

IL CONIUGE (TROPPO) DEBOLE: APORIE E PERSISTENZE DELL'ORDINAMENTO FAMILIARE OTTOCENTESCO¹

STEFANO MALPASSI*

Con l'avvento della codificazione anche un tema privatissimo come quello matrimoniale trova una sanzione da parte del potere pubblico: il mito della legge investe la sfera familiare. Durante tutto il corso dell'Ottocento il dibattito ruoterà soprattutto intorno al tema della tenuta morale e patrimoniale della famiglia, finendo per consacrarne l'ordinamento gerarchico. L'apparente contraddizione con le aspirazioni rivoluzionarie si risolve, al contrario, proprio nella tutela degli assunti di base del liberalismo ottocentesco: individualismo, proprietà, ordine politico. I nuovi codici sembrano trovare, infatti, proprio nella formulazione «della forte famiglia nel forte Stato» (Ungari, 1974) una chiusura del cerchio, la compiuta affermazione dell'ordine borghese che in materia di famiglia consacra un «ordine sociale laicizzato» (Passaniti, 2011). Protagonista 'riflessa' di questo dibattito è, ovviamente, la figura femminile, «destinataria di un trattamento giuridico differenziato» (Stolzi, 2019) e la cui «debolezza» è un vero «problema» da regolare in funzione della tenuta – anche e soprattutto – patrimoniale della famiglia. Una sintetica ricostruzione degli assetti normativi e dei dibattiti in Francia, prima, e in Italia, poi, sugli effetti dello scioglimento del matrimonio, permette di disvelare alcuni aspetti delle costruzioni liberal-ottocentesche che hanno condizionato a lungo il nostro ordinamento familiare.

¹ Il presente contributo nasce a valle di un seminario interdisciplinare, organizzato il 29 novembre 2021 nell'ambito del corso di dottorato in Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze, dedicato alla tutela del "coniuge debole" nella separazione e nel divorzio. Obiettivo del seminario era offrire una riflessione sul tema in chiave diacronica, al fine di coglierne i profili evolutivi, partendo dall'esperienza del diritto romano, passando dal diritto intermedio, con peculiare riferimento alla codificazione ottocentesca, per giungere, infine, alla disciplina civile attualmente vigente in Italia, con peculiare attenzione alle più recenti pronunce giurisprudenziali in materia.

* Dottore di ricerca in Scienze giuridiche e assegnista di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università degli Studi di Ferrara.

Nineteenth-century codification drives the private issue of marriage under the eye of the public power, and the family undergoes the «mythology» of legal positivism. The consequence of the legal debate, which revolves all around the moral and patrimonial hold of the family, is the consecration of its hierarchical order. The seeming contradictions with revolutionary aspirations are resolved in the pillars of nineteenth-century liberalism: individualism, property, political order. The formula «a strong family under a strong state» (Ungari, 1974) conveyed by the codes expresses the achievement of the bourgeois order devoted to a «secularist social order» (Passaniti, 2011) in matters of the family. A prominent, yet reflected role is played by the woman, «recipient of differentiated legal treatment» (Stolzi, 2019) and whose «weakness» represents an issue which to be solved in order to defend the family's property asset. After a quick survey of the legal acts and debates on the consequences of the end of marriage, both in France and Italy, this paper aims to unveil the uncertainties and continuities of the traditional-liberal legal order that have long influenced the Italian family system.

SOMMARIO: 1. Codificazione e famiglia: la “avanguardia” francese. – 2. Verso la “famiglia italiana”: modello francese e adattamenti “nostrani” nel codice civile unitario. – 3. La scelta per la separazione e le ragioni di una “assenza”: uno sguardo ai dibattiti sul divorzio. – 4. La donna e il liberalismo: l'autorizzazione maritale tra «incapacità» e «protezione» per la tenuta di un sistema. – 5. Per concludere.

1. *Codificazione e famiglia: la “avanguardia” francese.* – La definizione di «secolo dei codici» rappresenta una delle formule più efficaci a riassumere il senso dell'Ottocento giuridico. La codificazione rappresenta, infatti, la concreta manifestazione di quel “mito” della legge che ha caratterizzato nel Settecento le critiche illuministiche agli assetti giuridici di *ancien régime*, per favorire, invece, la ricerca di un sistema di diritto chiaro, certo, e concluso. In poche parole, appunto, il Codice.

Nel 1804 era il legislatore francese a inaugurare questo secolo della codificazione e a offrire, dunque, «il Codice-Modello»². Si trattava di un'operazione epocale, ché «realizza[va] una rottura col passato afferma[va] il monopolio statale delle fonti del diritto»³. Un codice, quello francese, improntato alla ricerca della semplicità, obiettivo dichiarato dallo stesso Portalis quando nel

² P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, Torino, 2010, p. 112.

³ G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, Torino, 2012, p. 2.

suo discorso del 1801 evocava «l'ossessione di 'tutto semplificare'»⁴. Un codice, infine, in cui ad assurgere a protagonista era l'istituto della proprietà e con essa il contratto quale strumento per la sua più efficace circolazione. Non è un caso, allora, che si sia parlato del codice nell'Ottocento come dello «specchio delle certezze e delle speranze della borghesia al potere»⁵.

Anche con riferimento al diritto di famiglia, dunque, non sarà possibile prescindere da un'analisi di quanto stabilito e normato all'interno del *Code Napoléon* e, in particolare, non sarà possibile prescindere da tale analisi se si guarda all'istituto del matrimonio, «in precedenza tipico settore di diretta ed esclusiva competenza normativa canonica»⁶, e ai suoi numerosi corollari. La codificazione rappresentava certamente una cesura netta rispetto al passato in materia familiare; una cesura avvenuta nonostante – come la storiografia ha notato in più occasioni – il Codice napoleonico abbia, invero e per molti aspetti, attenuato i progressi rivoluzionari. L'assetto sancito dal Codice, infatti, pur «accettando quegli istituti del diritto rivoluzionario che gli sembra[va]no corrispondere alla coscienza pubblica» finì per assestarsi, secondo molti, in una meno radicale «formula di transazione»⁷.

Come già ha notato Paolo Ungari negli anni '70 del secolo scorso, del resto, nel processo codificatorio in materia di famiglia era possibile riscontrare un intervento diretto dello stesso Napoleone: a lui si doveva, per esempio, la scelta

⁴ F. MAZZARELLA, *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2012, XLI, p. 330.

⁵ CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., p. IX.

⁶ R. FERRANTE, *Giusnaturalismi, illuminismi, codificazioni*, in *Tempi del diritto*, a cura di E. Tavilla, Torino, 2016, p. 233.

