

CAPITOLO I

DALLA “FAMIGLIA DI ELAU” AL MODELLO DELINEATO NELLA COSTITUZIONE ITALIANA

Sommario: 1. La “famiglia di Elau”. – 2. La famiglia dallo *jus civile* all’Alto Medioevo. – 3. Il diritto di famiglia dal Medioevo al secolo dei Lumi. – 4. Dall’età delle codificazioni al modello delineato nella Costituzione italiana.

1. La “famiglia di Elau”. – È datata a 4600 anni fa la più antica testimonianza finora rinvenuta di una famiglia, la famiglia di Elau¹: anch’essa contribuisce a rafforzare l’opinione di quanti sostengono, in materia, che la monogamia, l’unione di un solo uomo con una sola donna, sia da considerarsi come lo stato naturale della famiglia umana.

La tomba, rinvenuta ad Elau nella Sassonia-Anhalt nel 2005, conteneva i resti di un uomo, di una donna (età stimata: circa trent’anni) e di due bambini di circa 5 e 9 anni. L’analisi del loro DNA ha confermato il legame di parentela familiare suggerito dalle peculiarità della sepoltura: i corpi erano abbracciati fra di loro. Attorno ai loro scheletri sono state deposte le asce e i gioielli che ad essi appartenevano in vita. I ricercatori inglesi e tedeschi delle università di Bristol e di Mainz guidati da Wolfgang Haak osservano che *la loro unione nella morte suggerisce un’unione anche nella vita*. Dall’esame degli scheletri si è accertato che il decesso dei componenti della famiglia di Elau – e delle altre nove persone i cui corpi ricomposti sono stati rinvenuti nella medesima tomba – è stato causato da una morte violenta.

I lavori nel sito della tomba sono iniziati a partire nel 2005, ma solo nel 2008 la rivista Pnas (*Proceedings of the national academy of sciences*) ha pubblicato i risultati concernenti gli esami svolti sul Dna, la datazione al radiocarbonio e l’analisi delle molecole contenute nelle ossa e nei denti².

¹ Pur non disponendo di prove dirette, Washburn e De Vore collocano nel Pleistocene medio, ossia in un periodo in cui la caccia ad animali di grosse dimensioni si impone come attività economica fondamentale, l’inizio delle prime strutture parentali: Cfr., S.L. WASHBURN, I. DE VORE, *Il comportamento sociale dell’uomo preistorico*, in S.L. WASHBURN, *Vita sociale dell’uomo preistorico*, trad. it. di F. Saba Sardi, Milano, 1971, p. 151 ss.

² Quella venuta alla luce a Eulau è la prima famiglia umana di cui si abbia una conoscenza certificata con il test del Dna. Il ritrovamento testimonia anche il forte senso di legame familiare e la *pietas* del seppellitore che ha collocato e ricomposto i cadaveri: ciascun genitore abbraccia frontalmente un figlio, quasi a volerlo proteggere anche nell’aldilà. Stabilendo il collegamento genetico fra i due adulti e i due figli sepolti assieme – sostiene Wolfgang Haak dell’Università di Adelaide alla guida della ricerca – abbiamo certificato la presenza di un classico nucleo di famiglia nel contesto preistorico dell’Europa centrale. Per quanto ne sappiamo, si tratta della più

La famiglia monogamica e indissolubile, non uno stadio di promiscuità o di agamicità, rappresenta una caratteristica costante nelle fasi più remote della cultura umana, come è dimostrato anche dall'esistenza della monogamia presso gli attuali nuclei umani di cultura più primitiva.

Anche per molti animali superiori, tra i quali un maschio e una femmina si uniscono in una relazione riproduttiva più o meno esclusiva ed accedono a nuove unioni solo quando i figli sono divenuti adulti e del tutto autonomi, la monogamia è una costante: il fatto che nella famiglia umana, per lungo tempo i figli – e quelli che via via nascevano – avevano bisogno delle cure prima, e poi del supporto dei genitori, ha influito sulla durata e sullo stabilizzarsi, negli ominidi, della famiglia monogamica.

Dunque, questo modello originale di famiglia, pur attraverso le variazioni caratterizzanti culture meno primitive e intermedie, quali la poliginia, la poliandria, il concubinato, è divenuto infine un valore etico caratterizzante tutte le culture superiori, anche quelle odierne contrassegnate, peraltro, dall'instabilità dei rapporti matrimoniali³.

2. La famiglia dallo *jus civile* all'Alto Medioevo. – Con la nascita dello *jus civile*, nella tradizione romana non v'è traccia di una nozione unica di famiglia nella tipica distinzione tra le due diverse modalità di aggregazione sociale: l'*adgnatio* e la *cognatio*. Il primo dei due istituti, legava nel rapporto di parentela tutti gli individui, *per virilis sexus personas cognatione iuncti*, soggetti allo stesso *pater familias* per *iustum matrimonium*, per *adrogatio*, per *adoptio*, o per *conventio in manum*, prescindendo dunque dal vincolo di sangue, e cessava col venir meno della *patria potestas*. Al contrario la *cognatio* (*cognati appellati sunt quasi ex uno nati, aut quasi commune nascendi initium habuerint*)⁴ era fondata sul legame di sangue, traeva origine da *iustae nuptiae* ed era estesa alla linea femminile e a tutti coloro che non erano più soggetti al vincolo dell'*adgnatio*, vuoi per emancipazione, vuoi per esser usciti da una famiglia per entrare in un'altra⁵.

