

Federico Sciarra

I *Tribunaux de famille* durante la Rivoluzione un'esperienza di arbitrato obbligatorio

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'*arbitrage* pre-rivoluzionario: allontanamento dalla concezione negoziale dell'istituto e tentativi di giurisdizionalizzazione – 3. Il pensiero giuridico francese nel XVII e XVIII secolo – 4. La risoluzione dei conflitti familiari tramite arbitri nel periodo rivoluzionario: *les Tribunaux de famille* (1790-1796).

ABSTRACT: The history of alternative dispute resolution methods (ADR) is linked to internal legal systems' evolutions, indeed during the French Revolution arbitration was enhanced due to the general distrust towards Old Regime judges. Arbitration, historically linked to freedom in devolution of disputes and in selection of relevant procedure, was rendered as mandatory in relation to certain matters, especially under family law through the institution of the *Tribunaux de famille* in 1790. The institution of said *Tribunaux de famille* also represented an instrument aimed at the redefinition of family's social structure based on the democracy model according to the 1792 divorce law.

KEYWORDS: arbitration, justice, family law, equity, civil procedure.

1. Premessa

La configurazione dei poteri dell'arbitro come l'affermarsi vuoi della natura negoziale vuoi della natura giurisdizionale dello stesso istituto arbitrale, è fortemente legata all'evoluzione interna degli ordinamenti giudiziari¹. Laddove si presenta un grado maggiore di forza e autoritarismo da parte del potere centrale troveremo un corrispondente raggio di azione minore lasciato all'arbitrato, specialmente nella sua forma c.d. libera; al contrario, laddove si riscontra un'assenza di un potere centrale forte di regolamentazione dall'alto della giustizia, le forme libere di arbitrato si sviluppano maggiormente.

Nella presente trattazione si delimiterà il campo di indagine al periodo rivoluzionario francese cercando di descrivere l'atteggiamento del legislatore nei confronti di questo strumento giuridico di risoluzione delle controversie alternativo alla giurisdizione statale.

¹ Le origini del fenomeno arbitrale sono trattate in V. Rivalta, *I giudizi di arbitri. Saggio di legislazione e di giurisprudenza antica e moderna*, Bologna 1885. Per approfondire i modi di regolamento dei conflitti nelle diverse "strutture sociali" si veda, in particolare, N. Rouland, *Antropologie juridique*, Paris 1988; F. De Martino, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937; V. Piergiovanni, *Profili storici dal diritto romano al diritto medievale e moderno*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, Giurisprudenza Sistematica di Diritto Civile e Commerciale, Torino 1999; M. Marrone, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in "Rivista dell'arbitrato", VI.1 (1996), pp. 1 ss.; C. Tenella Sillani, *L'arbitrato d'equità. Modelli, regole, prassi*, Milano 2006; G. Ferri, *L'arbitrato tra prassi e sistemazione teorica nell'età moderna. Una nuova species nel genus, dall'Ancien Régime all'Italia del Novecento*, Roma 2012. Un'interessante riflessione sullo sviluppo di queste forme di giustizia è affrontata da M. R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority*, Yale 1986 (*I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it. A. Giussani e F. Rota, Bologna 1991).

2. L'*arbitrage* pre-rivoluzionario: allontanamento dalla concezione negoziale dell'istituto e tentativi di giurisdizionalizzazione

Nei secoli precedenti la Rivoluzione francese, a causa dell'avvento della monarchia assoluta, nonché della lenta ma progressiva formazione dello Stato in senso moderno e del diverso ruolo attribuito al giudice², il potere centrale in Francia andò rafforzandosi riunendo su di sé l'intera funzione giurisdizionale o, perlomeno, cercando di incamerare dentro i suoi rigidi schemi processuali quei fenomeni di giustizia privata, o rimedi alternativi alla giurisdizione ordinaria, che si erano sviluppati nei secoli precedenti.

Uno dei quesiti più interessanti, dal punto di vista storico-giuridico, è se tale evoluzione dell'ordinamento avesse recepito del tutto l'arbitrato nella sua forma libera all'interno di formule processuali rigorose o se tali forme libere fossero sopravvissute in qualche modo.

Per dare una risposta a tale quesito si deve partire dall'analisi della situazione in Francia, nel periodo antecedente le codificazioni³, laddove iniziò quel processo di irrigidimento dell'istituto arbitrale.

Le leggi emanate dai re di Francia avevano infatti contribuito a inquadrare gli schemi dell'istituto all'interno del potere pubblico e, soprattutto, a subordinarli ad un controllo giurisdizionale statale arginando così la tradizione consuetudinaria che ammetteva l'arbitrato in quanto mera espressione dell'autonomia negoziale⁴. Di fondamentale importanza, in quanto eserciterà una forte influenza sul codice di procedura civile del 1806, è l'editto di Francesco II, emanato a Fontainebleau nel 1560 ad opera del cancelliere Michel de l'Hospital, che impose una forma di arbitrato obbligatorio nelle liti tra parenti e commercianti⁵.

² N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino 1978, pp. 15 ss. L'autore sottolinea il cambiamento della posizione del giudice durante il formarsi dello Stato moderno. Il giudice da organo della società diventa funzionario dello Stato e gli è imposto un obbligo di risolvere le controversie in base al solo diritto prodotto, o riconosciuto, dallo Stato stesso; si assiste cioè a quel fenomeno di monopolizzazione della produzione giuridica da parte dello stato.

³ Sullo sviluppo dell'ordinamento francese nell'Antico Regime si veda P. Alvazzi del Frate, *Giustizia e garanzie giurisdizionali*, Torino 2011, pp. 11-26. Inoltre, per il periodo medievale, si veda M. Caravale, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna 1994, pp. 594-610. In generale si rinvia a G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1979, pp. 50 ss. nonché a A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 2005, pp. 303 ss.

⁴ In particolare venne stabilito dall'*Ordonnance* del 1510 all'art. 34 "Que toutes les parties qui compromettent en arbitres, arbitrateurs ou amiables compositeurs, et chacun d'eux avec abjection de peine; après que la sentence sera donne par lesdits arbitres, arbitrateurs ou amiables compositeurs, la partie prétendant être grevée, pourra recourir ou appeler au juge ordinaire, et si par le juge ordinaire la sentence desdits arbitres, arbitrateurs ou amiables compositeur, est confirmée en ce cas ne sera reçue partie à appeler de ladite sentence sinon en payant préalablement la peine apposée en l'arbitrage sauf toutefois à celle peine recouvrer s'il est dit en fin la cause"; per un maggior approfondimento sul tema si veda J. Hilaire, *L'arbitrage dans la période moderne*, in "Revue de l'arbitrage", 2000, n. 12, pp. 187 ss.

⁵ La ragione che portò all'emanazione dell'editto fu sostanzialmente: "Le désir que nous avons de faire vivre en paix et repos nos sujets nous fait penser tout le jours nouveaux moyens comme nous puissions empêcher la naissance des procès ou aussitôt qu'ils sont mus les éteindre". Per l'arbitrato nelle liti tra commercianti viene invece stabilito: "Que dorénavant nuls marchands ne pourront tirer par procès les uns des autres pur fait de marchandises par devant nos juges ou autres, ainsi seront contraints élire et s'accorder de trois personnages ou plus grand nombre en nombre impair, si le cas le

Questa posizione venne mantenuta e rafforzata da successive *Ordonnances royales*, raccolte di leggi per settori del diritto emanate al fine di organizzare sistematicamente varie fonti normative preesistenti⁶, come, ad esempio, l'*Ordonnance de Moulins* nel 1566 in materia di riforma della giustizia la quale riprende, quasi alla lettera, quanto scritto nell'editto di Francesco II⁷; altra *Ordonnance* importante in materia è quella del 1629 (il c.d. *Code Michaud*) - che aggiunge delle specificazioni sulla competenza e la modalità d'appello⁸ con l'effetto di portare all'interno del sistema statale il fenomeno arbitrale. La vera rottura con il passato si ebbe tuttavia successivamente, nel 1667, con l'*Ordonnance civile touchant la réformation de la justice*, passata alla storia con la denominazione *Code Louis*, che decreterà la statualità della procedura⁹.

