

Maria Rosa Di Simone

## La condizione giuridica della donna nell'ABGB<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le posizioni di Martini e di Zeiller - 3. Capacità di agire, tutela e cura - 4. Diritti e doveri nel matrimonio – 5. Il ruolo della madre - 6. Rapporti patrimoniali tra coniugi - 7. Successioni - 8. Separazione e divorzio - 9. Il codice francese: elementi per una comparazione - 10. Trattati giuridici e dibattito nell'Ottocento austriaco.

ABSTRACT: After having clarified the opinions of the two jurists Carlo A. De Martini and Franz von Zeiller about women's rights, the essay analyses the regulations of the Austrian civil code with reference to the female juridical condition. The essay investigates the regulation regarding the legal capacity of the unmarried and married ones, the condition of the wife in the family, the asset relationship between the spouses, the regulations of the parental rights and the pursuit of paternity, the measures in the event of a separation or divorce, the inheritances, the provisions for widows. It is also highlighted, through a punctual comparison, the modernity of the Asburgic code if compared to the conservative prerogatives of the *Code Napoléon*. The essay will also take into consideration the debate regarding the women's rights developed in Austria during the Restoration, pinpointing some treaties, which are specifically denoted to these topics.

KEYWORDS: codes, women rights, Austrian civil code

### 1. Introduzione

Nella storiografia giuridica austriaca l'ABGB ha da sempre costituito un oggetto privilegiato di studio e un campo inesauribile di ricerca. Il primo centenario della sua emanazione ha fornito l'occasione nel 1911 di una approfondita riflessione che forma ancora oggi un punto di partenza indispensabile per le indagini in questo campo<sup>2</sup> e nel secondo dopoguerra si sono moltiplicate le pubblicazioni volte a ricostruire la sua lenta e complessa formazione, ad illustrare le figure dei protagonisti, ad evidenziare i tratti caratteristici delle norme e della sistematica<sup>3</sup>. Nella ricorrenza del bicentenario, numerose iniziative scientifiche organizzate in vari Paesi europei hanno ulteriormente arricchito il quadro, stimolando la discussione e il confronto su temi già affrontati in passato e proponendo nuovi percorsi<sup>4</sup>. Anche in Italia, si è manifestato in tempi

<sup>1</sup> Questo saggio apparirà anche in *Diritto e controllo sociale. Persone e status nelle prassi giuridiche*, Atti del Convegno Napoli 22-23 novembre 2012.

<sup>2</sup> *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2 voll., Wien 1911.

<sup>3</sup> Sulla storiografia giuridica austriaca cfr. M. R. Di Simone, *Origini e sviluppo della storiografia giuridica austriaca*, in *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII-XX)*, Milano 2006, pp. 3 ss.; G. Wesener, *Anfänge und Entwicklung der "Österreichischen Privatrechtsgeschichte" im 19. und frühen 20. Jahrhundert*, in "Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte", XXVIII (2006), pp. 364 ss.

<sup>4</sup> Cfr. C. Fischer-Czermak et Alii (curr.), *Festschrift 200 Jahre ABGB*, 2 voll., Wien 2011; M. Geistlinger (cur.), *200 Jahre ABGB Ausstrahlungen. Die Bedeutung der Kodifikation für andere Staaten und andere Rechtskulturen*, Wien 2011; H. Barta (cur.), *Kontinuität im Wandel: 200 Jahre ABGB 1811-2011*, Innsbruck 2012; B. Dölemeyer (cur.), *200 Jahre ABGB (1811-2011). Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext*, Frankfurt am Main 2012; R. Welser (cur.), *Von ABGB zum Europäischen Privatrecht. 200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch in Europa*, Wien 2012; W. Brauner-E. Berger (curr.), *Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). Eine europäische Privatrechtsgeschichte*, 3 voll., Berlin 2010-2014; E. Bos (cur.), *Rechtssysteme im Donauraum. Vernetzung und Transfer*, Baden-Baden 2014; L. Pfister-F.

recenti un crescente interesse per il diritto civile austriaco, la sua applicazione nelle province amministrative da Vienna e la sua influenza sulla legislazione nazionale dopo l'Unità<sup>5</sup>: il convegno organizzato a Pavia da Ettore Dezza nel 2002 ha rappresentato una svolta in questo senso<sup>6</sup> e quello svoltosi a Trieste nell'ottobre 2012 per iniziativa di Riccardo Ferrante<sup>7</sup> ha confermato ancora una volta l'importanza di questa problematica e la necessità di proseguire il cammino intrapreso.

Negli studi precedenti e attuali la comparazione con l'*Allgemeines Landrecht* prussiano e con il *Code Napoléon* è apparsa spesso come uno strumento importante per arrivare a definire con maggiore esattezza la peculiarità dell'*ABGB*<sup>8</sup>. In effetti il confronto tra i tre testi ha evidenziato elementi analoghi derivanti dagli stessi principi ideali di matrice giusnaturalistica e illuministica e radicati nelle esigenze proprie dell'epoca, ma ha rivelato anche la presenza di sostanziali differenze tanto che, secondo un autorevole parere, la comune etichetta di codificazioni giusnaturalistiche in realtà sarebbe insufficiente se non fuorviante<sup>9</sup>. Particolare interesse ha suscitato la ricognizione delle analogie e delle differenze tra il modello austriaco e quello francese al fine di verificare la diffusa e consolidata opinione per cui il primo rifletterebbe un regime assolutistico e una società improntata a schemi corporativi e feudali mantenendo perciò una impronta antiquata e retriva, mentre il secondo sarebbe la realizzazione degli ideali egualitari e liberali della Rivoluzione qualificandosi come un prodotto legislativo molto più avanzato. In effetti è stato più volte sottolineato che l'*ABGB* rimaneva fedele alla tradizione sotto molti profili, fra l'altro riconoscendo un ruolo di primo piano alla Chiesa, perpetuando le differenze di *status* tra gli individui in relazione alla religione e al ceto, mantenendo istituti quali il fedecommesso e il dominio diviso. Il diritto francese, per contro, appariva decisamente moderno e progressista grazie al suo carattere puramente laico, all'eguaglianza dei soggetti e

---

Meissel (curr.), *Le Code civil autrichien (ABGB): un autre bicentenaire (1811-2011)*, Paris 2015.

<sup>5</sup> Sul punto cfr. M. R. Di Simone, *Introduzione*, in *Percorsi del diritto tra Austria e Italia*, cit., pp. V ss.

<sup>6</sup> P. Caroni-E. Dezza (curr.), *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*. Atti del Convegno Internazionale Pavia 11-12 ottobre 2002, Padova 2006.

<sup>7</sup> P. Caroni-R. Ferrante (curr.), *La codificazione del diritto fra il Danubio e l'Adriatico. Per i duecento anni dall'entrata in vigore dell'ABGB (1812-2012)*, Atti del convegno internazionale Trieste, 25-27 ottobre 2012, Torino 2015.

<sup>8</sup> H. Schlosser, *Kodifikationen im Umfeld des Preussischen Allgemeinen Landrechts. Der französische Code Civil (1804) und das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (1811)*, in D. Merten - W. Schreckenberger (curr.), *Kodifikation gestern und heute. Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten*, Berlin 1995, pp. 65 ss.; W. Brauner, *Das ALR und Österreichs Privatrechtsentwicklung*, in B. Dölemeyer-H. Mohnhaupt (curr.), *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten. Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*, Frankfurt am Main 1995, pp. 415 ss.; D. Majer, *Die Französische Revolution als Hintergrund der europäischen Grundrechts- und Privatrechtsentwicklung*, in H. Barta, et Alii (curr.), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation Tagungsband des Martini-Colloquiums 1998*, Wien 1999 pp. 137 ss.; H. Barta, *Zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen bürgerlichen Rechts in ihrem Verhältnis zum preussischen Gesetzbuch: Entwurf Martini (1796), (W)GGB (1797), ABGB (1811) und ALR (1794)*, ivi, pp. 321 ss.; H. Heiss, *Der Einfluß des Code Civil auf die österreichische Privatrechtskodifikation*, ivi, pp. 515 ss.; Y. Mauten, *Gesetzgebung und Systemdenken bei Zeiller und Portalis*, in "Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte", XXXII, 2010, pp. 161 ss.

<sup>9</sup> P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 51)*, Milano 1998, pp. 55 ss.

all'affrancamento della proprietà da ogni vincolo di origine medievale. Tuttavia gli studi recenti hanno ridimensionato questo giudizio alquanto rigido e schematico dimostrando, in una visione più articolata e realistica, che da una parte il *Code Napoléon* non era affatto privo di norme conservatrici e dall'altra l'*ABGB* presentava aspetti liberali e avanzati<sup>10</sup>.

Un punto di osservazione particolarmente significativo per contribuire al dibattito in corso è dato dalle norme che definivano la condizione giuridica della donna. La tematica dei diritti inerenti allo *status* femminile tra medioevo ed età della codificazione è stata oggetto in Austria di alcuni studi già in passato, ma ha acquistato gradualmente maggiore peso durante gli ultimi anni, nell'ambito di una crescente attenzione per la storia del settore privatistico e in connessione con il dibattito sulle riforme del diritto di famiglia. Una vivace attività scientifica in questo campo si è sviluppata nel contesto di seminari e incontri di studio e disponiamo ormai di pubblicazioni che, attraverso l'esame delle fonti normative medievali, le ordinanze territoriali del XVI e XVII secolo, i progetti e la legislazione del Settecento e dell'Ottocento hanno avviato la ricostruzione di vari aspetti della questione<sup>11</sup>. Va segnalato in special modo il costante impegno di Ursula Floßmann che, oltre ad avere realizzato numerosi articoli nei quali la prospettiva storica si collega spesso a quella attuale, ha pubblicato un ampio profilo complessivo del diritto delle donne dal medioevo alla fine del Novecento, dove alla trattazione degli istituti giuridici si affiancano riferimenti alle posizioni ideologiche, teoriche e politiche emerse nelle varie epoche<sup>12</sup>. L'autrice ha senza dubbio contribuito in modo efficace all'ampliamento delle conoscenze in materia, anche se molte questioni restano aperte. Meriterebbe una verifica approfondita, ad esempio, la tesi, ripetutamente da lei sostenuta, della nefasta influenza esercitata dal diritto romano che avrebbe causato un regresso nell'autonomia ottenuta dalle donne nei territori asburgici già durante il medioevo. Tale affermazione sembra, nella sua generalizzazione, un po' schematica e, fra l'altro, contrasta con l'opinione, comunemente accolta dalla storiografia, secondo la quale la recezione delle norme giustinianee, registrata a partire dal XVI secolo nelle università e nei tribunali centrali dell'impero, produsse nella pratica effetti del tutto marginali, mentre soprattutto il diritto di famiglia si mantenne nel solco delle consuetudini germaniche<sup>13</sup>. Di fatto le ordinanze territoriali emanate nei vari *Länder* austriaci durante il XVI e XVII secolo rispecchiavano la posizione di netta inferiorità e subordinazione delle donne basata sulla antica convinzione delle loro

<sup>10</sup> Si vedano al riguardo le considerazioni di F.-S. Meissel, *Le code civil autrichien, contre-partie du code civil français?*, in J-Ph. Dunand e B. Winiger (curr.), *Le code civil français dans le droit européen*, Actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français organisé à Genève les 26-28 février 2004, Bruxelles 2005, pp. 119 ss.; Id., *De l'esprit de modération. Zeiller, das ABGB und der Code civil*, in Th. Olechowski et Alii (curr.), *Grundlagen der österreichischen Rechtskultur. Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag*, Wien-Köln-Weimar 2010, pp. 265 ss.

<sup>11</sup> Sugli studi in argomento cfr. M. R. Di Simone *La donna nella storia del diritto austriaco: tradizione e innovazione tra medioevo e Settecento*, in A. Amato Mangiameli (cur.), *Stelle inquiete. Interventi e confronti*, Torino 2012, pp. 24 ss.

<sup>12</sup> U. Floßmann, *Frauenrechtsgeschichte. Ein Leitfaden für den Rechtsunterricht*, 2<sup>e</sup> ed., Linz 2006.

<sup>13</sup> W. Brauneder, *Die Entwicklung des Ebeigüterrechts in Österreich. Ein Beitrag zur Dogmengeschichte und Rechtstatsachenforschung des Spätmittelalters und der Neuzeit*, Salzburg-München 1973, pp. 101 ss.; G. Wesener, *Einflüsse und Geltung des römisch-gemeinen Rechts in den altösterreichischen Ländern in der Neuzeit (16. bis 18. Jahrhundert)*, Wien-Köln 1989, pp. 66-67.

inadeguate capacità fisiche e mentali che, se era radicata nella cultura germanica, non venne certo contraddetta ma anzi fu confermata dalle interpretazioni elaborate dalla scienza giuridica in età moderna<sup>14</sup>.

## 2. Le posizioni di Martini e di Zeiller

Le premesse per un cambiamento, almeno sul piano teorico, furono poste solo dai giusnaturalisti che, nel riconoscere diritti innati e uguali a tutti gli individui, non poterono esimersi dal prendere in considerazione il problema della discriminazione tra i soggetti maschili e quelli femminili. La storiografia ha ampiamente ricostruito le differenti soluzioni elaborate dai vari scrittori di diritto naturale evidenziando le loro incertezze e contraddizioni che rivelavano la difficoltà nell'ammettere, in coerenza con le loro convinzioni, la parità tra i sessi<sup>15</sup>. Tra questi giuristi emerge per il carattere avanzato del suo pensiero Carlo Antonio de' Martini che nelle sue opere superò le esitazioni dei suoi predecessori teorizzando una equiparazione della dignità, dei diritti e dei doveri dei coniugi in ogni aspetto della vita familiare, mai ipotizzata prima con tanta chiarezza e decisione<sup>16</sup>. Egli si dimostrava sotto questo profilo assai più evoluto anche rispetto al suo modello Christian Wolff che, dopo avere enunciato il principio astratto della parità tra i sessi, lo aveva ridimensionato sostenendo che nella pratica la donna col matrimonio acconsentiva sempre tacitamente a rinunciare alla eguaglianza e a subordinarsi al marito. In realtà le aperture egualitarie non trovarono alcun riscontro nei progetti normativi e nella legislazione asburgica della seconda metà del Settecento in quanto sia il *Codex Theresianus* sia la rielaborazione di Johann Bernhard Horten riprodussero, salvo lievi ritocchi, il diritto vigente che venne confermato anche nella patente matrimoniale del 1783 e nel codice giuseppino.