Una visione unitaria della famiglia si afferma solo in età postclassica, quando scompare le differenze tra i due istituti parentali e rileva unicamente lo *jus sanguinis*: Giustiniano, infatti, con la Novella 118, elimina ogni residuo di rilevanza giuridica all'*adgnatio* stabilendo che successione *ab intestato* e tutela fossero fondate esclusivamente sulla *cognatio*.

antica prova genetica che lo dimostri e la loro unità nella morte suggerisce l'unità nella vita. Cfr., W. HAAK, G. BRANDT, H.N. DE JONG, CH. MEYER, R. GANSLMEIER, V. HEYD, CH. HAWKESWORTH, A.W.G. PIKE, H. MELLER, K.W. ALT, *Ancient DNA, strontium isotopes and osteological analyses shed new light on social and kinship organization of the later Stone Age. Proceedings of the National Academy of Sciences (PNAS; Washington)* 47, vol. 105 (25. November), 2008, pp. 18226-18231. *Adde*, W. HAAK, G. BRANDT, H.N. DE JONG, CH. MEYER, R. GANSLMEIER, V. HEYD, CH. HAWKESWORTH, A.W.G. PIKE, H. MELLER, K.W. ALT, *A Stone Age tragedy reveals social structure and organization of the late Neolithic, Bulletin de la Société Suisse d'Anthropologie* 14 (1-2), 2008, p. 11.

³ Per Antolisei, *l'ordinamento della società domestica [...] riposa per una tradizione ultramillenaria sull'attuazione del principio monogamico, che spiritualizza l'unione sessuale, facendo del matrimonio il consortium omnis vitae*.

⁴ Dig., XXXVIII, 8, *unde cognati*, 1, p. 1.

⁵ Cf.: Gai 1.156: "*Sunt autem adgnati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patruj filius et nepos ex eo. At hi, qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur, non sunt adgnati, sed alias naturali iure cognati*". Ma Ulpiano specifica, quasi enfatizzando il ruolo del *pater familias*: "... *communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellantur*". (Ulp., I. 4 *ad eld.*, D. 50.16.195.2).

Nella lunga analisi diacronica, la famiglia complessa, composta dai coniugi e da più consanguinei che condividevano la medesima residenza (*famiglia estesa*), strutturata su più unioni monogamiche (anche quelle contratte da figli, parenti coresidenti, servi (*famiglia multipla*), si configura come la tipologia familiare più diffusa nelle culture antiche, principalmente di origine indoeuropea. Prevale in Grecia e a Roma, ove la legislazione romana conferisce all'uomo il ruolo giuridico ed economico di capofamiglia.

La famiglia complessa – estesa o multipla –, composta da individui di generazioni diverse imparentati per via maschile e inserita in gruppi sociali più vasti che svolgevano compiti sociali, politici e militari (*sippen*), prevalse anche presso le popolazioni germaniche che diedero origine alle principali civiltà romano-barbariche.

Con la crisi dell'Impero Romano, il dilagare della barbarie, soprattutto in Occidente, è gravido di effetti e di conseguenze sull'intero ambito dei rapporti umani e, ovviamente, anche su quelli normati dal diritto: gli arimanni, gli uomini dotati di piena capacità giuridica, erano gli uomini liberi, atti a difendere con le armi sé ed altri. Un abisso ora separa le conquiste del diritto e della cultura romana, in termini di valore della persona, dalla visione che valuta l'essere umano in base al prezzo in denaro ammesso e stabilito per legge⁶: quanto lontano è il guidrigildo dalla visione – di Gaio e di Ulpiano – sottesa alla proscrizione della *corporis aestimatio* dell'uomo libero: “cum liberum corpus aestimationem non recipiat”⁷, “quia in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest”⁸. Peraltro la *compositio*, realizzata attraverso il guidrigildo, introdotta nell'ordinamento “penale” germanico, poneva fine alle faide originate tra le famiglie dal compimento di un'azione illecita, che si perpetravano in una sorta di catena di vendette tribali, e quindi sembrava già prospettare uno sviluppo comunque positivo della cultura giuridica barbarica⁹.

3. Il diritto di famiglia dal Medioevo al secolo dei Lumi. – Il diritto della famiglia in epoca barbarica è strettamente connesso al diritto delle persone, come già nelle *Institutiones* di Gaio il primo libro, dedicato alle persone, conteneva le linee essenziali del diritto di famiglia romano. Tanto, secondo una distribuzione della materia che sarà conservata nel tempo, nelle Istituzioni di Giustiniano e via via nei successivi testi normativi e nelle opere della dottrina giuridica.

Dunque nella civiltà barbarica dell'alto medioevo la nozione di persona assume connotazioni giuridiche consone al comune senso della vita proprio di una cultura in cui è del tutto assente un concetto astratto dell'entità ‘essere umano’, che veniva considerato *sic et simpliciter* un elemento del branco e, in mancanza di principi razionali e concezioni dogmatiche, era valutato in base alla forza ed al suo essere *un bene economico che proviene da un dato sangue e lo tramanda*¹⁰. Nella civiltà barbarica che, dopo il crollo della romanità, *con prepotente forza espansiva* dilaga in Occidente, l'individuo, come figlio, padre,

⁶ “*Ille qui homicida est componat ipsum mortuum, sicut adpretiatus fuerit, id est wergild*”: così, al Cap. 11, *Edictus Rothari*, in *Germanenrechte*, N.F. *Leges Langobardorum*, ed. Beyerle, Witzenhausen, 1962.