Pur se in tale documento non vi fosse alcun riferimento diretto all'arbitrato, in realtà proprio le dettagliate regolamentazioni sia delle modalità di procedere dinanzi ai giudici (*forme de procéder par-devant les juges*) che dell'*iter* per addivenire ad un giudizio (*forme de procéder aux jugemens, et des pronunciations*), fanno presupporre che il legislatore francese volesse “sempre più costringere la figura dell'arbitro entro i confini dell'esercizio di una giurisdizione regolamentata e scandita dalla legge”¹⁰. Altre modifiche sono sopraggiunte con l'*Ordonnance* di Luigi XIV nel 1673 in materia

requérait, marchands ou d'autre qualité, et se rapporter à eux de leurs différends; et que ce qui serait par eux jugé et arbitré tiendrait comme transaction et jugement souverain: et serait tenu les juges, à la requête des parties, mettre ou faire mettre à exécution tels jugements sommairement et de plain et sans figure de procès comme s'ils étaient donnés par eux; et où lesdites parties ne voudraient ou ne pourraient convenir lesdits personnages, en ce cas le juge ordinaire des lieux les y contraindrait, et au refus du délai de les nommer, les choisirait ou nommerait sans que les parties fussent reçues à appeler de ladite nomination..”; si veda J. Hilaire, *L'arbitrage dans la période moderne (XVIe-XVIIIe siècles)*, cit., pp. 193 ss.

⁶ Cfr. J.-P. Royer, *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*, 3 ed., Paris 2001, pp. 35 ss.

⁷ Cfr. *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, par MM. Isambert - Decrusy - Taillandier, XIV, 1, Juillet 1559-Mai 1571, pp. 189 ss.

⁸ La prima del 1566 conferma sostanzialmente le disposizione dell'Ordinanza del 1560; mentre il *Code Michaud* arricchisce la normativa in materia di competenza e procedure di appello; dispone, infatti, che: “L'ordonnance sur le fait des arbitrages du mois d'août 1560 sera suivie; conformément à icelle les exécutions des sentences arbitrales renvoyées aux juges ordinaires et les appellations desdites sentences arbitrales aux juges présidiaux pour ce qui est de leur pouvoir et pour ce qui excèdera aux cours de parlement, si ce n'est que par le compromis les parties se soient soumises pour l'appel à nos parlements. Et ne pourront lesdites appellations être reçues que le jugement arbitral ne soit entièrement exécuté et la peine payée si elle est stipulé, à peine de nullité des arrêts donnés au contraire de la disposition présente”. Cfr. J. Hilaire, *L'arbitrage dans la période moderne (XVIe-XVIIIe siècles)*, cit., pp. 195 ss.

⁹ Tale intervento, statuendo il principio dell'obbedienza che il magistrato deve alla legge, ebbe l'effetto di ridurre, o quanto meno di incamerare, il diritto civile all'interno degli schemi processuali prefissati dal legislatore. Cfr. N. Picardi, *Code Louis*, I, *Ordonnance Civile del 1667*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. Picardi - A. Giuliani, Milano 1996.

¹⁰ Cfr. G. Ferri *L'arbitrato tra prassi e sistemazione teorica nell'età moderna. Una nuova species nel genus, dall'Ancien Régime all'Italia del Novecento*, cit., pp. 56 ss. Tale contributo monografico, oltre ad analizzare la disciplina dell'arbitrato civile nelle codificazioni processual-civilistiche dei secoli XVIII e XIX, ricostruisce l'evoluzione delle varie figure di arbitro nell'età moderna con riferimenti anche al periodo medievale. Si veda anche Id., *L'arbitrato libero nella stagione dei codici ottocenteschi. Un emblema della natura negoziale dell'istituto arbitrale?*, in C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2012, pp. 685 ss.

commerciale, con la quale si stabilì l'obbligo di inserire nel contratto di società la clausola compromissoria e, di conseguenza, si rese obbligatorio il ricorso all'arbitrato per tutte le questioni tra soci¹¹; un'ulteriore *Ordonnance* è quella del 1681 sulla marina, che disciplinò le modalità d'appello e la procedura per l'omologazione delle decisioni arbitrali.

La letteratura giuridica del XVII e XVIII secolo testimonia, come messo in luce da Luciano Martone attraverso lo studio della prassi notarile¹², la trasformazione dell'istituto ma, al tempo stesso, anche la confusione tra le varie figure succedutesi nel tempo, in quanto erede di caratteri derivanti dalla tradizione romanistica, di formule nate dalla prassi nonché di regole nuove che andavano emergendo in quel periodo.

Tra i più importanti autori sicuramente si può ricordare Sigismondo Scaccia, il quale, nel suo *Tractatus de iudiciis causarum, civilium et criminalium et hereticalium* del 1618 individua “tres species arbitrorum seu arbitratorum” definendo gli arbitri necessari *iudices*, muniti quindi di potere giurisdizionale, e inoltre descrive, come modello di natura contrattuale, gli *arbitri compromissarii*¹³.

Più legato agli aspetti pratici, nonché alla tradizione giuridica, è Gian Battista De Luca. Egli afferma la permanenza della distinzione tra *arbiter* e *arbitratores-amicabiles compositores*, dove il primo è di derivazione giurisprudenziale e continua ad essere di fonte negoziale pur se costretto a volte a delle regole processuali proprie dell'ordinamento giudiziario¹⁴. De Luca tuttavia afferma che l'istituto, a seguito delle sue modificazioni quali la più estesa impugnabilità del lodo nonché l'usanza di eleggere arbitri i magistrati ordinari, non sia più in grado di soddisfare le esigenze di celerità e di valutazione degli interessi in gioco delle parti connaturate all'istituto in esame¹⁵.

¹¹ Così l'*ordonnance* del marzo 1673 disciplina l'istituto : art. 9, “Toute société contiendra la clause de se soumettre aux arbitres, pour les contestations qui surviendront entre les associés; et encore que la clause fût omise, un des associés en pourra nommer, ce que les autres seront tenus de faire; sinon en sera nommé par le juge pour ceux qui en feront refus”; art.10: “Voulons aussi qu'en cas de décès ou de longue absence d'un des arbitres, les associés en nomment d'autres; sinon il en sera pourvu par le juge pour les refusants”; art. 11: “En cas que les arbitres soient partagés en opinions, ils pourront convenir de surarbitre sans le consentement des parties, et s'ils n'en conviennent, il en sera nommé un par le juge”; art. 12: “Les arbitres pourront juger sur les pièces et mémoires qui leur seront remis, sans aucune formalité de justice, nonobstant l'absence de quelqu'une des parties”; art. 13: “Les sentences arbitrales entre associés, pour négoce, marchandise ou banque, seront homologuées en la juridiction consulaire, s'il y en a; sinon ès sièges ordinaires de nos juges ou de ceux des seigneurs”; art. 14: “Tout ce que dessus aura lieu a l'égard des verve, héritiers, et ayants cause des associés”.

¹² L. Martone, *Arbiter-Arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli 1984, pp. 140 ss.

¹³ S. Scaccia, *Tractatus de iudiciis causarum, Civilium et Criminalium et hereticalium*, Venezia 1663, lib. II, cap. 9, *Arbiter seu arbitrator electi ex forma iuris communis*, p. 425: delle “tres species arbitrorum seu arbitratorum. Prima est, quando arbitrator seu arbiter est electus ex dispositione iuris communis...; Secunda est quando est electus ex dispositione alicuius statuti mandantis causam compromitti; Tertia est quando est electus ex mera voluntate partium” e “arbitri compromissarii dicuntur hii, qui sunt electi ex sola voluntate partium, nulla statuti aut legis necessitate cogente”.

¹⁴ Cfr. J. B. De Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae*, lib. XV, *De iudicii et de praxi Curiae romanae cum Relatione eiusdem Curiae forensis, eiusque Tribunalium*, rist. Venezia 1706, disc. XI.

¹⁵ Cfr. J. B. De Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae*, lib. XV, pars I, cit., Disc. XI.

3. La dottrina giuridica francese nel XVII e XVIII secolo

Fondamentale, soprattutto per l'influenza esercitata nel periodo rivoluzionario e napoleonico, è lo studio delle opere dei giuristi francesi vissuti negli anni successivi all'emanazione delle *Ordonnances*. Tali opere offrono, oltre a una precisa descrizione dell'applicazione dell'istituto prima della Rivoluzione, l'analisi dei cambiamenti intercorsi e dei loro effetti sull'applicazione dell'arbitrato nella prassi nonché sulla efficacia ed efficienza dell'istituto in quel periodo.

Abbiamo visto come esistesse un pensiero quasi unanime per quel che concerne la natura dell'istituto e la forma del compromesso, aspetti descritti in maniera analitica dal legislatore delle *ordonnances*; ciò tuttavia non sembra possibile affermarsi riguardo ai poteri in capo all'arbitro sui quali non intervengono le disposizioni normative: in particolare, il problema è se tali poteri fossero equiparati a quelli del giudice ordinario oppure risultassero essere poteri "confusi" con quelli dell'amichevole compositore.

