

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

42

(2013)



GIUFFRÈ EDITORE

MARIA SOLE TESTUZZA

MATRIMONIO E CODICI.
L'AMBIGUO STATUTO DELLA CORPOREITÀ

« Insomma, non è forse la nozione di spirito che abbiamo portato nel vostro pensiero? [...]

Lo spirito? No, non ci avete portato lo spirito. Noi conoscevamo già l'esistenza dello spirito [...] quello che ci avete portato è il corpo ».

M. LEENHARDT, *Do kamo. La persona e il mito nel mondo malesiano*.

1. Antichi luoghi: lo *ius in corpus* e il *carnale debitum*. — 2. Doveri coniugali: il panorama diversificato dei “codici giusnaturalistici”. — 3. Il matrimonio e lo “spiritualismo disordinato” del *Code Napoléon*. — 4. Fedeltà, obbedienza e coabitazione: le isolate tracce lasciate dallo *ius in corpus*. — 5. La centralità del corpo nonostante l’“arrossire” del Legislatore e la sua volontaria omissione.

1. *Antichi luoghi: lo ius in corpus e il carnale debitum.*

Nella lunga tradizione occidentale il corpo è stato vissuto, in conformità alla struttura dei vari saperi e secondo una tipica logica disgiuntiva che pure non nega la composizione in unità, « come *organismo* da sanare, come *forza-lavoro* da impiegare, come *carne* da redimere, come *inconscio* da liberare, come *supporto di segni* da trasmettere » (1). Sarebbe perciò strano che, sino al prepotente processo di giuridificazione in atto (2), l’« impronta della sua vita

(1) U. GALIMBERTI, *Il corpo*, Milano, Feltrinelli, 2005, p. 11.

(2) Per un quadro generale intorno al ricchissimo dibattito, coi suoi molteplici profili, su un nuovo “statuto del corpo” ci si limita a rinviare ai vari contributi raccolti

solitaria » ⁽³⁾ sia sempre riuscita, per la radicata e condivisa fiducia nella « inalterabilità dei processi naturali » ⁽⁴⁾, a sottrarsi agli sforzi regolativi del diritto.

« “Servo muto”, luogo di applicazione — niente affatto passivo — » ⁽⁵⁾ di normazione, il corpo è stato nei secoli frequentemente associato alla sfera della sessualità. In essa, del resto, è avvertita la sua alterità ed è messa alla prova l’idea stessa di una condiscendente docilità fisica. Ad essa, infine, sono immediatamente riconducibili le sue principali manifestazioni biologiche: nascita, morte e generazione.

Non stupisce pertanto che chi ha svolto ricerche sulle prime sedi di trattazione giuridica del corpo abbia focalizzato l’attenzione sulla sterminata materia matrimoniale ⁽⁶⁾. È infatti a partire dal tema della famiglia fondata sulle nozze che, sebbene *de facto* piegato ad una logica patriarcale, viene posto tra medioevo ed età moderna, con sempre maggiore accortezza, il problema dei limiti alla disposizione e all’uso del corpo.

Nella riflessione che domina l’esperienza di antico regime, l’attitudine sessuale dei due coniugi, a fini procreativi e a tutela dell’anima contro le insidie della concupiscenza, si trasforma nella *traditio-acceptatio* del cd. *ius in corpus*: « un diritto personale (delle

nel recente *Trattato di Bio-diritto, Il governo del corpo*, I-II, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011.

⁽³⁾ GALIMBERTI, *Il corpo*, cit., p. 11.

⁽⁴⁾ Proprio tale “garanzia” avrebbe consentito secondo un autorevole punto di vista il consapevole disinteresse del diritto intorno all’uso del corpo. Cfr. S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo giuridificato*, in *Tecnologie e diritti*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 179.

⁽⁵⁾ D. KAMPER, *Corpo* in *Le idee dell’antropologia*, I, a cura di C. Wulf e A. Borsari, Milano, Mondadori, 2002, p. 409.

⁽⁶⁾ A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, Cortina, 2001, p. 46 e ss.; J.P. BAUD, *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 113-146; CH. REID, *Power over the Body, Equality in the Family: Rights and Domestic Relations in Medieval Canon Law*, Cambridge, Eerdmans Publishing, 2004. Sull’uso del matrimonio in caso di malattia nella riflessione teologico-giuridica medievale e della Seconda Scolastica quale suggestiva sede di trattazione dei limiti alla disponibilità del corpo sia consentito il rinvio al mio *De coniugio leprosorum: antiche questioni di bio-diritto*, in « Forum historiae iuris », 15 November 2012, <http://www.forhisiur.de/zitat/1211testuzza.htm>.

parti) che presentava elementi di realtà » (7). Approdo finale della dottrina canonistica che tese a considerarlo sempre più compiutamente quale oggetto formale essenziale del contratto di matrimonio (8), esso affonda le sue radici in una eredità composita, difficile da afferrare, proveniente tanto dall'antichità quanto dalla cultura medievale delle società rurali europee permeate di tradizioni simboliche, magiche e religiose (9).

Nel matrimonio, unico modello sociale legittimo di riproduzione, attraverso lo schema del diritto di proprietà o del diritto di credito, il corpo divenne così passibile di possesso, rinuncia, rivendica. Una ambigua "cosa" di cui era lecito "usare", ma che allo stesso tempo non poteva essere arbitrariamente sottoposta a diete, astinenze o digiuni, a volontarie deturpazioni tali da rendere arduo l'adempimento della prestazione sessuale.

Filippo Vassalli nel suo noto libretto, scritto in uno dei periodi più drammatici del secolo XX (10), esortava a ricercare criticamente « i possibili sviluppi » (11) di questa antica *dogmatica*. Una costruzione o, meglio, più costruzioni del *debitum coniugale* e della *servitù*

(7) F. FINOCCHIARO, *Profili del matrimonio canonico*, in *Il nuovo codice di diritto canonico*, a cura di S. Ferrari, Bologna, il Mulino 1983, p. 155.

(8) Per un quadro di sintesi, anche bibliografico, sulla centralità e problematichità del tema nel matrimonio canonico cfr. A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal concilio di Trento al codice del 1917*, Bologna, il Mulino, 1993; J. GAUDEMET, *Il matrimonio in Occidente*, Torino, SEI, 1989; J.T. NOONAN, *Contraception et mariage. Évolution ou contradiction dans la pensée chrétienne*, trad. de l'anglais, Paris, Cerf, 1969; J.A. BRUNDAGE, *Law, Sex, and Christian society in medieval Europe*, Chicago, The University of Chicago Press, 1987; E. DIENI, *Tradizione « juscorporalista » e codificazione del matrimonio canonico*, Milano, Giuffrè, 1999; F. ALFIERI, *Nella camera degli sposi. Tomás Sánchez, il matrimonio, la sessualità (secoli XVI-XVII)*, Bologna, il Mulino, 2010.

(9) DIENI, *Tradizione « juscorporalista »*, cit., pp. 156-179.

(10) F. VASSALLI, *Del Ius in corpus, del debitum coniugale e della servitù d'amore, ovvero La dogmatica ludicra*, Roma, Bardi, 1944, p. 23 e ss. Su questo celebre lavoro cfr. S. CAPRIOLI, *La riva destra dell'Adda (invito al Vassalli faceto)*, in « Rivista di diritto civile », XXVII (1981) II, pp. 390-432; ivi anche P. RESCIGNO, *Postilla*, pp. 433-435 oggi ripubblicato (« Jus in corpus » e *debito coniugale: la ristampa del libro di Vassalli*), in ID., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 90-94; A. DE CUPIS, *Ancora una postilla sul Jus in corpus*, in « Rivista di diritto civile », XXVII (1981), II, pp. 504-509.

(11) VASSALLI, *Del Ius in corpus*, cit., p. 15.

d'amore, che conservavano la « stratificazione de' pensieri e dei metodi di epoche diverse, dalla barbarie medievale ai virtuosismi della scolastica » (12). « Nell'estate del 1943 » (13), il colto civilista, entrava nel merito di una disputa che aveva visto in quegli stessi anni come protagonisti Francesco Carnelutti e Pio Fedele (14). Uno dei temi su cui si erano confrontati « in punta di penna » i due illustri studiosi era stata infatti proprio la qualificazione della *traditio-acceptatio* dello *ius in corpus* del matrimonio canonico. Contro « il comune insegnamento canonistico » difeso dal Fedele (15), Carnelutti aveva sostenuto che il matrimonio desse origine non ad un diritto di credito di un coniuge verso l'altro, ma ad un diritto reale sul corpo dell'altro o comunque ad un diritto assoluto in cui all'altro non spettasse la posizione di obbligato, ma piuttosto quella di oggetto del diritto. Vassalli coglieva così l'occasione per soffermarsi sulla antica e controversa avventura intellettuale che aveva consentito di proporre il corpo in rapporto al potere proprio o a quello altrui. Un intreccio di teorizzazioni di lungo periodo che il raffinato giurista non esitava a definire *ludicro*, ma che, pur nell'ironia dei toni e nella severità del giudizio complessivo (16), notava essere foriero di suggestioni, presentando una singolarissima consonanza con « certe moderne vedute e dissertazioni e spunti legislativi » (17). I suoi essenziali, ma densi riferimenti all'attualità cadevano sulla polemica contro gli eccessi del concettualismo giuridico (18) e sul cruciale dibattito in merito all'oggetto del contratto di lavoro (19). Ma la sua

(12) Ivi, p. 126.

(13) Ivi, p. 144.

(14) Cfr. F. CARNELUTTI, *Accertamento del matrimonio*, in « Il Foro italiano », IV, 1942, col. 41 ss.; ID., *Replica intorno al matrimonio*, in « Il Foro italiano », LXVIII, 1943, XXI, coll. 1-6; P. FEDELE, *Postilla a una nota di F. Carnelutti*, in « Archivio di diritto ecclesiastico », V (1943), pp. 64-67.

(15) FEDELE, *Postilla*, cit., p. 67.

(16) VASSALLI (*Del Ius in corpus*, cit., pp. 134-135) respingeva infatti la costruzione del Carnelutti, così come quella del Fedele, dichiarandole inappropriate per definire lo speciale rapporto coniugale nella intima sfera coniugale.

(17) Ivi, cit., p. 117.

(18) Ivi, p. 143.

(19) Ivi, p. 134 ss. Ancora una volta veniva in gioco la teorizzazione carneluttiana sulla costituzione di diritti di godimento sulla persona o sul corpo umano. Si veda al riguardo il noto scritto *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici* in « Rivista

attenzione era andata anche alla tetre pretese dirigistiche statuali di quegli anni: le leggi del '38 ⁽²⁰⁾ e la politica demografica perseguita dal regime in agonia ⁽²¹⁾.

Ma quando e perché questo *ius in corpus*, che tra medioevo ed età moderna era stato costantemente terreno di scontro e di confronto per giureconsulti, teologi e moralisti, aveva cessato di ricevere da parte del diritto laico una minuziosa disciplina, tanto che spiegare l'assoggettamento di un corpo del coniuge all'uso dell'altro in forza di un diritto reale o sulla base di un vincolo obbligatorio poteva essere percepito prossimo al « campo delle facezie » ⁽²²⁾? E soprattutto, come era accaduto che, ciononostante, il dovere dell'atto sessuale continuava a essere considerato un aspetto implicito e ineliminabile del matrimonio — come affermava lo stesso Vassalli ⁽²³⁾ — che continuava a imporsi, nella sua problematicità, all'attenzione dei giuristi e dei legislatori?

2. *Doveri coniugali: il panorama diversificato dei "codici giusnaturalistici".*

Con l'unione coniugale — scriveva nella sua celebre opera il barone Jean Guillaume Locré — « se donne tout, le corps et le coeur » ⁽²⁴⁾. Eppure a consultare i laconici articoli che nel *Code Napoléon* disciplinano i diritti e doveri reciproci dei due sposi e a seguire i lavori preparatori, da lui analiticamente registrati su richie-

di Diritto Commerciale », I (1913), p. 354 e ss., ripubblicato in ID., *Studi di diritto civile*, Roma, Athenaeum, 1916, p. 179 e ss. Sull'ancora discussa questione concernente l'oggettivizzazione dell'energia o del corpo del lavoratore anche in chiave di ricostruzione storica, cfr. M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in « Argomenti di diritto di lavoro », II (1999), pp. 309-344 e la letteratura ivi citata.

⁽²⁰⁾ VASSALLI, *Del Ius in corpus*, cit., p. 117 nota 2.

⁽²¹⁾ Ivi, p. 77.

⁽²²⁾ Ivi, p. 79.

⁽²³⁾ Ivi, pp. 131-136.

⁽²⁴⁾ J.G. LOCÉRÉ, *Esprit du Code Napoléon, tiré de la discussion, ou Conférence ...*, Paris, De L'imprimerie Impériale, 1805, II, p. 336. Sul riferimento a « un impegno col quale uno si dà interamente, col corpo e col cuore » cfr. il famoso *Discorso preliminare* di Portalis in J.G. LOCÉRÉ, *Legislazione civile commerciale e criminale ossia commentario e pimpimento dei codici francesi*, Napoli, Cioffi, 1840, I, p. 233.

sta del Primo Console, è pressoché assente ogni espresso cenno a questo “scambio di corpi” (25). Il *devoir conjugal*, che ancora Pothier considerava dovuto da ciascuno dei due coniugi a richiesta dell’altro (26), è sconosciuto o estraneo, sin dai primi progetti (27), alla dotazione linguistica della nuova legislazione destinata a divenire « mito » e « simbolo » e « modello » della « nuova civiltà giuridica » (28) e « codice padre » (29) delle codificazioni italiane, dalla Restaurazione fino a tutto il periodo unitario (30).