Significativi progressi sono individuabili invece nel progetto elaborato nel 1796 dallo stesso Martini e successivamente applicato nella Galizia orientale, dove scompariva la tradizionale formula che assegnava al marito una sorta di potestà ("eine Art von Gewalt") sulla persona della moglie, sostituendola con il riconoscimento di un

---

<sup>14</sup> E. Koch, *Major est dignitas in sexu virili. Das weibliche Geschlecht im Normensystem des 16. Jahrhunderts*, Frankfurt a. Main 1991; Ead., *Die Frau im Recht der frühen Neuzeit. Juristische Lehren und Begründungen*, in U. Gerhard (cur.), *Frauen in der Geschichte des Rechts: von der frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*, München 1997, pp. 73 ss.

<sup>15</sup> V. M. Erle, *Die Ehe im Naturrecht des XVII Jahrhunderts: ein Beitrag zu den geistesgeschichtlichen Grundlagen des modernen Eherechts*, Göttingen 1952; D. Schwab, *Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts*, Bielfeld 1967, pp. 125 ss.; Id., *Die Familie als Vertragsgesellschaft im Naturrecht der Aufklärung*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", I, 1972, pp. 357 ss.; M. G. Di Renzo Villata, voce *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, XIII, Torino 1995, pp. 457 ss., in particolare pp. 508-509; U. Vogel, *Gleichheit und Herrschaft in der ehelichen Vertragsgesellschaft – Widersprüche der Aufklärung*, in *Frauen in der Geschichte des Rechts*, cit., pp. 265 ss.; A. Duncker, *Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe. Persönliche Stellung von Frau und Mann im Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft 1700-1914*, Köln-Weimar-Wien 2003, pp. 420 ss.; M.G. Di Renzo Villata, *Il matrimonio tra sacro e profano. Dalla lezione giusnaturalistica al giurisdizionalismo*, in A.C. Amato Mangiameli - M. R. Di Simone (curr.), *Diritto e religione. Tra passato e futuro*. Atti del Convegno internazionale Villa Mondragone – Monte Porzio Catone (Roma) 27-29 novembre 2008, Roma 2010, pp. 259 ss.

<sup>16</sup> Per la bibliografia su Martini e una analisi del suo pensiero su questo tema cfr. M. R. Di Simone, *La donna nella storia del diritto austriaco*, cit.

generico potere di direzione degli affari domestici, e veniva superato espressamente il senatoconsulto velleiano, abbattendo così uno dei principali ostacoli alla capacità femminile<sup>17</sup>. Il testo non giungeva a tradurre sul piano concreto le idee egualitarie espresse negli scritti del suo promotore né delineava una complessiva riforma della materia, tuttavia segnava un notevole progresso nel contesto politico e sociale del tempo. Pertanto non appaiono condivisibili i giudizi riduttivi di chi lo ritiene un esperimento insufficiente e deludente rimproverando al riformatore trentino un atteggiamento tiepido, se non indifferente, nella difesa delle sue posizioni<sup>18</sup>.

Di fatto il lavoro di Martini, anche in questo caso, fornì la base e il punto di riferimento fondamentale per l'elaborazione della normativa del codice civile austriaco. Il principale artefice di esso, Franz von Zeiller, è da tempo al centro dell'attenzione della storiografia e il giudizio sulla sua personalità e sulla sua azione è alquanto mutato negli ultimi anni<sup>19</sup>. Una prima fase di esaltazione entusiastica del suo valore, nella quale si è sottolineata l'impostazione teorica kantiana e l'impronta razionalistica conferita al codice, fu accompagnata dalla sottovalutazione della originalità e del ruolo di Martini, considerato solo un modesto maestro e precursore. Ciò ha impedito a lungo una più approfondita valutazione dell'opera di quest'ultimo, ma in seguito si è affermata progressivamente la tendenza a rivalutare la sua figura e a sottoporre quella di Zeiller ad una analisi meno idealizzata e più realistica al fine di precisarne in modo articolato e completo i contorni. Si è giunti così talvolta a ridimensionare l'originalità di Zeiller e a formulare giudizi negativi sia sulla scarsa lealtà nei confronti del maestro - di cui si sarebbe attribuito ingiustamente alcune idee offuscandone i meriti - sia sul carattere retrogrado e conservatore di alcuni orientamenti legislativi accolti nell'*ABGB*. Proprio le norme riguardanti la condizione delle donne hanno suscitato non poche critiche in

<sup>17</sup> Su questo tema cfr. *ibid.*

<sup>18</sup> U. Floßmann, *Das Geschlechterverhältnis in der Rechtslehre Franz von Zeillers*, in W. Ogris-W.H. Rechberger (curr.), *Gedächtnisschrift Herbert Hofmeister*, Wien 1996, p. 179 ss., p. 183; Ead., *Die beschränkte Grundrechtssubjektivität der Frau. Ein Beitrag zum österreichischen Gleichheitsdiskurs*, in *Frauen in der Geschichte des Rechts*, cit., pp. 293 ss., p. 298; A. Duncker, *Gleichheit und Ungleichheit*, cit., pp. 513-514.

<sup>19</sup> Su di lui cfr. C. von Wurzbach, *Biographisches Lexicon des Kaisertums Österreich*, LIX, Wien 1890, pp. 283 ss.; E. Swoboda, *Franz von Zeiller, der große Pfadfinder der Kultur auf dem Gebiete des Rechts, und die Bedeutung seines Lebenswerkes für die Gegenwart*, Graz-Wien-Leipzig 1931; W. Selb e H. Hofmeister (curr.), *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828). Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte*, Wien-Graz-Köln 1980; G. Oberkofler, *Franz Anton Felix von Zeiller 1751-1828*, in W. Brauneder (cur.), *Juristen in Österreich 1200-1980*, Wien 1987, pp. 97 ss.; U. Floßmann, voce *Zeiller, Franz von*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtswissenschaft*, V, Berlin 1998, col. 1637 ss.; Ch. Neschwara, *Über Carl Joseph von Pratobevera und Franz von Zeiller. Ein Beitrag zur Gesetzgebungsgeschichte des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, in K. Ebert (cur.), *Festschrift zum 80. Geburtstag von Hermann Baltl*, Wien 1998, pp. 205 ss.; W. Ingenhaeff, *Martini als Lehrer Zeillers*, in *Naturrecht und Privatrechtskodifikation*, cit., pp. 261 ss.; J. M. Rainer, *Franz von Zeiller und der Code civil Napoleons*, in J.-F. Gerken et Alii (curr.), *Mélanges Fritx Sturm*, Liège 1999, I, pp. 867 ss.; J. F. Desputt-G. Kocher (curr.), *Franz von Zeiller*. Symposium der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz und der Steiermärkischen Landesbibliothek am 30.11.2001 aus Anlass der 250. Wiederkehr seines Geburtstages, Graz 2003; E. Gilardeau, *Der Einfluss der Gedankengutes Kants auf das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch durch Franz von Zeiller*, in "Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht", IV (2004), pp. 123 ss.; H. Hof, *Franz von Zeiller (1751-1828)*, in G. Kleinheyder-J.Schröder (curr.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 5<sup>e</sup> éd., Heidelberg 2008, pp. 477 ss.; F.-S. Meissel, *De l'esprit de modération*, cit., J. M. Rainer, *Franz von Zeiller und der Code Civil*, in *Festschrift 200 Jahre ABGB*, cit., I, pp. 45 ss.; Id., *Das Römische Recht in Europa*, Wien 2012, pp. 238 ss.

quanto avrebbero consacrato la concezione gerarchica tra i sessi abbandonando i principi egualitari di Martini.

Al riguardo va ricordato che il clima politico e culturale dei primi anni dell'Ottocento, nel quale si svolse l'azione di Zeiller, era alquanto diverso da quello dell'epoca immediatamente precedente poiché gli entusiasmi e le speranze suscitati dagli ideali illuministici avevano lasciato il posto al diffuso timore della deriva rivoluzionaria che induceva ad assumere atteggiamenti più prudenti e conservatori. Allo stesso tempo, tuttavia, lo sviluppo costante della borghesia creava una crescente richiesta di maggiore libertà nei rapporti giuridici e il delicato compito di trovare un compromesso tra queste due contrastanti tendenze fu realizzato, secondo una opinione diffusa nella storiografia, dall'*ABGB* che garantiva un ampio spazio agli affari privati senza mettere in discussione l'assetto politico. La buona riuscita della difficile impresa si deve soprattutto alle capacità di Zeiller (dal 1801 membro della commissione legislativa incaricata della redazione del codice), che abilmente evitò soluzioni troppo contrastanti con la tradizione e riuscì a mantenere parzialmente gli istituti del passato conciliandoli con le esigenze moderne attraverso l'uso di forme e di un linguaggio nuovi. Questo atteggiamento oscillante tra conservazione e innovazione, che non ha mancato di suscitare critiche di quanti vi hanno ravvisato segni di ambiguità e opportunismo, è rispecchiato nel § 16 del codice dove, seguendo i principi del giusnaturalismo, si affermava che tutti gli esseri umani avevano diritti innati derivanti dalla ragione, ma si lasciava aperta la definizione di essi evitando di fornirne l'elenco, come invece aveva fatto Martini sulla scia degli scrittori precedenti.

Anche la configurazione dello *status* delle donne rispecchia il generale orientamento di Zeiller e va ricollegata all'evoluzione dottrinale del suo tempo. La storiografia ha dimostrato che tra la fine del Settecento e gli inizi dell'Ottocento le premesse teoriche dell'eguaglianza tra i sessi, appena avviate durante l'Illuminismo, furono vanificate da interpretazioni del diritto naturale decisamente sfavorevoli all'autonomia femminile<sup>20</sup>. In particolare, diversi intellettuali tedeschi si impegnarono nell'identificare le qualità "naturali" delle donne delineando un quadro nel quale emergevano come dati peculiari e ineliminabili fra l'altro la debolezza, la passività, la mancanza di intelligenza, il desiderio di sottomettersi, la dipendenza economica, che le rendevano nettamente inferiori agli uomini e bisognose di continua assistenza. In questa prospettiva, i diritti civili erano limitati e il matrimonio realizzava la completa fusione con il marito che rappresentava all'esterno la moglie, grazie alle sue superiori capacità. La discriminazione giuridica veniva spiegata con la presenza di differenze strutturali, oggettive e insuperabili, mentre i principi del giusnaturalismo, che avevano aperto la strada all'eguaglianza degli individui di fronte alla legge, erano ora utilizzati per ostacolare e non per favorire l'emancipazione<sup>21</sup>. Lo scrittore che, secondo l'opinione

<sup>20</sup> K. Hausen, *Die Polarisierung der "Geschlechtscharakteren". Eine Spiegelung der Dissoziation von Erwerbs- und Familienleben*, in S. Hark (cur.), *Dis/Kontinuitäten: feministische Theorie*, Opladen 2001, pp. 162 ss.

<sup>21</sup> J. Mörsdorf, *Gestaltungswandel des Frauenbildes und Frauenberufs in der Neuzeit*, München 1958, pp. 116 ss.; D. Schwab, *Frauenrechte und Naturrecht*, in D. Klippel (cur.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität – Inhalt – Funktion – Wirkung*, Goldbach 1997, pp. 77 ss.; E. Nielsen, *Die Ehe zwischen Recht und Sitte. Naturrechtliche Stimmen des 19. Jahrhunderts zur Beziehung zwischen Mann und Frau in der Ehe: Eduard Gans, Karl David August Röder und Heinrich Ahrens*, in S. Meder et Alii (curr.), *Frauenrecht und Rechtsgeschichte. Die Rechtskämpfe der deutschen Frauenbewegung*, Köln-Weimar-Wien 2006, pp. 99 ss.

generale, ha esercitato più forte e duratura influenza in questo senso è Johann Amedeus Fichte che nel suo trattato sul diritto di famiglia (*Grundriss des Familienrechts*, 1796) spostava il matrimonio dall'ambito puramente giuridico a quello morale sottolineando la peculiarità di questo contratto sia per il suo fine dato dalla procreazione sia per la diversità naturale delle due parti. A suo parere, l'accordo tra gli sposi creava una comunità nella quale la donna era totalmente subordinata e passiva raggiungendo la felicità e la realizzazione della sua personalità nell'annullamento della sua individualità in quella del marito che rimaneva il solo soggetto di fronte alla legge e il solo proprietario dei beni. Come è stato osservato, questa concezione fu ripresa e sviluppata da una serie di intellettuali nel corso dell'Ottocento e, con modesti ritocchi, formò la base teorica della legislazione della famiglia fino alla prima guerra mondiale<sup>22</sup>. Meno successo ebbero invece le idee di Kant che, in *Die Metaphysik der Sitten* (1797), sosteneva in linea di principio la pari dignità degli sposi, derivante non tanto dal contratto quanto dalla legge, anche se poi finiva per ammettere la superiorità maschile e la conseguente gerarchia tra i sessi<sup>23</sup>.

Zeiller non seguì né la concezione egualitaria di Martini né quella discriminatoria di Fichte ma si ispirò a Kant, punto di riferimento principale di tutto il suo pensiero, elaborando una sintesi originale che gli consentì di attenuare il principio della superiorità maschile e di mantenersi così nel solco della tradizione austriaca. Questo orientamento si rispecchiava con chiarezza nella parte del suo trattato sul diritto naturale dedicata alla famiglia, dove egli citava una serie di autori - fra i quali Grozio, Pufendorf, Vattel, Montesquieu, Hugo, Globig - ma riportava soprattutto le opinioni di Fichte e di Kant dimostrando di preferire quest'ultimo. Martini non veniva nominato anche se la sua influenza emergeva indirettamente in alcune affermazioni<sup>24</sup>.