⁷ G. VISMARA, *Famiglia e successioni nella storia del diritto*, Roma, 1970, p. 55. Le diverse formulazioni che il Codice fece proprie in tema di matrimonio, potestà, filiazione, furono, dunque e in definitiva, forse meno «rivoluzionarie» ma non per questo meno «liberali». Per di più, anche qualora si concordasse sulla lettura del Codice come «parziale regresso» (cfr. P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 1974, p. 97) rispetto agli impeti rivoluzionari che avevano condotto in Francia a un «*droit intermédiaire*» (FERRANTE, *Giusnaturalismi, illuminismi, codificazioni*, cit., pp. 232-238) decisamente più laico ed egualitario di quanto – come si vedrà – previsto successivamente nel codice, altrettanto non era comunque possibile sostenere per gran parte del resto d'Europa, ove il Codice venne, negli anni a venire, «esportato». L'Italia non faceva, in tal senso, eccezione.

di realizzare una rilettura della disciplina del diritto di famiglia «nel senso [...] della forte famiglia nel forte Stato»⁸. L'atteggiamento del Primo Console nei confronti della figura femminile era, in tal senso, emblematica e le sue parole – riportate in un altro testo ricco di fonti e redatto da due civilisti, Mario Bessone ed Enzo Roppo, nel 1977⁹, anni non a caso fertilissimi di ricerche sul tema – non possono che confermarlo:

La natura ha fatto delle donne le nostre schiave! Il marito ha il diritto di dire a sua moglie: *madame*, voi non uscirete! *Madame*, voi non andrete alla commedia! *Madame*, voi non incontrerete questo o quest'altro! In altre parole: *madame*, voi mi appartenete corpo ed anima!¹⁰

Il riconoscimento della subordinazione della moglie, del resto, non era un moto retrivo e peculiare del solo Napoleone; rappresentava bensì un sentimento condiviso da larga parte dei partecipanti al dibattito codificatorio, poiché – come riportato nuovamente da Bessone e Roppo – la *communis opinio* era quella espressa, ancora nel 1874, da un altro giurista francese, Jean-Charles-Florent Demolombe, che nel commentare l'assetto familiare sancito dal Codice non mancava di rimarcare come «la natura stessa indica nel marito il capo della società coniugale; e la legge, per organizzare nella famiglia la gerarchia e la disciplina, non ha avuto che da riconoscere questa preminenza»¹¹.

Appare evidente, dunque, che l'idea di famiglia risultante dalle disposizioni del Codice – che si andranno ora rapidamente a ripercorrere – era l'espressione più autentica di «un'idea moderna di autoritarismo familiare che forse serpeggiava nella società, come residuo delle contraddizioni dell'illuminismo»,

⁸ UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., p. 98.

⁹ M. BESSONE, E. ROPPO, *Il diritto di famiglia. Evoluzione storica, principi costituzionali, lineamenti della riforma*, Torino, 1977.

¹⁰ La citazione di Napoleone è, appunto, riportata ivi, p. 69.

¹¹ C. DEMOLOMBE, *Traité du mariage et de la separation de corps*, 11, Paris, 1874, p. 102, come riportato in BESSONE, ROPPO, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 73.

come da ultimo ha ricordato Paolo Passaniti¹².

Scorrendo rapidamente, allora, le disposizioni contenute nel Titolo V e nel Titolo VI del Libro I del Codice, rispettivamente dedicati al matrimonio e al divorzio, si ottiene una perfetta fotografia di quanto finora ripercorso. I primi articoli (144 e seguenti) dettavano i requisiti necessari a contrarre il matrimonio: in particolare, i limiti dettati dall'età ma anche la previsione dell'autorizzazione dei genitori, elemento che ribadiva nuovamente la generale visione gerarchica della famiglia. Dalla formulazione dell'articolo 165 emergeva, invece e con chiarezza, la scelta "laicista" del codice napoleonico: il matrimonio era officiato e registrato dall'ufficiale di stato civile.

Al Capo VI, invece, intitolato «Dei diritti e dei rispettivi doveri dei coniugi», si trovava per primo l'articolo 212 che sanciva un generico dovere di «reciproca fedeltà, soccorso, assistenza», subito precisato però dall'articolo 213 che affermava; «il marito è in dovere di proteggere la moglie, la moglie di obbedire al marito». Questa formulazione si presenta di per sé già molto interessante per ciò che in seguito si proverà a ripercorrere: il matrimonio, infatti, realizzava una particolare situazione giuridica in funzione della "tutela" della moglie, del coniuge perciò *naturalmente* "debole". Così si spiegava, d'altronde, l'articolo 214 che tra gli obblighi del marito imponeva quello di «somministrarle [N.d.A.: alla moglie] tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita». Sempre nel senso di questa volontà di "tutela" saranno, allora, da leggere anche i successivi articoli 215 e seguenti, i quali regolavano l'istituto dell'«autorizzazione maritale»: alla moglie, infatti, non era concesso di stare in giudizio, né di compiere alcun atto senza l'autorizzazione del marito. In caso di diniego ella poteva richiederla al giudice. L'unica eccezione posta dall'articolo 220 era – non troppo sorprendentemente – prevista per la donna che faceva della «mercatura», ma «soltanto quando ella esercita[va] un traffico separato».

¹² P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della "società coniugale" in Italia*, Milano, 2011, p. 137.

La rilevanza di tale limitazione della figura femminile veniva ribadita dal fatto che persino in presenza di un marito reo, interdetto o assente, alla moglie era anche in tali casi necessaria l'autorizzazione del giudice per compiere qualsiasi atto. Ancora una volta, appare evidente come lo *status* giuridico della moglie fosse equiparato a quello dell'incapace che quando non disponeva dell'apporto del proprio "tutore" necessitava, pertanto, di un atto giurisdizionale al fine di veder integrata la propria limitata capacità.

«La famiglia a tipo napoleonico, pur nella sua forte struttura di comando, appare costituita su una trama giuridica nettamente individualistica»¹³, una «trama» che mirava a esaltare, anche qui, la dimensione patrimoniale dell'individuo, soggetto di diritto (e diritti) in quanto proprietario – e questo si riscontrava persino con riferimento al “coniuge debole” – poiché, ha notato Ungari, «la stessa inferiorità della moglie [...] è temperata dalla possibilità di far surrogare tale consenso, qualora ingiustamente rifiutato, dalle autorità giudiziarie»¹⁴. L'inferiorità della moglie, così, «trova[va] precisi riscontri anche sul terreno patrimoniale»¹⁵: la sanzione della «*incapacité de la femme mariée*» – sancita dall'articolo 217 – era, infatti, lo strumento idoneo a mantenere in piedi l'ordine economico borghese di fronte al rischio, di contro, posto dall'equiparazione della moglie al marito. Un'equiparazione che non avrebbe tenuto in giusto conto la sua limitata capacità. L'autorizzazione maritale da tale punto di vista rappresentava, pertanto, una necessaria “valvola di sicurezza” del sistema.

