

Studi in onore di Giovanni Iudica

IL FONDAMENTO DEL DIVORZIO

di Carlo Rimini*

SOMMARIO: 1. I presupposti e la natura del divorzio: le norme e la prassi - 2. Il matrimonio e lo scioglimento del vincolo: una riflessione sui possibili fondamenti del divorzio - 3. *Anathema sit*: il dibattito sul fondamento del divorzio fra riforma protestante e controriforma - 4. I presupposti del divorzio e l'efficacia del vincolo nei rapporti fra i coniugi - 5. I presupposti del divorzio nella L. n. 898/1970: il significato originario e l'evoluzione successiva - 6. Il divorzio come esercizio di un diritto di recesso da un vincolo a tempo indeterminato

1. I presupposti e la natura del divorzio: le norme e la prassi

Nei giudizi di divorzio che si discutono innanzi ai nostri tribunali, l'oggetto del contendere non riguarda mai - salvo eccezioni rarissime - la fondatezza della domanda principale, cioè della domanda relativa allo scioglimento del vincolo matrimoniale, accolta pressoché sempre sulla base di una motivazione costantemente riprodotta sino a diventare una clausola di stile.

Le ragioni di questa peculiarità meritano qualche approfondimento, a partire dal fondamento del divorzio, dalla sua fondazione ontologica, dalla *Natur der Sache* nel senso che originariamente Savigny attribuiva a questa espressione. Se il matrimonio è un vincolo, un impegno giuridicamente rilevante, può apparire infatti sorprendente che non vi sia alcun particolare contenzioso sulle cause del suo scioglimento.

Nel nostro ordinamento i presupposti della pronuncia del divorzio risultano dal combinato disposto degli artt. 1, 2, e 3 della L. 1° dicembre 1970, n. 898. Si tratta di un apparato normativo assai ampio nella sua formulazione letterale e al quale non manca una certa complessità strutturale. Il nostro legislatore riconosce infatti due modalità di divorzio - lo scioglimento del matrimo-

* Ordinario di Diritto privato nell'Università degli Studi di Milano.

nio e la cessazione dei suoi effetti civili — e prevede che il giudice effettui un duplice accertamento: da un lato il venir meno della comunione fra i coniugi, dall'altro la sussistenza di una delle circostanze elencate all'art. 3; una disposizione quest'ultima che si articola in due ipotesi principali che si sviluppano in niente meno che undici casi.

Eppure, se un osservatore dovesse ricostruire i presupposti del divorzio nel nostro ordinamento passando in rassegna le sentenze di scioglimento (o cessazione degli effetti civili) del matrimonio pronunciate dai tribunali italiani a far tempo dall'entrata in vigore della L. 1° dicembre 1970, n. 898, gli sfuggirebbe probabilmente l'esistenza stessa di una gran parte dell'art. 3 e raggiungerebbe la conclusione per cui condizione necessaria e sufficiente per ottenere la pronuncia del divorzio è un periodo di tre anni di separazione pronunciata dal giudice.

La distanza fra la complessità strutturale della norma e la semplicità — potremmo quasi dire la banalità — della sua applicazione nella prassi quotidiana dei nostri tribunali merita una ulteriore riflessione. Questa frattura indica che il legislatore si è fatto carico di un problema — e dunque ha individuato una linea di mediazione fra interessi ritenuti antitetici — che la società invece non percepiva o, come forse è più esatto, non percepisce più. Talché l'applicazione pratica delle norme, che rappresentano il punto di mediazione individualizzato dal legislatore, non porta più alcuna traccia della tensione ideologica di cui la norma è, persino nella sua faticosa articolazione grafica, espressione.

L'osservatore dei fenomeni giuridici può considerarsi appagato da questa conclusione, oppure può ricercarne le cause e misurarne gli effetti, rileggendo il problema dei presupposti del divorzio sulla base di una indagine sul fondamento ontologico del divorzio, sulla sua essenza, sulla sua relazione con il vincolo matrimoniale: una indagine sulla *Wesenszusammenhänge*¹ del divorzio e del matrimonio.²

¹ Ossia sulla relazione essenziale fra la natura ontologica dei concetti giuridici: REINACH, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, in *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, 1913, p. 223.