Dopo avere brevemente esposto le differenti opinioni dei giuristi circa lo scopo della società coniugale, Zeiller esprimeva la sua preferenza per la concezione che attribuiva al matrimonio la finalità della generazione dei figli, che a suo parere era la base dell'intera disciplina in materia e definiva perciò le condizioni di validità del vincolo, i fondamentali obblighi di convivenza, monogamia e fedeltà, le regole della vita comune<sup>25</sup>. L'autore assegnava agli sposi in linea di principio una posizione paritaria in quanto essi erano tenuti a sostenere insieme le incombenze e gli oneri del matrimonio e ciascuno manteneva la disposizione dei propri beni<sup>26</sup>. Tuttavia sottolineava che la conduzione della vita domestica doveva uniformarsi ai dettami della natura e, pur ricordando che la maggior parte dei giusnaturalisti non attribuiva una posizione di superiorità al marito, asseriva che questi, per le sue maggiori qualità fisiche e culturali, doveva prevalere in caso di differenza di opinioni<sup>27</sup>. Analogamente, nel campo dei rapporti con i figli egli riconosceva ai genitori la medesima potestà ma

<sup>22</sup> Per un'analisi approfondita del pensiero di Fichte sul tema cfr. A. Duncker, *Gleichheit und Ungleichheit*, cit., pp. 461 ss.

<sup>23</sup> Sulle posizioni di Kant cfr. Mörsdorf, *Gestaltwandel des Frauenbildes*, cit., pp. 99 ss.; U. Vogel, *Gleichheit und Herrschaft in der ehelichen Vertragsgesellschaft – Widersprüche der Aufklärung*, in *Frauen in der Geschichte des Rechts*, cit., pp. 265 ss.; A. Duncker, *Gleichheit und Ungleichheit*, cit., pp. 466 ss.

<sup>24</sup> F. von Zeiller, *Das natürliche Privat-Recht*, Wien 1802, pp. 164 ss.

<sup>25</sup> Ivi, pp. 165 ss.

<sup>26</sup> Ivi, p. 169.

<sup>27</sup> Ivi, p. 170.

riteneva che la natura avesse differenziato le funzioni affidando alcuni aspetti della cura e dell'educazione alla delicatezza, sensibilità e dolcezza della madre e attribuendo una posizione di generale preminenza al padre, responsabile del mantenimento e della protezione anche giuridica della famiglia<sup>28</sup>.

Questi principi, esposti in modo semplice e stringato, costituiscono le linee fondamentali alle quali Zeiller si attenne costantemente in seguito nella redazione del codice. In essi, più che l'atteggiamento decisamente patriarcale e discriminatorio individuato da alcuni<sup>29</sup>, va riconosciuto l'intento di conciliare le esigenze dell'unità familiare con quelle dei suoi membri, in particolare delle donne, in una visione che rispetto alle tendenze dell'epoca appaiono relativamente avanzate anche se sicuramente non eversive della tradizione. Tale posizione si rifletteva anche nell'ampia relazione sul codice francese pubblicata nel 1806<sup>30</sup>. È stato illustrato in recenti studi<sup>31</sup> che, nella sua dettagliata analisi, egli dimostrava grande apprezzamento per certe caratteristiche generali del testo napoleonico, quali la brevità, lo stile efficace, la presenza di sole norme comuni a tutti i cittadini e l'esclusione di quelle relative ai settori speciali del diritto feudale e del commerciale. Manifestava invece perplessità per altre, come la possibilità di applicare una legislazione unitaria ad un territorio così vasto e fino ad allora diversificato nonché la mancanza di regole di interpretazione già previste nel progetto iniziale da Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneau e Malleville. Passando all'esame dei contenuti, Zeiller trovava nella parte riguardante le persone e la famiglia maggiori motivi di critica rispetto alle sezioni dedicate ai diritti reali e alle obbligazioni e molte delle sue osservazioni riguardavano la condizione subalterna della donna. Così, si dichiarava stupito che essa non avesse la capacità di acquistare e alienare beni senza il consenso del coniuge e sottolineava la disparità di trattamento in caso di adulterio, poiché la moglie poteva chiedere il divorzio solo se il marito avesse mantenuto una concubina in casa. Inoltre disapprovava che unicamente in caso di rapimento della donna fosse consentito perseguire il padre di un figlio illegittimo e che la possibilità dell'adozione fosse limitata, giudicava eccessivo il potere del padre di fare incarcerare il figlio minore di 16 anni e riteneva insufficiente affidare il controllo sull'operato dei tutori al consiglio di famiglia.

Nel contesto di una dissertazione dai toni moderati e imparziali, dove si evidenziava il valore di molte soluzioni francesi, questi elementi appaiono già significativi, ma un paio di anni dopo, nel gennaio 1808, presentando il progetto dell'*ABGB* all'imperatore, Zeiller si pronunciò in modo alquanto più severo. Come è stato sottolineato, il suo intento di dimostrare la superiorità delle norme austriache lo indusse a tornare sui temi già affrontati in precedenza per rifiutare in modo più deciso alcune regole autoritarie e discriminatorie nell'ambito della comunità domestica. Deplorando le limitazioni della libertà civile stabilite dalla legge francese e in opposizione anche alla tradizione romanistica, egli giunse ad affermare che un diritto

---

<sup>28</sup> Ivi, p. 178.

<sup>29</sup> U. Floßmann, *Frauenrechtsgeschichte*, cit., pp. 96 ss.

<sup>30</sup> F. von Zeiller, *Jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft*, I, Wien 1806, pp. 252 ss.

<sup>31</sup> J. M. Rainer, *Franz von Zeiller und der Code civil Napoleons*, cit.; F.-S. Meissel, *Le code civil autrichien*, cit.; Id., *De l'esprit de modération*, cit.; J. M. Rainer, *Franz von Zeiller und der Code Civil*, cit. Sull'influenza del modello francese sul diritto privato austriaco cfr. inoltre H. Heiss, *Der Einfluß des Code Civil auf die österreichische Privatrechtskodifikation*, cit.



delle persone dove la moglie e i figli erano sottomessi alla dispotica potestà dell'uomo non poteva trovare applicazione nella più libera e umana Germania, in particolare negli Stati austriaci. Al di là della polemica dettata dalla circostanza, le opinioni espresse da Zeiller riflettono le sue convinzioni e trovano riscontro nella disciplina dell'*ABGB*, anche se di solito non appaiono in modo esplicito ma solo indirettamente e talvolta quasi di sfuggita.

### 3. Capacità di agire, tutela e cura

L'atteggiamento inteso ad attenuare prudentemente la visibilità delle novità per evitare reazioni negative, emergeva già nel § 21 della prima parte dell'*ABGB*, dedicata al diritto delle persone. Qui si ometteva di menzionare le donne tra i soggetti per varie ragioni giudicati incapaci di provvedere ai propri interessi e quindi bisognosi di protezione legale. Nel suo commento a questo paragrafo<sup>32</sup>, Zeiller confermava che il codice, pur non affermandolo in maniera esplicita, in generale non faceva differenza tra i sessi, mentre le eccezioni a questa regola erano indicate specificamente e ricordava la decisa presa di posizione di Gustav Hugo contro l'inferiorità della donna ancora mantenuta in alcuni Stati europei<sup>33</sup>. Il principio della tendenziale parità era ribadito nella terza parte del codice, recante le disposizioni comuni alle persone e alle cose, dal § 1349 che espressamente affermava l'eguaglianza dei sessi nella capacità di assumere obbligazioni. Zeiller sottolineava nel commento la differenza rispetto al diritto romano che nel senatoconsulto velleiano aveva vietato alle donne la *intercessio pro aliis* impedendo loro di concludere una serie di negozi di diritto privato. Egli recepiva in questo punto l'innovazione introdotta nel progetto Martini ma non mancava di ricordare che in area germanica l'istituto romano era caduto in desuetudine e soprattutto in Austria era da tempo consentito alla donna di rinunciarsi, previa una adeguata informazione sulle conseguenze del suo atto<sup>34</sup>. Nella trattazione sui principi fondamentali del codice, pubblicata tra il 1816 e il 1820 sulla importante rivista *Materialien für Gesetzskunde und Rechtspflege in den Oesterreichischen Erbstaaten*<sup>35</sup>, Zeiller

<sup>32</sup> F. von Zeiller, *Commentar über das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, 4 voll., Wien-Triest 1811-1813, I, pp. 116-117. Sui commentari ed altri scritti di Zeiller sull'*ABGB* cfr. W. Brauner, *Kommentare und Bemerkungen Franz v. Zeillers zum ABGB zwischen 1809 und 1822*, in W. Brauner - E. Berger (curr.), *Abhandlung über die Principien des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie vom Hofrath von Zeiller. Wien 1816-1820*, 2ª ed., Wien 2011, pp. 7 ss.

<sup>33</sup> Hugo aveva affermato che dal punto di vista metafisico i diritti e i doveri dei sessi erano i medesimi ma la maggiore debolezza del corpo femminile aveva causato uno *status* di inferiorità che si accentuava in proporzione alla rozzezza dei popoli, mentre nessuna nazione era ancora così civilizzata da ammettere la parità. Egli ricordava gli esempi storici di donne impegnate in cariche pubbliche anche di elevato livello, citava le posizioni egualitarie di Platone e di Giustiniano, esprimeva il suo disaccordo rispetto alle opinioni di Kant, Fichte e altri. Criticava perciò l'eccessiva dipendenza delle mogli stabilita nel codice francese e sconosciuta nei territori tedeschi, sottolineando che la divisione dei ruoli, accanto ad alcuni vantaggi, comportava anche svantaggi non secondari. Cfr. G. Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts*, 4ª ed., Berlin 1819, Introduzione di Th. Viehweg, (ristampa anastatica Glashütten im Tausus 1971), § 166, pp. 216 ss.

<sup>34</sup> F. von Zeiller, *Commentar*, cit., IV, pp. 10 ss. Sulla facoltà di rinuncia al senatoconsulto velleiano cfr. M. R. Di Simone, *La donna nella storia del diritto austriaco*, cit.

<sup>35</sup> Il testo è stato ristampato in edizione anastatica in *Abhandlung über die Principien*, cit., pp. 25 ss.

accennando alla eguaglianza naturale tra gli uomini tornava a criticare la tutela perpetua alla quale le donne erano ancora sottoposte in molti Paesi. In una nota, il giurista Carl Joseph von Pratobevera, direttore del periodico, aggiungeva che in Austria la questione della differenza di genere non era stata ancora sufficientemente considerata. Osservava che, laddove la donna era esposta al potere dell'uomo, la società non poteva dirsi civile, ma l'accoglimento delle aspirazioni femminili alla parità era ipotizzabile solo tenendo conto delle esigenze indicate dalla natura<sup>36</sup>.

Il codice manteneva tuttavia alcune importanti limitazioni ereditate dal passato. Nel capitolo IV, dedicato alle tutele e alle cure, le donne venivano escluse di regola da questi uffici al pari dei membri di ordini religiosi e dei residenti all'estero. Si trovavano per questo aspetto in una condizione simile anche a coloro che per età, difetti fisici o psichici e altri motivi non erano in grado di provvedere a sé stessi come pure i condannati per azioni delittuose (§§ 191, 192, 281). La donna inoltre non poteva stabilire un tutore bensì solo un curatore per i beni lasciati al figlio (§ 197). Solo se il padre avesse ommesso la nomina o avesse designato un incapace, la tutela dei figli poteva essere deferita alla madre (dopo l'avo paterno) per passare poi all'ava paterna e infine ai consanguinei maschi più prossimi (§ 198). Si seguiva qui l'ordine fissato dal codice giuseppino del 1786 che aveva segnato un regresso antepoendo l'avo paterno alla madre, mentre questa era stata collocata in prima posizione già nell'ordinanza del 1669<sup>37</sup>. La donna tutrice era esentata dalla formale promessa di adempiere ai doveri relativi al suo ufficio - che veniva imposta agli altri soggetti ad eccezione degli avi (§ 205) - ma doveva essere affiancata da un cotutore scelto dal padre o, in alternativa, proposto da lei stessa o dai consanguinei del minore (§ 211). Se la vedova contraeva seconde nozze, era obbligata ad avvisare il giudice al quale spettava confermare o meno il suo ufficio (§ 255).

L'esercizio della tutela da parte delle donne era dunque generalmente vietato e, nei pochi casi ammessi, era circondato da una serie di regole e precauzioni intese ad uno stretto controllo. Zeiller motivava queste norme affermando che le donne di solito non possedevano le conoscenze necessarie, il tempo e la possibilità per occuparsi del minore, amministrare i suoi beni e rappresentarlo in giudizio e che gli uomini erano preferiti per la loro superiore esperienza e capacità, ma aggiungeva che l'amore della madre per i figli dava sufficienti garanzie per affidarli ad essa prima che ad altri familiari<sup>38</sup>. Sottolineava che l'eccezione prevista dalla legge a favore della madre e dell'ava paterna non poteva essere estesa ad altre parenti come l'ava materna o la sorella del pupillo e precisava che l'esenzione dalla promessa era dovuta al fatto che i

<sup>36</sup> Ivi, pp. 35-36. Su Pratobevera cfr. C. von Wurzbach, *Biographisches Lexicon*, cit., XXIII, Wien 1872, pp. 210 ss.; H. Baltl, *Carl Joseph von Pratobevera und die Frage der Gewaltentrennung im Vormärz*, in *Festschrift Berthold Sutter*, Graz 1983, pp. 17 ss.; Id., *Carl Joseph Freiherr Pratobevera von Wiesborn 1769-1853*, in W. Brauneder (cur.) *Juristen in Österreich*, cit., pp. 117 ss, 342-343; Chr. Neschwara, *Über Carl Joseph von Pratobevera und Franz von Zeiller*, cit.; Id., *Über Carl Joseph von Pratobevera. Ein Beitrag zur Gesetzgebung- und Wissenschaftsgeschichte der österreichischen Rechts im Vormärz*, in Ingenhaeff et Alii (curr.), *Festschrift Rudolf Palme zum 60. Geburtstag*, Innsbruck 2002, pp. 369 ss.; Id., *Pratobevera – Zeiller – Jenull: eine "herrliche Trias unserer Gesetzgebung"*. *Ein Beitrag zur Gesetzgebungsgeschichte des österreichischen Strafrechts im Vormärz*, in U. Aichhorn - A. Rinnerthaler (curr.), *Scientia iuris et historia. Festschrift für Peter Putzer zum 65. Geburtstag*, 2 voll., Egling an der Paar, 2004, II, pp. 579 ss.

