

Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del diritto

Corso di laurea Magistrale in

Giurisprudenza

a.a. 2022-2023

L'Economica della Famiglia nel Diritto
Privato tra Ottocento e Novecento: il
Fondo Patrimoniale

Relatrice: Prof.ssa Chiara Maria Valsecchi

Controrelatrice: Prof.ssa Stefania Gialdroni

Studente: Aurora Chilese, matr. 1143067

INDICE

Capitolo Primo – Il diritto di famiglia in Italia, dalla crisi del diritto comune all’Unità. Cenni.	6
1.1. Il regime della famiglia italiana del Settecento.....	6
1.1.1. <i>I rapporti patrimoniali tra coniugi nel Settecento</i>	<i>8</i>
1.2. Le novità della Rivoluzione francese e il Code Napoléon...9	9
1.2.1. <i>Le norme rivoluzionarie.....</i>	<i>9</i>
1.2.2. <i>Il Code Napoléon</i>	<i>14</i>
1.2.2.1. <i>I rapporti patrimoniali tra coniugi nel Code Napoléon.....</i>	<i>19</i>
1.3. Il diritto di famiglia negli Stati preunitari	20
1.3.1. <i>I rapporti patrimoniali tra coniugi negli Stati preunitari.....</i>	<i>24</i>
Capitolo Secondo – Il Codice civile del 1865.....	26
2.1. Il Codice civile degli Italiani.....	26
2.1.1. <i>Il Codice Pisanelli e il Code Napoléon. Due codici a confronto.....</i>	<i>29</i>
2.2. Il diritto di famiglia	30
2.3. I rapporti patrimoniali tra coniugi nel Codice civile del 1865	33
2.3.1. <i>Il regime dotale.....</i>	<i>35</i>
2.3.2. <i>Il regime della comunione e della separazione dei beni</i>	<i>36</i>
Capitolo Terzo – Il Codice civile del 1942	40
3.1. Mezzo secolo senza riforme	40
3.2. Il nuovo Codice civile	43
3.2.1. <i>Il Libro I, Titolo VI, Capo XII: “Del regime patrimoniale del matrimonio”</i>	<i>45</i>
3.2.2. <i>Un confronto con il Codice Pisanelli.....</i>	<i>47</i>
3.3. Verso una nuova idea di famiglia.....	48
3.4. Il regime patrimoniale della famiglia	53
3.4.1. <i>Il patrimonio familiare.....</i>	<i>53</i>
3.4.2. <i>Un istituto fallimentare</i>	<i>57</i>
3.4.2. <i>La comunione degli utili e degli acquisti</i>	<i>60</i>
Capitolo Quarto – La riforma del diritto di famiglia.....	64
4.1. Dal codice civile del 1942 alla riforma del 1975.....	64
4.1.1. <i>La famiglia nella Costituzione</i>	<i>65</i>
4.2. La riforma del diritto di famiglia.....	69
4.2.1. <i>La Legge 19 maggio 1975, n. 151.....</i>	<i>75</i>

4.3. Il regime patrimoniale tra coniugi.....	81
4.3.1. <i>Il regime della comunione legale.....</i>	82
4.3.2. <i>Il fondo patrimoniale e l'affinità con i precedenti istituti.....</i>	86
4.3.3. <i>Il fondo patrimoniale.....</i>	90
<i>Conclusioni</i>	98
<i>Riferimenti bibliografici</i>	104

Capitolo Primo – Il diritto di famiglia in Italia, dalla crisi del diritto comune all’Unità. Cenni.

1.1. Il regime della famiglia italiana del Settecento

Verso la fine del Settecento diverse norme scritte e consuetudinarie concorrono a formare il diritto della famiglia italiana.

Alla base, costituita dal diritto canonico e dalla tradizione romanistica incentrata sull’interpretazione del *Corpus juris* giustiniano, si sono aggiunti nel corso del tempo i principi e gli istituti del diritto feudale, le usanze locali e il diritto degli Stati regionali, e persino le cosiddette “leggi private”¹.

Il modello di famiglia è dato dalla famiglia della nobiltà e della borghesia, la prima detentrica del potere, e la seconda volta ad inserirsi nella nobiltà imitandone usanze e costumi².

La famiglia del Settecento è una famiglia ampia dal momento che comprende più generazioni, le quali girano attorno ad un nucleo fondante formato dal padre, dalla madre, dai figli e dalle nuore. Tant’è che si parla di comunità familiare³.

L’istituzione familiare in Italia presenta quindi una sua fisionomia ben precisa e ben ancorata a principi di antica e consolidata tradizione, attraverso i quali veniva tutelata la posizione di supremazia degli uomini sulle donne, considerate estranee alla famiglia agnaticia.

L’autorità spetta agli uomini appartenenti al nucleo familiare, con il privilegio della primogenitura. Le donne, al contrario, passano dall’autorità del padre o del fratello, a quella del marito o del suocero.

¹ Leggi attraverso le quali i capostipiti avevano inteso regolare, all’interno delle loro famiglie, le successioni, e “*taluni speciali rapporti con esse collegati, incuranti delle riserve dei più fini giuristi*”. P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia 1796-1975*, Bologna 2002, p. 53.

² G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici*, Milano 1978, p. 15.

³ G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno* IN *Digesto*, XIII, Torino 1913-1918, p. 505.

Ciò che emerge è una donna senza capacità di agire in quanto ogni suo atto deve essere approvato dal padre o dal marito.

L'ordinamento sembra tutelare la donna in soli due momenti: nel caso di seduzione in quanto “...*indipendentemente dal fidanzamento, il solo fatto della seduzione dà luogo ad una pretesa giuridicamente coercibile al matrimonio o a forti risarcimenti: aut nubat, aut dote, aut ad triremes!...*”⁴. Un uomo che costringe una donna ad avere rapporti sessuali prima del matrimonio è obbligato, se portato in tribunale, a sposarla o a risarcirla con il riferimento di una dote.

Il secondo caso è invece dato dallo stato di vedovanza poiché i beni conferiti in dote al marito devono, in tutto o in parte, ritornare alla famiglia della vedova.

Ben pochi sono gli interventi del legislatore statale nell'ambito del diritto di famiglia. Solo alla fine del XVIII secolo si registrano alcune novità importanti, che tuttavia non scalfiscono questo quadro piuttosto rigido e conservatore.

La maggior riforma introdotta in diversi territori italiani è costituita dall'introduzione del matrimonio civile, che si realizza per la prima volta nel 1784 con l'estensione alla Lombardia della patente austriaca del 1783⁵, che faceva salvi lo scambio dei consensi fra i coniugi in presenza del parroco, e il ruolo di quest'ultimo, nella possibilità di poter conciliare i due coniugi prima della separazione.

Ma dato che il matrimonio viene visto come un contratto stipulato tra i due nubendi, in caso di separazione, la competenza passa da quella ecclesiastica a quella dei tribunali statali, e in una tale celebrazione il parroco viene ad assumere le funzioni di un pubblico ufficiale tenuto a certificare l'avvenuto matrimonio.

Ciò porta a una disciplina legale delle cause di nullità senza ammettere alcun intervento da parte della Curia romana⁶.

⁴ *ivi*, p. 68.

⁵ P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia 1796-1975*, Bologna 2002, p. 56.

⁶ *ivi*, p. 57.

Le nuove disposizioni in materia matrimoniale alimentano però diverse polemiche in quanto l'aggiunta di disposizioni puramente civili sembra scontrarsi con disposizioni canoniche la cui validità è confermata e ribadita⁷.

In Piemonte, Lombardia, ma anche nel Regno di Napoli, come in Toscana, si mira a rafforzare la patria potestà, da un lato per limitare la libera scelta matrimoniale da parte dei figli, sviluppando una forte avversione per i matrimoni di coscienza o segreti, riconosciuti invece dal diritto canonico; e dall'altro per evitare un abuso di uno dei principi fondamentali del diritto canonico: il *favor matrimonii*, a partire dal quale, in caso di controversia, si ritiene valido il matrimonio fino a prova contraria⁸.

1.1.1. I rapporti patrimoniali tra coniugi nel Settecento

Di vitale importanza è il patrimonio familiare che deve essere protetto ad ogni costo e conservato di generazione in generazione. A tale scopo, l'ordinamento mette a disposizione diversi strumenti, tra cui i fedecommessi e le sostituzioni fedecommissarie⁹, che favoriscono la successione ereditaria dei figli maschi a discapito delle figlie femmine.

Così facendo, il *patrimonium* viene a concentrarsi verso un unico membro della famiglia, ovvero il primogenito maschio, o il parente prossimo più anziano, o più raramente, il figlio più giovane¹⁰.

Successivamente, per garantire la conservazione dell'intero patrimonio, prende il posto delle sostituzioni fedecommissarie, il

⁷ Come, ad esempio, le misure contro il *matrimonium conscientiae*, ovvero la possibilità per i due nubendi di sposarsi davanti al sacerdote senza che ne sia data comunicazione al Municipio, o il matrimonio clandestino che invece sono stati riconosciuti come legittimi da Benedetto XIV con la *Satis vobis* del 1741. P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia 1796-1975*, Bologna 2002, pp. 57-58.

⁸ P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia 1796-1975*, Bologna 2002, p. 58.

⁹ Obbligo in capo all'erede di conservare i beni ricevuti in eredità e, alla sua morte, di consegnarli ad un altro soggetto da lui nominato.

¹⁰ G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno* IN *Il Digesto italiano*, XIII, Torino 1913-1918, p. 506.

fedecommesso universale¹¹, portando all'indivisibilità dell'intero patrimonio.

A caratterizzare l'organizzazione patrimoniale, accanto al *patrimonium*, vi sono i *peculia*¹², i beni dotali e parafernali¹³ portati dalla madre di famiglia.

A ricoprire un ruolo essenziale è la dote. Attraverso l'obbligo di dotare le proprie figlie, si assicura il mantenimento e la successione della famiglia. Scopo dei giovani uomini è di acquisire una dote il più cospicua possibile per preservare l'onore della famiglia¹⁴.

1.2. Le novità della Rivoluzione francese e il *Code Napoléon*

1.2.1. Le norme rivoluzionarie

Nel Settecento, il movimento illuminista mette in luce come il diritto comune, che fonda le sue radici nel diritto romano, e in particolare nel *Corpus juris civilis* giustiniano, sia un sistema da superare, poiché caratterizzato da un'instabilità e imprevedibilità dei giudizi tali da rendere frequenti ingiustizie e disuguaglianze.

È il caso dell'*Ancien Régime* francese, dove la società è divisa per classi e il sovrano gode di un potere assoluto.

Le idee riformatrici già diffuse dagli illuministi sono fatte proprie, dopo lo scoppio della Rivoluzione del 1789, dalle Assemblee legislative rivoluzionarie che si prefiggono, anche in materia civile, di realizzare una “...codificazione..., destinata a perenne validità non solo per il popolo francese ma per tutte le nazioni. Codificazione da attuarsi

¹¹ Obbligo di conservare i beni ricevuti in eredità e di restituire, in tutto o in parte, l'eredità ad un'altra persona.

¹² Donazione di una certa quantità di beni che il *dominus* mette a disposizione del *filius*.

¹³ Beni di proprietà della moglie e non oggetto di dote.

¹⁴ G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici*, Milano 1978, p. 19.

mediante la composizione d'un breve testo di norme chiare, semplici, facilmente intellegibili da chiunque... ”¹⁵.

Tuttavia l'Assemblea legislativa fallisce nell'intento di tradurre immediatamente le singole riforme in un unico progetto unitario di codice civile. Da qui si spiegano le origini e lo sviluppo del cosiddetto *droit intermédiaire*, ovvero quella legislazione civilistica che separa l'*Ancien Régime* dalla successiva entrata in vigore del *Code Napoléon*¹⁶.

Seppur la legge dell'agosto 1790 sulla riforma dell'organizzazione giudiziaria stabilisce che “*sarà formato un codice generale di leggi semplice e chiaro*”, e pur se la formazione di un futuro codice civile unitario rimane uno degli obiettivi principali del programma rivoluzionario, l'Assemblea legislativa decide di procedere per singoli interventi, toccando le questioni più importanti e urgenti da risolvere: la libertà, l'eguaglianza e la proprietà.

In materia di diritto di famiglia, vi sono diverse novità introdotte attraverso leggi speciali, oltre alla presentazione di diversi progetti di codice, privati e ufficiali.

Il primo istituto del tutto nuovo è sicuramente il matrimonio civile regolato esclusivamente dalla legge statale, senza che abbia più nessun valore giuridico il matrimonio religioso.

Il matrimonio è ora considerato alla pari di un semplice contratto, per cui lo Stato disconosce tutti gli impedimenti previsti dalla Chiesa e soprattutto ammette lo scioglimento del vincolo, sia per mutuo consenso, sia su richiesta unilaterale¹⁷.

La legislazione emanata nel 1792 prevede il divorzio in tre ipotesi: per mutuo dissenso, incompatibilità di umore e di carattere, e per altri sette motivi: demenza, follia o furore, condanna a pene afflittive o

¹⁵ G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successivi*, Torino 2015, p. 8.

¹⁶ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico vol. 2*, Milano 2005, p. 432.

¹⁷ Impotenza, ratto, ordine sacro, voto religioso, disparità di culto.

infamanti, delitti, sevizie o ingiurie gravi, sregolatezza di costumi, abbandono di almeno due anni o assenza senza notizie per un periodo di cinque anni, ed infine, emigrazione politica¹⁸.

Per la stessa logica, viene soppresso l'istituto della separazione.

Oltre a ciò, le Riforme rivoluzionarie abbandonano l'idea di famiglia patriarcale tipica invece dell'*Ancien Régime*.

Un altro duro colpo è dato infatti da due diversi decreti del 1792 che proibiscono le sostituzioni fedecommissarie e la “*facoltà di disporre dei propri beni, sia a causa di morte, sia tra vivi, sia per donazione contrattuale in linea diretta...*”¹⁹.

Successivamente vengono presentati ulteriori progetti alla Commissione in tema di adozione e di rapporti patrimoniali tra coniugi. Di maggior rilievo l'intervento del giurista Berlier, che dinanzi al Comitato di Legislazione della Convenzione dichiara che “*davanti alla legge non esistono bastardi*”²⁰, prevedendo la possibilità di poter adottare fino a dodici infanti e che il limite di età massimo dell'adottando dev'essere di sedici anni.

Tutti questi interventi di riforma, dovrebbero però tradursi in un progetto unitario per poter dar vita ad un codice civile applicabile in tutto il territorio.

Proprio su questi principi, vengono presentati tre diversi progetti di codice il cui autore principale è Jean-Jacques Régis de Cambacérès, Il primo progetto è presentato alla Convenzione il 9 agosto 1793, si compone di 719 articoli ripartiti in tre libri: persone e famiglia, beni, contratti.

Le maggiori novità riguardano il diritto di famiglia, in quanto Cambacérès concepisce la famiglia come un'istituzione di protezione dei figli fino al raggiungimento della maggiore età, aperta

¹⁸ G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno* IN *Il Digesto italiano*, XIII, Torino 1913-1918, pp. 514-515.

¹⁹ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico vol. 2*, Milano 2005, p. 454.

²⁰ *Ivi*, p. 454.

all'accoglienza dei figli naturali, riconosciuti volontariamente dal padre, e di quelli adottivi.

Viene meno la patria potestà e la potestà maritale, sostituita da un consiglio di famiglia e dall'amministrazione comune dei beni; ed infine introdotto il divorzio semplificato con termini abbreviati che “... *sgancia il matrimonio da ogni vincolo che non sia il perdurare della volontà di convivenza*”²¹.

Il primo progetto, tuttavia, non viene accolto dalla Convenzione poiché ritenuto estremamente lungo e complesso, ma soprattutto “troppo giuridico”²².

Un anno dopo, il 9 settembre 1794, Cambacérès presenta un secondo codice riducendolo a soli 297 articoli e semplificando il più possibile le singole norme, ma malgrado ciò, la Convenzione lo respinge.

Nonostante il fallimento di due progetti, il 12 giugno 1796, il Comitato di classificazione delle leggi affida nuovamente a Cambacérès la redazione di un terzo progetto di codice, progetto ancora più ampio dei precedenti in quanto si compone di 1104 articoli, diviso anch'esso in tre libri: persone e famiglia, beni, contratti²³.

Si conservano alcuni istituti già noti e introdotti nei primi due progetti di codice, ovvero il divorzio e la patria potestà come dovere di protezione; mentre altri istituti, per mantenere quella natura conservatrice, vengono modificati.

È il caso della comunione dei beni, sostituita dall'amministrazione del patrimonio al solo marito poiché “*ammettere la moglie a disporre di tali beni significa supporre l'imbecillità del marito. Del resto, lo si è già visto, è la stessa scienza medica ad avvalorare l'immagine della*

²¹ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico vol. 2*, Milano 2005, p. 519.

²² G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, Torino 2015, p. 9.

²³ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico vol. 2*, Milano 2005, p. 528.

donna quale essere debole, fisicamente e mentalmente”²⁴, e infine si recupera la distinzione tra figli naturali e figli legittimi.

Malgrado gli sforzi di un ritorno alla tradizione, il progetto, ancor prima di essere esaminato, appare già superato. I cittadini richiedono al Comitato di emanare leggi più incisive di quelle presentate da Cambacérès nei diversi progetti.

Prima di arrivare ad un progetto definitivo, si passa per ulteriori tentativi di codificazione elaborati a titolo personale da alcuni tecnici del diritto.

Nel 1798, viene formata una nuova Commissione presieduta dall’Avvocato Guy-Jean Baptiste Target dove espone la propria idea di famiglia: il divorzio dev’essere scoraggiato attraverso l’introduzione di cautele formali; l’impossibilità della donna di poter agire liberamente senza aver ottenuto il consenso del marito; la distinzione tra figli naturali e legittimi; il mantenimento dell’autorizzazione maritale fino all’età di venticinque anni; e, infine, la possibilità di adottare solo per quei coniugi senza figli²⁵.

Nel 1799 si instaura una nuova Commissione formata da Jean Guillemot, figura che ha già preso parte alla Commissione per la redazione del terzo progetto di codice ad opera di Cambacérès. Tale progetto non si discosta di molto da quello presentato da Target, le uniche novità introdotte sono la reintroduzione del testamento e della patria potestà.

Infine, sempre nel 1799, viene presentato un progetto di codice anche da Jacqueminot, incoraggiato e appoggiato da Bonaparte, dopo il colpo di Stato del 9 novembre con cui Napoleone ha definitivamente preso potere.

Il progetto si compone di 900 articoli divisi in nove libri e preceduti da un rapporto.

²⁴ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico vol. 2*, Milano 2005, p. 530.

²⁵ *Ivi*, p. 544.

L'opera di Jacqueminot è volta ad un ritorno all'*Ancien Régime*, reso possibile attraverso la reintroduzione della patria potestà, e il mezzo più efficace per restituirle potere è introdurre nuovamente il testamento e la possibilità di diseredazione dei figli, ma anche mantenendo la donna in uno stato di incapacità, togliendole la possibilità di agire, di stare in giudizio, di donare e accettare una successione senza il permesso del marito²⁶.

Infine, “*Jacqueminot non si limita più ad affermare, come nel 1798, che il matrimonio va difeso. Adesso reclama che sia posto un ‘termine’ allo scandalo di questi continui divorzi che hanno quasi ridotto il matrimonio ad una sorta di concubinato dichiarato*”²⁷.

L'insieme di questi progetti, da quest'ultimo presentato da Jacqueminot, compresi i tre progetti di cui è portatore Cambacérès, costituiscono la base che porta all'emanazione, ad opera di Napoleone Bonaparte, del *Code civil* del 1804.

1.2.2. Il Code Napoléon

Dopo il colpo di Stato del 9 novembre 1799, Bonaparte incarica una Commissione composta da Tronchet, Prémeneu, Porrtalis e Maleville di redigere, in tempi molto limitati, un progetto di codice civile sulla scorta dei progetti finora presentati, con particolare attenzione al progetto di Jacqueminot.

Qualche mese dopo, nel 1801, il progetto di codice è ultimato e sottoposto all'esame del Consiglio di Stato, del Tribunato e del Corpo Legislativo, che decide se approvarlo o respingerlo.

²⁶ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico vol. 2*, Milano 2005, p. 544.

²⁷ *Ivi*, p. 550.

Nonostante vengano respinti alcuni titoli del codice, la Commissione procede a riesaminarli per poter presentare nuovamente il progetto di codice fino alla sua definitiva approvazione il 21 marzo 1804²⁸.

Il *Code civil* si compone di 2281 articoli divisi in un Titolo preliminare “*Della pubblicazione, degli effetti e dell’applicazione delle leggi in generale*” e in tre libri “*Sulle persone*”, “*Dei beni e delle differenti modificazioni della proprietà*”, “*Dei differenti modi di acquisto della proprietà*”.

Questo testo rappresenta per tutto il diritto privato e anche per l’assetto giuridico della famiglia, un equilibrato compromesso tra la tradizione precedente e le grandi novità introdotte durante il decennio rivoluzionario.

Le maggiori novità riguardano il matrimonio, la patria potestà, la filiazione naturale, mentre minori cambiamenti si verificano circa la condizione della donna.

Il matrimonio è definito come un semplice contratto civile, celebrato dinanzi all’ufficiale dello stato civile, e per questo è previsto anche il suo scioglimento.

L’art. 144 del codice dispone che non possono contrarre matrimonio l’uomo e la donna che non hanno compiuto rispettivamente diciotto e quindici anni, e, inoltre, prosegue l’art. 148, non possono contrarre matrimonio senza il consenso dei genitori “*il figlio che non è giunto all’età di venticinque anni compiuti, la figlia che non ha compiuto gli anni ventuno...*”.

I nubendi, dopo il raggiungimento della maggiore età e, fino ai trent’anni per i maschi e venticinque per le femmine, prima della celebrazione del matrimonio, sono tenuti a richiedere, attraverso un atto rispettoso, il parere di entrambi i genitori²⁹.

²⁸ G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, Torino 2015, p. 10.

²⁹ Art. 151 *Code Napoléon*.

L'art. 165 del codice dispone che *“il matrimonio sarà celebrato pubblicamente alla presenza dell'ufficiale civile del domicilio dell'uno e dell'altro dei contraenti”*.

Pur confermato il matrimonio civile, dopo un lungo dibattito incentrato sul mantenere o meno anche la possibilità del suo scioglimento, si adotta una posizione restrittiva: le cause di divorzio vengono sensibilmente diminuite, passando da sette cause a tre: infedeltà dei coniugi; eccessi, sevizie o ingiuria grave; e la condanna a pena infamante³⁰.

Il divorzio per mutuo dissenso viene fortemente limitato. Può essere pronunciato solo una volta trascorsi due anni dal matrimonio o comunque prima dei vent'anni³¹.

Le cause di scioglimento sono disciplinate all'art. 227 del codice il quale indica: la morte di uno dei due coniugi, il divorzio legalmente pronunciato, la condanna definitiva di uno dei due coniugi *“ad una pena producente la morte civile”*.

Circa i rapporti tra i coniugi, questi rimangono sbilanciati. Il marito continua ad essere una figura di potere all'interno della famiglia, compito della moglie invece è quello di obbedire al marito. La donna adultera è condannata alla reclusione in una casa di correzione per un periodo che oscilla tra i tre mesi fino ai due anni, mentre l'uomo è tenuto a pagare una semplice pena pecuniaria³².