Jean Domat nel suo sforzo di conciliare nell'istituto i caratteri derivanti dalla tradizione con una nuova mentalità, descritta nella sua fondamentale opera "Le lois civiles dans leur ordre naturel", offre una valida testimonianza di quanto i confini dell'istituto risultassero incerti in tale periodo.

Già dalla sua trattazione dell'istituto emerge come l'arbitrato venisse considerato un'attività giurisdizionale che operava in base a norme dettate dal potere sovrano: tale istituto diveniva così chiaramente un aspetto (o forma) dell'amministrazione della giustizia. Ciò può desumersi dal fatto che Domat considera appartenente alla sfera del diritto pubblico la questione sulla natura e sulla funzione dell'istituto, mentre per quanto concerne il compromesso ritiene che esso sia un settore proprio del diritto privato. Egli, infatti, sul punto, afferma che:

Toutes les matières dont on a traité jusqu'ici, sont par leur nature tellement du droit public, qu'il n'y en a aucune qui fasse partie du droit privé et don 't ait traité dans les lois civiles; mais le matière de ce titre est d'une telle nature, qu'elle s'y trouve mêlée: de sorte qu'elle renferme des règles qui sont du droit privé et d'autres qui sont du droit public: ce qui vient de la nature même des arbitrages et de la qualité du pouvoir qu'ont les arbitres de juger les différends don't on les fait juges. Car il faut considérer deux choses dans les arbitrages: la première est la convention des parties, qu'on appelle compromis, par le quel ceux qui veulent terminer ou prévenir des procès entre eux donnent pouvoir à des personnes qu'ils choisissent d'examiner leurs prétentions et de les juger et s'obligent à exécuter ce qui sera réglé par ceux qu'ils prennent pour juges; et la second est la fonction des arbitres choisis par les parties et les devoirs qui en sont les suites. Ce qui regard la convention des parties est une matière du droit privé, et on l'a traitée dans le première tome des lois civiles, avec les autres sortes de conventions, et sous le titre des compromis, et ce qui regarde la fonction et les devoirs des arbitres fait une matière de droit publique puisque c'est une espèce d'administration de la Justice. Ainsi quoiqu'on ait expliqué dans le titre de compromis la qualité du pouvoir qu'on les arbitre de juger par l'effet du consentement des parties, on n'y a pas expliqué les règles de leur fonctions et de leurs devoirs: et ce qui été dit dans ce titre des compromis du pouvoir des arbitres, ne regarde que l'effet que devait avoir le compromis, pour donner à ce pouvoir l'étendue ou les bornes que les parties veulent y donner. Ainsi on expliquera dans ce titre ce qui regarde les fonctions et les devoirs des arbitres par rapport à la fonction de rendre justice, ce qui convient aux matières du droit public, et sera la matière de deux sections, l'une des fonctions des arbitres et de leur pouvoir et l'autre de leurs devoirs¹⁶.

¹⁶ J. Domat, *Le lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1689, p. 185.

Domat non riesce ad eliminare l'eredità dei secoli di diritto comune. Pur delineando una figura unitaria di arbitro con le medesime funzioni attribuite al giudice ordinario afferma, al tempo stesso, che i poteri dell'arbitro sono legati alla volontà delle parti e, pertanto, essi hanno diversa natura rispetto a quelli del giudice, e in concreto quest'ultimo dovrà decidere in punto di diritto in base ad una attribuzione derivante direttamente dall'ordinamento giuridico. L'arbitro, tenuto a trovare un equilibrio tra i contrapposti interessi delle parti non dovrà necessariamente far ricorso all'applicazione dello stretto diritto ma potrà anche ricorrere a criteri equitativi.

Il ruolo degli arbitri è quello di pacificare la situazione in caso di liti; le sue funzioni infatti “ne sont pas bornées à la même sévérité, ni à la même exactitude que celle des juges”¹⁷; ovvero si dimostra come gli arbitri possano tener conto in una prospettiva ampia degli interessi contrapposti delle parti, le quali sembrano aver preso la via di una transazione più che quella di un giudizio vero e proprio.

Tale impostazione la troviamo anche in autori successivi. Claude-Joseph De Ferrière¹⁸ ad esempio dà una generica definizione di arbitrato, quale forma alternativa alla giurisdizione ordinaria a cui le parti ricorrono attribuendo ad un giudice privato il potere di risolvere la lite. Tale potere viene distinto da quello dell'amichevole compositore chiamato a trovare un equilibrio delle posizioni delle parti secondo equità, senza esser tenuto a rispettare fedelmente le formalità della giustizia e quindi al rigore del diritto. Mentre l'arbitro, infatti, deve seguire il diritto, ed è tenuto al rispetto dell'ordinamento giuridico anche se il potere è comunque attribuito dalle parti e ha natura negoziale.

La natura negoziale come punto di unione tra le due forme di arbitrato è l'elemento messo in rilievo anche da Jousse nel suo *Traité de l'administration de la justice*¹⁹.

4. Risoluzione dei conflitti familiari tramite arbitri nel periodo rivoluzionario: *les Tribunaux de famille*

L'amministrazione della giustizia d'*Ancien Régime* era sicuramente uno degli aspetti

¹⁷ Ivi. p. 187.

¹⁸ Claude-Joseph De Ferrière afferma infatti che l'arbitrato è “une espèce de Jurisdiction que les Avocats ou autres Particuliers exercent en vertu du pouvoir qui leur est donné par les Parties de décider leurs contestations”, inoltre definisce l'arbitratore come “celui qui est élu par les parties pour terminer leur différend à l'amiable, selon l'équité, sans être tenu de garder exactement les formalités de Justice, à la rigueur du Droit”, mentre l'arbitro “est appelé Arbitre de droit, parce qu'il doit suivre le Droit à la rigueur”, in *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de Droit, d'Ordonnances, de Coutume et de Pratique. Avec les juridictions de France. Par M. Claude-Joseph de Ferrière, Doyen des Docteurs-Regens de la Faculté de Droit de Paris, et Ancien Avocat en Parlement. Troisième Édition. Revue, corrigée et augmentée, par M. Claude-Joseph de Ferrière, I*, Paris 1754, p. 113.

¹⁹ Jousse afferma che “a partir du compromis qui les avait nommés les arbitres pouvaient aussi bien proposer formellement aux parties de clore l'affaire par une transaction dont ils établissaient les éléments”, in *Traité des arbitrages et compromis, in Traité de l'administration de la justice, ou l'on examine tout ce qui regarde la Jurisdiction en général; la Compétence, les Fonctions, Devoirs, Rangs, Séances et Prerogatives des Officiers de Judicature, et principalement des Présidiaux, Bailliages, Sénéchaussées, Prévôtés, et autres Justices ordinaires, tant royales que subalternes; ainsi que ce qui concerne les Greffiers, Notaires, Avocats, Procureurs, Huissiers, et autres Personnes employées pour l'exercice de la Justice. Par M. Jousse, Conseiller au Présidial d'Orléans, II*, Paris 1771, pp. 683-685.

più problematici e discussi: ciò lo si desume sia dal pensiero dei giuristi dell'epoca che dai *cabiers de doléances* che sono unanimi nel denunciare il suo malfunzionamento²⁰. A conferma del fatto che la legislazione familiare fosse al centro del pensiero dei rivoluzionari, sul lato giurisdizionale, troviamo l'istituzione di collegi arbitrali incaricati di dirimere le controversie in materia di diritto di famiglia.

Nel programma rivoluzionario la riforma della giustizia appariva di primaria importanza e l'*Assemblée constituante* ne era perfettamente cosciente, contando tra i suoi membri molti esperti di legge, i quali erano a conoscenza delle carenze del sistema giudiziario. I membri dell'*Assemblée* partirono dal presupposto che una semplice riforma in materia non sarebbe stata sufficiente per riorganizzare l'intero sistema della giustizia, ma sarebbe stato necessario formare un nuovo ordine giudiziario²¹.

Un posto di primaria importanza in questo nuovo ordine fu riservato all'arbitrato, in particolare in tema di diritto di famiglia. Tale favore in seno all'Assemblea, per questo metodo alternativo di risoluzione delle controversie, si ricollegava all'ideologia dei suoi membri, fortemente ostile verso la giurisdizione tradizionale ed influenzata da una corrente di pensiero anti-legalista.

Tale organo non accolse l'idea di una giustizia imposta dallo Stato e affidata ai giudici professionali, considerati i veri responsabili del malfunzionamento dell'intero sistema. La volontà dei costituenti fu quella di realizzare una giustizia rapida e l'arbitrato si adattò perfettamente a tali esigenze.

In questo contesto non stupisce il fatto che l'arbitrato si impose come modello privilegiato di risoluzione delle controversie nei primi anni della Rivoluzione²².

