



F. D'ALTO, *La capacità negata. Il soggetto giuridico femminile nella giurisprudenza postunitaria*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 170*

Se esiste un fenomeno dotato di particolare continuità storica nell'avvicinarsi degli ordinamenti occidentali è quello della struttura giuridica della famiglia. Ne dà una prima prova l'etimologia, vera scienza delle radici, la quale testimonia come il termine stesso 'famiglia' (da *famulus*, servo, domestico) afferisca originariamente al complesso dei servi della casa, tra cui rientravano la moglie e i figli del *pater familias*.

L'antica famiglia agnaticia manteneva il suo carattere patriarcale e di linearità maschile, *genus* politico dell'antica società romana, principalmente attraverso l'istituto del matrimonio e la disciplina della filiazione. Il controllo normativo e, quindi, la garanzia sociale apprestati dal diritto dei primordi sul fatto familiare sono stati preludio di una costanza protrattasi nella nostra tradizione giuridica sino all'era della codificazione e interrotta solo, dal punto di vista formale, con la Costituzione repubblicana.

Il costituzionalismo ottorino che sostenne lo Statuto albertino del 1848 e il successivo codice civile del 1865 conservava in sé, invero, una matrice illiberale: tale aspetto si mostrava, in tutta evidenza, proprio con la disciplina del matrimonio e della filiazione.

Il volume in commento, con un attento studio della casistica giurisprudenziale dell'epoca, delinea efficacemente i tratti dello iato esistente sia tra il sostrato ideologico del codice e le norme in esso inscritte, sia tra il sistema normativo e la sua vita innanzi ai giudici. Entrambi i profili, ossia quello normativo e della giurisprudenza, risultano rappresentativi di come l'intento dei codificatori e degli interpreti fosse sostanzialmente di 'reazione' e non di traduzione delle trasformazioni acquisite dalle società europee a seguito della Rivoluzione del 1789, permettendo di considerare la prima esperienza codicistica italiana – almeno in riferimento alla condizione giuridica delle donne – come 'formalistica', laddove il formalismo è inteso come una *frattura dell'esperienza giuridica*, come ebbe a dire Salvatore Satta nel suo *Il mistero del processo*.

I contorni di tale incongruenza emergevano, anzitutto, nel codice stesso: se, in tema di capacità giuridica, infatti, "le donne [...] appa[riva]no, nel nuovo stato italiano, finalmente parificate agli uomini", in quanto pari "ai loro fratelli in tema di successione e quando si sposa[va]no (art. 147)" nonché "una volta maggiorenni, [era]no pienamente capaci se resta[va]no nubili o se per disgrazia riman[eva]no vedove (art. 220)" (cit. p. 11), tale capacità giuridica si eclissava in modo puntuale

* Contributo sottoposto a *peer review*.

in caso di matrimonio o maternità. Afferma l'Autrice in merito che “la capacità giuridica femminile [era] di fatto saldamente ancorata al suo destino materno, che rappresenta[va] il *focus* della diversità tra i due sessi, assunta ad assioma naturalistico della legislazione al riguardo” (cit. p. 14). Il sistema costruito dal codice, in definitiva, attestava che “i riconoscimenti che pure ven[iva]no finalmente compiuti, sfuma[va]no a contatto con una realtà nella quale l'unica donna giuridicamente tutelata [era] la moglie e madre di prole legittima” (cit. p. 16); ma anche tale tutela giuridica dettata dal *favor* ordinamentale verso la donna madre e sposata non poteva ovviamente essere ricondotta ad una piena capacità giuridica, quanto ad una evidente incapacità relativa: prova di ciò era offerta pienamente dal principio patriarcale, secondo cui il marito era il capo della famiglia (art. 131), e dall'istituto dell'autorizzazione maritale (art. 134).

L'incapacità relativa della donna sposata atteneva principalmente alla possibilità di compiere atti e negozi giuridici, nonché alla sua capacità di agire, stante la *littera* del citato art. 134, secondo cui testualmente “la donna non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi in sicurezza, né transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, senza autorizzazione del marito”, salva la produzione da parte dello stesso di un'autorizzazione generale, peraltro revocabile; l'Autrice sottolinea come “il presupposto che fa[ceva] scattare l'incapacità relativa della donna (con una sorta di meccanismo *a contrario*, poiché l'individuo da pienamente capace div[eniva] relativamente capace) [era] il matrimonio, ovvero il suo nuovo *status* di donna maritata” (cit. p. 23).