La patria potestà cessa con la maggiore età, ovvero raggiunti i ventuno anni, oppure con l'emancipazione. Tuttavia, anche dopo il raggiungimento dell'età maggiore, il padre può ostacolare o meno le nozze, in quanto, i figli, fino ai venticinque anni per le femmine e ventuno per i maschi, possono maritarsi se vi è il consenso sia del padre che della madre, e in caso di discordia tra i due coniugi, come

³⁰ Artt. 229 ss. *Code Napoléon*.

³¹ Artt. 276 e 277 *Code Napoléon*.

³² G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno* IN *Il Digesto italiano*, XIII, Torino 1913-1918, p. 520.

dispongono gli artt. 148 e 149 del codice, è sufficiente il consenso del padre, o comunque di uno dei coniugi se l'altro è morto o non può manifestare la propria volontà.

I figli illegittimi vengono considerati come soggetti estranei alla famiglia ed è proprio per questo che è vietata la ricerca della paternità, salvo nel caso di ratto³³. Una posizione migliore è prevista invece per i figli naturali riconosciuti volontariamente dal padre, in quanto viene ammesso il diritto agli alimenti³⁴.

L'adozione, anche se ammessa nel Codice napoleonico, trova una limitata applicazione, dal momento che è accessibile solo ai coniugi senza figli, o discendenti legittimi, con più di cinquant'anni o con un'età superiore di quindici anni rispetto all'adottando, che dev'essere maggiorenne³⁵.

Ancora più significativo è dove viene collocata, all'interno del codice, la disciplina riguardante il diritto di famiglia, inserita nel Libro "*Dei differenti modi coi quali si acquista la proprietà*". Negli anni successivi vi saranno diverse proposte per trasferire la materia in un libro del codice apposito³⁶.

In sostanza la famiglia napoleonica appare come una struttura nettamente individualistica. Non è più un corpo sociale, ma un insieme di persone, che attraverso il divorzio o l'emancipazione, seguono ognuna il proprio destino senza essere più legate a quel nucleo familiare.

In Italia, il *Code Napoléon* entra contemporaneamente in vigore nei cinque dipartimenti del Piemonte, già annessi alla Repubblica francese, e nel dipartimento del Taro, in cui sono riuniti i ducati di Parma e Piacenza.

³³ Art. 340 *Code Napoléon*.

³⁴ Art. 331 *Code Napoléon*.

³⁵ Art. 343 *Code Napoléon*.

³⁶ P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia 1796-1975*, Bologna 2002, p. 107.

Dopo la sua incoronazione a Re d'Italia, Napoleone impedisce che giunga a termine qualsiasi iniziativa di codificazione autonoma, stabilendo che nel Regno dovesse esserci un solo codice civile, e più precisamente il *Code Napoléon*, con l'espressa indicazione di non apportare modifiche per i successivi cinque anni.

Il *Code civil* viene esteso, con decreto firmato da Napoleone a Monaco il 6 gennaio 1806, al principato di Lucca, e nel 1808 al Regno di Napoli. Successivamente, introdotto anche nei tre dipartimenti della Toscana e nello Stato Pontificio.

Dalla dominazione francese, e dalla successiva estensione del Codice civile francese, rimangono esenti la Sardegna e la Sicilia³⁷.

Con l'entrata in vigore del Codice napoleonico, alcuni degli istituti e delle nuove norme rivoluzionarie sono confermate, mentre su altri aspetti le scelte di "normalizzazione" del Codice comportano una limitazione delle novità o un netto ritorno al passato.

Riguardo ai rapporti all'interno della famiglia, risentendo dell'influenza dell'*Ancien Régime*, viene riaffermata e incentivata la supremazia del marito e padre di famiglia sulla moglie e sui figli.

Infine, malgrado la disciplina napoleonica optasse per il regime di comunione dei beni tra coniugi, nei contratti di matrimonio si sceglie di seguire il regime dotale escludendo ogni possibilità di comunione³⁸.

Il Codice civile francese non rimane per lungo tempo in vigore in Italia, poiché i Governi della Restaurazione ne ordinano l'immediata abrogazione. Le uniche eccezioni sono il Ducato di Genova, dove rimane in vigore fino al 1837, e il Principato di Lucca, fino al 1865.

Anche se il *Code Napoléon* rimane in vigore per un breve periodo nella maggior parte d'Italia, eserciterà una forte influenza sui Codici della Restaurazione e sul successivo Codice civile del 1865³⁹.

³⁷ G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, Torino 2015, pp. 4-5.

³⁸ *Ivi*, p. 523.

³⁹ G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, Torino 2015, p. 7.

1.2.2.1. I rapporti patrimoniali tra coniugi nel Code Napoléon

Nel Codice civile francese del 1804, i rapporti patrimoniali tra coniugi non sono disciplinati in maniera rigida, infatti l'art. 1387 dispone che *“la legge non regola la società coniugale relativamente ai beni, se non in mancanza di speciali convenzioni, le quali gli sposi possono fare, come giudicano più conveniente; purché non siano contrarie ai buoni costumi...”*.

Tuttavia l'art. 1391 prevede che *“possono però dichiarare in modo generico che è loro intenzione di maritarsi, o colle leggi della comunione, o colle leggi dotali...”*. In difetto di contratto di matrimonio, vige il regime della comunione dei beni tra coniugi⁴⁰.

Nel caso in cui i due nubendi scelgano il regime della comunione, tanto la comunione legale, che quella convenzionale, comincia dal giorno del matrimonio contratto dinanzi all'ufficiale dello stato civile⁴¹.

Sono compresi in comunione: gli effetti mobiliari che i coniugi possiedono nel giorno della celebrazione del matrimonio; i frutti, le rendite, gli interessi e le annualità; gli immobili acquistati durante le nozze⁴².

Stando a quanto disposto dall'art. 1421 del codice *“il solo marito amministra i beni della comunione. Egli può vendere, alienare ed ipotecare senza l'intervento della moglie”*.

Infine, la comunione si può sciogliere nel caso di morte naturale, morte civile, divorzio, separazione personale o separazione dei beni⁴³.

Oltre al regime della comunione dei beni, vi è anche la possibilità di optare per il regime dotale e anche in questo caso al marito spetta l'amministrazione dei beni dotali durante il matrimonio⁴⁴.

L'art. 1543 dispone che *“durante il matrimonio, la dote non può essere costituita né accresciuta”*.

⁴⁰ Art. 1393 Code Napoléon.

⁴¹ Art. 1399 Code Napoléon.

⁴² Art. 1401 Code Napoléon.

⁴³ Art. 1441 Code Napoléon.

⁴⁴ Art. 1549 Code Napoléon.

Oltre al regime dotale e quello della comunione, i due nubendi hanno a disposizione un terzo regime, che è quello della separazione dei beni.

Anche in questo caso, i due nubendi devono dichiararlo nel contratto di matrimonio. Nel caso di separazione, “...*la moglie conserva l’intera amministrazione de’ suoi beni mobili ed immobili, ed il libero godimento delle sue rendite*”⁴⁵ e “*ciascuno de’ conjughi concorre ai pesi del matrimonio...*”⁴⁶.

1.3. Il diritto di famiglia negli Stati preunitari

Dopo la sconfitta di Napoleone e l’inizio della Restaurazione nel 1815, con il ritorno sul trono dei sovrani spodestati dopo le conquiste napoleoniche, la penisola italiana, prima unita sotto ad un unico regime giuridico dettato dal Codice napoleonico, ritorna a presentarsi frammentata. Ogni Stato è caratterizzato da un proprio regime e da proprie regole dettate dai diversi codici che contraddistinguono le diverse aree.

La Penisola è suddivisa in Regno Lombardo-Veneto, Ducato di Parma, di Piacenza, di Modena, di Lucca, Granducato di Toscana, Stato Pontificio, Regno delle Due Sicilie e Regno di Sardegna.

Malgrado l’eterogeneità degli ordinamenti, molti dei diversi Codici civili entrati in vigore nel territorio italiano non sono altro che una replica, con alcune differenze, del *Code Napoléon*⁴⁷.

A fare eccezione è il Regno Lombardo-Veneto che adotta il Codice civile Universale austriaco del 1811 (il cosiddetto ABGB), più favorevole ad una rilevante posizione giuridica della donna, alla sottrazione della necessità dell’autorizzazione maritale e alla limitazione della *patria potestas*.

⁴⁵ Art. 1536 *Code Napoléon*.

⁴⁶ Art. 1537 *Code Napoléon*.

⁴⁷ A. ACQUARONE, *La unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano 1960, p. 2.

Il Codice civile austriaco riafferma la natura contrattuale del matrimonio. È necessario il consenso del padre per i figli minori di ventiquattro anni e per quelli incapaci di obbligarsi validamente⁴⁸.

Inoltre, per essere valido, occorre adempiere a due formalità: la “dinunzia”, ovvero la pubblicazione del futuro matrimonio; e la solenne dichiarazione del consenso davanti al ministro del culto, o in caso di matrimonio tra una persona cattolica e acatolica, dinanzi al parroco con la presenza di due testimoni⁴⁹.

Tra gli impedimenti al matrimonio sono previsti: il ratto, l’impotenza, l’ordine sacro e il voto religioso, il delitto, la differenza di culto, perché non si può contrarre validamente matrimonio tra cristiani e non cristiani⁵⁰. Inoltre, in base all’art. 111 “*il vincolo di matrimonio validamente contratto tra persone cattoliche non si scioglie se non colla morte di uno de’ conjugi. È parimente indissolubile questo vincolo se una soltanto delle parti professava la religione cattolica al tempo del contratto di matrimonio*”.

Infine, è ammessa separazione solo per gravi motivi indicati all’art. 109: adulterio, delitto, abbandono del coniuge querelante, condotta sregolata per una parte considerevole dei beni del coniuge, i buoni costumi della famiglia sono messi in pericolo, insidie pericolose alla salute o alla vita, gravi maltrattamenti o afflizioni, difetti corporali congiunti a pericolo di contagione.

Anche se il Codice austriaco risulta un testo innovativo sotto alcuni aspetti, non verrà preso a modello dagli altri Stati i quali continueranno a far propri i principi del Codice napoleonico, modificandoli e adattandoli alla tradizione legislativa e codificatrice della Penisola.

Infatti, a Parma, pur prendendo a modello il Codice francese, si ritorna al regime dettato dal diritto canonico. Il matrimonio, per essere

⁴⁸ G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno* IN *Il Digesto italiano*, XIII, Torino 1913-1918, p. 523.

⁴⁹ G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici*, Milano 1978, p. 65.

⁵⁰ *ivi*, p. 64.

valido, dev'essere celebrato secondo le regole canoniche, da qui la regola secondo cui, prima della celebrazione, i nubendi devono manifestare le loro intenzioni davanti all'ufficiale dello stato civile⁵¹.

Le cause di nullità e di scioglimento sono di competenza della Chiesa e per questo non è prevista una normativa specifica, mentre la separazione deve avvenire dinanzi al Tribunale per le cause indicate all'art. 63, analoghe a quelle previste dall'art. 109 ABGB.

La condizione giuridica della donna, invece, rimane pressoché immutata. Le donne non maritate o soggette all'autorità del padre non godono di autonoma capacità di contrarre, in quanto qualsiasi loro atto deve essere autorizzato dal giudice o dai parenti prossimi; mentre, nel caso di donna sposata, dal marito stesso.

Infine, per quanto attiene ai rapporti tra genitori e figli, si distingue tra patria potestà naturale, attribuita ad entrambi i coniugi; e potestà civile, riconosciuta al solo ascendente maschio "*in linea masculina paterna che occupi il primo grado in famiglia*"⁵².

In Toscana e nello Stato Pontificio le più importanti novità riguardano il matrimonio, che viene considerato un istituto di diritto canonico; e la patria potestà, che cessa con il raggiungimento dei trent'anni, per effetto dell'emancipazione o del matrimonio.

Situazione diversa nel Regno di Sardegna, in materia di matrimonio non è prevista alcuna formalità o impedimento che incidono sulla validità del vincolo, e a differenza da quanto previsto a Parma, i nubendi non devono manifestare la loro volontà dinanzi all'ufficiale di stato civile, ma sarà il parroco stesso ad annotare l'avvenuto matrimonio nei registri dello stato civile⁵³.

Altra differenza, è rappresentata dal fatto che il divorzio è escluso per i cattolici e ammesso solo per i seguaci di altri culti previsti dal

⁵¹ *ivi*, p. 54.

⁵² G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici*, Milano 1978, p. 60.

⁵³ G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno* IN *Il Digesto italiano*, XIII, Torino 1913-1918, p. 521.

Codice albertino. Il matrimonio potrà sciogliersi solo per la morte di uno dei due coniugi.

Dal canto suo, il Codice per il Regno delle Due Sicilie prevede che il matrimonio deve celebrarsi “in faccia” alla Chiesa, secondo le norme prescritte dal Concilio di Trento⁵⁴. I registri dello stato civile ritornano nelle mani dei parroci e ritornano in essere gli impedimenti canonici alla celebrazione del matrimonio. Inoltre, prima della celebrazione religiosa, è necessario che i due nubendi procedano alle pubblicazioni civili, pena la nullità del matrimonio.

Per questo si parla di “matrimonio misto” in quanto occorre seguire le formalità civili, ma il matrimonio si celebra in forma religiosa⁵⁵.

Come nel Codice albertino, il divorzio è escluso per tutti, cattolici e acattolici. Il vincolo matrimoniale viene meno solo con la morte.

Riprendendo le disposizioni previste nel *Code Napoléon*, e affiancandosi a quanto stabilito dal codice di Parma, la donna non è libera di contrarre senza l’assenso maritale.

Da questo quadro, ciò che emerge, dopo la nascita del Regno d’Italia, è la necessità di eliminare quelle disuguaglianze sorte soprattutto nel campo del diritto di famiglia.

La direzione presa dal legislatore postunitario sarà quella dell’approvazione di un codice nazionale, espressione di equilibrio tra le varie realtà e tendenze emerse nella legislazione della Restaurazione⁵⁶.

⁵⁴ P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia 1796-1975*, Bologna 2002, pp. 129-130.

⁵⁵ G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici*, Milano 1978, p. 57.

⁵⁶ C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Roma 1994, pp. 10-11.

1.3.1. I rapporti patrimoniali tra coniugi negli Stati preunitari

In Italia il regime della comunione dei beni tra coniugi, previsto dal Codice napoleonico, non ha avuto il successo sperato. Si preferisce ancora di gran lunga il regime dotale, al quale si torna quindi in molte aree italiane dopo la caduta di Napoleone.

A fare eccezione è il Regno Lombardo-Veneto, che nell'ABGB, contempla i cosiddetti “patti nuziali,”, ovvero “...*contratti che per causa di unione di matrimonio si fanno relativamente ai beni...*”⁵⁷.

Questi contratti, oltre ad avere ad oggetto la dote, fanno menzione anche della comunione dei beni tra coniugi. Tuttavia, se i nubendi non hanno stipulato alcuna convenzione al riguardo, ciascun coniuge conserva il suo diritto di proprietà⁵⁸.

A Parma, al contrario, l'art. 1319 espressamente dispone che “*la legge non induce comunione dei beni tra congiugi: essa protegge le convenzioni che loro piace di stipulare, purché non discordino con i buoni costumi...*”.

Dopo aver dato una definizione di che cosa si intende per dote, si dispone che la dote deve essere costituita con atto notarile prima del matrimonio e che deve comprendere: un oggetto determinato, i beni presenti della donna o una quota di beni futuri⁵⁹.

Però, la donna può chiedere la separazione di tali beni dal patrimonio del marito, se si trova in pericolo di perdere la dote o se “...*il disordine degli affari del marito dà luogo a temere che i suoi beni non siano sufficienti per soddisfare i diritti...*”⁶⁰.

Nel Regno delle Due Sicilie, oltre a disciplinare l'istituto della dote, in questo caso, si disciplina sia il regime della comunione, che quella della separazione dei beni dei coniugi.

⁵⁷ Art. 1217 ABGB.

⁵⁸ Art. 1237 ABGB.

⁵⁹ Art. 1331 Codice civile parmense.

⁶⁰ Art. 1360 Codice civile parmense.

Si dispone, infatti, che *“non è vietato agli sposi di convenire una società o comunione di beni. Questa non si presumerà, ma dovrà espressamente stipularsi, spiegando di volersi sottoporre al reggime della comunione...”*⁶¹, e che *“la comunione si scioglie per la morte; per la separazione personale; per la separazione de’ beni”*⁶².

Come avviene a Parma, anche in questo caso, la moglie può chiedere la separazione dei propri beni da quelli del marito quando vi è pericolo di perdere la dote o quando i beni del marito non siano sufficienti per soddisfare i propri diritti e le proprie azioni⁶³.

Nel Regno di Sardegna, invece, come negli altri Stati preunitari è previsto il regime dotale e quella della comunione, ma in questo caso l’art. 1573 dispone che *“non è permesso agli sposi contrarre altra comunione universale de’ beni, fuorché quella degli utili; questa comunione può essere pattuita quantunque vi sia costituzione dotale...”*, e la comunione può sciogliersi solo con la morte di uno dei coniugi, perdita dei diritti civili, o del godimento di essi⁶⁴.

⁶¹ Art. 1395 Codice per lo Regno delle Due Sicilie.

⁶² Art. 1405 Codice per lo Regno delle Due Sicilie.

⁶³ Art. 1407 Codice per lo Regno delle Due Sicilie.

⁶⁴ Art. 1581 Codice civile albertino.

Capitolo Secondo – Il Codice civile del 1865

2.1. Il Codice civile degli Italiani

Nel 1859, all'avvio del processo di unificazione che avrebbe condotto alla nascita del Regno d'Italia, il Gabinetto Alfonso La Marmora vuole affrontare il problema del rinnovamento legislativo e dell'unificazione della Penisola sotto un unico regime giuridico.

Nell'ambito del diritto privato si forma una Commissione di giuristi per la presentazione di un progetto di codice civile, sempre però legato alla tradizione di cui si fa portatore il Codice civile piemontese, cosiddetto Albertino del 1837⁶⁵.

Una prima tappa è quella della presentazione nel 1860, da parte del Ministro di Grazia e Giustizia Giovanni Battista Cassinis, di un *Progetto di revisione del Codice Albertino* al Parlamento⁶⁶.

Attraverso siffatto progetto si chiede la completa laicizzazione dell'ordinamento giuridico; la reintroduzione del matrimonio civile nel territorio italiano; la soppressione dell'autorizzazione maritale e il riconoscimento della piena capacità giuridica della donna in ordine all'amministrazione dei propri beni.

Il progetto di Cassinis appare innovativo sia rispetto al Codice napoleonico, sia rispetto al Codice Albertino.

Malgrado le premesse, l'*iter* di approvazione incontra diverse problematiche sorte durante i lavori parlamentari e a seguito dell'avvenuta proclamazione del Regno d'Italia nel 1861⁶⁷.

⁶⁵ C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Roma 1994, pp. 38-39.

⁶⁶ S. SOLIMANO, *Il letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano 2003, p. 197.

⁶⁷ Proclamato il 17 marzo 1861 a seguito della Seconda guerra d'indipendenza italiana combattuta dal Regno di Sardegna contro l'Impero austriaco.

Proprio per tali ragioni Cassinis presenta un secondo progetto di codice, non più fondato sulla revisione del Codice Albertino, ma completamente rinnovato.

Tale idea di codice è ripresa dal successore alla direzione del Ministero di Grazia e Giustizia, Vincenzo Maria Miglietti, che il 9 gennaio 1862 presenta alle Camere un disegno di legge⁶⁸.

Il progetto è sottoposto all'esame di cinque Commissioni di giuristi presenti a Torino, Milano, Firenze, Napoli e Palermo⁶⁹.

Il disegno di legge prevede: il mantenimento del matrimonio civile; l'autonoma capacità patrimoniale per la donna sposata e l'attenuazione dei poteri della *patria potestas*. Ciò che non modifica è l'insieme di istituti relativi al regime patrimoniale della famiglia.

Successivamente vi è l'idea di dividere il terzo libro del *Code Napoléon*, "*Dei modi di acquisto della proprietà*", in due libri: successioni e donazioni; obbligazioni e contratti⁷⁰.

Il progetto presentato da Miglietti prosegue con il successore, il Ministro di Grazia e Giustizia Giuseppe Pisanelli, che fa esaminare il progetto del suo predecessore alle cinque Commissioni esaminatrici e, facendo tesoro delle osservazioni sollevate, nel 1863 presenta al Senato, insieme alla relazione, un nuovo progetto di codice civile che, a differenza dei due precedenti, prende le distanze dal Codice napoleonico.

Il Parlamento non riesce però a portare a compimento in tempi brevi un'opera così vasta e così tecnica, ed è per questo che il Senato decide, il 17 luglio 1863, di nominare una Commissione per la revisione e l'esame del codice⁷¹.

⁶⁸ C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Roma 1994, p. 42.

⁶⁹ S. SOLIMANO, *Il letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano 2003, p. 227.

⁷⁰ C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Roma 1994, p. 43.

⁷¹ *ivi*, p. 47.

Pisanelli, nella relazione del progetto, elenca tutte quelle caratteristiche che più si addicono ad un moderno codice civile: essenziali il diritto di proprietà e la materia dei beni.

Invece, per quanto attiene il diritto di famiglia, questo ha natura sia di diritto privato che di diritto pubblico, perché famiglia e società sono strettamente legate tra loro. Tuttavia, Pisanelli acconsente di inserire la disciplina del diritto di famiglia nel libro I del codice.

Si rifiuta però di mantenere le disposizioni preliminari sulla pubblicazione ed efficacia delle leggi.

Malgrado ciò, la Commissione elimina dal testo tutte quelle idee che appaiono troppo innovative rispetto alla tradizione preunitaria, poiché lo scopo della Commissione è quello di presentare ai cittadini una base normativa sicura e certa che accompagni la vita di ogni individuo.

Ma a differenza di quel che si pensa, tali cautele non modificano né tanto meno deformano il disegno del codice⁷².

Con il trasferimento della capitale a Firenze e la formazione del governo La Marmora, il 19 novembre 1864, l'ordine del giorno Boggio invita il Governo a presentare un progetto di legge per provvedere all'unificazione legislativa del Regno d'Italia⁷³.

Ed è così che il Consiglio dei ministri, il 23 novembre dello stesso anno, decide di rendere esecutivi i codici e le altre leggi in corso di esame, e la Commissione, nominata dal Senato, si dichiara favorevole a tale scelta.

Il Senato approva quindi il provvedimento, e così il 2 aprile 1865 viene promulgata la legge sull'unificazione legislativa.

I testi emanati sono ben accetti dalla società, in quanto i tre libri del codice, *"Delle persone"*, *"Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni"*, *"Dei modi di acquistare e trasmettere la proprietà e*

⁷² C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Roma 1994, p. 49.

⁷³ *ivi*, pp. 52-53.

gli altri diritti sulle cose”, sono espressione dei valori e principi riconosciuti dell’opinione pubblica.

2.1.1. *Il Codice Pisanelli e il Code Napoléon. Due codici a confronto*

L’impianto logico-sistematico del Codice Pisanelli non si discosta da quello presentato dal *Code Napoléon*, ricalcandone la struttura e la matrice ideologica.

Il Codice civile del 1865 è, prima di tutto, un codice della proprietà, infatti lo stesso art. 436 riprende la nozione di proprietà presente nel Codice civile francese: *“la proprietà è il diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti”*.

Come nel Codice napoleonico, anche nel Codice civile italiano rimane la divisione in tre libri: *“Delle persone”*; *“Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni”* e *“Dei modi di acquistare e trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose”*; con la differenza che vengono riformulati i diversi Capi, Titoli e Sezioni.

