

Evoluzione della concezione dell'istituto del matrimonio

Matteo Muci, Serena Notaro, Francesco Ribezzo, Altea Tafuro

Scuola Superiore ISUFI,
Università del Salento

Costumi, usanze e tradizioni sono le parole chiave dell'istituto giuridico che genera l'unità familiare. Nato in un modo, si è reinventato continuamente, adattandosi ai tempi e alle circostanze, cambiando pur rimanendo solido. Questo lavoro si propone di analizzare due momenti di questa evoluzione: l'età romana e quella moderna, due mondi separati da secoli di storia che ci mostreranno quanto è stato conservato e quanto è andato perduto all'insegna di un unico fil rouge: il matrimonio.

Natura metagiuridica del matrimonio

Il matrimonio quale fondamento della famiglia intesa come società naturale dall'articolo 29 della Costituzione, prima che un atto giuridico è un fatto umano e sociale, un atto da cui scaturiscono in primis rapporti morali e affettivi, come lo stesso giurista romano Modestino constatava "*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*" (le nozze sono l'unione di un uomo ed una donna, e la comunanza di tutto quanto attiene al-

la loro vita, l'aver in comune regole trascendenti e umane), un fenomeno dunque a cui il diritto s'interessa, ma che al diritto preesiste, ne è fonte.

Matrimonio è "sia l'atto (*matrimonium in fieri*) [...], sia il rapporto (*matrimonium in facto*) [...]" che nell'atto ha la sua fonte. L'atto [...] suggella una scelta responsabile e consapevole di vita" [1], un lessema di grande pregnanza semantica, tanto nella moderna concezione, tanto in quelle più antiche "il matrimonio era riguardato dai romani come un fatto sociale piuttosto che come un *quid* di giuridico" [2]. Riconoscimento della natura metagiuridica dell'istituto sarebbe percepibile già nella terminologia in uso presso gli antichi, come dimostra Francesca Lamberti "secondo una lettura condivisa, l'espressione *coniunctio maris et feminae* ravviserebbe la funzione essenziale del matrimonio nella procreazione e nella cura dei figli, e il suo fondamento nel diritto naturale (spia ne sarebbero sia l'uso *mas* e *femina* in luogo di *vir* e *uxor*, che l'impiego del termine *coniunctio*)" [3]. Sebbene dunque la natura dell'istituto sia chiara e persistente nel tempo, le forme in cui si manifesta sono tutt'altro che costanti e imperiturre, dimostrano invece un carattere estremamente evolutivo, *in fieri*.

Dal matrimonio *cum manu* al matrimonio *sine manu*

Nella cultura romana, fino al periodo arcaico, "il matrimonio comportava la sussunzione della donna, da cui si voleva una prole, sotto il potere del marito o del di lui *pater* [1], acquisizione della donna da parte del marito, attraverso le stesse forme rituali caratteristiche dell'acquisto della proprietà, affinché l'uomo - o, qualora fosse ancora un *filius familiae*, il suo *pater familias* - potesse esercitare sulla donna un potere di assoggettamento, definito *manus*. Tali forme rituali erano: la *coemptio*, una forma di compravendita (*mancipatio*) con cui l'uomo, che intendeva generare prole, realizzava l'unione con la cosiddetta "fattrice" (così definita da Vincenzo Giuffrè [2]); la *confarreatio*, rito religioso con cui era la stessa donna a manifestare la volontà di assoggettarsi, condividendo una focaccia di farro, sacra a Giove, con il nubendo; l'*usus*, vero e proprio acquisto a titolo originario della *manus* decorso un anno di coabitazione.

Come argomenta Giuffrè [2], la soggezione ai poteri relativi alla *manus* comportava per la donna una netta recisione dei legami, in particolare giuridici, con la famiglia d'origine: da un lato il *pater familias* originale della donna perdeva i poteri di sottoporre direttive, imposizioni e castighi alla stessa, in favore del marito o del nuovo *pater familias*; dall'altro lato, la donna non poteva più vantare diritti successori alla morte del padre.