⁷ Cfr. D. 9,1,3.

⁸ Cfr. D. 9,3,1,5.

⁹ Cfr. A. CAVANNA, *Diritto e società nei regni ostrogoto e longobardo*, in *Magistra barbaritas. I Barbari in Italia*, Milano, 1984, p. 368 s. *Adde*, ID., *La civiltà giuridica longobarda*, in *I Longobardi e la Lombardia*, Milano, 1978, p. 18 ss.

¹⁰ Cfr., P.M. ARCARI, *Idee e sentimenti politici dell'Alto Medioevo*, Milano, 1968, p. 404.

avo, è via via, per tutta la sua vita inserito in un gruppo, che può essere il nucleo chiuso costituito essenzialmente dai genitori e dai figli sotto l'autorità del padre e, alla sua morte, sotto il governo della madre eventualmente titolare dell'usufrutto, o del figlio maggiore.

Molti hanno inteso stabilire un parallelo tra la famiglia germanico-longobarda e la famiglia di origine romana che nell'alto medioevo conserva pur sempre le sue caratteristiche fondamentali; soprattutto vengono accostati il potere assoluto del *pater familias* e l'autorità del capo della famiglia di origine germanica. Taluno¹¹ discorre di poteri *in sostanza del tutto equivalenti*; si assimila la nozione di *manus* alla *Munt* germanica, alla quale parimenti si connette il *mundio* longobardo; si discorre della potestà universale del capo su persone e cose quale *forza unificatrice della famiglia e anima del gruppo domestico*¹². In realtà, anche dagli editti longobardi – che attestano l'applicazione del *mundio* limitatamente alle donne – rileva la “netta distinzione concettuale” tra il potere del pater, del marito, del patrono, poteri che possono far capo allo stesso soggetto, e si diversificano quanto a oggetto e destinatari¹³.

La comunità familiare era governata da un potere che tutelava la sua unità attraverso le vicende che coinvolgevano i suoi membri; i figli, divenuti atti alle armi, acquistavano piena capacità giuridica e la libertà di lasciare la famiglia paterna per costruire il proprio destino¹⁴.

La famiglia longobarda è dunque caratterizzata da grande coesione, talché, alla morte del genitore, i figli come si è detto possono restare nella casa paterna condividendo patrimonio e beni, sotto l'autorità del figlio maggiore. In genere le donne erano escluse dall'amministrazione familiare, salvo che una disposizione del marito non attribuisse alla vedova – sotto la *conditio viduitas* – un diritto di usufrutto sui beni del defunto. In tal modo la madre, osservando l'obbligo di castità e conservandosi fedele al marito morto, spesso diveniva la vera *gubernatrix* della famiglia, che restava unita sotto la sua direzione.

A questo nucleo più ristretto, che costituiva in origine la fraterna¹⁵, tipico istituto della società feudale e della prima età comunale, che lasciava il patrimonio indiviso e da amministrare in comune, si affiancavano gruppi parentali estesi, la *sippe*¹⁶ e la *fara*. La *fara*,

¹¹ Cfr. J. GRIMM, *Deutsche Rechtsaltertümer*, I, Leipzig, 1922, 617; adde: E. CORTESE, *Per la storia del mundio in Italia*, in *Riv. it. scienze giur.*, III sr., 1955-56, IX-X, p. 326.

¹² Cfr. E. CORTESE, *Per la storia del mundio in Italia*, cit., p. 328. Di diverso avviso invece, tra gli altri, K. KROESCHELL, *Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht (Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, 70)*, Göttingen, 1968, 37.

¹³ Cfr. E. CORTESE, *Per la storia del mundio in Italia*, cit., p. 335.

¹⁴ I figli, dopo aver abbandonato la casa paterna, potevano tuttavia essere chiamati a condividere le decisioni anche patrimoniali riguardanti la famiglia; inoltre, connessa anche al dovere di solidarietà che coinvolgeva tutti i membri del gruppo era la responsabilità collettiva in caso di offese e danni arrecati a un componente della famiglia, da cui sorgeva l'obbligo della vendetta, attenuato poi grazie alla *compositio* prevista dall'editto di Rotari.

¹⁵ La fraterna sorge in una società ancora primitiva come naturale portato del nucleo familiare, fondata sulla consuetudine, per i fratelli, di restare uniti dopo la morte del padre; costituiva il primo tipo della società presso i Greci e tra i Romani, da questi identificata nella *societas omnium bonorum*. La fraterna per analoghe circostanze storiche e sociali risorge nel Medioevo, durante l'epoca germanica e, successivamente, nell'epoca feudale e nella prima età comunale.

Un particolare tipo di fraterna è tipica della società feudale: essa non è volontaria, bensì dipende dall'unità legale del feudo, poiché i fratelli debbono costituire un consorzio per l'esercizio dei diritti feudali che spettano alla *domus*, al casato, ai discendenti del primo investito, quando non vi sia diritto di primogenitura.

¹⁶ La Sippe (protogermanico: *Sibbja*; antico alto tedesco: *Sippia*; antico nordico: *Siffar*: termini il cui significato è famiglia) costituisce la prima istituzione su cui si reggeva la società germanica antica. Non è quindi casuale la

che comprendeva i discendenti da un capostipite comune, nella sua evoluzione si riduceva in nuclei ancora più ristretti, costituiti da famiglie patriarcali i cui membri erano sottoposti al padre. La famiglia si costituiva tramite il matrimonio.