Nel primo libro *“Delle persone”*, il codice si discosta dall’impianto delineato dal Codice civile francese, poiché viene riconosciuto il godimento dei diritti civili sia alle persone fisiche che a quelle giuridiche, pubbliche e private, e viene riconosciuto agli stranieri il pieno godimento dei diritti attribuiti a ciascun cittadino.

È nel libro secondo *“Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni”*, che si riesce a percepire ancora di più la vicinanza al Codice napoleonico, proprio per l’importanza data alla proprietà privata e a tutte le disposizioni che riguardano i beni.

Il terzo libro *“Dei modi di acquistare e trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose”*, si discosta, invece, dal *Code Napoléon* avvicinandosi, e prendendo ispirazione, dal regime dei codici preunitari⁷⁴.

⁷⁴ G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, Torino 2015, pp. 70-72.

2.2. Il diritto di famiglia

La disciplina del diritto di famiglia del *Code Napoléon*, e dei Codici preunitari, non appare più conforme alla società che si sta delineando. Tuttavia, anche se si avverte la necessità di rimediare ad alcune chiusure ed arretratezze presentate dai Codici civili precedenti, si operano pochi interventi nell'ambito del diritto di famiglia⁷⁵.

L'idea di Pisanelli, successivamente bocciata dalla Commissione esaminatrice, è quella di non inserire, nel Libro I del Codice, norme riguardanti il diritto di famiglia, in quanto la ritiene una disciplina in stretta connessione con la società e quindi con le norme di diritto pubblico.

Un secondo motivo riguarda l'importanza che si attribuisce alla sfera privata dell'individuo, tenendola nettamente separata da quella pubblica. Questa consapevolezza è acquisita dalla società del Risorgimento che considera come fondamentali di uno Stato di diritto la libertà individuale, la proprietà privata e l'autonomia negoziale; ma deriva anche dall'idea di Pisanelli di incentrare il nuovo Codice sulla disciplina della proprietà privata⁷⁶.

Infine, si vuole tenere separati lo Stato dai convincimenti personali e religiosi dei cittadini, ed è per questo che una delle novità più importanti introdotte dal Codice civile del 1865 riguarda proprio la laicizzazione degli istituti presenti nel Codice stesso.

La patria potestà è attribuita ad entrambi i genitori, tuttavia esercitata principalmente dal padre, quando è in vita, e dopo la sua morte, dalla madre.

Come nel Codice napoleonico, la patria potestà cessa con il raggiungimento dei ventuno anni, e con l'emancipazione, che non può avvenire prima del diciottesimo anno d'età. La novità introdotta dal

⁷⁵ C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Roma 1994, p. 90.

⁷⁶ *ivi*, p. 49.

Codice Pisanelli, riguarda la cessazione della patria potestà con il matrimonio del figlio.

Riguardo ai rapporti tra genitori e figli, come nel *Code Napoléon*, per i figli illegittimi è vietata la ricerca della paternità, salvo nel caso di ratto o di stupro; mentre il Codice Pisanelli, ammette la ricerca della maternità e il riconoscimento dei figli naturali non adulterini, né incestuosi.

Inoltre, per favorire una posizione e un trattamento paritario tra figli, non è contemplata la diseredazione e l'obbligo di dotare le figlie, anche se questa pratica rimarrà ancorata nella tradizione sociale e continuerà ad essere considerata come un obbligo⁷⁷.

L'istituto dell'adozione, anche se considerato contrario a natura, si conserva perché consente ad individui privi di prole di poter trasmettere il proprio nome ed il proprio patrimonio. Ma malgrado le premesse, l'applicazione di tale istituto diventa difficile a causa dei limiti imposti: l'adottante deve avere almeno cinquant'anni e l'adottando almeno diciotto; la differenza di età tra adottante e adottando deve essere di almeno di diciotto anni; e in ogni caso è escluso il passaggio della patria potestà dal genitore dell'adottante⁷⁸.

Circa i rapporti tra i coniugi, come nel Codice napoleonico, nonostante l'obbligo reciproco di coabitazione, fedeltà e assistenza, il marito continua ad essere considerato il capo della famiglia, mentre la moglie una sua sottomessa, infatti l'art. 131 del Codice dispone che "*il marito è capo della famiglia: la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome, ed è obbligata ad accompagnarlo ovunque egli creda opportuno fissare la sua residenza*".

A lungo si è discusso se mantenere l'autorizzazione maritale, e quindi riaffermare l'inferiorità negoziale e processuale della donna.

⁷⁷ G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici*, Milano 1978, p. 73.

⁷⁸ M. G. DI RENZO VILLATA, *La famiglia*, in *Enciclopedia italiana*. Eredità del Novecento, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2001, vol. 2 p. 762.

Dopo un lungo dibattito, durante i lavori preparatori del Codice, si decide che la scelta migliore è quella di non introdurre ulteriori modifiche e di accontentare quello che è il sentire della società⁷⁹.

La donna viene considerata capace di agire solo se è “*legalmente separata per colpa del marito, o commerciante o nel caso di marito minore, interdetto, assente o condannato*”⁸⁰.

L'unica novità riguarda la possibilità per la donna di testimoniare negli atti pubblici e di partecipare al lavoro nelle fabbriche e negli uffici⁸¹.

Come nel Codice napoleonico, viene riaffermato il carattere laico e civile del matrimonio, senza tuttavia sanzionare le celebrazioni religiose. Non vengono più presi in considerazione gli impedimenti di carattere ecclesiastico, ma si riaffermano gli impedimenti previsti nel diritto civile e, nel codice civile, inseriti agli artt. 55-69⁸².

Unico omaggio alla tradizione è quello di consentire agli sposi di far precedere il rito religioso alla celebrazione nella forma civile.

Viene mantenuto il requisito del consenso dei genitori per le nozze dei figli o delle figlie, rispettivamente fino ai venticinque e ventuno anni di età. In difetto, vi dev'essere il consenso degli avi e avole per le nozze dei minori.

Come disposto dall'art. 70 del Codice “*la celebrazione del matrimonio deve essere preceduta da due pubblicazioni da farsi per cura dell'uffiziale dello stato civile*”, l'art. 72 continua affermando che “*le pubblicazioni si fanno alla porta della casa comunale in due domeniche successive. L'atto resterà affisso nell'intervallo tra l'una e l'altra pubblicazione, e per tre giorni successivi*”.

⁷⁹ C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Roma 1994, p. 96.

⁸⁰ G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno* IN *Il Digesto italiano*, XIII, Torino 1913-1918, p. 524.

⁸¹ G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici*, Milano 1978, p. 73.

⁸² C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Roma 1994, p. 95.

Inoltre, si prevede l'indissolubilità del vincolo coniugale⁸³.

È ammessa però la separazione tra coniugi, contemplata agli artt. 148 e seguenti del Codice, con una serie di disposizioni volte a *“impedire una separazione capricciosa o che fosse l'effetto di passeggeri rancori”*⁸⁴.

La separazione è ammessa nel caso di adulterio (del marito solo nel caso in cui tenga la concubina in casa o notoriamente in un altro luogo o rechi ingiuria alla moglie), volontario abbandono, eccessi, sevizie, minacce, ingiurie gravi, condanna a pena criminale, e nel caso in cui il marito non fissi una residenza⁸⁵.

2.3. I rapporti patrimoniali tra coniugi nel Codice civile del 1865

*“La famiglia attuale ci si presenta come una famiglia fondata anzitutto per se stessa, per arricchire in primo luogo con la propria vita l'uomo e la donna, la coppia che essenzialmente la costituisce, ...vivendo senza posa un'attività di scambio che sfrutta totalmente le ricchezze dei loro apporti; una famiglia costituita in piena libertà su un piano di uguaglianza di diritti e di reciprocità d'amore, ... nella quale la parità non esclude una divisione di attribuzioni e di responsabilità...”*⁸⁶.

L'unità familiare ruota attorno ai rapporti tra i componenti della famiglia e alla realizzazione degli interessi personali dei suoi membri, da qui un diverso approccio alla realtà patrimoniale della famiglia⁸⁷.

⁸³M. G. DI RENZO VILLATA, *La famiglia*, in Enciclopedia italiana. Eredità del Novecento, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2001, vol. 2, p. 761.

⁸⁴G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno* IN *Il Digesto italiano*, XIII, Torino 1913-1918, p. 523.

⁸⁵ Artt. 150-152 c.c. del 1865.

⁸⁶ G. VISMARA, *Famiglia e successioni nella storia del diritto*, Roma 1973, p. 21.

⁸⁷ La tendenza avviata nella seconda metà dell'Ottocento porta ad un modello di famiglia nucleare, intesa come centro affettivo, ovvero un ideale di famiglia che trova il suo nucleo fondante nell'idea di intimità e di separazione tra sfera privata e sfera pubblica.

Vi è comunque la necessità di regolare i rapporti patrimoniali tra i coniugi e la condizione dei loro beni, con lo scopo di salvaguardare il patrimonio familiare per poterlo trasmettere alle prossime generazioni.

Proprio per questo, il Codice civile del 1865 nel Libro III “*Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*” colloca la disciplina del contratto di matrimonio, ovvero un contratto attraverso il quale vengono regolati i rapporti patrimoniali tra i coniugi.

Il Codice Pisanelli, a differenza del Codice napoleonico, introduce il principio della separazione dei beni a favore della donna sposata prevedendo che il matrimonio non possa esercitare un’influenza sui beni di entrambi i coniugi⁸⁸.

Il Codice più volte, nel fare riferimento ai contratti matrimoniali, utilizza il termine “convenzione matrimoniale”, termine utilizzato più frequentemente dalla legge.

La convenzione dev’essere conclusa prima del matrimonio⁸⁹, e in difetto, a differenza di quanto avviene nel Codice civile francese, non vige il regime della comunione, ma quello della separazione dei beni dei coniugi⁹⁰.

Fanno eccezione alcune convenzioni, indicate espressamente dalla legge, che possono essere stipulate durante il matrimonio: la costituzione del patrimonio familiare; la costituzione di dote o il suo aumento; la comunione legale dei beni.

Attraverso il contratto di matrimonio gli sposi possono scegliere per un particolare regime patrimoniale tra: il regime dotale, la comunione degli utili e un regime misto, ovvero il regime dotale e il regime della separazione, oppure il regime dotale insieme al regime della comunione dei beni⁹¹.

⁸⁸ P. FIORE E L. LUCCINI, *Convenzioni matrimoniali* IN *Il Digesto italiano*, XX, Torino 1913-1918, p. 1016.

⁸⁹ Art. 1382 Codice Pisanelli.

⁹⁰ *Ivi*, p. 1017.

⁹¹ *Ivi*, p. 1017.

2.3.1. *Il regime dotale*

Mentre il Codice civile francese definisce la dote come “*quei beni che la moglie porta al marito per sostenere i pesi del matrimonio*”⁹² e che quanto le è dato in contratto di matrimonio è dotale se non vi è stipulazione in contrario⁹³; il Codice Pisanelli, all’art. 1388 prevede che “*la dote consiste in quei beni che la moglie od altri per essa apporta espressamente a questo titolo al marito per sostenere i pesi del matrimonio*”. Con ciò il legislatore afferma che il regime dotale non è necessario per un corretto funzionamento del matrimonio. Infatti, Cassinis, e successivamente Pisanelli, nel *Progetto preliminare del Codice civile* prevede che non vi sia l’obbligo da parte dei genitori di dotare la figlia. Più precisamente, l’art. 220 del *Progetto* prevede che “*I figli non hanno azione verso il padre e la madre per obbligarli a far loro un assegnamento a causa di matrimonio o qualunque altro titolo...*”, tuttavia al secondo comma si prevede che “*...la figlia, non sufficientemente provveduta di beni propri, ha diritto, in occasione di matrimonio, di essere dotata dal padre e congiuntamente dalla madre...*”⁹⁴.

Malgrado ciò, il sentire della società non coincide con tali disposizioni, in quanto, nell’Italia preunitaria, dotare la propria figlia continua ad essere avvertito come un obbligo.

Anche la stessa Commissione esaminatrice del *Progetto preliminare del codice civile* si è espressa in modo contrario all’eliminazione della dote, strumento essenziale per sostenere l’economia della famiglia.

Proprio per questo, si è cercato di mitigare gli animi prevedendo il mantenimento dell’istituto della dote, ma non l’obbligo di dotare, potendo scegliere di regolare i rapporti tra coniugi attraverso ulteriori regimi.

⁹² Art. 1540 *Code Napoléon*.

⁹³ Art. 1541 *Code Napoléon*.

⁹⁴ S. SOLIMANO, *Il letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del Codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano 2003, p. 302.

2.3.2. *Il regime della comunione e della separazione dei beni*

Oltre al regime dotale, i coniugi possono scegliere fra altri due diversi regimi: la comunione degli utili, oppure optare per un sistema misto caratterizzato dalla coesistenza del regime dotale e della comunione, oppure del regime dotale e della separazione.

Per quanto attiene al regime della comunione, come dispone l'art. 1433 del Codice civile, non è ammessa la comunione universale dei beni, ma soltanto quella degli utili, *“cosicché gli sposi mantengono separato il loro patrimonio personale e pongono soltanto in comune: a) i proventi della loro industria personale; b) i frutti e rendite del loro patrimonio rispettivo; c) gli acquisti fatti con questi mezzi”*⁹⁵.

A tal fine i due nubendi, prima della celebrazione del matrimonio, devono indicare i beni mobili presenti e quelli futuri che *“venissero loro a devolversi durante la comunione”*⁹⁶.

Tale convenzione dev'essere indicata nel contratto di matrimonio, e non potrà stipularsi in momenti successivi da quello della celebrazione del matrimonio tra i due nubendi.

L'amministrazione dei beni presenti in comunione spetta al solo marito, che tuttavia non può alienare o ipotecare gli stessi beni facenti parte della comunione⁹⁷.

La comunione tra coniugi si scioglie soltanto con la morte di uno dei due coniugi, per l'assenza dichiarata, per la separazione personale definitiva e per la separazione giudiziale dei beni, la quale potrà pronunciarsi in caso di cattiva amministrazione o quando gli affari del marito mettono in pericolo gli interessi della moglie⁹⁸.

Tuttavia, la separazione dei beni, non dev'essere intesa come separazione del patrimonio della moglie dal patrimonio del marito, ovvero un'operazione di divisione *“di corpi certi o quantità*

⁹⁵ P. FIORE E L. LUCCINI, *Separazione di beni* IN *Il Digesto italiano*, XX, Torino 1913-1918, p.1018.

⁹⁶ Art. 1437 Codice Pisanelli.

⁹⁷ Art. 1438 Codice Pisanelli.

⁹⁸ Artt. 1441 e 1442 Codice Pisanelli.

determinate di beni in concreto”⁹⁹, ma, come separazione della dote dai beni del marito.

Tuttavia, *“è chiaro che la separazione della dote, ampliando la frase a proporzione della cennata estensione maggiore, si converte in separazione di beni tra coniugi. E così appunto va intesa la rubrica della separazione della dote dai beni del marito, preposta agli articoli 1418 e seguenti del Codice civile: quando si tratta di separare altri beni della moglie in fuori dei beni e diritti dotali, quasi per sineddoche, la locuzione particolare assume una significazione più generale. Questa più generale significazione sottintesa nella rubrica, si trova espressa nella parte prima dell’articolo 1424, dove si parla della moglie separata di beni”*¹⁰⁰. A tal riguardo i beni non sottoposti al regime della comunione, si indicano come beni divisi e non separati, termine che ricorre negli artt. 1445 e seguenti del codice.

A differenza del Codice civile francese, la disciplina introdotta dal Codice Pisanelli mira a favorire la posizione della donna maritata, in quanto la lega in matrimonio al marito, ma non esercita influenza sui loro beni. Proprio per questo, il Codice civile del 1865 ha disposto che, in mancanza di una convenzione matrimoniale, vige il regime della separazione dei beni tra coniugi¹⁰¹.

Da qui, l’art. 1425 del codice dispone che sono parafernali tutti quei beni della moglie che non sono costituiti in dote e, continua all’art. 1427 disponendo che *“la moglie ritiene il dominio, l’amministrazione e il godimento de’ suoi beni parafernali, e il marito non ha dritto di amministrarli né di esigerne i crediti, se non ha da essa il mandato...”*.

La donna, godendo di questo regime patrimoniale, concorre, insieme al marito, a sostenere tutte le spese derivanti dal marito. Ciò è previsto all’art. 138 del codice dove si dispone che *“il matrimonio impone ad*

⁹⁹ P. FIORE E L. LUCCINI, *Separazione di beni* IN *Il Digesto italiano*, XI-parte prima, Torino 1913-1918, p.792.

¹⁰⁰ *IVI*, p.792.

¹⁰¹ P. FIORE E L. LUCCINI, *Donna maritata* IN *Il Digesto italiano*, XX, Torino 1913-1918, p.1017.

ambidue i coniugi l'obbligazione di mantenere, educare e istruire la prole. Questa obbligazione spetta al padre ed alla madre, in proporzione delle loro sostanze, computati nel contributo della madre i frutti della dote...”.

Capitolo Terzo – Il Codice civile del 1942

3.1. Mezzo secolo senza riforme

Nonostante l'entrata in vigore del Codice civile, un punto ritenuto meritevole di ulteriori modifiche è ancora una volta il matrimonio, e più in generale i rapporti tra coniugi, poiché anche il ruolo della donna, all'interno del tetto coniugale, merita ulteriori interventi e modifiche.

Ciò in quanto non tutte le norme introdotte dal Codice civile del 1865 trovano una concreta applicazione, esempio è dato dal matrimonio civile *“come dimostra l'esiguo numero dell'unioni regolari contratte secondo le norme legali, di contro a quello, elevatissimo, di unioni sanzionate dalla sola celebrazione religiosa”*¹⁰², ciò dovuto dalla tradizione religiosa ancora presente in molti territori italiani.

I progetti volti a rinnovare tali aspetti, appaiono nella scena parlamentare a partire dal 1867. Nello stesso anno, Salvatore Morelli presenta tre diversi progetti, tuttavia di scarso successo, ispirati alla *“legge di amore su cui si fonda il matrimonio”*¹⁰³, ovvero al principio di eguaglianza tra i due coniugi all'interno del nucleo familiare, ma anche la possibilità ad un divorzio libero.

Malgrado gli sforzi, il periodo dal 1865 al 1915, è contrassegnato dall'assenza d'iniziative legislative, *“si riteneva pertanto ben più difficile e complicata l'attuazione di un qualsiasi ritocco del codice civile per le conseguenze gravissime che avrebbe potuto arrecare allo stesso assetto sociale disciplinato dal diritto privato codificato in modo coerente e costante sin dagli inizi del secolo.*

Si aveva inoltre la sensazione, acquisita durante l'esperienza vissuta con la formazione del codice del 1865... che ciascun testo legislativo fosse talmente complesso nella sua struttura e talmente elaborato nei suoi contenuti da non poter essere oggetto di modifiche parziali, che si

¹⁰² M. G. DI RENZO VILLATA, *La famiglia*, in Enciclopedia italiana. Eredità del Novecento, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2001, vol. 2 p. 762.

¹⁰³ *Ivi*, p. 763.

limitassero, cioè, a qualche istituto e che coinvolgessero soltanto uno o pochi articoli. Tale sensazione, per il tecnicismo del diritto codificato e per il carattere dei suoi dettati normativi, specie nel settore privatistico, ispirava nei responsabili della vita pubblica il timore di potere, con un'azione legislativa di riforma, rendere meno chiaro e meno valido un sistema ritenuto, non a torto, sicuramente efficiente e funzionale alle esigenze della società italiana del tempo"¹⁰⁴.

Sono pochi gli interventi degni di nota, come la L. 6 dicembre 1877, n. 4166 che abolisce il carcere per i debitori; o la L. 9 dicembre 1877, n. 4187 con la modifica degli artt. 351 e 788 c.c. dove si concede alla donna la capacità di testimoniare¹⁰⁵.

Nel 1906, invece, il Guardasigilli Niccolò Gallo nomina un'apposita Commissione per la revisione del Codice civile del 1865, ma tale tentativo fallisce ancora prima di iniziare. Tale progetto prevede un miglioramento della condizione della donna, con particolare attenzione alle garanzie poste a favore della dote; modifiche delle norme sulla separazione personale in relazione alla prole, prevedendo una maggior tutela per i figli minori; mentre del divorzio non si fa alcun cenno.

Ulteriore iniziativa deriva da Vittorio Scialoja, che il 22 febbraio 1910 presenta al Senato un ulteriore progetto volto a consentire alla donna maggiore libertà nell'ambito di rapporti patrimoniali tra coniugi, dandole la possibilità di costituire un patrimonio destinato alla famiglia e di goderne dei frutti, e il venir meno dell'autorizzazione maritale.

Ma, malgrado le novità presentate, anche questo progetto non riscuote il successo sperato¹⁰⁶.

¹⁰⁴ C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Roma 1994, p. 126.

¹⁰⁵ R. BONINI, *I cinquant'anni del codice civile: Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, Milano 1993, p. 32.

¹⁰⁶ M. G. DI RENZO VILLATA, *La famiglia*, in *Enciclopedia italiana*. Eredità del Novecento, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2001, vol. 2 763-764.

È con l'avvento della Prima Guerra Mondiale che vengono disposte norme eccezionali, in particolare in materia di diritto di famiglia, per far fronte a quei fenomeni tipici della vita e dell'economia bellica.

In forza della L. 22 maggio 1915, n. 671 si dispone che *“il Governo del Re ha facoltà, in caso di guerra e durante la guerra medesima di emanare disposizioni aventi valore di legge per quanto sia richiesto dalla difesa dello Stato, dalla tutela dell'ordine pubblico e da urgenti e straordinari bisogni dell'economia nazionale...”*. In base a ciò vengono modificate le norme successorie, sospesi, modificati o annullati i rapporti contrattuali, e viene limitato il diritto di proprietà a fronte di esigenze ritenute meritevoli di tutela.

Inoltre, il Decreto luogotenenziale 24 giugno 1915, n. 903 prevede che *“durante la guerra è data la facoltà ai militari che si trovano sotto le armi, agli impiegati presso l'esercito o l'armata navale e a qualunque altra persona si trovi per ragioni di servizio al seguito dell'esercito o dell'armata navale di contrarre matrimonio per procura”*; e infine, il Decreto luogotenenziale 16 novembre 1916, n. 1686, con riferimento alle successioni *ab intestato*, viene modificato l'art. 742 del codice civile disponendo che *“la successione non ha luogo tra i congiunti oltre il sesto grado”*, e non più fino al decimo come previsto in precedenza dal Codice¹⁰⁷.

Inoltre, a causa degli eventi, la stessa struttura familiare cambia. Tipica non è più la famiglia allargata, ma l'unità familiare ruota sempre di più attorno ai rapporti tra i componenti della famiglia e alla realizzazione degli interessi personali dei suoi membri.

¹⁰⁷ R. BONINI, *I cinquant'anni del codice civile: Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, Milano 1993, p. 32.

3.2. Il nuovo Codice civile

Dopo un mezzo secolo senza riforme, e i segni lasciati dal conflitto mondiale, il diritto di famiglia necessita di interventi innovativi. Con la L. 30 dicembre 1924, n. 2814 il Governo del Re è autorizzato a modificare le disposizioni del Codice civile “*riguardanti l’assenza, la condizione dei figli illegittimi, i casi di nullità del matrimonio, l’adozione, la patria potestà, la tutela, la trasmissione e la prescrizione, e ad emendare gli articoli del Codice stesso che danno luogo a questioni tradizionali o che comunque sono riconosciuti formalmente imperfetti*”.