Certo l’analisi del contenuto degli altri due grandi “codici giusnaturalistici”, pressoché coevi, restituisce un dato differente (31).

(25) Cfr. LOCRE, *Legislazione civile*, cit., II, pp. 459-463. Ai lavori preparatori è dedicata, come è noto, anche la fondamentale opera di P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*; Réimpression de l’édition 1827, Osnabrück, Zeller, 1968, cfr. in particolare modo i volumi II (p. 57 e ss.), IX, p. 4 e ss.

(26) R.J. POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, in *Oeuvre de Pothiers*, VII, Paris, Siffrein, 1821-1824, Cinquième partie, cap. I, art. I, p. 247.

(27) Cfr. al riguardo i primi tre progetti redatti sotto la guida di Cambacérès (in FENET, *Recueil complet*, cit., I, per il primo progetto vedi pp. 18-19; per il secondo progetto ivi, pp. 113-114; per il terzo, ivi, pp. 224-225). Cfr. anche il progetto Jacqueminot, che pure contiene una più ampia definizione di matrimonio e l’esplicito riferimento al contratto tra due individui di sesso differente (FENET, *Recueil complet*, cit., I, p. 333), e quello privato di Target studiato da Stefano SOLIMANO (*Verso il Code Napoléon: Il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-99)*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 362).

(28) P. CAPPELLINI, *Codici*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 121.

(29) G. ALPA, *Presentazione in Il progetto italo-francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell’epoca della ricodificazione* a cura di G. Alpa e G. Chiodi, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1-27.

(30) Sul persistente e ambivalente ruolo del *Code civil* nella ricerca e nell’affermazione di una codificazione nazionale italiana tra Otto e Novecento cfr. G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, Torino, Giappichelli, 2011.

(31) Sulla categoria “codificazioni giusnaturalistiche”, con taglio critico, P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 55 e ss. Proprio per le profonde differenze che li contraddistinguono questi modelli si prestano ad essere efficacemente accostati nella ricerca storiografica. Cfr. ad esempio 200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten: *Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*, a cura di B. Dölemeyer e di H. Mohnhaupt, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1995, in particolare pp. 357-370; 463-483; E. DEZZA, *Lezioni di Storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l’Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino, Giappichelli, 2000.

Nel primo codice vero e proprio, quello che sotto il nome di *Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten* (ALR) entrò in vigore nel regno di Prussia nel 1794 per essere sostituito solo nel 1900 con la promulgazione del BGB, i riferimenti ai rapporti matrimoniali cadono ancora sulla antica dimensione materialistica e sessuale. « I coniugi non possono rifiutarsi durevolmente al compimento dei doveri coniugali »⁽³²⁾. Il divieto è esplicito, è accostabile alla dottrina iuscorporalista kantiana del matrimonio⁽³³⁾, ma va anche inserito all'interno di un più ampio e dettagliato quadro normativo, espressione dello straordinario disegno demiurgico di Federico II. Nel codice prussiano « l'alternarsi di pedagogia caporalesca e di repressione punitiva »⁽³⁴⁾ trapassa le mura domestiche e, nel proposito di perseguire non già la salvezza individuale, ma la felicità del suddito, l'antico debito coniugale esce dal ristretto dominio canonistico per divenire oggetto di minuziose prescrizioni statali.

Quella della ALR è una società di antico regime fatta di *status*, di *Stände*, di corpi sociali⁽³⁵⁾, ma anche di corpi fisici "inginocchiati"⁽³⁶⁾, la cui esistenza è presa a carico in maniera sempre più pervasiva da parte del potere politico. Le funzioni del corpo, nella

⁽³²⁾ *Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten*, (d'ora in poi siglato come ALR), II, 1, § 178.

⁽³³⁾ Nonostante l'impegnativa e perentoria formula kantiana neghi all'uomo di disporre di se stesso e del proprio corpo (M.M. MARZANO PARISOLI, *Il corpo tra diritto e diritti*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXIX, 1999, 2, p. 536 e ss.), la concezione del filosofo riguardo al matrimonio ruota intorno al possesso della persona del coniuge (cfr. VASSALLI, *Del Ius in corpus*, cit., pp. 52-60). Tale impostazione è del resto comune agli altri scrittori di diritto naturale cfr. M.G. DI RENZO VILLATA, *Il matrimonio tra sacro e profano: dalla lezione giusnaturalistica al giurisdizionalismo*, in *Diritto e religione tra passato e futuro*, (Atti del Convegno Internazionale, Villa Mondragoni-Monte Porzio Catone) a cura di A.C. Amato Mangiameli e di M.R. Di Simone, Roma, Aracne, 2010, pp. 259-325.

⁽³⁴⁾ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 2005, II, p. 251.

⁽³⁵⁾ Sulla tradizionale società gerarchizzata prussiana cui guarda l'ARL rimane fondamentale G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, in particolare p. 493 e ss.; p. 485.

⁽³⁶⁾ Si intende fare riferimento al § 598 del famoso Titel XX, Th. II che imponeva ai subalterni, colpevoli di mancato rispetto al superiore, di ascoltare in ginocchio l'ammonizione del giudice.

loro realtà, tendono ad essere naturalmente percepite come oggetto di diritti, assorbite in quanto tali o da una antica logica dominicale o dalle più moderne istanze pubblicistiche. Nell'ambito familiare ciò si traduce in una espansione della disciplina legislativa della vita di coppia e in una responsabilizzazione degli individui rispetto all'esercizio della propria sessualità e all'uso del proprio corpo. Si tratta di un'incredibile trama di disposizioni: varie, specifiche che non sempre si risolvono nel rigore di una proibizione. Più spesso esse mirano a regolare lo sviluppo ordinato delle forze individuali e collettive. Ed ecco così che il legislatore prussiano lascia ai genitori dell'ermafrodita la scelta, sulla base dell'eccezionale conformazione fisica del figlio, del sesso di appartenenza; riconosce allo stesso, nel segno della tradizione cattolica, tale libertà dopo il compimento del diciottesimo anno di età, e rimette ancora al giudizio dei periti questa definizione quando si tratta di tutelare i diritti di un terzo ⁽³⁷⁾. Con linguaggio assai concreto, prescrive alla donne che hanno rapporti fuori dal matrimonio di osservare con cura i mutamenti del proprio corpo per scorgere i segni di una gravidanza ⁽³⁸⁾ e ordina alle madri di informare, con prudenza, le figlie quattordicenni delle regole precauzionali per la gestazione e il parto ⁽³⁹⁾. Ancora: le madri sono tenute se in buona salute ad allattare ⁽⁴⁰⁾ e in quanto mogli, nel « porgere il seno al bambino », ad obbedire al termine fissato dalla volontà del marito ⁽⁴¹⁾. In costanza di allattamento ⁽⁴²⁾ o per ragioni di salute ⁽⁴³⁾ esse possono però — è sempre l'espressa previsione di legge ad autorizzarlo — rifiutarsi al debito coniugale.

Nel disciplinare il matrimonio, espressamente pensato come

⁽³⁷⁾ ALR, I, 1, §§ 19-24. Sull'obbligo degli ermafroditi di eleggere con fissità, in indipendenza e libertà di giudizio, la propria genitalità fisica in vista dell'uso del corpo nel matrimonio e sull'eventuale accertamento peritale esisteva, sin dai secoli XVI e XVII, una vastissima letteratura di cui sembra tener conto il legislatore prussiano. Cfr. V. MARCHETTI, *L'invensione della bisessualità. Discussioni tra teologi, medici e giuristi del XVII secolo sull'ambiguità dei corpi e delle anime*, Milano, Mondadori, 2001.

⁽³⁸⁾ ALR, II, 20, § 901.

⁽³⁹⁾ ALR, II, 20, § 902.

⁽⁴⁰⁾ ALR, II, 2, § 67.

⁽⁴¹⁾ ALR, II, 2, § 68.

⁽⁴²⁾ ALR, II, 1, § 180.

⁽⁴³⁾ ALR, II, 1, § 179.

una società sessuale a fini procreativi ⁽⁴⁴⁾, l'ALR contempla poi che l'impotenza, anche successiva alle nozze ⁽⁴⁵⁾, e il danno fisico, per l'eventuale disgusto e ripugnanza che provoca nell'altro coniuge ⁽⁴⁶⁾, possano incidere sulle sorti dell'unione coniugale. Per lo stesso motivo, il rifiuto ostinato di adempiere al dovere coniugale, che aveva impegnato generazioni di giuristi ⁽⁴⁷⁾, è specificamente considerato dalla legge una *bösliche Verlassung*, e come tale una condotta fortemente lesiva degli impegni presi con il matrimonio ⁽⁴⁸⁾.

Che « prima di tutto » a ciascuno dei coniugi incombesse eguale obbligazione al debito carnale era rigorosamente previsto anche dal Codice generale austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* ABGB) ⁽⁴⁹⁾. Per alcuni interpreti la colpevole mancata prestazione del debito, « consistente nel ragionevole soddisfacimento dell'istinto generativo », sebbene non potesse dar luogo ad una coazione diretta, poteva essere causa di separazione di letto e di mensa, se non addirittura motivo di impiego, contro il disertore malizioso, di mezzi coattivi indiretti: quale la privazione della libertà o l'irrogazione di una sanzione pecuniaria ⁽⁵⁰⁾.

La fattispecie della famiglia era del resto delineata in maniera inequivoca: « nel contratto di matrimonio due persone di differente sesso dichiarano nel modo voluto dalla legge la loro volontà di vivere in consorzio inseparabile, di procreare figli e di educarli, e di prestarsi reciproca assistenza » ⁽⁵¹⁾. Il legislatore austriaco non solo ben definiva la struttura e il contenuto necessario dell'atto, ma

⁽⁴⁴⁾ ALR, II, 1, § 1: « Der Hauptzweck der Ehe ist die Erzeugung und Erziehung der Kinder ».

⁽⁴⁵⁾ ALR, II, 1, § 696.

⁽⁴⁶⁾ ALR, II, 1, § 697.

⁽⁴⁷⁾ Su questa causa di trasgressione del patto matrimoniale nella riflessione sei-settecentesca cfr. DI RENZO VILLATA, *Il matrimonio tra sacro e profano*, cit., p. 276 e ss.

⁽⁴⁸⁾ ALR, II, 1, §§ 694-695; 748.

⁽⁴⁹⁾ ABGB, § 90. Vedi al riguardo F. ZEILLER, *Commentario sul codice civile universale per tutti gli stati ereditari tedeschi*, Milano, Giuseppe Destefanis, 1815, I, pp. 249-252.

⁽⁵⁰⁾ J. WINIWARDER, *Il diritto civile austriaco sistematicamente esposto ed illustrato*, Venezia, Giuseppe Antonelli, 1837, I, p. 295. In senso contrario però ZEILLER, *Commentario*, cit., p. 250.

⁽⁵¹⁾ ABGB, § 44.

enunciava, al pari dell'ALR, anche l'esclusività del rapporto coniugale: « nel tempo medesimo l'uomo può essere unito in matrimonio solo ad una donna, e la donna soltanto ad un uomo »⁽⁵²⁾. Anche esso inoltre, sebbene meno enciclopedico e onnicomprensivo del *Landerecht* prussiano, contemplava come impedimento l'« impotenza permanente di soddisfare al debito coniugale », ne prevedeva la prova col mezzo dei periti (medici, chirurghi esperti e levatrici)⁽⁵³⁾, e distingueva però tale ipotesi da quella differente di una incapacità temporanea o sopravvenuta, quand'anche insanabile⁽⁵⁴⁾.

La centralità dell'antica *obligatio reddendi* veniva dunque salvaguardata espressamente anche in questa legislazione che pure aveva inteso codificare solamente il diritto privato, escludendo tutta quella materia pubblicistica che aveva caratterizzato l'ARL, e accolto la moderna concezione del primato laico dell'organizzazione civile.

Una tale rilevanza può essere spiegata, oltre che dall'attaccamento della Corona asburgica al cattolicesimo — che rimaneva fortissimo nonostante il deciso orientamento aconfessionale in campo matrimoniale — anche da un ulteriore fattore.

Nutrito dei principi del giusnaturalismo illuminista, l'ABGB, come è noto, aveva proclamato, per l'esistenza di « diritti innati che si conoscono con la sola ragione », la necessaria considerazione di ogni uomo come « persona ». Ne era conseguita la pregevolissima enunciazione che « la schiavitù o la proprietà sull'uomo, e l'esercizio della potestà ad essa relativa » non potevano essere più « tollerati in questi Stati »⁽⁵⁵⁾. Il problema del corpo veniva dunque impostato e risolto identificandolo completamente con la persona (soggetto di diritto) e con la negazione quindi della possibilità di esercitare su di esso alcun immediato diritto “di padronanza”⁽⁵⁶⁾. Ma la dichiarata antitesi tra persona e cosa e il generale riconoscimento della astratta capacità giuridica in capo ad ogni uomo — come rileva Severino Caprioli — si era anche accompagnata ad una « fenomenologia dei

(52) ABGB, § 62; ALR, Th, II, Tit. I, § 16.

(53) ABGB, § 100. Vedi anche § 101.

(54) ABGB, § 60.

(55) ABGB, § 16. Cfr. ZEILLER, *Commentario*, cit., pp. 108-113.