Con la legge 16-24 agosto 1790, c.d. *Décret sur l'organisation judiciaire*, l'Assemblea Costituente della Francia rivoluzionaria dispose il ricorso all'arbitrato necessario per le controversie tra congiunti, istituendo anche un apposito tribunale arbitrale (*Tribunal de famille*).

La suddetta legge esaltò il ricorso all'istituto arbitrale, affermando che esso risultava il modo più ragionevole per la risoluzione dei conflitti tra i cittadini e che il legislatore non avrebbe potuto creare alcuna disposizione che tendesse a diminuire il favore o

²⁰ Uno studio sul rapporto tra esigenze di giustizia ed esigenze di modernizzazione della famiglia è offerto da M. Garaud, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804*, vol. III. *La Révolution française et la Famille* (complété par R. Szramkiewicz), Paris 1978.

²¹ J.-P. Royer, *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*, cit., pp. 102 ss.

²² Ne è conferma la collocazione dell'arbitrato, nella legge 16-24 agosto 1790, al titolo primo "Des Arbitres"; tale titolo è composto da sei articoli; in particolare viene stabilito all'art. 1 che l'arbitrato costituisce "le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens"; all'art. 2 "Toutes personnes ayant le libre exercice de leurs droits et de leurs actions, pourront nommer un ou plusieurs arbitres pour prononcer sur leurs intérêts privés, dans tous les cas et en toutes matières, sans exception"; all'art. 3 "Les compromis qui ne fixeront aucun délai dans lequel les arbitres devront prononcer, et ceux dont le délai sera expiré, seront néanmoins valables et auront leur exécution, jusqu'à ce qu'une des parties ait fait signifier aux arbitres qu'elle ne veut plus tenir à l'arbitrage"; all'art. 4 "Il ne sera point permis d'appeler des sentences arbitrales, à moins que les parties ne se soient expressément réservé, par le compromis, la faculté de l'appel"; all'art. 5 "Les parties qui conviendront de se réserver l'appel, seront tenues de convenir également, par le compromis, d'un tribunal entre tous ceux du royaume auquel l'appel sera déféré, faute de quoi l'appel ne sera pas reçu"; ed infine all'art. 6 "Les sentences arbitrales dont il n'y aura pas d'appel seront rendues exécutoires par une simple ordonnance du président du tribunal de district, qui sera tenu de la donner au bas ou en marge de l'expédition qui lui sera présentée".

l'efficacia dei compromessi. La motivazione principale fu soprattutto una disistima nei confronti della magistratura ordinaria, risultante talvolta poco preparata e spesso corrotta. Tale sfiducia non fece che accrescere il favore nei confronti dell'arbitrato tanto che fu reso obbligatorio in alcuni casi.

Con il decreto del 1790, infatti, fu statuito il ricorso obbligatorio all'istituto arbitrale, e quindi al *Tribunal de famille*, per le controversie tra congiunti. Jacques Commaille sottolinea come *les Tribunaux de famille* siano rivelatori di una “conception fusionnelle entre la famille et l'ordre politique”²³: tale concezione non è affatto nuova, esisteva già sotto l'*Ancien Régime* anche se aveva portato a risultati opposti.

Nell'*Ancien Régime* la famiglia era stata organizzata sul modello monarchico, il quale implicava la posizione di preminenza assoluta del padre-marito posto al vertice della piramide familiare²⁴; i rivoluzionari, al contrario, appoggiano un'idea di famiglia quale piccola repubblica organizzata in modo democratico. In altre parole, vogliono una famiglia organizzata sotto forma di associazione, come se fosse un corpo politico, per garantire al suo interno la libertà e l'uguaglianza. Di conseguenza, sostengono l'idea che i conflitti tra i soggetti appartenenti al medesimo gruppo familiare vadano risolti all'interno dello stesso, dove vige un principio di fratellanza tra i membri; nell'ultimo decennio del XVIII secolo la famiglia sembra essere il luogo ideale per testare le nuove concezioni rivoluzionarie in tema di amministrazione della giustizia.

Nel marzo del 1791 all'Assemblea Nazionale si iniziarono così a discutere varie riforme in materia di diritto di famiglia con delle proposte in tema di matrimonio, e di risoluzione dei conflitti matrimoniali. Il consenso, quale manifestazione di volontà dei coniugi all'unione, fu al centro del dibattito; si arrivò così a distinguerlo in quanto negozio, potendo essere oggetto di atto civile, e in quanto sacramento, per cui allo Stato sarebbe spettato il compito di fissare le condizioni della manifestazione di volontà e alla chiesa la parte relativa all'aspetto religioso. Chiara l'espressione del deputato Bouchotte il quale sosteneva che il matrimonio esistesse come contratto ancor prima di diventare sacramento²⁵.

Non furono assenti le opposizioni, in particolare da parte del clero che vedeva nelle nuove riforme una minaccia alla propria religione e, soprattutto, al proprio potere. Nonostante le opposizioni in seno all'Assemblea, fra i principi della Costituzione del 3 settembre 1791, al titolo II sezione 7, si stabilì che:

La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes

²³ J. Commaille, *Les tribunaux de famille sous la Révolution. Recours à l'histoire comme contribution à une sociologie de la justice et des relations privé-public*, in *Une autre justice (1789-1799)*, studi pubblicati sotto la direzione di R. Badinter, *Histoire de la justice*, Paris 1989, pp. 274 ss. Inoltre, per uno sguardo generale su tale fenomeno P. Sagnac, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804). Essai d'histoire sociale*, Paris 1898. Si veda, inoltre, M. Ferret, *Les tribunaux de famille dans le district de Montpellier*, Montpellier 1926, nonché C. Jallamion, *Arbitrage forcé et justice d'État pendant la Révolution française d'après l'exemple de Montpellier*, in “*Annales historiques de la Révolution française*”, n. 350 (2007), pp. 69-85.

²⁴ Interessante notare come Aristotele nei suoi scritti, ma in tempi più recenti pensiamo anche a Jean Bodin, affermasse come la famiglia fosse la riproduzione in piccolo dell'organizzazione statale.

²⁵ J. F. Traer, *Marriage and the Family in Eighteenth-Century France*, London 1980, pp. 88 ss.

La rigenerazione del matrimonio, e la fiducia in esso, creavano le premesse affinché la famiglia potesse divenire la piattaforma base del nucleo sociale, il motore propulsore per una trasformazione politica e morale. La Costituzione del 1791 definisce, quindi, il matrimonio quale contratto civile assunto volontariamente dalle parti e scindibile per volontà di esse; non ci sono riferimenti al divino o ai vincoli feudali propri d'antico regime. Fino alla Restaurazione esso rimarrà un simbolo della libertà individuale, una nuova formulazione dei rapporti tra cittadino e nazione²⁶.

Nel 1792, i lavori compiuti dall'assemblea legislativa seguono quest'impostazione di laicizzazione dell'istituto sottraendo alla Chiesa molte prerogative in tema di matrimonio. Sempre nel 1792 il deputato Honoré Muraire presentò un testo in favore della laicizzazione dello stato civile. Tale progetto, si rifaceva in parte a quello presentato l'anno precedente da un altro deputato, Durand de Maillane, fissando come punti focali il matrimonio quale obbligazione civile e il suo rapporto tra cittadinanza e unione coniugale²⁷.

Nel mese di marzo iniziarono le votazioni, e fra le prime decisioni dell'Assemblea vi fu l'affidamento agli ufficiali municipali della cura dei registri civili; ciò essenzialmente per risolvere il problema delle nascite illegittime con una semplice richiesta di indicare nome, cognome, occupazione e domicilio dei genitori senza menzionare il problema dell'indissolubilità: dietro tale provvedimento però si evince una volontà di sottrarre una prerogativa alla Chiesa. Successivamente, con il passaggio del potere in mano alla Comune, si arrivò al decreto 20 settembre 1792 relativo al rito del matrimonio e dei requisiti per contrarlo. In tale normativa il legislatore cercò di modellare un'immagine nuova del matrimonio iscrivendosi nell'ambito della cittadinanza, un'unione tra convenzione sociale e natura. La caduta della monarchia nell'agosto del 1792, contribuì a creare un contesto sociale e politico entro cui collocare le teorie sull'attentato alla potestà paterna e sulla laicizzazione dello stato civile: venendo meno la figura del sovrano padre della nazione, i rivoluzionari poterono completare il movimento di riforma in senso anticlericale, antifeudale e contro l'organizzazione patriarcale²⁸.