A tale scopo viene così nominata una *Commissione reale per il dopo guerra* suddivisa in quattro Sottocommissioni, la prima delle quali, relativa agli emendamenti al Codice civile, è presieduta da Vittorio Scialoja¹⁰⁸. In poco tempo vengono esaminati tutti gli istituti indicati in modo specifico dalla legge delega, tuttavia “*la Sottocommissione stessa preoccupandosi di dare all’Italia un codice rispondente alle nuove esigenze dei tempi e ai progressi della legislazione non può disinteressarsi delle altre parti del codice...*”¹⁰⁹.

Proprio per questo, il 13 gennaio 1925 il Guardasigilli Alfredo Rocco presenta alle Camere un disegno di legge per la delega al Governo di emendare il Codice penale, il Codice di procedura penale e le leggi sull’ordinamento giudiziario, e di apportare nuove modifiche e aggiunte al Codice civile¹¹⁰.

Ottenuta la nuova delega, la Sottocommissione procede a ritmo serrato alla presentazione del progetto di codice, ed è nel 1930 che Scialoja presenta al Guardasigilli Alfredo Rocco il progetto del primo libro del Codice “*Delle persone*”, insieme ad una lettera e alla

¹⁰⁸ R. BONINI, *I cinquant’anni del codice civile: Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, Milano 1993, pp. 43-44.

¹⁰⁹ R. BONINI, *Appunti di storia delle codificazioni moderne e contemporanee*, Milano 1993, p. 186.

¹¹⁰ R. BONINI, *I cinquant’anni del codice civile: Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, Milano 1993, p. 44.

successiva relazione. All'interno di tale progetto, il lavoro è impostato nel senso di considerare i singoli titoli, o capi, come progetti individuali in quanto scritti da singoli relatori¹¹¹ e successivamente inseriti in un unico progetto finale¹¹².

Riguardo al contenuto del progetto, *“la lettera ricordava la mancanza del titolo sulla cittadinanza, motivata con il fatto che questa materia, in conformità agli accordi intercorsi tra il ministro e la Commissione, doveva formare oggetto di un disegno di legge speciale; e ancora la soppressione del titolo XI del libro I del codice del 1865, in quanto le norme sulla tenuta dei ‘registri delle tutele dei minori, degli interdetti, e delle cure degli emancipati o inabilitati’ avevano trovato miglior collocamento fra quelle che regolano gli istituti giuridici, ai quali essi si riferiscono. La lettera sottolineava inoltre l’aggiunta di tre nuovi titoli: ‘Delle persone fisiche’, ‘Delle persone giuridiche’, e ‘Dell’obbligo degli alimenti’; e l’inclusione nel titolo VI ‘Del matrimonio’, in un capo (il XII) intestato ‘Del regime patrimoniale del matrimonio’, delle norme fino ad allora contenute nel libro III del codice, sotto il titolo V ‘Del contratto di matrimonio’”*.

Successivamente viene presentata anche la relazione che comprende un insieme di relazioni, redatte da ciascun commissario incaricato di riferire su Titoli, Capi, Sezioni¹¹³.

Il progetto preliminare del libro I viene subito sottoposto all’esame della *Commissione reale* e degli organi giudiziari e, mentre procedono i lavori di disamina, i progetti per i successivi Libri invece proseguono

¹¹¹ Si ricordano i progetti di DE RUGGERO sui titoli *“Della parentela e dell’affinità”*, *“Della filiazione legittima”* e *“Dell’obbligo degli alimenti”*; di F.VASSALLI sul titolo *“Del matrimonio”*, di BONFANTI sul titolo *“Della patria potestà”* e G.SEGRÈ sul titolo *“Della filiazione illegittima e della legittimazione”*. R. BONINI, *Appunti di storia delle codificazioni moderne e contemporanee*, Bologna 1993, p. 79.

¹¹² R. BONINI, *I cinquant’anni del codice civile: Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, Milano 1993, p. 45.

¹¹³ Per il Titolo I *“Delle persone fisiche”* relatore è Maroli; per il Titolo VI *“Del matrimonio”* relatore è Vassalli; per il Capo XIII *“Del regime patrimoniale del matrimonio”* relatori sono Brunetti, Ferrara e Azara.

con estrema lentezza, infatti solo nel 1936 e nel 1937 vedono la luce i Libri “*Cose e diritti reali*” e “*Successioni e donazioni*”.

Oltre a questi, il piano di codificazione prevede altri due libri relativi alla proprietà e alle obbligazioni e un autonomo codice di commercio, inoltre, nel gennaio del 1940, con la nomina del Guardasigilli Dino Grandi, al progetto vengono aggiunti ulteriori due libri di codice civile “*Dell’impresa e del lavoro*” e “*Della tutela dei diritti*”¹¹⁴.

I lavori della *Commissione reale* iniziano a diventare progetti definitivi redatti da appositi Comitati di giuristi e sottoposti ad una Commissione parlamentare.

Fra il 1939 e il 1940 entrano in vigore il libro I “*Delle persone*” e il libro II “*Delle successioni per causa di morte e delle donazioni*”, mentre nel gennaio 1941, sono sottoposti al Re i testi definitivi dei libri “*Delle proprietà*”, “*Delle obbligazioni*”, “*Del lavoro*” e “*Della tutela dei diritti*”, ovvero quelli che sarebbero diventati i libri III, IV, V e VI.

Quello che rimane è un lavoro di coordinamento dei sei libri in un unico testo, lavoro che viene completato in breve tempo nel marzo 1942, fatto che, tuttavia, passa in secondo piano a causa dell’aggravarsi del conflitto che nel giro di qualche anno diventa mondiale, e che porterà all’avvento della Seconda Guerra Mondiale.

3.2.1. Il Libro I, Titolo VI, Capo XII: “*Del regime patrimoniale del matrimonio*”

Sono ben tre i relatori del Capo XII “*Del regime patrimoniale del matrimonio*”, contenuto nel Titolo VI del libro I: Giovanni Brunetti, Francesco Ferrara e Antonio Azara.

Le Sezioni I e II, rispettivamente “*Disposizioni generali*” e “*Della dote*”, vengono affidate a Giovanni Brunetti; mentre la Sezione IV

¹¹⁴ R. BONINI, *I cinquant’anni del codice civile: Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, Milano 1993, p. 49.

“Della comunione dei beni fra coniugi” a Francesco Ferrara; e la Sezione V *“Del patrimonio familiare”* ad Antonio Azara¹¹⁵.

Nella relazione di Giovanni Brunetti viene data notizia dello spostamento, dal Libro III al Libro I, della disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi a seguito dell’eliminazione del contratto di matrimonio. Non si parlerà più di contratto, ma di regime patrimoniale.

Malgrado tali novità, l’istituto della dote, seppur rinnovato, continua ad esistere. Poche sono le novità, una delle più importanti è la possibilità di costituire e aumentare la dote anche durante il matrimonio da parte di estranei o degli stessi coniugi. La dote comunque continua ad essere un porto sicuro per tutti quei beni facenti parte del patrimonio della famiglia, e fonte di sostentamento per la prole.

Il relatore Francesco Ferrara si occupa dell’esame della Sezione IV del Codice relativa alla comunione dei beni tra coniugi, affermando che *“lo scopo dell’istituto è infatti quello di far corrispondere all’unione personale creata col matrimonio anche un’unione patrimoniale fra coniugi, creando, accanto a quelli individuali, un terzo patrimonio, costituito dagli acquisti fatti durante il matrimonio e destinato al mantenimento della famiglia”*¹¹⁶. Tuttavia lo stesso Ferrara riconosce che non vi è largo uso nella pratica di tale istituto.

Infine, Antonio Azara si occupò del patrimonio familiare, un istituto nuovo e sperimentale. Lo scopo, come quello della dote, è assicurare la difesa economica della famiglia, infatti, possono essere costituiti nel patrimonio familiare solo determinati beni immobili o a titolo di credito che rimangono vincolati fino a che la famiglia non ne ha bisogno.

Nel progetto finale, il carattere di novità porta l’istituto del patrimonio familiare ad assicurarsi un posto all’interno del Capo VI

¹¹⁵ R. BONINI, *Appunti di storia delle codificazioni moderne e contemporanee*, Bologna 1993, pp. 79-80.

¹¹⁶ R. BONINI, *Appunti di storia delle codificazioni moderne e contemporanee*, Bologna 1993, p. 106.

“*Del regime patrimoniale della famiglia*” e a collocarsi al di sopra delle norme che disciplinano l’istituto della dote.

3.2.2. *Un confronto con il Codice Pisanelli*

L’entrata in vigore del Codice civile, il 21 aprile 1942, passa inosservata in quanto, l’attenzione della scena politica si posa sulle notizie relative all’aggravarsi del conflitto divenuto, ormai, mondiale.

Le novità introdotte dal Codice sono diverse. A differenza del Codice Pisanelli, il Codice civile del 1942 non è un codice della proprietà, tant’è che i libri dedicati a tale materia non sono più due, come nel Codice civile del 1865, ma la disciplina della proprietà occupa un solo libro su sei.

Inoltre, l’art. 832 si esprime in modo assai diverso rispetto all’art. 436 del vecchio codice. La norma, e gli articoli seguenti, non danno una definizione di proprietà, ma si concentrano sulla figura del proprietario descrivendone i propri diritti e obblighi.

A differenza, il Codice civile del 1942 può essere definito come un codice delle persone e della famiglia, proprio perché è il primo libro ad essere fatto esaminare alla *Commissione reale* e agli altri organi giudiziari, ed è proprio qui che emergono le prime differenze con il Codice civile del 1865.

Ma le novità e le differenze con il vecchio codice, possono essere colte semplicemente facendo riferimento alla struttura stessa del codice. Il codice Pisanelli si articola in tre libri distinti, preceduti da dodici articoli relativi alla pubblicazione, interpretazione e applicazione della legge, le c.d. Preleggi.

Alla materia delle successioni, dell’obbligazioni e dei contratti non viene affidato un libro autonomo, ma viene accorpata nel Libro terzo “*Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*”.

Anche il Codice civile del 1942 è preceduto dalle c.d. “*Disposizioni sulla legge in generale*”, ma, a differenza del vecchio codice, tali

disposizioni vengono notevolmente aumentate di numero, passando dai dodici articoli a trentuno. Tale decisione è presa dalla *Commissione reale* come conseguenza dell'aggiunta di un capo dedicato alle fonti del diritto e di una più esaustiva e completa trattazione delle disposizioni "*Sulla applicazione della legge in generale*"¹¹⁷.

Il Codice, inoltre, si articola in sei libri: "*Delle persone e della famiglia*", "*Delle successioni*", "*Della proprietà*", "*Delle obbligazioni*" dove vengono fuse la disciplina civile e quella commerciale; "*Del lavoro*" dove vengono disciplinate le attività economiche; e "*Della tutela dei diritti*" dove vengono previsti una serie di istituti volti a garantire l'attuazione dei diritti.

Durante i lavori preparatori, l'idea originaria è quella di dar vita a due distinti codici, il Codice civile e il Codice del commercio, successivamente però il progetto viene modificato prevedendo l'aggiunta al progetto preliminare di codice, di altri due libri "*Del lavoro*" e "*Della tutela dei diritti*", facendo confluire l'intera materia relativa all'impresa in un unico codice.

3.3. Verso una nuova idea di famiglia

Malgrado il periodo storico, il Codice civile del 1942 presenta diverse novità sistematiche che lo differenziano dal testo del vecchio codice.

Per quanto attiene il libro I "*Delle persone e della famiglia*", emerge innanzitutto la decisione di riunire le norme sulle persone fisiche con quelle delle persone giuridiche in un unico Titolo che estende la propria disciplina, non solo alle persone giuridiche pubbliche, come nel Codice Pisanelli, ma anche alle persone giuridiche private, comprendendo in tale nozione anche i fenomeni associativi. Tale decisione è comprensibile, in quanto, con riferimento al contesto storico e in

¹¹⁷ R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, Torino 1980, p. 132.

particolare alla nascita e sviluppo del regime fascista, si mira ad un fermo controllo delle autorità pubbliche sulla vita delle persone giuridiche¹¹⁸.

Oltre a queste novità di carattere strutturale, le novità che riguardano in concreto la disciplina del diritto di famiglia sono molteplici.

Con riferimento alla patria potestà, la disciplina del Codice civile non si discosta da quella delineata in precedenza dal Codice Pisanelli.

L'art. 316 del codice civile dispone che la potestà dev'essere esercitata di comune accordo da entrambi i genitori e che *“il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino all'età maggiore o alla emancipazione...”*. A differenza di quanto disposto dal vecchio codice, il Codice civile del 1942 non accenna alla cessione della patria potestà per effetto della conseguimento del matrimonio da parte del figlio.

Inoltre, all'art. 315 si sostiene che *“il figlio di qualunque età sia, deve onorare e rispettare i genitori”*, pena, in caso di cattiva condotta, la possibilità per il padre di collocare il figlio in un istituto di correzione.

Riguardo invece i rapporti tra genitori e figli, il Codice civile del 1942 non si è limitato, come il vecchio codice, a disporre il divieto di ricerca della paternità nel caso di figli illegittimi, ma ha disciplinato un articolato sistema distinguendo tra figli concepiti trascorsi centoottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio; figli nati prima dei centoottanta giorni; e figli nati dopo i trecento giorni.

Come prima cosa, il codice precisa chi dev'essere riconosciuto come marito e padre, disponendo che *“il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio”*¹¹⁹, addentrandosi solo successivamente nella disciplina.

L'art. 232 dispone che si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato trascorsi centoottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio e quando *“non sono ancora trascorsi trecento giorni dallo*

¹¹⁸ R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, Torino 1980, p. 134.

¹¹⁹ Art. 231 codice civile.

scioglimento o annullamento di esso". Al contrario, se il figlio viene concepito prima che siano trascorsi centoottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, questo viene considerato legittimo solo se uno dei due coniugi, o il figlio stesso, non ne disconoscono la paternità¹²⁰.

Nel caso, invece, di figlio concepito dopo i trecento giorni dallo scioglimento o annullamento del matrimonio, la legittimità può essere sempre contestata¹²¹.

Inoltre, il disconoscimento della paternità è previsto solo in casi tassativi individuati dall'art. 235 del codice, ovvero in caso di mancata coabitazione, adulterio della moglie, impotenza del marito, se il marito viveva legalmente separato dalla moglie *"anche per effetto di un provvedimento temporaneo del magistrato ..."*. Specificando che la sola dichiarazione della madre non esclude la paternità.

Tuttavia è possibile provare che il figlio, disconosciuto dal padre, sia in realtà un figlio legittimo nato durante il matrimonio. Infatti, l'art. 236 del codice dispone che *"la filiazione legittima si prova con l'atto di nascita iscritto nei registri dello stato civile"*.

Con riguardo invece al riconoscimento dei figli naturali e dei figli incestuosi, rispettivamente l'art. 250 dispone che *"il figlio naturale può essere riconosciuto dal padre e dalla madre tanto congiuntamente quanto separatamente. Il riconoscimento non può essere fatto dal padre che non ha raggiunto i diciotto anni e dalla madre che non ha raggiunto i quattordici anni, a meno che avvenga in occasione del loro matrimonio"*, mentre l'art. 251 prevede che i figli nati da persone, tra le quali esiste un vincolo di parentela o un vincolo di affinità, non possono essere riconosciuti dai loro genitori.

Anche nel Codice civile del 1942 si conserva l'istituto dell'adozione, tuttavia, come nel Codice Pisanelli, la sua applicazione risulta molto difficile, in quanto l'art. 291 dispone che *"l'adozione è permessa alle*

¹²⁰ Art. 233 codice civile.

¹²¹ Art. 234 codice civile.

persone che non hanno discendenti legittimi o legittimati, che hanno compiuto i cinquanta anni e che superano almeno di diciotto anni l'età di coloro che essi intendono adottare...”.

Riguardo invece all'istituto del matrimonio, nel codice viene trattata soltanto la disciplina del matrimonio civile, rimandando, come dispone l'art. 82, la disciplina del matrimonio celebrato davanti al ministro di culto cattolico, al Concordato con la Santa sede e alle leggi speciali sulla materia.

Non possono contrarre matrimonio civile: l'uomo che non ha compiuto i sedici anni di età, e la donna prima dei quattordici anni; gli infermi di mente; chi è vincolato da un matrimonio precedente; coloro che sono legati da un vincolo di parentela, affinità, affiliazione o adozione; coloro che sono stati condannati per omicidio consumato o tentato¹²².

La celebrazione del matrimonio dev'essere preceduta dalle pubblicazioni a cura dell'ufficiale dello stato civile nel Comune di residenza di uno dei due sposi. Il matrimonio dev'essere celebrato, prima del quarto giorno dalle avvenute pubblicazioni, nella casa comunale dinanzi all'ufficiale dello stato civile¹²³.

Come disposto durante la Grande guerra, in tempi di guerra il matrimonio può essere celebrato per procura in caso di militari o persone che si trovano al seguito di forze armate¹²⁴.

Infine, gli artt. 147 e 148 individuano gli obblighi nascenti dal matrimonio, prevedendo che entrambi i coniugi devono “*mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto della capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli*”.

¹²² Artt. 84-88 codice civile 1942.

¹²³ Art. 106 codice civile del 1942.

¹²⁴ Art. 111 codice civile del 1942.

Il matrimonio può essere annullato se contratto in violazione dei casi tassativi previsti agli artt. 86, 87 e 88 del codice¹²⁵; oppure nel caso di interdizione di uno dei due coniugi per infermità di mente; per mancanza di assenso di uno dei due coniugi nel voler contrarre matrimonio; o quando il consenso è stato estorto con violenza; nel caso di impotenza quando è anteriore al matrimonio¹²⁶.

Come nel Codice Pisanelli, il vincolo matrimoniale può essere sciolto solo *“con la morte di uno dei due coniugi”*¹²⁷.

L’art. 150 del codice dispone che *“è ammessa la separazione personale dei coniugi. Il diritto di chiederla spetta ai coniugi nei soli casi determinati dalla legge”*.

La separazione può essere chiesta: per causa di adulterio, di volontario abbandono, eccessi, sevizie, minacce o ingiurie gravi, tuttavia *“non è ammessa l’azione di separazione per adulterio del marito, se non quando concorrono circostanze tali che il fatto costituisca un’ingiuria grave alla moglie”*¹²⁸.

Riguardo ai figli minori, il tribunale *“dichiara quale dei coniugi deve tenere presso di sé i figli e provvedere al loro mantenimento, alla loro educazione e istruzione...”*¹²⁹.

Inoltre, per la prima volta il Codice, all’art. 156, parla di diritto agli alimenti a favore del coniuge nei cui confronti non è addebitabile la separazione.

¹²⁵ Non possono contrarre matrimonio: l’uomo che non ha compiuto i sedici anni e la donna prima dei quattordici; gli infermi di mente; coloro che sono vincolati da un matrimonio precedente; chi è legato da un vincolo di parentela, affinità, ma anche di adozione; e coloro che sono stati condannati per omicidio consumato o tentato.

¹²⁶ Artt. 117 ss. codice civile del 1942.

¹²⁷ Art. 149 codice civile del 1942.

¹²⁸ Art. 151 codice civile 1942.

¹²⁹ Art. 155 codice civile del 1942.

3.4. Il regime patrimoniale della famiglia

Nel Codice civile del 1865, la disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi è trattata nel Libro III *“Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà”*, nel codice civile del 1942 è inserito all’interno del Libro I, Capo IV, titolo VI *“Del matrimonio”*.

La diversa collocazione mira a sottolineare come la scelta del regime patrimoniale, sia una scelta privata spettante ai coniugi, infatti, l’art. 159 del codice prevede che *“i rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalle convenzioni delle parti e dalla legge”* e che *“gli sposi non possono pattuire in modo generico che i loro rapporti patrimoniali siano in tutto o in parte regolati da leggi alle quali non sono sottoposti o dagli usi, ma devono enunciare in modo concreto il contenuto dei patti con i quali intendono regolare questi loro rapporti”*¹³⁰.

A differenza del vecchio codice, dove i nubendi possono scegliere tra tre regimi patrimoniali diversi: regime dotale, comunione degli utili, e un regime misto; nel Codice civile del 1942, il regolamento dei rapporti patrimoniali si articola in tre regimi convenzionali, attuati, anche in questo caso, in virtù di un contratto di matrimonio: dote, comunione degli utili e degli acquisti, patrimonio familiare.

In mancanza di un’apposita convenzione, i rapporti tra coniugi vengono regolati attraverso l’applicazione del regime della separazione dei beni¹³¹.

3.4.1. Il patrimonio familiare

Il patrimonio familiare è regolato nel Titolo VI, Capo VI, Sezione II del Libro I, negli artt. 167 e seguenti del codice civile.

Prima però di passare alla disciplina dell’istituto, il Capo VI si occupa di delineare quelle che sono le *“Disposizioni generali”*. In particolare, l’art. 159 del codice dispone che *“i rapporti patrimoniali*

¹³⁰ Art. 161 codice civile 1942.

¹³¹ A. GALASSO, M. TAMBURELLO, *Regime patrimoniale della famiglia, Tomo I*, Bologna 1999, p. 9.

tra coniugi sono regolati dalle convenzioni delle parti e della legge”, tale norma implicitamente comprende anche il patrimonio familiare.

La Dottrina si è interrogata se il patrimonio familiare si costituisce per effetto di una convenzione, oppure ad opera di una donazione obnuziale, cioè una donazione con lo scopo di agevolare un futuro matrimonio.

La Dottrina è concorde con il primo orientamento, in quanto lo si desume dal terzo comma dell’art. 167 del codice, laddove prevede che la costituzione possa essere fatta anche durante il matrimonio. Da ciò deriva che la convenzione esiste solo se il matrimonio viene celebrato.

Inoltre, l’art. 161 specifica che *“gli sposi non possono pattuire in modo generico che i loro rapporti patrimoniali siano in tutto o in parte regolati da leggi alle quali non sono sottoposti o dagli usi, ma devono enunciare in modo concreto il contenuto dei patti con i quali intendono regolare questi rapporti”*.

I soggetti che possono costituire patrimonio familiare sono individuati all’art. 167 del codice: ciascun coniuge, o entrambi per atto pubblico, o il terzo, sempre per atto pubblico o per testamento.

A questo elenco si aggiunge anche il minore, poiché l’art. 163 del codice dispone che il minore, capace di contrarre matrimonio, ha anche la capacità di prestare il proprio consenso per la stipulazione di donazioni che possono farsi nel relativo contratto.

Con “minore” si intende colui che ha raggiunto la minima età per contrarre matrimonio: sedici anni per l’uomo e quattordici per la donna.

Con riguardo invece alla possibilità di costituire patrimonio familiare ad opera di un terzo tramite testamento, si deve presumere che sia ammesso anche il testamento olografo, questo perché il legislatore *“...ha voluto favorire la costituzione del patrimonio familiare in tutti quei casi in cui una persona, sentendo prossima la sua fine, volesse*

disporre dei suoi beni a favore di una data famiglia legandoli col vincolo della inalienabilità”¹³².

Una volta costituito il patrimonio familiare, in dottrina, come pure in giurisprudenza, è sorto il dubbio circa la natura da attribuire all’atto costitutivo.

