

CAPITOLO I

L'autodeterminazione individuale: la capacità del marito e della moglie

SOMMARIO: 1. Un'introduzione sulla capacità giuridica. – 2. La parità sessuale principio ispiratore del codice civile unitario. – 3. Da pienamente capace a relativamente incapace: la donna sposata. – 4. La donna (sposata) non è (più) uguale all'uomo. – 5. L'autorizzazione maritale, da deroga a sistema.

1. Un'introduzione sulla capacità giuridica

La capacità è un concetto fondativo dell'ordinamento giuridico, nel senso che si considera l'essere capace un presupposto originario della possibilità di muoversi quale soggetto di diritto. Eppure, al di là della formulazione piana, si tratta di concetto tutt'altro che univoco, tanto che neppure nell'ambito giuridico lo si può considerare ben circoscritto. Essere giuridicamente capaci si è tradotto, tradizionalmente, nelle due *species* della capacità giuridica e di quella d'agire, attraverso le quali l'uomo si materializza per l'ordine giuridico e vi si muove. Innanzitutto vi è perciò l'individuo, al quale viene riconosciuta giuridicità, ovvero possibilità di essere destinatario degli effetti dell'ordinamento. È una potenzialità ormai considerata attributo di qualunque essere umano, tanto che si acquista con la nascita; ed è come se la capacità giuridica traducesse la primarietà – e l'innegabilità – del valore uomo. Il fondamento della capacità in termini di autodeterminazione, ovvero essere in grado di tutelare i propri interessi, fa sì che il soggetto giuridico, azionando la legge, possa essere pienamente attivo, modificando il mondo (giuridico) che lo circonda¹.

¹ La dottrina, eccetto alcune eccezioni sulle quali si avrà modo di soffermarsi in se-

In realtà, e non casualmente, rispetto alla capacità d'agire, quale dinamizzazione di quella giuridica, il legislatore si è sempre mostrato maggiormente cauto, probabilmente perché si tratta di un concetto più radicale di quello che potrebbe apparire, come si avrà modo di evidenziare in seguito. La capacità d'agire si acquista generalmente con il compimento della maggiore età, anche se ci sono diverse ipotesi di individui maggiorenni sprovvisti o limitati nella loro possibilità di azione². Comunque, secondo regole d'esperienza, una persona maggiorenne si suppone consapevole e responsabile, e pertanto capace di agire per la tutela dei propri interessi.

Attualmente parlare di persona non richiede particolari attribuzioni, poiché è termine utilizzato quale sinonimo di uomo/essere umano, generalmente inteso, e cioè in tutta la sua complessità. Si tratta, invece – com'è noto – di concetto che contiene un'evoluzione valoriale intensa, segnatamente sotto il profilo giuridico. Basti dire che *persona* ha precocemente rinviato proprio all'idea di capacità, poiché secondo l'interpretazione corrente delle fonti classiche del diritto romano, non può negarsi che accanto ad un utilizzo volgare della parola – che comportava la sua equiparazione a uomo in senso naturalistico – ve ne fosse uno tecnico-giuridico, con il quale si voleva indicare l'individuo fornito di capacità giuridica³. *Personam non habere* equivale a non avere la qualità di muo-

guito, ha sempre mantenuto ferma la distinzione tra aspetto statico ed aspetto dinamico della capacità, ritenendo che “*il profilo statico della personalità è appunto la capacità giuridica, che designa un carattere meramente passivo del soggetto, un suo modo di essere nei confronti delle conseguenze giuridiche, in breve la riferibilità al soggetto di diritti, obblighi, situazioni giuridiche. La capacità d'agire presenta invece un carattere attivo, in quanto il soggetto mediante tale capacità può cooperare alla formazione delle fattispecie*”. V. P. Rescigno, *Capacità d'agire*, in *Novissimo Digesto Italiano*, II, Utet, Torino, 1958.

²È il caso, ad esempio, della donna sposata secondo il codice Pisanelli, sul quale ci si soffermerà.