<sup>37</sup> Sul punto cfr. M. R. Di Simone, *La donna nella storia del diritto austriaco*, cit.

<sup>38</sup> F. von Zeiller, *Commentar*, cit., I, pp. 416 ss.

genitori erano già tenuti per legge naturale e civile ad occuparsi adeguatamente della prole<sup>39</sup>. Le regole in caso di seconde nozze erano giustificate dal rischio della diminuzione dell'affetto materno nei confronti dei figli di primo letto che rendeva necessario da parte del giudice accertare la permanenza delle condizioni indispensabili per la conferma del delicato ufficio<sup>40</sup>.

Una discriminazione sottolineata in alcuni studi e riconducibile al pregiudizio della scarsa affidabilità del genere femminile era data dall'incapacità di testimoniare nelle disposizioni di ultima volontà che poneva le donne sullo stesso piano dei membri di ordini religiosi, dei minori, dei pazzi, ciechi, sordi, muti e di coloro che non conoscevano la lingua del testatore (§ 591). Tale regola veniva a cadere solo in circostanze eccezionali, in particolare il § 597 riconosceva la validità della testimonianza delle cittadine che avessero compiuto quattordici anni per i testamenti redatti durante i viaggi di mare o in luoghi infestati da malattie contagiose.

#### 4. Diritti e doveri nel matrimonio

Il § 44 stabiliva che i rapporti familiari erano regolati da un contratto di matrimonio nel quale due persone di sesso differente dichiaravano di volere vivere insieme al fine di generare ed educare la prole prestandosi reciproca assistenza<sup>41</sup>. La norma, che sottolineava la natura contrattuale dell'unione coniugale imponendo obblighi analoghi alle parti, si riallacciava direttamente al pensiero di Martini e ai principi del diritto naturale e tale impostazione era ribadita nel § 90 che assegnava ad entrambi gli sposi i medesimi doveri consistenti nel debito coniugale, nella fedeltà e nel buon trattamento reciproco. L'uomo manteneva una posizione preminente in quanto il § 91 lo definiva capo della famiglia e gli attribuiva la direzione dell'economia domestica, addossandogli allo stesso tempo il compito di mantenere la moglie in proporzione alle sue condizioni e di rappresentarla in ogni circostanza. Il § 92 precisava che la donna assumeva il cognome del marito e godeva le prerogative del grado sociale di lui ma era tenuta a seguirlo nel suo domicilio, ad assisterlo secondo le sue possibilità nella conduzione degli affari familiari e negli acquisti e ad eseguire e a fare eseguire da altri le sue disposizioni nei limiti richiesti dal buon ordine della famiglia. Queste direttive ricalcavano senza dubbio nelle linee fondamentali la tradizione ma la formulazione di esse attenuava la rigidità della subordinazione femminile attraverso l'introduzione di incisi tesi a circoscrivere e a rendere più elastici l'adempimento agli obblighi e l'ottemperanza ai comandi del marito in considerazione sia delle possibilità della donna sia degli interessi della comunità domestica.

Tale orientamento è confermato da Zeiller nel commentario. Egli sottolineava che i

---

<sup>39</sup> Ivi, pp. 433 ss.

<sup>40</sup> Ivi, pp. 518 ss.

<sup>41</sup> Sul diritto di famiglia nel codice austriaco cfr. O. Lehner, *Familie – Recht – Politik. Die Entwicklung des österreichischen Familienrechts im 19. und 20. Jahrhundert*, Wien-New York 1987, pp. 17 ss.; O. Edlbacher, *Die Familienrechtsgesetzgebung in Österreich*, in E. Weinzierl e K.R. Stadler (curr.), *Justiz und Zeitgeschichte*, III, *Geschichte der Familienrechtsgesetzgebung in Österreich*, Wien s.d., pp. 126 ss., in particolare pp. 137 ss.; M. G. Di Renzo Villata, voce *Persone e famiglia*, cit., pp. 475 ss.; S. Caprioli, *Codice civile. Struttura e vicende*, Milano 2008, pp. 71 ss.; P. Passaniti, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale in Italia*, Milano 2011, pp. 163 ss.

diritti e i doveri del matrimonio erano dettati innanzitutto dalla natura e dalla ragione e poi sanzionati dalla legge, evidenziando in particolare che la divisione dei compiti tra gli sposi era dovuta alle diverse caratteristiche e capacità dei sessi<sup>42</sup>. Osservava che, come in tutte le società, anche in quella coniugale era indispensabile l'unità di intenti e di progettazione per evitare disordini e contraddizioni, ma tale fine poteva essere raggiunto anche affidando la direzione a due soggetti anziché ad uno solo. Si formava così una diarchia nella quale di fondamentale importanza gli appariva che le parti, se di opinioni diverse, si confrontassero costantemente per trovare soluzioni condivise, tenendo presente che né la superiorità fisica e intellettuale dell'uomo né il vincolo matrimoniale dava al marito il diritto di dominare sulla moglie<sup>43</sup>. Tuttavia nei casi dubbi la donna doveva accettare l'opinione del coniuge riconoscendogli la posizione di capo della famiglia in virtù della presunzione per cui, a causa delle sue doti naturali e dell'istruzione ricevuta, il suo giudizio era più maturo e fondato. Lo sposo dirigeva l'economia domestica perché aveva la responsabilità di mantenere la famiglia: spettava a lui stabilire le spese, frenare eventualmente la prodigalità della moglie, vigilare sull'esecuzione del piano da lui fissato. Grazie alla maggiore forza e cultura, egli era chiamato a proteggere la sua compagna più debole e ad agire in difesa dei suoi interessi. La portata di questa affermazione, peraltro, veniva attenuata da Zeiller con la precisazione che la rappresentanza derivava da un accordo esplicito o tacito con il quale la donna aveva affidato la gestione dei suoi affari al marito che era suo procuratore legittimo senza mandato. Solo in base a tale patto, o in caso di necessità, egli era autorizzato a compiere atti in sua vece, mentre essa poteva in ogni momento escluderlo per amministrare autonomamente i suoi beni o scegliere un altro soggetto per lo svolgimento di quelle funzioni<sup>44</sup>.

Nel commentare i diritti e doveri della moglie, inoltre, Zeiller affermava che l'obbligo di seguire il marito nel suo domicilio trovava un limite in doveri più forti come la conservazione della vita e della salute. Sottolineava che durante l'assenza o l'impedimento del coniuge, la donna ne faceva le veci ed andava considerata suo procuratore legittimo, pertanto era abilitata a presentare ricorso contro la sua condanna, attribuendo così ad essa le stesse facoltà che aveva il marito nei suoi confronti. In caso di gravi dissensi, di rifiuto a trovare un accordo o di comportamenti aggressivi, i coniugi si potevano rivolgere al giudice che doveva tentare una conciliazione - anche ricorrendo all'aiuto del sacerdote e della polizia - per evitare lo scandalo e la spesa del processo. In presenza di lesioni corporali e maltrattamenti, il colpevole avrebbe dovuto essere punito secondo il codice penale<sup>45</sup>.

Le prerogative riconosciute al marito dunque, non configuravano una potestà sulla persona della moglie, secondo gli schemi presenti nella legislazione settecentesca

<sup>42</sup> F. von Zeiller, *Commentar*, cit., I, p. 246 ss.

<sup>43</sup> Ivi, pp. 249 ss.

<sup>44</sup> Ivi, pp. 252-253.

<sup>45</sup> Ivi, pp. 253 ss. Qualche tempo dopo, Zeiller, nel riassumere i principi alla base del matrimonio, si mostrava meno sensibile alla questione dell'autonomia femminile in quanto, dopo avere sottolineato la natura contrattuale dell'unione coniugale e affermato che la maggior parte delle sue regole derivavano dalla morale, dalla religione e da una accorta politica pubblica, sosteneva che la moglie, per il buon ordine e la felicità della famiglia, andava considerata, dal punto di vista del diritto delle persone, come un unico soggetto con il marito. Cfr. *Abhandlung über die Principien*, cit., p. 38.

fino a Giuseppe II, ma piuttosto una generale facoltà di direzione degli affari comuni che ricalcava le innovative impostazioni di Martini. Tuttavia alcuni storici hanno criticato vivacemente queste norme sostenendo che al di là dell'apparenza dovuta alla abilità diplomatica del suo autore, il codice contenesse una innegabile impronta patriarcale e mirasse a perpetuare la condizione di inferiorità delle donne<sup>46</sup>.

## 5. Il ruolo della madre

Nel campo dei rapporti tra genitori e figli, l'*ABGB*, sulla scia di Martini, rivelava la tendenza ad attenuare l'assoluta preminenza del padre e ad ampliare il ruolo della madre. La stessa intitolazione del capitolo III, parte I, dedicato a questo tema (*Von den Rechten zwischen Aeltern und Kindern*) si riferiva ad entrambi i genitori ponendoli su un piano di parità. Tale appare l'orientamento del § 139 secondo cui i coniugi erano obbligati ad educare la prole legittima, curarne la salute, mantenerla, sviluppare le sue forze intellettuali e fisiche e prepararla alla vita istruendola nella religione e in altre materie utili al suo benessere futuro. L'eguaglianza enunciata in questa disposizione di carattere generale veniva attenuata dal § 141 che si preoccupava di differenziare i compiti stabilendo per il padre l'obbligo del mantenimento e per la madre quello della cura del corpo e della salute dei figli. Solo nel caso di morte o di indigenza del marito, la donna era tenuta a fornire gli alimenti e ad educare i figli (§ 143). Zeiller evidenziava anche in questa circostanza che la distinzione derivava dalla natura la quale aveva assegnato alla forza maschile il reperimento delle risorse economiche e riservato alla delicatezza e sensibilità femminili il soddisfacimento dei bisogni primari dell'infanzia<sup>47</sup>. La stessa logica ispirava il § 142 secondo cui dopo la separazione, se mancava l'intesa su chi dovesse farsi carico dell'educazione dei figli, il tribunale, salvo eccezioni, affidava alla madre i maschi fino ai 4 anni e le femmine fino ai 7 anni, imponendo al padre le relative spese. Il § 144 sembrava ristabilire il principio della parità affermando che i genitori avevano diritto a dirigere di comune accordo le azioni dei figli e questi dovevano ad essi obbedienza. Zeiller nel commento precisava che il criterio seguito nell'affidare i minori nella prima infanzia alla moglie non comportava in alcun modo l'esclusione dell'altro genitore che era comunque tenuto ad impedire decisioni inappropriate e ad agire in sintonia per assicurare una educazione uniforme, saggia e finalizzata al benessere dei figli. Egli sottolineava che nell'incertezza sulla decisione da adottare, prevaleva il parere del padre in quanto capo della famiglia, ma insisteva soprattutto sulla grande importanza della collaborazione tra i coniugi che dovevano agire in buona armonia e in misura uguale per guidare i figli, sostituendosi a vicenda in caso di assenza<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> U. Floßmann, *Das Geschlechterverhältnis in der Rechtslehre Franz von Zeillers*, cit.; U. Vogel, *Gleichheit und Herrschaft*, cit., pp. 280 ss.; U. Floßmann, *Die beschränkte Grundrechtssubjektivität der Frau*, cit.; U. Aichorn, *Rechte und Pflichten der Ehefrau am Beginn des 19. Jahrhunderts*, in M. Steppan - H. Gebhardt, (curr.), *Zur Geschichte des Rechts, Festschrift für Gernot Koche zum 65. Geburtstag*, Graz 2006, pp. 11 ss.; U. Floßmann, *Frauenrechtsgeschichte*, cit., pp. 96 ss.

<sup>47</sup> F. von Zeiller, *Commentar*, cit., I, pp. 321 ss.

<sup>48</sup> Ivi, p. 326. Altrove Zeiller sottolineava che nelle nazioni civili i figli non dovevano essere considerati oggetto del potere dei genitori, né il padre un tiranno con facoltà di disporre della persona e dei beni della prole, come nel diritto romano, ma la famiglia andava regolata in modo da divenire l'ambiente ideale per allevare i buoni cittadini dello Stato. Cfr. *Abhandlung über die Principien*, cit., pp. 39-40.

In realtà la disciplina del codice rimaneva oscillante tra la concezione della potestà genitoriale teorizzata da Martini e la tradizionale posizione del padre al quale veniva riconosciuta la preminenza. Al § 147 si definiva la patria potestà come il complesso dei diritti derivanti all'uomo dalla qualità di capo della famiglia e i paragrafi successivi precisavano i contenuti e i limiti delle sue facoltà nei confronti dell'educazione, dell'amministrazione dei beni, della rappresentanza legale dei figli<sup>49</sup>. La posizione subalterna della donna emergeva nel § 181 per cui, nel caso di adozione di un minore, era obbligatorio il consenso di suo padre e solo se questi era defunto o incapace si richiedeva quello della madre, o del tutore, o del giudice. Zeiller sottolineava al riguardo l'opportunità della norma che rendeva necessario il benessere, dato che il passaggio di un giovane in un'altra famiglia comportava un sacrificio per i genitori. Osservava che in particolare tale evento era doloroso per il cuore delicato della madre, ma sorvolava sul fatto che la volontà di quest'ultima era irrilevante di fronte alla decisione espressa validamente dal marito<sup>50</sup>.