La Corte d’appello di Bari, interrogandosi sul punto, è arrivata alla conclusione “... *che la costituzione di patrimonio familiare sia atto a titolo gratuito neppure la Corte dubita, considerando che nella categoria degli atti di destinazione a titolo gratuito, mercé i quali il disponente destina, nullo cogente iure e senza corrispettivo, la proprietà o il godimento di beni propri ad uno scopo di libertà, deve inquadarsi anche la costituzione di patrimonio familiare, la quale è atto a titolo gratuito, non solo quando è fatta da un terzo allo scopo di avvantaggiare uno o entrambi i coniugi, i quali acquistano la proprietà dei beni loro attribuiti dal costituente (art. 168 cod. civ.), ma anche nel caso, in cui è posta in essere da uno o da entrambi i coniugi stessi...*”¹³³.

L’oggetto del patrimonio familiare è contemplato al primo comma dell’art. 167 del codice, prevedendo la possibilità di costituire in patrimonio, determinati beni immobili o titoli di credito, in quanto “*solo per essi è possibile organizzare un sistema di pubblicità, necessario nell’interesse dei terzi*”¹³⁴.

L’amministrazione dei beni costituiti in patrimonio spetta al coniuge che ha la proprietà ma, precisa la Corte di cassazione, che “*alla stregua di tali principi non risulta esatto che la disposizione del 1° comma dell’art. 173 sia inderogabile. Essa non regola i poteri del marito quale capo della famiglia, giacché, a differenza di quanto avviene per la dote, i cui i beni apportati dalla moglie ad sustinenda onera matrimonii debbano essere obbligatoriamente affidati all’amministrazione del*

¹³² *Ivi*, p. 27.

¹³³ Corte d’appello di Bari, 16 marzo 1961, in *Foro italiano*, 1961, p. 150.

¹³⁴ L. MORO, *Il patrimonio familiare nel nuovo codice civile italiano*, Roma 1939, p. 40.

marito, cui incombono gli obblighi relativi al mantenimento della famiglia, nel patrimonio familiare viene designato normalmente quale amministratore il familiare che ha la proprietà dei beni. Per lo stesso motivo non può dirsi che si tratti di diritto che la legge attribuisce all'uno o all'altro coniuge. Non viene presa a base dell'affidamento la posizione che uno dei due coniugi ha nel nucleo familiare, ma il codice ha riguardo solo alla proprietà dei beni. Quando spetta ad entrambi o ad un terzo, il 2° comma dell'art. 173 sancisce espressamente la piena libertà circa la scelta dell'amministratore da parte dei costituenti, e solo in mancanza di ogni dichiarazione designa, con norma evidentemente suppletiva, il marito"¹³⁵.

Infine, occorre specificare che i beni costituiti in patrimonio familiare sono soggetti ad un vincolo di inalienabilità e che solo in caso di necessità il tribunale può autorizzare l'alienazione dei beni stessi¹³⁶.

Il vincolo riguarda sia i beni immobili, che i titoli di credito, "*poiché il patrimonio familiare ha lo scopo di provvedere ai bisogni della famiglia, anche nelle circostanze economiche più difficili, si è voluto impedire che mediante alienazioni esso venisse meno alla sua funzione*"¹³⁷.

Norma identica, del resto, è inserita all'art. 187 del codice civile in materia di alienazione della dote, poiché è previsto che se non è espressamente indicato nell'atto di costituzione, durante il matrimonio i beni dotali non possono essere alienati, se non con il consenso del marito, della moglie e attraverso l'autorizzazione del tribunale.

Il vincolo di inalienabilità in capo al patrimonio familiare dev'essere inteso della stessa portata di quello individuato per la dote, questo perché i due istituti hanno funzione e scopo affini, con la differenza però che il patrimonio familiare ha lo scopo di porre a riparo le risorse

¹³⁵ Cass., 13 giugno 1956, n. 2056, in *Foro italiano*, 1956, I, p. 1288.

¹³⁶ Art. 170 codice civile 1942.

¹³⁷ L. MORO, *Il patrimonio familiare nel nuovo codice civile italiano*, Roma 1939, p. 69.

economiche della famiglia, laddove la dote non riesca a raggiungere tale obiettivo.

Proprio per questo il patrimonio familiare, perché possa servire a tale scopo, deve rimanere intatto, e a fronte di ciò, vige il principio di inespropriabilità del patrimonio stesso.

4.3.2. *Un istituto fallimentare*

Nonostante le differenze con i diversi regimi patrimoniali, e nonostante il progetto ambizioso, che porta alla luce la disciplina di un nuovo istituto, il patrimonio familiare sembra non rispettare le premesse, tant'è che può considerarsi *“uno dei maggiori fallimenti fra i nuovi istituti previsti dal codice del 1942”*¹³⁸.

Tuttavia, la soppressione del patrimonio familiare non è contemplata, in quanto ritenuto uno strumento utile che porta, da un lato ad un'attenuazione della prassi di dotare le proprie figlie, e dall'altro di porre al riparo le risorse economiche della famiglia. Inoltre, lo stesso Ministro Scialoja, durante i lavori preparatori del Codice civile, evidenzia che *“alla mancanza di seri inconvenienti... fanno riscontro i notevoli vantaggi che l'istituto consegue con dare ai coniugi il modo di assicurare il proprio benessere e soprattutto quello dei figli. Nell'attuale momento storico, caratterizzato dalla cura incessante che il Regime fascista spiega al fine di una sempre maggiore elevazione della famiglia, l'istituto non può non essere accolto favorevolmente nella legislazione”*¹³⁹.

Malgrado le premesse, sono diversi i motivi che portano ad una sua scarsa applicazione: uno di questi è il modo in cui viene rappresentata la società e la famiglia di quegli anni, una realtà del tutto anacronistica: una famiglia che gode dei beni portati dalla donna, all'interno del

¹³⁸ R. BONINI, *Appunti di storia delle codificazioni moderne e contemporanee*, Bologna 1993, p. 115.

¹³⁹ L. MORO, *Il patrimonio familiare nel nuovo codice civile italiano*, Roma 1939, p. 13.

patrimonio della famiglia, grazie al conferimento della dote, e le risorse economiche apportate dal marito, frutto del proprio lavoro.

La realtà, molto spesso, è assai diversa. Le famiglie che si formano, si costituiscono senza beni, “*alla cui vita economica provvede il lavoro di uno e spesso dei due coniugi, e il cui patrimonio è formato dai risparmi fatti in comune nel corso stesso della vita matrimoniale*”¹⁴⁰.

Altro motivo che si aggiunge a quanto detto, è che l’istituto del patrimonio familiare, “*istituto nato morto sin dalla sua entrata in vigore*”¹⁴¹, non contribuisce a creare una famiglia basata sull’eguaglianza giuridica tra i due coniugi. Di fronte a ciò, scopo del legislatore, è quello di dare la possibilità di costruire nuclei familiari al cui vertice vi sia una parità giuridica, morale e patrimoniale tra i due coniugi, permettendo anche alla donna maritata, di poter disporre come meglio crede dei proprio beni, cosa che il patrimonio familiare non assicura.

L’istituto è pensato come un’ancora di salvezza per la famiglia contro la scarsa saggezza nell’amministrare le proprie risorse economiche, in quanto lo scopo è quello di creare un vincolo sui beni conferiti in patrimonio.

Ma, ciò non ha fatto altro che creare maggiori dissensi, in particolare nei *referendum* dei corpi scientifici, l’istituto è aspramente criticato. L’introduzione di un ulteriore istituto che si aggiunge alla comunione, alla separazione e infine alla dote, non fa altro che creare ulteriori confusioni e litigi, e proprio per questo, in occasione della riforma dell’intera disciplina codicistica della famiglia, nel 1975, si è pensato di eliminare tale istituto e di introdurre ulteriori norme, nella disciplina della comunione e della dote, per consentire alla famiglia di porre maggiormente al riparto il proprio patrimonio¹⁴².

¹⁴⁰ V. P. SILVA, *Il lavoro della donna maritata* in *Foro italiano*, vol. 84, No. 6, 1961, p. 146.

¹⁴¹ *Ivi*, p. 146.

¹⁴² *Ivi*, p. 147.

“Del resto, risale ad epoca molto lontana, la proposta avanzata in sede di Commissione parlamentare di riforma del vecchio codice... di inserire ogni eventuale aggiornamento dei rapporti patrimoniali della famiglia nel tradizionale istituto dotale, in quanto le diversità sostanziali tra i diversi regimi ‘vincolati’ si ritenevano irrilevanti”¹⁴³.

Questo perché tra patrimonio familiare e dote vi sono diversi punti di contatto: entrambi sono patrimoni di destinazione, inalienabili, ed entrambi possono essere costituiti durante il matrimonio, dai coniugi stessi o da un terzo.

Tuttavia, ciò che differenzia tali regimi è che la dote *“è un apporto di beni al marito”¹⁴⁴*; mentre il patrimonio familiare si estende all’intera famiglia.

Con riguardo al regime dotale, il Codice, in concreto, riprende la stessa definizione indicata all’art. 1388 del Codice Pisanelli, disponendo che *“la dote consiste in quei beni che la moglie o altri per essa apporta espressamente a questo titolo al marito per sostenere i pesi del matrimonio”*.

La disciplina di tale regime rimane pressoché identica a quella delineata dal Codice Pisanelli, l’unica novità riguarda la possibilità per i coniugi di poter costituire o aumentare la dote anche durante il matrimonio e non solo al momento della stipulazione della convenzione¹⁴⁵.

Ciò che differenzia il regime dotale da quello del patrimonio familiare, è che i beni costituiti in dote possono essere amministrati dal solo marito, infatti l’art. 184 del codice prevede che *“quando la moglie conserva la proprietà dei beni dotali, il marito da solo ne ha l’amministrazione durante il matrimonio e ha diritto di riscuoterne i frutti...”*, e che *“in caso di lontananza o di altro impedimento del*

¹⁴³ A. GALASSO, M. TAMBURELLO, *Regime patrimoniale della famiglia, Tomo I*, Bologna 1999, p. 9.

¹⁴⁴ Art. 177 codice civile 1942.

¹⁴⁵ Art. 178 codice civile del 1942.

marito, la moglie può essere autorizzata dal tribunale ad amministrare i beni dotali e ad esercitare i diritti spettanti al marito... ”¹⁴⁶; mentre, al contrario, nel caso del patrimonio familiare, l’amministrazione dei beni, che costituiscono il patrimonio, appartiene al coniuge che ne ha la proprietà. Se i beni appartengono ad entrambi i coniugi, l’amministrazione spetta al coniuge designato, e solo in difetto, al marito¹⁴⁷.

Ma, oltre a ciò, formano oggetto di dote soltanto i beni della moglie; mentre il patrimoniale familiare può avere ad oggetto sia beni della moglie, che del marito conferiti allo scopo di un utile vantaggio alla famiglia.

Inoltre, possono essere conferiti tramite regime dotale, i beni mobili, immobili e somme di denaro. Mentre, a differenza, possono essere costituiti in patrimonio familiare soltanto determinati beni immobili o titoli di credito.

3.4.2. La comunione degli utili e degli acquisti

Oltre alla dote e al patrimonio familiare, i coniugi possono amministrare i loro beni scegliendo il regime della comunione dei beni.

A differenza del *Code Napoléon*, il Codice civile del 1942 segue le orme già percorse dal Codice Pisanelli, prevedendo che in caso in cui i coniugi non avessero scelto, attraverso quale regime amministrare i propri beni, il regime da seguire non è quello della comunione, ma quello della separazione.

Oltre a ciò, anche il Codice civile del 1942 non si riferisce ad un regime che comprende la comunione di tutti i beni appartenenti ai coniugi, ma soltanto degli utili e, qui sta la novità, anche degli acquisti.

Infatti, l’art. 215 dispone che “*non è permesso agli sposi di contrarre altra comunione universale dei beni, fuorché quella degli utili e degli*

¹⁴⁶ Art. 185 codice civile del 1942.

¹⁴⁷ Art. 173 codice civile del 1942.

acquisti. Tale costituzione può essere stabilita anche se v'è costituzione di dote, ferma in ogni caso l'inalterabilità delle precedenti convenzioni".

A differenza del regime dotale e del patrimonio familiare, possono essere costituiti in comunione beni mobili e immobili, presenti e futuri, *"e, inoltre, gli acquisti fatti durante la comunione dell'uno o dell'altro coniuge a qualunque titolo..."*¹⁴⁸.

Inoltre, *"sotto l'impero del codice del 1942, anche se il codice non lo diceva espressamente, si ritenevano esclusi dalla comunione i beni surrogati in altro modo ai beni esclusi, e cioè mediante permuta, espropriazione per pubblica utilità, indennità per perimento della cosa.*

*Erano, infine, esclusi dalla comunione i diritti acquistati da uno dei coniugi aventi carattere personale, come, ad esempio, il diritto ad indennità per lesione o infortuni sul lavoro, il diritto a pensione, il diritto ad indennità per assicurazione sulla vita, anche se contratta dall'altro coniuge"*¹⁴⁹.

A differenza del patrimonio familiare, solo il marito può amministrare i beni della comunione, e, come avviene nel regime dotale, la moglie è autorizzata ad amministrare tali beni solo in caso di lontananza o di altro impedimento del marito¹⁵⁰.

È possibile quindi individuare, all'interno del nucleo familiare tre patrimoni diversi: un patrimonio comune, un patrimonio personale del marito, un patrimonio personale della moglie.

Il patrimonio comune ha lo stesso scopo di quello individuato per il regime dotale, ovvero sostenere i pesi del matrimonio che gravano sul marito e, più in generale, sulla famiglia. Può essere sciolta solo in caso di morte o dichiarazione di assenza di uno dei due coniugi, nel caso di separazione personale o giudiziale dei beni¹⁵¹.

¹⁴⁸ Art. 217 codice civile 1942.

¹⁴⁹ A. GALASSO, M. TAMBURELLO, *Regime patrimoniale della famiglia, Tomo I*, Bologna 1999, p. 14.

¹⁵⁰ Art. 220 codice civile del 1942.

¹⁵¹ Art. 225 codice civile 1942.

Mentre, con patrimonio personale della moglie ci si riferisce ai beni parafernali, ovvero *“beni della moglie che non sono stati costituiti in patrimonio familiare o in dote o in comunione”*¹⁵². Solo la moglie ha il godimento e l’amministrazione di tali beni.

¹⁵² Art. 210 codice civile 1942.

Capitolo Quarto – La riforma del diritto di famiglia

4.1. Dal codice civile del 1942 alla riforma del 1975

La caduta del Regime fascista, nel 1943, muta notevolmente la società e i costumi in cui il Codice deve operare e la fine della guerra e l'avvento della Repubblica costituiscono una svolta ancora maggiore.

Fattore determinante è l'entrata in vigore della Costituzione nel 1948 che, attraverso le disposizioni costituzionali, cambia l'assetto e la struttura dell'ordinamento giuridico della famiglia.

Durante i lavori preparatori, si dedicano diverse sedute alla discussione e alla risoluzione di problemi di un paese devastato dalla guerra. *“La guerra ha scosso e sconvolto i rapporti economici e sociali così profondamente come mai era avvenuto nella storia del nostro Paese. Una grave crisi travaglia la Nazione e ha le sue prime manifestazioni – e talora alcune delle più gravi – nel campo stesso della vita familiare. Seriamente minacciata è la sana moralità del nostro popolo, che nella famiglia aveva particolarmente trovato sino ad ora le sue manifestazioni. Naturale è d'altra parte che nell'unità familiare cerchino i singoli il primo aiuto a uscire dalla tragica situazione in cui la guerra li ha lasciati, e che in casa e attorno a essa prima e più agevolmente che in altre sfere si ricostituisca quell'atmosfera di solidarietà a cui tutta la rinascita della Nazione dovrà essere ispirata. La famiglia si presenta quindi ora più che mai come il nucleo primordiale su cui i cittadini e lo Stato possono e debbono poggiare per il rinnovamento materiale e morale della vita italiana e importanza fondamentale acquista la tutela da parte dello Stato dell'istituto familiare”*¹⁵³.

¹⁵³ M. BESSONE, E. ROPPO, *Il diritto di famiglia: evoluzione storica, principi costituzionali, lineamenti della riforma*, Torino 1977, p. 204.

A differenza di quanto previsto durante il Regime fascista, dove la famiglia è intesa come un’*“istituzione sottomessa allo Stato”*¹⁵⁴, con l’avvento della Costituzione la struttura della famiglia muta, riconoscendole una nuova posizione, autonoma dallo Stato, e assicurando, all’interno del nucleo familiare, parità ed eguaglianza tra i coniugi.

Fondamentali diventano gli articoli 2 e 3 della Costituzione, norme su cui ruotano attorno i rapporti tra i diversi componenti della famiglia, intesa come *“formazione sociale”*¹⁵⁵ dove si sviluppa la personalità dei singoli.

Da qui anche il rapporto tra la famiglia e lo Stato, il quale, quest’ultimo, deve lasciare spazio alla famiglia e ai suoi singoli componenti tutelandone i propri diritti fondamentali.

4.1.1. La famiglia nella Costituzione

Il Costituente, nell’ambito dei lavori preparatori, dedica alla famiglia un ruolo vitale. Il 31 gennaio 1947, la Commissione dei 75 presenta alla Presidenza dell’Assemblea Costituzionale il testo definitivo del progetto della Costituzione.

Nel Titolo II, dedicato ai rapporti etico-sociali, l’art. 29 recita *“la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell’unità familiare”*.

Come detto nel dibattito in Assemblea, la famiglia assume ruolo centrale perché completa e perfeziona l’individuo allo scopo di portare alla salvezza morale e sociale dello Stato.

¹⁵⁴ M. BESSONE, G. ALPA, A. D’ANGELO, G. FERRADO, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile*, Bologna 1980, p. 14.

¹⁵⁵ *Ivi*, p. 19.

Proprio per questo la famiglia richiede una propria autonomia, prevedendo l'intervento dello Stato solo per questioni morali ed economiche.

“Di qui l'interpretazione della formula 'famiglia = società naturale', e dell'espressione 'la Repubblica riconosce i diritti della famiglia' nel senso della garanzia di autodeterminazione e autonormazione della famiglia intesa come entità a se stante, preesistente allo Stato e, per ragioni di diritto divino, o di diritto naturale, assolutamente impenetrabile ad ogni direttiva e ingerenza statale”¹⁵⁶.

Ma, l'espressione “società naturale”, non deve far pensare alla famiglia come ad un ente superiore allo Stato stesso, ma più semplicemente come “garanzia costituzionale di rispetto dell'autonomia familiare, nel concreto interesse dei singoli ad ordinare in modo ordinale e libero i loro rapporti di famiglia”¹⁵⁷.

Proprio per questo l'art. 29 prevede che tale società naturale debba essere fondata sul matrimonio, poiché è proprio dal matrimonio che vengono regolati i rapporti tra marito e moglie e tra genitori e figli e, inoltre, il matrimonio stesso assicura stabilità e certezza dei rapporti. Pensiero invece, non condiviso dal testo del Codice civile del 1942 il quale dà maggiore importanza ai singoli rapporti familiari e non alla famiglia intesa come gruppo¹⁵⁸.

Inoltre, il comma 2 dell'art. 29 Cost., garantisce una posizione di eguaglianza e di parità morale e sociale tra i coniugi stessi. Viene scardinata la struttura della famiglia che poggia le sue radici sulla supremazia del *pater familias*, e viene data alla donna la possibilità di partecipare attivamente alle decisioni e ai rapporti che concernono la famiglia stessa. Non solo, alla donna viene riconosciuta anche

¹⁵⁶ M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRADO, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile*, Bologna 1980, p. 19.

¹⁵⁷ *Ivi*, p. 20.

¹⁵⁸ G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno* IN *Il Digesto italiano*, XIII, Torino 1913-1918, p. 526.

un'eguaglianza morale, “*quest'ultima costituisce un quid pluris rispetto all'eguaglianza formale, e indica appunto che alla donna, al di là del nucleo di poteri e di diritti che le sono riconosciuti, è necessario assicurare una 'dignità' non compressa e lacerata dalla supremazia maritale*”¹⁵⁹.

Con l'art. 30 Cost., inoltre, viene meno la differenza tra figli nati nel matrimonio e figli illegittimi, prevedendo anche nei confronti di quest'ultimi, la possibilità di essere istruiti ed educati ai pari dei figli legittimi. Inoltre, “*la legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima*”. Tuttavia, come previsto nel codice civile stesso, permangono i limiti per la ricerca della paternità.

Queste sono le disposizioni costituzionali di maggiore rilievo nell'ambito del diritto di famiglia. Sono norme innovative, in quanto si discostano dal disposto del Codice civile, ed è proprio per questo che appare evidente che il testo del codice, in particolare il Libro I, risulta ormai superato da quelle che sono ormai le esigenze della società.

Negli anni Sessanta, le critiche si trasformano in iniziative legislative volte ad adeguare il testo del codice a quanto disposto dalla Costituzione.

Il lavoro dalla Corte costituzionale è assai intenso. Il primo intervento, avvenuto con la sentenza n. 64 del 1961, tocca il tema dell'adulterio e della fedeltà coniugale. Adeguandosi a quanto disposto dall'art. 29, in un primo momento la Corte se ne discosta ribadendo un trattamento diverso a seconda che l'adulterio sia stato commesso dalla moglie o dal marito.

La Corte giustifica tale disparità affermando che “*è innegabile che anche l'adulterio del marito può, in certe circostanze, manifestarsi coefficiente di disgregazione dell'unità familiare, ma, come per la*

¹⁵⁹ M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRADO, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile*, Bologna 1980, p. 21.

fedeltà coniugale, così per l'unità familiare il legislatore ha evidentemente ritenuto di avvertire una diversa e maggiore entità della illecita condotta della moglie, rappresentandosi la più grave influenza che tale condotta può esercitare sulle più delicate strutture e sui più vitali interessi della famiglia"¹⁶⁰.

L'orientamento della Corte tuttavia muta radicalmente qualche anno dopo dichiarando illegittime le norme che discriminano l'adulterio della moglie da quello del marito.

Collegato a ciò, una seconda sentenza, la n. 127 del 1968, dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 151 del codice civile, nella parte in cui dà rilevanza all'adulterio del marito solo se questo costituisce ingiuria grave.

Inoltre la Corte, con la sentenza n. 46 del 1966, dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 156 del codice civile nella parte in cui si prevede, nel caso di separazione senza colpa di nessuno dei due coniugi, che il marito debba provvedere *"a tutto quanto sia necessario ai bisogni di vita della moglie senza alcuna considerazione dei mezzi di cui questa per avventura disponga; mentre la disparità di trattamento a danno del marito, viene considerata legittima nel caso di mantenimento in costanza di matrimonio e di coabitazione dei coniugi"*¹⁶¹.

Nel 1970, si elimina l'art. 145 del codice in ordine al differenziato obbligo di mantenimento e di contribuzione da parte dei coniugi, prevedendo che sia il marito a fornire alla moglie i mezzi necessari per il suo sostentamento¹⁶².

Ma una delle più importanti novità è senz'altro l'introduzione nell'ordinamento giuridico del divorzio con la L. n. 898/1970. Divorzio che il Codice civile del 1942 non contempla, in quanto il vincolo

¹⁶⁰ *Ivi*, pag. 25.

¹⁶¹ *Ivi*, pag. 26.

¹⁶² M. G. DI RENZO VILLATA, *La famiglia*, in Enciclopedia italiana. Eredità del Novecento, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2001, vol. 2 p. 768.

matrimoniale può essere sciolto solo con la morte di uno dei due coniugi.