³“*La natura di persona è una qualità astratta, ideale, data dalla capacità giuridica, e non risultante dall'individualità corporea e psichica: persona è l'uomo nel diritto, in quanto è riconosciuto come ente giuridico, dotato di diritti soggettivi (homo statu civili praeditus). (...) Persona in senso tecnico-giuridico vale soggetto di diritto. Si tratta dunque d'una categoria giuridica. (...) L'esser punto di collegamento di diritti soggettivi basta formalmente perché si abbia un soggetto, e la qualità d'esser tale forma la personalità. Personalità perciò è sinonimo di capacità giuridica, di soggettività di diritti ed obblighi, di ricevibilità degli effetti dell'ordine giuridico; ed è una situazione giuridica,*

versi quale soggetto di diritto, ovvero a non avere capacità giuridica (nel suo senso statico e dinamico).

Lentamente il concetto ha tradotto direttamente il soggetto giuridico e non solo una sua qualità, compiendosi una distinzione netta tra uomo e persona, relegando il primo al mero ambito naturalistico. E si è trattato di concetto che dall'alveo giuridico ha visto aumentare il proprio campo semantico, con accezioni qualitative crescenti, grazie alla speculazione filosofica. Attualmente la persona ha finito per indicare l'individuo autodeterminantesi, capace di tradurre in effetti la sua volontà, esprime la sua coscienza. L'individuo conscio, che liberamente vuole e che realizza i suoi intendimenti – con ciò traducendo la sua personalità (*recte* la primaticità del suo essere) – è finalmente divenuto valore.

L'ordinamento giuridico è sempre stato costituito avendo quale scopo l'uomo, ed ecco perché l'evoluzione del valore uomo non ha potuto non incidere sui meccanismi profondi dell'ordine giuridico. Tuttavia, il processo culturale grazie al quale la persona è gradualmente affiorata al piano giuridico, fino alla sua identificazione con il soggetto di diritto, non ha comportato l'effetto liberatorio previsto, favorendo piuttosto la permanenza della sottotraccia per la quale vi fosse una distinzione piuttosto netta tra l'agire giuridicamente rilevante e qualsiasi altro tipo d'azione, come se il soggetto giuridico potesse agire – e di fatto agisse – a prescindere dalla sua dimensione esistenziale *tout court*, così consentendo un'elaborazione del concetto di capacità del tutto artificioso, e ritenendola cioè una qualità a tal punto giuridica, da non poterla concepire al di fuori dell'ordinamento⁴.

uno status, non un diritto". V. F. Ferrara, *Teoria delle persone giuridiche*, in *Il diritto civile italiano*, E. Marghieri-Unione tip. edit. torinese, Napoli-Torino, 1915, 336 ss.

⁴“La personalità è un prodotto dell'ordine giuridico, e sorge per il riconoscimento del diritto oggettivo. L'uomo non dalla natura, ma per via del diritto è persona. La qualità naturale dell'uomo, come d'un ente razionale e capace di volontà, è solo la base etica perché il diritto in un certo stadio di cultura a tutti gli uomini riconosca personalità. Ma la subbiectività non è insita all'uomo, non è una qualità aderente all'individuo, ma è una relazione ideale che senza l'ordine giuridico è inconcepibile. Prima di un'organizzazione statale l'uomo non è persona. (...) Nell'attribuzione della capacità è arbitro l'ordine giuridico”. V. F. Ferrara, *op. cit.*, 349-350. È questa la classica impostazione attraverso la quale è stato possibile negare del tutto la soggettività giuridica, ad esempio agli schiavi, o quantificarla, ad esempio tra uomini e donne, nobili e vassalli, nazionali e stranieri.

Questo aspetto, che può considerarsi tipico dell'ordinamento positivista, ossia quello per il quale l'uomo è persona – *rectius* soggetto capace d'agire – grazie alla dimensione giuridica, e non alla (sua) natura, origina in particolare proprio dalla sua matrice giusnaturalista. L'emersione del singolo attraverso il riconoscimento di sacralità di ogni essere umano, avrebbe dovuto comportare una sua liberazione dai vincoli sociali d'antico regime, conferendogli giuridicità originaria e non mediata dal legame sociale⁵. Tuttavia, l'ordine civile, che nelle intenzioni illuministe dei rivoluzionari avrebbe dovuto riconoscere e quindi garantire quei diritti che son di ogni uomo in quanto tale, finì per riconfermare le differenze, rimodulandole:

[Gli uomini della rivoluzione francese] (...) credettero di aver emancipato per così dire la natura stessa, di aver liberato in tutti gli uomini l'uomo naturale, di avergli dato i Diritti dell'uomo che spettavano a tutti, non in virtù della struttura politica cui appartenevano, ma semplicemente in virtù dell'essere nati. (...) Il regno del Terrore finì per significare l'esatto opposto della vera liberazione e della vera eguaglianza: finì per "eguagliare" in quanto lasciava tutti gli abitanti egualmente privi della maschera protettrice di una personalità giuridica⁶.

Si tratta di una delle critiche più radicali che verranno precocemente poste alla codificazione d'ascendenza rivoluzionaria, colpevole di elevare a centro dell'ordine costituito un soggetto per lo più astratto, sconnesso dalla realtà, per come gli veniva riconosciuta tutela giuridica solo in presenza di presupposti specifici, tra i quali il principale era senz'altro la proprietà privata. Riconosciuta tra i diritti naturali e perciò sacra, la proprietà diviene di fatto l'unica dimensione giuridicamente riconosciuta

⁵ In merito al processo di unificazione del soggetto giuridico, cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976; P. Barcellona, *I soggetti e le norme*, Giuffrè, Milano, 1984; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992; P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. L'età delle rivoluzioni*, Laterza, Roma-Bari, 2000; I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine: fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli, Torino, 2002; A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 2, Giuffrè, Milano, 2005; G. Alessi, *Il soggetto e l'ordine. Percorsi dell'individualismo nell'Europa moderna*, Giappichelli, Torino, 2006.

⁶ Cfr. H. Arendt, *Sulla rivoluzione*, Einaudi, Torino, 2009, 116.

della libertà, e quindi della soggettività giuridica, esprimendo sul piano dei fatti il dominio dell'uomo sul mondo, innanzitutto di ciascuno su se stesso, e cioè sancendo il primato della volontà. Si attua, pertanto, un perfetto capovolgimento tra presupposti giusnaturalisti fondativi dell'ordine giuridico dello stato di diritto e loro concretezza, inaugurando una tensione che si rivelerà costante all'interno della dimensione ordinamentale, ossia quella tra discorso giuridico e sua attuazione. Sul piano del discorso giuridico, infatti, nessun dubbio sulla conquista giusnaturalista della priorità del valore uomo, che viene formalmente garantita riconoscendo a ciascuno giuridicità alla nascita; al contempo, però, l'ordinamento sembra essersi guardato dal rendere operante quella primarietà, intervenendo appunto sulla capacità d'agire ed intendendola non quale naturale espansione di quella giuridica, ma come funzione che lo stato attribuisce all'individuo, in presenza di determinati presupposti; presupposti, tra l'altro, che non sono generalmente previsti per la capacità – il che implicherebbe una generalizzazione della capacità stessa – ma che sono funzionali alle singole fattispecie che si vogliono realizzare⁷. Tuttavia, le distinzioni via via più sottili per spiegare una simile impostazione – che includono i concetti di legittimazione, facoltà, potere⁸ – non riescono a sgombrare il campo dall'aspetto ontologico che qualifica la capacità d'agire, rendendola concetto che non può esaurirsi nell'alveo del fenomeno giuridico, perlomeno legalisticamente inteso. Al di là delle *distinctiones* così care ai giuristi, la capacità d'agire rimanda innanzitutto, ed ineludibilmente, all'azione e l'azione rimanda al volere ed il volere rimanda alla libertà. L'agire umano non può prescindere da questi elementi, al punto che agire per l'uomo si concretizza nel suo stesso essere, è il suo essere che diviene effettivo, poiché introduce un elemento di realtà – *rectius* di novità – in ciò che lo circonda. Tutto questo *humus* sottende al concetto di capacità d'agire, al punto da renderne delicata e difficile la storia, poiché l'analisi del piano effettivo del discorso giuridico, fa sì che non sia eludibile la questione di cosa sia l'agire umano al di fuori dell'agire giuridico⁹. Attualmente, so-

⁷ Cfr. A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, Milano, 1939, 39 ss.

