi termini Sarpi e Treo posero la questione:

“Per il che convien concludere, non esservi via sicura di far il matrimonio, se non al Maggio del 1620, et che in questo mentre quel più che si può fare sia far un contratto, mediante il quale la causa non

possì esser portata all' Ecclesiastico, et se Polissena vorrà contravenirli de facto con un altro matrimonio, resti certamente priva dell' heredità dell' avo”.

In che cosa consisteva questo contratto, e quali obblighi comportava per le parti in causa?

“Et per tanto fu proposto, che non si facesse contratto tra Antonio e Polissena, perché sarebbe de sponsali Ecclesiastici, ma un contratto tra un rappresentante li Eccellentissimi Signori Capi et Polissena, et un'altro tra il medesimo rappresentante et Antonio, perché questo a nessun modo potrebbe esser portato all' Ecclesiastico, etiandio in caso, che ella contabesse altro matrimonio, et sarebbe irretrattabile de iure, et se facto ella volesse contravenirci, perderebbe il beneficio del testamento, non potendo trovar pretesto di haver compito la volontà dell' avo”¹⁹.

Polissena aveva rinunciato a prendere in sposo Antonio. Sarpi, per suo conto, aveva ritenuto chiusa la questione vedendo che la giovane Scroffa se ne usciva di scena con la sua quota di legittima rispettando la volontà del testamento. Il Consiglio dei Dieci si esprime in modo irremovibile: Polissena aveva ormai fatto una promessa di matrimonio davanti all'autorità dello stato.

Nemmeno la decisione di Polissena di abbandonare le ulteriori velleità sul patrimonio che aveva avanzato nel frattempo, tramite i suoi avvocati, alla magistratura del Sopragastaldo, fece cambiare idea alla più importante magistratura veneziana, che la costrinse forzatamente alla reclusione in convento finché non fosse ritornata sui suoi passi.

Il Consiglio dei Dieci, esposto ad una forte attenzione dell'opinione pubblica veneziana, alla fine la spuntò per l'ennesima volta, in questo convulso periodo, nei rapporti di forza con l'aristocrazia di Terraferma che molto probabilmente stava tramando le fila dietro a Polissena per avere a disposizione il patrimonio libero da vincoli testamentari; purtroppo dovette scontrarsi con il diritto veneto, l'arma di dominio più potente della Dominante, senza nemmeno poter ricorrere alla flessibilità insita in materia matrimoniale nel diritto canonico. Le possibilità di uscire dalla trappola preparata dal nonno Vincenzo con il suo particolare testamento si ridussero al lumicino con la promessa di matrimonio davanti al Consiglio dei Dieci che fu, per certi versi, un'antesignano del matrimonio civile perché amministrato dall'autorità secolare e da essa garantito.

¹⁹ Citazioni tratte dal primo consulto di fra Paolo Sarpi, nel corso online *Donna, figlia, erede* tenuto dal prof. C. Povolo nell'a.a. 2008/2009.

Vediamo se un giurisdizionalismo di questo tipo è stato in grado di intaccare il matrimonio nella forma datagli dal Concilio di Trento negli stati preunitari prima delle codificazioni napoleoniche. L'intento è quello di cercare di mettere gli occhiali dei giuristi dell'epoca, che pare scorgessero gli albori dell'istituto civilista del matrimonio molto addietro nel tempo.

Secondo Ungari, infatti, il potere pubblico, anche durante la fase dell'assolutismo illuminato, raramente osò “spingersi anche solo a lambire il territorio del diritto di famiglia lasciato alla Chiesa, agli statuti comunali, al secolare costume”²⁰. Due sole linee d'ingerenza del potere secolare riguardavano i matrimoni: le misure contro i fedecommissi, che erano un modo per agevolare i creditori nel soddisfarsi con i patrimoni vincolati, e le misure contro la permissività dell'autorità ecclesiastica tramite la richiesta del permesso regio al matrimonio. Questi interventi riguardavano la classe aristocratica e avevano come intento il controllo del matrimonio come mezzo per il conseguimento di fini economici e politici, facendo volentieri a meno di intermediari.

