

IV.

**Il concetto del matrimonio secondo il diritto moderno.**

Ritenuto adunque come sia intenzione nostra di esaminare la importante questione del divorzio unicamente dal lato dei bisogni sociali ed a seconda del carattere giuridico dell'istituto-matrimonio senza preoccuparci menomamente della critica che altri possa farci fondandosi su argomenti religiosi, e dimostrato d'altra parte come sia inutile il preoccuparci soverchiamente dell'elemento del senso religioso che, se sarà potente ancora, potrà trionfare sempre nell'attuale regime costituzionale, vediamo quali siano le ragioni che in materia giuridica ed in materia sociale stanno a sostenere la riforma che noi invochiamo.

E, restringendoci poi ad esaminare il diritto italiano, nel quale noi vorremmo che tale istituto fosse introdotto, esaminiamo prima di ogni altra cosa quell'altro istituto al quale si attiene come strettamente collegato ed al quale deve essere, secondo noi, logicamente conseguente il divorzio; esaminiamo cioè il *matrimonio*.

Il matrimonio, — « unione dell'uomo con la donna allo scopo della mutua integrazione, nonchè della procreazione e della educazione dei figli » (1), — è da una parte, come essenzialmente basato sul reciproco consenso degli sposi, un contratto per eccellenza; dall'altra, come fondamento della famiglia, forza integrante dello Stato, è un'alta istituzione sociale.

Fu detto che quando si riuscisse a stabilire che il matrimonio è un contratto, la questione del divorzio sarebbe

(1) CHIRONI, *Istituzioni di Diritto civile*, vol. II, pag. 378.

trionfalmente risolta. (1) Noi riteniamo che il matrimonio sia un contratto, e cionondimeno non reputiamo che la ragione della riforma, per cui siamo discesi in campo, debba per questo solo trionfare. Imperocchè, come abbiamo veduto, accanto al contratto nel matrimonio vi è un supremo interesse dello Stato, che può o non può accettare il divorzio discendente naturalmente dal concetto di contrattualità inerente alla società coniugale, epperò, esaminando questo interesse sociale occorre poter stabilire come anche esso sia tacitato, non sia leso dalla riforma cui noi tendiamo, imperocchè anche nei rapporti fra cittadino e Stato potrebbero applicarsi il *nemo locupletari debet cum alterius jactura*, e non saremo noi a volere il divorzio quando ci accorgessimo che questo lede i legittimi interessi dello Stato.

Occorre adunque stabilire, ciò che noi fin d'ora recisamente affermiamo, che all'interesse della società non è nocivo che in determinati casi il matrimonio, il quale in forza della propria contrattualità è passibile di risoluzione, possa sciogliersi.

In altre parole: stabilito come non ripugni, anzi sia inerente al concetto di contratto la risoluzione del medesimo, imperocchè, come afferma l'antica sapienza, *nihil tam naturale quam eo modo quo quidquid colligatum est, eo etiam modo dissolvi*, cercheremo di dimostrare come non sia nocivo allo Stato che il matrimonio civile in determinate circostanze possa risolversi.

Ciò detto, vediamo anzitutto come il matrimonio sia un contratto, ben inteso essendo pur sempre nello stesso tempo un'alta istituzione sociale.

(1) El matrimonio es un contrato civil que — Art. 1. Ley del matrimonio civil. Julio 23 de 1859 — Mexico.



V.

### Matrimonio e contratto.

Il contratto è definito dal nostro diritto positivo « l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico ».

Quattro perciò sono gli elementi che debbono concorrere alla perfezione del contratto, e cioè: *a)* consenso; *b)* capacità a manifestarlo; e però ad obbligarsi; *c)* oggetto; *d)* causa (1).

Vediamo nel matrimonio se e come si trovino questi quattro elementi costitutivi.