(56) Cfr. WINIWARTER, *Il diritto civile austriaco*, cit., I, pp. 123-126.

soggetti » che aveva raggiunto « gradi ulteriori di analisi » (57). Questo codice, col conciliare operazioni diametralmente opposte come la separazione e l'assimilazione tra corpo e spirito, fissava infatti nel soggetto specifici aspetti "materiali", fisici e psicologici e delineava un preciso rapporto tra Stato e cittadino. Con lo scandire le età dell'uomo (infanzia, adolescenza, minorità, maggiorennità), col differenziarne gli stati psichici e ammettere le malattie di spirito (58), esso accordava una « speciale protezione delle leggi » a tutti coloro che « per mancanza di età, o per difetto di mente, o per altri rapporti » fossero stati « incapaci d'avere la conveniente cura dei propri interessi » (59). Pur non prendendosi "la briga" di risolvere la questione messa in campo dai naturalisti e dai filosofi, se cioè il feto appartenesse o meno agli esseri viventi ragionevoli, esso, nel segno della tradizione romanistica e canonistica e senza portare a compimento quel processo di astrazione del concetto di capacità giuridica che si avrà solo con il successivo e prepotente apporto dogmatico della dottrina giuridica tedesca, estendeva la sua tutela anche al nascituro, fin dall'istante del suo concepimento equiparato, con riguardo ai propri diritti, al nato (60). Nel considerare infine il « ragionevole soddisfacimento dell'istinto generativo » (61), subordinava gli appetiti individuali al bene pubblico e assegnava perciò una funzione specificamente sessuale all'unione durevole e legittima dell'uomo e della donna.

Se si guarda alla parallela organizzazione dell'istituto matrimo-

(57) Cfr. al riguardo S. CAPRIOLI, *Codice civile. Struttura e vicende*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 74 ss.

(58) Cfr. ZEILLER, *Commentario*, I, cit., pp. 120-125.

(59) ABGB, § 21.

(60) ABGB, § 22. Cfr. ZEILLER, *Commentario*, cit., pp. 125-127. Anche qui si avverte però la tendenza a ridurre progressivamente l'equiparazione della situazione giuridica del concepito con quella del nato sul piano di una *mera fictio* normativa volta esclusivamente a « congelare » i diritti successivi del nascituro e non già a renderli attuali e vigenti fin dal momento del concepimento. Cfr. WINIWARDER, *Il diritto civile austriaco*, cit. pp. 137-141. Su questo analogo processo in Francia e in Italia cfr. G. FERRI, *Note e discussioni - Brevi note sulla capacità giuridica dell'enfant concu nel Code Napoléon*, in « Diritto romano attuale » XVII (2007), p. 121 e ss.; ID., *Sulla qualificazione giuridica del concepito nei codici degli Stati italiani preunitari e nella stagione della codificazione unitaria*, in « Rivista di diritto civile », LV (2009), 2, pp. 227 ss.

(61) WINIWARDER, *Il diritto civile austriaco*, I, p. 295.

niale nei due codici di respiro mitteleuropeo è agevole vedere dunque che essi, pur non accogliendo concetti teologici, avevano assicurato, attraverso una valorizzazione dell'assetto contrattuale preso a prestito dalla tradizione canonistica e dal giusnaturalismo nordico, un posto assolutamente dominante alla considerazione del corpo e al suo uso scambievolmente nel matrimonio.

Ma cosa era accaduto allora nella vicina legislazione francese?

3. *Il matrimonio e lo "spiritualismo disordinato" del Code Napoléon.*

Il matrimonio è « un contratto col quale ciascuno degli sposi dispone della sua persona »⁽⁶²⁾ spiegava nel suo *Cours de code civil* (1824) Delvincourt, avvocato della Corte Reale e decano della Facoltà di Parigi. Che l'uomo nascesse dotato di piena libertà di disporre della propria persona, e che tale libertà-proprietà di sé si traducesse in alcuni diritti fondamentali come il matrimonio e il divorzio, era stato il perno della concezione che aveva guidato Cambacérès sin dalla redazione dei suoi progetti⁽⁶³⁾. Tuttavia i famosi *artisans* del codice francese⁽⁶⁴⁾, alla fine di una lunga gestazione, avevano fatto prevalere lo scetticismo in ordine all'opportunità di fornire una tale definizione delle nozze. Non fecero perciò nessun riferimento al contratto e, come è noto, decisero anche di eliminare, perché inutile proclamazione di un principio evidente e incontrastabile, il celebre articolo che nel progetto dell'anno IX apriva il titolo quinto del Libro primo: « La legge considera il matrimonio soltanto sotto le sue relazioni civili »⁽⁶⁵⁾.

Non erano mancati però anche in questa parte d'Europa i tentativi definitivi. Jean-Etienne-Marie Portalis nella sua *Exposé des motifs* aveva descritto il matrimonio come una vittoria dell'umano

(62) C.E. DELVINCOURT, *Corso di codice civile*, Napoli, dai torchi di Saverio Giordano, 1823, II, p. 6.

(63) J.L. HALPÉRIN, *L'impossible code civil*, Paris, PUF, 1992.

(64) A.J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, con prefazione di M. Villey, trad. it., Napoli, EDS, 2005, pp. 49-93.

(65) Sulla soppressione del capitolo I, intitolato alle disposizioni generali, contenente questo articolo cfr. i processi verbali del Consiglio di Stato; sessione del 26 fruttidoro anno IX, in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, pp. 415-419.

droit naturel sull'ordine fisico della natura ⁽⁶⁶⁾. Il sopravvento del diritto razionale sull'istinto ferino capace di suggellare la definitiva emancipazione dal mondo animale dell'uomo, suo speciale *être intelligent et libre* ⁽⁶⁷⁾. Un privilegiato patto sociale, dunque, che pur originato dalla necessità di regolare l'ardente « desiderio che spinge un sesso verso l'altro » ⁽⁶⁸⁾, non si esauriva, come affermato dai filosofi ⁽⁶⁹⁾, con il mero « interesse della propagazione » ⁽⁷⁰⁾. Per l'illustre consigliere di Stato doveva piuttosto privilegiarsi « la scelta, la preferenza, l'attaccamento personale che determinano questa inclinazione » e considerare così più in generale le nozze come « la società dell'uomo e della donna che s'uniscono per perpetuare la loro specie, per aiutarsi con reciproco soccorso a sopportare il peso della vita, e per condividere il loro comune destino » ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. J.E.M. PORTALIS, *Présentation au corps législatif, et exposé des motifs*, Sessione del corpo legislativo del 16 ventoso XI (10 marzo 1803), in FENET, *Recueil complet*, cit., IX, p. 139.

⁽⁶⁷⁾ Ivi, pp. 139-140. « La promotion sur l'animal est capital! » scrisse a tale riguardo René SAVATIER nel suo *Le droit, l'amour et la liberté* (1937), Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, edizione del 1963, pp. 24-25. Più di recente, Xavier Martin, nei suoi lavori, ha ricostruito la genesi di tale storica declamazione sull'emancipazione dal mondo animale nei termini di una ricerca di una rigenerazione fisica dell'umanità, concepita quest'ultima proprio come non dissimile dall'animalità. Cfr. X. MARTIN, *Liberté, égalité, fraternité. Inventario per sommi capi dell'ideale rivoluzionario francese*, in « Rivista internazionale dei diritti dell'uomo », III, 1995, pp. 586-605. Sul progressivo superamento dell'« assillo storico » di una umanizzazione come lotta contro la bestialità cfr. D. KAMPER, *Uomo (essere umano)*, in Id., *Le idee dell'antropologia*, cit., I, pp. 77-83 e, ivi citato, G. BÖHME, *Antropologie in pragmatischer Hinsicht*, Darmstädter Vorlesungen, Frankfurt, Suhrkamp 1985. Ma sulla poliedrica e persistente efficacia dell'animalità come operatore simbolico nel discorso giuridico, cfr. le recenti osservazioni di F. MIGLIORINO, *Un animale in più. Efferati, inumani, mostruosi nelle maglie del diritto*, in corso di stampa.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. il *Discorso preliminare* di Portalis in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., I, p. 233.

⁽⁶⁹⁾ Sul matrimonio come « seminario del genere umano » nei filosofi del XVII e XVIII secolo, cfr. DI RENZO VILLATA, *Il matrimonio tra sacro e profano*, cit., pp. 264-290.

⁽⁷⁰⁾ *Discorso preliminare* di Portalis in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., I, p. 237.

⁽⁷¹⁾ J.E.M. PORTALIS, *Esposizione dei motivi nella sessione del 16 ventoso anno XI (10 Marzo 1803)*, in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, p. 506. Su Portalis, giurista che interpreta, soprattutto in relazione al matrimonio, un difficile tempo di transizione, cfr. I. THÉRY e CH. BIET, *Portalis ou l'esprit des siècles. La rhétorique du mariage dans le Discours préliminaire au projet de Code civil*, in *La famille, la loi, l'État de la Révolution*

Il grande ispiratore del codice dava però un'indicazione che riceverà dure critiche. « Presenta la vita come un peso, come un onere — scriverà Laurent raccogliendo i rilievi di Mourlon — [...] sembra che l'uomo non è stato creato che per sua sventura. È questo il germe d'un sistema filosofico altrettanto falso quanto pericoloso » (72). La massima rifletteva una dottrina che andava rigettata non solo perché « ingiusta verso Dio », ma anche perché essa — esprimeva energicamente il giurista belga — « ci disgusta dalla vita reale ». Per Laurent una tale impostazione rendeva omaggio alla diffidenza della Chiesa nei confronti del corpo, ne legittimava le « pretensioni ambiziose », ma soprattutto comportava il rischio di svilire le nozze ricercando, con l'esaltazione della verginità e del celibato, « una perfezione immaginaria, in una esistenza affatto spirituale » (73).

A ben guardare, le avvertenze contro i rischi di questo « spiritualismo disordinato » (74) non ne coglievano però perfettamente la ambigua forza. L'idea di un accesso ordinato alla corporeità regolato dal contratto di matrimonio era stata elaborata dalla canonistica medievale e dalla teologia della Seconda Scolastica e aveva trovato il suo fondamento proprio nella preoccupazione di far sì che il singolo potesse sfuggire a una natura cieca e disgraziata. Si trattava certo di una costruzione, complessa e in evoluzione, che mirava a realizzare interessi individuali inderogabilmente fissati però in un ordine, ultraterreno e religioso, a cui i nubendi non potevano sottrarsi. Come tale si trattava di una concezione che promuoveva, ben lontana dal minacciarne la dignità, il coniugio. Attraverso la

au Code civil, Textes réunis par I. Thery-Ch. Biet, Centre Georges Pompidou, Imprimerie Nationale, 1994, pp. 104-121; J.-B. D'ONORIO, *L'esprit du Code civil selon Portalis: d'un siècle à l'autre...*, in « Droits », 42 (2005), 2, pp. 75-92; L. JAUME, *Le Code civil avait-il pour finalité de terminer la Révolution française?*, in « Quaderni fiorentini », 35 (2006), 1, p. 128 e ss.

(72) F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, Napoli, Vallardi, 1879, II, p. 246. Frédéric Mourlon (*Répétitions écrites sur le premier examen de Code Napoléon*, I, Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 1853, nota 1, p. 266) individuava in questa definizione due fondamentali difetti: la confusione tra matrimonio e concubinato che ne discendeva e il ridurre la vita a “poids” e “fardeau”.

(73) LAURENT, *Principii di diritto civile*, II, pp. 246-247.

(74) Ivi, p. 247.

mediazione delle correnti giusnaturalistiche dei secoli XVII e XVIII era stata consolidata infatti nell'ossatura giuridica dei due codici (ALR, ABGB) prima esaminati, dove si era caratterizzata per una accentuata valenza giuspubblicistica. La medesima impostazione aveva permesso infine anche in Francia, sebbene con esiti assai diversi — lo vedremo tra breve —, di disegnare una disciplina contrattuale del diritto matrimoniale che, proprio attraverso le sue reticenze, rimaneva attenta a prioritari interessi sociali e vicina alla vita degli individui “in carne e ossa”.

4. *Fedeltà, obbedienza e coabitazione: le isolate tracce lasciate dallo ius in corpus.*

Se la menzione del *devoir conjugal* nella sua accezione corporea — lo abbiamo già sottolineato — era in effetti scomparsa dal codice francese, in esso rimanevano però esplicitamente individuati gli altri diritti e doveri della vita coniugale che in origine avevano accompagnato tutte le discussioni sul debito carnale.

Il dovere di fedeltà, sancito dal *Code Napoléon* nell'articolo 212, fa tuttavia percepire appena l'eco di quell'antico regime dello scambio dei corpi che si era affinato nei secoli.

Il divieto di adulterio tendeva infatti per molti versi a “smaterializzarsi” o “intellettualizzarsi” se ci si confrontava oltre che con la scarsa previsione civilistica, che lo metteva in relazione ai doveri di soccorso e assistenza reciproca, con le sanzioni che tale modello normativo, unitamente alle contemporanee disposizioni penali, prevedeva nel caso di sua violazione.

In un orizzonte in cui si erano fatte strada, attraverso la valorizzazione della volontà libera, le richieste sulla depenalizzazione dello stupro semplice ⁽⁷⁵⁾, anche la trasgressione della fedeltà coniugale era stata spiegata essenzialmente come “un mancare ai propri impegni”. Lo schema del consenso uguale alle nozze operava però in maniera claudicante dal momento che la sua violazione

⁽⁷⁵⁾ Sul grande valore simbolico della depenalizzazione dello stupro semplice e sulle sue conseguenze in materia civilistica cfr. G. CAZZETTA, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano, Giuffrè, 1999, in particolare p. 187 e ss.

rimaneva gravemente punita solo nella moglie. Non era dunque la lesione del diritto del coniuge ad essere presa in considerazione. Piuttosto appariva chiaro che anche nel versante civilistico a prevalere fosse non la ragione privata, ma l'interesse giuspubblicistico. Forti del resto rimanevano il richiamo, di antica memoria, al rischio di introdurre nella famiglia legittima figli estranei al marito ⁽⁷⁶⁾, e la tradizionale valutazione della impudicizia femminile come più grave di quella maschile ⁽⁷⁷⁾. Abbondavano in tal senso le metafore igieniste collegate al *plus d'immoralité* della donna, serio attentato alla « felicità delle nazioni » ⁽⁷⁸⁾.