La donna, quindi, acquistava o perdeva la propria capacità giuridica e di agire – fondamenti della personalità in senso giuridico – solo in funzione di altri elementi soggettivi della società, segnatamente la famiglia di origine e quella di approdo, entrambe costruite intorno al principio patriarcale. La continuità con la struttura familiare del diritto antico, accennata in apertura, è di tutta evidenza.

Tanto era confermato, in opposto, dal chiaro sfavore ordinamentale per la condizione della donna non sposata o madre di prole illegittima: infatti, “l'autonomia delle cosiddette signorine non trovava alcuna corrispondenza sul piano del riconoscimento sociale, e non solo per la loro pericolosità, soprattutto dal punto di vista morale, data dal nesso con la maternità illegittima, ma anche perché il nubilato definitivo era sempre guardato come un destino mancato e si concretizzava in un'assenza di *status*” (cit. p. 65).

La contraddittorietà intrinseca al paternalismo del codice, che disvelava l'aporia dell'intero ordinamento stante la diversa capacità assegnata al padre e alla madre, si mostrava ancora plasticamente nella disciplina della filiazione, caratterizzata al contempo dal divieto di ricerca della paternità da parte dei figli c.d. irricognoscibili (art. 189) e da quello della legittimità in sola via patrilineare; più precisamente, secondo l'Autrice “può dirsi che, accanto al divieto d'indagare la paternità, regge[eva]no l'artificio della filiazione altri due principi: da un lato quello secondo cui il marito [era] padre del figlio concepito durante il matrimonio (art. 159) e dall'altro quello per il quale la sola confessione della madre non basta[va] ad escludere la paternità del marito (art. 165, 2 comma)” (cit. p. 74). La contraddizione era evidente: il padre poteva scegliere circa la propria paternità, se interessarsene o meno, “eppure, [era] proprio all'uomo, e a lui

soltanto, che spetta[va] la questione della legittimità, con tutti i corollari di natura economica, etica e generalmente sociale che ne deriva[va]no, in particolare lasciando nell'ambito della non giuridicità non solo la posizione del figlio, ma anche quella della madre” (cit. p. 82).

A tale centralità dell'interesse (o del disinteresse) maschile alla paternità faceva da contrappeso l'inesistenza di capacità giuridica della donna madre al di fuori del matrimonio, confinandosi così la maternità naturale, proprio per la sua incompatibilità con il rigido controllo familiare voluto dall'ordinamento, nel contesto della 'non giuridicità', cioè del mancato riconoscimento sociale; l'Autrice chiarisce che “la paternità come scelta del padre – ma in realtà la famiglia legittima – era a tal punto fondativa dell'ordine costituito, da poter anche ammettere lo svolgimento di indagini paterne, purché non fossero finalizzate ad una dichiarazione giudiziale di paternità, che doveva essere attentamente vagliata persino in quei casi riconducibili alle espresse eccezioni al divieto, costituite dal ratto e dallo stupro violento” di cui al menzionato art. 189 (cit. p. 96). Nel complesso, il quadro permette di individuare un centro nella “predominanza della famiglia, che appariva soggetto giuridico primario, tale da costituire il medio della cittadinanza, non solo della donna”, nel senso che “la regolamentazione dei rapporti familiari [era] considerata la base dell'ordine sociale, ritenendo che dalla chiarezza dei ruoli in quel contesto se ne deducesse quella sul piano della socialità” (cit. p. 99).

Un dato che conforta il contesto generalmente reazionario della prima codificazione unitaria riguarda il contegno della giurisprudenza, che tendeva a tradurre l'ordine ideologico del legislatore, da un lato, riducendo in via ulteriore gli spazi di capacità giuridica riconosciuti alla donna dal codice, come nel caso del ribaltamento del rapporto regola-eccezione in tema di autorizzazione maritale (p. 29), oppure fermando la soglia del proprio esame sulle sole questioni formali: “nelle delicate vicende che riguarda[va]no la famiglia italiana, le cui dinamiche scomposte erano così temute dalla lineare società ottocentesca, spostare le questioni sul piano strettamente formale, al giudice appar[iva] di frequente il mezzo più utile per evitare tutte le problematiche sostanziali che vi [era]no connesse” (cit. p. 101).