Successivamente, grazie al progressivo e reciproco avvicinarsi di famiglie di origine longobarda e famiglie di discendenza romana e grazie ai matrimoni misti vengono a contaminarsi gli istituti dell'uno e dell'altro diritto, con una commistione di termini e di concetti. Per il glossatore Carlo di Tocco¹⁷ l'allontanamento volontario del figlio divenuto atto alle armi e con piena capacità giuridica veniva qualificato – erroneamente – come emancipazione, e analogamente i Romani assimilavano le consuetudini barbariche.

Dopo il Mille il costituirsi dei Comuni e l'evolversi della struttura politica ed economica della società coinvolge e modifica in parte ruolo e funzioni della famiglia. Si affermano le grandi casate che acquistano, gestiscono il potere politico ed economico e si adoperano per conservarlo e trasmetterlo alle successive generazioni. Similmente si trasforma la struttura della famiglia degli altri ceti: contadini e artigiani fondano sull'unità familiare l'organizzazione dell'attività da trasmettere a “figli d'arte” e parimenti ha significativo sviluppo la famiglia mercantile. Se nella famiglia artigiana il capofamiglia è anche il maestro, intorno al mercante è necessaria la presenza di un insieme di persone legate strettamente da vincoli di sangue: la contiguità tra persone e luoghi della vita familiare e dell'attività lavorativa è essenziale per l'organizzazione della rete di rapporti sociali ed economici che ne costituisce il supporto.

Non a caso nel Medioevo, durante l'epoca germanica e successivamente nell'epoca feudale e nella prima età comunale, ricompare la fraterna, e ciò accade soprattutto tra i rustici e i mercanti. Infatti, proprio le opportunità della coltivazione agricola e dei patti fondiari conducono alla frequente formazione di *fraternitates*: sono numerosi i documenti relativi a *libelli* (il testo medievale più antico è del 681)¹⁸; *precaria*; enfiteusi; *et cet.*, nei quali il

derivazione del nome dalla dea Sif, sposa del dio Thor e dea della casa. La Sippe più precisamente indicava un *nucleo sociale di individui che si riconoscevano nella discendenza da un antenato comune*, quindi una sorta di gruppo familiare allargato, l'appartenenza al quale vincolava fortemente, reciprocamente i suoi membri, talché ciascun individuo annientava le proprie esigenze, subordinandole al superiore interesse collettivo che si identificava nella crescita del benessere della Sippe stessa. Da qui l'obbligo giuridico che l'uomo germanico avvertiva intensamente, in caso dell'uccisione di un parente, di vendicare con il sangue la perdita del familiare: obbligo che si manifestava nella tipicità della faida, sostituita a partire dal 643, con l'Editto di Rotari, dal *wirgild*.

All'interno della Sippe obblighi e prerogative tra uomo e donna nel matrimonio si equilibravano sostanzialmente, tanto che anche in guerra le mogli condividevano il destino dei mariti: ne conseguiva una struttura sociale che non si connotava né in senso strettamente patriarcale né matriarcale.

¹⁷ Carlo di Tocco, gl. *In sinu ad Lomb.* II, 14, 19, ed. Venetiis 1537, rist. anast. Torino, 1964, p. 122. Carlo di Tocco, nel suo *Apparatus alla Lombarda* (1537), rivela lo sforzo tenace del civilista della scuola di Bologna di inserire nelle categorie romanistiche il diritto longobardo. L'opera fu considerata come la glossa ordinaria di quel testo legislativo e gli procurò rinomanza altissima, particolarmente nell'Italia meridionale.

¹⁸ *Libellus* o livello indicava in genere un documento o un atto scritto, senza riguardo alcuno al suo contenuto, giuridico oppur no. In senso più specifico fu l'appellativo dato nel Medioevo alla particolare figura di contratto agrario, diffusissimo in Italia, attraverso il quale un concedente dava una terra in godimento a un ricevente o livellario, per un certo periodo di tempo, a determinate condizioni e dietro un compenso concordato. Il contratto nella sua denominazione fa riferimento all'atto scritto (*i. e. libellus*) col quale chi desiderava ottenere la concessione della terra faceva la sua petizione. (Cfr., in tema, C. CALISSES, *Le condizioni della proprietà territoriale studiate nei documenti della provincia romana dei secoli VIII, IX e X*, in *Arch. della R. Soc. rom. di stor. patr.*, VII e VIII, pp. 1884-85; adde, A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, I, II ed., Torino 1896, p. 195; IV, II ed., 1893, p. 297 ss.; S. PIVANO, *I contratti agrari in Italia nell'alto Medioevo: precaria e livello, enfiteusi, pa-*

titolare originario assegna per tre generazioni, spesso per 29 anni, un podere a un coltivatore e ai suoi discendenti, i quali, come ben si comprende, hanno tutto l'interesse a rimanere uniti.

Nel tempo stesso, nelle città dell'area italiana si risvegliavano i traffici e si costituivano imprese commerciali o industriali, che offrivano anch'esse ai figli dell'iniziatore l'opportunità di rimanere uniti per non perdere i vantaggi di un nome già noto, della rete di rapporti con la clientela, del credito accordato alla ditta. Ne deriva la comparsa, a Venezia, del particolare istituto della *fraterna compagnia*, nella quale i fratelli e i loro discendenti mantenevano in comunione beni e interessi. Il termine stesso che lo specifica è significativo della consuetudine familiare che lega i suoi componenti: *compagnia* è la *communio ad eundem panem et vinum*, fondamento del convivere domestico¹⁹.