Per l'uomo le sanzioni erano addirittura legate ad una condotta diversa, in cui passava quasi in secondo ordine il commercio carnale adulterino. All'atto era infatti richiesta una più specifica carica ingiuriosa. Non era sufficiente infatti la semplice violazione del dovere coniugale per chiedere il divorzio dal marito ⁽⁷⁹⁾ o far sì che egli fosse soggetto a pena correzionale. Queste conseguenze potevano discendere solo da un ulteriore fatto: l'ospitare la concubina nella casa comune. Anche per l'uomo dunque, più che la violazione di un legame fisico esclusivo ⁽⁸⁰⁾, venivano privilegiati

⁽⁷⁶⁾ Cfr. LOCRE, *Legislazione civile*, cit., II, p. 670. Nell'età della codificazione è del resto preoccupazione costante la salvaguardia, di matrice romanistica, della sola paternità "legittima". In merito cfr. G. GALEOTTI, *In cerca del padre. Storia dell'identità paterna in età contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

⁽⁷⁷⁾ Sul tradizionale trattamento discriminatorio della donna in tema di adulterio, in particolare riguardo all'impossibilità per la moglie di accusare il marito di adulterio quando essa stessa se ne fosse macchiata cfr. G. MINNUCCI, *Alberico Gentili tra mos italicus e mos gallicus. L'inedito commentario "ad legem Juliam de adulteriis"*, Bologna, Monduzzi, 2002; A. MARCHISELLO, « *Alieni thori violatio* »: *l'adulterio come delitto carnale in Prospero Farinacci (1544-1618)*, in *Trasgressioni. Seduzione, concubinato, adulterio, bigamia (XIV-XVIII secolo)*, a cura di S. Seidel Menchi e D. Quagliani, Bologna, il Mulino, 2004, pp. 133-183.

⁽⁷⁸⁾ J.E.M. PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, in LOCRE, *Legislazione civile*, cit., II, p. 526.

⁽⁷⁹⁾ Queste stesse disposizioni si trovano in altre legislazioni che adottano il modello napoleonico, ma che, in assenza di divorzio, guardano all'adulterio come causa di separazione. Cfr. ad esempio gli art. 217-219 del Codice civile del Regno delle due Sicilie.

⁽⁸⁰⁾ Il dibattito sulla dimensione materialistica e sessuale del dovere di fedeltà coniugale ha interessato comunque la dottrina sino a tempi vicini ai nostri. Per il caso italiano, solo dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975 ci si è pronunciati per una

altri fattori. Primi fra tutti: la risonanza sociale dell'evento e la conseguente tutela dell'onore, della rispettabilità e della prosperità, anche economica, della famiglia.

« Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari »⁽⁸¹⁾. Il richiamo all'obbedienza dell'art. 213 del *Code civil* potrebbe in sé suggerire un forte riferimento alla antica materialità dei corpi. Si trattava tuttavia anche essa di un'allusione, che pur legittimando nella vita quotidiana il più severo potere correzionale del marito e persino la violenza sessuale ai danni della moglie⁽⁸²⁾, tendeva nel disposto legislativo a diventare abbastanza debole e comunque slegata dall'antico debito coniugale corporeo.

Il termine obbedienza, proprio per la sua asprezza, incuteva certo un qualche timore, come dimostrano le remore di molti altri legislatori che, pur ispirandosi di peso al modello francese, decideranno già nel corso dell'Ottocento di "raddolcire" l'espressione sostituendola con una più mite⁽⁸³⁾. Per la sua forte carica pervasiva la parola del resto è considerata anche oggi un singolare marchio di soggezione. Una certa resistenza ad adoperarla si ha non soltanto nel campo politico e morale, per le caratteristiche repressive che essa ha assunto e mantenuto dopo il disastro dei movimenti totalitari, ma anche in ambito giuridico. Si pensi ad esempio alla « riluttanza » a

concezione più lata di fedeltà intesa, non nella circoscritta accezione corporea, ma come lealtà affettiva. Cfr. V. PILLA, *Separazione e divorzio. I profili di responsabilità*, Padova, Cedam, 2007, pp. 12-32.

⁽⁸¹⁾ Art. 213 del *Code civil*. Per un quadro generale, anche bibliografico, sulle critiche a tale articolo e più in generale sul dibattito che nel centenario del codice nasce in materia di matrimonio e statuto della donna maritata cfr. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996, pp. 208-219; J.F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, I-II, Aix-En-Provence, PUAM, 2004, cfr. in particolare il volume II, pp. 470-493.

⁽⁸²⁾ M. CAVINA, *Nozze di sangue. Storia della violenza coniugale*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

⁽⁸³⁾ Cfr. ad esempio nella codificazione del Regno delle due Sicilie dove all'art. 202 si utilizza l'espressione « dipendere » che, come annota Fortunato Cafaro (*Trattato delle tre potestà, maritale, patria e tutelare del sig. Chardon*, Lauriel, Napoli, 1848, p. 7) « suppone una obbedienza ragionevole e giusta, non già obbedienza cieca e assoluta ». Il successivo Codice civile italiano all'art. 132, pur imponendo al marito l'obbligo di protezione, tacerà invece completamente sull'obbedienza della moglie.

discutere in termini di “dovere di obbedienza” del prestatore di lavoro ⁽⁸⁴⁾.

Che si trattasse di una espressione dura era espressamente riconosciuto anche da Jacques de Maleville, uno dei quattro redattori ufficialmente nominati da Bonaparte. Nella sua *Analyse raisonnée*, egli però quasi a voler dimostrare che essa non avesse un carattere così amaro ricordava come fosse stata usata dallo stesso san Paolo ⁽⁸⁵⁾.

Obbedienza era in effetti un lemma antico. Pensata come punto di sutura di corpo e spirito, aveva connotato per molti secoli la società, la cultura e la vita quotidiana dell'Occidente cristiano. Tra medioevo e prima età moderna essa accompagnava infatti uno straordinario intrico di relazioni personali, dai contorni sfuggenti, dal carattere spesso meramente fattuale, caratterizzate dalla disuguaglianza dei soggetti coinvolti e dall'effettivo potere di un uomo su un altro uomo. Attraverso l'apporto dogmatico e tecnicamente costruttivo della produzione teologica e giuridica, concorse però a plasmare i molteplici rapporti gerarchici di dominazione: sul principio di autorità, su eterogenee costituenti formali e sulla ricerca di una giustificazione dell'ordine e della diversità di posizione di ciascuna parte. Obbedire, in tale complesso e ampio scenario, significava dunque presupporre una limitazione dei tanti poteri di supremazia e dei tanti stati di subordinazione che contraddistinguevano la società di antico regime. In ultima istanza, significava affermare l'irriducibilità piena di un uomo a *res* di un *dominus* ⁽⁸⁶⁾.

Sulla scorta di queste antiche eredità ordinamentali, anche la potestà del marito sulla « persona » della donna era stata definita da Pothier — per i codificatori uno dei principali oracoli della tradi-

⁽⁸⁴⁾ M. GRANDI, *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, in « Argomenti di diritto di lavoro », III (2004), pp. 725-748. Come è intuibile il tema coinvolge « il cuore del rapporto di lavoro e la sua sistemazione dogmatica », cfr. M.G. MATTAROLO, *Il dovere di obbedienza*, in *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro: art. 2104. (Il Codice Civile, Commentario diretto da D. Busnelli)*, a cura di C. Cester e M.G. Mattarolo, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 269-596.

⁽⁸⁵⁾ J. MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État...*, Paris, Vve Nyon, 1805, I, p. 225.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. M.S. TESTUZZA, *Tra cielo e terra. I congegni dell'obbedienza medievale*, Torino, Giappichelli, 2011.

zione — secondo la peculiare accezione di un ambiguo potere privato: « potestà [...] di esigere da essa tutti i doveri di sottomissione che sono dovuti ad un superiore »⁽⁸⁷⁾.

Nel processo di codificazione, respinta la contraddittoria tensione alla uguaglianza dei sessi del *droit intermédiaire*, politicamente ed economicamente assai inquietante, si era però guardato con nuova attenzione a tale definizione.

Gli artefici del codice erano animati dalla volontà di terminare la Rivoluzione, ma non potevano ignorare la massima solenne sonoramente scandita dall'art. 1 della *Dichiarazione* del 1789: « Gli uomini nascono e restano liberi e uguali nei diritti ». La “disponibilità” giuridica della donna da parte dell'uomo doveva perciò fare i conti — come nota lo stesso Portalis — con il rifiuto, ormai formale e altamente ideologico, di « una specie di diritto di proprietà [...] sopra le persone »⁽⁸⁸⁾. Gli studi sul diritto coloniale e sulla questione razziale hanno messo in luce come in realtà proprio nei primi anni dell'Ottocento, dopo l'altalenante politica del periodo rivoluzionario, segnata anch'essa da forti contraddizioni nonostante “l'irruzione della libertà”, si assisté ad una ufficiale ammissione di deroghe al declamato egualitarismo. Fu infatti reintrodotta la schiavitù e ridefinito il rapporto tra ordinamento metropolitano costituzionale e ordinamento coloniale fondato su un sistema d'eccezione, destinato a produrre i suoi effetti anche dopo la definitiva abolizione del terribile istituto⁽⁸⁹⁾.

Nel caso della donna non si rendeva necessario però alcun correttivo sul piano formale. Non si trattava di reintrodurre nuovi poteri privati sulle persone. I codificatori sin dal Termidoro avevano espresso l'esigenza di restaurare nel segno dell'autorità e in chiave verticistica la famiglia per il potenziamento dello Stato e il supera-

⁽⁸⁷⁾ R.J. POTHIER, *Traité de la puissance du mari*, in ID., *Oeuvre de Pothiers*, VII, cit., Première partie, art. 1, p. 435.

⁽⁸⁸⁾ J.E.M. PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, p. 509.

⁽⁸⁹⁾ Si veda per una ampia ricostruzione M. FIORAVANTI, *Il pregiudizio del colore. Diritto e giustizia nelle Antille francesi durante la Restaurazione*, Roma, Carocci, 2012, e la letteratura ivi citata.

mento degli esiti rivoluzionari più eversivi ⁽⁹⁰⁾. « L'omaggio reso al potere che la protegge » ⁽⁹¹⁾ — colpisce l'uso del linguaggio feudale —, lungi dal richiamare un rude “diritto di padronanza”, poteva essere più convenientemente spiegato attraverso la secolare concezione della fragilità, dell'indegnità e della malizia femminile, rivisitata peraltro dalla cultura illuminista e scienziata con nuovi termini organici ⁽⁹²⁾. La necessità di una sua particolare tutela ben si poteva accordare con la convinzione che le sue “fibre” fossero meno solide, meno elastiche, così come meno durevoli e intense le vibrazioni del suo cervello. La sua stessa natura, zoologicamente troppo indifferente e indocile agli imperativi dell'interesse personale, rendeva così anche giuridicamente la donna limitata da un'incapacità e bisognosa di una prudente e “affettuosa” vigilanza e protezione maschile ⁽⁹³⁾. Ma proprio la convenienza politica e la preoccupazione di non ripudiare il formale riconoscimento dell'intrinseca libertà individuale avevano imposto dei temperamenti per escludere che i poteri riconsegnati allo *chef de famille* potessero essere pensati come quelli di un piccolo despota ⁽⁹⁴⁾. Il codice non utilizzava più perciò

⁽⁹⁰⁾ Sul rafforzamento da parte dei giuristi napoleonici della potestà maritale e sull'influenza in tale scelta della teorica utilitaristica benthamiana, cfr. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon*, cit., p. 69 e ss.; 251 e ss.

⁽⁹¹⁾ PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, p. 526.

⁽⁹²⁾ Come è noto, è lunghissima la tradizione che fonda sulla differenza sessuale e ‘biologica’ la causa di disparità di autorità e di poteri tra i due componenti della coppia (cfr. E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Einaudi, Torino, 1985; C. THOMASSET, *La natura della donna*, in G. DUBY e M. PERROT, *Storia delle donne in Occidente. Il medioevo*, a cura di Ch. Klapisch-Zuber, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 56-87; DI RENZO VILLATA, *Il matrimonio tra sacro e profano*, cit., pp. 259-325). Tuttavia il sempre maggiore spazio attribuito alla medicina e alle scienze della natura porteranno nell'età moderna ad una peculiare declinazione scienziata di tale radicata convinzione. Cfr. X. MARTIN, *Misogynie des rédacteurs du Code civil: une tentative d'explication*, in « Droits », XLI (2005), pp. 69-89; cfr. G. ROSSI, *Incunaboli della modernità. Scienza giuridica e cultura umanistica in André Tiraqueau (1488-1558)*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 285-488 e la letteratura ivi citata; G. ALESSI, *Il soggetto e l'ordine. Percorsi dell'individualismo nell'Europa moderna*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 127-140.

⁽⁹³⁾ PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, p. 526.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. NIORT, *Homo civilis*, cit., I, pp. 142-144; 155-157.

l'espressione potestà maritale, ma richiamava la moglie all'obbedienza. La soggezione muliebre tendeva così ad essere concepita più che nel senso di una disponibilità fisica della donna, nell'ottica di una collaborazione, ovvero (nell'interesse comune) quale il versante, il lato passivo di un potere direttivo-autocratico del marito, unico « rappresentate della società coniugale »⁽⁹⁵⁾ di fronte allo Stato.