Venendo alle cause di scioglimento del vincolo matrimoniale, invece, non si può non far menzione di quella che, a molti interpreti, è apparsa la principale “fuga in avanti” del diritto di famiglia napoleonico: la previsione del divorzio. In realtà, il divorzio la cui domanda era condizionata al ricorrere di precise e assai limitate condizioni – l'adulterio della moglie, quello del marito se la concubina

¹³ UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., p. 100.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ BESSONE, ROPPO, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 78.

era tenuta in casa, o, infine, «per eccessi, sevizie, o ingiurie gravi» – non sembrava, in definitiva, rappresentare nulla più che l’ovvio corollario della laicizzazione del matrimonio: «da legge, scrive Portalis nel discorso preliminare al codice, non deve vedere che cittadini là dove religione non vede che credenti», ha ricordato ancora Ungari¹⁶.

Il divorzio sembrava solamente confermare l’impronta individualistica del Codice nel suo insieme. La preoccupazione principale, se così la si vuol definire, delle norme codicistiche su tale istituto riguardava, infatti, la tenuta patrimoniale del sistema e non i singoli coniugi: così, per esempio, l’articolo 279 ci ricorda come «i coniugi, determinati ad effettuare il divorzio per reciproco consenso, dovranno preventivamente far seguire l’inventario e la stima di tutti i loro beni», col chiaro intento, dunque, di evitare una “dispersione” patrimoniale dannosa per gli equilibri dell’intera società borghese.

2. *Verso la “famiglia italiana”: modello francese e adattamenti “nostrani” nel codice civile unitario.* – Venendo all’esperienza italiana, è nota la rilevanza che ha avuto il modello francese, anzitutto perché i territori italiani hanno vissuto un’importante fase di vigenza dello stesso *Code* durante la dominazione napoleonica. In questa fase, ad attirare l’interesse successivo della storiografia anche più recente, è stata soprattutto la ricezione di un istituto percepito come il più “estraneo” alla tradizione italiana e successivamente rifiutato dal nostro legislatore: il divorzio.

Nonostante un’applicazione peculiarissima nella prima metà del secolo¹⁷,

¹⁶ UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., p. 101.

¹⁷ A tal proposito, non si può non richiamare l’interessante studio di Stefano Solimano sull’applicazione da parte dei giudici del divorzio introdotto su (parte) del territorio italiano durante il Regno d’Italia Napoleonico. Da questo articolato studio di una davvero grande mole di materiale di archivio è forse possibile ricavare una prima impressione sull’incidenza di questo istituto nel contesto sociale italiano. Pur essendo emersi numeri più ampi di quanto in passato la storiografia ha spesso considerato – Ungari, per esempio, aveva rilevato pochissime domande presentate (cfr. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., p. 101) mentre, invece, dallo studio di Solimano emergono almeno 130 domande tra il 1806-14, di cui 60 conclusasi con l’effettivo divorzio – ciò che appare, in particolare, rilevante è il dato sociologico per cui

l'istituto divorzile sparirà dal frammentato orizzonte giuridico italiano al momento della Restaurazione e non vi farà ritorno fino al 1970. Come faceva già notare Alberto Aquarone nel 1959, più in generale e in una prima fase, «il principio stesso della codificazione, trionfalmente introdotto in Italia nel periodo della dominazione napoleonica»¹⁸ non riuscì a sopravvivere, per lo meno nella sua interezza, alla stagione della Restaurazione. Ben presto, però, si tornerà a parlare in Italia di famiglia e modello francese. L'unificazione del Regno aveva portato con sé, infatti, la necessità di affiancare alla conseguita unità politica un'egualmente compiuta unificazione legislativa.

Nel 1859 si inaugurò, così, una fase codificatoria che coinvolse anche il diritto di famiglia: i «progetti Cassinis» – frutto del lavoro di revisione del Codice civile albertino del 1837 ad opera di una commissione di studiosi e “uomini di legge” – già prevedevano le principali “innovazioni” in materia di famiglia, sia rispetto alla fase preunitaria sia al modello napoleonico. Innovazioni – se tali si vogliono definire – le quali saranno poi confermate dal testo definitivo del Codice Civile del 1865. Prima fra tutte, l'introduzione del matrimonio civile: «secolarizzare il matrimonio significava tradurre in termini giuridici l'ideale del separatismo cavourriano»¹⁹ e affermare, così, uno dei pilastri del nuovo ordine politico borghese. Accanto a esso, però, la laicizzazione della famiglia trovava un primo limite (e una prima differenza col modello francese) nell'affermazione del

«furono soprattutto i possidenti ad aver promosso i giudizi»: così S. SOLIMANO, *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)*, Torino, 2017, pp. 180, 181, 184. Non un dato che deve stupire, del resto: il sistema codicistico era – come si diceva – immaginato e pensato per la società borghese, per il proprietario, e non era viceversa interessato a larghe fette della popolazione, soprattutto rurale, del Paese per cui il divorzio e, più in generale, la laicizzazione del matrimonio si dimostrava una realtà assai distante. Allo stesso modo, l'analogo studio portato avanti Paola Mastrolia sull'altro regno “vassallo”, il Regno di Napoli, mostra un'interessante tendenza ad accogliere l'innovazione dell'istituto divorzile da parte dei pur culturalmente restii giudici, realizzando così «un armonico e non traumatico svolgersi di quello che comunque è risultato un indubbio passaggio epocale»: così P. MASTROLIA, *L'ombra lunga della tradizione. Cultura giuridica e prassi matrimoniale nel Regno di Napoli (1809-1815)*, Torino, 2018, p. 176.

¹⁸ A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1959, p. 1.

¹⁹ S. SOLIMANO, *Un secolo giuridico (1814-1916). Legislazione, cultura e scienza del diritto in Italia e in Europa*, in *Tempi del diritto*, cit., p. 354.

principio di indissolubilità del vincolo matrimoniale, con il conseguente rifiuto del divorzio e la scelta per la previsione della “sola” separazione dei coniugi.

Questa scelta se, da un lato, si legava alla forte componente culturale di matrice cattolica che caratterizzava il nostro Paese, dall’altro e forse persino ancor di più, appariva una tutt’altro che irrilevante decisione giuspolitica che sottintendeva, infatti, la scelta di considerare «il diritto di famiglia entro una prospettiva pubblicistica»²⁰.

Sul punto sono note, ma egualmente imprescindibili, le parole di Giuseppe Pisanelli, principale artefice della codificazione italiana, che nel 1863 affermava:

ho dubitato, signori, se dal codice civile avessi dovuto staccare del tutto quelle disposizioni che d’ordinario si contengono nel primo libro, e che formano il soggetto della mia proposta. A ciò mi conduceva un concetto scientifico da lunghi anni accarezzato. L’idea fondamentale del codice è quella della proprietà, e tutte le sue disposizioni si aggirano intorno a’ beni. Il primo libro del codice per contrario riguarda i diritti di famiglia, per modo che a me è sempre paruto che questo primo libro sia una branca di leggi speciali, ed intermedie tra il codice civile e lo Statuto. Il codice civile riguarda l’individuo: il primo libro del codice, la società di famiglia, lo Statuto, la società politica²¹.