⁸ Cfr. F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1954.

⁹ Il mondo creato dall'uomo è il mondo agito, che presuppone la volontà: "La natura della volontà è di doppia specie: appartiene tanto al dominio della necessità e del condi-

prattutto grazie ai riconoscimenti di natura costituzionale, si ritiene compiuta la parabola di ri-unificazione dell'uomo alla persona – com'è indicato anche dalla compiuta sinonimicità dei termini, ritenendo risolta la distinzione tra ambito naturalistico ed ambito giuridico. Questo avrebbe dovuto comportare un'equiparazione tra uomo e soggetto giuridico, e cioè una sua centralità effettiva, garantita dal riconoscimento della piena capacità d'agire, intesa come espressione della personalità di ogni singolo. Tuttavia, nonostante le acquisizioni formali, la capacità d'agire così intesa ancora tarda a farsi effettiva¹⁰.

Questo studio vuole essere un contributo alla comprensione delle ragioni per le quali quella tensione tra mondo giuridico e mondo *tout court* è ancora rinvenibile, con lo sforzo, quindi, di guardare soprattutto al piano effettivo dell'ordine costituito, ossia a tutto quel vissuto, agito nel rispetto della legge eppure a dispetto di lei, in grado di fare emergere i dimensionamenti continui tra azione concreta e sua definizione normativa, e così di far affiorare il reale assetto valoriale di una società storicamente determinata¹¹. In questa prospettiva marcatamente storico-giuridica, tesa

zionato, quanto al dominio della libertà e dell'incondizionato, è ancora natura e non ancora libertà, eppure non più semplice natura e già inizio o possibile libertà". Cfr. J. Binder, *Principi di filosofia del diritto*, a cura di Luisa Avitabile, Giappichelli, Torino, 2012, 151. In particolare, lo Stato – "agito" dall'uomo – pone al singolo esigenze e comandi che non avrebbero senso senza il presupposto della libertà, poiché non si può prescrivere ciò che è di per sé necessitato.

¹⁰*"Per cogliere meglio il significato di questo passaggio [la transizione dall'individuo alla persona], conviene ricordare che, nella tradizione del diritto positivo, dunque in primo luogo delle codificazioni civili, si colgono impostazioni e accenti diversi. Accanto alla sovrapposizione dei due termini, si che soggetto e persona vengono intesi come sinonimi, si manifesta un diverso modo di guardare al problema, che muove dalla definizione della persona come "l'uomo considerato dal punto di vista del diritto".* In S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 150-151. *"Attraverso il riferimento alla persona, penetrano nell'ordine giuridico, ed assumono autonoma rilevanza, figure soggettive diverse, espressive della condizione umana, e perciò cariche a loro modo di forza eversiva, nel senso che trasferiscono in una dimensione comunque formalizzata le articolazioni e le contraddizioni della realtà".* Cfr. S. Rodotà, *ivi*, 153.

¹¹*"Il giurista sensibile al farsi del diritto nel rapporto con la realtà e che non si lascia abbagliare dalle elette architetture del concetto, prima o poi fa il suo incontro con la storia. È lì il regno dei fatti, è lì che l'uomo vive ed agisce in uno scorrere tutt'altro che fluente, del quale non è domino, ma in cui però s'inserisce interferendo e condizionando, individualmente e collettivamente. È lì, dove anche il diritto perde il suo aplomb per manifestarsi per quel che effettivamente è: energia in eterna dialettica con rapporti*

cioè a far emergere la realtà delle relazioni a confronto con uno specifico disegno politico-normativo¹², il primo codice italiano assume un rilievo decisivo in tema di soggettività giuridica, dato dal suo porsi quale punto di svolta rispetto ad un passato ormai superato e, perciò, base fondativa di un ordine nuovo.