Quanto ai figli naturali, va notato che l'*ABGB* introduceva miglioramenti nella dura condizione delle madri nubili ammettendo, sia pure limitatamente, la ricerca della paternità. Il § 163 stabiliva la presunzione che un uomo avesse generato la prole se in un processo civile si fosse accertato il suo rapporto carnale con la madre nel periodo corrispondente al concepimento o se egli stesso lo avesse confessato anche stragiudizialmente. Il § 164 consentiva alla donna di iscrivere il nome del padre nel registro dei battesimi attribuendo però a tale atto il valore di piena prova solo se accompagnato dal consenso dell'uomo, confermato dalla testimonianza del curato e del padrino che dovevano conoscerlo personalmente. Zeiller nel commento affermava che la legge non doveva esigere prove troppo rigorose in questa materia sia perché la paternità si fondava su un atto molto segreto, sia perché lo Stato aveva tutto l'interesse a procurare ad ogni nato un padre che ne garantisse il mantenimento e l'educazione<sup>51</sup>. Tuttavia non bisognava tollerare neppure una eccessiva indulgenza per evitare di compromettere l'onore e i diritti di un cittadino innocente. Egli criticava perciò il codice giuseppino e quello francese che erano caduti in due eccessi opposti, dato che il primo accettava come prove anche indizi minimi e il secondo impediva ogni ricerca della paternità. L'autore sottolineava che l'*ABGB* invece risolveva in modo equilibrato la delicata questione in quanto la presunzione legale in favore del figlio, basata sull'accertamento giudiziale del rapporto carnale tra i suoi genitori, avveniva attraverso un serio esame dei fatti anziché solo sulla base di supposizioni, confidenze, voci e ammissioni rese con leggerezza e non confermate da circostanze accessorie. La presunzione inoltre non escludeva altre prove favorevoli o contrarie e poteva essere fatta valere contro più soggetti che avevano frequentato la madre. Se infatti uno di questi era assolto o risultava incapace di adempiere ai doveri di genitore, il curatore aveva facoltà di chiamare in causa gli altri, anche se alla fine gli obblighi nei confronti del figlio ricadevano su un unico uomo. L'operato della madre era a sua volta strettamente controllato per evitare abusi: al riguardo Zeiller osservava che in Austria

<sup>49</sup> Per un quadro della patria potestà in Europa cfr. M. Cavina, *Il potere del padre, I, Configurazioni e 'ius corrigendi': lineamenti essenziali nella cultura giuridica italiana preunitaria (1804-1859)*, Milano 1995; in particolare sul sistema austriaco pp. 143 ss.

<sup>50</sup> F. von Zeiller, *Commentar*, cit., I, p. 393.

<sup>51</sup> Ivi, pp. 365 ss.

accadeva spesso che si indicasse un padre diverso da quello vero per vendetta e interesse della donna o errata convinzione del curato. Per reprimere questa deleteria pratica, il citato § 164 attribuiva valore probatorio all'iscrizione del nome del padre nel registro dei battesimi solo in presenza di rigorose condizioni.

I figli illegittimi non avevano diritto alle prerogative dello *status* dei genitori e assumevano il cognome della madre ma non i suoi titoli nobiliari che passavano attraverso la linea maschile (§ 165). I genitori erano obbligati a fornire loro gli alimenti e a provvedere all'educazione, in particolare il padre era tenuto al mantenimento che ricadeva sulla madre solo se egli non ne aveva i mezzi (§§ 166, 167). L'uomo tuttavia non aveva poteri sulla prole naturale, che era rappresentata da un tutore, poiché, secondo il commento di Zeiller, la patria potestà apparteneva al diritto civile e non al naturale<sup>52</sup>. Di conseguenza la madre godeva ampia libertà nell'educazione dei figli e il padre (salvo eccezioni) non aveva facoltà di sottrarglieli o di imporre la sua volontà sebbene fosse in ogni caso obbligato al mantenimento (§§ 168, 169).

## 6. Rapporti patrimoniali tra coniugi

La storiografia ha evidenziato elementi discriminatori anche nel campo dei rapporti patrimoniali tra i coniugi, che erano disciplinati nella seconda parte del codice dedicata al diritto delle cose, sezione II (*Von den persönlichen Sachenrechten*), cap. XXVIII (*Von den Ehe-Pacten*). La legge fissava alcune regole sulla dote (*Heirathsgut*) che poteva essere costituita dalla sposa stessa o dai suoi genitori o avi i quali in caso di ingiustificato rifiuto, ne venivano obbligati dal giudice (§ 1218 ss.). Il marito o i terzi erano invece liberi di incrementare le risorse familiari con la contradote (*Widerlage*): in ogni caso la donna rimaneva proprietaria dei beni dotali immobili ma il loro godimento spettava al marito che ne era usufruttuario, mentre diveniva proprietario dei mobili (§§ 1227, 1228). Il codice prevedeva anche la morgantica (*Morgengabe*), formata dai doni promessi dallo sposo che dovevano essere consegnati la mattina successiva alle nozze e si presumevano dati nei primi tre anni di matrimonio (§ 1232). Come regime legale, in assenza di altre convenzioni, era prevista la separazione dei beni per cui ciascuno manteneva la proprietà delle sue sostanze e non aveva diritti sugli acquisti dell'altro, ma nel dubbio si presumeva che gli incrementi provenissero dal marito (§ 1237). È stato sottolineato che questa ultima norma, ricalcando l'antico principio romano della *praesumptio muciana*, poneva la moglie in una condizione di inferiorità e sulla medesima linea si orientava la presunzione per cui essa affidava l'amministrazione dei suoi beni al marito in qualità di suo procuratore legittimo (§ 1238), senza che questi fosse obbligato a rendere conto dei frutti percepiti durante il mandato, salvo espresso accordo al riguardo (§ 1239)<sup>53</sup>. Tuttavia Zeiller nel commentario, in contrasto con la lettera della legge, affermava che in determinate circostanze si poteva ammettere il caso contrario, ossia che la donna amministrasse secondo le stesse regole i beni del coniuge<sup>54</sup>. Nella citata trattazione sui principi dell'*ABGB*, poi, egli arrivava ad eliminare del tutto la distinzione tra i sessi facendo riferimento genericamente alla

<sup>52</sup> Ivi, p. 370.

<sup>53</sup> U. Floßmann, *Die beschränkte Grundrechtssubjektivität der Frau*, cit., p. 303.

<sup>54</sup> F. von Zeiller, *Commentar*, cit., III, II, pp. 615-616.

eventualità che uno dei coniugi affidasse tacitamente la gestione e il godimento dei propri beni all'altro<sup>55</sup>. Va notato che secondo il § 1240 neppure la sposa era tenuta a rendere conto allo sposo dell'usufrutto dei suoi beni a lui ceduto ma da lei stessa percepito e impiegato a proprio vantaggio. Inoltre essa aveva facoltà, in casi urgenti o di cattiva amministrazione, di togliere ogni potere di disposizione al marito anche se l'aveva concessa espressamente e per sempre ma a sua volta, se dissipava le risorse familiari, poteva essere dichiarata prodiga dal giudice su domanda del marito (§ 1242).

La comunione dei beni non si costituiva con l'unione coniugale ma necessitava di un apposito contratto (§ 1233) e di regola si intendeva istituita solo in riferimento al caso di morte, per attribuire al coniuge superstite la metà dei beni (§ 1234). Zeiller nel commento ricordava che ciò era in linea con l'antica consuetudine del diritto austriaco, riprodotta anche nel codice giuseppino, e precisava che tuttavia gli sposi avevano facoltà di estendere tale regime anche al tempo in cui erano in vita<sup>56</sup>. In questo caso ciascuno di essi disponeva liberamente, senza il consenso dell'altro, sia del suo patrimonio precedente al matrimonio, sia degli acquisti successivi. Alla morte di uno dei coniugi, la metà delle sostanze passava al superstite dopo essere stata depurata dai debiti, mentre l'altra era devoluta agli eredi del defunto o alle persone da lui chiamate, restando esclusi i feudi, i fedecommissi e i beni espressamente indicati in apposito patto, nonché la dote e la contradote che tornavano alla vedova prima della divisione. Oltre che per causa di morte, la comunione cessava per apertura del concorso dei creditori sul patrimonio di uno dei coniugi (§ 1262) e Zeiller precisava che, se i beni del fallito non bastavano al soddisfacimento dei debiti, l'altro coniuge doveva contribuire potendosi aprire una procedura fallimentare anche nei suoi confronti<sup>57</sup>.

## 7. Successioni

Per le successioni legittime l'*ABGB* appare seguire principi paritari in quanto espressamente affermava che l'eredità, in mancanza di disposizioni testamentarie, andava divisa in parti uguali tra i figli maschi e femmine (§ 732) e nelle regole relative agli sposi non faceva distinzioni tra i sessi. La legge individuava sei linee di consanguineità alle quali assegnare i beni del defunto (§ 730 ss.), mentre riservava al coniuge superstite, indipendentemente dalle sue condizioni economiche, l'usufrutto del patrimonio in proporzione variabile a seconda del numero dei figli (§ 757). In mancanza di questi, gli era dovuta la proprietà della quarta parte della massa in concorso con altri familiari e l'intera proprietà in assenza di soggetti appartenenti alle sei linee di consanguineità, eccettuato il caso del separato per sua colpa al quale era negata l'assegnazione di qualsiasi porzione di eredità (§ 758, 759).

Nel complesso il codice tendeva a garantire con una serie di misure la situazione economica della vedova che risulta, per i tempi, ispirata a criteri abbastanza avanzati e tali da assicurare una vita dignitosa<sup>58</sup>. Innanzitutto va ricordato che dopo la morte del

<sup>55</sup> *Abhandlung über die Principien*, cit., p. 92.

<sup>56</sup> F. von Zeiller, *Commentar*, cit., III, II, pp. 607 ss.

<sup>57</sup> Ivi, pp. 652-653.

<sup>58</sup> Sulle differenze tra normativa austriaca e franco-piemontese in questa materia cfr. E. Mongiano, *Le metamorfosi di un "modello": i diritti successori del coniuge tra ABGB e codice civile albertino*, in A. Padoa Schioppa et Alii (curr.), *Amicitiae Pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, II, Milano 2003, pp. 1489 ss.



marito, salvo accordi contrari, alla moglie veniva restituita la dote e attribuita la proprietà della contradote (§§ 1229, 1230), inoltre il suo trattamento era di solito definito nei patti nuziali che le attribuivano la proprietà o l'usufrutto vitalizio dei beni del defunto marito e l'assegno vedovile (*Witwengehalt*) (§ 1217). Quest'ultimo doveva essere erogato subito dopo la morte dello sposo anticipatamente ogni tre mesi venendo a cessare solo in caso di seconde nozze (§§ 1242, 1244), ma rimaneva sospeso durante il periodo (di sei settimane dopo il decesso o di sei settimane dopo il parto) in cui la donna percepiva il trattamento economico goduto quando il marito era in vita e gravante ora sull'eredità (§ 1243). Nel suo commento, Zeiller precisava che la vedova, in quel lasso di tempo, poteva scegliere liberamente tra l'assegno vedovile e il mantenimento optando per la soluzione più conveniente per lei<sup>59</sup>. In caso di concorso dei creditori sui beni del coniuge vivente, la moglie non era legittimata a chiedere la restituzione della dote e della contradote, ma solo garanzie nell'ipotesi di scioglimento del matrimonio, tuttavia poteva pretendere l'assegno vedovile e, in mancanza di questo, il godimento della dote a meno che non venisse dimostrata la sua responsabilità nella rovina economica del marito (§ 1260). Agli sposi era permesso di costituirsi reciprocamente eredi in uno stesso testamento (§ 1248) e di stipulare un patto successorio con il quale si accettava la promessa di una parte o dell'intera eredità futura (§§ 602, 1249).

Deigno di nota è il § 796 che, dopo avere precisato che il coniuge non aveva diritto alla legittima, stabiliva che, in assenza di convenzioni e se era rimasto privo di mezzi, esso doveva essere mantenuto in maniera adeguata finché non fosse passato a seconde nozze, sempre che non risultasse responsabile della separazione (§ 796). Questa disposizione, che riguardava in concreto soprattutto le donne, attesta la preoccupazione di tutelarle dopo la perdita del marito confermando una particolare attenzione del legislatore in questo campo.

Non può essere considerato propriamente discriminatorio il divieto imposto alla vedova incinta di contrarre nuove nozze prima del parto o (se vi era dubbio di gravidanza) prima di sei mesi dalla morte del coniuge (§ 120) poiché tale regola, profondamente radicata nella tradizione, rispondeva alla necessità di evitare l'incertezza della paternità. La trasgressione non comportava la nullità del matrimonio ma la perdita da parte della donna dei diritti derivanti da contratti nuziali, testamento e patti successori, nonché l'applicazione di altre pene (§ 121).

## 8. Separazione e divorzio

Alcuni studi recenti hanno considerato come un elemento decisamente reazionario e contrario agli interessi femminili il fatto che l'*ABGB* prevedesse il divorzio esclusivamente per i protestanti e gli ebrei, mentre ai cattolici era permessa solo la separazione di mensa e di letto che non consentiva di contrarre un altro matrimonio. Al riguardo è stato affermato con forza che questa regola impediva alle donne sposate infelicamente di rompere un legame divenuto insopportabile e di trovare l'opportunità di migliorare la loro vita attraverso un'altra unione legittima<sup>60</sup>. In questo come in altri

<sup>59</sup> F. von Zeiller, *Commentar*, cit., III, II, pp. 622-623.

<sup>60</sup> U. Floßmann, *Das Geschlechterverhältnis in der Rechtslehre Franz von Zeillers*, cit., pp. 190 ss.

casi, la fedeltà ai principi della Chiesa è vista quale conferma dell'atteggiamento conservatore e misogino di Zeiller che è accusato di avere celato abilmente contenuti retrivi sotto una apparenza moderna e liberale. Il giudizio sostanzialmente negativo formulato sulla impostazione conferita al diritto di famiglia sembra tuttavia riflettere soprattutto la mentalità e le esigenze contemporanee senza tenere abbastanza conto delle circostanze storiche nelle quali il codice è stato redatto. Le condizioni economiche, culturali e sociali dei Paesi asburgici nei primi anni dell'Ottocento non erano ancora sviluppate al punto da consentire cambiamenti radicali nell'assetto della famiglia, che del resto in tutta l'Europa era particolarmente legato alla tradizione e refrattario alle novità. Come è stato illustrato, in Austria l'organizzazione del lavoro e le strutture sociali continuarono a condizionare la donna attribuendole un ruolo essenzialmente domestico e riproduttivo ancora nel XIX secolo senza modificare sensibilmente gli schemi patriarcali di origine medievale<sup>61</sup>. Sia nel caso di separazione che di divorzio, la situazione femminile non appare peraltro particolarmente debole in quanto le questioni economiche degli sposi erano regolate secondo i patti nuziali o gli accordi raggiunti successivamente, dando al soggetto non colpevole la facoltà di chiedere la soluzione a lui più conveniente (§ 1263, 1264). Va inoltre sottolineato che, nell'attesa di risolvere le eventuali contese sulla divisione dei beni e l'affidamento dei figli, la legge imponeva all'uomo un adeguato mantenimento della moglie e della prole (§ 108, 117).