Normare la famiglia all’interno del Codice appariva, dunque, una forzatura. Quello familiare era un terreno controverso, un inconcepibile “ibrido” tra privato e pubblico, nel quale l’intervento del legislatore appariva necessario soltanto al fine di tutelare la tenuta del sistema, ad evitare le sovrapposizioni indesiderate tra sfera pubblica e privata, e, in definitiva, a realizzare quell’«ordine

²⁰ *Ibidem*. Come si accennava in precedenza, il modello francese e la sua «accentuata struttura gerarchica della famiglia» rappresentavano per l’Italia «la più avanzata base di discussione possibile nel contesto politico-giuridico del tempo» (UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., p. 154) e, pur vedendo qui sancite alcune radicali differenze, il modello borghese e individualistico consacrato dal *Code Napoléon* restarono egualmente inalterati. La ricerca di un assetto chiaro, semplice e fondato sull’individuo proprietario come unico protagonista dell’orizzonte giuspolitico rimaneva, di qua e di là delle Alpi, al centro della codificazione ottocentesca.

²¹ *Presentazione del primo libro del progetto Pisanelli*, 15 luglio 1863, adesso in AQUARONE, *L’unificazione legislativa*, cit., pp. 127 ss.

sociale laicizzato»²² cui si ambiva avendo sottratto l'ambito matrimoniale alla sfera d'influenza canonistica. La disciplina della famiglia rientrava nel Codice Civile soltanto poiché portava con sé dei rilevanti risvolti patrimoniali di cui non si poteva non tener conto; risvolti patrimoniali che condizionavano la stessa idea di cittadinanza all'interno del sistema liberale.

Appariva scontato, allora, replicare in Italia le scelte francesi, consacrando anche qui un'organizzazione che vedeva, dunque, una forte tutela del coniuge “debole” (la moglie) altrimenti capace, qualora privata del controllo del marito, di mettere in pericolo l'intero assetto patrimoniale familiare: proprio la capacità – e stavolta in senso propriamente tecnico-giuridico – o, meglio, l'incapacità della donna verrà allora chiamata in gioco dal legislatore al fine di giustificarne un peculiare trattamento. Il “problema” della «capacità femminile», così, può ben rappresentare un osservatorio storico-giuridico privilegiato per rilevare nella codificazione ottocentesca – come recentemente ha evidenziato Filomena D'Alto – «lo scarto che puntualmente si registra tra l'impianto valoriale espressamente previsto – centralità della tutela delle libertà individuali – e lo stato effettivo della comunità dell'epoca»²³.

3. *La scelta per la separazione e le ragioni di una “assenza”: uno sguardo ai dibattiti sul divorzio.* –

Escluso dal nuovo codice il divorzio, era indispensabile ammettere la separazione personale, essendo manifesto che in alcuni casi la convivenza dei coniugi diventa impossibile. Il progetto ha determinate le cause che possono dar luogo alla separazione personale, e le ha circondate, per quanto era possibile, di tali garanzie, che valessero ad impedire una separazione capricciosa o che fosse l'effetto di passeggeri rancori. In questa materia i fatti vestono un'infinità di colori, e non potendosi stabilire norme affatto precise, era necessario confidarne l'apprezzamento al prudente criterio dell'autorità giudiziaria²⁴.

²² PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale*, cit., p. 140.

²³ F. D'ALTO, *La capacità negata. Forme giuridiche e complessità della persona nella giurisprudenza tra Otto e Novecento*, Torino, 2020, p. 7.

²⁴ *Relazione sul progetto di codice civile*, 15 luglio 1863, adesso in AQUARONE, *L'unificazione legislativa*, cit., p. 139.

Le parole qui riportate, di Pisanelli, volte a giustificare l'introduzione della separazione dei coniugi nel codice nostrano, valgono a riassumere i suoi caratteri più essenziali: essa recuperava gli stessi stringenti requisiti richiesti dal legislatore francese per la domanda di divorzio e che già rendevano alquanto complesso lo scioglimento del vincolo. A questo si aggiungeva la presenza nel nostro sistema del principio dell'indissolubilità del vincolo; indissolubilità che non veniva meno neppure con la pronuncia di separazione. A differenza del divorzio, pertanto, qui non si dava luogo a ulteriori conseguenze di natura giuridica al di là della perdita – e, peraltro, per il solo coniuge cui la separazione era, usando una terminologia contemporanea, addebitata – dei «lucri dotali, di tutti gli utili che l'altro coniuge gli avesse concessi col contratto matrimoniale»²⁵.

Perché, dunque, non il divorzio? Sul tema molto è stato scritto, sia dalla riflessione storiografica sia dai giuristi coevi; un dibattito che si è protratto dall'entrata in vigore del Codice fino alle soglie del presente. Senza voler e poter qui dar conto di questa (davvero importante) produzione, ci si limiterà a segnalare una peculiare lettura di questa “assenza” e che, si pensa, possa tornare utile a una riflessione sulla “debolezza” della donna quale emergeva dal diritto di famiglia liberal-ottocentesco.

In tal senso, più che sulla dimensione politica e morale del divorzio e pur, come ha ben riassunto Chiara Valsecchi, «senza voler negare o sminuire il peso decisivo di una forte e talora persino ‘prepotente’ mobilitazione di stampo strettamente cattolico»²⁶ – una «mobilitazione» che ha effettivamente spinto molti ad opporsi, da un lato, alle molte proposte di legge in materia a cavallo tra

²⁵ Articolo 156, Codice Civile 1865.

²⁶ C. VALSECCHI, *In difesa della famiglia? Divorzisti e antidivorzisti in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2004, p. 624. Ricorrendo sempre alle parole della Valsecchi, infatti, «pare infatti riduttiva una lettura che spieghi il rifiuto del divorzio, protrattosi per un secolo da parte di tanti giuristi e parlamentari, soltanto con l'obbedienza rigorosa ai dettami della dottrina cattolica». Al contrario, ai fini del percorso che si tenta qui di seguire, appaiono forse più interessanti quelle «opinioni laiche e moderate» che si preoccupavano piuttosto «degli aspetti tecnico-giuridici e dei risvolti sociali dell'eventuale riforma».

Ottocento e Novecento, e molti altri, per la stessa ragione, a sostenerle – l'attenzione sarà maggiormente rivolta a quelle costruzioni laiche e liberali che, attingendo curiosamente al medesimo bagaglio ideale, legittimavano indifferentemente il rifiuto o il sostegno all'introduzione del divorzio in Italia.

Vittorio Polacco, per esempio, nel 1892 tenne una lezione nella quale sosteneva la causa antidivorzista e che rappresentava la diretta risposta alle tesi sostenute dal collega romanista Biagio Brugi. Una causa che, come lui riconosceva, «non ha intorno a sé quell'aura di popolarità che circonda la tesi avversaria» e a sostegno della quale egli riteneva necessario respingere con forza «l'accusa di oscurantismo e clericalismo al nostro indirizzo [che] può dirsi addirittura un luogo comune»²⁷.