La base d'avvio che s'è prescelta per l'analisi è rappresentata dall'ambiente familiare, ossia l'ambito immediatamente reattivo rispetto alla libertà di ogni singolo individuo¹³, prendendo le mosse dal caso più vistoso di riduzione della capacità d'agire del soggetto giuridico, ossia quella femminile, che proprio nella famiglia trova la sua puntuale qualificazione. La capacità femminile – o, se si vuole, la questione femminile *tout court* – appare uno degli aspetti più significativi attraverso cui poter cogliere la portata idealistica del primo codice italiano, ossia lo scarto che puntualmente si registra tra l'impianto valoriale espressamente previsto – centralità della tutela delle libertà individuali – e lo stato effettivo della

sfuggenti e ribelli che tenta di regolare e dai quali, nel regolare, subisce a sua volta continui dimensionamenti". Cfr. O. Abbamonte, *Feliciano benvenuti, fenomenologo del diritto*, in *Amministrare*, 1-2, Il Mulino, Bologna, 2011, 210.

¹² "In quella dialettica fatti/valori, in quel divario teoria /prassi si legge, in una determinata angolazione, l'intera vita della società. Una vita mai pienamente afferrabile, nella quale attraverso il caleidoscopio del giuridico si rinvengono, in peculiari forme, interessi che sono culturali, economici, ideologici, religiosi; tutto quanto, insomma, emerge ad un livello tale da giustificare il trattamento giuridico". Cfr. O. Abbamonte, *Raffaele Ajello e il diritto. Notazioni di metodo storico*, in F. Di Donato (a cura di), *Il diritto utile. Teorie e storiografie del dissenso in una vita per la critica*, in onore di Raffaele Ajello, I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 418.

¹³ Le origini di una storia giuridica della famiglia sono senz'altro da rintracciarsi negli studi di E. Besta, *La famiglia nella storia del diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1962; G. Vismara, *L'unità della famiglia nella storia del diritto in Italia*, in Id., *Scritti di Storia Giuridica*, 5, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 1988; P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1974. "(...) In Italia gli istituti propriamente "politici" di origine rivoluzionaria (persone, famiglia, successioni) assumevano, rispetto al mondo giuridico ancien régime, un significato di assai più decisa rottura che non quelli del diritto dell'economia (proprietà, sistema ipotecario, contratti in genere). Ed è nella difesa flessibile, ma effettiva, della struttura dell'antica famiglia italiana che a partire dalla Restaurazione convergeranno per un cinquantennio i Principi italiani e rilevanti gruppi sociali. Alcune pagine di tale difesa verranno scritte ancor negli anni della lotta per la codificazione civile del 1865, e più nettamente fra il contrasto del Senato del Regno e la Camera elettiva. Intorno a più di un punto del compromesso per allora raggiunto si è tornati del resto a contendere intorno agli anni trenta di questo secolo, nel corso dei lavori preparatori del vigente codice del 1942". V. P. Ungari, *op. cit.*, 32.

comunità dell'epoca¹⁴. In particolare, proprio in tema di autodeterminazione femminile, sembra riscontrarsi la persistenza di alcune dinamiche relazionali, che paiono testimoniare una continuità di *forma mentis* a dispetto di ogni evoluzione ordinamentale. Per questi motivi, si prediligerà l'analisi dei casi giurisprudenziali, ossia del piano effettivo delle norme statuenti la capacità, guardando anche al nascente movimento emancipazionista italiano, per inquadrare all'origine i caratteri di una questione ancor'oggi segnata da forti ambiguità. In altri termini, si ritiene che l'inquadramento storico-giuridico della fase in cui il principio di parità sessuale sembrava davvero far parte dell'agenda politica italiana, nell'atto stesso di costituzione dello stato di diritto, possa essere utile strumento di comprensione della condizione attuale della medesima questione, tutt'altro che risolta.

2. La parità sessuale principio ispiratore del codice civile unitario

La storiografia giuridica sul codice civile unitario ha compiutamente analizzato le diverse fasi in cui si è articolata la promulgazione, ponendo in evidenza tutte le differenze tra i progetti che si sono susseguiti, e collocandoli compiutamente nel mutevole contesto politico di quegli anni¹⁵. Anche politiche, infatti, erano le ragioni delle critiche o delle adesioni che si registravano rispetto ai modelli, ossia il codice albertino, quello asburgico e quello napoleonico, che finì per prevalere, sebbene siano stati evidenziati i tratti di originalità del codice italiano rispetto al modello francese¹⁶. E proprio guardando alle differenze tra i progetti che si sono

¹⁴ S. Muller, *L'idealismo nel primo libro del codice civile*, Caridei, Harvard, 1906.