La prima introduzione del matrimonio civile in Italia si ebbe nel 1784 con l'estensione alla Lombardia della patente austriaca del 1783 che, sulla base della natura contrattuale del matrimonio, disponeva che si ricorresse al tribunale civile per la separazione ed il contenzioso, mantenendo lo scambio dei consensi davanti al parroco, che si trovava in una duplice veste di funzionario di Dio e di pubblico ufficiale.

In Piemonte, in Lombardia, nel regno di Napoli, in Toscana, nel regno di Sardegna negli anni Ottanta del Settecento si tendeva a legiferare per porre dei limiti alla diffusione dei matrimoni clandestini ritenuti validi dalla Chiesa, così si affiancarono delle leggi civili che prevedevano l'autorizzazione del padre per evitare la libera scelta matrimoniale dei figli.

4. La codificazione

Il Codice civile francese, promulgato con legge del 21 marzo 1804, fu immediatamente vigente in quelle parti del territorio italiano già annesse alla Francia (Piemonte e Repubblica di Genova), per poi essere esteso tra il 1805 ed il 1810 ai rimanenti Stati italiani, direttamente o indirettamente sotto il controllo francese. Per alcuni anni il

²⁰ P. Ungari, *Op. cit.*, pg. 54.

Codice Napoleone fu legge in tutta la penisola e in gran parte dell'Europa e più di un aspetto del diritto di famiglia subì dei mutamenti durevoli.

La famiglia di tipo napoleonico era garantita dallo Stato ed era chiamata in matrimonio da leggi dello Stato e non da leggi divine; allo stesso tempo non era più un corpo sociale indissolubile, ma un insieme di persone che mantenevano ciascuna la propria individualità pari a quella di tutti gli altri componenti (non è che scompaiano le disuguaglianze fra uomo e donna, ma vengono alleviate sulla carta). Il matrimonio, anche se laicizzato ed indissolubile, aveva ristabilito il principio d'autorità rifiutato dal periodo rivoluzionario. Infatti, la potestà maritale e paterna fecero nuovamente da centro di coesione della famiglia ottocentesca andando di pari passo con il graduale restringimento giuridico della famiglia naturale, ormai ridotta ai genitori ed ai figli.

L'istituto chiave – secondo Ungari – era il divorzio, dai connotati ristretti, ottenibile per cause come l'adulterio della moglie, l'intrattenimento di una concubina nella casa comune, eccessi e sevizie, o per mutuo consenso entro certi limiti prefissati. Il codice Napoleone recava nella sua intima essenza l'ideologia, scaturita dalla Rivoluzione francese, dell'abbattimento di tutti quegli ostacoli che si frapponevano tra l'individuo e la proprietà di cui non tutti potevano disporre liberamente nell'*Ancient regime*. Comunque, l'esperienza codicistica fu un fulmine a ciel sereno troppo breve per intaccare il costume e il diritto, ma efficace nel diventare il simbolo del più elevato approdo di civiltà mai raggiunto dall'uomo, l'ambiziosa meta verso cui tendere i propri sforzi. Forse non è definibile come la miglior codificazione in materia matrimoniale; esso fu però il grado più alto di separazione tra istituzioni laiche ed istituzioni religiose fino al Codice Pisanelli del 1865, dove la legge non distingueva tra credenti e non credenti, ma assimilava tutti come cittadini, e dove i matrimoni non si facevano fuori dalla chiesa.