Il consenso, riunione di due o più volontà sopra un determinato oggetto, è richiesto per la formazione del matrimonio; in questo i consensi di due persone si incontrano allo scopo di creare un vincolo giuridico, nè alcuno, fautore od avversario dell'indissolubilità del contratto, mai lo ha negato: *nuptias, diceva la scienza romana, non concubitus, sed consensus facit.* E certe giurisprudenze, come quella della Corte degli Stati Uniti Americani, possono permettere che per la validità delle nozze si tralascino tutte le solennità, tutte le forme, persino la celebrazione dello spozalizio davanti l'uffiziale pubblico, purchè consti del mutuo consenso (2).

Senza il consenso, l'accordo, non può dunque esistere il matrimonio, e finchè manca una delle volontà che si debbono riunire, l'altra può di regola ritirarsi non essendo fino a quel punto in niun modo vincolata. Ma, ciò che importa notare, si è che nel matrimonio il consenso non

(1) CHIRONI, *Istituzioni*, vol. II, § 283.

(2) O. SECHI, *Separazione o divorzio?* pag. 100.

è solamente richiesto *ad actum*, ma è richiesto altresì *ad substantiam*. « Nulla di più erroneo, scrive Alfonso Marescalchi, o per lo meno di così infondato quanto sostenere che il consenso è causa efficiente del matrimonio solo in quanto si forma ma non in quanto sussiste; che è soltanto introducente ma non conservante del matrimonio.

« Se v'ha contratto infatti in cui necessariamente il *consenso* deve permanere ed imporsi costantemente per la sua conservazione, questo è, più che ogni altro, il matrimonio. In tutti gli altri contratti il consenso determina le norme che li debbono regolare, e non ha quindi più occasione di manifestarsi se non per una riforma dei contratti stessi quando occorra o per la loro rescissione. Nel matrimonio all'incontro, sia che lo si riguardi dal suo lato materiale o lo si consideri dal lato morale, i contraenti, i coniugi cioè, procedono sempre o per mutuo consenso negli atti loro più intimi, o per il consenso del marito negli atti legali e pubblici; il quale consenso maritale non è più in effetti per la moglie che la cangiata patria potestà, cui si è bensì volontariamente assoggettata, consentendo al matrimonio, ma cui può sempre fare opposizione, quando creda di averne legittimo motivo, revocando così in effetto, per questa parte, il consenso dato nell'atto che contraeva il matrimonio ».

Ciò prova evidentemente che il consenso non è soltanto *introducente*, ma è ancora di più e necessariamente *conservante* (1)...

Ed è questo consenso, per così esprimerci, la miglior cosa dell'istituto matrimoniale. Non per altro che per il consenso il matrimonio è così diventato unione libera di persona e di cuori: non per altro che per esso scomparve la violenza brutta del ratto e la donna non fu più consi-

(1) MARESCALCHI, *op. cit.*, pag. 13.



derata cosa che il padre vendeva od altrimenti destinava secondo il proprio talento ad un uomo, il quale veniva per conseguenza logica ad essere arbitro assoluto nel tenere seco o ripudiare la moglie. Ed è appunto questo elemento il quale ha dato vita al matrimonio quale noi l'intendiamo: una unione libera di libera volontà, un negozio giuridico bilaterale.

Ed è appunto questo consenso che distingue la semplice promessa che non vincola, dal contratto.

La promessa non è altro, secondo la propria etimologia, che la proposizione, la proposta; è necessario per costituire il mutuo consenso che dà anima al contratto che a questa proposta segua l'accettazione; occorre che questa promessa sia una vera offerta di obbligazione (1).

Ciò che ci dà adito a parlare del secondo fra gli elementi che abbiamo enumerati quali costitutivi del contratto, della capacità cioè dei contraenti, imperocchè da persona che abbia tale capacità di obbligarsi solamente, e non da altri tale promessa può essere fatta validamente. Nessun dubbio che tale elemento, la capacità cioè dei contraenti, occorra altresì nell'istituto del matrimonio.

Imperocchè, come dice il Delvitto, « la capacità di contrattare non è se non un elemento della capacità giuridica in genere, la quale s'identifica addirittura col concetto della persona umana di fronte al diritto » (2).

Perciò, — qualunque persona, dice l'articolo 1105 del Codice civile, — può contrattare ove non sia dichiarata incapace dalla legge.