È senza dubbio vero che l'ABGB non realizzò la parità dei sessi e che mantenne nei rapporti all'interno della famiglia elementi di disparità, tuttavia si deve riconoscere che le disposizioni riguardanti le donne erano generalmente più liberali di quelle stabilite nelle legislazioni coeve di altri Stati. Si può al riguardo accogliere l'opinione per cui lo spirito di moderazione del codice asburgico ha consentito di attenuare gli schemi passati e di aprire nuove prospettive senza provocare lo sconcerto e l'opposizione derivanti da un deciso conflitto con l'assetto vigente<sup>62</sup>.

## 9. Il codice francese: elementi per una comparazione

Un confronto sintetico con il *Code Napoléon* può essere utile a valutare meglio le aperture liberali della normativa asburgica. Sebbene la legge francese infatti si distaccasse definitivamente dal diritto canonico e dall'insegnamento della Chiesa, realizzando una disciplina laica che introduceva il matrimonio civile e il divorzio, la posizione della donna appare alquanto più arretrata e subalterna di quella configurata nell'ABGB. Essa, secondo quanto è stato ripetutamente affermato, era concepita in funzione della struttura verticistica e autoritaria della famiglia che doveva formare la base e la cellula fondamentale di uno Stato fortemente accentrato. L'intero potere decisionale era attribuito all'uomo che ne era a capo, mentre la moglie e i figli si trovavano in uno stato di netta dipendenza<sup>63</sup>. Se l'art. 212 sembrava porre gli sposi

<sup>61</sup> Sulla persistenza del modello patriarcale di origine medievale cfr. J. Ehmer, *Die Stellung der Frau in der Familie vom feudal-ständischen zum bürgerlichen Patriarchalismus*, in E. Weinzierl et Alii (curr.), *Justiz und Zeitgeschichte. Symposionsbeiträge 1976-1993*, 2 voll., Wien 1995, I, pp. 205 ss.

<sup>62</sup> F.-S. Meissel, *De l'esprit de modération*, cit.

<sup>63</sup> Sulla donna e la famiglia nel *Code Napoléon* cfr. Ph. Sagnac, *La législation Civile de la Révolution française (1769-1804). Essai d'histoire sociale*, Paris 1898 (ristampa anastatica Genève 1979), pp. 245 ss, 294 ss.,

formalmente su uno stesso piano stabilendo che essi si dovevano mutualmente fedeltà, aiuto e assistenza, le norme successive si ispiravano decisamente all'antico assunto della debolezza e incapacità femminili e limitavano drasticamente i diritti della donna. L'art. 213 prospettava immediatamente una situazione di forte disparità affermando che il marito doveva protezione alla moglie e la moglie obbedienza al marito. Come è stato osservato, in tal modo la legge assegnava allo sposo un ruolo nettamente superiore riconoscendogli non tanto la direzione degli affari familiari quanto un potere indeterminato, e quindi assoluto, di dare ordini e una potestà altrettanto estesa sull'intera persona della sposa che veniva a trovarsi in una condizione di completa subordinazione<sup>64</sup>. Ciò era confermato dall'art. 214 che riduceva strettamente la libertà della moglie, obbligata ad abitare con il marito e a seguirlo ovunque egli ritenesse opportuno risiedere, e dalle norme seguenti che restringevano fortemente la capacità di agire della donna sposata. In base all'art. 215 non le era consentito stare in giudizio senza l'autorizzazione del marito anche se avesse esercitato pubblicamente il commercio, o non fosse in comunione o fosse in regime di separazione di beni. L'art. 217 le vietava in ogni caso di donare, ipotecare, acquistare a titolo gratuito od oneroso, senza il concorso del marito all'atto o il suo consenso scritto. Solo le commercianti potevano gestire i loro affari autonomamente (art. 220), mentre le altre donne, in caso di rifiuto del coniuge a sottoscrivere, avevano come unica possibilità la facoltà di rivolgersi al tribunale che, dopo avere sentito il marito, decideva se concedere o meno l'autorizzazione (art. 219). Questa procedura era necessaria per mettere la moglie in condizioni di agire anche se il marito era colpito da condanna a pena afflittiva o infamante, o era interdetto, o assente, o minore (art. 221, 222, 224). La preoccupazione della legge di impedire alla donna sposata la disposizione delle risorse familiari in modo più indipendente e di prevenire ogni occasione per ampliare la sua sfera di azione si riflette nell'art. 223 per cui se il marito dava un'autorizzazione generale (anche mediante contratto matrimoniale), essa era valida unicamente per l'amministrazione dei beni della moglie. Di fatto solo il testamento poteva essere redatto senza il suo beneplacito (art. 226).

La normativa napoleonica appare perciò decisamente discriminatoria poiché

---

369 ss.; J. Portemer, *Le statut de la femme en France, depuis la réformation des coutumes jusqu'à la rédaction du Code civil*, in *Recueils de la Société Jean Bodin*, XII, *La Femme*, Bruxelles 1962, pp. 447 ss.; G. Lepointe, *La femme au XIX<sup>e</sup> siècle en France et dans l'Europe occidentale*, ivi, pp. 499 ss.; J.-Ph. Lévy, *L'évolution du droit familial français depuis 1789*, in *Mélanges Roger Aubas (Recueil de mémoires et travaux publié par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens Pays de droit écrit)*, IX, Montpellier 1974, pp. 485 ss.; M. Garaud, R. Szramkiewicz, *La Révolution française et la famille*, Paris 1978, pp. 35 ss, 165 ss.; I. Théry - Chr. Biet (curr.), *La famille, la loi, l'État de la Révolution au Code Civil*, Paris 1989; R. Ganghofer, J.M. Pouchon, *Le droit de la femme dans le Code civil et l'ALR*, in *200 Jahre Allgemeines Landrecht*, cit., pp. 357 ss.; T. Ramm, *Das Familienrecht des Preussischen Allgemeinen Landrechts und des Code civil im Vergleich*, ivi, pp. 463 ss.; G. Di Renzo Villata, voce *Persone e famiglia*, cit., pp. 481, 518 ss.; J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris 1996, pp. 26 ss.; A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris 1996, pp. 189 ss.; P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, a cura di F. SOFIA, Bologna 2002, pp. 93 ss.; F. Marinelli, *La cultura del Code Civil. Un profilo storico*, Padova 2004, pp. 77 ss.; J.-F. Niort, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965)*, 2 voll., Aix-en-Provence 2004, I, pp. 140 ss.; X. Martin, *Misogynie des rédacteurs du Code civil: une tentative d'explication*, in "Droits", XLI, (2005), pp. 69 ss.; S. Caprioli, *Codice civile*, cit., pp. 28 ss.; P. Passaniti, *Diritto di famiglia*, cit., pp. 138 ss.

<sup>64</sup> A. Duncker, *Gleichheit und Ungleichheit*, cit., pp. 520 ss.

imponere alla sposa una serie di restrizioni, sottoponendola ad un ferreo controllo da parte del capofamiglia o dell'autorità giudiziaria, e stabiliva per lo sposo in realtà il solo obbligo di mantenimento secondo le sue possibilità, dato che quello di fedeltà risultava alquanto attenuato. La disuguaglianza tra i sessi emergeva infatti con evidenza nella diversa valutazione dell'adulterio femminile e maschile in quanto il primo dava diritto al marito di chiedere il divorzio (art. 229), mentre la moglie poteva ricorrere a tale mezzo unicamente se il coniuge avesse mantenuto una concubina nella abitazione comune (art. 230). Le norme del codice civile erano confermate da quello penale che all'art. 337 stabiliva per la violazione della fedeltà da parte della donna la sanzione del carcere da tre mesi a un anno, mentre all'art. 339 fissava per il mantenimento della concubina nella casa coniugale una multa da cento a duemila franchi.

I rapporti con i figli erano improntati a principi autoritari e patriarcali ispirati, secondo la diffusa opinione della storiografia, alla tradizione romanistica. Ciò emergeva già dalla intestazione del titolo IX, libro I, *De la puissance paternelle* che faceva riferimento esclusivamente al padre<sup>65</sup>. Se gli artt. 371 e 372 ponevano i genitori sullo stesso piano ordinando che i figli dovessero rispetto ad entrambi e rimanessero sotto la loro potestà fino alla maggiore età o all'emancipazione, l'art. 373 affermava chiaramente che solo il padre esercitava tale autorità durante il matrimonio. La legge gli attribuiva estesi poteri correzionali nei confronti dei figli - che poteva persino fare incarcerare se colpevoli di qualche mancanza ritenuta meritevole di punizione (art. 375 ss.) - e gli conferiva il godimento dei loro beni durante la minore età. La madre era esclusa da ogni decisione in merito ai castighi e alla gestione del patrimonio, rivestendo una funzione sussidiaria in quanto alla morte del padre subentrava nelle sue prerogative divenendo tutrice a pieno diritto (art. 390). Va notato tuttavia che, in tal caso, per ricorrere alle misure detentive era sottoposta al consenso di due parenti della linea paterna (art. 381) e che il marito poteva limitare la sua tutela mediante l'imposizione di un consiglio speciale investito della facoltà di autorizzare tutti gli atti o alcuni di essi (art. 391). La donna che passava a seconde nozze, poi, manteneva la tutela solo dopo avere ricevuto il parere favorevole del consiglio di famiglia (art. 395).

La condizione delle madri nubili era molto difficile perché la ricerca della paternità era vietata e solo in caso di rapimento corrispondente al periodo del concepimento si poteva adire le vie giudiziali per ottenere che l'uomo fosse dichiarato padre del figlio naturale (art. 340), mentre la ricerca della maternità era ammessa e il suo accertamento si basava sulle testimonianze (art. 341). Ad ulteriore rafforzamento della struttura gerarchica della famiglia e della stretta subordinazione della donna e dei figli, l'art. 1388 stabiliva che gli sposi non potessero derogare ai diritti derivanti dalla potestà maritale sulla persona della moglie e dei figli o appartenenti al marito come capo della comunità domestica, né alle altre norme sulla patria potestà e sulla tutela, né ai divieti del codice.

In questo contesto, il regime patrimoniale legale della comunione dei beni non comportava per la donna vantaggi di rilievo. La legge stabiliva che gli immobili acquisiti prima del matrimonio rimanessero di proprietà di ciascuno sposo, mentre i mobili, i frutti, gli interessi e gli incrementi acquisiti dopo la celebrazione ricadessero nella comunione (art. 1404). Tuttavia affidava l'amministrazione dei beni comuni al

<sup>65</sup> Sulla patria potestà nella disciplina napoleonica cfr. M. Cavina, *Il potere del padre*, I, cit., pp. 113 ss.; J-L. Halpérin, *Histoire du droit privé*, cit., p. 95 ss.; A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique*, cit., p. 325 ss.

solo marito che poteva venderli, alienarli e ipotecarli senza il concorso della moglie (art. 1421), e gli attribuiva anche la gestione delle sostanze personali della sposa autorizzandolo ad esercitare tutte le azioni mobiliari e possessorie spettanti a lei, mentre il consenso della proprietaria era necessario solamente per la vendita dei suoi immobili (art. 1428). La donna invece non aveva diritto a disporre senza autorizzazione del tribunale dei beni comuni neppure per fare uscire il coniuge dalla prigione o, in sua assenza, per procurare una adeguata sistemazione ai figli (art. 1427). Anche nei regimi diversi dalla comunione, che gli sposi potevano stipulare per contratto (art. 1529), le possibilità della moglie di utilizzare autonomamente le risorse economiche erano molto limitate. Veniva subito precisato che gli accordi escludenti la comunione non le davano alcun diritto ad amministrare i suoi beni né a percepirne i frutti poiché questi erano considerati come un contributo al marito per sostenere gli oneri del matrimonio (art. 1530). Egli manteneva il controllo dei mobili e degli immobili personali della consorte, di quelli costituenti la dote e di tutto ciò che essa acquisiva dopo le nozze seguendo le regole dell'usufruttuario, salvo la restituzione alla quale era tenuto dopo lo scioglimento del matrimonio o dopo la separazione dei beni decretata dal tribunale (art. 1531, 1533). Se nel contratto matrimoniale era stata scelta la separazione dei beni, la donna aveva diritto alla gestione dell'intero suo patrimonio e al godimento dei relativi frutti, contribuendo alle spese familiari fino a un terzo dei suoi introiti (artt. 1536, 1537), ma in nessun caso era abilitata a vendere gli immobili senza autorizzazione del marito o del tribunale (art. 1538). Se poi affidava il suo patrimonio al coniuge, questi non era obbligato a rendere conto dell'impiego dei frutti per il passato, ma solo a redigere una relazione sulla situazione presente (art. 1539). Nel regime dotale la legge sottolineava che esclusivamente al marito spettavano l'amministrazione del patrimonio, le azioni contro i debitori, la percezione degli interessi e dei rimborsi di capitale, mentre solo se previsto nel contratto, la moglie avrebbe potuto godere di una parte degli introiti per il suo mantenimento e le sue esigenze (art. 1549); il marito inoltre non era tenuto a prestare cauzione per l'acquisto della dote (art. 1550). Gli immobili costituiti in dote non potevano essere alienati o ipotecati dagli sposi salvo alcune eccezioni espressamente indicate dal codice per fare fronte a necessità della famiglia (sistemazione dei figli, liberazione dal carcere di uno degli sposi, erogazione di alimenti, pagamento dei debiti della donna ecc.) ma anche in questi casi era indispensabile l'autorizzazione del marito o del giudice (art. 1554 ss.). Lo scambio con altro immobile di analogo valore richiedeva invece il consenso della donna e del tribunale (art. 1559). Se la conservazione della dote era messa in pericolo dalle azioni del marito, la moglie poteva rivolgersi al tribunale per ottenere la separazione dei beni (art. 1443, 1563), ma come è stato da tempo osservato, questo rimedio era insufficiente e tardivo perché il ricorso ad esso era previsto quando ormai il patrimonio femminile era già stato danneggiato<sup>66</sup>.