Negli stati preunitari quello che venne recepito dal Codice Napoleone fu il cambiamento nell'assetto della proprietà, del contratto, della produzione e degli scambi, ma nulla o poco si era fatto per recepire il diritto familiare e gli istituti successori. Si ritornò al diritto di famiglia d'*Ancien Régime*, tranne che nel Lombardo-Veneto. L'indirizzo politico andava in due direzioni opposte: da una parte un «diritto dell'economia» napoleonico che navigava con vento liberale a favore e dall'altra una corrente reazionaria che remava imperterrita a difesa d'istituti preesistenti che riguardassero il controllo delle persone, della famiglia e delle successioni, senza peraltro influire granché sul gran ritorno della giurisdizione

matrimoniale ecclesiastica. Nascevano problemi, riguardanti ogni singolo stato, inerenti le competenze delle rispettive giurisdizioni, in un gioco di sovrapposizioni che confondevano ufficiali pubblici con funzionari di Dio, ponendosi “in termini non troppo dissimili che al legislatore del 1929, chiamato a disciplinare gli effetti civili del matrimonio canonico”²¹.

Gli stati preunitari abolirono il matrimonio civile e anche il divorzio, reintroducendo il matrimonio canonico, a volte solo per i cattolici, mentre vi erano casi come il Regno delle Due Sicilie che non permetteva ai non cattolici di poter formare una famiglia legittima. Il divorzio non era ammesso largamente e nell'unico caso in cui era previsto, cioè nel Codice Universale austriaco, c'era il triplice tentativo di riconciliazione da parte del parroco prima di entrare in tribunale.

In materia di rapporti matrimoniali tra coniugi, i codici degli stati preunitari si distaccarono nettamente dal modello francese. Mentre quest'ultimo, sulla base degli usi di origine germanica, prevedeva come regime legale e normale la comunione generale dei beni mobili e degli acquisti, anche immobiliari, tra i coniugi, ammettendo solo in via convenzionale la possibilità di scegliere il diverso regime della separazione dei beni e della costituzione della dote, i codici italiani, pur con alcune differenze tra essi, adottarono la soluzione esattamente opposta. Il regime normale da essi previsto era quello della separazione dei patrimoni e della dote portata dalla sposa, e a tale regime i coniugi potevano derogare solo mediante apposite convenzioni matrimoniali e pertanto la comunione dei beni poteva solo essere effetto di uno specifico accordo. Persino nella gestione del proprio patrimonio la donna doveva ricorrere all'autorizzazione maritale.

Il ritorno al principio della famiglia agnaticia aveva come fondamento la nostalgia per un regime politico tradizionale dove l'aristocrazia era ancora il vertice di una piramide sociale che si stava lentamente riorganizzando entro nuove gerarchie, che non avevano bisogno di ripristinare fedecommissi e maggioraschi e che non si facevano cogliere dall'angoscia per la scomparsa della famiglia allargata o, ancor di più, dalla dispersione dei patrimoni famigliari. Il costume italiano e la tradizione delle famiglie non avevano recepito istituti come la comunione dei beni fra coniugi o il pareggiamento delle femmine ai maschi nelle successioni²².

²¹ Ivi, pg. 129.

²² Ivi, pg. 134.

Ungari riporta l'esempio del disegno di legge del guardasigilli Boncompagni per l'introduzione del matrimonio civile. Infatti, il matrimonio era percepito ancora come un rito religioso di cui lo stato era solo un garante istituzionale che si concretizzava nei registri pubblici. Il progetto di legge sollevò una vasta "mobilitazione di masse che fino alla fine dell'età liberale si ripeterà puntualmente di fronte alle iniziative laicizzatrici, denunciate come imposizione delle minoranze dirigenti contro la volontà sostanziale della grande maggioranza del popolo, e in modo particolare degli uomini e delle donne che il censo ed altre restrizioni escludevano dalla rappresentanza politica"²³. La vicenda finì con un perentorio invito di papa Pio IX a Vittorio Emanuele di non andare oltre all'approvazione della Camera. L'impegno di realizzare il matrimonio civile aveva visto solo una prima frenata: si dovette aspettare l'arrivo del ciclo 1859-1865, visto che nel 1848-49 non si era concretizzata la riforma del diritto di famiglia e, al contrario, si era profilata la virata confessionale dopo i concordati con la Chiesa in stati come il Granducato di Toscana e l'Impero asburgico.