E lo faceva, appunto, ribadendo con forza il ruolo “ordinatorio” della legge che seppur «non fa il costume, né ha virtù di rendere morale una società traviata», tuttavia, ha quale suo compito precipuo quello di «opporre degli argini al dilagare della corruzione, governando entro certi limiti e temperando il costume»²⁸. Curioso, poi, come egli sostenesse tale funzione ordinatoria della legge alla stessa guisa di quanto invocato in merito all'emergente e contemporanea “questione sociale”: «e lo neghereste Voi forse, [N.d.A.: il compito ordinatorio della legge] Voi, che per risolvere la cosiddetta questione sociale [...] non disdegnate tuttavia di ricorrere a tutto un armamentario di leggi, che va appunto sotto il nome di legislazione sociale?»²⁹

Polacco procedeva, allora, a opporre al divorzio una serie di ragioni sociali che, ancora una volta, riguardavano soprattutto la tenuta del sistema. Il riconoscere che nella realtà delle relazioni coniugali vi fossero situazioni di

²⁷ V. POLACCO, *Contro il divorzio: lezione tenuta il 2 maggio 1892 nella Regia Università di Padova*, Padova-Verona, 1892, pp. 10-11. Anche Carlo Francesco Gabba sul punto sosteneva: «Fossero anche soli i *clericali* a combattere il divorzio, ciò non dispenserebbe dal ricercare se questa volta essi abbiano torto o ragione; ma battezzare taluno di clericale solo perché è contro il divorzio, non è rispondere, e non è neppure far tacere; è soltanto impedire che altri oda le ragioni che non si vogliono combattere...», C.F. GABBA, *Il divorzio nella legislazione italiana*, III ed., Torino, 1891, p. XI.

²⁸ POLACCO, *Contro il divorzio*, cit., p. 14.

²⁹ Ivi, p. 15.

difficoltà non era, per esempio, una ragione sufficiente a giustificare l'introduzione del divorzio che – si diceva – non avrebbe comunque ricreato «l'età dell'oro dei coniugali rapporti». Al contrario, insisteva Polacco,

un marito, che per volubilità di carattere e per la sazietà troppo spesso conseguente nei sessuali rapporti al raggiunto e pienamente goduto possesso, propenda al mutar degli amplessi, troverà presto insopportabile uno stato, nel quale è assurdo il perseverare dal momento che la legge dà pur modo di uscirne [...] Ed eccola allora la povera donna, innamorata forse di lui con l'ardore dei primi momenti, ossequente all'avita fede che condanna il divorzio, dibattersi in una lotta angosciosa, in cui è fatale ch'essa soccomba³⁰.

«La statistica comprova il mio asserto», concludeva convintamente Polacco³¹. Adducendo ragioni simili, anche Carlo Francesco Gabba si opponeva all'introduzione del divorzio. Come ha riassunto nuovamente Valsecchi, in particolare, Gabba «contestando le teorie contrattualiste riafferma[va] con forza che il matrimonio non è un fatto puramente privato, concernente le sole persone dei contraenti»; sottolineare la rilevanza pubblicistica del diritto di famiglia, del matrimonio, in particolare, «inteso come istituzione basilare della società civile»³², permetteva di spostare il fuoco dalla libertà (contrattuale) alla tutela, alla garanzia dell'ordine civile.

Introdurre il divorzio in Italia, dunque, sarebbe stata un'illusione che alcuni coltivavano nella «continua e vana pretensione di rifar l'ordine sociale col solo ed unico criterio della astratta libertà dell'individuo»³³. Al contrario, l'attenzione doveva porsi proprio su quei soggetti che, più di tutti,

³⁰ Ivi, p. 18.

³¹ Ivi, p. 19. Polacco richiamava alcune statistiche americane e francesi con le quali si evidenziava un numero di divorzi imputati in maggioranza agli uomini. Inoltre, insisteva, ove il divorzio era stato introdotto si assisteva soprattutto a una riduzione del numero matrimoni, ad un aumento dei divorzi, ma non per questo a riduzione del numero dei figli naturali: «il divorzio non è quel rimedio al mal costume dei concubinaggi, che sarebbe per me la sola ragione etico-sociale in suo favore», concludeva Polacco, *ivi*, p. 27.

³² VALSECCHI, *In difesa della famiglia*, cit., p. 624.

³³ GABBA, *Il divorzio nella legislazione italiana*, cit., p. 3.

abbisognavano di tutela: «le donne e il divorzio! Con queste sole parole potrebbesi dare il miglior titolo sia a questo mio libro, sia ad altro qualunque intorno allo stesso argomento»³⁴. Era la donna, infatti, che – si sosteneva – sarebbe stata esposta ai più gravi rischi in ragione dell'introduzione del divorzio, perché tale istituto «peggiora la condizione morale e sociale di questa di fronte all'uomo»³⁵.

Esisteva, certamente, anche un opposto universo di divorzisti che, spesso, partendo dai medesimi presupposti tentavano di legittimare il rifiuto del principio di indissolubilità del matrimonio: a partire dal primo, e assai noto, Salvatore Morelli, fino al ministro Zanardelli, furono molti i giuristi e i politici liberali e socialisti che proposero, tra fine Ottocento e inizio Novecento, disegni di legge sul divorzio mai andati in porto.

Mantenendo però il focus sulla figura del “coniuge debole”, le riflessioni antidivorziste appaiono sufficienti a mostrare i contorni di una sua precipua definizione nella disciplina codicistica ottocentesca. Un aspetto questo, per la verità, molto spesso negletto in passato, ove ci si concentrava per lo più sul problema morale e politico del rifiuto del divorzio o su quello dell'uguaglianza formale dei coniugi, senza contrariamente porre la dovuta attenzione alla dimensione patrimoniale (e, quindi, nell'ordine liberale, la dimensione giuridica per eccellenza) della separazione e del divorzio.

Se la si guarda da una prospettiva giuridico-patrimoniale, invece, la scelta per la separazione operata dal legislatore italiano poteva giustificarsi per la sua

³⁴ Ivi, p. XIX.

³⁵ *Ibidem*. Molti altri passaggi del suo lavoro possono ulteriormente chiarire tale visione. A partire dall'affermazione per cui «[n]el matrimonio campeggia e domina l'etica più del diritto, la sudditanza più dell'autonomia della volontà, l'interesse sociale ed umanitario più del volere dell'arbitrio dei privati» (p. 10). Così, insisteva, «facendo dell'uomo il protettore della donna, dei genitori i protettori dei figli, sicché la società civile trovi il suo primo fondamento, e la massima sua guarentigia nella società coniugale e parentale» (p. 11) si garantiva l'ordine e, al contempo, «si dilegua il fantasma del matrimonio *privato e contrattuale*». Anche l'introduzione del divorzio, dunque, non sarebbe dovuta dipendere da ragioni riconducibili all'autonomia individuale bensì «lo si dovrebbe certamente proscrivere in nome di un diritto e di un dovere superiore, del diritto e del dovere che ha lo Stato, di assicurare la moralità diminuendo la libertà» (pp. 13-14).

più immediata vicinanza alla tradizione e al “comune sentire italiano” garantendo, al contempo, sia la salvaguardia del principio dell’indissolubilità, sia la tutela dell’ordine politico-sociale (qui prevalente addirittura rispetto all’individualismo competitivo) e sia, soprattutto, l’individualismo proprietario.