Alla luce dell'analisi sia delle norme codificate sia della loro vita innanzi ai giudici, può concludersi che l'onda rivoluzionaria dell'eguaglianza e della parità giuridico-politica dei sessi abbia assunto, nel contesto dell'ordinamento italiano unitario, le forme di una risacca, tesa a conservare tratti di continuità con il diritto antico.

Conferma l'Autrice, a riprova di quanto detto, che “la storiografia giuridica ha messo in luce ed esaminato il percorso legislativo in tema di capacità femminile, evidenziandone una sostanziale immobilità: dalla legislazione napoleonica – o per meglio dire dalle sue diverse recezioni negli Stati preunitari e poi nel codice civile del 1865 – la condizione della donna nel quadro normativo non ha subito variazioni significative, fino alla cosiddetta legge Sacchi del 1919” (cit. p. 129), la quale aveva apprestato alle donne importanti garanzie in tema di capacità lavorativa.

Sono evocative, al fine di offrire una sintesi del tema trattato, le parole di *Sulla rivoluzione* di Hannah Arendt citate dall'Autrice all'inizio del volume (p. 6): “[gli uomini della rivoluzione francese] (...) credettero di aver emancipato per così dire la natura stessa, di aver liberato in tutti gli uomini l'uomo naturale, di avergli dato i Diritti dell'uomo che spettavano a tutti, non in virtù

della struttura politica cui appartenevano, ma semplicemente in virtù di essere nati. (...) Il regno del Terrore finì per significare l'esatto opposto della vera liberazione e della vera eguaglianza: finì per 'eguagliare' in quanto lasciava tutti gli abitanti egualmente privi della maschera protettrice di una personalità giuridica".

La menzionata connessione tra una 'maschera protettrice' e la 'personalità' è significativa anche in termini etimologici, stante il significato originario della parola latina 'persona' – riconducibile verosimilmente ad una radice etrusca – quale proprio di 'maschera'. Tenendo a mente il passaggio della Arendt e il titolo del volume in commento, può affermarsi senza dubbio che nel tempo giuridico esaminato, ossia quello della reazione, tale schermo protettivo, costituito dalla pienezza di capacità giuridica e di agire, sia stato negato alle donne.

Il pregio dell'analisi compiuta dall'Autrice è dato dal suo orientamento casistico, corredato da una puntuale appendice giurisprudenziale; l'approccio al tema, infatti, corrobora la critica generale al sistema del codice del 1865, in particolare a partire dalla sua contraddittoria declinazione del concetto di capacità giuridica, soprattutto attraverso la reviviscenza nei tribunali, nel ragionamento giudiziale, dell'ideologia sottesa alle norme.

Il taglio offerto dall'opera permette, quindi, di apprezzare come i poteri deputati alla creazione e all'interpretazione del diritto – impersonati, paradigmaticamente, dal legislatore e dal giudice – si mossero all'unisono verso una torsione restauratrice, nonostante le aspettative addensatesi intorno alla codificazione; ma soprattutto, grazie alla solida ricerca delle fonti giurisprudenziali propria dello studio storico del diritto, mostra come il tessuto morale delle norme e delle sentenze fosse lo specchio dello stesso corpo sociale, preoccupato, nelle sue componenti dominanti, a mantenere fermo il controllo della capacità giuridica femminile anzitutto in riferimento a beni e atti giuridici di contenuto patrimoniale, elevandolo finanche a garanzia di ordine pubblico.

Non è un caso, del resto, che la conquista delle principali istanze politiche e giuridiche da parte delle donne, avvenuta nel corso della seconda metà del Novecento, sia stata il frutto non di esperienze di codificazione ma di lotte e rivendicazioni sociali.

L'opera, dunque, rammenta al giurista che la razionalità complessiva dell'ordinamento, ossia delle sue fonti e della sua giurisprudenza, non deve mai essere presunta, ma va sempre ricondotta criticamente al quadro storico e sociale in cui è immersa.

Arianna Gravina Tonna