5. Il matrimonio civile

Esordirei con una prima definizione di quello che per il Besta è il matrimonio civile: *“Matrimonio laico non è senz'altro matrimonio civile. Questo si ha quando lo stato attribuisce validità alle sole nozze cui sia intervenuto qualche suo organo. Intervento necessario”*²⁴.

Da notare la sottolineatura telegrafica: “Intervento necessario”; come a voler dire che lo stato non deve limitarsi a prendere nota burocratica delle avvenute nozze, ma avvedersi a impegnarsi personalmente, dando poteri a suoi funzionari, a che esso venga svolto entro una forma laica rispondente ad una religione laica e non di stato.

Gli istituti famigliari di origine rivoluzionaria, in Italia assunsero connotati di rottura con il passato maggiori rispetto a quelli economici, in maniera tale da creare attorno al tema del matrimonio una levata di scudi a difesa dell'antica famiglia italiana, che ritornerà a galla ogni qual volta il legislatore si appresterà a mettere mano alla codificazione, in un continuo dialogo tra istituzioni e cultura, tra legge e società, tra scienze giuridiche e scienze sociali. Infatti, come fa notare Ungari, il dibattito precedente la codificazione del nuovo Regno d'Italia non poneva questioni irrilevanti dal punto di vista giuridico e soprattutto del costume

²³ Ivi, pg. 140.

²⁴ E. Besta, *Op. cit.*, pg. 91.

sociale: dopo il 1866 la gente affluiva nelle canoniche chiedendo se il matrimonio fatto in municipio fosse valido e per molti anni opererà per la celebrazione religiosa, mentre nel 1929 sarebbe salita in prefettura per assicurarsi della validità del matrimonio concordatario²⁵.

Bisognava scegliere se assumere come base della discussione parlamentare il modello albertino, o napoletano, o francese; comunque, la strada che si percorse poneva una netta separazione tra le sfere dello Stato e quelle della Chiesa.

La storiografia giuridica a cavallo tra Otto e Novecento ha lavorato intensamente per ricercare nella storia degli istituti susseguitesì in Italia prima delle codificazioni un «primitivo nucleo comune a tutti» ricorrendo a schematizzazioni evoluzionistiche ritenute «logiche e necessarie» e ovviamente difficilmente verificabili storicamente²⁶. Lo stesso dibattito nato attorno alle codificazioni rispecchiava i differenti approcci che volevano dare forma ad un diritto che fosse il più “italiano” possibile, ricercando negli istituti romani e germanici le origini del codice odierno.

Lo stesso Brandileone cercò le origini del matrimonio civile nel diritto germanico: dapprima le nozze si sarebbero svolte dinnanzi al popolo intero radunato, poi il posto del popolo sarebbe stato preso dalle autorità come i re e i giudici. In età comunale, alcuni comuni diedero vita ad un diritto territoriale dalla pratica longobarda che richiamava la figura dei giudici (che per Brandileone sono sempre i rappresentanti dello stato) in occasione degli sponsali e delle nozze. Il giudice e il notaio si incontravano nel Meridione, in città della Toscana o del Veneto o della Lombardia. La tesi del Brandileone provocò un dibattito e molte obiezioni fra cui quelle riprese dal Besta che dubitava della profonda diversità tra pratiche romane e pratiche longobarde.

Vediamo, tramite un piccolo esempio, cosa significasse l'opera di scavo storico giuridico di Brandileone per il suo tempo. Secondo l'art. 1411 del Codice civile, quando si verificava un caso di restituzione della dote, il marito era tenuto a restituire i mobili di proprietà della moglie e quando la restituzione era fatta, lei poteva “in qualunque caso ritenere la biancheria e ciò che serve all'ordinario e necessario suo abbigliamento, detratto però il valore di tali oggetti quando sono stati primitivamente dati con una stima”²⁷.