Non è da escludere, pertanto, che anche la lunga resistenza che il legislatore ha contrapposto non solo al divorzio ma anche all’equiparazione della figura femminile fossero dovuti principalmente al timore che tale “passo” avrebbe soprattutto compromesso, o persino contraddetto, i pilastri dell’ordine giuspolitico liberale.

4. *La donna e il liberalismo: l’autorizzazione maritale tra «incapacità» e «protezione» per la tenuta di un sistema.* – Ciò che sembrava emergere con evidenza dalla legislazione ottocentesca sul matrimonio e, più in generale, sulla famiglia, era dunque una visione della figura femminile quale “soggetto debole”. In particolare, nei confronti della moglie vigeva una “presunzione assoluta” di “debolezza”: la moglie era *per natura* il coniuge debole.

Mentre la storiografia ha teso a leggere tale atteggiamento come una contraddizione dei principi e dell’ideologia liberale, di recente alcune voci hanno, al contrario, sottolineato l’assoluta coincidenza tra questa visione della figura femminile e i capisaldi delle teorie liberal-ottocentesche. Considerare la donna un soggetto debole alla stregua di altri soggetti destinatari di una legislazione di “protezione”, di un vero e proprio “trattamento giuridico differenziato”, come previsto ancora oggi, per esempio, per il minore o l’incapace, non significava, infatti, negare o derogare il principio di uguaglianza; al contrario, proprio riconoscendone la diversa “natura”, appariva ovvio ricorrere a un trattamento differenziato facendo «riferimento alla diversa categoria della *capacità giuridica*»³⁶.

³⁶ I. STOLZI, *La parità ineguale. Il lavoro delle donne in Italia fra storia e diritto*, in *Studi storici*, 2019, 2, p. 256.

L'istituzione familiare era da regolare in conseguenza e in funzione di questo, in modo da garantire cioè la tenuta, anche e soprattutto, patrimoniale della famiglia: così come non si può immaginare di lasciare libero il minore o l'incapace di gestire il patrimonio familiare, quest'ultimo poteva egualmente essere messo in pericolo dall'eventuale parificazione della figura della moglie a quella del marito. E si trattava, allora, di una «incapacità relativa» che prendeva forma nel momento in cui la donna, col matrimonio, entrava pertanto a far parte di quel peculiare gruppo sociale (e patrimoniale) che era la famiglia³⁷.

Così, nonostante i progetti di codice avessero inizialmente escluso l'istituto dell'autorizzazione maritale, in quanto estraneo alla tradizione italiana, essa rientrò – e, in verità, senza troppe obiezioni – nel testo definitivo del 1865. Infatti, mentre Pisanelli aveva sostenuto inizialmente 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»³⁸, di parere opposto fu, invece, la commissione in Senato:

Indipendenza siffatta della moglie, oltre di offendere i diritti della famiglia, sarebbe contraria: 1° al principio della protezione che il marito deve alla moglie, e che sarebbe vana ed illusoria, quando egli non le potesse impedire di disperdere la sua fortuna con atti sconsigliati; 2° alla deferenza che la moglie deve al marito, capo della famiglia più atto per disposizione di natura a tutelarne gli interessi e ben dirigere gli atti più importanti della vita civile; 3° infine a quella unità e comunione individua di tutte le cose della vita, in che è riposto il carattere più essenziale della società dei coniugi. Tale unità e tale comunione si troverebbero esposte a continue e pericolose turbazioni, ove la moglie potesse agire circa i suoi beni in modo affatto indipendente dal marito. Invano si invoca l'esempio delle donne nubili, poiché la loro condizione è troppo diversa da quelle maritate, per poterle pareggiare in ciò che riguarda il loro patrimonio. Sono i vincoli di moglie e di madre, sono i principii costitutivi e gli interessi della famiglia che reclamano l'autorizzazione maritale. Essa non è un semplice omaggio

³⁷ D'ALTO, *La capacità negata*, cit., p. 23.

³⁸ G. PISANELLI, *Relazione sul progetto di codice civile* (15 luglio 1863), adesso in AQUARONE, *L'unificazione legislativa*, cit., p. 139.

d'ossequio al capo della famiglia, come taluno ha pensato, ma è una regola d'ordine, di armonia e di conservazione nella economia domestica³⁹.

La stessa posizione di Pisanelli, apparentemente più in linea con l'individualismo giusnaturalista, si dimostrava, alla prova dei fatti, una “forzatura” nel tentativo di affermare una certa autonomia culturale e giuridica del nostro codice rispetto a quello del fu dominatore Napoleone⁴⁰. Uno sforzo che ebbe comunque una qualche valenza e, infatti, ancora a inizio Novecento, nella voce «Donna maritata» curata per il *Digesto italiano* da Eduardo Piola Caselli si rimarcava il fatto «che l'istituto dell'autorizzazione maritale, come fu inteso dal legislatore nostro, è essenzialmente diverso dall'istituto dell'autorizzazione sanzionato dal codice napoleonico» poiché – si insisteva – il nostro ordinamento avrebbe astrattamente accolto la regola generale dell'eguale capacità della donna, mentre

nel codice napoleonico la necessità dell'autorizzazione è estesa a tal numero di atti giuridici, e con tale designazione generica che si può dire avere quasi il codice sanzionato il principio del diritto consuetudinario, *que femme mariée ne peut aucunement contracter* cosicché la dottrina francese deve cercare, in via di eccezione, in quali casi, invece, la donna abbia libertà contrattuale⁴¹.

³⁹ *Relazione della Commissione del Senato sul Progetto del Codice Civile*, 16 giugno 1864, adesso in BESSONE, ROPPO, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 130.

⁴⁰ Non a caso, ha notato Giovanni Cazzetta, «la dottrina immediatamente successiva al codice si sforzò di disegnare la disuguale condizione giuridica della donna come conforme al diritto nazionale»: così CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., p. 76.

⁴¹ E. PIOLA CASELLI, *Donna maritata*, in *Digesto italiano*, vol. IX, Torino, 1899-1902, p. 1015. Per di più, si aggiungeva, «detto codice, a differenza del nostro, vieta che il marito possa, con autorizzazione generica, rendere la donna pienamente capace; ed infine nei casi in cui il marito non può prestare l'autorizzazione, richiede sempre l'autorizzazione giudiziale, mentre in tali casi il nostro codice esime la donna da qualsiasi autorizzazione». Assai meno “conciliante” era, invece, la lettura offerta sulla compatibilità dell'autorizzazione maritale col principio di eguaglianza formulata da Valeria Benetti-Brunelli nel 1904, per la quale tale istituto «rappresenta una violenza della legge in quanto concepisce l'armonia coniugale per mezzo della prepotenza dell'uomo, soffocando ogni germe di spontaneità e di libertà nell'altro coniuge. Costituisce un'offesa alla donna, poiché le nega l'esercizio d'un diritto essenziale della sua personalità giuridica»: così V. BENETTI-BRUNELLI, *La donna nella legislazione italiana*, II ed., Roma, 1908, p. 22.