² Proprio mentre rileggiamo le bozze di questo lavoro, apprendiamo la notizia che, nel decreto-legge recante «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretato in materia di processo civile», approvato dal Governo ed in attesa della firma del Presidente della Repubblica, agli artt. 6 e 12, è previsto che l'effetto dello scioglimento del matrimonio possa essere prodotto, per i coniugi senza figli minorenni, dalla sottoscrizione di una semplice convenzione fra le parti innanzi ad un avvocato (e da questi trasmessa all'ufficiale dello stato civile) oppure innanzi all'ufficiale dello stato civile. La convenzione, secondo il testo del decreto, «produce gli effetti e tiene il luogo» della sentenza di divorzio nei casi di cui all'art. 3, n. 2, lett. b), della L. n. 898/1970. Queste norme, se effettivamente entrassero in vigore, non modificherebbero formalmente gli artt. 1, 2 e 3 della L. n. 898/1970 ma certamente contribuirebbero ad allontanare ulteriormente il diritto vivente dalla logica formale attorno a cui la legge sul divorzio è costituita.

2. Il matrimonio e lo scioglimento del vincolo: una riflessione sui possibili fondamenti del divorzio

Il matrimonio crea certamente una relazione di natura privatistica il cui contenuto, nei rapporti fra i coniugi, è definito negli artt. 143 e ss. c.c. Volendo tentare di schematizzare — con l'approssimazione insita in ogni tentativo di tale genere — le categorie giuridiche che possono condurre allo scioglimento di un qualsiasi rapporto giuridico, caratterizzato da diritti e doveri reciproci fra le parti, possiamo menzionare:

- a) la risoluzione del rapporto per mutuo consenso delle parti;
- b) la risoluzione, chiesta da una parte, a seguito della violazione da parte dell'altra dei doveri inerenti al rapporto;
- c) la risoluzione conseguente alla constatata sopravvenuta impossibilità di attuazione del vincolo;
- d) la cessazione dell'efficacia del vincolo per il verificarsi di una condizione risolutiva o per lo scadere del termine finale.

Queste sono, al di là dei nomi utilizzati nei singoli ordinamenti e nei diversi contesti normativi, tutte le possibili categorie astratte³ attraverso cui un rapporto giuridico privatistico può essere caducato. A queste si può aggiungere il recesso unilaterale, generalmente previsto in relazione ai rapporti giuridici a tempo indeterminato.

Tuttavia, descrivere il matrimonio esclusivamente come un rapporto giuridico di natura privatistica significherebbe ignorare una parte fondamentale della natura dell'istituto, così come è andata delineandosi sin dagli albori della sua storia le cui origini coincidono con la storia della civiltà umana. Il matrimonio, infatti, non è solo un rapporto privatistico, ma ha un rilievo pubblicistico conseguente al fatto che la famiglia nata dal matrimonio è considerata una componente fondamentale della società⁴. Per questa ragione, mentre il matrimonio — seppure celebrato pubblicamente e quindi solennizzato di fronte all'intera collettività — è (o dovrebbe essere) espressione della sola volontà dei coniugi, lo scioglimento del vincolo viene — con maggiore o minore intensità nei diversi ordinamenti e nelle diverse fasi della storia dell'umanità — sottratto alla libertà individuale per essere sottoposto ad un penetrante controllo sociale, se non addirittura vietato.

³ Utilizzo l'espressione «categorie astratte» nel significato descritto in SACCO, *Legal-formants: a dynamic approach to comparative law*, I, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, I, 1991, p. 17.

⁴ FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato Cicu Messineo*, vol. V, t. I, Milano, 2002, p. 1.

Uno studio comparato – sia sul piano storico, sia sul piano geografico⁵ – dei possibili presupposti del divorzio evidenzia infatti che i diversi formati delle norme giuridiche relative allo scioglimento del vincolo matrimoniale sono stati chiamati a comporre il contrasto fra il diritto dell'individuo all'autodeterminazione e la pretesa dell'ordinamento di salvaguardare e preservare il legame familiare⁶. Per questa ragione, le categorie giuridiche che si sono delineate quale fondamento dello scioglimento del matrimonio sono molto diverse da quelle sopra menzionate quale possibile fondamento della risoluzione dei vincoli esclusivamente privatistici.

Tentando una schematizzazione di tali categorie, possiamo raggruppare in alcuni tipi o modelli di divorzio:

- a) divorzio-sanzione;
- b) divorzio-rimedio;
- c) divorzio per mutuo consenso;
- d) divorzio per volontà unilaterale di uno dei coniugi⁸.