²⁵ P. Ungari, *Op. cit.*, pg. 153.

²⁶ Ivi, pg. 45.

²⁷ F. Brandileone, *Scritti di storia del diritto privato italiano*, Zanichelli, Bologna, 1931, pg. 345.

Questo articolo del Codice Pisanelli è la traduzione letterale dell'art. 1566 del codice francese e la domanda che si pone Brandileone è la seguente: “Quest'accettazione unanime, avvenuta in Italia della norma sancita dall'art. 1566 del codice francese, si deve ritenere che corrispondesse ai precedenti legislativi ed all'antecedente pratica italiana?”²⁸. Quello che vuole indagare lo storico del diritto è se prima dell'introduzione del codice francese era esistita nella penisola italiana qualcosa di simile, visto che non risulta né dal diritto romano né da quello longobardo. Questo particolarissimo aspetto dei rapporti patrimoniali tra coniugi che ampliava i diritti della donna sui beni portati in casa del marito si scontrava con il processo di spoliamento dei diritti coniugali ai danni della moglie che la legislazione italiana aveva avviato fin dalla sua nascita. Brandileone non sapeva spiegare quest'ultimo dilemma ma scelse di lasciare sospeso ogni giudizio in merito attribuendo invece maggior importanza alle origini medievali di tale istituto e alle tracce che aveva lasciato nelle fonti.

Altri storici del diritto pensarono che le origini del matrimonio civile fossero da ricercare tra i protestanti che dovettero cercare un'alternativa al rito cattolico che non potevano seguire. Nel 1685, in Francia si costituì un matrimonio per i riformati davanti all'ufficiale della giustizia con intervento facoltativo del prete e presenza obbligatoria dei testimoni. Ma ebbe poca fortuna, visto che nel 1787 Luigi XVII dovette ricreare una forma matrimoniale per i non cattolici con dichiarazioni fatte dinnanzi al giudice del luogo o il curato²⁹.

Il giurisdizionalismo, come già detto sopra, non si pose limiti nella regolazione del matrimonio. L'esempio sarpiano è anticipatore di un approccio statale che ricercasse all'interno delle proprie istituzioni e del proprio diritto le soluzioni opportune per garantire giuridicamente i propri sudditi e, allo stesso tempo, cingere di un'aureola di sacralità gli istituti regolati dallo Stato. Giuseppe II (1783) affermava che, una volta stabiliti gli effetti civili del matrimonio, lo Stato avrebbe decretato a sua discrezione i diritti e gli obblighi scaturiti da esso e che solo i tribunali civili avrebbero potuto stabilire in merito. Ancora una volta il giurisdizionalismo di fra Paolo Sarpi si ricollegava al duplice intento di escludere il diritto canonico da pratiche sociali garantite dallo Stato e di attribuire ad una magistratura, nel caso nostro quella del Consiglio dei Dieci, il compito di far primeggiare l'aspetto contrattuale e consensuale slegandolo da quello sacramentale.

²⁸ Ibidem.

²⁹ E. Besta, *Op. cit.*, pg. 94.

La Rivoluzione francese svincolò il matrimonio da ogni aspetto confessionale, scindendo la società civile da quella religiosa e attribuendo alla singola persona la libertà di sposarsi sia a credenti che a non credenti. Il Codice napoleonico accolse l'istituto del matrimonio civile facendolo penetrare in tutta Italia. La Restaurazione fece tornare al secolo delle codificazioni settecentesche il diritto di famiglia, mantenendo il matrimonio cattolico per i credenti e lasciando che le altre confessioni si regolassero secondo i propri riti. Nel Piemonte liberale i tentativi di progettare una legge in grado di regolare il matrimonio in relazione alle leggi civili era naufragata sia nel 1852 che nel 1859.