Nella formulazione austera delle norme del *Code civil*, la sottomissione della donna maritata si era risolta però, oltre che nell'espresso dovere di obbedienza — che come abbiamo visto era avulso dall'antico *debitum coniugale* —, in una incapacità di agire assoluta e soggettiva e nell'obbligo di coabitare col marito, a sua volta chiamato a tenere presso di sé la donna. Era questo l'unico aspetto "corporeo" dell'intimissima "vita comune" espressamente prescritto e tipicamente legato in origine all'*obligatio reddendi*. Non è un caso che saranno proprio le sanzioni contro l'abbandono volontario del domicilio coniugale a rappresentare in maniera velata la reazione giuridica contro l'antica *desertio malitiosa*, il rifiuto continuativo dell'amplesso sessuale, su cui i giuristi francesi eviteranno invece in maniera esplicita di dilungarsi.

Si trattava dunque di un disposto importante, tanto che anche l'iniziale eccezione, che ammetteva il rifiuto di seguire il marito nel caso in cui egli avesse deciso di trasferirsi fuori dal regno, prevista dallo stesso Pothier e riprodotta nei progetti del codice⁽⁹⁶⁾, fu soppressa dal Consiglio di Stato, su domanda reiterata dello stesso Napoleone, a vantaggio di una più rigorosa dipendenza personale della donna⁽⁹⁷⁾. « Nel sistema della potestà maritale essa non ha volontà, poiché deve obbedire a suo marito », chiarirà ancora diversi decenni dopo Laurent. « Quanto ai motivi dati da Pothier, attengono alle idee del vecchio regime che attaccava l'uomo alla terra cui era

⁽⁹⁵⁾ K.S. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese*, trad. it. di V. De Matteis, Napoli, Marghieri, 1862, I, p. 203, nota 1. Cfr. anche DELVINCOURT, *Corso di codice civile*, cit., II, pp. 306-307, nota 155.

⁽⁹⁶⁾ L'espatrio e l'emigrazione come motivo di divorzio sono contemplati sino al *Projet de l'an VIII* (FENET, *Recueil complet*, cit., II, p. 49). Cfr. al riguardo anche il Primo Progetto Cambacérès (FENET, *Recueil complet*, cit., I, p. 27); e il progetto Target (SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon*, cit., pp. 362; 364).

⁽⁹⁷⁾ *Processi verbali del Consiglio di Stato. Seduta del 5 vendemmiale Anno X* (27 settembre 1801), in LOCRÉ, *Legislazione civile*, II, pp. 460-461.

nato; l'abiurazione della patria non è più un crimine, [...] è un diritto che promana dalla libertà individuale » (98). Parole che, se si guarda alla complessiva « misoginia » del codice (99), risultano al lettore di oggi incoerenti e persino grottesche nel celebrare la cesura con il passato feudale e la carica esplosiva della libertà individuale. In realtà ben testimoniano quanto fosse difficile, anche solo da immaginare, la compiuta transizione tra il vecchio ordine particolaristico della società di antico regime e il nuovo, la cui linea di sviluppo era quella della piena unificazione del soggetto di diritto.

Il codice stabiliva dunque la convivenza matrimoniale, ma non diceva nulla della sua sanzione. È proprio però nel dibattito che nasce in dottrina intorno all'esecuzione forzata di tale obbligo che tornava ad essere ricordato l'antico *ius in corpus* (100).

Di fronte alla lacuna, gli autori erano divisi. Vi era chi rivendicava un potere discrezionale dei tribunali (101), chi ammetteva la sola sospensione degli alimenti (102), chi discuteva sul sequestro delle rendite e sulla immissione nel possesso dei beni da parte del marito (103), chi riteneva legittima, a titolo di pena, la condanna della moglie ai danni-interessi (104). Ai nostri fini appare più interessante soffermarsi sulle osservazioni di coloro che discutevano sul ricorso alla forza pubblica per costringere la donna a reintegrare il domicilio coniugale.

La questione presentava significative analogie con quella, vivacemente discussa, della *contrainte par corps* (105). La preoccupa-

(98) LAURENT, *Principii di diritto civile*, cit., III, pp. 113-114.

(99) MARTIN, *Misogynie des rédacteurs*, cit., pp. 69-89.

(100) LAURENT, *Principii di diritto civile*, cit., III, pp. 115-120.

(101) C. DEMOLOMBE, *Corso del Codice civile*, trad. it. di G. de Filippo, F. Mascilli e G. Tucci, II, pp. 296-300.

(102) LAURENT, *Principii di diritto civile*, cit., III, pp. 115-119.

(103) DELVINCOURT, *Corso di codice civile*, cit., II, p. 297 nota 147; ZACHARIAE, *Corso di diritto civile*, cit., I, p. 203 nota 4. In senso contrario LAURENT, *Principii di diritto civile*, cit., III, pp. 116-117.

(104) DURANTON, *Corso di diritto civile*, cit., I, pp. 300-301, DEMOLOMBE, *Corso del Codice civile*, cit., II, p. 298.

(105) L'imprigionamento per debiti abolito in Francia in materia civile nel 1793 e reintrodotta nel 1797 per essere nuovamente abolito e reintrodotta nel 1848, fu oggetto di grande dibattito sia in ambito civile che commerciale, sino alla sua abolizione definitiva nel 1867. Sulle vicende che segnano il controverso istituto si rinvia al testo di

zione borghese per la tutela della proprietà e per la sicurezza dei traffici commerciali aveva fatto sì che, nonostante la disapprovazione di parte dell'opinione pubblica e dell'ala progressista della politica e della scienza giuridica, nella sistematica napoleonica, eccezionalmente e in maniera immediata, fosse conservato un ambiguo richiamo al potere di un uomo sul proprio corpo e sul corpo altrui. Per usare le parole di Giacomo Pace Gravina, è infatti il controverso istituto della *contrainte par corps* e la sua applicazione nelle corti di giustizia, che riporta l'astratto discorso codicistico in un « alveo sicuramente più realistico ». La sua stessa denominazione suggeriva del resto « una visione del corpo come bene materiale che può essere 'preso in ostaggio', sottoposto a sequestro » e di cui quindi, anche per fini puramente economici, disporre ⁽¹⁰⁶⁾. Proprio tale dubbio profilo aveva infatti ispirato uno dei più agguerriti interventi contro la reintroduzione dell'istituto, soppresso durante il periodo rivoluzionario. « Che si vuol rendere alienabile, trasmissibile di mano in mano, come un mulo, un cittadino? » chiedeva Pierre Samuel Dupont de Nemours al Consiglio degli Anziani. « Il commercio presta alla persona, non per farsene un pegno, ma per la fiducia che ripone nella sua virtù. Siam noi dunque miserabili macchine, effetti mobili che possonsi allogare nei magazzini? No, non è col corpo che si tratta, non si avrebbe per garanzia che un vile mucchio di bisogni, è coll'anima: non vi è comunicazione che tra le anime » ⁽¹⁰⁷⁾. L'istituto tuttavia, nonostante gli attacchi, le proteste e l'aperto contrasto con la mitica *Dichiarazione dei diritti*, era stato ristabilito

G. PACE GRAVINA, "Contrainte par corps". *L'arresto personale per debiti nell'Italia liberale*, Torino, Giappichelli, 2004. Per una aggiornata letteratura sul tema si cfr. anche P.-C. HAUTCŒUR, *La statistique et la lutte contre la contrainte par corps*, in « Histoire & mesure », XXIII (2008), 1, <http://histoiremesure.revues.org/3093>. Per le vicende medievali cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés*, in « Anuario de Historia del derecho español », XXX (1960), pp. 249-489; L. SINISI, *Un frammento di formulario notarile genovese del Trecento*, in *Studi in memoria di Giorgio Costamagna*, a cura di D. Punch, Genova, Società ligure di storia patria, 2003.

⁽¹⁰⁶⁾ PACE GRAVINA, "Contrainte par corps", cit., p. 28.

⁽¹⁰⁷⁾ L'intervento al Consiglio degli Anziani il 24 ventoso, anno V (14 marzo 1797) si legge in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., VIII, p. 28.

e godette di grande vitalità e di lunga durata propria grazie alla « ambiguità della formulazione » scelta infine dal legislatore ⁽¹⁰⁸⁾.

Quando si trattò della coazione della donna per il caso del dovere di coabitazione, il discorso in dottrina si fece però ancora più crudo e non aggirabile con artifici linguistici. « Non si tratta già di esigerne il pagamento di un diritto col mezzo dell'arresto personale, — osservava per esempio il giurista alemanno Zachariae — ma dell'esercizio in un diritto il cui obbietto è la persona della moglie: *ubi rem meam invenio, ibi ream meam vindico* » ⁽¹⁰⁹⁾.

« Nel matrimonio, non è più quistione di denaro, né di utili, né di perdite: come dunque si può parlare di danni-interessi, di riparazione del danno? Nel matrimonio non è soltanto un fatto personale, è la stessa sua propria persona che mia moglie mi ha promesso: perché dunque — domandava Marcadé — non potrei colle vie legali asseguire il possesso di lei, oggetto diretto del contratto? » ⁽¹¹⁰⁾.

Nonostante l'arresto personale della donna fosse disposto in più tribunali ⁽¹¹¹⁾, tra gli studiosi queste opinioni venivano spesso rifiutate ⁽¹¹²⁾. « Se la moglie è una cosa, è almeno una cosa mobile, e le cose mobili non si rivendicano » osservava ancora una volta, tra il serio e il faceto, Laurent ⁽¹¹³⁾. Tuttavia, a fronte del silenzio del legislatore, è proprio tale scambio di opinioni che fornisce una delle poche testimonianze, sfuggenti e impacciate, sull'ambiguo scambio matrimoniale e sulle isolate tracce lasciate dal secolare dibattito sullo *ius in corpus* del coniuge.

⁽¹⁰⁸⁾ PACE GRAVINA, "Contrainte par corps", cit., p. 27.

⁽¹⁰⁹⁾ ZACHARIAE, *Corso di diritto civile*, cit., I, p. 203 nota 4.

⁽¹¹⁰⁾ V. MARCADÉ, *Corso elementare di diritto civile francese*, trad. it. di E. Castellano, Stabilimento tipografico di Gaetano Mobile, Napoli, 1851, I, p. 389.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. i diversi arresti citati da V. De Matteis in ZACHARIAE, *Corso di diritto civile*, cit., I, p. 203 nota 4.

⁽¹¹²⁾ DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, cit., I, p. 301; DELVINCOURT, *Corso di codice civile*, cit., II, pp. 296-297 nota 146. In senso contrario vedi DEMOLOMBE, *Corso del Codice civile*, cit., II, pp. 298-300.

⁽¹¹³⁾ LAURENT, *Principii di diritto civile*, cit., III, p. 119.

5. *La centralità del corpo nonostante l'“arrossire” del Legislatore e la sua volontaria omissione.*

La tradizione civilistica francese nel trattare dei doveri coniugali prediligeva dunque i toni sfumati, nascosti e mediati e taceva sull'uso scambievole dei corpi sia nel definire il matrimonio, sia nel regolare i rapporti tra i coniugi. Tuttavia vi ritornava, con qualche perplessità, quando si tratta di discutere della indissolubilità del matrimonio.

Degno di nota può essere in tal senso un intervento dello stesso Napoleone in sede di lavori preparatori. « Non è nella natura delle cose che due esseri organizzati a parte siano giammai perfettamente identificati: ora il legislatore dee prevedere i risultamenti che la natura delle cose può condurre »⁽¹¹⁴⁾. La critica del Primo Console cadeva implicitamente sul concetto *genesiano* dell'*una caro*, ovvero dell'unione dei due corpi, divenuti una sola carne⁽¹¹⁵⁾. Il tema era fondamentale per la tradizione cattolica e tra i più controversi per la sua accezione precipuamente materiale⁽¹¹⁶⁾. La copula coniugale della tradizione canonistica aveva un significato simbolico e mistico, quello della unione di Cristo con la Chiesa, ma si caratterizzava per il chiaro riferimento al diritto e all'obbligo reciproco ed esclusivo dei due sposi sul corpo dell'altro, da cui discendeva l'estremo suggello della indissolubilità del matrimonio. Questa *unione di corpi* diventa, invece nella ricostruzione di Napoleone, una « identificazione perfetta », che la natura dei due esseri « organizzati a parte » non poteva tollerare. Occorreva perciò guardare ad essa come ad una mera « finzione » da concepire necessariamente quale un puro espediente astratto per spiegare l'incontro di volontà, essenza stessa del contratto di matrimonio, modificabile dunque a rigore di logica⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹⁴⁾ *Processi verbali del consiglio di Stato, seduta del 16 vendemmiale anno X (8 ottobre 1801)*, in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, p. 654.

⁽¹¹⁵⁾ Gen 2,18; 22-24.

⁽¹¹⁶⁾ La problematicità dell'accezione « *juscorporalista* » di tale tema ha segnato, come accennato, tutta la tradizione cattolica sino al Concilio Vaticano II. Per un quadro di sintesi cfr. DIENI, *Tradizione « juscorporalista »*, cit.

⁽¹¹⁷⁾ *Processi verbali del consiglio di Stato, seduta del 16 vendemmiale anno X (8 ottobre 1801)*, in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, p. 654.

In verità — come suggeriva, a proposito di tutte le legislazioni matrimoniali laicizzate, Arturo Carlo Jemolo nel suo celebre trattato ⁽¹¹⁸⁾ — nelle discussioni che accompagnano il codice napoleonico l'impronta del diritto canonico rimaneva, non solo con le sue rivisitate basi pregiuridiche, ma anche col suo singolare schema giuridico. Contro l'assunto che il matrimonio fosse « un'alienazione della propria persona » Maleville non contestava l'ammissibilità dello scambio di diritti sul corpo, ma difendeva piuttosto la specialità della convenzione matrimoniale rivisitando l'antico armamentario. La disposizione della propria persona fisica o dei propri "servigi" a perpetuità, se odiosa in qualsiasi contratto, è — per il giurista — benigna nelle nozze, solo « per metafora » paragonabili alla servitù ⁽¹¹⁹⁾. Il civilista rendeva chiaramente omaggio agli elementi arcani, simbolici, extra-razionali che il matrimonio continuava ad avere dietro di sé, ma accettava conseguentemente anche la sua componente fisicistica e la concezione del corpo come oggetto di diritto.