⁵ Fra le molte pubblicazioni che analizzano in una prospettiva comparata i presupposti del divorzio negli ordinamenti occidentali, sembra opportuno richiamare l'attenzione del lettore sui report realizzati dalla *Commission on European Family Law* (CEFL). Si tratta di un gruppo di lavoro costituito, in ambito accademico, nel settembre 2001 a cui partecipano esperti di 26 paesi europei. I report sono attualmente consultabili sul sito internet della CEFL, all'indirizzo <http://ceflonline.net/country-reports-by-jurisdiction/>. Per una efficace sintesi dei presupposti del divorzio in Europa si vedano anche HAMILTON, PERRY (edited by), *Family law in Europe*, London, 2002 e CORNELOUP (sous la direction de), *Droit européen du divorce – European divorce law*, Paris, 2013. Per uno sguardo sulle diverse legislazioni federali negli Stati Uniti, la fonte più facilmente accessibile ed aggiornata è costituita dal sito internet www.divorcenet.com. La raccolta pressoché completa delle leggi sul divorzio nel mondo si trova in BERGMANN, FERID, *Internationales Ehe- und Kinshiprecht*, Frankfurt a. M. Interessanti sono le osservazioni storico-comparatistiche di FERRARI, *Introduzione. La nuova disciplina del divorzio: riforma italiana e modelli europei*, in AA. VV., *Commentario alla riforma del divorzio*, Milano, 1987, p. 7 e ss.

⁶ Sovvente, in relazione alla disciplina del matrimonio, i formanti della norma giuridica hanno avuto – e talora ancora hanno – una matrice religiosa avendo lo Stato delegato alle autorità religiose la gestione della materia matrimoniale.

⁷ ANTONOLSKAIA, *The search for a common core of divorce law: State intervention v. spouses' autonomy, in The role of the self-determination in the modernization of Family Law in Europe, Papers presented at the 2003 European Regional Conference of the International Society of Family Law*, edited by Martín-Casals, Ribot, Documenta Universitaria, Girona, 2006, p. 33 e ss.; DUMUSC, *Notions de mariage, de divorce et de divorce par consentement mutuel, in Le divorce par consentement mutuel dans les Législations européennes*, Genève, 1980, 84.

⁸ Così GUIBENTIE, *L'évolution du droit du divorce de 1960 à 1981, in Le divorce in Europe occidentale*, Genève, Paris, 1983, p. 187; LÓPEZ DE LA CRUZ, *Verso un divorzio senza causa in Europa?*, in *Dir. soc.*, 2012, p. 533 e ss.; FORTINO, *Il fondamento del divorzio, in Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello, in *Tratt. Zatti*, I, 2, Milano, 2011, p. 1503 e ss.

Evidentemente questi modelli si sono sviluppati in contrapposizione al modello di matrimonio indissolubile che ha rappresentato lo *ius commune* in Europa durante tutta la prima metà del secondo millennio. Come è stato esattamente osservato⁹, la storia del divorzio nella società occidentale è infatti la storia di una fuga dalla concezione cattolica del matrimonio intrinsecamente indissolubile.

3. Anathema sit. Il dibattito sul fondamento del divorzio fra riforma protestante e controriforma

L'evoluzione del divorzio nella società occidentale è il frutto della contrapposizione fra la concezione protestante del vincolo matrimoniale e quella canonizzata dal Concilio di Trento. Il percorso nato da tale contrapposizione è tutt'altro che lineare¹⁰, ma ha una data di nascita certa: la sera dell'11 novembre 1563.

Quella notte si conclusero i lavori della Sessione XXIV del Concilio di Trento con un voto che – pur presentato allora come una feconda sintesi – rappresentò l'esito finale di una contrapposizione aspra che era apparsa evidente sin dalle prime fasi della discussione, già nel 1547¹¹. Furono approvati i dodici canonici *De sacramento matrimonii* e i *Canones super reformatione circa matrimonium*¹² il cui primo capo è il celebre *Tametsi*.

Se è vero che la grande questione attorno alla quale gravita questo complesso apparato normativo è quella della invalidità del matrimonio clandestino¹³, tuttavia tale problema si delinea sullo sfondo di una affermazione che pose fine ad un dibattito più profondo e sordo: l'indissolubilità del matrimonio. Il Canone 7 afferma solennemente: «*Si quis dixerit Ecclesiam errare cum docuit et docet iuxta evangelicam et apostolicam doctrinam propter adulterium alterius coniugum matrimonii vinculum non posse dissolvi et utrumque vel etiam innocenter qui causam adulterio non dedit non posse altero coniuge vivente aliud matrimonium contrahere moechari que eum qui dimissa adultera aliam duxerit et eam quae dimissa adultero alii nupserit a[nathema] s[it]*».

Il matrimonio cattolico, dunque, non si scioglie per la colpa di un coniuge e, in particolare, per adulterio.

⁹ PHILIPS, *Putting Asunder: A History of Divorce in Western Society*, Cambridge, 1988, p. 27.

¹⁰ Così, STONE, *Road to divorce: England 1530-1987*, Oxford, 1990, p. 301.