Il Codice Pisanelli del 1865 fu la svolta legislativa che sostituì il matrimonio religioso con quello civile, il parroco con l'ufficiale giudiziario, traendo “direttamente o indirettamente dalla legislazione tridentina la maggior parte delle sue norme (pubblicazioni, registrazioni di nozze, interrogazione degli sposi)”³⁰.

I lineamenti del nuovo Codice, oltre ad evidenziarne le convergenze e le divergenze con quello canonico, erano di chiara impronta francese. Fu mantenuta l'autorizzazione maritale che precludeva alle donne coniugate donazioni, alienazioni di immobili, ipoteche, cessioni o riscossioni di capitali, l'autonoma gestione di conti bancari, facendo arretrare la posizione delle donne nel Lombardo-Veneto dopo l'annessione del 1866. La prospettiva storica con cui Ungari ci propone di guardare il Codice Pisanelli è quella di una codificazione che cercò di estirpare, tramite la legge scritta, consuetudini facenti parte del costume sociale³¹.

Contemporaneamente anche la Chiesa si stava riorganizzando in rapporto al nascente stato italiano. Prima con il Concilio Vaticano I del 1869, poi, dopo la breccia di Porta Pia (1870) e la fine del potere temporale della Chiesa, con il *Non expedit* del 1874, in cui Pio IX invitava tutti i cattolici a non partecipare alla vita politica del nuovo Stato italiano, il Vaticano aveva iniziato a muovere una sistematica rivendicazione dei diritti e delle competenze esclusive della Chiesa tramite i continui richiami di Pio IX e Leone XIII; ora non avevano più a che fare con le istanze del vecchio giurisdizionalismo, ma dovevano affermare la propria giurisdizione sulle persone (dal battesimo all'estrema unzione) contro uno Stato sovrano che negava ai tribunali ecclesiastici di avere competenza in materia familiare e successoria.

³⁰ Ivi, pg. 96.

³¹ P. Ungari, *Op cit.*, pg. 170.

Durante i cinquanta anni che separarono l'entrata in vigore del codice civile con la Prima Guerra Mondiale vi fu un crollo delle unioni coniugali legittime e un altissimo numero di matrimoni celebrati con rito religioso che aveva provocato incertezze sulla legittimità della prole e sui rapporti patrimoniali successori. Si discusse in sede legislativa se dare precedenza al matrimonio civile sul rito religioso, che si voleva rendere obbligatorio perché la società italiana preferiva continuare a sposarsi con esclusivo rito religioso per un crescente dissenso politico del clero. Era una questione assai spinosa, in quanto proporre la compresenza del rito civile e di quello religioso “significava incrinare il domma separatista nei rapporti tra Stato e Chiesa, ritornando a calcare il terreno del vecchio giurisdizionalismo”³². Anche in tema di divorzio non ci fu nulla da fare soprattutto di fronte alla radicale opposizione dei cattolici rappresentati dall'Opera dei Congressi.

Un tema legislativo che trovò consenso in Parlamento fu quello della condizione della moglie:

“La moglie dell'emigrante era di fatto, capo-famiglia; l'operaia, l'insegnante godevano di remunerazione personale diretta in denaro, che non era sempre escluso risultassero superiori all'apporto del marito; parallelamente all'ingresso delle donne nella produzione (fortemente accelerato durante la prima guerra mondiale) si ebbe un più largo accesso all'istruzione media, ed anche universitaria”³³.

Entro questo quadro si andò dispiegandosi una normativa minore che temperasse la diseguaglianza tra coniugi sancita dal codice civile, fino ad approdare all'abolizione dell'autorizzazione maritale nel 1919 in seguito a solenne benedizione del mondo cattolico. Si era aperta una contraddizione in seguito all'annessione di popolazioni nord orientali dove la cultura giuridica non prevedeva l'autorizzazione maritale e tanto meno vietava il divorzio: “ammesso per i soli acattolici nella Venezia Giulia ed Euganea, ma senza limiti a Fiume, *corpus separatum* della corona d'Ungheria e meta di un vasto pellegrinaggio da quando il comandante D'Annunzio [...] aveva preso a largheggiare nella concessione di brevetti di cittadinanza”³⁴.