¹⁵ È stato evidenziato come i motivi risorgimentali avessero condizionato il susseguirsi dei progetti di codice civile: al primo progetto Cassinis, infatti, non giovò essere una revisione del codice albertino e si guardò con sfavore al modello asburgico, considerato espressione del nemico invasore. Cfr. S. Solimano, *Il letto di procuste. Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, 2003, Giuffrè, Milano, 2003, 250 ss.

¹⁶ “*Il codice civile italiano “discendeva in linea diretta da quel codice napoleone sul quale esso, come gli altri codici delle varie regioni d’Italia che lo avevano preceduto, era stato in larga misura modellato. La quale ultima constatazione non deve neppure essere intesa nel senso che il codice del ‘65 altro non fosse in sostanza che una servile*

susseguiti, emerge la svolta conservatrice, imposta in particolare dalla commissione senatoria, “*incline ad assumere un atteggiamento retrivo su tutte le questioni più importanti*”¹⁷, e che non manca di rendere il codice da subito oggetto di critiche significative. Sono note, infatti, le posizioni di quei giuristi che additarono presto la codificazione, per non essere adeguata alla società che doveva regolare. Le censure non attenevano a singoli istituti, ma alle fondamenta stesse della società civile che s’intendeva costruire, nella misura in cui non era stato tenuto in nessun conto il principio di solidarietà sociale, a tutto vantaggio di uno sfrenato individualismo¹⁸. Si tratta evidentemente di una visione politica della società radicalmente opposta a quella – borghese – che aveva ispirato la codificazione, e che troverà una sua puntuale definizione nelle istanze socialiste che stavano prendendo la loro forma compiuta e che largo peso avranno anche rispetto ai temi più attinenti alla questione femminile, quali ad esempio la riforma del divieto d’indagare la paternità, *ex art.* 189 c.c.¹⁹.

imitazione di quello francese”. Cfr. A. Acquarone, *L’unificazione legislativa e i codici del 1865*, Giuffrè, Milano, 1960, 38.

¹⁷ Cfr. A. Acquarone, *op. cit.*, 43.

¹⁸ Si tratta delle note critiche al codice in senso sociale, tradotte in particolare nelle opere di Salvioli, Cimbali, Vadalà Papale. Per una ricostruzione compiutamente critica della complessità della fase promulgativa del codice civile del 1865, e poi di quella attuativa, nel confronto continuo con le significative evoluzioni che si registravano sul piano della dottrina civilistica – tra le quali quelle, appunto, di matrice sociale – si vedano A. Acquarone, *L’unificazione legislativa e i codici del 1865*, Giuffrè, Milano, 1960; C. Ghisalberty, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*, Laterza, Roma-Bari, 1979; S. Solimano, *Il letto di procuste*, cit.; P. Passaniti, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della “società coniugale” in Italia*, Giuffrè, Milano, 2011; S. Solimano, *Un secolo giuridico (1814-1916). Legislazione, cultura e scienza del diritto in Italia e in Europa*, in P. Alvazzi del Frate-M. Cavina-R. Ferrante-N. Sarti-S. Solimano-G. Speciale-E. Tavilla, *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea* (seconda edizione), Giappichelli, Torino, 2018, 319-368; G. Speciale, *Verso un nuovo ordine*, in P. Alvazzi del Frate-M. Cavina-R. Ferrante-N. Sarti-S. Solimano-G. Speciale-E. Tavilla, *Tempi del diritto*, cit., 389-423.

¹⁹ Cfr. S. Bartoloni, *Il movimento delle donne e la filiazione naturale nell’Italia liberale*, in *Genesis*, Rivista della Società Italiana delle Storie, XVII/1, 2018, Viella, Roma, 81-103; A.M. Isatia, *La questione femminile nelle discussioni parlamentari postunitarie: il codice civile del 1865*, in *Dimensioni e problemi della ricerca storica*, 2, Carocci, Roma, 1991, 180-183.