Con il mutamento delle condizioni economiche e sociali, si avvertì l'esigenza da parte della donna di conservare le proprie pretese ereditarie, si evitò di far uscire la *mulier* dalla *patria potestas*, in modo che essa potesse partecipare alla successione *ab intestato* al padre, pertanto si escogitarono degli stratagemmi che consentissero alla stessa di prendere parte alla spartizione dei beni della famiglia d'origine.

Si costituiva così il nuovo nucleo familiare evitando l'apposizione della *manus* da parte del marito, per mezzo di un'interruzione della coabitazione per tre notti consecutive all'anno - in un secondo momento anche solo per apparenza, come testimoniano Gaio e Quinto Mucio [4] con riferimento alle XII tavole, Gellio [5] - tale da aggirare l'*usus* e da far divenire desuete le forme della *coemptio* e della *confarreatio*. L'escamotage diven-

ne talmente diffuso da assurgere a prassi, tanto che la *fictio iuris* della fuga si considerò superflua, essendo ormai pacifico che la coabitazione non comportasse usucapione della moglie.

Da questo momento si definisce una forma di *matrimonium sine manu*, in cui i poteri della *manus maritalis* non scompaiono, ma si attenuano in una "potestà maritale" [2], come conseguenza di una palese conquista di posizione della donna - almeno una volta divenuta *sui iuris* alla morte del *pater* - circa la possibilità di mantenere la propria coscienza e volontà (*suitas*), rendendo così rilevante anche la propria intenzione nella formazione della nuova *familia*.

La rilevanza del consenso: il negozio familiare

Si passa da un quadro rituale variegato, indegnamente imperniato su forme prese a prestito da altri riti, religiosi o pratiche commerciali, funzionali all'ottenimento della donna come strumento per la procreazione, ad un atto di autonomia privata tipico e peculiare, fondato sulla manifestazione di volontà di entrambi, funzionale alla costituzione consensuale di una nuova unità domestica.

Imprescindibile è dunque il consenso specifico, come sostiene Ulpiano [6] (la volontà coniugale, non il fatto dello giacere insieme, sostanzia il matrimonio). *Consensus* si traduce anche nelle connotazioni della *mens coeuntium* (l'animo concorde di chi sta insieme) e nell' *affectio maritalis* (affetto del marito), puntualizza Giuffrè [2]. Si nota, dunque, un evidente spostamento dell'attenzione alla sfera sentimentale, precedentemente irrilevante, seppur da un punto di vista prevalentemente maschile, come suggerisce lo stesso dato letterale dell'aggettivo *maritalis*, sintomo della permanenza di una qualche forma di supremazia dell'uomo.

A rendere solenni tali manifestazioni di volontà era un atto simbolico e plateale, il passaggio da parte della donna oltre la soglia della casa del marito. Non era sufficiente che il consenso si manifestasse solamente alla conclusione del negozio giuridico, doveva altresì perseverare di fatto in ciascun momento della *conventio familiaris* ed essere esternato attraverso il reciproco

trattamento in pubblico, tant'è che qualora fosse venuto meno, ciascuno dei coniugi sarebbe potuto andare per proprio conto (*divertere*, da cui *divortium*).

Qualunque possibile vizio della *voluntas perseverans* era oltretutto ripudiato e osteggiato dall'istituzione del divieto di donazioni tra coniugi, con l'obiettivo di evitare che eventuali divergenze tra moglie e marito fossero risolte con donazioni (divieto fino al '42, pag. 339 Giuffrè [2]).