Durante il Ventennio, venne esaltata la famiglia contro l'individualismo disgregatore del Codice napoleonico. Bisognava supportare la cellula base dell'organizzazione sociale

³² Ivi, pg. 185.

³³ Ivi, pg. 192.

³⁴ Ivi, pg. 212.

sacrificando gli interessi singolari per l'unità della famiglia, ora responsabilizzata dalla propagandata politica d'accrescimento demografico che andava preoccupando maggiormente l'Europa negli anni Venti e Trenta del XX secolo.

La famiglia in questi anni è vista dal mondo giuridico come l'unico baluardo contro l'anarchismo politico; la discussione sul divorzio incontra resistenze incrollabili viste le implicazioni destabilizzanti che, una volta venuto meno il sistema familiare, si abbatterebbero sull'ordinamento sociale. Sono anni in cui si sviluppano molteplici organi istituzionali generati dall'ideologia ruralista del Fascismo che daranno vita a ricerche folkloriche sulle tradizioni popolari e agrarie italiane. Questa tendenza – afferma Ungari – ha ricevuto contributi importanti dalla storiografia giuridica nazionalista che ha orientato il proprio sguardo sulla famiglia patriarcale contadina, prendendola a modello: “vale a dire tutto un «patrimonio di stirpe» ancora incorrotto, che mentre cementava l'omogeneità etnica, poteva consentire di ricollegare l'opera della nuova codificazione civile ai tesori del folklore giuridico e (ch'era in parte tutt'uno) alla grande tradizione del «diritto comune» preunitario e prerivoluzionario”³⁵.

Conclusioni

La politica familiare fascista, come si è visto, fu da ricondurre al nazionalismo, ai suoi giuristi, alla sua ideologia. Nei Patti Lateranensi lo Stato “si limitò a riconoscere il rito canonico della celebrazione nuziale, per tentare poi di recuperare in sede di regime delle pubblicazioni e della trascrizione parte almeno del terreno perduto nei negoziati concordatari”³⁶. L'emanazione del codice civile del 1942 fu lunga e travagliata, ma avvenne in un periodo di rapido cambiamento, che con la Repubblica diede luogo ad uno di quegli elementi di continuità dello Stato che solo la riforma del diritto familiare del 1975 poteva, in parte, annullare tramite una legge rispondente ai principi costituzionali che salvaguardasse finalmente le mogli e i figli.

L'insegnamento che si è potuto cogliere dal particolare approccio della storiografia giuridica è quello di una scienza sociale attenta alla storia delle istituzioni familiari e delle

³⁵ Ivi, pg. 215.

³⁶ Ivi, pg. 210.

gerarchie sociali, in grado di interpretare la “persistenza di istituti non immediatamente connessi con il sistema politico”³⁷.

³⁷ Ivi, pg. 233.

Bibliografia

E. Besta, *La famiglia nella storia del diritto italiano*, Giuffr , Milano, 1962

J. Bossy, *L'occidente cristiano*, Einaudi, Torino, 1990

F. Brandileone, *Scritti di storia del diritto privato italiano*, Zanichelli, Bologna, 1931

A.C. Jemolo, *Il matrimonio nel diritto canonico*, il Mulino, Bologna, 1993

A.C. Jemolo, *Chiesa e stato in Italia negli ultimi cento anni*, Einaudi, Torino, 1971

A. Rava, *Il requisito della rinnovazione del consenso nella convalidazione semplice del matrimonio*, Editrice pontificia Universit  gregoriana, Roma, 2001

P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, il Mulino, Bologna, 2002

G. Vismara, *Famiglia e successioni nella storia del diritto*, Edizioni Studium, Roma, 1975