Così, apparentemente, l'istituto accolto nel nostro codice poteva rappresentare una novità, «un sistema di transazione fra i sistemi radicali dell'assoluta libertà, e della, se non assoluta, estesissima soggezione giuridica della donna maritata»⁴². Il principio della generale capacità della donna nel nostro ordinamento si sarebbe, del resto, potuto ricavare dall'elencazione, presente nella norma codicistica, degli specifici atti per cui era richiesta l'autorizzazione, elenco che pertanto taluni ritennero tassativo ed eccezionale. Tuttavia, a complicare il quadro stava il fatto che persino i casi di dispensa dall'autorizzazione erano egualmente enumerati dal codice. In definitiva, la dottrina non appariva sul punto unanime, come ricordava sempre in una voce del *Digesto italiano* – stavolta quella dedicata proprio all'istituto della «Autorizzazione della donna maritata» – Carlo Spalazzi:

Secondo gli uni il fatto di costituire essa una eccezione al principio di autorizzazione, porta con sé di conseguenza il carattere strettamente tassativo. [...] Per altri invece l'art. 135, che tende a restituire alla donna la capacità giuridica, comporta una interpretazione estensiva, e deve quindi applicarsi in tutti i casi in cui il marito sia impedito di dare efficacemente la sua autorizzazione. [...] Si tratta dunque di eccezione ad una eccezione e si rientra quindi nella regola, nel diritto comune, dove vige la massima *ius commune est procedendum ad consequentias*⁴³.

⁴² PIOLA CASELLI, *Donna maritata*, cit., p. 1015. A ben vedere, in realtà, il principio dell'eguale capacità sembrava, poi e di fatto, venire quantomeno ridimensionato in funzione proprio della tutela patrimoniale della famiglia e della società borghese tutta: l'istituto dell'autorizzazione maritale «nel nostro diritto» – concludeva ancora Piola Caselli – «è fondato unicamente sull'ossequio all'autorità del capo della famiglia ed ancor più sul concetto che il buon governo della famiglia esiga unità di voleri negli atti giuridici più importanti, che mentre vincolano il patrimonio della moglie hanno necessario riflesso sul benessere economico della famiglia tutta. Nondimeno la pratica giudiziale ha dimostrato che il sistema italiano presenta gravi difetti, poiché mentre lascia libera la donna per atti giuridici importantissimi, non tutela sufficientemente la buona fede dei terzi contraenti e da appiglio a infinite questioni di interpretazione, cosicché sarebbe forse miglior parere di adottare il sistema tedesco dell'assoluta libertà contrattuale, salvo gli effetti del regime speciale derivante dai patti matrimoniali».

⁴³ C. SPALAZZI, *Autorizzazione della donna maritata*, in *Digesto italiano*, vol. IV, Torino, 1893-1899, p. 493. In un precedente passaggio Spalazzi non manca di evidenziare la peculiare conseguenza che tale istituto comportava per lo *status* giuridico della donna: «Non può porsi in dubbio che le disposizioni del nostro codice circa l'autorizzazione alla donna maritata concernono il di lei stato personale, menomando, sia pur limitatamente, la di lei capacità di contrattare e regolando i rapporti famigliari fra i coniugi. Il concetto fin qui spiegato non

Anche a voler accogliere, dunque, l'indirizzo tracciato da Pisanelli, non si potevano negare tuttavia le "complesse" conseguenze che potevano insorgere da una generale equiparazione della donna (e di quella "maritata", in particolare) all'uomo. A ben vedere, poi, anch'egli non sembrava differire troppo nella valutazione della limitata capacità della donna, com'è possibile riscontrare nelle sue parole pronunciate in merito all'istituto della tutela e alla possibilità che essa fosse affidata alla donna:

Fu ventilata la questione, se la donna dovesse essere ammessa all'esercizio della tutela. Prevalse l'opinione negativa, perché il principio di eguaglianza civile tra maschie e femmine, dal quale è informato il progetto, non sembrò doversi estendere sino ad ammettere per regola la donna all'esercizio di un pubblico ufficio⁴⁴.

L'unica eccezione, in riferimento al tema della tutela, appariva certo quella della madre, «giacché è ammessa all'esercizio della patria potestà»; e tuttavia anche in questo caso si trattava di una scelta che, si ammetteva, poteva essere rifiutata dalla donna stessa poiché «se la legge non doveva stabilire presunzioni generali sfavorevoli alle donne, doveva però lasciare a loro medesime *il giudizio della propria capacità*»⁴⁵.

lascia dubbio che si tratta sentire di una pura incapacità *giuridica-obbiettiva* e non già di una incapacità *naturale* e *subiettiva*, come quella che colpisce gl'interdetti, i minori, ecc.), ivi, p. 468.

⁴⁴ PISANELLI, *Relazione sul progetto di codice civile* (15 luglio 1863), cit., p. 149.

⁴⁵ *Ibidem*. Il corsivo è nostro. Rilevante è, sul punto, la critica elaborata da Anna Maria Mozzoni che rilevava la stridente contraddizione dello *status* giuridico accordato alla donna nel Codice con l'ideologia diffusa «ai nostri giorni, in cui l'atmosfera è tutta pregna delle luminose idee del diritto e dell'eguaglianza» (p. 135) e dove, proprio in riferimento alla tutela, «la legge però, con una tenerezza tutta parziale per la madre, le accorda un diritto che se oltraggia la natura, ed è per la donna una lezione immorale, sente però in compenso una condiscendenza tutta cavalleresca. Coll'art. 252 non vuole che si obblighi la madre ad accettare la tutela dei suoi figli, e s'accontenta che ella ne adempia i doveri fino alla nomina di un tutore. [...] Ed ecco come la legge onora il carattere materno! Ella non suppone neppure spontaneamente che la madre sia capace di tutelare i suoi figli (ché in quanto a diritto ne è ben raro questione quando degna occuparsi della donna). Ella accetta la decisione del marito defunto, o dell'avo, o del bisavo, che tutti camminano innanzi alla madre, e la tollera tutrice, purché però a sua volta tutelata. Nell'azione sua la madre tutrice inciampa ad ogni passo nei meticolosi *se* e *ma* del leguleio. Fra lei ed il suo pupillo la legge pone costantemente od il consulente speciale, od il consiglio di famiglia, o i due prossimi parenti, o le informazioni del

Ancora una volta, quindi, la libertà – e, potremmo dire, persino l'uguaglianza – della donna trovava il proprio limite alle soglie della partecipazione alla vita pubblica. Quantunque equiparabile nel ristretto campo familiare (e, in definitiva come s'è visto, non sarà neppure là così), altrettanto non poteva dirsi in riferimento alla vita sociale e politica.