L'elemento consensuale, non solo sarebbe emerso nello stretto rapporto di *coniugio*, bensì sarebbe permeato nell'assetto dell'intera compagine familiare che ci prospetta Eva Cantarella: "una famiglia all'interno della quale vivevano rapporti idilliaci, in cui i figli amavano i padri e i padri rispettavano la personalità dei figli, i mariti amavano le mogli, e viceversa, i bambini, amati e protetti, non erano sottoposti a punizioni corporali [...] una famiglia nucleare che a me ricorda e che per brevità d'ora in poi chiamerò Modello Mulino Bianco" [7].

Modello familiare definito dalla stessa Cantarella "nouvelle vague non romanistica" i cui più accesi sostenitori sono Richard Saller e Susan Treggiari, autori di una riconversione della famiglia romana patriarcale e gerarchica a cui l'immaginario collettivo era abituato a pensare: da un punto di vista quantitativo, ridimensionando l'estensione e il numero dei componenti a quello di una più moderna famiglia nucleare; da un punto di vista "sociologicamente fuorviante delle norme giuridiche" (denominazione polemica di Cantarella), contestando l'effettivo impiego dei poteri della *patria potestas* previsti da norme generali e astratte non coincidenti con la realtà fattuale.

Dal modello di famiglia patriarcale a quello individualistico-associativo

Ad evolversi, negli ultimi secoli, non solo l'istituto del matrimonio, ma altresì la formazione sociale a cui esso dà vita: la famiglia. Nel 1975, sulla scia della rivoluzione socio-politica che attraversa l'Italia, la riforma del diritto di famiglia ridefinisce il contenuto dell'articolo 29 della Co-

stituzione, interpretandolo alla luce del principio di uguaglianza. L'assunzione normativa della parità morale e giuridica reciproca dei coniugi (art. 143 del Codice Civile) dimostra come l'attenzione del legislatore si sia focalizzata sulla figura del coniuge in quanto persona [8], individuo, soggetto di diritti e doveri, indipendentemente dalla natura di marito o di moglie. In questi termini, il testo riformato si pone in netto contrasto con la tradizione precedente, di stampo patriarcale, che voleva riservato al marito l'esercizio di ogni potestà all'interno del nucleo familiare.

L'autonomia dei coniugi è, in questa moderna prospettiva, il valore attorno a cui si costruisce la regolamentazione del matrimonio, che si presenta sotto due aspetti: in quanto atto e in quanto rapporto [9]. Nel matrimonio inteso come atto, l'autonomia consiste nella libera manifestazione del consenso ed è limitata dall'interesse pubblico relativo alla certezza del rapporto coniugale. Nella seconda accezione, privilegiata dall'attuale disciplina, invece, l'autonomia è maggiore e trova limite unico nella tutela dei diritti fondamentali: lo scopo è quello di avallare la concezione del matrimonio quale frutto di un accordo paritario.

Se ne deduce che la riforma abbia scisso l'atto formale dal rapporto sostanziale, attribuendo a quest'ultimo la natura di parametro attraverso cui valutare la persistenza dell'elemento morale, prima che giuridico, dell'istituto in esame [9].

La libertà matrimoniale diventa dunque baluardo di un nuovo modo di intendere la relazione coniugale e concretamente si ritrova soprattutto nell'incremento del numero dei casi in cui il matrimonio può essere dichiarato invalido: lo scopo è quello di evitare che venga a mancare, nell'instaurazione di un vincolo simile, l'elemento della volontà, oggi, imprescindibile.

La dichiarata parità tra coniugi ha anche lo scopo di emancipare la moglie, precedentemente subietta al marito, e indicarla quale destinataria diretta di diritti e doveri; interessante a questo proposito si rivela l'equiparazione patrimoniale tra i coniugi: mentre prima della riforma era il marito a dover rispondere economicamente dei bisogni di consorte e prole, con le nuove norme, questo obbligo si estende alla donna (che assolverebbe pienamente a tale dovere anche qualora si occupasse unicamente della cura della famiglia).