Le modalità e le restrizioni di questa capacità giuridica sono di ordine pubblico, il quale si ispira al suggerimento dell'interesse generale dei consociati. Vedremo ap-

(1) DELVITTO, *Commentario del Codice civile*, vol. IV, pag. 13.

(2) *Id.*, *id.*, vol. IV, pag. 35.

punto più innanzi se tale interesse possa consigliare allo Stato l'inibizione del divorzio in qualunque caso.

E veniamo così al terzo elemento necessario alla costituzione del contratto: la necessità dell'*oggetto*, della *materia contrattuale*.

Qui appunto ci attendono i nostri avversari e ci dicono che questa *materia contrattuale* è proprio quella che manca nel matrimonio, il quale perciò non è un contratto.

Vediamo la definizione del matrimonio: « il matrimonio è unione dell'uomo e della donna allo scopo della mutua integrazione, nonchè della procreazione e della educazione dei figli ». Non vediamo noi in tutto questo un contratto bilaterale per prestazione di servizi? Ora, questi mutui servizi bastano a costituire di per loro stessi la materia contrattuale (1), l'oggetto. Innegabilmente nel matrimonio la formola *facio ut facias* ha la pienissima sua attuazione e il diritto positivo è ripieno di obbligazioni dei coniugi fra di loro le quali vengono implicitamente accettate nell'atto stesso del matrimonio.

Così, per ambi i coniugi saranno la reciproca fedeltà, il vicendevole concorso, la convivenza, l'assistenza, l'educazione e mantenimento della prole; per il marito in special modo la protezione alla moglie, il riceverla e mantenerla nel suo domicilio; per la moglie il dovere di contribuire al mantenimento del marito se questo non ha mezzi sufficienti. Tutte queste sono obbligazioni che le parti si assumono all'atto dello spozalizio.

Ora, dice il Ricci (2), quando sia dubbio se una data convenzione costituisca, oppure no, un contratto, è d'uopo esaminare se alcuna delle parti abbia inteso, per effetto della medesima, assumere, oppure no, un'obbligazione.

(1) MARESCALCHI, *op. cit.*, pag. 21.

(2) RICCI, *Diritto civile*, vol. VI, pag. 9.



Lo sposo all'atto del matrimonio limita la propria libertà personale, assumendo un obbligo e dando così all'altro sposo il diritto di esigerne l'adempimento.

Quindi nella specie vi ha contratto, essendochè la convenzione ha generato tra le parti un rapporto giuridico.

« L'oggetto dell'obbligazione, scrive ancora lo stesso autore (1), è quello che il Codice designa quale oggetto del contratto » e, siccome l'obbligazione od il vincolo non consistono in altro se non in una diminuzione della nostra naturale libertà, così, siccome pure la nostra libertà è diminuita per la prestazione di una cosa o di un fatto, oppure per l'ommissione di un fatto che altrimenti potremmo compiere, ne vien di conseguenza che in queste prestazioni ed omissioni si deve scorgere quello che la legge chiama oggetto del contratto.

Abbiamo visto quali siano le prestazioni, ed al certo non del tutto spirituali solamente e d'affezione, cui sono tenuti i coniugi dal momento in cui si sono l'un l'altro consacrata la vita. Nè minori al certo sono le omissioni di certi fatti che altrimenti potrebbero compiere, cui i coniugi vanno incontro, nè credo possa essere utile o non superfluo il numerarle.

Ciò detto, passeremo infine all'ultimo degli elementi costitutivi del contratto, alla *causa obligandi*.

È naturale che nessuno pon mano all'attuazione di un vincolo giuridico, diminuisce la propria libertà personale, senza uno scopo, senza un fondamento, senza causa; e ciò tanto è vero che nel nostro diritto positivo il contratto è valido quantunque questa causa non ne sia espressa, anzi essa si presume sino a che non si provi il contrario (Cod. civ. art. 1120, 1121). Ma quale sarà questa causa nel nostro istituto, nel contratto chiamato matrimonio?

(1) Id., *id.*, pag. 44.