Nelle successioni il *Code Napoléon* non faceva distinzione tra i sessi ma la donna sposata non poteva accettare l'eredità senza l'autorizzazione del marito o del tribunale (art. 776). Le regole relative ai diritti del coniuge superstite erano le stesse per l'uomo e la donna: essi ereditavano solo in mancanza di altri successibili oltre il dodicesimo grado (art. 767) ed erano tenuti ad osservare una serie di formalità – quali la

<sup>66</sup> M. Weber, *Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung. Eine Einführung*, Tübingen 1907, pp. 329.

suggellazione della massa, la redazione del beneficio d'inventario, la prestazione di cauzione – volte a garantire la conservazione del patrimonio nell'eventualità che si presentasse un altro erede (art. 769 ss.). Erano ammesse le donazioni fra coniugi mediante i contratti matrimoniali con la precisazione che esse erano sempre annullabili e la donna per la revoca non aveva bisogno del benestare del marito o del tribunale (art. 1096). Erano consentiti entro certi limiti anche i patti successori (art. 1094), ma non le donazioni reciproche né tra vivi né per testamento in un unico atto ed era vietato superare i valori massimi indicati o effettuare donazioni nascoste (art. 1097, 1099). Mancavano norme e istituti specifici assimilabili a quelli del codice austriaco per assicurare alla vedova priva di mezzi un adeguato mantenimento, in caso di assenza di convenzioni o di disposizioni testamentarie.

Qualche storico ha osservato che lo *status* della donna nel Code Napoléon era in parte perfino peggiore rispetto all'antico regime e ha attribuito alla diretta influenza dell'imperatore la tendenza all'esasperata limitazione dei diritti femminili<sup>67</sup>. Al riguardo, esaminando i lavori preparatori, è stato rilevato che gli interventi di Bonaparte erano ispirati ad atteggiamenti dispotici e militareschi, riconducibili non tanto ad influenze intellettuali e teoriche quanto a personali esperienze quali le impostazioni patriarcali della società corsa, le impressioni circa l'eccessiva libertà delle donne durante la Rivoluzione, le sue vicende matrimoniali. Ciò lo avrebbe indotto a concepire una normativa mirata allo stretto controllo delle donne poste in una condizione di netta dipendenza in ogni aspetto della loro esistenza. Altri invece hanno sostenuto che le radici di tali tendenze affondavano nella tradizione francese e nella mentalità diffusa tra i giuristi. È stato sottolineato infatti che la caduta di Napoleone non produsse mutamenti nel sistema e che la dottrina del XIX secolo confermò le impostazioni del codice sostenendo che la preminenza del marito e la subordinazione della moglie fossero dettati dal diritto naturale e che la gerarchia familiare fosse necessaria all'ordine pubblico. Salvo qualche isolata eccezione, come Raymond Théodore Troplong e Émile Acolas, la giurisprudenza non mostrò interesse per la questione e non si preoccupò di rimediare alla disparità tra i sessi ma continuò a perpetuare la discriminazione fondandola sul pregiudizio della debolezza intellettuale e fisica della donna<sup>68</sup>.

#### 10. Trattati giuridici e dibattito nell'Ottocento austriaco

Alcuni studi sembrano indicare che la scienza giuridica austriaca della Restaurazione non si sia discostata molto, negli obiettivi e nello spirito, da quella francese in quanto, lungi dal mirare a sviluppare le premesse dell'*ABGB* in senso favorevole all'ampliamento dei diritti delle donne, si orientò verso interpretazioni che, distorcendo o restringendo le originarie aperture, bloccavano ulteriori progressi. In tal modo il carattere avanzato e liberale della disciplina asburgica sulla famiglia e sullo *status* femminile sarebbe stato in gran parte soffocato con argomentazioni analoghe a

<sup>67</sup> M. Weber, *Ehefrau und Mutter*, cit., pp. 320-321; A. Duncker, *Gleichheit und Ungleichheit*, cit., pp. 522 ss.

<sup>68</sup> J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé*, cit., pp. 82 ss.; J. David, *Les droits de l'homme, le droit naturel et les femmes: regards de juristes du XIX<sup>e</sup> siècle*, in *Droit naturel et droits de l'homme. Actes des Journées internationales de la Société d'histoire du droit Grenoble-Vizille, 27-30 mai 2009*, Textes réunis par M. Mathieu, *Préface* de J.-M. Carbasse, Grenoble 2011, pp. 167 ss.

quelle dei giuristi francesi, facendo perno sulle qualità naturali dei sessi e sulle esigenze del buon ordine sociale<sup>69</sup>. Mentre la conferma di questa opinione attende di emergere da una più ampia analisi dei numerosi commentari e dalla ricostruzione della giurisprudenza dell'epoca, terreni di ricerca finora non sufficientemente approfonditi dalla storiografia, va segnalata la pubblicazione di alcune opere specificamente dedicate alla condizione giuridica delle donne, che testimoniano l'interesse per la materia e la presenza di un dibattito.

Molto ampio e dettagliato è il trattato in due volumi edito nel 1834 da Joseph Linden<sup>70</sup>. Nell'introduzione l'autore affermava che il suo scopo era di far conoscere alle donne il complesso delle leggi che le riguardavano, come già era stato fatto in altri Paesi europei, in particolare in Francia con i lavori di Auguste-Charles Guichard e Narcisse Epaminondas Carré, e in Prussia con un'opera attribuita ad un certo Hesse<sup>71</sup>. Egli iniziava il primo volume con la spiegazione dei concetti fondamentali quali quelli di legge, di diritti delle persone, di cittadinanza, di famiglia per poi passare alla particolareggiata e ordinata illustrazione dell'istituto del matrimonio in tutti i suoi aspetti, approfondendo le formalità contrattuali, gli impedimenti, i diritti e doveri tra i coniugi, i profili patrimoniali, i rapporti con i figli, la tutela e curatela. Una trattazione particolarmente precisa e minuziosa era infine dedicata alle norme relative ai reciproci obblighi tra le padrone di casa e i domestici che venivano considerati parte integrante e rilevante della comunità familiare<sup>72</sup>. Nella sua esposizione, Linden si basava sul codice e, evitando una pura e semplice esegesi del testo, realizzava un esame organico e sistematico ma non pedissequo. Egli per chiarire gli argomenti, spiegare le ragioni delle regole e mostrare l'evoluzione degli istituti, utilizzava anche una serie di fonti diverse come il diritto canonico, le antiche ordinanze, le leggi penali, le istruzioni e i decreti passati e recenti, le opere dottrinali tra le quali molto citata è quella di Thomas Dolliner sul matrimonio<sup>73</sup>.

Il secondo volume era interamente occupato dalla descrizione delle istituzioni e fondazioni riservate alle donne, create nei secoli passati e tuttora attive nelle principali città dell'Impero. Numerose erano soprattutto le strutture per accogliere le nobili, che presentavano diverse finalità mirando a risolvere i problemi che esse dovevano affrontare in vari momenti della loro vita. Alcuni istituti erano destinati all'educazione

<sup>69</sup> U. Floßmann, *Das Geschlechterverhältnis in der Rechtslehre Franz von Zeillers*, cit., pp. 192 ss.

<sup>70</sup> J. Linden, *Das österreichische Frauenrecht*, 2 voll., Wien 1834. Linden (1785-1866), nato a Vienna e figlio di un facoltoso commerciante, dopo avere compiuto nel 1810 gli studi giuridici, percorse una brillante carriera amministrativa giungendo ad essere nominato procuratore camerale e consigliere aulico. Godette della fiducia di Metternich che gli affidò importanti incarichi e scrisse varie opere giuridiche tra le quali una comparativa dedicata all'ABGB e numerosi scritti su argomenti camerali e fiscali che furono molto apprezzati dagli operatori del settore amministrativo e commerciale. Su di lui cfr. C. von Wurzbach, *Biographisches Lexicon*, cit., XV, 1866, pp. 203-204; W. Winkelbauer, voce *Linden Joseph Sigmund*, in *Österreichisches biographisches Lexikon 1815-1950*, V, Wien 1972, p. 219.

<sup>71</sup> A. Ch. Guichard, *Le code des femmes, de leurs droits, privilèges, devoirs et obligations*, 2<sup>a</sup> ed., Paris 1828; N. E. Carré, *Code des femmes ou analyse complète et raisonnée de toutes les dispositions législatives qui règlent les droits et les devoirs de la femme dans les différentes positions de la vie*, 2<sup>a</sup> ed., Paris 1828; *Das preussische Frauenrecht, oder der juristische Rathgeber für Frauen in gerichtlichen und außergerichtlichen Vermögens-, Schuld-, Bürgerschafts-, Ehe-, Vormundschafts- und Erbschaftsangelegenheiten. Von einem praktischen Juristen*, Quedlinburg-Leipzig 1829.

<sup>72</sup> J. Linden, *Das österreichische Frauenrecht*, cit., I, pp. 338 ss.

<sup>73</sup> Th. Dolliner, *Handbuch des in Oesterreich geltenden Eherechts*, 2 voll., Wien-Triest 1813-1818.

delle ragazze, altri a custodirle fino al matrimonio, altri ad offrire alle vedove o alle non sposate la possibilità di condurre dignitosamente l'intera esistenza in una comunità adeguata al loro rango senza pesare sulla famiglia. L'autore avvertiva che l'accoglimento in queste case era sottoposto ad una serie di stringenti regole e subordinato al possesso di requisiti di ceto per i quali bisognava produrre prove certe. Particolarmente precise e dettagliate erano le norme della *Savoysche Fräulein Stiftung* di Vienna della quale egli riportava gli statuti e la formula di giuramento che erano stati poi imitati da molte altre istituzioni<sup>74</sup>. Linden, dopo avere passato in rassegna le fondazioni riservate alle donne dell'aristocrazia, prendeva in esame le molteplici soluzioni che venivano incontro alle necessità delle orfane, nubili e vedove di altri strati sociali. Egli prospettava un ampio ventaglio di pensioni, sovvenzioni, istituti, provvedimenti in loro favore distinguendo accuratamente in base alla appartenenza delle interessate alle categorie degli impiegati, dei militari, dei commercianti, senza trascurare le giovani che intendevano abbracciare lo stato monacale. Per ciascun caso forniva informazioni, riferimenti legislativi, chiarimenti e indicazioni pratiche che formavano nell'insieme una guida molto ricca e articolata, sicuramente di grande utilità per orientarsi nell'intricato panorama delle possibilità a disposizione nell'ambito dallo Stato asburgico.

Oltre un ventennio dopo, Franz Joseph Schopf pubblicava un lavoro analogo negli intenti e nel contenuto a quello di Linden<sup>75</sup>. Nella premessa l'autore affermava che le leggi della natura, della religione e dello Stato avevano definito il ruolo della donna nella sua qualità di moglie, madre, vedova, padrona di casa e cittadina assegnandole una serie di diritti e doveri che nel loro insieme costituivano un particolare *status* (*Frauenrecht*), per molti aspetti diverso da quella degli uomini. Lo scritto si proponeva di offrire una guida pratica sia alle donne appartenenti alle diverse classi sociali per aiutarle ad affrontare con maggiore consapevolezza le circostanze della vita, sia ai funzionari pubblici che sarebbero stati agevolati nelle loro mansioni dalla trattazione organica e completa di una materia dispersa in varie fonti<sup>76</sup>. L'introduzione ribadiva l'assioma della netta differenziazione dei compiti tra i sessi, derivante dalle capacità fisiche e intellettuali decretate dalla natura, e accennava ai recenti movimenti emancipazionisti volti a liberare le donne dai loro limiti. Schopf giudicava una assurdità queste pretese in quanto si contrapponevano alle leggi della creazione e affermava che, a causa delle loro peculiari caratteristiche, gli uomini si realizzavano nello Stato e nella scienza mentre le donne nella famiglia e nella vita di società. Aggiungeva che le leggi vigenti già assicuravano alle donne una notevole libertà consentendo loro al pari degli uomini di essere proprietarie, di ereditare, di gestire il patrimonio, di chiedere la separazione, di ricorrere alla tutela legale, di istruirsi, di

<sup>74</sup> J. Linden, *Das österreichische Frauenrecht*, cit., II, pp. 11 ss.

<sup>75</sup> F.J. Schopf, *Das österreichische Frauenrecht*, Pest 1857. Schopf, nato a Brünn nel 1787, partecipò alle campagne militari del 1809, studiò giurisprudenza, si inserì giovanissimo nella carriera amministrativa ed esercitò con successo l'avvocatura. Personalità versatile, attivissima e dai molteplici interessi, pubblicò una straordinaria quantità di opere su diversi temi giuridici fra i quali il diritto di caccia, il forestale, l'agrario, il commerciale, il successorio, il matrimoniale, l'amministrativo, il militare. Su di lui cfr. C. von Wurzbach, *Biographisches Lexicon*, cit., XXXI, Wien 1876, pp. 230 ss.; G. Kohl, *Franz Joseph Schopf. Leben und Werk eines Vergessenen*, in "Unsere Heimat. Zeitschrift für Landeskunde von Niederösterreich", LXXII (2001), pp. 100 ss.

<sup>76</sup> F.J. Schopf, *Das österreichische Frauenrecht*, cit., pp. III-IV.



dedicarsi alle arti e persino di divenire scrittrici. In generale, esse avevano possibilità di scelta o almeno di esprimere un parere sulle questioni riguardanti il loro futuro come il matrimonio, mentre l'esclusione dai tribunali, dalle cattedre e dalla politica era ampiamente compensata dalla preminenza nella vita familiare e sociale<sup>77</sup>. Tale gerarchia rispecchiava quella più ampia delle istituzioni pubbliche: significativo al riguardo appare che secondo l'autore l'insieme dei cittadini formasse una unica grande famiglia articolata in tre gradi: la comunità domestica patriarcale retta dall'uomo, gli organismi locali guidati dalle autorità ad essi preposte e lo Stato sottoposto alla suprema guida dell'imperatore che garantiva la sicurezza della proprietà e delle persone<sup>78</sup>.