Nella rappresentazione data, il corpo era dunque certamente presente, ma tendeva nella maggior parte dei casi ad essere utilizzato, per usare un'espressione cara a Lévi Strauss, come « semplice forma o, più esattamente, simbolo allo stato puro » ⁽¹²⁰⁾. La sua parte più materiale era come rimossa: per imbarazzo, per sospetto o perché era in parte anche mutato il modo di dialettizzarla.

Ne troviamo una conferma nella disputa che nasce in dottrina intorno alla rilevanza da accordare all'impotenza naturale per le sorti del matrimonio. Il tema era indubbiamente avvertito come scabroso. « Potrebbe liberamente stipularsi un termine alla durata di questo contratto [matrimonio], che è essenzialmente perpetuo, poiché esso ha per oggetto di perpetuare la specie umana? » — domandava Portalis, dinnanzi al Consiglio di Stato, a proposito della possibile introduzione dell'impotenza come motivo di divorzio —. Per il grande redattore del codice, la risposta era ovvia: « Il legislatore

⁽¹¹⁸⁾ JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, cit., pp. 136-140.

⁽¹¹⁹⁾ MALEVILLE, *Analyse raisonnée*, cit., I, p. 240.

⁽¹²⁰⁾ Citazione tratta da J. GIL, *Corpo*, in *Enciclopedia*, Torino, Einaudi, 1978, III, p. 1098.

arrossirebbe di autorizzare espressamente una simile stipulazione. Esso fremerebbe se gli fosse presentata » (121).

Nei lavori preparatori si discusse perciò sull'opportunità di reintrodurre piuttosto, per evitare ogni ombra di scandalo, « l'incompatibilità d'umore ». « Dicesi che [...] essa] ha il vantaggio di mascherare l'adulterio, l'impotenza, in una parola tutte quelle cause che non possono essere enunciate senza offendere le caste orecchie » osservava ancora una volta Portalis. « E che! Si dice che i nostri costumi sono corrotti, e ci si accorda tanta delicatezza! Egli è vero nondimeno, che i costumi sono qualche volta men puri del linguaggio. Ma la legge non può essere men pura nè men severa del linguaggio » (122). Nel denunciare l'ipocrisia di una tale scelta, egli stesso tuttavia non ne negava la possibile convenienza.

La legislazione francese, alla fine però, tacque sull'impotenza naturale come causa di divorzio (123), e quasi tutti i giuristi che la illustrarono la esclusero anche come motivo di nullità delle nozze, ovvero quale tradizionale impedimento dirimente assoluto, non solo perché non espressamente previsto dalla legge, ma anche perché contrario allo spirito della stessa (124).

(121) J.E.M. PORTALIS in *Processi verbali del consiglio di Stato, seduta del 14 vendemmiale anno X (6 ottobre 1801)*, in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, p. 635.

(122) Ivi, p. 636.

(123) Il riferimento all'impotenza, la cui prova è dubbia e scandalosa, ricorrerà soltanto segnatamente nella discussione del titolo della paternità e della filiazione, cfr. LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., III, pp. 25-29. Come è noto invece il legislatore italiano, riconoscendo più esplicitamente che il carattere principale anche se non esclusivo del matrimonio fosse la procreazione, si distaccherà dal modello francese e la contemplerà autonomamente quale autonoma causa di impugnazione del matrimonio sia nel codice civile del 1865 all'art. 107, sia in quello del 1942 all'art. 123. Sul grandissimo dibattito nato a cavaliere dei due codici sull'impotenza *coeundi* e *generandi*, e se si dovesse considerare, nel segno della tradizione canonistica, interesse giuridicamente protetto la procreazione dei figli o la semplice *spes generandi* cfr. le osservazioni e i riferimenti bibliografici indicati in E. GIACOBBE, *Le persone e la famiglia*, Torino, Utet, 2011, pp. 368-370; C. MINELLI ZAGRA, *Matrimonio e cultura giuridica. Il giudice dello Stato di fronte all'ordinamento canonico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 81 e ss.

(124) Così per esempio A. DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, trad. it. di P. Liberatore, Napoli, Domenico Capasso Libraio-Tipografo Editore, 1841, I, p. 187; C.B.M. TULLIER e J.B. DUVERGIER, *Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice*, Palermo, Lauriel, 1852, I, pp. 207-208; LAURENT, *Principii di diritto civile*, cit., II, pp. 306-309. In senso contrario invece P.A. MERLIN, voce *Impotenza* in

Per alcuni interpreti, cui non sfuggiva il preminente interesse sociale del tema, la questione poteva essere però risolta spostando lo sguardo “dall'esterno verso l'interno”. Era possibile concentrarsi cioè sul diverso profilo dell'errore e dell'inganno e sulla ricerca dell'intenzione delle parti. L'art. 146 del codice disponeva che non vi fosse matrimonio senza consenso, e in tal senso si sosterrà non « vi è certamente consenso quando si è indotti in errore su di una qualità di tale natura »⁽¹²⁵⁾. Se poteva proficuamente essere richiamata l'« autonomia della volontà »⁽¹²⁶⁾, era però la fisicità del corpo, inscindibile dall'onore della persona, a porre l'ostacolo. Come scrive Demolombe: « Che cosa si farà, se rifiutasi il convenuto di lasciarsi osservare? [...] Come sortire allora d'imbarazzo? Lo si farà esaminare a viva forza? ». Il senso di fastidio o di disagio poteva, secondo il grande commentatore, essere superato:

E perché no? Non debbon forse eseguirsi gli ordini della giustizia ogni qualvolta si possono? Non trattasi di un fatto attivo, rispetto al quale la forza non è mica possibile; ma trattasi in vece di un fatto passivo, di un atto di sommissione, di rassegnazione. In materia criminale non son forse talvolta ordinate codeste specie di esami, per esempio contro individui accusati di stupro, e di cui è necessario di conoscere lo stato, perché una malattia sarebbe stata comunicata alla vittima? Non han forse luogo anche forzatamente per la esecuzione delle leggi sul reclutamento dell'armata o sulle dogane? Perché dunque sarebbe altramente nella nostra ipotesi? In forza di quale privilegio potrebbe il convenuto col suo rifiuto arrestar [...] l'amministrazione della giustizia?⁽¹²⁷⁾.

Repertorio universale e ragionato di giurisprudenza e quistioni di diritto, versione italiana diretta da F. Carrillo, Napoli, Presso Borel e Comp., 1828, IX, p. 756; DELVINCOURT, *Corso di codice civile*, cit., II, pp. 340-342, nota 226; DEMOLOMBE, *Corso del Codice civile*, cit., II, pp. 177-178.

⁽¹²⁵⁾ MERLIN, *Repertorio universale*, cit., IX, p. 756. Ma anche il dibattito intorno all'« errore nella persona » pose problemi ricostruttivi ampi e assai significativi. Ci si chiese se per errore sulla persona si intendesse la persona fisica-individuo o quella civile-sociale, quali fossero gli effetti (nullità o annullamento) e in che maniera potesse valere, in materia di matrimonio, il semplice errore sulle qualità. Per un quadro di sintesi vedi la voce *Impedimenti di matrimonio*, in MERLIN, *Repertorio universale*, cit., IX, p. 728 e ss.; DEMOLOMBE, *Corso del Codice civile*, cit., II, p. 168 e ss.; LAURENT, *Principii di diritto civile*, II, p. 306 e ss.

⁽¹²⁶⁾ Su tale centrale e originalissimo assioma del codice civile francese, con particolare riferimento alla teoria dei vizi del consenso rimangono utilissime le pagine di ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile*, cit., pp. 259-279.

⁽¹²⁷⁾ DEMOLOMBE, *Corso del Codice civile*, cit., II, p. 178.

Che si trattasse di spiacevoli giudizi e di mezzi di prova unanimemente riprovati e che perciò più che allo «sperimento dei periti»⁽¹²⁸⁾ sarebbe stato preferibile affidarsi all'esperienza dei magistrati, sembrava ovvio al giurista francese. Ma qualora fosse risultata chiara la difficile prova, egli rimaneva convinto che fosse comunque possibile pronunciare la nullità delle nozze⁽¹²⁹⁾.

Dalle parole di Demolombe resta dubbia quale giustificazione egli desse a tale soluzione, se si trattasse cioè di tutelare effettivamente la posizione del «contraente ingannato» o di salvaguardare piuttosto l'ordine giuridico matrimoniale, ma è chiaro che diventava sempre più cruciale il nesso tra la sfera privata e quella pubblica. Rimaneva comunque fermo che «il matrimonio» fosse — come osservava con grande convinzione Duranton, uno dei più famosi commentatori del codice, — «l'unione degli animi e della volontà, anzi che quella de' corpi»⁽¹³⁰⁾.

Stando a tale dichiarazione sarebbe perciò presto spiegato perché il problema dell'impotenza fosse nell'opinione dei giuristi tra i meno chiari e i meno pacifici e, più in generale, perché le relazioni tra i coniugi, nella parte in cui avevano ad oggetto il corpo, fossero diventate completamente evanescenti, quasi «angéliques»⁽¹³¹⁾.

Ma si tratta in realtà di un bel paradosso per una legislazione che, pur menzionando esplicitamente soltanto i doveri di fedeltà, soccorso, assistenza reciproca, protezione, obbedienza, e coabitazione e tacendo invece su ogni riferimento corporeo, non autorizzava con ciò i giuristi a negare quale oggetto del contratto-matrimonio la

⁽¹²⁸⁾ Ivi, p. 177. Già con un arresto del 18 febbraio 1677, il parlamento di Parigi si era pronunciato contro la prova del congresso, ma in dottrina furono dure le critiche anche riguardo alla prova dei periti. Cfr. MERLIN, voce *Impotenza* in *Repertorio universale*, cit., IX, *ad vocem*; ID., voce *Congresso* in *Repertorio universale*, cit., II, *ad vocem*. Cfr. anche per una più recente e controversa sentenza al riguardo TULLIER e DUVERGIER, *Il diritto civile francese*, cit., I, pp. 207-208.

⁽¹²⁹⁾ DEMOLOMBE, *Corso del Codice civile*, cit., II, p. 178. Sul ritardo degli esegeti nella concettualizzazione, messa in rilievo solo a partire dallo Zachariae, della dubbiosissima questione del matrimonio come inesistente o nullo, cioè a dire annullabile cfr. LAURENT, *Principii di diritto civile*, II, p. 267 e ss. Sul punto cfr. le osservazioni di HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, cit., pp. 85-86.

⁽¹³⁰⁾ DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, cit., I, p. 177.

⁽¹³¹⁾ A definirle così SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, cit., p. 20.

procreazione dei figli. Nell'aver di mira la protezione delle nozze feconde, i suoi interpreti obbedivano alla coscienza giuridica comune ⁽¹³²⁾ ed erano ovviamente concordi nell'ammettere l'inesistenza o la nullità delle nozze tra due persone dello stesso sesso, o, in maniera contraddittoria rispetto a quanto visto per il caso di impotenza, nell'ipotesi in cui uno dei due fosse stato in maniera manifesta privo di una specifica identità sessuale ⁽¹³³⁾.

Il silenzio in materia matrimoniale riguardo al debito coniugale è tanto più curioso se si considera che il proposito dei redattori era stato proprio quello di rifondare, attraverso una legislazione secolarizzata, l'ordine morale. Nel compilare il codice, testo di una « nuova religione civile » ⁽¹³⁴⁾, ci si era infatti certamente preoccupati, seppure non nell'interesse dell'anima ma a salvaguardia della prosperità dello Stato, delle necessità della carne. Le regole e le solennità del matrimonio furono infatti dichiaratamente prescritte per non abbandonare i contraenti alla licenza delle « brame eccessive » e delle « passioni sfrenate » ⁽¹³⁵⁾. Persino il divorzio era stato in tale ottica contemplato per non condannare i coniugi alla sessualità disordinata del « perpetuo celibato » ⁽¹³⁶⁾ imposto dalla separazione personale.

Il corpo, nonostante le reticenze del legislatore, rimaneva dunque al centro dell'istituzione matrimoniale in quanto implicita-

⁽¹³²⁾ Sulla valenza giusnaturalistica della nozione di "buon costume" e sulla sua incidenza sistematica nell'assetto codicistico quale limite ad ogni libertà contrattuale cfr. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile*, cit., pp. 273-279.

⁽¹³³⁾ Cfr. MERLIN, voce *Ermafrodito*, in *Repertorio universale*, cit., VII, pp. 392; 393; DURANTON, *Corso di diritto civile*, cit., I, p. 187; MARCADÉ, *Corso elementare di diritto civile*, cit., I, p. 326; DELVINCOURT, *Corso di codice civile*, cit., II, p. 342 nota 226; ZACHARIAE, *Corso di diritto civile*, cit., I, p. 155, cfr. anche nota 9; LAURENT, *Principii di diritto civile*, cit., II, p. 268; pp. 272-273.

⁽¹³⁴⁾ Sulla « secolarizzazione legislativa considerata come elemento chiave [...] e vera anima del nuovo codice » cfr. CAPPELLINI, *Codici*, in *Lo Stato moderno*, cit., pp. 102-127.

⁽¹³⁵⁾ PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, pp. 505-506.