Tuttavia, pur con le note difficoltà, che già durante le discussioni parlamentari di approvazione del codice erano emerse, la torsione conservatrice si attua, segnatamente nella disciplina familiare. Non è un caso, infatti, che proprio il libro primo – quello riguardante appunto le persone – fosse stato considerato da Cassinis, nella stesura del suo primo progetto, il più innovatore, vista la sua natura fondativa del nuovo ordine sociale:

le associazioni civili sorgono dalla famiglia, la famiglia dal matrimonio: dunque, come le associazioni civili, così la famiglia, e così pure il matrimonio, da cui questa riconosce coll'esistenza anche le condizioni della sua legittimità, sono il primo indeclinabile oggetto della legge civile²⁰.

In quella sede, ad esempio, erano stati riformati, rispetto alle legislazioni della gran parte degli stati preunitari, il regime patrimoniale dei coniugi, non prevedendo l'autorizzazione maritale, ed il sistema successorio *ab intestato*, equiparando i figli maschi alle figlie femmine, stabilendo la legittima, almeno in usufrutto, in favore del coniuge superstite ed in particolare prevedendo un diritto di legittima anche a favore dei figli naturali; tutte questioni poste come decisive ai fini della promulgazione:

al cospetto di sì alti problemi che compenetrano l'intera vita e la costituzione sociale della nazione, a petto a cui scema, quasi direi, d'importanza la stessa costituzione politica, il governo, o signori, non vi chiede una semplice omologazione, ma un profondo ed accurato esame di questo novello codice²¹.

²⁰ Cfr. *Progetto di revisione del codice civile albertino*, in A. Acquarone, *L'unificazione legislativa*, cit., 103.

²¹ Esame a seguito del quale, anche a causa di queste innovazioni, il progetto non venne approvato, come accuratamente dimostrato in S. Solimano, *Il letto di procuste*, cit., 234-262. Si riteneva che venisse seriamente compromessa dal progetto l'autorità del marito padre. Che la condizione femminile fosse un elemento decisivo della costruzione del nuovo stato, perché attraverso quella si bilanciava il ruolo del capo famiglia, emerge infatti già da questo primo progetto: "*e sul tema specifico del potere del marito all'interno del consorzio domestico si crea un fronte più ampio che vede uniti il bolognese Zanolini, il genovese Cabella e il torinese Precerutti. Solo Regnoli (da sempre difensore della condizione muliebre), Mancini e i deputati lombardi (Restelli, Possenti e Lissoni) propugnano l'emancipazione della donna*". Cfr. S. Solimano, *ivi*.

La centralità della disciplina familiare era in effetti ben chiara anche al ministro Pisanelli, che similmente al Cassinis, le attribuiva valenza costituzionale – tanto da presentarlo autonomamente²²– dichiarandosi strenuo fautore di quel principio di parità sessuale, più volte invocato durante i lavori preparatori, tra i criteri ispiratori dell'intera disciplina²³. Le donne, infatti, appaiono, nel nuovo stato italiano, finalmente parificate agli uomini: ai loro fratelli in tema di successione e quando si sposano (art. 147); una volta maggiorenni, sono pienamente capaci se restano nubili o se per disgrazia rimangono vedove (art. 220); nei confronti dei loro figli, finalmente titolari della patria potestà. Sebbene il progetto Cassinis fosse più avanzato sulla parità e generalmente animato da un'impronta più solidale rispetto al codice Pisanelli, la storiografia non ha mancato di evidenziare gli avanzamenti che comunque il testo italiano segnava rispetto al modello napoleonico, anche in tema di emancipazione femminile, sebbene, già dall'analisi accurata delle discussioni che, nelle varie fasi, hanno condotto alla promulgazione del codice, si evince la buona dose di formalismo – se non proprio il paternalismo – con cui si guardava in realtà alla parità sessuale. Basti sol pensare all'ilarità che di frequente risuonava in Parlamento quando si affrontava il tema della condizione femminile:

Ho fatto dunque la mia professione di fede, ho detto le ragioni di necessità e di urgenza per le quali io do con molta soddisfazione il mio voto favorevole a questo progetto di legge; però, prima di terminare (...), mi permetto di offrire all'onorevole guardasigilli ed anche alla commissione alcune osservazioni le quali proveranno che non voto nemmeno ad occhi chiusi, e che dando il mio voto favorevole, come di gran cuore torno a dichiarare che darò a

²² Cfr. Atti Parlamentari, Senato, Legislatura VII, Discussioni, tornata del 15.07.1863, *Discorso dell'on. Pisanelli*, 249 ss. La dottrina si è tradizionalmente interrogata sulla collocazione sistematica da conferire alla disciplina familiare, ritenendo alcuni doveri escludere dall'ambito tanto del diritto privato che del pubblico. Cfr. F. Ferrara, *Diritto delle persone e di famiglia*, Jovene, Napoli, 1941; M. Giorgianni, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.*, 2, 1961, 392-420; A. Cicu, *Lo spirito del diritto familiare*, in *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1965.

²³ Più volte, durante i lavori di approvazione, si precisa che “*il principio di eguaglianza tra i maschi e le femmine informa tutto il progetto*”; o che “*si vuole inaugurare col nuovo codice l'uguaglianza nella famiglia*”. Cfr. *Lavori preparatori del codice civile italiano pei giureconsulti Mancini, Pisanelli, Prececutti ed altri*, verbale n.10, seduta 25.04.1865, Legatoria Fiore, Napoli, 1897, 45.

questo progetto di legge, non intendo per questo di rendermi responsabile di tutte le disposizioni ch'esso contiene, né molto meno di approvarle. Le mie osservazioni che faccio qui si riferiscono a quattro punti. La prima è quella che si riferisce a quella parte del codice civile che riguarda la condizione delle donne (Ilarità). Confesso che il veder trattata la donna a quel modo mi ha fatto molto dispiacere (Nuova Ilarità). Sono stato ferito nei miei sentimenti più delicati. Credo che il mio onorevole amico, il deputato di Ancona, non abbia esagerato ieri allorché disse che con questo codice le donne sono costituite in un vero stato di servitù e di dipendenza (...).

Confesso che da uomini così miti e d'animo affettuoso come l'onorevole guardasigilli e l'onorevole relatore Pisanelli (viva ilarità) non mi aspettavo ciò.

Dico schietto, signori, l'avrei compreso se l'uno e l'altro fossero ammogliati (...); ma dall'onorevole guardasigilli e dall'onorevole Pisanelli non me l'aspettavo, ché essi, come me, appartengono alla sconsolata famiglia dei celibi (Nuova e prolungata ilarità)²⁴.

È vero, infatti, che la nuova disciplina rappresentava senz'altro un'evoluzione della posizione giuridica della donna, ma non si può però negare che la portata progressista s'ingrigisce già al vaglio di un'interpretazione logico-sistematica. È sul piano del sistema, infatti, che può cogliersi la struttura della società disegnata dal legislatore e comprendere appieno il ruolo che alla donna viene assegnato; ed il sistema-codice sembra testimoniare decise continuità con il passato piuttosto che spirito innovatore, tanto da far apparire il lungo procedimento codificatorio come la graduale imposizione del principio patriarcale, rispetto alle istanze riformiste che avevano animato l'unificazione nazionale²⁵. È specificamente su questi aspetti, infatti, che si compie quella svolta conservatrice imposta dal Senato del Regno: la famiglia è garantita dal principio del divieto d'indagare la paternità, mai radicalmente discusso, in particolare nella sua portata lesiva della madre illegittima, che non solo è del tutto abbandonata dal codice alla sua marginalità, ma alla quale viene altresì pro-

²⁴ Cfr. A.P. Camera, Discussioni, tornata 11 febbraio 1865 (doc. n. 38), in A. Acquarone, *L'unificazione legislativa*, cit., 295-296.

²⁵ Cfr. A. Caracciolo, *Stato e società civile. Problemi dell'unificazione italiana*, Einaudi, Torino, 1971; R. Romanelli, *L'Italia liberale (1861-1900)*, Il Mulino, Bologna, 1990; A.M. Banti, *La nazione del Risorgimento. Parentela, santità e onore alle origini dell'Italia unita*, Einaudi, Torino, 2000.