Per effetto del contratto lo sposo ha voluto obbligarsi; l'obbligazione produce in colui che si obbliga una restrizione della sua libertà, un sacrificio; ora, gli uomini non s'impongono un sacrificio senza un perchè, senza un qualche cosa che valga a compensarli; dunque la causa dell'obbligazione è costituita appunto dal movente che ha indotto chi si è obbligato ad imporre una restrizione alla sua naturale libertà.

Come faremo per conoscere siffatto movente? Se il contratto è bilaterale, importando esso una reciproca obbligazione fra i contraenti, la restrizione della libertà impostasi da uno di essi è il movente della restrizione impostasi dall'altro, e in altri termini l'obbligazione dell'uno è causa dell'obbligazione dell'altro (1). Nel matrimonio i contraenti, i coniugi addivengono alla loro unione tratti dallo stesso movente, *allo scopo*, come dice la definizione, *della mutua integrazione e della educazione della prole*. Questa è veramente nel contratto matrimoniale *la causa obligandi*.

## VI.

### Esame di alcune obiezioni degli avversari.

Dimostrato così come il matrimonio contenga tutti gli elementi costitutivi del contratto, ci parrebbe di esser giunti a ciò che già il Mancini (2) affermava, che cioè per quanto siasi innalzato il matrimonio al grado di sacramento, cionondimeno non si può non riconoscere che il *substratum di esso* non è se non un contratto puro e semplice il quale si basa sul mutuo consenso dei coniugi.

(1) Id., *id.*, pag. 53.

(2) Vedi MONFERINI, *Il Divorzio*, pag. 11.



Ma, prima di procedere nel nostro cammino, esaminiamo quali siano le obiezioni che a riguardo di quanto abbiamo fin qui affermato ci oppongono i nostri avversari.

Alcuni non vogliono riconoscere il carattere contrattuale nel matrimonio perchè questo, essi dicono, non è passibile di condizioni.

Ciò sarebbe vero quando si affermasse che il matrimonio non può comportare condizioni *ad arbitrium* dei singoli, perchè ciò non è concesso dallo Stato, e ne vedremo più avanti il perchè, ma non si può negare che al matrimonio si addivenga sotto l'imperio di certe condizioni. Anzi, noi diremo, queste condizioni vi sono sempre nel contratto-matrimonio: esse sono tutte quelle che stanno scritte nel nostro diritto positivo, e furono scritte preventivamente nelle nostre leggi e sono eguali per tutti, nè è possibile sostituirle con altre o cambiarle. Ed il consenso è appunto richiesto non per l'atto del matrimonio in se stesso, ma per le condizioni che vi sono poste dalle leggi, pei doveri che sono inerenti e conseguenti ad esso.

E col consenso i coniugi accettano queste condizioni imposte dal potere sociale ed è come se essi stessi le avessero stipulate, poichè il matrimonio implica un tacito sottomettersi ad esse che perciò debbono poi essere osservate.

Altri invece dicono che il matrimonio, ammesso pure che sia un contratto, sarebbe sempre un contratto di speciale natura cui non si possono applicare le regole che disciplinano gli altri contratti. Anzitutto, essi dicono, il matrimonio si contrae con animo di non scioglierlo, in uno spirito di perpetuità, epperò non può, essendo fondato su queste basi, essere se non indissolubile.

L'indissolubilità, noi diremo, è la più alta idealità del matrimonio, poichè a questo si addivene con animo di continuarlo per tutta la vita, come la speranza della felicità proveniente dal matrimonio stesso è quella che anima

a compierlo, ma, diremo pure, l'indissolubilità è una obbligazione condizionale che le due parti, i coniugi, contraggono l'una verso l'altra.

Lo scopo del matrimonio è la mutua integrazione dei coniugi, onde, l'avverarsi del contrario è condizione risolutiva, la quale è sempre sottintesa nei contratti bilaterali pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione. Il matrimonio, il quale invece di arrecare soddisfazioni e gioie apporta dolori e guai insopportabili, non produce certamente la mutua integrazione dei coniugi, ma bensì il contrario, la condizione risolutiva.