⁽¹³⁶⁾ T. BERLIER, in *Processi verbali del consiglio di Stato del 16 vendemmiale anno X (8 ottobre 1801)*, in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, p. 650; cfr. ivi, J.B. TREILHARD, *Esposizione dei motivi, nella sessione del 30 ventoso anno XI (21 marzo 1803)*, p. 761.

mente oggetto di diritti e doveri poiché essenziale strumento di realizzazione dei tradizionali fini del matrimonio: generazione della prole e rimedio contro la dissolutezza morale.

Perché allora una presenza così pallida nella disciplina codicistica? Come spesso accade, si tratta di un fatto, agile e accattivante, che scopre un senso dietro un apparente controsenso.

Nella costituzione di tale assetto un ruolo importante aveva certamente giocato, come abbiamo visto, il tipico imbarazzo, unito al sospetto di impudicizia, che segna nella cultura occidentale il tema della corporeità. « Un'antropologia tragica (una storia di cadute e tensione al riscatto) »⁽¹³⁷⁾ continuava a condizionare non solo il discorso sul corpo, ma anche l'auto-rappresentazione dei giuristi. Il giureconsulto « deve essere casto e puro come la legge »⁽¹³⁸⁾ — scriveva Merlin de Douai, celebre istitutore di Napoleone, nella voce che nel suo *Repertorio* consacrava all'impotenza. Per il famoso procuratore generale della Cassazione francese, che così difendeva la tradizionale aura sacrale del suo ceto, la ritrosia a « trattare simili materie che possono risvegliare immagini voluttuose » poteva essere superata solo facendo appello ad una prudente moderazione e ad una certezza metafisica: la funzione purificatrice della giustizia⁽¹³⁹⁾.

La sospettosa cautela degli autori del Codice e dei suoi interpreti a trattare del corpo con riferimento all'unione coniugale era stata dettata poi, non soltanto dall'intenzione di evitare ignobili accuse di oscenità e morbosità, ma anche dalla loro diffidenza, carica di sfumature contrastanti, per i professionisti della medicina⁽¹⁴⁰⁾. Per altri versi, i progressi della scienza non erano stati del resto ancora capaci di minare la secolare certezza della imperscrutabilità

⁽¹³⁷⁾ Su tale visione antropologica prodotta soprattutto dalle discussioni tridentine cfr. ALFIERI, *Nella camera degli sposi*, cit., pp. 136-142, qui citata p. 145.

⁽¹³⁸⁾ MERLIN, *Repertorio universale*, cit., IX, p. 751.

⁽¹³⁹⁾ *Ivi*, p. 751: « Qui tutto è purificato dalla giustizia, la quale è simultaneamente la guida e l'oggetto delle nostre ricerche ».

⁽¹⁴⁰⁾ Le ricerche sull'interdizione giudiziale ben hanno mostrato questo ambiguo atteggiamento. Su come i codificatori e gli interpreti del diritto civile, pur sensibili al dato reale, si mostrassero restii a recepire le nuove acquisizioni della medicina e a mettere in discussione i tradizionali « contorni della follia » cfr. G. SCIUTO, *L'interdizione giudiziale e le logiche del Code civil*, Acireale-Catania, Bonanno, 2011, pp. 45-57; 142-154.

delle « operations invisibles » della generazione umana ⁽¹⁴¹⁾. La natura indomita, « unica maga in tutte coteste cose » ⁽¹⁴²⁾, rendeva discutibile e assai problematico il contributo che la medicina poteva dare in relazione al funzionamento del corpo. È vero che se in tutti gli altri contratti « la natura resta muta: [...] essa interviene nel contratto di matrimonio » ⁽¹⁴³⁾, ma « le conseguenze fisiche del matrimonio sono troppo incerte per diventare le basi della legge », aveva osservato Cambacérès quando si trattava persino di chiarire la questione dell'età minima per contrarre le nozze. L'età — sosteneva l'ascoltatissimo consigliere di Stato — doveva essere riguardata solo « sotto l'aspetto del consenso pensato che le persone debbono dare al loro matrimonio » ⁽¹⁴⁴⁾.

Ma quella che sembra una generale ignoranza volontaria del dato biologico è giustificata — la più recente e accorta storiografia lo ha ben evidenziato — ancora più che dal pericolo del pubblico scandalo o dalla certezza dell'impenetrabilità della medicina nei misteri della natura, da uno degli esiti, tra i più complessi, della lezione illuministica e rivoluzionaria.

L'uomo considerato e cristallizzato nel “fortunato” testo è, per utilizzare un'efficace e sintetica denominazione invalsa nel nostro dibattito contemporaneo, l'*homo civilis* ⁽¹⁴⁵⁾. Con l'adozione di tale espressione non intendiamo fare riferimento alla « conception abstraite et désincarnée de l'être humain » — quell'asettico *homo juridicus* contro cui si era pronunciato il grande civilista francese René Savatier, per denunciare la *mystique individualiste* della giuri-

⁽¹⁴¹⁾ J.E.M. PORTALIS, *Présentation au corps législatif*, in FENET, *Recueil complet*, IX, p. 142. L'impenetrabilità delle operazioni della natura nel mistero della generazione è un *topos* assai utilizzato nel dibattito codicistico. Ricorre per esempio costantemente a giustificazione del noto divieto di ricerca della paternità.

⁽¹⁴²⁾ MERLIN, *Repertorio universale*, IX, cit., p. 752.

⁽¹⁴³⁾ *Processi verbali del consiglio di Stato, del 14 vendemmiale anno X (6 ottobre 1801)* in LOCRI, *Legislazione civile*, cit., II, p. 639.

⁽¹⁴⁴⁾ *Processi verbali del consiglio di Stato. Sessione del 26 fruttidoro anno IX (13 settembre 1801)* in LOCRI, *Legislazione civile*, cit., II, p. 420.

⁽¹⁴⁵⁾ Si adotta l'espressione scelta da Jean-François Niort (NIORT, *Homo civilis*, I-II, cit.) come titolo per il suo lavoro.

sprudenza francese ⁽¹⁴⁶⁾, e su cui è tornato, in tempi più vicini ai nostri ma con ben altri argomenti, Jean Pierre Baud. Anche questo storico francese, recentemente scomparso, aveva provocatoriamente denunciato nella lunga tradizione civile la « disincarnazione dei rapporti umani » ⁽¹⁴⁷⁾. Una rimozione del corpo provocata, a suo avviso, dall'adozione del modello romanistico, che portava a postulare la « persona giuridica », un assioma dalla dirompente semplicità, e a tralasciare però fuori dalla competenza del diritto civile il corpo inteso come *res sacra* ⁽¹⁴⁸⁾.

Non vi è dubbio che i codificatori francesi posero al centro del loro interesse l'uomo nelle sue relazioni negoziali, lasciando alla disciplina di altre sfere molti rapporti che non furono considerati « astrattamente » giuridici. Si trattò di un'impostazione, esito di un

⁽¹⁴⁶⁾ SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, cit., p. 20. Il suo giudizio, come è noto, è tradizionalmente condiviso. « L'homme, dans le C.C., est traité essentiellement comme une volonté: ce n'est pas un corps, un être de chair, sujet à des faiblesses, en proie à des besoins, écrasé par des forces économiques; c'est une volonté toujours forte, éclairée, tendue vers un but, et libre. Le mariage se forme par la volonté (a. 146), la relation sexuelle (la copula carnalis) n'y retrouve pas la place que lui avait reconnue le droit canonique; la responsabilité suppose la volonté; l'accord de deux volontés, le contrat, est rapproché de la loi (a. 1134), comme par un souvenir inversé du Contrat social » J. CARBONNIER, *Droit civil*, PUF, Paris Coll. Thémis, I, *Introduction. Les personnes*, 16 éd., janvier 1987, p. 74.

⁽¹⁴⁷⁾ BAUD, *Il caso della mano rubata*, cit., p. 95.

⁽¹⁴⁸⁾ Nel suo avvincente lavoro Baud, con l'insistere sulla non assimilabilità storica della nozione di persona con quella di individuo (pensato come unità naturale di corpo e anima), ha posto l'accento sul pragmatismo che avrebbe consentito ai giureconsulti romani di attribuire, almeno in via potenziale, ad ogni uomo, considerato come identità puramente civile, una forma più o meno sviluppata di personalità giuridica. Nel modello romano il corpo, considerato quale *res*, sarebbe stato così distinguibile dalla « persona fisica ». Una « cosa », dunque, rientrante però, nel caso dell'uomo libero, nel regime delle sacralità, fuori dalla competenza del diritto civile. Da una diversa angolazione, sul pragmatismo che avrebbe consentito ai giureconsulti romani di attribuire, almeno in via potenziale, ad ogni uomo il carattere di persona cfr. le osservazioni di Emanuele Stolfi sulla « reificazione imperfetta » degli schiavi. Sul punto anche di recente il suo *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, il Mulino, 2010, pp. 139-172. Questo studioso sottolinea però come la saldatura tra persona e diritti sia sostanzialmente estranea alla tradizione romana, nella riflessione antica.

lenta evoluzione nata già nella stessa società di stati ⁽¹⁴⁹⁾, che concorse ad approfondire la distinzione tra l'uomo (naturalisticamente inteso e privo di specifici connotati giuridici) e la persona giuridica (centro di imputazione di diritti) ⁽¹⁵⁰⁾. Tale approccio non impedì tuttavia di proseguire quel complesso processo di sintesi, in chiave puramente soggettiva, tra corpo e persona fisica (intesa come soggetto di diritto fornito di una piena esistenza corporea, la personalità umana) che sarà portato a termine dalle riflessioni classiche della dottrina pandettistica tedesca ⁽¹⁵¹⁾.

Ciò che in questa sede si vuole sottolineare è proprio quella precisa visione empirica, meccanicistica, utilitaristica e in fondo materialistica della natura umana che ha in parte contribuito a forgiare una così complessa e unitaria astrazione e che ha dato al codice civile francese il suo « genuino marchio d'origine » ⁽¹⁵²⁾. Un'immagine dell'uomo sostanzialmente pulsionistica e sensistica che, come hanno messo in luce soprattutto le ricerche di Xavier Martin, i giuristi napoleonici prendono a prestito e reinterpretano a loro modo dagli *idéologues* ⁽¹⁵³⁾.

Un modello antropologico dunque che vuole l'uomo congenitamente un essere sensibile e che coincide perciò con la produzione di un corpo nuovo.

⁽¹⁴⁹⁾ P. CAPPELLINI, 'Status' accipitur tripliciter. Postilla breve per un'anamnesi di 'capacità giuridica' e 'sistema del diritto romano attuale', in ID., *Storie di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 49-109.

⁽¹⁵⁰⁾ Sul determinante apporto della rivoluzione francese alla costruzione di un nuovo discorso della cittadinanza (incentrato non più sulla pluralità di condizioni soggettive differenziate e gerarchizzate tipico della società medievale, ma su uno *status* unico e uniforme) cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999; ID., *Storia della cittadinanza in Europa. 2. L'età delle rivoluzioni*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

⁽¹⁵¹⁾ M. BESSONE-G. FERRANDO, *Persona fisica* (dir. priv.), in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 193-223; G. DI RENZO VILLATA, *Personae e famiglia* (diritto medievale e moderno), in *Digesto IV* (discipline privatistiche), Torino, Utet, 1995, pp. 457-527, in particolare 460-484; V. ZENO ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, 430-444, e la letteratura citata.

⁽¹⁵²⁾ SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon*, cit., p. 9.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. X. MARTIN, *Nature humaine et Code Napoléon* in « Droits », 2, 1985, p. 117 e ss.; ID., *Nature humaine et Révolution française: Du siècle des Lumières au Code Napoléon*, Bouère, DMM, 2002; ID., *Régénérer l'espèce humaine: Utopie médicale et Lumières (1750-1850)*, Bouère, DMM, 2008.

Le linee di confine del corpo, se facciamo nostre le acquisizioni della antropologia, non sono date infatti una volta per tutte, ma al contrario sono mutevoli, soggette a trattative, dipendenti dal contesto di valori, doveri, aspettative di una data società⁽¹⁵⁴⁾. Che la cultura borghese non significasse « liquidazione del corpo e rimozione della sessualità » è del resto la felice intuizione di Michel Foucault: « “la filosofia spontanea” della borghesia non è così idealista né castratrice come si afferma; una delle sue prime preoccupazioni, in ogni caso, è stata di darsi un corpo e una sessualità, di assicurarsi la forza, la perennità, la proliferazione secolare di questo corpo »⁽¹⁵⁵⁾.

Ed è, in tal senso, l'interiorità dell'essere umano come « “lieu” des pensées et des sentiments » ad offrirsi quale nuovo spazio fisico accessibile all'investigazione⁽¹⁵⁶⁾. “Il morale” non è che una sfaccettatura, un'estensione, uno stadio di sviluppo del “fisico”, ed è rispetto a questa interna effigie umana che i professionisti del diritto mostrano di avere adottato il modello epistemologico scienista. È intrigante così udire le parole con cui, a proposito del consenso genitoriale per il matrimonio dei figli minori, il grande oratore del governo, Portalis, sviluppa l'acceso montesquieuano per spiegare il processo di accrescimento umano: « le forze del corpo sviluppansi più rapidamente di quelle dell'animo, e l'uomo esiste prima di vivere e quando comincia a vivere non può condurre né governar se stesso »⁽¹⁵⁷⁾. Quella descritta è una trasformazione che implica un'idea di “passività umana”; evoca una fisicità che ha, tuttavia, in sé

⁽¹⁵⁴⁾ D. LE BRETON, *Antropologia del corpo e modernità*, trad. it., Milano, Giuffrè, 2007.

⁽¹⁵⁵⁾ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, I, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2004, p. 112.