Nel 1300 compare ancor più chiaramente la nozione di famiglia allargata a quel *complesso unitario di persone discendenti, attraverso le generazioni, da un comune capostipite*. Più specificamente, Alberico da Rosate identificava la famiglia nell'istituzione estesa a più generazioni e rami, laddove *proles masculina e divitiae* costituivano gli strumenti attraverso i quali salvaguardare i valori tipici della *familia*: la *dignitas* e la *memoria*²⁰.

È significativa la trasformazione che, negli stessi secoli, la nozione di famiglia subisce in Francia: si passa da una concezione per così dire orizzontale, anteriore al X secolo, in cui erano sfumati e flessibili i limiti del gruppo parentale, ad un concetto di famiglia – con particolare riferimento alla quella aristocratica – a struttura verticale, in cui il patrimonio si trasmette dal padre al maggiore dei figli e di cui si può redigere la storia, tracciandola nello schema di un albero che ha nelle radici l'avo fondatore da cui si sono originati la potenza e l'onore della razza²¹.

Il medesimo modello di famiglia potente è presente anche in Italia, come si evince dallo scritto di Leon Battista Alberti che – proveniente da una ricchissima casata mercantile poi disgregatasi – celebra il mito di una istituzione forte e unitaria che si propaga attraverso le generazioni²².

Peraltro, la famiglia codificata a Bologna dagli Statuti del popolo del 1287 è un gruppo composto dai vari membri che si solito potevano convivere nella casa: *patres, fratres, filios legitimos et naturales, sorores, matres, uxores et nurus*²³; il gruppo è solitamente più ristretto con riguardo alle famiglie di ceti modesti che risiedevano nei centri urbani.

In pieno Umanesimo coesistevano in Italia, due tipi di famiglia, quella formata dai con-

stinato e parzionaria, masseria e colonia, usufrutto vitalizio, Torino 1904; F. SCHUPFER, *Precarie e livelli nell'alto Medioevo*, in *Riv. it. scienze giur.*, XL, 1905).

¹⁹ In Francia, ancor oggi, nelle consuetudini del Beauvoisis, si parla di coloro che rimangono uniti *au même pain et pot*.

²⁰ Alberico da Rosate, *Comm. ad D. 50, 16, 195, 2 de verb. signif. l. pronuntiatio § familiae*, Lugduni, 1545, 249v-250r; *adde, Id., Commentariorum de statutis libri IV*, II, 107, in *Tractatus Universi Iuris*, II, Venetiis, 1584, 41rb.

²¹ Cfr. G. DUBY, *Medieval Marriage: two Models from twelfth Century France*, Baltimore-London, 1978; *adde, G. DUBY, Mâle Moyen Age: de l'amour et autres essais*, Paris, 1988, trad. it., *Medioevo maschio: amore e matrimonio*, Roma-Bari, 1988, p. 132.

²² Cfr. L.B. ALBERTI, *I libri della famiglia*, Torino, 1969.

²³ Cfr. A. GAUDENZI, *Statuti del popolo dell'anno 1287*, in *Statuti del popolo di Bologna del secolo XIII: gli ordinamenti sacrali e sacratissimi colle riformazioni da loro occasionate e dipendenti ed altri provvedimenti affini*, Bologna, 1888, p. 137.

sanguinei che vivevano sotto lo stesso tetto sottoposti all’ autorità del *pater familias* e un gruppo parentale composto da più rami che, con riferimento a tutti i discendenti dal comune capostipite, usufruivano ancora del nome d’ origine.

Il gruppo parentale sovente, per motivi economici, poteva allargarsi e costituire un vero e proprio consorzio familiare, che si dotava di statuti, organi e capi. Ciò poteva avvenire anche grazie all’ annessione di famiglie non congiunte alle altre da uno stretto vincolo di parentela: tanto accadeva a Firenze ove si riscontrano vere e proprie consorterie familiari (i Donati, i Frescobaldi ...), a Pistoia, a Genova, ove erano stanziate in contrade a sé riservate e dotate anche di fondaci, torri di difesa, chiese ...²⁴.

La famiglia era fondata sul matrimonio religioso, ma con una divaricazione emblematica, come si vedrà, con riguardo alla imprescindibilità del libero consenso degli sposi previsto dal diritto canonico.

Nel passaggio all’ età moderna la composizione della famiglia si differenzia nelle sue due strutture, quella ristretta – formata da padre, madre e figli – e quella più ampia, comprendente più generazioni.

Mentre i giuristi si adoperavano per ovviare alla sostanziale indeterminatezza della composizione che si diversificava tra le varie famiglie – si discorre di famiglia contentiva prossima, più ristretta, e di famiglia remota o remotissima, più ampia – acquista importanza pregnante il patrimonio, ovviamente con riguardo alle famiglie agiate o aristocratiche.

Nel Rinascimento l’ elemento patrimoniale acquista tale rilevanza da incidere in modo determinante sul destino dei suoi componenti²⁵: il *pater familias* struttura il suo potere su quello di un sovrano e pretende dai figli rispetto e la più totale e incondizionata obbedienza.

