

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

istituzione sociale che cade sotto le prescrizioni dello Stato » (1).

Il guardasigilli adunque non nega che il matrimonio sia un contratto, per quanto affermi che non è contratto solamente, ma altresì istituzione sociale. A noi non preme dimostrare che sia o non un contratto come gli altri, come ad esempio il contratto di compra-vendita o quello di società; ci basta per dedurre le nostre conseguenze giuridiche che il matrimonio sia realmente un contratto, cioè un accordo di due persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico.

Stabilito questo, noi potremo sempre dire che per se stesso, facendo astrazione da ogni interesse sociale, il matrimonio ha una costituzione giuridica tale che può essere passivo di scioglimento. Resta poi a vedere se all'interesse della società, al quale certamente deve aversi riguardo prima ancora che alla natura stessa dell'istituto giuridico, sia veramente nocevole questo scioglimento in alcune determinate circostanze.

Il Ricci dice: « Essendo il matrimonio un atto contrattuale, il principio di ragione costituente *gius comune*, esige ch'esso possa disciogliersi allo stesso modo con cui s'è contratto.

Ma il legislatore non vede solo nel matrimonio un contratto, vi scorge eziandio un'istituzione sociale, e, sacrificando il diritto privato alla ragione della pubblica utilità o del pubblico interesse, dichiara indissolubile il matrimonio tranne la morte di uno dei coniugi (2).

Ma al Ricci noi osserveremo appunto, che, per quanto giustissime le premesse, la conclusione cui perviene non è, come subito apparirebbe, la conseguenza necessaria delle

(1) *Raccolta di lavori parlamentari*, vol. I, pag. 8 e 9.

(2) Ricci, op. cit., 1877, vol. I, § 218.

medesime. Il semplice fatto di essere il matrimonio oltrechè un contratto altresì un'istituzione sociale, non vuol significare che sia necessario altresì appunto per questo che il contratto non possa sciogliersi. In molti, in moltissimi casi l'interesse pubblico può non ostare all'interesse privato dei cittadini, e finchè non si dimostri questa diversità d'interesse, non si può affermare che l'interesse privato debba fermarsi solo perchè ad esso si accoppia una istituzione sociale. Perchè sia di pubblica utilità, di pubblico interesse che il matrimonio sia indissolubile, il Ricci non dice; e per il momento, non fosse altro che in omaggio al proverbio *gratis negatur, gratis adfermat*, noi possiamo dire che l'indissolubilità in tutti i casi il pubblico interesse non richiede; in seguito lo dimostreremo.

Intanto, stabilito che il matrimonio è *contratto* e che il nostro diritto positivo gli riconosce tale qualità, vediamo come il divorzio sia un portato naturale, una conseguenza necessaria del matrimonio.

Non occorre avvertire come, parlando di matrimonio, intendiamo sempre parlare di matrimonio civile, unico che noi, studiosi della questione dal lato giuridico e sociale, possiamo considerare come vero ed avente importanza nell'ordinamento sociale.

Il rito civile basta perchè il matrimonio produca i suoi effetti di fronte alle leggi civili, ed al legislatore punto interessa se l'atto civile sia stato, oppur no, preceduto e susseguito dall'atto religioso. « Può il matrimonio, dice il progetto presentato al Senato, avere una sanzione più alta, la religiosa; ma questa è fuori della competenza dello Stato ».

Ora, ritornando al concetto che vogliamo esaminare e da cui ci siamo un istante separati per l'opportuno avvertimento che volemmo fare, ripeteremo subito che il divorzio è una conseguenza legale del matrimonio: *nihil tam natu-*

rale quam eo modo quo quidquid colligatum est eo etiam modo dissolvi. Ed un atleta del diritto, l'illustre Savigny, che fra parentesi è un fautore del matrimonio religioso, non può fare a meno di riconoscerlo: « ... le mariage civil, egli scriveva in una lettera al conte Sclopis, dans son développement naturel mène nécessairement à l'admission du divorce, le plus illimité, car au point de vue juridique il n'y a rien à redire que le contrat matrimonial soit dissous pour la simple volonté des deux époux ».

Può darsi benissimo, come alcuno dice, che tale ed altre consimili affermazioni non siano state dette in favore del divorzio, ma solamente protestando contro l'istituzione del matrimonio civile che si riteneva dai conservatori come un male, ma sta sempre il fatto indiscutibile che le loro espressioni dimostrano essere il divorzio logica conseguenza del matrimonio civile. Aver ammesso questo e non voler ammettere il suo derivato è una incongruenza patente ed agire anti-giuridico. Ora, che è ammesso il matrimonio civile, se conseguenza ne è il divorzio, è vano illudersi.

Il legislatore, che nella via delle riforme si ferma a mezzo cammino, compie opera inutile e dannosa.

Approvato e data sanzione ad un determinato istituto, è d'uopo ed è necessità giuridica andare sino al fondo, ritenendosi solamente laddove un'altra necessità maggiore, un interesse più forte, come l'ordine sociale, esigerà che si opponga un argine.