⁽¹⁵⁶⁾ X. MARTIN, *Lumières françaises et intériorité humaine*, in « Archives de philosophie du droit », XLIV (2000), pp. 273-283.

⁽¹⁵⁷⁾ J.E.M. PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, in LOCRIÉ, *Legislazione civile*, cit., II, p. 508. È chiaro il riferimento a Charles de Secondat, baron de Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, lib. XXIII, cap. II: « i loro figliuoli sono dotati di ragione, ma questa viene in essi gradatamente; non basta nutrirli, [...] ma bisogna anche guidarli, poiché quando pur potessero vivere, non potrebbero ancora governarsi », (ed. italiana utilizzata: *Lo spirito delle leggi con annotazioni di Antonio Genovesi*, III, Per Giovanni Silvestri, Milano, 1838, p. 5).

molte potenzialità, dal momento che l'uomo divenuto "capace" è « di tutta la natura animata il solo essere nel tempo stesso sensibile, intelligente, ragionevole » (158).

Come il medico, il legislatore deve conoscere perciò questa sua speciale e integrale costituzione fisiologica e considerare i suoi caratteristici conflitti. Egli deve però, altrettanto scientemente, stabilire una nuova distanza con tale complessa materialità e imporre al proprio intervento precise cautele e prudenti limiti, perché — l'approccio è chiaramente connotato da una sensibilità cristiana filtrata in modo particolare (anche se non esclusivo) dall'influenza giansenista — « la legge non potrebbe assolutamente impedire tutte le debolezze » (159).

Il matrimonio è « nature en action », secondo l'efficace espressione che Cambacérès adopera dinnanzi al Consiglio dei Cinquecento (160). Il legislatore deve certo combattere gli innaturali vizi, ma deve farlo più che con la violenza, con modi « doux et insensibles » (161). A fronte di ciò, sebbene lo sguardo sia privo di ammirato stupore per la condizione umana, è espressa la fiducia, in realtà abbastanza fragile, che a orientare e correggere i più bruti e primitivi istinti possa subentrare, nell'*homo civilis* « cultivé, poli, "human" » (162), con più efficaci risultati, l'adesione docile e volontaria alle convenienti regole della vita sociale. I costumi privati possono cioè dare sufficiente garanzia per il sano governo della famiglia nell'interesse sociale.

La parte più intima della vita coniugale deve così fuggire alle disposizioni del diritto, essa del resto rimane sempre incoercibile a qualunque potere pubblico. La coppia legittima, con la sua sessualità regolare e in un ambiente sano, tende inoltre, secondo tale concezione, a funzionare spontaneamente. Vuole essere libera nei suoi desideri, nei suoi progetti, nelle sue affezioni, laddove invece la

(158) L.-G. DE BOUTEVILLE DU METZ, *Discorso pronunziato nella sessione del 26 ventoso anno XI (17 marzo 1803)*, in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, pp. 539-540.

(159) DEMOLOMBE, *Corso del Codice civile*, cit., II, p. 173.

(160) Cfr. il discorso preliminare sul III progetto, in FENET, *Recueil complet*, cit., I, p. 154.

(161) Ivi, p. 155.

(162) NIORT, *Homo civilis*, I, cit., p. 19.

forzosa necessità la irrita e inasprisce. A essa dunque deve essere riservata una maggiore discrezione: il dovere coniugale, la capacità di assolverlo, la sua fecondità o la maniera in cui lo si rende sterile, la sua frequenza e la sua rarità non possono più essere oggetto di prescrizioni normative. Occorre del resto promuovere un circolo virtuoso: « l'intimità delle famiglie [...] serve d'asilo al pudore » (163).

Anche chi legge e traduce in quegli anni le opere francesi concorda con questo fondamentale assunto. È il caso del corcirese Giorgio Ricchi, segretario del Consiglio di Stato del Regno d'Italia, che nell'annotare il testo di Maleville scrive: « Le leggi prese in istretto senso non riducono mai gli uomini tali quali si vogliono ridurre. Questo prodigio è riserbato alle morali istituzioni adottate da una nazione intera senza che sieno imperiosamente prescritte » (164).

Solo l'esperienza del secolo XX metterà allo scoperto l'estrema difficoltà di ottenere per tali vie l'efficace sottomissione di un così complesso soggetto. Per realizzare l'ambizioso progetto, "l'infallibile ragione pubblica" interverrà prepotentemente sul tradizionale « negozio di ragion privata » (165).

Si tratterà di un ulteriore e radicale sviluppo della prospettiva biologista, quella stessa deriva che proprio in materia matrimoniale, per i progressi della medicina e le esigenze di ordine collettivo, era stata avvertita da Filippo Vassalli nel suo celebre saggio, e la cui crescente forza egli aveva sottolineato in altri suoi contributi (166).

Come fatto cenno, il regime nazista il 6 luglio del 1938 riformò

(163) J.C. GILLET, *Rapporto fatto al tribunato nella sessione del 23 ventoso anno XI (14 marzo 1803)*, in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, p. 531.

(164) G. RICCHI, *Analisi ragionata della discussione intorno al codice civile del sig. di Maleville*, Milano, Tipografia di Francesco Sonzogno, 1806, II, p. 13 nota.

(165) F. VASSALLI, *Diritto pubblico e diritto privato* in *Studi giuridici*, I, *Studi di diritto matrimoniale*, Roma, Società ed. del "Foro italiano", 1939, p. 212.

(166) Ivi, p. 205: « Le possibilità più eccitanti e più inquietanti si profilano nell'orizzonte di una civiltà fornita delle conoscenze biologiche che verosimilmente saranno conquistate nei prossimi decenni... Non si può negare che lo stato del diritto nella materia familiare è piuttosto primitivo: tutta la biologia vi appare con le antiche norme sull'età, la parentela e la impotenza, sul termine medio di gestazione e il lutto vedovile. I compiti più gravi e più complessi [...] inducono la previsione d'una disciplina giuridica sempre più profondamente e più nettamente informata ad esigenze d'ordine collettivo ». Su questo intervento cfr. E. DE CRISTOFARO, *Codice della perse-*

la disciplina matrimoniale per adeguarla alla sua spietata ideologia. Il valore di un'unione coniugale non doveva essere più misurato dagli interessi dei coniugi, ma valutato in base alla sua importanza per la « comunità del popolo ». Furono ammessi, perciò, come nuovi legittimi motivi di divorzio: il tradimento, l'amoralità, la perturbazione psichica, la grave infermità mentale, la presenza di malattie contagiose e ripugnanti, l'incompatibilità razziale e le deficienze eugenetiche, tre anni di separazione di fatto, il rifiuto della procreazione e l'uso ingiustificato di mezzi antifecondativi, la sterilità del coniuge ⁽¹⁶⁷⁾. L'adempimento del dovere coniugale usciva dunque dal riparo dell'intima sfera coniugale e della scelta individuale per tornare espressamente al centro delle prescrizioni di un macabro diritto.

Il fascismo accolse il principio cattolico dell'indissolubilità del matrimonio, e rinunciò perciò a legiferare in tema di divorzio, ma le istanze profilattiche e popolazionistiche ebbero una notevolissima influenza non soltanto nella politica perseguita per il sostegno della natalità, ma anche in sede di discussione di alcuni emendamenti al codice civile in materia matrimoniale. Nell'introdurre espliciti divieti, anche in risposta alla odiosa questione razziale, gli interventi sulle relazioni matrimoniali si caratterizzarono per l'adozione di caratteri meno rigidi sul piano biologico ⁽¹⁶⁸⁾, ma che non esclusero tuttavia di guardare anche ai rapporti sessuali. Nonostante l'opposizione della Chiesa Cattolica formalizzata con l'Enciclica *Casti Connubii*

cuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 263-265.

⁽¹⁶⁷⁾ Sulla legge « zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet » del 6 luglio del 1939, su cui si sofferma lo stesso Vassalli (*Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 205 e ss.) cfr. G. CZARNOWSKY, "The Value of Marriage for the Volksgemeinschaft": Policies towards Women and Marriage under National Socialism, in *Fascist Italy and Nazi Germany: Comparison and Contrasts*, a cura di R. Bessel, Cambridge, University Press, 1996, pp. 107-108; C. KOONZ, *Donne del terzo Reich*, Milano, Giunti, 1996, pp. 203-204.

⁽¹⁶⁸⁾ Per una comparazione delle due diverse ideologie nazista e fascista al riguardo cfr. DE CRISTOFARO, *Codice della persecuzione*, cit., pp. 211-240.

del 1930, fu infatti vivissimo il dibattito intorno ad un controllo sanitario pubblico della funzione matrimoniale ⁽¹⁶⁹⁾.

Ma la priorità biologista non tardò ad influenzare, seppure con toni ben diversi e lontano da quelli aggressivi delle esperienze totalitarie, anche il celebre modello francese. Il processo fu nitidamente messo a fuoco dal già citato René Savatier nella seconda edizione del suo volume *Le droit, l'amour et la liberté*. Nei primi anni sessanta del secolo scorso, nel ripubblicare in una versione intregata il suo testo del 1937, il giurista francese indicava tutta una serie di misure in materia di divorzio con cui il legislatore nazionale, sin dai tempi di Vichy, aveva cominciato a mettere da parte quella che, secondo il celebre giurista, era la concezione dell'«uomo disincarnato» propria del codice ⁽¹⁷⁰⁾. Il cattolico Savatier dichiarava, con un certo orgoglio, che gli interventi erano simili a quelli da lui proposti nella prima edizione del suo lavoro ⁽¹⁷¹⁾, ma con rammarico constatava che questi erano stati adottati nell'interesse dello Stato a tutela della sua potenza numerica e qualitativa ⁽¹⁷²⁾. Nel volumetto inseriva infine un ultimo capitolo dedicato all'*eugénisme*. Il diritto divideva ormai con la morale e la sociologia il privilegio di «prendere seriamente in carico l'amore e la libertà» ⁽¹⁷³⁾. A detta del giurista francese — che rielaborava alcune considerazioni degli anni precedenti ⁽¹⁷⁴⁾ — «questo monopolio era iniziato e la legge non avrebbe potuto più far finta di ignorare, in questo settore, l'eugenetica» ⁽¹⁷⁵⁾. Contro il rischio di un terribile diritto autoritario, egli si soffermava sulla necessità di promuovere un diritto *volontaire* ⁽¹⁷⁶⁾. Per assicu-

⁽¹⁶⁹⁾ La politica di promozione delle nascite perseguita dal regime e promossa dalla Chiesa Cattolica insieme alla valorizzazione della castità coniugale mostra però una comune priorità biologica, cfr. C. MANTOVANI, *Rigenerare la società. L'eugenetica in Italia dalle origini ottocentesche agli anni trenta*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004, pp. 207-345.

⁽¹⁷⁰⁾ SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, cit., pp. 12-40.

⁽¹⁷¹⁾ Ivi, p. 48.

⁽¹⁷²⁾ Ivi, p. 16.

⁽¹⁷³⁾ Ivi, p. 195.

⁽¹⁷⁴⁾ R. SAVATIER, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui* (1948).

⁽¹⁷⁵⁾ SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, cit., p. 195.

⁽¹⁷⁶⁾ Ivi, p. 206.

rare la “responsabilità eugenetica della coppia generatrice” si sarebbe dovuto così « rendere all’uomo la sua libertà » (177). Agli educatori e ai medici sarebbe spettato fornire un’educazione sessuale ai futuri genitori; la legge avrebbe dovuto solo favorire le istituzioni di orientamento matrimoniale, i consigli di pianificazione familiare e promuovere l’adozione; la morale avrebbe dovuto, contro gli artifici della medicina, raccomandare l’astinenza (178).

Ancora una volta sotto gli occhi del legislatore, un “biotipo” umano mosso da istinti fisiologici contrastanti che però, nell’interesse comune, poteva essere educato attraverso un moderato diritto alla “responsabilità dell’amore” (179).

Come abbiamo visto, non si trattava di un linguaggio e di una prospettiva completamente nuovi.

Già nei decenni che avevano accompagnato la nascita del *Code Napoléon*, dietro un nuovo assemblaggio ideologico della corporeità umana e nella sempre più matura consapevolezza della sessualità come punto di congiuntura tra corpo individuale, da disciplinare nelle sue pulsioni psichiche e fisiche, e corpo della popolazione, nella sua valenza economica e biologica, erano diventati più compiuti il carattere di ordine pubblico della legislazione matrimoniale e la sua vocazione, anche solo potenzialmente, totalizzante.

Lo ricorda il rapporto di Jean-Claude Gillet, del lontano 1803, sul progetto definitivo di codice: « il più grave ed il più esteso » interesse che il contratto matrimoniale racchiude è infatti proprio la popolazione, « l’uno dei primi bisogni dello Stato senza dubbio » (180). Al « saggio legislatore » francese — che consultava sempre il fisico per dare la propria norma — tale consapevolezza aveva suggerito di considerare la sola tutela dell’« integrità del consenso » e di tralasciare tutti gli altri riferimenti corporei, primi fra tutti i cenni alle relazioni sessuali e al debito coniugale. « In uno stato florido la propagazione non esige altro incoraggiamento dal legislatore che quello di non essere impedita. Su questo importante oggetto il progetto proposto ha molti vantaggi sull’antica giurispru-

(177) Ivi, p. 207.

(178) Ivi, pp. 206-217.

(179) Ivi, p. 207.

(180) GILLET, *Rapporto*, cit., in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, p. 531.

denza, non tanto per le disposizioni che contiene, quanto per quelle di cui non ha dovuto far menzione » ⁽¹⁸¹⁾.

Nonostante il silenzio, la “metamorfosi del diritto civile” era dunque già iniziata molti anni prima.

⁽¹⁸¹⁾ Ivi, p. 531.