Rileva come anche i matrimoni fossero combinati e più che mai finalizzati all’ accrescimento del potere economico – e sovente politico – della casata, nella più totale noncuranza delle aspirazioni dei nubendi.

Come testimoniano anche le espressioni contenute negli accordi matrimoniali dell’ epoca, le trattative potevano aver luogo e concludersi nell’ ignoranza dei futuri coniugi, senza riguardo per i loro sentimenti: l’ amore era citato, nei patti, ma era sempre e soltanto l’ affetto e l’ amicizia che univa le rispettive parentele. Così, in un atto conservato tra le fonti d’ archivio salernitane risalenti al XVI secolo si legge testualmente che esso è concluso da “tutti li parenti suoi voluntera, per star in bona amicitia fra loro e non per innamoramento de loro giovani, né per forza alcuna, ma per la bona amicitia che fra di loro sempre è stata”; e altrove: “il tutto, l’ hanno trattato li padri d’ ambe le parti amorevolmente fra loro”, e “tutto è passato d’ accordo non tanto di loro (gli sposi), quanto delli loro prossimi”²⁶.

Più esplicitamente taluno – citando le medesime fonti d’ archivio salernitane – esplicita: “il matrimonio ‘d’ amore’ è il matrimonio concluso in una perfetta concordia tra le due famiglie o addirittura tra i due gruppi interessati, anche se gli sposi non si sono mai incontrati”²⁷.

²⁴ Sul tema, cfr. J. HEERS, *Le clan familial au Moyen Âge. Etude sur les structures politiques et sociales des milieux urbains*, Paris, 1974; adde, D. OWEN HUGHES, *Ideali domestici e comportamento sociale: testimonianze della Genova medievale* in Ch. E. ROSEMBERG (a cura di), *La famiglia nella storia*, Torino, 1979, p. 151 ss.

²⁵ Cfr., G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. ipertestuale*, 1995.

²⁶ Cfr., G. DELILLE, *Classi sociali e scambi commerciali nel salernitano: 1500-1650 circa*, in *Quaderni storici*, 33, 1976, p. 983 ss.

²⁷ Cfr. G. DI RENZO VILLATA, *op. loc. ul. cit.*, che precisa: “L’ amore passione che faceva lasciare casa e genitori per una donna era oggetto di scandalo e di vergogna e, perseguito dall’ autorità civile e religiosa, era sot-

Ma nei ceti in cui minore era il peso del lignaggio la scelta del coniuge era più libera, se si tien conto, invece, che in alcuni contratti matrimoniali stipulati a Genova tra artigiani è spesso addirittura assente il padre dei nubendi; mentre è documentato il caso di una donna – appartenente sempre alla categoria degli artigiani – che, consapevole del valore essenziale che aveva per la dottrina della chiesa il libero consenso dei coniugi e rivendicando il diritto di scegliersi lo sposo, ricorreva al sacerdote per ricusare il marito che la famiglia voleva imporle.

Per il diritto canonico infatti il matrimonio era valido a condizione che – in assenza di impedimenti – poggiasse sul mutuo consenso, anche nel caso di sposi minorenni e privi dell'assenso dei genitori e nelle ricorrenze di matrimoni clandestini, in cui la sola condizione necessaria di validità era la presenza degli sposi che nel matrimonio religioso fungevano anche da officianti.

Nel XVI secolo la Chiesa, nel fermento suscitato da luterani e calvinisti, che consideravano quest'ultima tipologia di 'nozze di fatto' apertamente contraria alla volontà e al potere paterno, dietro le pressioni di funzionari civili e delle famiglie potenti – soprattutto francesi e spagnole – che chiedevano l'esplicita dichiarazione di nullità di detti matrimoni e l'imposizione di regole che stabilissero l'obbligo del consenso dei genitori e dei limiti minimi d'età per gli sposi, intervenne nella materia e nel Concilio di Trento rese obbligatoria, per la validità del matrimonio, la presenza alla sua celebrazione del parroco e di almeno due testimoni. Contemporaneamente venivano stabilite le precise modalità delle pubblicazioni, anche se non era esplicitata una conseguenza della loro omissione.

Tra il XVII e il XVIII secolo l'affermarsi del pensiero giusnaturalistico, focalizzando l'attenzione sul suo momento costitutivo e sull'instaurarsi di rapporti parentali, poneva le basi per l'elaborazione di un nuovo modello di famiglia.

Grozio fondava l'origine della famiglia sul libero consenso dei coniugi, che quindi era determinante anche per la sua trasformazione o il suo scioglimento, ma con la procreazione si instauravano tra i componenti un insieme di diritti e doveri reciproci che appartenevano ed erano regolati esclusivamente dal diritto naturale. Il diritto naturale che scaturiva dalla filiazione era la fonte anche del potere di entrambi i genitori, non più del solo *pater familias*²⁸.

Dunque fondato sul diritto naturale era anche il dovere del padre di provvedere alle necessità di figli legittimi e naturali: in contrasto con l'orientamento discriminatorio dominante nella società del tempo, con antesignana modernità Grozio sosteneva che il diritto naturale non distingueva affatto tra le due categorie di figli²⁹.

Diversamente Hobbes riconosceva nella famiglia il modello dello Stato: entrambi gli

toposto a riprovazione sociale perché implicava la violazione delle regole tacite ed espresse di comportamento su cui si fondava l'ordine dell'epoca²⁷.