In tale contesto veniva modificata la disciplina del matrimonio: a pubblici funzionari fu affidato il compito di tenere i registri di stato civile, che dovevano esser compilati esclusivamente in una sala pubblica del municipio. Il procedimento poteva esser compiuto prima o dopo la cerimonia religiosa ed erano necessari due o quattro testimoni maggiorenni, scelti liberamente tra i non parenti degli sposi. L'età minima per il matrimonio era fissata in quindici anni per i maschi e tredici anni per le femmine, mentre la maggiore età si acquisiva a ventuno anni, prima dei quali era necessario il

²⁶ Cfr. A. Saitta, *Costituenti e Costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Milano 1975, pp. 270-280.

²⁷ S. Desan, *The family on Trial in Revolutionary France*, Los Angeles 2004, pp. 48 ss.

²⁸ Così espressamente S. Desan, *The family on Trial in Revolutionary France*, cit., p. 62: "Overturning the monarchy and inventing the republic led to more than killing the father/king; the deputies now counted on constructing a new family structure to mirror and promote the new political structure. The marriage could perform its political duty as a secular, civil contract linking male and female citizens to each other and to the new nation".

consenso paterno per sposarsi²⁹. Gli impedimenti erano minimi: occorreva manifestare la volontà di contrarre matrimonio sei giorni prima della celebrazione e l'opposizione era prevista solo da quelli che avrebbero dovuto prestare il consenso. Successivamente all'emanazione del decreto, tuttavia, la tendenza del legislatore francese fu quella di scoraggiare un'eccessiva libertà di contrarre matrimonio per i minori, proprio al fine di non scardinare quell'autorità paterna ancora forte, mentre per gli adulti fu ampliata³⁰.

La compresenza di rigore e libertà è abbastanza comprensibile: si preferiva accordare benefici più estesi ove ritenuto meno pericoloso, come nel caso dei militari, mentre venne ritenuto rischioso, soprattutto per le forze ancorate alla tradizione, scardinare gli antichi assetti della famiglia tradizionale; in altre parole non ci si azzardò a minare le strutture profonde del potere familiare anche se erano stati presi numerosi provvedimenti (come quello del giorno 8 ottobre 1789) ai fini dell'eliminazione di quelle pratiche odiose sulla forma del matrimonio e delle *lettres de cachet* a cui ricorrevano le famiglie allo scopo di far rinchiodare i figli ribelli o prodighi e, quindi, per ragioni di mero comodo³¹.

Quanto alla forma del matrimonio civile il testo del 1792 la rese più scarna in contrapposizione alle fastose cerimonie religiose caratterizzanti i decenni precedenti e considerando anche la scarsa collaborazione da parte del clero. A ciò si tentò di ovviare con il decreto 3 brumaio anno IV (25 ottobre 1795) con l'introduzione della *fête des époux*, una cerimonia di stampo civile che cercava di far coincidere doti domestiche, civiche e patriottiche, animando al contempo lo spirito rivoluzionario. Tale normativa di fatto si inseriva in un processo di lunga durata volto a rendere definitivamente il matrimonio un istituto sotto il controllo dello Stato ma non era certamente un movimento innovativo né rivoluzionario; esso si ricollegava a istanze – quali la tenuta dei registri civili, le innovazioni in tema di scioglimento del vincolo coniugale – precedenti che trovarono concretezza nella fase più moderata della rivoluzione in connessione all'obiettivo di potenziamento della cittadinanza attraverso la modernizzazione delle strutture sociali connesse al *citoyen*: il matrimonio e la famiglia³².

Il divorzio, introdotto dal decreto 20 settembre 1792, non fu una richiesta costante nei *cahiers de doléances* ma, probabilmente, l'esaltazione della libertà individuale nonché la definizione del matrimonio quale contratto di diritto civile, basato sulla volontà e libertà dei coniugi, furono le motivazioni principali per la sua adozione. Quest'ultimo non costituiva certamente una novità nel dibattito francese, già nel 1790 il deputato Gossin ne aveva avanzato una proposta d'introduzione, ma lo scenario politico era mutato. A ciò va aggiunta la presenza di donne nelle tribune e il peso del dibattito

²⁹ Solo in caso di morte o incapacità del padre, il suo consenso era sostituito da quello materno.

³⁰ Si pensi ai militari e ai prigionieri di guerra ai quali fu concesso di sposarsi liberamente anche in caso di opposizione. Cfr. J.-P. Bertaud, *La vita quotidiana in Francia al tempo della Rivoluzione* (trad. it. Maria Grazia Meriggi), Milano 1999, p. 185.

³¹ Sono, in particolare, gli articoli 7, 8 e 9 della Dichiarazione dei Diritti del 1789 a sancire la libertà dell'individuo: Nessun uomo può essere arrestato, né detenuto se non nei casi determinati dalla legge, secondo le forme che essa ha prescritto. Coloro che sollecitano, esplicano, eseguono o fanno eseguire ordini arbitrari devono essere puniti (art. 7). Sul punto si veda S. Schama, *Cittadini: cronaca della Rivoluzione francese*, Milano 1989, pp. 216 ss.

³² J. F. Traer, *Marriage and the Family in Eighteenth-Century France*, cit., pp. 102 ss.

femminista come sottolinea Halpérin³³. Il divorzio veniva così strutturato come istituto fondamentale per la rigenerazione del matrimonio in rapporto alla cittadinanza in quanto passibile di ripensamento volontario, cioè era speculare alla concezione di un matrimonio espressione di una profonda libertà coniugale fondata sul libero consenso dei coniugi.

Precedentemente furono vari gli interventi a sostegno dell'introduzione del divorzio, dalla proposta di Gossin agli scritti di Hennet sul divorzio. Seppur numerosi e disorganici all'interno di essi è possibile rinvenire una motivazione fondante comune e cioè l'idea di una scelta vera e reciproca dei coniugi, quindi il principio di libertà all'interno della vita coniugale, in modo da contrastare la prassi della separazione solo di fatto, unica alternativa possibile all'epoca, e l'abuso di potere legato a logiche cetuali-ereditarie. Il dibattito aveva, quindi, origini antiche; d'altronde le idee liberali avevano trovato già nell'art. 7 della Costituzione del 1791 il riconoscimento del matrimonio quale contratto di diritto civile³⁴.

Momento fondamentale durante la discussione fu il 30 agosto 1792 quando il deputato Aubert-Dubayet chiese l'interruzione del dibattito per richiedere l'approvazione del divorzio: l'Assemblea avrebbe così fissato il principio di difesa della libertà individuale mentre alla commissione sarebbe spettato il compito di occuparsi delle procedure di scioglimento del matrimonio e della tutela dei diritti.

Il 7 settembre la commissione fornì una bozza dove si cercò di ampliare la sfera di applicazione del divorzio, non solo nei casi di mutuo consenso. Alla sez. 5 del decreto 20 settembre 1792 venne prevista la procedura del divorzio in 9 articoli³⁵.

Il matrimonio diveniva passibile di scioglimento solo nei casi previsti dalla normativa, le condizioni di scioglimento dovevano esser trattate all'interno dei *Tribunax de famille* composti da parenti scelti dai coniugi per decidere nel merito. La legge prevedeva all'articolo 1 che il matrimonio cessava definitivamente i suoi effetti esclusivamente con il divorzio: "Le mariage se dissout par le divorce"; all'articolo 2 si prevedeva la possibilità di divorziare per mutuo consenso: "Le divorce a lieu par le consentement mutuel des époux" o, all'art. 3, per volontà di uno solo dei due coniugi per incompatibilità caratteriale: "L'un des époux peut faire prononcer le divorce sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère". Infine, all'art. 4, venivano previsti sette motivi determinati per i quali ciascun coniuge poteva richiedere la pronuncia:

Chacun des époux peut également faire prononcer le divorce sur des motifs déterminés; savoir : 1° sur la démence, la folie ou la fureur de l'un des époux; 2° sur la condamnation de

³³ Cfr. J. L. Halpérin, *L'impossible Code Civil*, Paris 1992, p. 106.

³⁴ Numerose furono in quel periodo le richieste di divorzio, proprio a testimoniare la necessità, nonché la celerità dell'istituto. Scrive Lenglet: "Il ne s'agit pas de forcer ceux qui sont bien à s'éloigner, mais de le permettre à ceux qui sont mal. Mettez un an ou six mois d'intervalle entre la demande en divorce et la sentence qui le prononcera et vous n'auriez de mariages à rompre, que ceux qu'on ne peut espérer, en aucun cas, de rendre supportable" e sugli effetti dell'indissolubilità: "les mêmes causes ne suffisaient pas à une roturière et à une autre femme, pour obtenir une demi-liberté, bien inférieure à celle accordée par les mœurs" in E. G. Lenglet, *Essai sur la législation du mariage*, Paris 1792, pp. 46-50.