Ora, di questi due coniugi, quello che rappresenta la parte danneggiata, verso del quale cioè non fu eseguita l'obbligazione, si trova in diritto di costringere l'altro coniuge all'adempimento del contratto, all'esecuzione della sua obbligazione, o di domandare lo scioglimento del contratto, della società coniugale (Cod. civ. art. 1165). E questo, a fil di fogica giuridica; in pratica si potrà poi esaminare quali siano i casi nei quali debbasi dal potere civile ritenere che il matrimonio non ha potuto o non può raggiungere il suo scopo e conseguentemente quali siano le cause che debbano e possano originare e giustificare il divorzio.

Dovranno rispettarsi in tutto ciò, beninteso, tutte le ragioni, e tutti gli interessi della società; non si dovrà domandare la riforma se non per quei pochi casi in cui, senza danno a sè ed alla sua compagine lo Stato può concedere che riprendano tutta intiera la propria libertà e divengano l'una all'altra estranee due persone cui il sacrificio di parte della propria libertà nel legame matrimoniale non arreca loro che svantaggi materiali e morali accompagnati molte volte da scandali rovinosi e da ingiuste vergogne per parenti, per figli innocenti.

Una terza obiezione, antica e grave in apparenza, ma



che non resiste assolutamente all'esame di una critica seria e giuridica, è quella del Portalis (1) e dei suoi seguaci.

Essi, non potendo negare il carattere di contrattualità informante l'istituto del matrimonio, cambiano addirittura l'essenza del contratto, e del matrimonio fanno un contratto in cui troviamo tre parti che stipulano: il marito, la moglie ed i figli rappresentati dall'autorità.

Sarebbe in nome di questo mandante non esistente ancora e non sempre possibile che lo Stato ha diritto di intervenire proibendo che si dissolva l'unione di un uomo e di una donna che si legano in società coniugale.

Diciamo subito che quando pure si riuscisse giuridicamente a dimostrare che nel contratto matrimoniale si deve vedere questo terzo contraente, noi non ci daremmo ancora per vinti, potendo dimostrare che l'interesse di questo contraente, pel quale l'autorità si fa rappresentante, non esige la indissolubilità del vincolo coniugale.

Ma, analizzando in diritto, vediamo non meno quale assurdità giuridica sia quella sostenuta dal Portalis.

Questo terzo contraente, questi figli possibili possono non sopravvivere.

Allora l'impegno, che, se contratto in tre non può essere rotto da due in pregiudizio del terzo, non essendovi questo terzo non ha più ragion d'essere e non essendosi conseguentemente nessuno interesse da ledere, possono, gli altri due, arbitri soli delle proprie convenienze, sciogliere il vincolo.

Quindi il divorzio viene giuridicamente ad essere ammesso pei coniugi senza prole. Come può il Portalis, seguendo la sua teoria, venire a negare questo? Ma, d'altra parte, se sussiste il contratto così come dallo scrittore francese viene formulato, perchè si permette poi, pur

(1) *Rapport à la Chambre de Paris*, 1832.

potendo sussistere in contrario l'interesse dei figli minori, il passare a seconde nozze dei vedovi? Perchè permettere a coloro, il cui vincolo fu rotto dalla morte, di passare a nuovo matrimonio e non fare uguale permissione a coloro il cui vincolo fu rotto irreparabilmente dall'adulterio, dall'abbandono, da una condanna all'ergastolo?

Perchè premunire i figli contro i matrimoni disciolti e non premunirli contro quelli male riusciti?; perchè condannare nell'interesse ancora incerto dei figli i genitori al dolore, alla disperazione?

E che dire di questo terzo che stipula in un contratto senza esprimere il proprio consenso? Imperocchè non ci si verrà certamente a dire che tengono luogo di consenso le garanzie e le forme che lo Stato prescrive per la celebrazione del matrimonio.

Consenso è quello che può anzitutto influire sulla scelta della parte con cui avviare trattative per un dato contratto, ciò che lo Stato non può fare.