Diretta conseguenza di questo mutamento in-

terpersonale è la completa rivoluzione dell'assetto familiare universalmente inteso. Se nel codice del 1865, e in parte in quello del 1942, la *patria potestas* era totalmente in capo al padre e il figlio era tenuto ad onorare e rispettare i genitori fino all'età adulta, con la riforma del diritto di famiglia cambiano i presupposti alla base di tale concezione: non è più il mantenimento dell'unità familiare il fine ultimo attribuito dallo Stato alla famiglia, bensì la realizzazione del progetto educativo relativo alla prole a cui devono tendere pariteticamente madre e padre [10].

La moderna concezione: il principio del consenso nell'atto formativo e disgregativo del matrimonio

La dottrina civilistica più accorta ha da tempo riconosciuto l'impossibilità di esaurire la categoria degli atti di autonomia negoziale nel solo schema patrimoniale. Difatti, in linea con l'evoluzione del contesto sociale, la centralità e la rilevanza costituzionale attribuita al valore della persona umana hanno indotto ad una separazione fondamentale tra patrimonialità e negoziabilità: perché un bene sia negoziabile è necessario (e sufficiente) che esso tenda al soddisfacimento di interessi meritevoli di tutela.

La premessa appena enunciata consente allora una riflessione sul diritto di famiglia ed il matrimonio, intesi come ambiti dell'esistenza in cui più forti sono gli interessi esistenziali, venendo meno la centralità dell'aspetto patrimoniale. La concezione oramai superata della famiglia come ente portatore di interessi superindividuali, in favore del riconoscimento per essa della sola funzione di sviluppo della personalità dei suoi componenti (art. 2 Cost.), ha reso possibile - già con la novella al codice civile del 1975 (legge n. 151/1975) - il "pieno dispiegarsi del principio del consenso" [11] per quanto concerne gli accordi sull'indirizzo della famiglia (art. 144.1 Cod. Civ.), l'esercizio della responsabilità genitoriale e, ancor più evidentemente, gli atti formativi e disgregativi della comunità familiare. Con matrimonio si vuole indicare tanto l'atto formativo (*matrimonium in fieri*) quanto il rapporto (*matrimonium in facto*) sottostanti alla "scelta responsabile

e consapevole di vita" [11] che fonda la famiglia come società naturale (art. 29 Cost.). In virtù del Concordato tra Stato italiano e Santa Sede (esecutivo con legge n. 810/1929) pare differente il valore attribuito al profilo consensualistico per gli ordinamenti canonico e statale: il primo esalta fortemente la purezza dell'atto di volontà nel rapporto sacramento - coscienza individuale (il canone 1055 discorre, non a caso, di *consortium omnis vitae*), il secondo le responsabilità e la consapevolezza che esso comporta e richiede, con le inevitabili differenze quanto a regime delle invalidità tra i due modelli. I giuristi riconducono il negozio matrimoniale alla figura degli atti cosiddetti personalissimi, tipici e legittimi. La libertà matrimoniale, che è l'immagine più vivida della libertà di scelta dei coniugi, massima se si considera la non vincolatività della promessa matrimoniale, incontra tuttavia un limite invalicabile quanto all'impossibilità di modificare lo schema legale prestabilito dal legislatore. La relazione coniugale è informata ai principi di uguaglianza¹, sicché il consenso prestato alla formazione della comunità familiare implica l'equidistribuzione dei medesimi diritti e doveri (fedeltà, assistenza, coabitazione, collaborazione, come espressi dall'art. 143 Cod. Civ.).

Parimenti la rilevanza del consenso è riscontrabile nel momento disgregativo dell'unità della famiglia², con la sospensione degli effetti o al più, ma solo indirettamente, con lo scioglimento del matrimonio.