³⁵ J. Bouineau, *Le divorce sous la Révolution, exemple du "langage antiquisant" des hommes de 89*, in M. Vovelle, *La Révolution et l'ordre juridique privé*, I, Orléans 1988, pp. 312 ss.

l'un d'eux à des peines afflictives ou infamantes; 3° sur les crimes, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre; 4° sur le dérèglement de mœurs notoire; 5° sur l'abandon de la femme par le mari, ou du mari par la femme pendant deux ans au moins; 6° sur l'absence de l'un d'eux, sans nouvelles, au moins pendant cinq ans; 7° sur l'émigration, dans les cas prévus par les lois, notamment par le décret du 8 avril 1792.

Oltre il mutuo consenso e l'incompatibilità di carattere erano, dunque, previsti sette *motifs déterminés* che costituivano ulteriori cause di scioglimento del vincolo matrimoniale. Nel caso dei sette motivi determinati era previsto un divorzio immediato; al contrario, nel caso di divorzio congiunto si doveva avviare una procedura più lunga di circa quattro mesi. In particolare, nel caso di mutuo consenso bisognava esporre la causa davanti al *Tribunal de famille* con tanto di arbitrato per tentare una riconciliazione. Se l'arbitrato non dava esito positivo, il pubblico ufficiale avrebbe dovuto rilasciare la sentenza di divorzio.

Nel caso invece di richiesta di divorzio per incompatibilità di temperamento o carattere, legata all'iniziativa di uno dei due coniugi, erano previste ben tre sedute davanti al *Tribunal de famille*. Infine, nella categoria dei motivi determinati, il *Tribunal* avrebbe stabilito direttamente la fondatezza del reclamo entrando così nel merito della controversia.

Tranne nel caso di divorzio per mutuo consenso era possibile risposarsi e le figlie femmine di qualsiasi età e i figli maschi al di sotto dei sette anni erano affidati alla madre, mentre i maschi al di sopra dei sette anni venivano affidati al padre. La prole conservava inoltre i diritti di successione nei confronti dei genitori. Tale impostazione non voleva minare l'ordine sociale precostituito ma voleva evitare gli abusi che si erano perpetrati precedentemente³⁶. Lo Stato laicizzando il matrimonio assumeva così il controllo dell'*État civil* in tendenza con i secoli precedenti subentrando così al ruolo della Chiesa nelle questioni di vita familiare. Introdotta tale normativa negli anni successivi al 1792 furono presentate numerose proposte per ampliare la possibilità di ricorrere al divorzio nell'ottica della libertà individuale e grazie all'esistenza dei *tribunaux de famille*. Il 9 agosto 1793 il primo progetto Cambacérès inquadrava il divorzio esaltando la libertà individuale, con lo scopo di conferire agli sposi la maggiore libertà possibile e recuperare le leggi di natura. Tale progetto, in particolare, ammetteva ampia facoltà di divorzio compatibilmente alla legge del 1792 che era possibile sia per mutuo consenso, sia a domanda di uno solo degli sposi³⁷.

Si riteneva la *puissance maritale* un cattivo lascito dei secoli precedenti, incompatibile con la libertà e pericoloso strumento di controllo del marito sui beni della moglie: le modifiche fin qui proposte evidenziano una chiara volontà del legislatore di difesa del primato civile, una visione dello Stato che doveva riflettere per quanto possibile i principi del diritto naturale oltreché la libertà individuale degli uomini e delle donne. Si proseguì con normative di stampo liberale da parte della Convenzione nazionale nel 1793 e nel 1794. La prima emanò il decreto 28 dicembre 1793 sulla possibilità di nuove nozze per i divorziati – al marito era concesso risposarsi immediatamente

³⁶ Cfr. J. F. Traer, *Marriage and the Family in Eighteenth-Century France*, cit., pp. 119-121.

³⁷ Sul punto si veda P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, suivi d'une édition de ce code, à laquelle sont ajoutés les lois, décrets et ordonnances formant le complément de la législation civile de la France, et ou se trouvent indiqués, sous chaque article séparément, tous les passages du recueil qui s'y rattachent*, Paris 1827, pp. 17 ss.

mentre alle mogli era imposto un periodo di attesa di dieci mesi a meno che il divorzio non fosse stato ottenuto per assenza del marito³⁸. Quella del 1794 sui motivi di divorzio prevedeva la possibilità di concessione per il coniuge che avesse provato una separazione effettiva di sei mesi della coppia.

I testi del 1792 e del 1794 precisano, o ridefiniscono, la competenza dei *tribunaux de famille* ma non apportano nessun elemento nuovo al loro funzionamento che resta essenzialmente quello delineato dalla legge del 1790.

Riguardo a tale modello di tribunale va sottolineato quanto il testo rivoluzionario sia breve e, allo stesso tempo, ambiguo: la legge del 1790 dedicò solamente 6 articoli (dall'art. 12 all'art. 17 del titolo X) ai *tribunaux de famille*. Tali disposizioni danno luogo a due istituzioni differenti per competenza, composizione e funzionamento. I primi tre articoli (artt.12-13-14) istituiscono il ricorso all'arbitrato come modo di risoluzione dei conflitti tra parenti³⁹; gli ultimi tre (artt.15-16-17) istituiscono un *tribunal domestique de la famille assemblée* competente per statuire sui ricorsi⁴⁰.

Nel primo caso le parti devono designare due arbitri per parte; nel secondo caso il padre, la madre, il nonno o il tutore devono portare la causa di fronte ad otto componenti del nucleo familiare che devono risultare i più prossimi (la normativa parla infatti di “*huit parents le plus proches?*”) che non sono mai qualificati come arbitri; la normativa lascia libera in questo caso la modalità di designazione.

L'unico punto comune tra le due istituzioni risulta essere il fatto che la legge richieda di sottoporre la questione a dei parenti, e solamente in caso di assenza di questi ultimi si dovrà ricorrere a dei vicini.

In realtà solamente tre articoli riguardano il c.d. *arbitrage forcé*, il quale si svolge nel quadro dei *tribunaux de famille*, anche se la legge non utilizza espressamente tale

³⁸ Cfr. *Decret de la Convention nationale, du 8.e jour de nivose, an 2.e de la Republique française, une & indivisible, qui décerne les honneurs du panthéon au jeune Barra*, Paris 1794, *passim*.

³⁹ In particolare all'art. 12 viene disposto che “S'il élève quelque contestation entre mari et femme, père et fils, grand-père et petit-fils, frères et sœurs, neveux et oncles, ou entre alliés aux degrés ci-dessus, comme aussi entre pupilles et leurs tuteurs pour choses relatives à la tutelle, les parties seront tenues de nommer des parents, ou, à leur défaut, des amis ou voisins pour arbitres, devant lesquels ils éclairciront leur différent, et qui, après les avoir entendues et avoir pris les connaissances nécessaires, rendront une décision motivée” mentre in base all'art. 13 “Chacune des parties nommera deux arbitres; et si l'une s'y refuse, l'autre pourra s'adresser au juge, qui, après avoir constaté le refus, nommera des arbitres d'office pour la partie refusant. Lorsque les quatre arbitres se trouveront divisés d'opinions, ils choisiront un sur-arbitre pour lever le partage”; infine stabilisce l'art. 14 che “La partie qui se croira lésée par la décision arbitrale, pourra se pourvoir par appel devant le tribunal de district, qui prononcera en dernier ressort”.

⁴⁰ La legge 16-24 agosto 1790 all'art. 15 si statuisce che “Si un père ou une mère, ou un aïeul, ou un tuteur, a des sujets de mécontentement très-graves sur la conduite d'une enfant ou d'un pupille dont il ne puisse plus réprimer les écarts, il pourra porter sa plainte au tribunal domestique de la famille assemblée, au nombre de huit parents les plus proches ou de six au moins, s'il n'est pas possible d'en réunie un plus grand nombre; et à défaut de parents, il y sera suppléé par des amis ou des voisins”, mentre all'art. 16 si stabilisce che “Le tribunal de famille, après avoir vérifié les sujets de plainte, pourra arrêter que l'enfant, s'il est âgé de moins de vingt ans accomplis, sera renfermé pendant un temps qui ne pourra excéder celui d'une année, dans les cas les plus graves”; infine all'art. 17 “L'arrêt de la famille ne pourra être exécuté qu'après avoir été présenté au président du tribunal de district, qui en ordonnera ou refusera l'exécution, ou en tempèrera les dispositions, après avoir entendu le commissaire du Roi, chargé de vérifier, sous forme judiciaire, les motifs qui auront déterminé la famille”.

denominazione in questo complesso panorama giuridico⁴¹.