Tuttavia, l'art. 3 della Legge contempla solo casi tassativi in cui può essere sciolto tale vincolo: *“quando, dopo la celebrazione del matrimonio, l'altro coniuge è stato condannato, con sentenza passata in giudicato, anche per fatti commessi in precedenza”*, oppure alla presenza di qualsiasi pena detentiva; o per omicidio volontario.

*“Nei primi tre anni di applicazione furono presentate 92.188 domande di scioglimento del vincolo matrimoniale contratto a norma del Codice civile o di cessazione degli effetti civili del matrimonio religioso”*¹⁶³.

Nel 1971, la legge però viene sottoposta al controllo della Corte costituzionale poiché *“si eccedeva la violazione della norma concordataria che attribuiva gli effetti civili al ‘sacramento’ del matrimonio e riconosceva una giurisdizione esclusiva ai tribunali ecclesiastici riguardo alla validità del vincolo”*¹⁶⁴; e nel 1974 viene sottoposta a *referendum popolare* che ha esito positivo, pertanto la legge divorzista rimane in vigore.

4.2. La riforma del diritto di famiglia

Le numerose modifiche apportate al testo del Codice civile sono sintomo dell'inadeguatezza del codice stesso ai costumi e alla società che si sta delineando. Proprio per far fronte ad una nuova sensibilità, durante la IV legislatura viene affrontato, dinanzi al Parlamento, il problema della riforma del diritto di famiglia.

Il Decreto legislativo n. 3075 è presentato per la prima volta il 9 gennaio 1967, senza però arrivare ad una soluzione concreta a causa dello scioglimento anticipato delle Camere.

¹⁶³ *Ivi*, p. 769.

¹⁶⁴ *Ivi*, p. 769.

È con la VI legislatura che vengono presentati nuovi progetti di legge in materia di riforma del diritto di famiglia.

Le innovazioni toccano temi come: l'innalzamento dell'età per contrarre matrimonio; il rapporto paritario tra i coniugi; l'ampliamento delle cause di invalidità del matrimonio; l'introduzione del regime di "comunione" dei beni; l'abolizione del patrimonio familiare; il riconoscimento dei figli adulterini; il miglioramento della posizione successoria del coniuge; e la legittimazione ad agire per il disconoscimento della paternità¹⁶⁵.

Uno dei primi progetti di legge è presentato su iniziativa della Senatrice Franca Falcucci il 25 maggio 1972, la quale, di nuovo a gran voce, ribadisce che *"è ormai convincimento comune che la disciplina legislativa del cosiddetto 'diritto di famiglia' necessita di un radicale rinnovamento, che si dimostri capace di tradurre nel dettato normativo gli spunti ed i fermenti offerti da una realtà in evoluzione. Le numerose proposte di legge presentate in tal senso nella presente e nelle precedenti legislature possono assumersi ad indice significativo del fatto che una tale consapevolezza emerge ormai chiaramente anche a livello parlamentare..."*¹⁶⁶; individuando successivamente le diverse norme del codice che necessitano di essere modificate.

Tale disegno di legge è volto a modificare l'art. 84 dove si individua, come condizione necessaria per contrarre matrimonio, il raggiungimento dei sedici anni per l'uomo, e quattordici per la donna; innalzando l'età minima, ma tuttavia mantenendo la distinzione tra uomo e donna, in quanto *"l'equilibrio psichico e del carattere è intimamente connesso all'equilibrio fisico, ed è comunque convinzione che la donna realizzi, di regola, più sollecitamente la maturità"*

¹⁶⁵ M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRADO, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile*, Bologna 1980, p. 31.

¹⁶⁶ R. PANDINI, *Piccola enciclopedia del diritto di famiglia: nuova legge di riforma: Legge 19 maggio 1975, n. 151 (G.U. del 23 maggio 1975, n. 135)*, Roma 1975, p. 27.

fisiologica alla quale si ricollega anche quel tipo di maturità che si richiede per la capacità necessaria a comprendere i fini e le responsabilità proprie del matrimonio... ”¹⁶⁷.

La riforma tocca anche il tema della nullità del matrimonio, ampliandone le cause. I casi tassativi sono individuati agli artt. 117 e seguenti del codice civile, i quali comprendono: difetto d’età; infermità di mente; coloro che sono vincolati da un matrimonio precedente; chi è legato da un vincolo di parentela, affinità, ma anche di adozione; e coloro che sono stati condannati per omicidio consumato o tentato; oppure nel caso di interdizione di uno dei due coniugi per infermità di mente; per mancanza di assenso di uno dei due coniugi nel voler contrarre matrimonio; o quando il consenso è stato estorto con violenza; nel caso di impotenza quando è anteriore al matrimonio.

La proposta di modifica riguarda: una dilazione dei termini entro i quali l’azione di nullità può essere proposta, in quanto ritenuti estremamente rigidi e lunghi; nel caso di interdizione, la possibilità di estendere la legittimazione all’esercizio dell’azione anche all’altro coniuge; l’introdurre una norma sulla simulazione del matrimonio, in quanto la norma attuale ritiene, anche in caso di simulazione, valido il vincolo matrimoniale; e infine l’introduzione di due nuovi articoli, l’art. 123-bis e l’art. 123-ter, che “*secondo un criterio rigoroso, non attengono a vizi dell’atto, ma, entro certi limiti, a modi di svolgimento del rapporto familiare*”¹⁶⁸, ovvero la mancata consumazione del matrimonio e l’annullamento estero, nel caso di cittadino italiano sposato con uno straniero.

Inoltre, in conformità con quanto disposto dalle norme costituzionali, il disegno di legge mira a modificare le norme in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi, ovvero prevedendo la possibilità di poter scegliere fra due regimi: la comunione e la separazione.

¹⁶⁷ *Ivi*, p. 33.

¹⁶⁸ *Ivi*, p. 41.

Con riguardo al regime della comunione, lo scopo è quello di *“rivalutare, sul piano giuridico-formale, l’apporto del lavoro domestico e professionale della donna, traducendolo nella forma giuridica della comunione il dato sociologico già presente nella famiglia moderna in cui è normale che i coniugi considerino di proprietà comune tutto quanto acquistato durante il matrimonio”*¹⁶⁹.

Tali ragioni quindi sono pensate per superare il regime della comunione degli utili e degli acquisti introdotto con il codice civile del 1942, in quanto in contrasto con il principio di eguaglianza introdotto dall’art. 3 Cost. Inoltre, si mira ad una modifica dall’art. 168 del codice civile, includendo nella comunione anche i beni acquisiti dopo il matrimonio, ad esclusione tuttavia dei beni acquisiti per donazione, successione, e quelli di uso personale.

Infine, viene proposta una radicale modifica della disciplina prevista al Capo IV, Titolo VI del Libro I del Codice civile, con particolare riferimento all’art. 144 dove vengono elencati i doveri della moglie nei confronti del marito; e all’art. 145 dove, al contrario, vengono indicati i doveri del marito e padre nei confronti della famiglia.

Queste due norme si pongono in netta contraddizione con l’art. 29 Cost., il quale enuncia un principio di eguaglianza e di parità morale e giuridica tra i coniugi stessi.

Altro esempio è dato dalla proposta di legge presentata dai deputati Castelli, Martini e Ruffini, il 25 maggio 1972, i quali, prima di presentare il progetto di legge, ribadiscono come, dopo un periodo di stallo a causa dello scioglimento anticipato delle Camere, *“il problema... è doverosamente tornato avanti al Parlamento e, fortunatamente in un clima di maggiore sensibilità dell’opinione pubblica, nella VI legislatura... Potremmo esaminare in dettaglio numerose disposizioni del codice civile (posizione dei figli e dei genitori, tutela dei figli nati fuori dal matrimonio, rapporti successori)*

¹⁶⁹ *Ivi*, p. 51.

per porre in risalto quali e quante siano le norme anacronistiche ed inaccettabili: pensiamo però che la semplice disamina di uno specifico argomento (posizione della donna nella famiglia) basti a rendere evidente l'urgenza e la necessità di un intervento radicale nel settore”¹⁷⁰.

Anche tale progetto di legge mira ad evidenziare come alcune norme del codice, in particolare del Libro I, non siano più espressione della società che si sta delineando.

Un primo problema riguarda la condizione giuridica della donna, considerata nel testo del Codice, un soggetto moralmente e intellettualmente inferiore rispetto all'uomo che è capo della famiglia, una figura di riferimento sia per la moglie che per i figli.

Anche in questo caso lo scopo è quello di modificare gli artt. 143 e seguenti del codice che disciplinano i diritti e doveri dei coniugi, adeguandoli a quello che è il sentire del Paese, e alle norme costituzionali.

La proposta è quella di disporre che entrambi i coniugi acquistino gli stessi diritti e gli stessi doveri, e il reciproco obbligo alla fedeltà, assistenza e coabitazione. Inoltre, viene radicalmente rivisto l'art. 145 del codice, il quale dispone che marito e moglie sono tenuti entrambi, in relazione alle proprie sostanze, a contribuire ai bisogni della propria famiglia.

Ciò inoltre è conforme a quanto disposto dalla Corte costituzionale attraverso la sentenza 13 luglio 1970, n. 133, dove si dispone che “è illegittimo, per violazione dell'art. 29 Costituzione, l'art. 145, 1° comma, cod. civ., nella parte in cui subordina alla condizione che la moglie non abbia mezzi sufficienti il dovere del marito di somministrarle, in proporzione delle sue sostanze, tutto ciò che è

¹⁷⁰ R. PANDINI, *Piccola enciclopedia del diritto di famiglia: nuova legge di riforma: Legge 19 maggio 1975, n. 151 (G.U. del 23 maggio 1975, n. 135)*, Roma 1975, pp. 76-78.

necessario ai bisogni della vita. A seguito della dichiarazione d'incostituzionalità parziale dell'art. 145, 1° comma, cod. civ., è infondata la questione di incostituzionalità dell'art. 156, 1° comma, cod. civ., nella parte in cui pone a carico del marito, per colpa del quale è stata pronunciata la separazione giudiziale, l'obbligo di somministrare alla moglie tutto il necessario ai bisogni della vita in proporzione alle sue sostanze, in riferimento agli art. 3 e 29, 2° comma, Costituzione”¹⁷¹.

Da tale disposizione discendono diverse conseguenze con riguardo al regime patrimoniale che regola i rapporti tra i coniugi durante il matrimonio, prevedendo che in caso di mancata convenzione al riguardo, il regime da applicare non è quello della separazione, ma quello della comunione dei beni, prevedendo solo eccezionalmente l'adozione del regime patrimoniale della separazione.

Inoltre, la dote dev'essere eliminata e sostituita da un nuovo istituto che prende il nome di fondo patrimoniale, modificando gli artt. 167 e seguenti del codice dedicati all'istituto del patrimonio familiare¹⁷².

Queste sono solo alcune delle proposte di legge dove è possibile cogliere la diversa sensibilità e l'urgenza nel trattare alcune tematiche ritenute fondamentali al fine di conformare il disposto del codice civile alle norme costituzionali, le quali hanno delineato una nuova idea di famiglia, ovvero una “*famiglia aperta*”¹⁷³, dove non sempre è consentito un intervento dello Stato, ma intesa come comunità volta a far maturare la personalità dei singoli membri.

Il 18 ottobre 1972, i testi dei vari disegni e progetti di legge vengono approvati, e raccolti in un unico testo, dalla IV Commissione permanente della Camera dei Deputati. Il testo successivamente, il 7 novembre 1972, è trasmesso alla Presidenza del Senato il quale apporta

¹⁷¹ Corte costituzionale, 13 luglio 1970, n. 133, in *Foro italiano*, 1970, I, p. 2047.

¹⁷² *Ivi*, p. 86.

¹⁷³ M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRADO, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile*, Bologna 1980, p. 40.

diverse modifiche, e per questo nuovamente assegnato alla IV Commissione.

Dopo aver apportato le modifiche necessarie, e dopo diverse sedute, la Riforma del diritto di famiglia viene approvata il 22 aprile 1975 e diviene dopo poco legge¹⁷⁴.

4.2.1. *La Legge 19 maggio 1975, n. 151*

La Riforma introduce importanti novità nella disciplina del diritto di famiglia. L'intera legge di riforma poggia sul principio di eguaglianza, disciplinato all'art. 3 della Costituzione, in quanto regolatore dei rapporti familiari, ed è proprio questo il cardine su cui ruota l'intera disciplina posta, in particolare modo, nel Libro I del Codice civile del 1942.

Con riguardo alla disciplina del matrimonio, la Legge n. 151/1975 non modifica gli artt. 82 e 83 del codice, continuando a disciplinare sia il matrimonio celebrato dinanzi al ministro del culto cattolico, sia il matrimonio celebrato dinanzi all'ufficiale dello stato civile.

Quello che la legge modifica è l'età minima per poter contrarre matrimonio, in quanto l'art. 84 della L. n. 151/1975 dispone soltanto che "*i minori di età non possono contrarre matrimonio*", ma che nonostante ciò il Tribunale, una volta accertata la maturità psico-fisica del soggetto, può, per gravi motivi, autorizzare il minore, che abbia comunque almeno sedici anni, a contrarre valido matrimonio; eliminando quindi il riferimento al raggiungimento dell'età di sedici anni per l'uomo, e quattordici per la donna.

Quindi il limite d'età non rientra nei casi tassativi in cui non è possibile contrarre matrimonio. Oltre a questo, gli altri casi che portano alla nullità del matrimonio sono gli stessi di quelli individuati nel Codice civile del 1942: infermità di mente; coloro che sono vincolati da

¹⁷⁴ R. PANDINI, *Piccola enciclopedia del diritto di famiglia: nuova legge di riforma: Legge 19 maggio 1975, n. 151 (G.U. del 23 maggio 1975, n. 135)*, Roma 1975, p. 19.

un matrimonio precedente; chi è legato da un vincolo di parentela, affinità, ma anche di adozione; e coloro che sono stati condannati per omicidio consumato o tentato; oppure nel caso di interdizione di uno dei due coniugi per infermità di mente; per mancanza di assenso di uno dei due coniugi nel voler contrarre matrimonio; o quando il consenso è stato estorto con violenza¹⁷⁵. Viene invece meno l'art. 123 del codice con riferimento all'impotenza perpetua del coniuge anteriore al matrimonio.

Le formalità preliminari per contrarre matrimonio rimangono le stesse di quelle individuate dal Codice civile: prima della celebrazione è necessario che il pubblico ufficiale proceda alle pubblicazioni, affiggendo *“alla porta della casa comunale di un atto dove si indica il nome, il cognome, la professione, il luogo di nascita e la residenza degli sposi, se essi siano maggiori o minori di età, nonché il luogo dove intendono celebrare il matrimonio. L'atto deve anche indicare il nome del padre e il nome e il cognome della madre degli sposi...”*¹⁷⁶.

La richiesta di pubblicazioni deve essere fatta ad opera dei due nubendi *“o da persona che ne ha da essi ricevuto speciale incarico”*¹⁷⁷.

L'atto di pubblicazione rimane affisso per otto giorni presso la porta della casa comunale e il matrimonio non può essere celebrato prima dei quattro giorni dalla data delle pubblicazioni.

Inoltre, l'art. 17 della L. n. 151/1975 sostituisce l'art. 122 del codice civile, prevedendo che il matrimonio può essere impugnato dal coniuge il cui consenso è estorto con violenza *“o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne allo sposo”*; ma anche nel caso in cui l'errore riguardi: l'esistenza di una malattia fisica o psichica *“o di una anomalia o deviazione sessuale tali da impedire lo svolgimento della vita coniugale”*; la presenza di una sentenza di condanna per delitto non colposo *“alla reclusione non inferiore a*

¹⁷⁵ Artt. 117 ss. Codice civile 1942

¹⁷⁶ Art. 93 Codice civile 1942.

¹⁷⁷ Art. 96 Codice civile 1942.

cinque anni, salvo il caso di intervenuta riabilitazione prima della celebrazione del matrimonio"; delinquenza abituale o professionale; condanna a delitti riguardanti la prostituzione a pena non inferiore a due anni; lo stato di gravidanza causato da persona diversa dal coniuge.

Successivamente la legge di riforma, passa ad analizzare il Capo IV del Libro I del codice civile, relativo ai diritti e doveri nascenti dal matrimonio, modificando gli artt. 143 e seguenti del codice.

Il nuovo art. 143 del codice civile prevede che *“con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumano i medesimi doveri. Dal matrimonio deriva l’obbligo reciproco della fedeltà, all’assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell’interesse della famiglia e alla coabitazione. Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia”*.

Norma di riferimento è l’art. 29 Cost. che pone, come principio regolatore dei rapporti tra coniugi, l’eguaglianza morale e giuridica.

Come più volte ribadito dai diversi progetti di leggi presentati negli anni precedenti alle Camere, il matrimonio deve basarsi su una condizione di parità dei due coniugi, essi devono godere degli stessi diritti e degli stessi doveri. Sicuramente uno dei diritti spettanti ai coniugi è individuato all’art. 26 della L. n. 151/1975, il quale modifica l’attuale art. 144, prevedendo che spetta ad entrambi i coniugi concordare l’indirizzo della vita familiare, non più un diritto del marito, e di fissare la residenza della famiglia.

Uno dei più importanti doveri è, invece, l’obbligo, di entrambi i coniugi, al mantenimento, all’istruzione e all’educazione dei figli. Ciò è quanto prevede il nuovo art. 147 del codice, il quale dispone che *“il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l’obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell’inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli”*.

Anche i figli sono portatori di diversi obblighi nei confronti dei genitori e della famiglia. Non si parla più di onorare il padre e la madre, ma di *“rispettare i genitori”* e di contribuire al mantenimento della famiglia finché si convive con essa¹⁷⁸.

Con riguardo ai figli nati nel matrimonio, la riforma continua a distinguere tra figli concepiti trascorsi centoottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio; figli nati prima dei centoottanta giorni; e figli nati dopo i trecento giorni.

L’art. 232 dispone che *“si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando sono trascorsi centoottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio e non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell’annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio”*, e l’art. 233 prosegue affermando che *“il figlio nato prima che siano trascorsi centoottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio è reputato legittimo se uno dei coniugi, o il figlio stesso, non ne disconoscono la paternità”*.

Inoltre, l’art. 235, modificato dalla Legge di riforma, individua ulteriori casi in cui è consentita azione di disconoscimento della paternità: *“se i coniugi non hanno coabitato nel periodo compreso fra il trecentesimo ed il centottantesimo giorno prima della nascita; se durante il tempo predetto il marito era affetto da impotenza, anche se soltanto di generare; se nel detto periodo la moglie ha commesso adulterio o ha tenuto celata al marito la propria gravidanza e la nascita del figlio...”*.

A tal riguardo, una sentenza della Corte di cassazione, la n. 252 del 20 gennaio 1978, dispone che il figlio disconosciuto dal padre, e quindi adulterino, può essere successivamente riconosciuto dalla madre come proprio figlio naturale, *“anche in un momento successivo alla nascita ed in costanza di matrimonio”*¹⁷⁹. Infatti l’art. 269 dispone che la prova della maternità, come quella della paternità, può essere prova in

¹⁷⁸ Art. 137 L. n. 151/1975.

¹⁷⁹ Corte di cassazione, 20 gennaio 1978, n. 252, in *Foro italiano*, 1978, I, p. 587.

qualsiasi momento, con qualsiasi mezzo. Tuttavia, la sola dichiarazione della madre non prova la paternità del marito.

Una delle novità introdotte dalla L. n. 151/1975 è la possibilità, anche per la madre e per il figlio stesso, il disconoscimento della paternità, infatti l'art. 244 viene riformato nei seguenti termini: *“l'azione di disconoscimento della paternità da parte della madre deve essere proposta nel termine di sei mesi dalla nascita del figlio. Il marito può disconoscere il figlio nel termine di un anno che decorre dal giorno della nascita quando egli si trovava al tempo di questa nel luogo in cui è nato il figlio; dal giorno del suo ritorno nel luogo in cui è nato il figlio o in cui è la residenza familiare se egli era lontano... L'azione di disconoscimento della paternità può essere proposta dal figlio, entro un anno dal compimento della maggiore età o dal momento in cui viene successivamente a conoscenza dei fatti che rendono ammissibile il disconoscimento...”*¹⁸⁰.

Infine una delle più importanti novità introdotte dalla Legge di riforma riguarda la disciplina concernente la separazione dei coniugi.

La legge distingue tra una separazione consensuale e una, invece, giudiziale. La prima trova applicazione quando vi è un accordo tra le parti, nel quale si stabiliscono le modalità di mantenimento e istruzione dei figli, il diritto agli alimenti o la divisione dei beni¹⁸¹.

Per quanto attiene la separazione giudiziale, l'art. 151 del codice dispone che *“la separazione può essere chiesta quando si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno dei due coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole”*, e il giudice che pronuncia la separazione indica anche a quale dei due coniugi è addebitabile la separazione stessa, e a chi spetta la custodia dei figli.

¹⁸⁰ Art. 95 L. n. 151/1975.

¹⁸¹ E. QUADRI, *La riforma del divorzio*, in *Il Foro italiano*, Vol. 108, No. 6, 1985, p. 127.

Gli artt. 152 e 153 del codice del 1942 sono abrogati, con la Legge di riforma non è più possibile chiedere la separazione per mancata fissazione della residenza o nel caso in cui uno dei due coniugi sia stato condannato all'ergastolo o ad una pena detentiva.

Tuttavia la separazione, sia essa consensuale che giudiziale, non scioglie il vincolo matrimoniale, infatti l'art. 149 del codice civile ribadisce che il matrimonio si può sciogliere solo con la morte di uno dei due coniugi “*e negli altri casi previsti dalla legge*”¹⁸², tra questi è contemplato il divorzio, introdotto con la Legge 1 dicembre 1970, n. 898.

Nel testo della legge tuttavia non si trova mai utilizzato il termine “divorzio”, ma “scioglimento” o “cessazione degli effetti civili”, tant'è che la legge stessa è denominata “*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*”¹⁸³, infatti l'art. 2 prevede che “*il giudice pronuncia lo scioglimento del matrimonio contratto a norma del codice civile quando, esperito inutilmente il tentativo di conciliazione..., accerta che la comunione spirituale e materiale tra coniugi non può essere mantenuta o ricostituita...*”.

In tali termini, il divorzio è visto da un lato come un fallimento della vita coniugale, mentre dall'altro come un “divorzio-rimedio”, in quanto strumento utile per liberare il coniuge considerato innocente, sottomesso a situazioni e a vicende nella vita coniugale divenute insopportabili ¹⁸⁴.

¹⁸² Altri casi sono gli annullamenti pronunciati dai Tribunali civili e dai Tribunali ecclesiastici, in base a quanto disposto dalla Legge 27 maggio 1929, n. 827.

¹⁸³ M. G. DI RENZO VILLATA, *La famiglia*, in Enciclopedia italiana. Eredità del Novecento, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2001, vol. 2 p. 769.

¹⁸⁴ E. QUADRI, *La riforma del divorzio*, in *Il Foro italiano*, Vol. 108, No. 6, 1985, p. 130.

4.3. Il regime patrimoniale tra coniugi

L'art. 3 Cost. e il nuovo testo dell'art. 143 del codice civile, aprono la strada ad una nuova visione dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Entrambi si esprimono nel senso di riconoscere alla donna una maggiore capacità giuridica e morale, al pari del proprio marito. Lo scopo è quello, da un lato, di valorizzare il ruolo della donna all'interno del nucleo familiare, sia esso come moglie, ponendo l'attenzione sul lavoro domestico che essa svolge, sia come madre, nel ruolo di educatrice per i propri figli; dall'altro, valorizzare tale ruolo significa anche rendere la donna partecipe delle vicende che ruotano attorno al patrimonio della famiglia.