Discuteremo in seguito quale sia questo argine che deve rattenere il diritto libero nella sua marcia gloriosa alla conquista del proprio terreno. Possono essere realtà dell'oggi le illusioni dell'ieri, e l'umanità nelle sue istituzioni cammina trionfalmente alla conquista delle proprie libertà.

Non per altro si combattè così strenuamente l'istituzione del matrimonio civile alla Camera ed al Senato se non perchè si prevedeva che il matrimonio civile avrebbe

avuto logicamente per suo seguace il divorzio, questo fantasma che impaurisce le anime clericali.

« Il divorzio, disse il senatore Ghiglini nella tornata del 18 marzo 1865, è un portato legale del matrimonio secolarizzato. Se la società coniugale deve esistere in virtù di un semplice contratto, perchè non potrà sciogliersi anche col mutuo consenso delle parti? »

« Donde trarrà la legge la forza che basti per imprimere a questo contratto un carattere d'indissolubilità che non è proprio della sua essenza? »

« Senza essere illogici, non si può sconsecrare il matrimonio e non permettere il divorzio ».

Ed un altro senatore, il Mameli, il giorno prima che il suo collega Ghiglini e nella stessa discussione, aveva già energicamente affermato: « Se voi non ammettete l'indissolubilità del matrimonio che come istituzione puramente umana, disposizione di legge civile, senza appoggiarvi al diritto divino, che è sempre immutabile, altro non potete che aprire la via al divorzio, come più conforme alla ragione contrattuale, alla regola di diritto; *unum quodque dissolvitur eodem modo quo colligatum est* ».

Ed in seguito ancora, uno dei più arrabbiati conservatori ed oppositori del matrimonio civile, il senatore Trabucco conte di Castagnetto, in quell'alto Consesso il 21 marzo 1865 dichiarò esplicitamente: « il matrimonio civile, come contratto, deve avere per conseguenza la possibilità del divorzio. L'indissolubilità d'un matrimonio civile è la massima delle tirannie, e consacra la immoralità ».

Ma vi ha di più: nella « Dichiarazione dell'Episcopato dell'Umbria sul Progetto del matrimonio civile » (1) autore della quale è colui che attualmente siede sulla cattedra di San Pietro e che nel 1861 era vescovo di Perugia, noi leg-

(1) BENCINI, Firenze, 1861.

giamo : « La sola legge civile non basta da per sè ad impedire i divorzi.

« Ridotto il matrimonio alle sole proporzioni di un contratto, si vedrà astretta dalla natura delle cose ad ammettere, presto o tardi, la possibilità di scioglimento e sanzionarne eziandio le cause.

« Reso legale il divorzio, non può la legge civile che permettere ai prosciolti coniugi di passare ad altro connubio ».

Parole queste preziose che il capo della Cristianità non ha sconfessate ancora e che dovrebbero indurre i cattolici tutti a combattere non il divorzio indipendentemente da altro istituto od in nome di principii giuridici, ma ancora e solo il matrimonio civile che ne è la genesi naturale, come afferma la stessa infallibilità del papa, il quale però, quando ragiona col cervello e non col dogma, dice pure delle grandi verità.

Ma il dogma fa traviare la questione. Dio, dicono i fedeli che vogliono legiferare nel mondo secondo le parabole del Vangelo ed i versetti della Bibbia, Dio non permette il divorzio : *homo non separet quod Deus coniunxit*, e con queste parole la legge è fatta e tutti debbono ad essa inchinarsi. Cristo, che è Dio, ha parlato e non è lecito discutere ; fra dieci secoli la norma sarà ancora tale e quale. Che importa alla Chiesa che i tempi possano cambiare ; che ne sa lei della legge di evoluzione ?

Qualcuno discute contro la Chiesa e dice che nel *Deuteronomio* sta scritto : « Se un uomo prende moglie e la tiene seco, ma ella non è amata da lui per qualche cosa turpe, scriverà un libretto di repudio e porrà in mano di lei, e la manderà via da sua casa » ; e che Cristo non avrebbe precisamente detto ai Farisei (in San Matteo) il semplice « ciò che Dio ha congiunto l'uomo non separi » cioè che in qualunque contingente non debbano i coniugi

divorziare, poichè avrebbe fatta una eccezione pei casi di adulterio. Ma il Concilio di Trento ha proclamato l'indissolubilità inesorabile e nessuno osi aprire l'empia bocca a protestare. Che importa al clero dei bisogni sociali, delle necessità individuali, che monta se una donna abbandonata e tradita, a causa del nessun appoggio derivantele dal non poter convolare a nuove nozze percorrerà tutta intiera la via del disonore ; che un uomo per mancanza del lume tutelare della casa che è la sposa darà triste esempio ai figli, e dilapiderà loro il patrimonio ? la legge canonica ciò non ascolta. Non vi è obbiezione che tenga : l'indissolubilità del matrimonio fu istituita da Dio e basta. Ecco, come con fantastica e sdolcinata poesia ce la descrive il membro dell'Accademia degli Arcadi, l'abate Vidieu :

« E da ultimo, Iddio istituì il matrimonio indissolubile. Durante il sonno profondo del primo uomo Egli mise mano alla parte di lui più pura, più vitale, più sacra, al cuore ; e con una costa che gli strappò diede forma e membra a quell'essere prodigioso, ch'era per diventare strumento, e delle rovine più disastrose, e delle grandezze più sublimi del genere umano.