La prima è peculiare dell'istituto giuridico della separazione personale dei coniugi, che è possibile bipartire nelle due macro-categorie di separazione cosiddette legale (a sua volta comprendente la separazione giudiziale e quella consensuale) e di fatto. Solo le due *species* consensuale e di fatto esprimono la rilevanza del momento volitivo se si considera che per la prima risulta in ogni caso imprescindibile - e in aggiunta al consenso espresso dei coniugi alla sospensione degli obblighi discendenti dalla convivenza - l'omologazione giudiziale. La separazione di fatto, a sua volta, risulta ad oggi ancora scarna

¹La Corte Costituzionale ha ritenuto il principio di uguaglianza preminente su quello dell'unità familiare, vd. da ultimo sent. C. Cost. n. 254/2006

²L'ordinamento dispone, in ogni caso, la cessazione del vincolo matrimoniale come *extrema ratio*, nel rispetto del *favor matrimonii*

di riferimenti normativi. Pure si ritiene che il consenso, o quantomeno l'accettazione dell'altro coniuge interessato dalla chiara decisione del primo, sia necessario. La separazione legale dei coniugi, giacché causa statisticamente più frequente e notevole di divorzio, consente l'ingresso del principio del consenso anche nel momento del definitivo scioglimento del matrimonio.

Individuazione dei fossili giuridici

Pare naturale che l'evoluzione dei sistemi giuridici si accompagni alla conservazione di istituti antichi, oramai superati dal comune sentire di una società. Uno di questi è senz'altro la dote matrimoniale.

L'evoluzione dell'istituto matrimoniale si è lasciata dietro delle consuetudini la cui sussistenza, nel momento in cui si sono formate, era giustificata da determinate esigenze sociali, ma in momenti successivi ha perso ragion d'essere o addirittura è stata respinta dagli ordinamenti.

Tra i risvolti patrimoniali, ad esempio, già in età tardo-antica si rinvenivano delle attribuzioni patrimoniali, a vario titolo, nei rapporti antecedenti e concomitanti il matrimonio: donazioni obnuziali e dote.

Le attribuzioni con causa individuabile nel matrimonio consistevano in elargizioni reciproche di beni tra i nubendi, condizionate all'evento nozze e finalizzate a sostenerne i pesi. Sollevarono già in periodo post-classico problemi in ordine alla loro restituzione dopo lo scioglimento del matrimonio. Problema ulteriore si poneva circa la liceità delle donazioni in costanza di matrimonio che, a partire dal consolidamento del *matrimonium sine manu*, divennero certamente illecite, come argomenta Giuffrè [2], non per evitare che si sanassero i contrasti coniugali con donazioni, bensì per tutelare il patrimonio del marito che, donando a una donna ancora subietta al *pater familias*, finiva per trasferire il bene al di lei *pater*.

Benché già Giustiniano non condividesse la ratio del divieto di donazioni obnuziali, questo acquistò una tale *opinio iuris* da essere continuato e riprodotto anche in esperienze giuridiche successive, fino a trovare collocazione anche nel codice civile italiano del 1942. Almeno finché

nel 1973 la Corte Costituzionale, chiamata a dirimere una questione di legittimità costituzionale dell'art.781 del Codice Civile, sanzionò con declaratoria d'illegittimità costituzionale un divieto la cui ratio ormai non trovava più fondamento alcuno.

L'evoluzione della famiglia dal modello piramidale al modello individualistico associativo a base consensuale ha anche comportato, nel 1975, l'abrogazione del fossile della dote, caduto ormai in disuso per via della conseguente inalienabilità dei beni e del retaggio di discriminazione, sebbene sia prevista la facoltà di costituire fondo patrimoniale, per la famiglia, attraverso attribuzioni di entrambi i coniugi o di terzi.