Per quanto possa apparire contraddittorio rispetto ai principi che si è soliti attribuire alla tradizione liberale, in verità, si tratta d'una visione dei diritti e delle libertà nella quale risulta sempre prevalente la tutela dell'ordine e in funzione del quale l'emancipazione femminile non può che essere ragione perturbatrice, «una complicazione nella costruzione dell'eguaglianza tra individui-proprietari-capi famiglia, maschi s'intende»⁴⁶. Per questo dunque l'esclusione e la subordinazione della figura femminile può essere a pieno titolo considerata un'espressione tipica del liberalismo ottocentesco e non una sua (inspiegabile?) contraddizione. Lo stesso Gabba citato in precedenza non stentava ad affermare proprio sul piano dei diritti la portata “distruttrice” che avrebbe avuto «la *emancipazione femminile*, cosiddetta per eufemismo, la quale in realtà mira ad affogare in una assurda uguaglianza dei sessi i doveri propri delle donne, e i loro speciali diritti»⁴⁷.

Ma anche per molti di coloro che sostennero, per esempio, il divorzio, il riconoscimento dell'uguaglianza poteva avvenire soltanto sul piano meramente privatistico; certo permaneva sempre il rischio che, essendo la famiglia un punto

prefetto. Ed ecco in qual modo la legge sa appoggiare i suoi stessi precetti! Davanti alla disistima che voi fate della maternità, davanti alla sanzione della materna incapacità che voi suggellate ad ogni paragrafo dei vostri codici, davanti alla spogliazione d'ogni diritto primitivo ed ingenito sulla persona della donna madre, ché cosa significa, di grazia, o legislatori, quell'art. 210 nel quale dite al figlio: 'in qualunque età, stato e condizione ti trovi, onora e rispetta i tuoi genitori?' [...] Se non che il disdegno, che i codici mostrano per la donna, non è che uno dei corollari di quel principio così lucidamente impugnato dal Beccaria, che cioè, quel legislatore che considera la società come una associazione di famiglie, non deve necessariamente riconoscere a membri attivi che i capi di esse, e lasciar gli altri tutti nell'ombra ed in balia del capo, sopprimendo così ogni diritto ingenito, sul quale si eleva prepotente il diritto parziale»: A.M. MOZZONI, *La donna e i suoi rapporti sociali. In occasione della revisione del codice civile italiano*, Milano, 1864, p. 140.

⁴⁶ PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale*, cit., p. 136.

⁴⁷ GABBA, *Il divorzio nella legislazione italiana*, cit., p. 48

di snodo fondamentale tra pubblico e privato, i due piani venissero pericolosamente a sovrapporsi.

Quando nel 1909, per esempio e come ha ricordato tra gli altri Giovanni Cazzetta, un decreto aveva previsto un'eccezione al regime dell'autorizzazione maritale nella straordinaria situazione creata dal terremoto di Messina, tale approdo non fu esente da critiche perché «si può accordare alla donna il diritto di gestire il proprio patrimonio ma non si può essere “liberali” sino al punto di accettare una piena parificazione giuridica della donna anche quando ci sono risvolti pubblicistici»⁴⁸.

Non dovrà infine stupire che all'abolizione dell'istituto dell'autorizzazione maritale si giungerà soltanto nel 1919⁴⁹ e in maniera non certo scontata. Soprattutto, non sembra affatto casuale che la vera frattura si ebbe soltanto in ragione di un evento perturbatore dell'ordine quale la Prima guerra mondiale, vero spartiacque dell'evoluzione giuridica: un terremoto, adesso in senso metaforico, capace di infrangere molte delle certezze e delle fondamenta dell'edificio giuridico liberale⁵⁰.

La legge del '19, si diceva, appare come un approdo non scontato e neppure una definitiva affermazione dell'emancipazione femminile. Già il titolo – «Norme circa la capacità giuridica della donna» – conferma, ancora una volta, come in fondo il problema dell'uguaglianza non era mai stato veramente in gioco dalla prospettiva liberale: si trattava soltanto di una questione di *capacità*. Da tale punto di vista, perciò, la stessa «abolizione dell'autorizzazione maritale è

⁴⁸ CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., p. 77.

⁴⁹ L. 17 luglio 1919, n. 1176, «Norme circa la capacità giuridica della donna».

⁵⁰ Gli stravolgimenti della guerra misero profondamente in discussione anche il ruolo della donna e la stessa idea della famiglia: è assai curioso, per esempio, il dato riportato in un recente lavoro sulla storia dello Stato sociale ad opera di Ilaria Pavan e Chiara Giorgi che rilevano come durante il conflitto fu lo stesso Governo a riconoscere la possibilità di individuare quali beneficiari delle polizze di guerra soggetti estranei al nucleo familiare, riferendosi addirittura ad «amanti» o «vecchi amici». Le autrici riconoscono, allora e giustamente, il peso del conflitto bellico nel creare una «netta discontinuità nell'orizzonte cattolico e borghese della concezione della famiglia e uno squarcio nel solido recinto rappresentato dal diritto civile di matrice liberale» (C. GIORGI, I. PAVAN, *Storia dello Stato sociale in Italia*, Bologna, 2021, p. 46).

da ridimensionare»⁵¹. Pur affrancata da una condizione di incapacità giuridica, la moglie continuava, infatti, a rimanere un “coniuge debole” nei confronti della società. La famiglia continuava a essere un peculiare luogo di incontro tra dimensione privata e pubblica che portava con sé questioni delicate e mai sopite.

5. *Per concludere.* – L’espressione “coniuge debole” nel dibattito civilistico odierno ha assunto, ovviamente, significati completamente differenti. Eppure, non si potrà negare come ancora l’atteggiamento riposto verso tale figura abbia risentito – persino dopo l’emanazione d’un altro Codice e, ancor di più, della Costituzione – di un approccio culturale molto peculiare intorno al diritto di famiglia che proveniva da lontano e continuava a perdurare. L’attenzione posta sulla dimensione pubblicistica della famiglia, con tutti i corollari che ne conseguivano, ha prevalso a lungo e anche dopo l’avvento della Costituzione repubblicana: una preminenza che ha messo in secondo piano non tanto la dimensione individualistica e patrimoniale, quanto e soprattutto quella personalistica che proprio la nostra carta costituzionale mira a consacrare.

Una famiglia che, dunque, anche nel secondo Novecento ha faticato a “godere” del respiro nuovo offerto dalla Costituzione del ’48; una disciplina, quella di famiglia, che si è evoluta molto lentamente da un punto di vista legislativo e, probabilmente, senza mai davvero sussumere fino in fondo la dimensione personalista. Il tema attuale della tutela del “coniuge debole”, anche alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali, non corre forse il rischio, allora, di riproporsi in forme e questioni che appaiono molto, troppo simili a quelle tipiche delle riflessioni liberali?

⁵¹ CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., p. 79.