Il volume dedicava la prima e più estesa sezione alla condizione femminile nell'ambito della famiglia, affrontando ordinatamente i temi del matrimonio, dei rapporti tra coniugi e con i figli, della vedovanza, della conduzione della casa, del corretto comportamento nei confronti degli altri parenti. Schopf si atteneva soprattutto ai paragrafi dell'*ABGB*, ma citava anche spesso il codice penale, recenti decreti, varie ordinanze e trattati da lui stesso pubblicati. Alla illustrazione degli istituti propriamente giuridici venivano affiancati consigli e informazioni su materie che, pur non essendo oggetto di norme, erano importanti sul piano della vita pratica. Tali erano ad esempio i suggerimenti indirizzati ai genitori e tutori delle ragazze perché valutassero attentamente i costumi, la salute, lo stato economico e il carattere del futuro sposo per assicurare una unione felice<sup>79</sup>, oppure le numerose e dettagliate indicazioni rivolte alla padrona di casa per garantire entro le pareti domestiche la religiosità, la moralità, la salute, la buona gestione delle risorse e la corretta direzione della servitù<sup>80</sup>.

La seconda sezione, riguardante le problematiche relative alle donne nella società, trattava le questioni della cittadinanza, della fedeltà e obbedienza dovute alle autorità pubbliche, del rispetto delle persone e dei beni degli altri cittadini, della gestione del patrimonio, e delle attività lavorative praticabili. In questo ambito trovavano posto soprattutto argomenti di diritto penale, con l'illustrazione delle varie possibili violazioni delle leggi e delle relative sanzioni sulla base del vigente codice criminale, mentre le poche pagine sulle regole da osservare nel caso della assunzione di una occupazione redditizia sono rivelatrici delle scarsissime opportunità offerte dalla società dell'epoca. Stando al quadro tracciato dall'autore, le donne potevano impiegarsi autonomamente nella confezione di abiti, cappelli, materiali per pulizia, alimenti, o nella vendita di oggetti di uso casalingo e personale, mentre solo le vedove accedevano alla direzione di imprese e commerci di maggiore importanza subentrando alle iniziative dei defunti mariti, ma non veniva presa in considerazione nessuna attività di tipo professionale, educativo o intellettuale<sup>81</sup>.

La terza sezione del volume esaminava le misure e le istituzioni in favore di orfane e vedove tenendo ben presente le distinzioni di ceto in modo del tutto analogo a

---

<sup>77</sup> Ivi, pp. 1-2.

<sup>78</sup> Ivi, p. 4

<sup>79</sup> Ivi, pp. 9 ss.

<sup>80</sup> Ivi, pp. 101 ss.

<sup>81</sup> Ivi, pp. 175 ss.

quanto aveva fatto oltre vent'anni prima Linden<sup>82</sup>. Entrambi i trattati testimoniano la preoccupazione dell'ordinamento di assicurare un'adeguata assistenza alle donne prive di mezzi e di appoggio maschile, ma rivelano allo stesso tempo l'intenzione di controllarne l'autonomia imponendo rigide regole alle loro azioni e confinandole nell'ambito di istituzioni appositamente concepite per evitare l'indipendenza. Essi mostrano efficacemente il quadro di una società ancora caratterizzata dal modello cetuale, improntato ad una netta divisione tra gli *status* che definiva diritti, obblighi e ruoli differenti tra gruppi e individui.

Ben diverso spirito rivela l'opuscolo di Carl Ebner che già nel titolo manifestava l'intenzione di difendere i diritti innati delle donne<sup>83</sup>. La breve pubblicazione lasciava sullo sfondo i temi propriamente giuridici facendo riferimento solo in modo generico alle leggi vigenti, ma riveste grande interesse come testimonianza del dibattito in corso e delle istanze emancipazioniste presenti nella società austriaca dell'epoca. La passione e la partecipazione con cui sono esposti gli argomenti e il fatto che lo scrittore sia del tutto sconosciuto e ignorato dai dizionari biografici farebbe pensare ad uno pseudonimo di una donna colta, consapevole e insofferente della sua condizione. Nella premessa l'autore affermava che lo stato di dipendenza, insicurezza e subordinazione del genere femminile lo aveva indotto a prendere le difese di questa parte negletta dell'umanità, ricorrendo al supporto della storia e dei principi del diritto naturale. Egli annunciava di volere sottoporre ad attenta verifica le cause della attuale situazione di squilibrio che fino dall'inizio riconduceva essenzialmente all'egoismo degli uomini e alla sopravvalutazione delle qualità maschili che per secoli una vasta letteratura aveva considerato superiori intellettualmente e fisicamente in contrapposizione alla apatia e debolezza mentale femminili<sup>84</sup>. Ebner si prefiggeva di aprire la discussione e di richiamare l'attenzione su una questione la cui giusta soluzione era di vitale importanza per la metà del genere umano e chiariva di avere scelto una forma facile e scorrevole, adatta ad un pubblico vasto e soprattutto alle donne che, essendo escluse dall'istruzione superiore, non avrebbero probabilmente avuto la possibilità di accostarsi ad una trattazione più complessa e di carattere prettamente scientifico.

L'autore partiva dall'assunto per cui la ragione era caratteristica innata delle persone senza differenza tra i sessi al pari dei due istinti fondamentali di autoconservazione e riproduzione che formavano la base di tutti i diritti e gli obblighi degli individui<sup>85</sup>. Ne traeva la conseguenza che le donne avevano, al pari degli uomini, il compito di sviluppare le capacità fisiche e mentali necessarie a realizzare appieno la loro umanità e contestava vivacemente il pregiudizio che le riteneva poco inclini alla razionalità e deboli perché essenzialmente destinate alla maternità. La riproduzione, a suo avviso, era un valore e un bisogno meno forte di quello della conservazione che prevaleva sugli altri e in ogni caso, come dimostrava l'osservazione della natura, la protezione maschile, lungi dall'essere una necessità permanente, era solo legata a particolari circostanze. Il comportamento degli animali era improntato a questo criterio ma ciò

---

<sup>82</sup> Ivi, pp. 179 ss.

<sup>83</sup> C. Ebner, *Versuch zur Verteidigung der angeborenen Rechte des Frauengeschlechtes*, Wien 1845.

<sup>84</sup> Ivi, pp. V ss.

<sup>85</sup> Ivi, pp. 1 ss.

era confermato anche dal codice civile austriaco che imponeva all'uomo il mantenimento della moglie obbligando tuttavia questa ad aiutare economicamente il marito secondo le sue possibilità<sup>86</sup>. Ebner rilevava che presso i popoli primitivi, nei quali prevalevano gli aspetti materiali della vita, il ruolo femminile era circoscritto alla riproduzione e poco considerato, ma nelle civiltà evolute questa situazione non aveva ragione di perpetuarsi e la sottovalutazione della razionalità femminile comportava conseguenze negative per la società. In particolare sottolineava la difficile condizione delle donne rimaste nubili che, sprovviste di beni e di istruzione, finivano per diventare un peso mal sopportato dai loro parenti, o per adattarsi ad occupazioni di livello basso e poco retribuite, o per darsi all'immoralità, conducendo in ogni caso una esistenza infelice. Particolarmente triste appariva il destino delle borghesi che dapprima avevano conosciuto l'agiatezza ma poi, senza un marito, si riducevano spesso in povertà poiché le attività consentite alle donne erano di scarsissima utilità, poco redditizie e insufficienti a mantenere un tenore di vita dignitoso<sup>87</sup>.

Lo scrittore sosteneva con particolare energia la necessità che lo Stato si impegnasse a migliorare l'istruzione delle giovani, fino ad allora trascurata, creando scuole di vari gradi in tutte le discipline. Era convinto che le donne fossero perfettamente in grado di imparare qualsiasi scienza al pari degli uomini, mentre la diffusa opinione della loro esclusiva vocazione familiare fosse un pregiudizio ormai obsoleto<sup>88</sup>. Notava che la stessa legge civile indirettamente ne riconosceva le capacità quando affidava ad entrambi i genitori la cura dei figli e quando, in vari casi, addossava alle sole madri il loro mantenimento. Una maggiore autonomia economica delle ragazze avrebbe sicuramente favorito la crescita dei matrimoni, per i quali spesso la scarsità dei mezzi costituiva un impedimento, e l'intera società avrebbe beneficiato del contributo di una parte della popolazione fino ad allora rimasta ai margini. Bastava osservare l'abilità di molte vedove nel proseguire e talvolta migliorare le imprese dei loro mariti per avere la conferma delle loro capacità nel commercio, ma anche tutte le scienze sarebbero avanzate più rapidamente con l'apporto di nuove forze. Ebner osservava che il progresso femminile era stato a lungo ostacolato dai pregiudizi maschili dato che gli uomini manifestavano un grande disagio di fronte alle donne colte e restavano legati all'idea moralistica per cui l'emancipazione si accompagnava alla dissolutezza dei costumi<sup>89</sup>. Pur prendendo le distanze dalle posizioni più radicali di coloro che auspicavano una totale equiparazione dei sessi nelle funzioni e negli uffici pubblici, egli in realtà si dimostrava favorevole all'ingresso delle donne in molte attività lavorative. Decisamente contrario alla loro struttura fisica e psicologica gli sembrava il servizio nell'esercito, nonostante qualche eccezione e rari esempi della storia, mentre non riteneva di escludere del tutto l'ipotesi di accesso alla magistratura e all'avvocatura. Sebbene queste professioni gli apparissero poco consone alla sensibilità femminile, fossero tradizionalmente riservate agli uomini e per il momento sembrasse irrealistico un passo così importante, lo scrittore lasciava aperto uno spiraglio per il futuro<sup>90</sup>. Per

---

<sup>86</sup> Ivi, p. 7.

<sup>87</sup> Ivi, pp. 12 ss.

<sup>88</sup> Ivi, pp. 17 ss.

<sup>89</sup> Ivi, pp. 27 ss.

<sup>90</sup> Ivi, pp. 30 ss.

contro la scienza medica, la farmacia, la chimica, la meccanica, l'architettura e l'insegnamento anche universitario erano giudicati adatti alle caratteristiche e alle capacità femminili. La crescita economica dell'Europa richiedeva del resto un cambiamento nel sistema del lavoro e in particolare l'eliminazione di quelle strutture corporative, ancora vitali nei territori asburgici, che erano tenacemente contrarie ad accogliere le donne impedendo loro di dedicarsi ad occupazioni produttive. Nelle ultime pagine dell'opuscolo si osservava che la dedizione e l'energia dimostrate dalle donne nelle associazioni benefiche a favore dei deboli e degli emarginati avrebbero dovuto rivolgersi anche a risollevarle le sorti del loro sesso, puntando ad ottenere le strutture per una solida istruzione che a sua volta avrebbe consentito l'accesso a lavori qualificati e prospettato una vita complessivamente migliore.

Tali posizioni, per l'epoca molto avanzate, apparvero eccessive e suscitavano perplessità come emerge dalle considerazioni della letterata Marie von Thurnberg che affermava di volere esprimere il punto di vista femminile su alcune recenti pubblicazioni con l'intento di contribuire alla discussione in corso<sup>91</sup>. In realtà il suo scritto, più ampio di quello di Ebner, aveva una impronta conservatrice e mirava a controbattere, con uno stile retorico, ripetitivo e talvolta confuso, le argomentazioni a favore della parità insistendo sulla differenza insormontabile tra i ruoli dei sessi nella famiglia e nella società. L'autrice giudicava positivamente l'ipotesi che le donne, anziché occuparsi di frivolezze, si dedicassero a migliorare la loro cultura ed esortava i mariti a non opporsi a queste aspirazioni, ma escludeva categoricamente che esse potessero utilizzare le loro conoscenze in modo professionale e autonomo poiché erano destinate essenzialmente ai compiti di padrona di casa e di madre. Consigliava perciò di fornire alle ragazze innanzitutto una istruzione nelle faccende domestiche, nella cucina, nel cucito, nella religione, nella geografia, nelle lingue straniere (soprattutto la francese), nella danza, nella musica e successivamente nella letteratura, nella pittura, e riteneva opportuno che avessero qualche nozione di medicina. Tuttavia sottolineava la necessità di sorvegliare attentamente le letture escludendo quelle poco adatte e di impedire un impegno troppo serio nello studio per evitare deviazioni dal fondamentale ruolo familiare che la natura aveva assegnato al genere femminile.

Senza dubbio questa scrittrice rifletteva l'opinione diffusa nella società asburgica del suo tempo ma l'attiva partecipazione delle donne alla rivoluzione del 1848, manifestatasi fra l'altro con la creazione nell'agosto di quell'anno di una associazione specificamente finalizzata alla realizzazione della parità (*Wiener Demokratische Frauenverein*), dimostra quanto fosse sentita l'esigenza di cambiamento<sup>92</sup>. Come è stato illustrato, tuttavia, né in quell'occasione né con l'avvento del costituzionalismo nel 1867, né attraverso la successiva azione dei movimenti femminili di ispirazione liberale, socialista e cattolica si giunse a riformare significativamente il diritto vigente<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> M. von Thurnberg, *Gedanken einer Frau über die angeborenen Rechte des Frauengeschlechtes*, Wien 1846. L'autrice (1810-1886), che aveva sposato l'alto ufficiale dell'esercito Ferdinand von Augustin ma usava qui una parte del suo cognome da nubile (Regelsberg von Thurnberg), era apprezzata pittrice, poetessa e scrittrice di novelle e romanzi. Su di lei cfr. C. von Wurzbach, *Biographisches Lexicon*, cit., I, Wien 1856, pp. 91-92; voce *Augustin, Marie Freiin von*, in *Bio-Bibliographisches Literaturlexicon Österreichs*, Wien 1963, p. 11; voce *Augustin, Maria*, in *Allgemeines Künstler-Lexicon*, V, München-Leipzig 1992, p. 638.

<sup>92</sup> Per una visione di insieme sul tema cfr. U. Floßmann, *Frauenrechtsgeschichte*, cit., pp. 103 ss.

<sup>93</sup> Ivi, pp. 108 ss.

Solo dopo la prima guerra mondiale la questione cominciò in Austria, come in altri Paesi europei, a suscitare maggiore attenzione e politiche legislative più serie e incisive.