Un altro esempio è l'istituto della filiazione dacché la legge n. 219/2012 ha disposto lo statuto unitario della filiazione, che realizza le istanze costituzionali degli articoli. 2, 3, 30.3 della Costituzione e, parallelamente, quelle degli articoli 7 e 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo, volte ad eliminare ogni discriminazione in base al contesto della nascita (figli nati nel o fuori del matrimonio). Il testo novellato dell'art. 315 statuisce, in maniera solenne che "Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico" da qui la necessità di un adeguamento terminologico di tutta la legislazione vigente in materia di filiazione, mediante la sostituzione delle parole "figli legittimi" e "figli naturali" con la parola "figli" (articolo 1.11 Legge n. 219/2012). È sembrato irragionevole al nostro legislatore operare una distinzione tanto marcata tra soggetti sostanzialmente uguali per causa di un istituto, quello del matrimonio, che, per natura, si presta allo sviluppo armonioso ed identico per tutti i figli. È evidente l'influsso in tal senso della giurisprudenza internazionale, su tutte quella della Corte di Strasburgo.

Eppure, nel comune sentire, la suddetta distinzione ha sempre rivestito un ruolo decisivo fino alla recente novella, che ha finalmente allargato gli orizzonti della parità anche ai figli incestuosi ed adottivi. La vecchia distinzione tra figlio legittimo e figlio naturale ricalca le categorie del diritto romano classico che conosceva una discriminazione in base al concepimento, se avvenuto o meno in costanza di giuste nozze: solo il figlio legittimo poteva acquistare la cittadinanza con il conseguente dovere degli alimenti da parte dei genitori; i figli spuri (quelli nati da un'u-

nione illegittima) erano liberi, ma acquisivano il medesimo *status* della madre, mentre i *naturales* (nati dall'unione tra un uomo libero e una concubina), solo tramite *legitimatio*, potevano essere riconosciuti come legittimi.

Come si può osservare, nemmeno ad un istituto antico come il matrimonio è ammesso di sottrarsi allo scorrere del tempo; è un'evoluzione, quella che lo coinvolge, che lo attraversa senza corromperne l'essenza: dal mondo romano a quello moderno il matrimonio resta, e si afferma, un punto cardine della vita sociale degli individui che ne sono coinvolti, portandosi dietro tradizioni, usanze e costumi che, sebbene riformulati nei secoli, restano chiave interpretativa dell'unità familiare.



- [1] P. PERLINGIERI, L. ROSSI CARLEO, G. CHIAPPETTA: *Manuale di diritto civile*. VIII ediz., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli (2017).
- [2] V. GIUFFRÈ: *Il diritto dei privati nell'esperienza romana. I principali gangli*. Jovene, Napoli (2010).
- [3] F. Lamberti, *Unioni di fatto. Dal diritto romano ai diritti attuali*. Atti dell'incontro italo-tedesco Imperia, 27-28 novembre 2015 in Futuro Anteriore. Collana di storia del diritto diretta da Riccardo Ferrante ed Elio Tavilla, G. Giappichelli, Torino (2016)
- [4] GAJUS: *Insituzioni, Commentari IV*. Libreria Minerva, Verona (1857).
- [5] AULO GELLIO: *Noctes Atticae*. Cornelium Boutesteyn & Johannem Du Vivié, Lugduni Batavorum (1706).
- [6] Ulpiano: *Digestum vetus*, Henricus Clayn, Perugia (1476), *Digestum infortiatum*, Vito Puecher, Roma (1475) *Digestum novum*, Vito Puecher, Roma (1476).
- [7] E. Cantarella, *Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato*, in Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche, Economiche e Sociale dell'Università degli Studi Magna Græcia di Catanzaro, Giuffrè, Milano, (2014).
- [8] PAOLO CENDON: *Commentario al Codice Civile*. Giuffrè, Milano (2009).
- [9] MARCELLA FORTINO: *Diritto di famiglia*. Giuffrè, Milano (2004).
- [10] GIAMPAOLO FREZZA: *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*. Giuffrè, Milano (2005).
- [11] P. PERLINGIERI: *Manuale di diritto civile*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli (2014).

Matteo Muci: studente di Giurisprudenza, secondo anno

Serena Notaro: studentessa di Giurisprudenza, terzo anno

Francesco Ribezzo: studente di Giurisprudenza, terzo anno

Altea Tafuro: studente di Giurisprudenza, secondo anno