²⁸ È il momento degli interventi di riforma realizzati nel campo del diritto di famiglia e delle successioni: presso ogni Comune sono creati e affidati a pubblici ufficiali i Registri dello stato civile, ove annotare le nascite, le morti, i matrimoni, i divorzi, e tutto ciò che concerne appunto lo *status* civile dei cittadini; se ne sottrae dunque la competenza ai parroci, che in precedenza avevano provveduto alla conservazione di tali dati nei registri parrocchiali. Il matrimonio non è più un vincolo di natura religiosa e indissolubile: esso è ora considerato a tutti gli effetti come un contratto di diritto civile, con la conseguenza che è celebrato da pubblici ufficiali; inoltre, il matrimonio religioso non ha effetti per lo Stato: perché produca effetti civili è necessario sposarsi in Comune. Come tutti i contratti il matrimonio può, poi, essere sciolto.

²⁹ Cfr., GROZIO, *De iure belli ac pacis*, lib. II, Cap. V, ed. Lugduni Batavorum, 1919.

istituti, infatti, si basano sul principio di autorità; il potere dei genitori si fonda sul diritto del più forte³⁰.

Samuel von Pufendorf aderisce in parte al pensiero di Grozio, in quanto riconosce nel patto una fonte costitutiva del diritto privato. Per Pufendorf dunque anche i rapporti familiari hanno una natura contrattuale, in quanto la società coniugale si configura come un rapporto consensuale finalizzato all’incremento della specie. Anche i rapporti tra padre e figli hanno tale natura, e presuppongono il tacito consenso dei figli all’esercizio della *potestas* da parte del genitore³¹.

Anche per il suo allievo Thomasiaus la società coniugale traeva fonte dal diritto naturale in quanto costituita in base al mutuo consenso, ma derivava altresì un regime di divieti dalle leggi divine e umane che imponevano, ad esempio, l’indissolubilità del matrimonio e la soggezione della moglie al marito. Tali obblighi erano in contrasto con i principi del diritto naturale che escludevano *in facto* la supremazia del marito e ammettevano non solo lo scioglimento del matrimonio, ma anche la poligamia e l’incesto.

Nel rapporto tra genitori e figli il Thomasiaus vedeva infatti concretizzarsi la *teoria del diritto come comando*³², in quanto tale specifico rapporto non si fondava sul consenso reciproco, bensì traeva origine da precetti vincolanti che costituivano obbligazioni, come l’obbligo di educare per il genitore e l’obbligo di obbedienza da parte dei figli, indipendentemente dal consenso dei destinatari degli obblighi stessi³³.

John Locke invece restaura l’*ordine naturale della famiglia*³⁴: se i giusnaturalisti precedenti avevano, in qualche modo, giustificato il potere dominante del padre, per Locke la famiglia naturale è anteriore e indipendente dallo Stato ed il potere spetta in ugual misura a ciascuno dei due genitori, perché parimenti responsabili della procreazione. Entrambi i genitori, dunque, hanno uguali diritti e doveri verso la prole, e non nel proprio interesse, ma nell’interesse esclusivo dei figli. Proprio in virtù di tale scopo, il potere genitoriale per Locke era per sua stessa natura temporaneo e destinato a cessare quando i figli avessero raggiunto l’età della ragione, fossero ormai capaci di provvedere a se stessi e di gestire la propria libertà. È ancor più notevole e più rispettosa dell’interesse dei figli la convinzione in base alla quale il matrimonio era da considerarsi indissolubile fino a quando non venissero realizzati gli scopi matrimoniali, tra i quali erano prevalenti i doveri verso i figli, talché il vincolo poteva essere sciolto solo dopo che i genitori avessero adempiuto completamente al loro compito verso la prole.

³⁰ HOBBS, *De cive*, IX, 7, 254, 258, in *Opera philosophica quae latine scripsit omnia*, a cura di Molesworth, London, 1839-1845; *Id.*, *Leviathan*, II, XX, p. 185 ss., in *English Works*, a cura di Molesworth, London, 1839-1845.

³¹ S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, VI, I, ed. Francofurti et Lipsiae, 1744. *Adde*: V. FIORILLO, *Tra egoismo e socialità. Il giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, Napoli, 1992.

³² La teoria che riduce il diritto a un complesso di comandi coattivi emanati dall’autorità sovrana fu fortemente contestata da Hart (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961), che poneva, invece, alla base del giusnaturalismo, dei principi di condotta universalmente riconosciuti – indispensabili per la stessa sopravvivenza dell’umanità –, da lui definiti *contenuto minimo del diritto naturale*. In argomento, per tutti, cfr. A. FALZEA, *Ricerche di Teoria Generale del Diritto e Dogmatica Giuridica*, Vol. II: *Dogmatica Giuridica*, Milano, 1997; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e Positivismo giuridico*, Roma-Bari, 1963; G. CARCATERA, *Dal giurista al filosofo*, Torino, 2007.

³³ C. THOMASIIUS, *Institutiones jurisprudentiae divinae*, lib. III, c. II, §§ 1-3, 35, 49, 105, 115-122, 200-213, 168-172, 220-247, 21, 81, ed. Halae 1730, rist. anast. Aalen, 1963; *Id.*, *De crimine bigamiae*, §§ XXII-XXV, in *Dissertationes Academicae*, I, p. 291 ss.; *Id.*, *De concubinato*, § IX, in *Dissertationes Academicae*, III, p. 710.