L'intento del legislatore è quello di superare il concetto di “contratto di matrimonio”, e quello di “convenzione matrimoniale”; indicando nel primo caso, il solo atto diretto alla stipulazione del matrimonio stesso; mentre nel secondo, la possibilità di optare per un regime patrimoniale diverso da quello legale.

In particolare, la Riforma proprio per rendere partecipe la donna alla vita patrimoniale della famiglia, dà prevalenza al regime della comunione, infatti l'art. 159 del codice civile prevede che *“il regime patrimoniale legale della famiglia, in mancanza di diversa convenzione stipulata a norma dell'art. 162, è costituito dalla comunione dei beni...”*.

Tuttavia, rimane la possibilità di derogare al regime patrimoniale con apposita convenzione, stipulata per atto pubblico. E, a differenza di quanto disposto dal Codice civile del 1942, il nuovo art. 162 dà la possibilità ai coniugi di poter mutare la convenzione anche durante il matrimonio *“previa autorizzazione del giudice”*. Tuttavia, questa produce i suoi effetti solo se l'atto è stipulato con il consenso di tutte le persone che sono parti della convenzione stessa. Da qui, l'art. 164 del codice civile consente *“ai terzi la prova della simulazione delle convenzioni matrimoniali...”*, cosa invece non prevista dal precedente art. 164, in quanto prevede che *“non è ammessa alcuna prova della*

simulazione delle convenzioni matrimoniali, anche se risulta da controdiichiarazioni scritte”.

Ad ogni modo, occorre distinguere quella che è una modifica di una convenzione, dal mutamento di una convenzione.

L’art. 162 del codice prevedendo la possibilità, a differenza del Codice civile del 1942, di stipulare convenzioni anche dopo la celebrazione del matrimonio, ammette implicitamente la possibilità di stipulare una convenzione di natura diversa da quella precedentemente adottata¹⁸⁵. Si parla invece di modifica di una convenzione *“qualora il cambiamento non sia relativo all’intera ‘veste’ che disciplina convenzionalmente il regime patrimoniale dei rapporti tra i coniugi, ma si limiti a modificare i singoli elementi o specifici contenuti dell’accordo. In tale ultimo caso il cambiamento, attenendo appunto a singoli aspetti della convenzione, non determina la sostituzione di un dato regime patrimoniale con altro, ma esclusivamente sancisce una mera “modifica” della convenzione adottata alla quale dunque deve ritenersi applicabili esclusivamente la diversa disciplina desumibile dall’art. 163 c.c.”*¹⁸⁶.

La Riforma inoltre prevede la soppressione, con l’art. 166-bis, introdotto dall’art. 47 della L. n. 151/1975, dell’istituto della dote. Istituto che solo in parte viene meno, in quanto sostituito dal nuovo istituto del fondo patrimoniale, il quale prende il posto dell’ormai superato patrimonio familiare introdotto nel 1942.

4.3.1. Il regime della comunione legale

La Riforma del diritto di famiglia, una volta abrogate le norme relative all’istituto della dote, intitola la Sezione III del Capo VI del Titolo VI del libro I *“Della comunione legale”*, disciplinando tale istituto negli artt. 177 e seguenti del codice.

¹⁸⁵ A. TESTA, *Rapporti patrimoniali e famiglia nell’evoluzione interpretativa della riforma del diritto di famiglia*, Milano 2010, p. 10.

¹⁸⁶ *Ivi*, p. 12.

Il regime della comunione legale, concepita dal legislatore del 1975, appare tendenzialmente diversa dalla comunione delineata dal codice civile del 1942.

L'art. 215 del codice, precedente alla Riforma, prevede la possibilità di contrarre soltanto la comunione degli utili e degli acquisti, e che questa può essere adottata anche in presenza della costituzione di dote.

La L. n. 151/1975 modifica tale regime prevedendo, oltre al regime della comunione proveniente da un'apposita convenzione tra i due sposi, anche il regime della comunione legale, in quanto, in caso di mancata convenzione al riguardo, viene applicato il regime della comunione e non più quello della separazione come previsto dal Codice civile del 1942.

Tuttavia, anche se non si tratta di un regime di comunione degli utili e degli acquisti, è errato parlare di una comunione “universale”, in quanto sembra che l'attuale disciplina sia un residuo del regime della separazione, ovvero *“in altri termini, il sistema adottato è un sistema in parte di ‘vera comunione degli utili’, e in parte ‘di separazione temperata dalla comunione sul residuo’”*¹⁸⁷.

Proprio per questo, è possibile affermare che, all'interno del regime della comunione legale, si possono distinguere tre regimi diversi: *“un regime separatista, riguardante tutti i beni elencati nell'art. 179”*¹⁸⁸; ovvero i beni di cui il coniuge è proprietario prima del matrimonio; i beni acquisiti dopo il matrimonio; i beni di uso strettamente personale; i beni che servono all'esercizio della professione del coniuge; i beni ottenuti a titolo di risarcimento del danno; i beni acquisiti con il prezzo del trasferimento dei beni personali o con il loro scambio; *“un regime comunitario, concernente le ipotesi di cui alle lettere a) e d) dell'art.*

¹⁸⁷ M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRADO, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile*, Bologna 1980, p. 105.

¹⁸⁸ M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRADO, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile*, Bologna 1980, p. 106.

177”¹⁸⁹; ossia gli acquisti compiuti insieme dai due coniugi o separatamente durante il matrimonio, e le aziende gestite da entrambi; e infine “*un anomalo regime di partecipazione differita, configurabile per i beni di cui alle lettere b) e c) dello stesso art. 177*”, ovvero i frutti dei beni propri di ciascun coniuge e i proventi dell’attività separata di ciascuno dei coniugi ¹⁹⁰.

Date le novità introdotte, la legge di Riforma offre ai coniugi un termine di due anni entro cui i due sposi possono esprimere il loro rifiuto riguardo alla possibilità che i beni, acquistati successivamente all’entrata in vigore della Riforma, siano assoggettati al regime della comunione¹⁹¹.

In presenza di tale dissenso, i rapporti patrimoniali rimangono disciplinati dalle precedenti convenzioni stipulate tra i coniugi stessi, o dalla disciplina della separazione come regime legale¹⁹². La dichiarazione deve essere annotata a margine dell’atto di matrimonio, ai fini dell’opponibilità ai terzi.

Occorre inoltre effettuare un’ulteriore distinzione tra i beni che sono immediatamente assoggettati alla comunione legale, e i beni che entrano a far parte della comunione solo a determinate condizioni. Sono i casi previsti all’art. 177 lett. b) e c), ovvero nel caso di frutti dei beni propri di ciascuno dei coniugi e i proventi dell’attività separata di ciascuno dei coniugi; e all’art. 178, ovvero i beni destinati all’esercizio di un’impresa. Tali casi individuano la cosiddetta comunione *de residuo*.

La scelta di introdurre tale forma di comunione è stata oggetto di diverse critiche in quanto, attraverso tale regime, verrebbe meno la libertà di circolazione dei beni all’interno della famiglia stessa,

¹⁸⁹ *Ivi*, p. 106.

¹⁹⁰ *Ivi*, p. 106.

¹⁹¹ Art. 228 L. n. 151/1975.

¹⁹² F. SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino 1983, p. 37.

introducendo nuovamente un vincolo di destinazione al pari di quello introdotto con la dote¹⁹³.

Beni che invece non sono assoggettati né al regime della comunione, né al regime della comunione *de residuo*, sono i cosiddetti “beni personali” introdotti dal nuovo art. 179 del codice il quale dispone che *“non costituiscono oggetto della comunione e sono beni personali del coniuge: a) i beni di cui, prima del matrimonio, il coniuge era proprietario o rispetto ai quali era titolare di un diritto reale di godimento; b) i beni acquisiti successivamente al matrimonio per effetto di donazione o successione, quando nell’atto di liberalità o nel testamento non è specificato che essi sono attribuiti alla comunione; c) i beni di uso strettamente personale di ciascun coniuge ed i loro accessori; d) i beni che servono all’esercizio della professione del coniuge, tranne quelli destinati alla conduzione di un’azienda facente parte della comunione; e) i beni ottenuti a titolo di risarcimento del danno, nonché la pensione attinente alla perdita parziale o tale della capacità lavorativa; f) i beni acquisiti con il prezzo del trasferimento dei beni personali sopraelencati o col loro scambio, purché ciò sia espressamente dichiarato nell’atto dell’acquisto...”*.

Tra i principi innovatori della Riforma, assume rilievo l’art. 180 del codice civile relativo all’amministrazione dei beni della comunione.

L’art. 220 del codice civile del 1942, prevede che *“il solo marito può amministrare i beni della comunione e stare in giudizio per le azioni riguardanti la medesima...”*, la moglie può solamente essere autorizzata dal tribunale.

L’art. 180, introdotto dalla Riforma, mira invece ad un’amministrazione disgiunta dei beni che cadono in comunione, proprio per rispettare quel principio di parità tra coniugi e per attribuire un ruolo di rilievo anche alla moglie, prevedendo l’amministrazione congiunta solo nel caso di atti straordinari, e soltanto *“in caso di*

¹⁹³ *Ivi*, p. 176.

*lontananza o di altro impedimento di uno dei coniugi, l'altro, in mancanza di procura del primo risultante da atto pubblico o scrittura privata autenticata, può compiere, previa autorizzazione del giudice e con le cautele eventualmente da questo stabilite, gli atti necessari per i quali è richiesto, a norma dell'art. 180, il consenso di entrambi i coniugi*¹⁹⁴.

Infine, l'art. 70 della Riforma, individua le cause di scioglimento della comunione, prevedendo che essa si scioglie per la dichiarazione di assenza o di morte presunta di uno dei due coniugi; nel caso di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio; nel caso di separazione; nel caso si scelga di adottare un ulteriore regime patrimoniale; e infine nel caso di fallimento di uno dei due coniugi. Prevedendo che nel caso in cui, dopo lo scioglimento della comunione, il vincolo matrimoniale permane, deve essere applicato il regime della separazione dei beni tra coniugi; se invece uno dei due coniugi muore, all'amministrazione dei beni in comunione, subentrano gli eredi¹⁹⁵.

4.3.2. Il fondo patrimoniale e l'affinità con i precedenti istituti

Insieme all'eliminazione dell'istituto della dote, viene meno anche il patrimonio familiare, istituto, come abbiamo visto, di scarsa applicazione e successo, e sostituito dal legislatore del 1975 da quello che prende il nome di "fondo patrimoniale".

Nonostante le premesse, il patrimonio familiare continua a rimanere in vita attraverso l'art. 227 disp. trans. della Legge di riforma, secondo cui *"le doti e i patrimoni familiari costituiti prima dell'entrata in vigore della presente legge continuano ad essere disciplinati dalle norme anteriori"*.

¹⁹⁴ Art. 182 L. n. 151/1975.

¹⁹⁵ F. SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino 1983, p. 289.

Inoltre, parte della Dottrina sostiene che il fondo patrimoniale sorga dalle ceneri del patrimonio familiare: altro non sarebbe che un ammodernamento di tale istituto.

In una sentenza della Cassazione, la n. 8824 del 27 novembre 1987, si riconosce che *“l’istituto del fondo patrimoniale ha trovato giuridico riconoscimento in sede di riforma del diritto di famiglia attuata con la L. 19 maggio 1975, n. 151, per colmare parzialmente la lacuna verificatasi nella precedente disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi in seguito alla abolizione della dote e del patrimonio familiare. Quest’ultimo anzi si considera generalmente l’istituto cui il fondo patrimoniale si è ispirato, sia pure con un’attenuazione (del precedente) vincolo che colpiva i beni in esso compresi...”*¹⁹⁶.

Le ragioni sono da ricercare nel fatto che scopo principale è la soppressione dell’istituto della dote e, proprio per questo, il legislatore mette a disposizione un ulteriore strumento volto a creare un patrimonio vincolato nell’interesse del nucleo familiare, ovvero il patrimonio familiare che, tuttavia, con diverse difficoltà trova applicazione e diffusione in una società in cui il modello di famiglia ruota attorno alla figura del marito prevaricatore¹⁹⁷.

Tuttavia, lo scopo rimane sempre quello di rafforzare il nucleo familiare e il benessere della famiglia, e per questo, il legislatore del 1975, nonostante i diversi Progetti di riforma, dove non si contempla nessun istituto che si affianca o sostituisca il patrimonio familiare, ritiene comunque necessaria la presenza di tale istituto; per questo ne ripropone il modello cambiando il nome da patrimonio familiare a fondo patrimoniale¹⁹⁸.

Altra Dottrina, invece, ritiene il fondo patrimoniale affine all’istituto della dote. Come il patrimonio familiare, anche il fondo patrimoniale è

¹⁹⁶ P. DELL’ANNA, *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, Torino 2009, p. 146.

¹⁹⁷ G. GABRIELLI, *Il patrimonio familiare*, in *Enciclopedia del diritto*, Roma, Istituto dell’Enciclopedia, 1982, XXXII, p. 294.

¹⁹⁸ P. DELL’ANNA, *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, Torino 2009, p. 141.

considerato un istituto vicino alla dote in quanto, come questa, crea un vincolo di destinazione, ma la significativa differenza risiederebbe nel fatto che il potere gestorio non è attribuito al solo marito, ma ad entrambi i coniugi.

Inoltre, si è sostenuta l'elusione dell'art. 166-*bis* del codice civile, dove si considera nulla ogni convenzione che tende alla costituzione di beni in dote. Questo però è frutto di un fraintendimento poiché non vi è divieto di donazione di beni a favore di uno dei coniugi, ma dell'attribuzione al solo marito "*del diritto di impiegare determinati beni*"¹⁹⁹.

Questa coesistenza tra dote, patrimonio familiare, determinata dalle norme transitorie, e il fondo patrimoniale, introdotto dall'art. 49 della L. n. 151/1975, provoca l'intervento della Corte costituzionale che, attraverso la sent. 24 gennaio 1992, n. 18, si è pronunciata sulla legittimità degli artt. 227 disp. trans. della legge di Riforma, e 167 co. 2 del codice civile, in relazione agli artt. 3 e 29 co. 2 Cost. laddove si annuncia un principio di eguaglianza e parità giuridica e morale tra coniugi.

In tale sentenza si afferma che "*quello del patrimonio familiare è - avverte il giudice a quo - un istituto che si riporta alle esigenze di una economia prevalentemente agraria, non più in linea col dinamismo caratterizzante gli odierni rapporti economici, che richiedono invece pronta disponibilità di capitali da utilizzare, nell'interesse stesso della famiglia, in più proficue e redditizie forme speculative, il cui perseguimento è spesso incompatibile coi tempi tecnici necessari per ottenere l'autorizzazione giudiziale prevista, in caso di necessità, dall'art. 170 (vecchia formulazione) del codice civile. In ogni caso, poi, l'istituto del patrimonio familiare sarebbe estraneo al generalizzato modo di intendere l'interesse materiale della famiglia, la cui migliore garanzia è, semmai, proprio la libera disponibilità dei beni per far*

¹⁹⁹ P.G.DE MARCHI, *Fondo patrimoniale*, Milano 2005, p. 120.

fronte, specie in mancanza di figli minori, ai bisogni familiari con tutte le sostanze disponibili. A parere del giudice rimettente, la disciplina transitoria dell'art. 227 della legge n. 151 del 1975 introdurrebbe un'incomprensibile disparità di trattamento, pur in presenza di identiche situazioni sostanziali, rispetto al nuovo e corrispondente istituto del fondo patrimoniale che, all'art. 169 (nuova formulazione) del codice civile, consente in definitiva la libera alienazione dei beni, ove ricorra il consenso dei coniugi e non vi siano figli minori. Né la ultrattività della disciplina del patrimonio familiare per i rapporti pregressi sembra, a parere del giudice a quo, giustificata da effettive esigenze di diritto transitorio, in considerazione della scarsa applicazione pratica dell'istituto, già in passato descritto dalla dottrina come un regime patrimoniale "per ricchi". Peraltro, ove tale ultrattività fosse da considerare razionale, comunque le disposizioni di cui agli artt. 167, secondo comma, 170 e 175 (vecchia formulazione) presenterebbero specifici profili di irragionevolezza, "conseguenti al mantenimento della previgente disciplina nel nuovo corpus normativo introdotto dalla legge di riforma in piena sintonia con i principi costituzionali vigenti in materia"²⁰⁰.

Proprio per far fronte a ciò, la Giurisprudenza di merito ha ritenuto possibile la “trasformazione” del patrimonio familiare in fondo patrimoniale “con la facoltà per i coniugi di procedere all’alienazione dei beni relativi senza autorizzazione del tribunale, compiendo gli adempimenti a ciò finalizzati, comunque necessari”²⁰¹.

Con riguardo invece alla dote, la Corte costituzionale si è pronunciata affermando la sua incompetenza nell’individuare nuovi e alternativi regimi patrimoniali, pur riconoscendo la disparità che si viene a creare tra i due coniugi in applicazione di tale istituto²⁰².

²⁰⁰ Corte cost., 24 gennaio 1992, n. 18, *Corte costituzionale*, 1992, p. 2.

²⁰¹ P. DELL’ANNA, *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, Torino 2009, p. 149.

²⁰² *Ivi*, p. 150.

Nella sentenza 11 luglio 1984, n. 194 la Corte costituzionale dichiara che “...E’ ardua, invero, la pura e semplice estensione (che sembra ipotizzata dall’ordinanza di rimessione) alla dote... della struttura propria di altri regimi patrimoniali (quale quella del fondo patrimoniale, che si adegua in parte qua - artt.168, comma terzo, 180 codice civile novellato – a quella della comunione legale, istituto certo non affine alla dote sotto il profilo del regime della proprietà dei beni che sono oggetto)... Non essendo configurabile una sola soluzione – e quindi una soluzione obbligata – ma più soluzioni, la sentenza additiva che ne adottasse una invaderebbe un ambito riservato alla discrezionalità insindacabile del legislatore...”²⁰³.

4.3.3. Il fondo patrimoniale

La Riforma del diritto di famiglia inserisce l’istituto del fondo patrimoniale nella Sezione II del Capo VI del Titolo VI del Libro I, negli artt. 167-171 del codice civile.

Non vi è una vera e propria definizione dell’istituto, ma è possibile carpirne il significato rinviando alle norme costituzionali, come l’art. 3 Cost. il quale prevede che “è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale”.

In questo contesto si inserisce il fondo patrimoniale, “dove il giudizio sulla meritevolezza degli interessi dei coniugi, è espresso direttamente, una volta per tutte, dallo stesso legislatore della Riforma del diritto di famiglia, allorquando ha disegnato le linee guida e segnato i contenuti a sostegno della famiglia legittima”²⁰⁴.

In sostanza, scopo di tale istituto è quello di porre al riparo beni che vengono assegnati al fondo stesso dai coniugi, infatti l’art. 167 del codice civile specifica che “ciascuno o ambedue i coniugi, per atto pubblico, o un terzo, anche per testamento, possono costituire un fondo patrimoniale, destinato a determinati beni, immobili o mobili iscritti in

²⁰³ Corte cost., 11 luglio 1984, n. 194, *Foro italiano*, 1984, p. 2417.

²⁰⁴ P. DELL’ANNA, *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, Torino 2009, p. 154.

pubblici registri, o titoli di credito, a far fronte ai bisogni della famiglia...”.

Riguardo però alla sua natura giuridica sono sorti diversi dubbi: la Dottrina sostiene che si possa parlare di regime patrimoniale coniugale solo con riferimento a quei regimi destinati a disciplinare l'intero patrimonio familiare e non, come nel caso del fondo patrimoniale, soltanto alcuni beni individuati dai coniugi stessi. Inoltre lo strumento volto a dare origine ai regimi patrimoniali è la convenzione matrimoniale, ovvero un accordo sorto tra i coniugi stessi con la finalità di dettare una disciplina *“generale e astratta per futuri ed eventuali rapporti”*²⁰⁵, cosa che invece non avviene con il fondo in quanto sono coinvolti soltanto alcuni beni e non l'intero patrimonio familiare.

Il dubbio è risolto con riferimento alla possibilità di un terzo di aggredire i beni del fondo. Se il fondo fosse un centro autonomo di diritti ed obblighi, distinto dagli altri regimi patrimoniali, il patrimonio personale del coniuge rimarrebbe intatto di fronte al credito preteso.

L'inesistenza di una separazione tra fondo patrimoniale e patrimonio personale del singolo coniuge, è visibile anche all'art. 170 del codice dove si dispone che *“la esecuzione su beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei alla famiglia”*.

Un altro problema affrontato dalla Dottrina e dalla Giurisprudenza, attiene il significato di *“bisogni della famiglia”*, in quanto l'art. 167, nuova formulazione, prevede che il fondo patrimoniale è costituito per far fronte ai bisogni della famiglia.

La Dottrina individua in tali bisogni non solo le esigenze, che attengono al normale svolgimento della vita quotidiana, pretese dalla famiglia intesa come nucleo, ma anche quelle dei singoli soggetti che la compongono.

²⁰⁵ A. GALASSO, M. TAMBURELLO, *Regime patrimoniale della famiglia, Tomo I*, Bologna 1999, p. 143.

La Giurisprudenza, al contrario, fa rientrare in tali bisogni anche le esigenze che attengono al mantenimento della famiglia stessa, compreso anche il potenziamento della capacità lavorativa dei singoli membri²⁰⁶.

Sulla scorta di ciò, la Cassazione precisa che con “bisogni della famiglia” deve intendersi “*un nucleo proteso a realizzare un sempre maggiore benessere materiale e spirituale dei propri componenti.... È da condividere la più lata interpretazione offerta dai giudici di merito, che hanno ricompreso in detti bisogni anche quelle esigenze volte al pieno mantenimento ed all’armonico sviluppo della famiglia, nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa, restando escluse solo le esigenze di natura voluttuaria o caratterizzate da intenti meramente speculativi...*”²⁰⁷.

Inoltre, la formulazione dell’art. 167 porta ad un ulteriore dibattito in Dottrina e Giurisprudenza circa l’atto di costituzione del fondo.

Si desume dal secondo comma dell’art. 167 del codice civile che la costituzione del fondo può avvenire prima della celebrazione del matrimonio, oppure durante il matrimonio e la costituzione può avvenire ad opera di uno o di entrambi i coniugi, di un terzo, sempre per atto pubblico, oppure per testamento da parte di un terzo.

Si discute sulla possibilità di accettazione da parte dei coniugi se il fondo venga costituito da un terzo, ma anche nel caso in cui a costituirlo sia solo uno dei due coniugi. Al riguardo sono sorte diverse interpretazioni.

Parte della Dottrina ritiene che l’atto di costituzione del fondo debba considerarsi autonomo rispetto alla convenzione matrimoniale, e quindi il fondo un atto unilaterale di destinazione non suscettibile ad accettazione.

Secondo altri, tale tesi è però da escludere in quanto, avendo il fondo natura di convenzione matrimoniale, è necessario il consenso di

²⁰⁶ *Ivi*, p. 172.

²⁰⁷ Cass., sez. III, 7 gennaio 1984, n. 134, *Foro italiano*, 1985, p. 561.

entrambi i coniugi per la sua costituzionale²⁰⁸. Ciò avviene anche con riferimento ai minori ammessi a contrarre matrimonio, perché, anche in questo caso, i due nubendi, in presenza di un curatore speciale, dovranno esprimere il loro consenso circa la stipulazione della convenzione²⁰⁹.