Tali articoli si occupano di regolare la competenza degli arbitri⁴², le modalità di designazione degli stessi nonché gli schemi per una regolamentazione delle contrapposte situazioni⁴³. Questi articoli non contengono disposizioni riguardanti le obbligazioni in capo agli arbitri e queste non possono neanche dedursi dai dibattiti dell'Assemblea in quanto inconsistenti, e talvolta addirittura inesistenti⁴⁴.

Anche gli interventi successivi del legislatore rivoluzionario non sono illuminanti su tale punto; verrà infatti estesa la competenza di tale tribunale dapprima per le cause di divorzio, con la legge del 20-25 settembre 1792, e in seguito per le cause di successione, con la legge 6-10 gennaio 1794 senza però modificare la disciplina del rito dei *tribunaux*⁴⁵.

Con la legge 20-25 settembre 1792, come abbiamo visto, si attribuì ai *tribunaux de famille* la competenza a dirimere le controversie del divorzio per causa determinata, mentre le altre due forme di divorzio, previste sempre nel medesimo testo legislativo, furono affidate a delle *assemblées de parents* e non ad arbitri veri e propri. In altre parole, agli arbitri, scelti liberamente dalle parti, era affidato solamente il compito di individuare una delle sette cause stabilite dalla legge per la concessione del divorzio.

Questi *tribunaux* si trovarono così sottomessi a delle regole imperative nello svolgimento della decisione, prefissate dal legislatore e non dalle parti, seppur erano composti da membri scelti liberamente dai litiganti ma che comunque dovevano avere la qualifica di parenti o amici della coppia che andava divorziando.

A tale istituto fu, senza dubbio, attribuita una competenza più ampia rispetto a quella che aveva avuto per secoli negli statuti comunali nonché nelle consuetudini medievali o nelle ordinanze regie dei secoli precedenti; questo comportò uno snaturamento dello strumento arbitrale, il quale non era più rimesso alla volontà delle parti bensì imposto alle stesse. Inoltre, proprio a evidenziare il favore nei confronti di mezzi di risoluzione c.d. semplici dove si riscontrava la “sagesse des hommes

⁴¹ Le espressioni “*tribunal domestique de la famille assemblée*” o “*tribunal de famille*” le si ritrovano solamente negli articoli 15 e 16 relativi al diritto di riesame; gli articoli 12-13-14 si riferiscono invece alla figura degli arbitri; per comprendere pienamente questa esperienza arbitrale si veda A. C. Guichard, *Traité des tribunaux de famille*, Paris 1791, *passim*.

⁴² In particolare l'art. 12 obbliga a rivolgersi agli arbitri per tutte le controversie riguardanti i parenti o gli affini entro il terzo grado.

⁴³ L'art. 13 afferma che ciascuna delle parti deve normalmente nominare due arbitri; se una di queste parti si rifiuta, l'altra parte potrà rivolgersi al giudice per ottenere la designazione d'ufficio. Inoltre viene affermato, al secondo comma del medesimo articolo, che “en cas de partage d'opinions, les arbitres devront désigner un surarbitre”.

⁴⁴ La creazione dell'istituto fu rapidamente votata, senza particolari discussioni; ciò lo si può desumere dal verbale della seduta del 5 agosto 1790. In tale seduta il deputato Louis Prugnon sembra voler iniziare un dibattito affermando “c'est surtout dans l'article 12 que je trouve des inconvénients” ma gli altri componenti gli fanno osservare come il discorso su quel determinato articolo non fosse oggetto della discussione in seno Assemblea stessa. Successivamente, quando l'Assemblea discuterà sugli artt. 12-13-14 Prugnon non interverrà, e solamente Robespierre si alzerà per attaccare l'istituzione: le sue critiche non furono condivise, almeno apparentemente, dagli altri deputati i quali continueranno rapidamente a dibattere sulla impugnabilità del lodo, sul numero degli arbitri e sulla possibilità di scegliere come arbitri, in mancanza di parenti, amici o persone vicine.

⁴⁵ C. Jallamion, *Arbitrage forcé et justice d'État pendant la Révolution française d'après l'exemple de Montpellier*, cit., pp. 78-82.

impartiaux”, in contrapposizione ai procedimenti complessi delle corti ordinarie, furono previsti dei procedimenti dinanzi ai giudici di pace e il ricorso obbligatorio preventivo alla conciliazione per alcuni conflitti tra i cittadini (art. 21 legge 6-21 marzo 1791).

Tale posizione è rafforzata dalla legge del 10 giugno 1793, la quale stabilì il deferimento obbligatorio delle controversie fra Comuni e privati relative ai beni comunali e patrimoniali ad arbitri pubblici, eletti dal popolo annualmente⁴⁶.

Si deve comunque sottolineare come l'introduzione dell'*arbitrage forcé* da parte delle forze rivoluzionarie non rappresentò una novità in Francia; infatti già nel 1491 troviamo un esempio di tale istituto quando Carlo VIII, Conte di Provenza, confermò uno statuto che rendeva obbligatorio il ricorso all'arbitrato⁴⁷. Altro, successivo, esempio è l'editto di Francesco II del 1560, il quale dispone:

qu'en divisions et partages de successions et biens communs de père ou mère, ayeulx, ayeulles et enfans des enfans, frères, sœurs, oncles, et d'enfans de frères et sœurs, et comptes de tutelles, et autres administrations, restitutions de dot et douaire entre les dites personnes, seront les parents majeurs d'ans tenus d'élire et nommer de bons et notables personnages jusques à trois parents, amis ou voisins, par l'avis desquels sera procédé auxdits partages et divisions, reddition de comptes et restitutions de dot ou délivrance dudit douaire.

Questa disposizione va sicuramente più lontano, nella costruzione dell'istituto, rispetto allo statuto provenzale, giacché statuisce un vero e proprio arbitrato familiare e al contempo impone che la scelta degli arbitri vada fatta nella cerchia delle persone vicine alle parti.

C'è da riferire come queste due esperienze appena enunciate non abbiano riscontrato un forte successo. Infatti, è da notare come tutte le decisioni a noi pervenute concernono solamente la materia successoria e l'istituto arbitrale non sembra esser stato applicato alle altre ipotesi previste dall'editto di Francesco II. Ciò è dovuto sia al fatto che la giurisprudenza impose un'interpretazione restrittiva delle *Ordonnances* invocando sia la mancata registrazione dei testi, sia il principio secondo il

⁴⁶ Troviamo tale disciplina nella *Section 5* della legge 10 giugno 1793; in particolare l'art. 1: “Les contestations qui pourront s'élever, à raison du mode de partage entre les communes, seront terminées, sur simple mémoire, par le directoire du département, d'après l'avis de celui du district”; art. 2: “Le directoire du département, sur l'avis de celui du district, prononcera pareillement, sur simple mémoire, sur toutes les réclamations qui pourront s'élever à raison du mode de partage des biens communaux”; art. 3: “Tous les procès actuellement pendants, ou quoi pourront s'élever entre les communes et les propriétaires, à raison des biens communaux ou patrimoniaux, soit pour droits, usages, prétentions, demandes en rétablissement dans les propriétés dont elles ont été dépouillées par l'effet de la puissance féodale, ou autres réclamations généralement quelconques, seront vidés par la voie de l'arbitrage”; art. 4: “Les procès qui ont ou qui auront lieu entre deux ou plusieurs communes, à raison de leurs biens communaux ou patrimoniaux, soit qu'ils aient pour objet la propriété ou la jouissance desdits biens, seront terminés pareillement par la voie de l'arbitrage”; art. 5: “Il sera procédé de la même manière pour les actions exercées ou à exercer par les communes contre des citoyens, pour usurpations, partages illicitement faits, concessions, défrichements, dessèchements, et généralement pour toutes les contestations qui auront pour objet les biens communaux et patrimoniaux”.

⁴⁷ Cfr. J.-J. Julien, *Nouveau commentaire sur les statuts de Provence*, Aix 1778.

quale il compromesso non può che essere volontario⁴⁸.

Anche se solo da un punto di vista formale tali disposizioni regie relative all'arbitrato non vennero abrogate, notiamo come la monarchia stessa abbia deciso di rinunciare ad imporle⁴⁹. L'idea di rivolgersi obbligatoriamente ad arbitri per determinati tipi di controversie, quindi, non risulta assolutamente nuova e rivoluzionaria; tuttavia l'eco che ebbe durante il periodo rivoluzionario fu di gran lunga superiore rispetto ai secoli precedenti. L'originalità di tale concezione rivoluzionaria, sta nel fatto che la figura dell'arbitro s'innesta dentro una riflessione generale sulle istituzioni giudiziarie. I costituenti sono animati, come sottolinea giustamente Royer, da una filosofia conciliatoria⁵⁰. Essi considerano il ricorso alla giurisdizione ordinaria come l'ultima fase di un percorso per addivenire ad una soluzione, la quale passa necessariamente da una ricerca della via conciliatoria in prima battuta.