Può forse l'autorità pubblica impedire ad un uomo di unirsi ad una donna di moralità equivoca perchè questa moglie difficilmente attenderà nel modo dovuto all'allevamento ed educazione dei figli, perchè lascerà a questi, ledendo il loro interesse, un nome non onorato? E come adempie lo Stato alla sua missione di tutore del preteso interesse dei figli nascituri, quando vediamo che tutto il diritto positivo è ripieno di norme, di garanzie per l'indipendenza del consenso dei genitori, e solo dopo, tardivamente, viene a proibire a questi di divorziare, mentre loro permette di separarsi, di essere libertini, di sciupare il patrimonio che dovrebbe invece servire al soddisfacimento dei giusti bisogni dei figli stessi?

E se tale consenso l'autorità non può supplire, dovremo noi ritenere che si sia contrattato contro una parte che non consentiva? « Si attribuisca puranco al matri-



monio il carattere di un contratto speciale, osserva il Mareschalchi (1), gli si dia pure la maggior solennità possibile, se ne elevino quanto più si possa gli intenti, ma finchè la sua base sarà il *consenso* dei coniugi, non si può mantenere una mostruosità giuridica e sociale quale si è quella di un *contratto* formato da due volontà determinanti, le quali sono costrette a restare eternamente vincolate non alla volontà di un terzo, che potrebbe offrire qualche modo di soluzione, ma al *preteso* interesse di questo terzo ».

E lo sbaglio della teoria del Portalis nasce dalla confusione che esso fece dei due concetti, del matrimonio e della paternità; « che sono appunto, per rispetto alla società, due fasi di una stessa condizione giuridica dell'individuo, ma che danno origine a due relazioni ben distinte; quella dei coniugi fra loro, e quella dei coniugi coi figli, tanto che entrambe possono sussistere indipendenti, come nel fatto producono due potestà differenti: la potestà maritale e la potestà paterna » (2).

La paternità impone ai genitori determinati doveri, ma non per questo muta i rapporti che esistono fra i coniugi. Rimangono sempre, anche quando il matrimonio è disciolto, questi vincoli di padre e figlio per ciascuno dei coniugi coi figli, e rimane solo a vedere, ciò che faremo più appresso, se ai figli in casi determinati sia più giovevole che i genitori rimangano a dispetto di tutto uniti anche con solo vincolo fittizio o se loro non convenga piuttosto, per la tranquillità, la morale e l'interesse, che i loro genitori possano divenire fra di loro estranei e passare susseguentemente a nuovo matrimonio.

(1) Op. cit., pag. 32.

(2) Ib., *id.*, pag. 32.

## VII.

### Il matrimonio nel nostro diritto positivo.

Da quanto abbiamo enunciato ci pare possa ritenersi dimostrato che il matrimonio, per quanto sia altresì una istituzione di supremo interesse sociale, è pur sempre un contratto nel senso giuridico della parola.

Dobbiamo ora vedere se il nostro diritto positivo lo consideri realmente tale; passando poi ad esaminare se, come noi tentiamo di affermare, il divorzio sia realmente una conseguenza logica, un corollario immediato del matrimonio civile, così come noi l'abbiamo considerato.

Il nostro Codice non definisce il matrimonio, epperò noi non possiamo dire che esso lo chiami esplicitamente un contratto. Ma se noi esaminiamo la motivazione, per così esprimerci in termine curialesco, il *substratum* che sta a fondamento della istituzione civile legalmente circoscritta, noi troveremo che precisamente dal nostro diritto il matrimonio è considerato nelle sue due entità: contratto ed istituzione sociale.

« Si è detto (così si esprimeva il ministro guardasigilli presentando al Senato del Regno il progetto del primo libro del Codice civile), che il matrimonio sia un contratto; e se con questa proposizione si è voluto dire che nel matrimonio vi siano alcune condizioni, le quali si verificano pure in altri contratti, si è detto il vero: ma si cade in errore quando con quella proposizione si voglia intendere che il matrimonio non sia altra cosa che un contratto. Nella coscienza di tutti gli uomini sono stati e saranno essenzialmente distinti questi due fatti, la vendita di un podere e il matrimonio. Il matrimonio è un'alta