³⁴ Come afferma Solari: cfr. G. SOLARI, *L’idea individuale e l’idea sociale*, cit., p. 29.

Ma le conquiste della visione anticipatrice di Locke non terminano qui: il rapporto tra i coniugi era improntato all'uguaglianza, e tra i fini dell'unione non vi era solo la procreazione, il mantenimento e l'educazione dei figli, bensì anche *la costruzione di una solida comunione di affetti in base alla quale offrirsi assistenza e scambievole aiuto.*

Questa illuminata concezione influirà anche sul *droit intermédiaire*, quando il legislatore rivoluzionario procederà all'emanazione di una serie di norme di carattere settoriale, per dare attuazione alle riforme annunciate con la 'Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino' e per rendere effettiva la tutela dei diritti in essa contenuti³⁵, ma avrà realizzazione, peraltro parziale, nel nostro ordinamento solo con la riforma del diritto di famiglia del 1975³⁶.

4. Dall'età delle codificazioni al modello delineato nella Costituzione italiana. – Nella penisola italiana, nel secolo dei Lumi e fino alla codificazione, la famiglia naturale di Locke è più che mai un'utopia, mentre inutilmente si levano le parole di Cesare Beccaria³⁷ o dell'abate Alfonso Longo³⁸ a contrastare, stigmatizzandole, le inveterate consuetu-

³⁵ Le riforme che dopo il 1789 modificarono radicalmente, in Francia, il diritto di famiglia – rilevante, in particolare quella del 20-25 settembre 1792 – attuavano, la “dichiarazione dei diritti degli sposi, dei padri, dei figli, dei genitori” auspicata in seno alla Costituente, nella seduta del 5 agosto 1790, da M. GOSSIN: ... *Après avoir rendu l'homme libre et heureux dans la vie publique, il vous restait à assurer sa liberté et son bonheur dans la vie privée. Vous le savez, sous l'ancien régime, la tyrannie des parents était souvent aussi terrible que le despotisme des ministres; souvent les prisons de l'Etat devenaient des prisons de famille. Il convenait donc, après la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de faire, pour ainsi dire, la déclaration des droits des époux, des pères, des fils, des parents ...* cfr. *Archives parlementaires*, I série (Paris 1867 ss.), XVII, p. 617 s.

³⁶ Sulla riforma del diritto di famiglia del 1975 cfr., diffusamente e autorevolmente, G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, II ed., Torino, 2003. Adde, *Id.*, *La filiazione. La potestà dei genitori. Gli istituti di protezione*, in G. AUTORINO, *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico di diritto di famiglia*, V, Torino, 2007.

³⁷ Così Cesare Beccaria criticava l'organizzazione familiare del suo tempo: “Queste funeste ed autorizzate ingiustizie furono approvate dagli uomini anche più illuminati ed esercitate dalle repubbliche più libere, per avere considerato piuttosto la società come un'unione di famiglie, che come un'unione di uomini. Vi siano centomila uomini, o sia ventimila famiglie, ciascuna delle quali è composta di cinque persone, compresovi il capo che la rappresenta: se l'associazione è fatta per le famiglie, vi saranno ventimila uomini e ottantamila schiavi; se l'associazione è di uomini, vi saranno centomila cittadini e nessuno schiavo. Nel primo caso vi sarà una repubblica, e ventimila piccole monarchie che la compongono; nel secondo lo spirito repubblicano non solo spirerà nelle piazze e nelle adunanze della nazione, ma anche nelle domestiche mura, dove sta gran parte della felicità o della miseria degli uomini”. Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § 26, Milano, 1984, p. 80.

³⁸ Membro dell'Accademia dei Pugni, *crogiolo delle idee tra le più ardite dell'illuminismo lombardo* (così G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia ...*, cit., p. 45), l'abate Alfonso Longo sulle colonne del *Caffè*, nelle sue *Osservazioni su i fedecommessi*, condannava la consuetudine dei ceti più alti della società di concentrare le ricchezze del gruppo familiare nelle mani di uno solo, con gravi lesioni degli interessi dei figli esclusi dalla successione sui beni fedecommessari: “Ma qual mai si è lo scopo de' fedecommessi, delle primogeniture, de' maiorascati? Quello, dirammisi, di conservar ricca ed illustre una famiglia. Che così si ragioni da un vecchio imbevuto di pregiudizi, che crede di rivivere nella sua discendenza e pascesi nell'idea di veder perpetuata la sua linea, non deve far istupore; ma poco importa alla pubblica felicità che tal famiglia conservisi eternamente ricca, anzi molto importa che le ricchezze accumulate passino di mano in mano, circolino nello Stato e siano il premio dell'industria d'un negoziante, più utile alla società che mille nobili sfaccendati”. E mentre quasi preconizzava un tempo a venire in cui la famiglia sarebbe riorganizzata secondo principi di uguaglianza nell'interesse di tutti, non solo dei suoi componenti, ribadiva: “Abbandonansi da ridicole leggi alla miseria i cadetti in una casa dove siavi primogenitura e rendonsi vittima alla felicità del primogenito. E questo dirassi mantener la casa in lustro? Pel nome di casa credo doversi intendere non solo il primogenito, ma i membri tutti d'una famiglia. E per lustro d'una casa io intendo gli agi e le ricchezze distribuite nei componenti della casa. ... Allora solo dovrassi chia-