« Egli formò quella mirabile creatura che porterà i nomi capaci di commovere l'umanità : vergine, sorella, sposa, madre.

« Quando l'uomo, appena desto, se la vide al fianco, intonò subito il cantico immortale : Questo adesso è osso delle mie ossa, e carne della mia carne... E queste parole che allora risuonarono alla presenza di Dio, come un inno di tenerezza indicibile, sono diventate, non mi perito ad affermarlo, il terrestre vangelo degli affetti umani. — La perpetuità del matrimonio, voluta da Dio, dai suoi decreti eterni, dalla sua sapienza, dal suo amore, è la sorgente della pace e della felicità, è il sole si può dire che illumina la famiglia.

« La famiglia che ha per fondamento il matrimonio, quale Iddio lo ha istituito, diventa un tempio sacro, un santuario misterioso e caro, del quale due cuori uniti sono l'altare » (1).

Ora, dobbiamo noi contro questi argomenti concedere l'onore della discussione o non piuttosto usare la sferza che il Dumas figlio nasconde fra l'umorismo del suo stile?

Ecco come l'arguto scrittore parigino risponde a queste parole del Vidieu:

« Davvero, signor abate, che fa meraviglia e anche un po' vergogna, che ai nostri tempi s'abbia a rispondere ancora ad argomenti come quelli che ho citati; ma che farci? Ella vuol così, e tiriamo avanti.

« No, signor mio; sto con lei, che Dio non ha istituita che l'unione dell'uomo colla donna; ma ciò è stato solo perchè egli doveva sapere, anzi sapeva, data la natura dell'uomo e della donna, quale gli fu manifestata di buon'ora dal peccato, che il divorzio sarebbe venuto da sè dietro al matrimonio, quando un certo numero di uomini e di donne avrebbe popolata la terra. Gli è quel che Voltaire, — non mi piglierei la licenza di parlare di lui, se non avessi visto ch'ella non si fa scrupolo di citarlo dove le pare che abbia detto cosa giovevole ai suoi argomenti, — gli è quello, dicevo, che Voltaire esprime argutamente con queste parole: « Il divorzio porta, probabilmente, la stessa data, su per giù, del matrimonio. Tuttavia penso che il matrimonio sia venuto alcune settimane prima ».

« Eppure Voltaire è in errore. Fra la data del matri-

(1) VIDIEU, *Famille et divorce*, 1879. — È il libro in cui si contengono, come dice A. Dumas figlio, tutti gli argomenti teologici dei nostri avversari. Per verità altri argomenti non vi sono, trovandosi i Francesi allora (1879) ancora sotto il peso dei considerandi del voto del 1816, anno in cui era stato in Francia abolito il divorzio precisamente per togliere il dissidio che con esso esisteva fra le leggi civili e le religiose.

monio e quella del divorzio son corse più che alcune settimane. Non v'ha nessun indizio che il primo marito abbia domandato il divorzio dalla prima moglie. Ma se Adamo non ha invocato il divorzio, ciò è stato per una ragione assai semplice, ossia perchè non c'era allora sulla terra altra donna che la sua, e gli bisognava perciò starsi pago di quella, con tutto che avesse le sue brave ragioni per lasciarla e domandarne un'altra a Dio. Una compagna che vi fa perdere il paradiso, la virtù, la felicità e l'eternità della vita, si meritava dieci volte, non una, che il marito la ripudiasse, e la rimandasse a quel serpente, a cui era stato troppo facile e spiccio il mettere in compromesso e il corrompere l'opera mirabile, e nelle sue origini tanto ben compiuta, del Creatore » (1).

VIII.

Il matrimonio ed il divorzio considerati sotto l'aspetto sociale.

Ma, a parte lo scherzo; esaminato come il matrimonio sia un vero contratto e come da questo carattere contrattuale derivi giuridicamente ai contraenti il diritto di divorzio, analizziamo l'altro aspetto sotto cui si presenta il matrimonio, dal lato cioè che il matrimonio è altresì una istituzione sociale e cerchiamo di stabilire se per questo altro aspetto sia tale che debba restare sempre ed in qualunque caso indissolubile.

E per parlare di ciò, dobbiamo rifarci addietro e parlare della creazione della sovranità dello Stato, cioè vedere come si crei, come si origini l'autorità che nello Stato impera.

Questa origine della sovranità, come già abbiamo visto

(1) DUMAS figlio, *La questione del divorzio*.