Ulteriore problema riguarda la possibilità di costituzione del fondo ad opera di un terzo attraverso un testamento.

La Dottrina ritiene che l'accettazione da parte dei coniugi sia prevista solo nel caso di atto *inter vivos*, mentre nel caso di testamento non sarebbe contemplata tale possibilità in quanto, secondo ulteriore orientamento, l'attribuzione di beni da parte di un terzo per testamento debba configurarsi come legato, poiché costituiscono il fondo solo beni determinati. Se si tratta di legato, secondo le regole di diritto successorio, non è necessaria l'accettazione, ma i coniugi potranno esprimere la propria rinuncia.

Nonostante ciò, si è arrivati alla conclusione che l'atto costitutivo del fondo sia sottratto alle norme successorie e sottoposto alle regole delle convenzioni matrimoniali, perciò anche nell'ipotesi di legato, è necessario che i coniugi dichiarino la loro volontà di costituire il fondo patrimoniale, e tale accettazione deve avvenire attraverso un atto pubblico²¹⁰.

La Giurisprudenza, a differenza, ritiene che lo strumento per la costituzione del fondo patrimoniale sia la convenzione matrimoniale.

La Corte di cassazione, attraverso la sent. 27 novembre 1987, n. 8824, si esprime in tale senso affermando “...*in dottrina si è osservato che deve riconoscersi la natura di convenzione matrimoniale all'atto costitutivo del fondo patrimoniale con cui i coniugi imprimono il vincolo di destinazione familiare e a beni che già loro appartengono in*

²⁰⁸ A. TESTA, *Rapporti patrimoniali e famiglia nell'evoluzione interpretativa della riforma del diritto di famiglia*, Milano 2010, p. 386.

²⁰⁹ Art. 7 L. n. 151/1975.

²¹⁰ A. GALASSO, M. TAMBURELLO, *Regime patrimoniale della famiglia, Tomo I*, Bologna 1999, p. 166.

regime di comunione legale, alternando il suddetto regime (art. 210 comma 1 c.c.).

Questa concezione restrittiva, peraltro rifiutata dai suoi stessi sostenitori, non può accogliersi perché imprime all'istituto natura giuridica diversa, a secondo dell'oggetto cui si riferisce e nonostante la sostanziale identità degli interessi tutelati dalle norme che lo prevedono in ogni sua applicazione. Appare preferibile, pertanto, la tesi che comprende il fondo patrimoniale..., nella sua unità funzionale, nell'area delle convenzioni matrimoniali le quali riflettono la disciplina della proprietà o dell'acquisto dei beni e dei redditi tra coniugi ed in questa ampia nozione rientra certamente l'atto costitutivo del fondo patrimoniale che importa in ogni caso un limite alla libera disponibilità dei beni da parte dei coniugi per il vincolo di destinazione ai bisogni da parte dei coniugi per il vincolo di destinazione ai bisogni familiari su di essi esistenti, vincolo che è senza dubbio più intenso di quello che deriva dal regime della comunione legale... ”²¹¹.

Una volta costituito il fondo, occorre individuare i beni che ne formano oggetto. L'art. 167 al co. 1 c.c. prevede che possono formare oggetto di fondo patrimoniale i beni immobili, i beni mobili registrati e i titoli di credito. La Riforma ha compreso nella categoria dei beni mobili registrati, i beni previsti all'art. 2683 del codice civile, ossia “*le navi e i galleggianti iscritti nei registri indicati dal codice della navigazione; gli aeromobili iscritti nei registri indicati dallo stesso codice; gli autoveicoli iscritti nel pubblico registro automobilistico*”.

Inoltre l'art. 2647 del codice prevede che, nel caso di attribuzione di beni immobili nel fondo patrimoniale, è necessaria la loro trascrizione.

Con riguardo invece ai titoli di credito, sono sorte due interpretazioni dottrinali diverse: un primo orientamento ritiene necessario rendere i titoli nominativi e sottoporli ad un sistema di pubblicità; un secondo orientamento dispone che è necessario, affinché il titolo venga destinato

²¹¹ P. DELL'ANNA, *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, Torino 2009, p. 163.

al fondo, la creazione di un titolo di diversa natura purché idoneo allo scopo individuato dalla norme che regolano il fondo patrimoniale.

Con la Riforma del diritto di famiglia si è tenuto a privilegiare la seconda interpretazione, estendendo quindi la portata della norma²¹².

Sempre con riguardo ai beni conferiti al fondo, la dottrina si è chiesta se i beni, già destinati a comunione legale, possano confluire nel fondo patrimoniale. Il problema si pone quando sono i coniugi stessi ad individuare i beni oggetto del fondo. Anche a tal riguardo sono sorti diversi orientamenti: parte della Dottrina ritiene che vi sia la possibilità di conferire al fondo beni in comunione legale; mentre, all'opposto, un secondo orientamento tende a distinguere i due regimi, in quanto, ad esempio, i beni personali di ciascun coniuge, individuati all'art. 179 del codice, non possono essere conferiti al fondo.

È da preferire la prima ipotesi, basti pensare al caso di scioglimento di uno dei due regimi, questi verranno meno contemporaneamente, in quanto le cause di scioglimento del fondo sono anche cause di scioglimento della comunione legale, in quanto questa non può sopravvivere al fondo.

Nel caso contrario in cui venga meno la comunione legale *“viene meno la comproprietà derivante dal regime legale, ma non quella derivante dal fondo”*²¹³.

Con riguardo alla titolarità dei beni oggetto del fondo, questa spetta ad entrambi i coniugi, a meno che non sia pattuito diversamente, mentre per l'amministrazione dei beni si rimanda alle norme che disciplinano la comunione legale. L'art. 180 del codice prevede che l'amministrazione dei beni sia attribuita disgiuntamente ad entrambi i coniugi, e congiuntamente solo nel caso di atti straordinari, ovvero *“atti volti a mutare la destinazione economica dei beni o ad apportarvi migliorie”*²¹⁴.

²¹² *Ivi*, p. 176.

²¹³ *Ivi*, p. 185.

²¹⁴ *Ivi*, p. 245.

Nel caso in cui uno dei due coniugi si trovi nell'impossibilità di amministrare il fondo, la disciplina previgente prevede all'art. 174 che *“qualora il coniuge a cui spetta l'amministrazione non sia in grado di attendervi convenientemente ovvero trascuri di provvedere con i frutti dei beni all'interesse della famiglia, il tribunale può affidare l'amministrazione all'altro coniuge o anche ad altra persona idonea scelta preferibilmente tra i prossimi parenti”*. La Riforma del diritto di famiglia abroga tale norma, senza però prevedere una disciplina sostitutiva, ma si limita a rinviare alle norme che disciplinano la comunione legale, in particolare all'art. 180 del codice. Il coniuge, in caso di lontananza o di altro impedimento dell'altro coniuge, in mancanza di procura, può chiedere di essere autorizzato dal giudice a compiere gli atti necessari per l'amministrazione dei beni e la rappresentanza in giudizio per gli atti spettanti disgiuntamente ad entrambi i coniugi.

Sono comunque esclusi dall'amministrazione del fondo: il minore di età, l'interdetto, in caso di impedimento, e in caso di *mala gestio* da parte di uno dei due coniugi. Quanto disposto dall'art. 183 del codice porta a fare diverse precisazioni: il minore d'età viene escluso dalla possibilità di amministrare il fondo per evitare che il coniuge debba amministrare il fondo insieme al curatore, e tali ragioni sono le stesse che portano ad escludere l'interdetto dall'amministrazione.

Tuttavia orientamento prevalente precisa che il minore d'età deve essere escluso dall'amministrazione solo nel caso in cui sia stata verificata e accertata la sua incapacità di intendere e volere, in caso diverso il minore deve essere affiancato da un curatore.

Con il termine *mala gestio* si indicano invece le ipotesi in cui il coniuge ha esercitato malamente o non diligentemente il proprio potere gestorio. Un esempio è dato dall'utilizzo dei frutti per scopi diversi da

quelli che sono i bisogni della famiglia, o la dichiarazione di fallimento²¹⁵.

Infine, l'art. 171, nuova formulazione, prevede che *“la destinazione del fondo termina a seguito dell’annullamento o dello scioglimento o della cessione degli effetti civili del matrimonio. Se vi sono figli minori il fondo dura fino al compimento della maggiore età dell’ultimo figlio... Se non vi sono figli, si applicano le disposizioni sullo scioglimento della comunione legale”*.

L'art. 171 riprende la disciplina posta dall'art. 175 del codice civile precedente alla Riforma. Essendo il fondo patrimoniale, un regime coniugale al pari del precedente patrimonio familiare, presuppone che vi sia un vincolo matrimoniale il cui venire meno porta alla cessazione della convenzione matrimoniale.

La Giurisprudenza inoltre ha affermato che la norma non pone un elenco tassativo, ma è un elenco destinato ad accogliere ulteriori fattispecie²¹⁶.

²¹⁵ A. GALASSO, M. TAMBURELLO, *Regime patrimoniale della famiglia, Tomo I*, Bologna 1999, p. 267.

²¹⁶ *Ivi*, p. 317.

Conclusioni

Nel 1859, con l'avvio del processo di unificazione che porta alla formazione del Regno d'Italia, viene affrontato il problema del rinnovamento legislativo, ed in particolare la disciplina dell'ordinamento giuridico della famiglia.

L'unità familiare ruota attorno ai rapporti tra i diversi componenti della famiglia e alla realizzazione degli interessi personali dei suoi membri.

In particolare, un aspetto che assicura l'unità del nucleo, è dato dai rapporti patrimoniali che si instaurano tra i due coniugi dopo la celebrazione del matrimonio, e che coinvolgono l'intera famiglia.

Necessaria è quindi una disciplina volta a regolare tali rapporti, in modo da poter conservare e salvaguardare il patrimonio e trasmetterlo alle future generazioni.

La disciplina del diritto di famiglia, delineata dal *Code Napoléon* e dai Codici civili preunitari, non appare più idonea alla società che si sta formando, composta non più da famiglie patriarcali, in cui il *pater familias* estende la propria autorità su tutti i membri della famiglia, e dove l'unità familiare è assicurata dalla presenza di un figlio maschio, ovvero l'erede, nonché dall'obbligo di dotare le proprie figlie in modo da poter assicurare il mantenimento e la trasmissione del patrimonio²¹⁷.

Il Codice Pisanelli, promulgato il 25 giugno 1865, per far fronte a tale sentire, colloca nel Libro III "*Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*", la disciplina del contratto di matrimonio, contratto attraverso il quale vengono regolati i rapporti patrimoniali tra i coniugi.

Malgrado ciò, le novità introdotte dal Codice non si discostano dalla disciplina delineata in precedenza dal Codice napoleonico: il marito continua ad essere considerato il capo della famiglia, mentre viene

²¹⁷ G. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Roma 1994, p. 90.

riaffermata l'inferiorità giuridica e negoziale della donna, anche dal punto di vista patrimoniale. Benché non vi sia più l'obbligo di dotare, in quanto non ritenuto essenziale per un corretto funzionamento del matrimonio, continua ad essere ampiamente diffusa la prassi di dotare le proprie figlie, poiché il sentire della società non coincide con l'impostazione data dal legislatore. La stessa Commissione esaminatrice del *Progetto preliminare del codice civile* si era espressa in modo contrario all'eliminazione della dote, in quanto ritenuta uno strumento per sostenere l'economia familiare.

Oltre al regime dotale, il Codice civile del 1865 prevede che, attraverso il contratto di matrimonio, gli sposi possano scegliere diversi regimi patrimoniali per l'amministrazione dei propri beni: il regime della comunione degli utili, o un regime misto, ovvero vi è la possibilità di scegliere tra la coesistenza del regime dotale e della comunione; oppure il regime dotale e il regime della separazione dei beni.

La disciplina introdotta dal Codice civile del 1865 mira a favorire la posizione della donna maritata, in quanto il matrimonio non esercita influenza sui suoi beni. Per questo il Codice prevede che in caso in cui i due coniugi non concordino quale regime seguire, non verrà applicato il regime della comunione, come disposto dal Codice civile francese, ma quello della separazione.

Per lo stesso motivo, non è previsto un regime di comunione universale dei beni, ma solo quella degli utili, sempre per poter dare la possibilità ai coniugi di tenere separato il loro patrimonio personale da quello familiare.

Nonostante l'entrata in vigore del Codice Pisanelli, non tutte le norme trovano una concreta applicazione. Ancora una volta, un punto ritenuto meritevole di ulteriori interventi è il matrimonio, ma più in generale i rapporti tra i coniugi stessi, compresi i rapporti patrimoniali.

Dopo un mezzo secolo senza riforme, il 21 aprile 1942 viene promulgato il nuovo Codice civile. Le differenze con il Codice precedente sono diverse, in particolare, la materia dei rapporti

patrimoniali tra coniugi viene trattata nel Libro I “*Del matrimonio*”, e non più, come nel Codice Pisanelli, nel Libro III “*Dei differenti modi di acquistare e di trasmettere la proprietà*”. Tale scelta è importante perché mira a sottolineare la possibilità di scelta del regime patrimoniale, sia una decisione personale e privata che spetta ai soli coniugi.

Anche il regolamento dei rapporti patrimoniali viene modificato, in quanto questo si articola in tre regimi convenzionali diversi: il regime dotale, la comunione degli utili e degli acquisti, il patrimonio familiare.

Con riguardo al regime della comunione, a differenza della disciplina previgente, nel regime della comunione confluiscono non solo gli utili, ma anche gli acquisti compiuti dai coniugi durante la comunione.

Neanche in questo caso però si può parlare di una comunione universale poiché lo scopo è quello di distinguere, oltre al patrimonio comune, che ha lo stesso scopo della dote, ovvero sostenere i pesi del matrimonio, un patrimonio personale del marito e un patrimonio personale della moglie.

Inoltre, una delle più importanti novità è l’introduzione di un nuovo regime convenzionale, diverso dalla dote, dalla comunione e dal regime della separazione: il patrimonio familiare.

Dottrina e Giurisprudenza a lungo dibattono sull’importanza e sull’efficacia di introdurre un istituto come il patrimonio familiare, strumento pensato per salvaguardare le risorse economiche della famiglia a fronte della scarsa saggezza nell’amministrare i beni conferiti in patrimonio.

L’istituto è aspramente criticato in quanto, introdotto in aggiunta allo strumento della comunione, della dote e della separazione, non fa altro che creare confusioni e litigi²¹⁸.

²¹⁸ La critica è spiegata in maniera approfondita a p. 56.

Per lo più, tra patrimonio familiare e regime dotale vi sono molti punti di contatto: entrambi sono patrimoni di destinazione che possono essere costituiti dai coniugi o da un terzo durante il matrimonio.

L'unica differenza è che, nel caso del patrimonio familiare, l'amministrazione dei beni spetta a chi detiene la proprietà, se i beni appartengono ad entrambi i coniugi, entrambi potranno amministrare i beni in patrimonio familiare.

Il patrimonio familiare, nonostante le differenze con i diversi regimi patrimoniali, non sembra rispettare le premesse, tant'è che viene considerato uno dei peggiori fallimenti del Codice civile del 1942. La scarsa applicazione è data principalmente da una visione ormai anacronistica della realtà familiare, ovvero una famiglia che gode dei beni apportati dalla donna grazie al conferimento della dote, quando, in realtà, il patrimonio di una famiglia, per la maggior parte, è costituito di beni frutto dei risparmi fatti durante la vita coniugale²¹⁹.

Inoltre, l'istituto non contribuisce a creare una posizione egualitaria tra coniugi, in quanto la donna non gode ancora di quella eguaglianza morale e giuridica al pari del proprio marito, non dando la possibilità quindi alla donna maritata di poter disporre come meglio crede i propri beni.

Tali premesse portano nel 1975, in occasione della Riforma dell'intera disciplina codicistica della famiglia, all'eliminazione e sostituzione dell'istituto del patrimonio familiare, con un nuovo istituto: il fondo patrimoniale.

Fattori determinanti sono la caduta del Regime fascista e l'entrata in vigore della Costituzione nel 1948, che aprono la strada ad una nuova visione di famiglia: società naturale fondata sul matrimonio e sull'eguaglianza morale e giuridica dei propri membri.

Lo strumento che permette alla donna di partecipare attivamente alle decisioni e ai rapporti che concernono la famiglia stessa, compresa la

²¹⁹ V. P. SILVA, *Il lavoro della donna maritata* in *Foro italiano*, vol. 84, No. 6, 1961, p. 146.

vita patrimoniale del coniugi, è il fondo patrimoniale, il cui scopo è quello di porre al riparo beni che vengono assegnati al fondo stesso dai coniugi.

Ciononostante, anche con riferimento al fondo patrimoniale, Dottrina e Giurisprudenza sollevano diversi dubbi circa la natura giuridica dell'istituto stesso, in quanto, secondo la critica, non rientrerebbe nella categoria dei regimi patrimoniali destinati a disciplinare l'intero patrimonio della famiglia, ma solo beni individuati dai coniugi stessi.

Il dibattito prosegue affermando che lo strumento per dar origine ai regimi patrimoniali coniugali è la convenzione matrimoniale, cioè un accordo tra i due coniugi circa il modo di amministrare l'insieme dei beni posseduti, cosa che con il fondo patrimoniale non avviene, perché si tratterebbe di un atto unilaterale di destinazione non suscettibile ad accettazione.

Inoltre, parte della Dottrina sostiene che il fondo patrimoniale sorga dalle ceneri del patrimonio familiare, poiché altro non sarebbe che un ammodernamento di tale istituto. Le ragioni da ricercare sono nel fatto che obiettivo principale della L. 19 maggio 1975, n. 151 è la soppressione dell'istituto della dote, introdotta dall'art. 47 della legge di Riforma, e proprio per questo, il legislatore mette a disposizione dei coniugi un ulteriore strumento volto a creare un patrimonio vincolato²²⁰.

Per di più, l'intenzione del legislatore rimane sempre quella di rafforzare il nucleo familiare e il benessere della famiglia, perciò la presenza di tale strumento rimane essenziale²²¹.

Ciò nonostante, la Dottrina prevalente ritiene che l'istituto del fondo patrimoniale sia destinato ad uno scarso uso nella pratica, a causa della sua affinità con l'istituto precedente.

²²⁰ La critica è spiegata in maniera approfondita a p. 84.

²²¹ P. DELL'ANNA, *Fondo patrimoniale*, Milano 2005, p. 120.

Già in sede di lavori preparatori il fondo patrimoniale è definito come un “*ramo secco, tale da restare configurato tra le pagine del codice*”²²².

²²² A. GALASSO, M. TAMBURELLO, *Regime patrimoniale della famiglia, Tomo I*, Bologna 1999, p. 128.

Riferimenti bibliografici

A. ACQUARONE, *La unificazione legislativa e il codice del 1865*, Milano, 1960.

A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico vol. 2*, Milano, 2005.

A. D'ANGELO, G. FERRADO, M. BESSONE, G. ALPA, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile*, Bologna, 1980.

A. TAMBURELLO, A. GALASSO, *Regime patrimoniale della famiglia, Tomo I*. Bologna 1999.

A. TESTA, *Rapporti patrimoniali e famiglia nell'evoluzione interpretativa della riforma del diritto di famiglia*, Milano, 2010.

CARLO ALBERTO RE DI SARDEGNA, *Codice civile albertino*, Torino, stamperia reale, 1837. Consultato presso: books.google.it.

E. QUADRI, *La riforma del divorzio in Foro italiano, Vol. 108, No. 6.*, 1985. Consultato presso: jstor.org.

E. ROPPO, M. BESSONE, *Il diritto di famiglia: evoluzione storica, principi costituzionali, lineamenti della riforma*. Torino, 1977.

F. SANTUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1983.

FERDINANDO PRIMO RE DEL REGNO DELLE DUE SICILIE, *Codice civile per lo Regno delle Due Sicilie*, Napoli, dalla stamperia reale, 1836.

Consultato presso: books.google.it.

FRANCESCO PRIMO IMPERATORE D'AUSTRIA, *Codice civile generale austriaco*, Milano, dalla cesarea regia stamperia, 1815. Consultato presso: books.google.it.

G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, Torino, 2015.

G. DI RENZO VILLATA, *La famiglia*, in *Enciclopedia italiana. Eredità del novecento*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2001, vol. 2.

G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno* in *Digesto*, XIII, Torino, 1913-1918.

G. GABRIELLI, *Il patrimonio familiare* in *Enciclopedia del diritto*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia, XXXII, 1982.

G. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Roma, 1994.

G. VISMARA, *Famiglia e successioni nella storia del diritto*, Roma, 1973.

G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici*, Milano, 1978.

L. LUCCINI, P. FIORE, *Donna maritata* in *Digesto italiano*, XX, Torino, 1913-1918.

L. LUCCINI, P. FIORE, *Separazione di beni* in *Digesto italiano*, XX, Torino, 1913-1918.

L. MORO, *Il patrimonio familiare nel nuovo codice civile italiano*, Roma, 1939.

Legge 19 maggio 1975, n. 151.

MARIA LUIGIA PRINCIPESSA IMPERIALE E ARCIDUCHESSA D'AUSTRIA, *Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, Parma, 1835. Consultato presso: giustizia.it.

P. DELL'ANNA, *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, Torino, 2009.

P. G. DE MARCHI, *Fondo patrimoniale*, Milano, 2005.

P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia 1976-1975*, Bologna, 2002.

PRIMO CONSOLE NAPOLÉON BONAPARTE, *Code civil des Français: édition originale et seule officielle*, l'imprimerie de la République, 1804. Consultato presso: jstice.gouv.fr.

R. BONINI, *Appunti di storia delle codificazioni moderne e contemporanee*, Milano, 1993.

R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, Torino, 1980.

R. PANDINI, *Piccola enciclopedia del diritto di famiglia: nuova legge di riforma: Legge 19 maggio 1975, n. 151 (G.U. del 23 maggio 1975, n. 135)*, Roma, 1975.

Regio decreto 16 marzo 1942, n. 262.

S. SOLIMANO, *Il letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del codice civile austriaco. I progetti Cassinis (1860—1861)*, Milano, 2003.

V. P. SILVA, *Il lavoro della donna maritata* in *Foro italiano*, vol. 84, No. 6, 1961. Consultato presso: jstor.org.

VITTORIO EMANUELE II RE D'ITALIA, *Codice civile del Regno d'Italia*, Torino, stamperia reale, 1865. Consultato presso: books.google.it.
CORTE COSTITUZIONALE, *11 luglio 1984, n. 194*, in *Foro italiano*, 1984. Consultato presso: jstor.org.

CORTE COSTITUZIONALE, *13 luglio 1970, n. 133* in *Foro italiano*, 1970. Consultato presso: jstor.org.

CORTE COSTITUZIONALE, *24 gennaio 1992, n. 18*, in *Corte costituzionale*, 1992. Consultato presso: cortecostituzionale.it
CORTE D'APPELLO DI BARI, *16 marzo 1961*, in *Foro italiano*, 1961. Consultato presso: jstor.org.

CORTE DI CASSAZIONE, *13 giugno 1956, n. 2056*, in *Foro italiano*. Consultato presso: jstor.org.

CORTE DI CASSAZIONE, *20 gennaio 1978, n. 252*, in *Foro italiano*, 1978, I. Consultato presso: jstor.org.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. III, *7 gennaio 1864, n. 134*, in *Foro italiano*, 1985. Consultato presso: jstor.org.