La conciliazione è posta al centro della nuova organizzazione giudiziaria e l'idea dominante è quella di lasciare che i membri della società risolvano i loro conflitti dall'interno in modo che ciò contribuisca a rafforzare i legami tra di essi creando una sorta di auto-censura che porterà alla rigenerazione dei costumi della società stessa⁵¹.

Interessante notare come proprio uno dei principali obiettivi iniziali dei costituenti, cioè l'eliminazione – o quantomeno un drastico ridimensionamento – del ceto dei giuristi, si sia realizzato in prima battuta solo apparentemente. In effetti le professioni legali sopresse dalla Rivoluzione hanno trovato rifugio, paradossalmente, proprio all'interno dei *tribunaux de famille*. Le parti non avevano, infatti, fiducia in soggetti così vicini alla loro posizione, soprattutto per la scarsità di competenza e la mancanza di obiettività, e necessitavano di esperti del diritto. La formazione spontanea di un corpo di professionisti dell'arbitrato si presentava dunque in totale contraddizione con lo spirito rivoluzionario e con il suo obiettivo di de-professionalizzazione della giustizia⁵².

L'onnipresenza di operatori del diritto presso i tribunali di famiglia appare, quindi, come una sorta di fatalità, ma in realtà è una caratteristica intrinseca al giurista quella del suo adattamento alle modifiche apportate al sistema-giustizia. Questi giudici sono infatti chiamati a decidere nei casi più complessi, che richiedono una conoscenza approfondita del diritto, sia moderno che antico. La conoscenza del diritto non può infatti esser improvvisata ma richiede anni di preparazione.

Vediamo quindi come nella pratica i tecnici del diritto risultino esser i più idonei, o addirittura gli unici in grado di affrontare determinate controversie. Il loro intervento è necessario se non talvolta indispensabile.

Le preoccupazioni di utilizzare novizi per risolvere le controversie familiari erano già state raccolte nell'*Ancien Régime*, quando nell'editto del 1560 si stabilì di affidare la

⁴⁸ Sul punto si rimanda allo studio di Véronique Demars-Sion, *Une expérience d'arbitrage forcé: les tribunaux de famille révolutionnaires*, in "Revue historique de droit français et étranger", 2005, 83, pp. 385-420.

⁴⁹ E. N. Pigeau in *La procédure civile du Châtelet de Paris*, Paris 1779, p. 16 afferma che "ces loix sont si peu suivies... que l'on peut dire qu'elles sont totalement tombées en desuetude".

⁵⁰ J.-P. Royer, *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*, cit., p. 281.

⁵¹ C. Tenella Sillani, *L'arbitrato d'equità. Modelli, regole, prassi*, cit., pp. 125 ss.

⁵² J. Commaille, *Les tribunaux de famille sous la Révolution. Recours à l'histoire comme contribution à une sociologie de la justice et des relations privé-public*, cit., pp. 90 ss.; si veda anche R.-G. Phillips, *Tribunaux de famille et assemblées de famille à Rouen sous la Révolution*, in "Revue historique de droit français et étranger", 1980, pp. 70 ss.

risoluzione di tali contenziosi ad un tribunale di famiglia, il clero ebbe cura di precisare l'utilità di chiamare all'interno del consiglio, o tribunale, esperti del diritto⁵³.

Questo dipese oltre che dall'eccessiva fiducia riposta in tale strumento, tradita nella pratica da abusi e da ingiustizie, anche dal fatto che la disciplina di tale istituto era stata realizzata in un momento di esaltazione nelle riforme che mal si conciliava con l'avvento di un potere sempre più accentrato⁵⁴.

Una testimonianza è offerta da Condorcet, il quale si occupò delle riforme della giustizia durante il periodo rivoluzionario.⁵⁵

Sulla base del suo saggio è possibile ricostruire come egli abbia configurato i poteri in capo all'arbitro. L'art. 5 della Costituzione del 1791 affermava che "le droit des citoyens de terminer définitivement leur contestations par la voi de l'arbitrage ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif". Da ciò si deduce come l'arbitrato fosse considerato unitariamente e conforme alla originale natura negoziale.

La tesi di Maximilien Robespierre segue lo stesso ragionamento; egli nel suo *Discours sur l'institution de l'arbitrage*, effettuato in seno all'Assemblée, critica l'operato del legislatore negli anni precedenti.

Robespierre afferma che la devoluzione obbligatoria delle controversie relative a rapporti tra coniugi ai *Tribunaux de famille* e ad arbitri istituzionalizzati, relativamente alle controversie riguardanti beni comunali e patrimoniali tra Comuni e privati, ha comportato uno snaturamento dell'istituto.

Inoltre, tale devoluzione obbligatoria ha come effetto la rottura con quei principi della legge costituzionale, che avevano configurato una attribuzione di poteri in capo agli arbitri discendente esclusivamente dalla volontà dei cittadini.⁵⁶

⁵³ V. Demars-Sion, *Une expérience d'arbitrage forcé: les tribunaux de famille révolutionnaires*, cit., pp. 24-26.

⁵⁴ C. Tenella Sillani, *L'arbitrato d'equità. Modelli, regole, prassi*, cit., pp. 136 ss.

⁵⁵ Sulla carriera politica di Condorcet, si veda *Collection de documents relatifs à l'histoire de Paris pendant la Révolution Française. Publiée sous le patronage du Conseil municipal, La Société des Jacobins. Recueil de documents pour l'histoire du club des jacobins de Paris par F.-A. Aulord, VI, mars à novembre 1794*, Paris 1897, *passim*.

⁵⁶ Si riporta l'intervento di Robespierre, sull'istituzione dell'arbitrato, nella seduta del 17 giugno 1793 all'Assemblée Constituante: "Citoyens, l'institution de l'arbitrage est sublime, sans doute, mais elle est faite pour un peuple dont les mœurs et les institutions sont simples. Nous faisons, au contraire, des lois pour un peuple dont les mœurs sont loin de cette simplicité qui rapproche l'homme de la nature, son code-civil ne peut être que très-compliqué; par conséquent l'institution de l'arbitrage force ne peut lui convenir. Remarquez, au reste, que tous ses avantages sont réservés aux citoyens qui voudront s'y soumettre. Mais il faut que l'exercice en soit libre, autrement, il tournerait au profit du riche contre le pauvre. En effet, le citoyen peu fortuné aura besoin de choisir, pour un arbitre, un homme désintéressé, qui veuille bien s'occuper de son affaire; il sera donc d'abord obligé de demander la justice comme l'aumône, et ces hommes bienfaisants seront encore trop rares; car la plupart des hommes accoutumés à vendre leur tems, refuseront sans doute de le donner gratuitement; et s'ils le font, l'homme riche emploiera son or, non seulement à payer son arbitre, mais encore à corrompe celui du pauvre. Qu'on ne me dise pas que les mêmes inconvénients se trouvent dans l'ordre actuel; car maintenant le pauvre obtient justice sans payer son juge. La Nation lui en a nommé; et s'il craint ses prévarications, n'a-t-il pas contre lui la publicité des jugements? On peut, dit-on, entourer l'arbitre de l'œil public. L'arbitrage est, par sa nature, un ouvrage de cabinet; et quand vous forceriez les arbitres à prononcer publiquement, qui se rendrait à de pareilles séances? Je demande que l'on corrige les abus qui se trouvent dans l'ordre judiciaire actuel; mais qu'on ne décrète point l'arbitrage forcé. Personne n'a discuté le véritable point de la question; il ne s'agit pas de savoir quelles seront les tribunaux, mais quelle sera l'espèce de juges. Nous demandons qu'ils soient nommés par le peuple, et c'est ce qu'on appelle juges; d'autres veulent qu'ils soient choisis par les parties, et c'est ce qu'on

Robespierre non riuscì a conoscere gli effetti del suo discorso, in quanto fu condannato a morte nel luglio del 1794. Tuttavia l'anno successivo, con la nuova Costituzione voluta da quella parte di borghesia rimasta moderata, fu eletta l'assemblea legislativa, il *Conseil des Cinq-Cents*, la quale abolì l'*arbitrage forcé* con conseguente annullamento di tutti i provvedimenti già emessi.

appelle arbitres; il ne s'agit donc pas de discuter les avantages ou les inconvénients de chaque genre de choix. Je conclus, attendu l'importance de la discussion, que vous chargiez le Comité de salut public de murir ces idées, et de vous en présente demain le résultat", in *Archives Parlementaires, Tome 66: du 3 au 19 juin 1793, Séance du lundi 17 juin 1793*, pp. 598-604.