¹¹ ZARRI, *Il matrimonio tridentino, in Il Concilio di Trento e il moderno*, a cura di Prodi – Reinhard, Bologna 1996, p. 442.

¹² *Concilium Tridentinum*, Sessio XXIV (11 nov. 1563), *Doctrina de sacramento matrimonii e Canonibus de sacramento matrimonii, in Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, p. 753.

¹³ JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Bologna, 1993, p. 54.

Due lettere - *a. s.* - sono il segno di un anatema che è il punto di origine di una divaricazione fra il diritto di famiglia cattolico e quello protestante, un anatema che ha influito in modo decisivo sulla storia del diritto di famiglia europeo ed ancora incide sul dibattito contemporaneo, a distanza di quasi cinquecento anni.

Tuttavia, la violenza dello scontro fra dissolubilità e indissolubilità porta talora a mettere in secondo piano il fatto che il dibattito sul divorzio nella cultura protestante e in quella cattolica muove comunque da un presupposto comune, che rappresenta una sorta di elemento genetico, condiviso nella società occidentale dopo la diffusione del cristianesimo: il matrimonio non è solo un legame fra due individui, ma è un vincolo socialmente rilevante che deve essere salvaguardato. La questione del suo scioglimento non riguarda dunque i coniugi ma la collettività: non è solo un problema giuridico, ma anche e soprattutto etico e sociale.

Da questo punto di vista, l'etica protestante non diverge da quella cattolica. La frase evangelica «*Quod Deus coniunxit homo non separet*», solennemente ripresa nel preambolo della Sessione XXIV del Concilio tridentino, viene solo riletta in modo diverso nella teologia protestante, ma non dimenticata: lo scioglimento del matrimonio non è una questione che riguarda gli uomini, e dunque i coniugi, ma riguarda Dio. Il matrimonio, nelle chiese riformate, anche se non è un sacramento in senso stretto, viene considerato una manifestazione dell'amore di Dio e dunque è comunque un sacramento in senso lato. Non è quindi un semplice contratto fra individui¹⁴; per questo, ciò che Dio ha unito può essere sciolto solo sulla base di una colpa verso Dio, prima ancora che verso l'altro coniuge¹⁵.

Ciò significa - volendo rileggere i termini della questione in una chiave laica e non religiosa - che la questione relativa allo scioglimento del matrimonio è rigorosamente controllata dalla collettività e non riguarda solamente i coniugi.

Durante i secoli successivi, nella soluzione del contrasto fra gli interessi della collettività e gli interessi dei coniugi - nonostante molte incertezze, ripensamenti, salti in avanti seguiti da ripensamenti precipitosi - si è assistito ad un progressivo spostamento a favore dell'autonomia dei coniugi. A fianco del divorzio per colpa, si è così affermato, con sempre maggior vigore, il modello del divorzio-rimedio. Mentre, durante la prima fase del contrasto

¹⁴ Sulla storica contrapposizione fra matrimonio-contratto e matrimonio-istituzione si veda l'imponente lavoro di RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, p. 1 e ss.

¹⁵ Si veda SAFLEY, *Let no man put asunder. The control of marriage in German Southwest: a comparative study, 1550-1600*, Northeast Missouri State University, 1984, p. 38; ANTOKOLSKAJA, *The search for a common core of divorce laws*, cit., p. 37. Si veda anche RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, cit., p. 166 e ss.

fra la cultura cattolica e la cultura protestante, il divorzio veniva ammesso da quest'ultima solo sulla base dell'accertamento di una colpa che avesse leso la sacralità del vincolo matrimoniale, successivamente il divario si è ampliato con il progressivo affermarsi, soprattutto nei paesi dell'Europa settentrionale, di scelte legislative che ammettono lo scioglimento del vincolo matrimoniale sulla base dell'accertamento dell'oggettiva impossibilità della convivenza coniugale.

Le tappe successive di questo percorso sono rappresentate dal divorzio per mutuo consenso e dal divorzio per volontà unilaterale di un coniuge. Sempre che sia possibile - nella complessità della storia del divorzio nella società occidentale - individuare la traccia di un percorso evolutivo, si passa dunque dall'affermazione dell'indissolubilità del matrimonio, al divorzio per colpa, al divorzio rimedio, al divorzio per mutuo consenso, al divorzio per volontà unilaterale: ad ogni passaggio corrisponde una diminuzione del controllo sociale sulla pronuncia del divorzio¹⁶; ogni passaggio vede il prevalere della libertà individuale sulla pretesa della società di preservare la stabilità della famiglia.

4. I presupposti del divorzio e l'efficacia del vincolo nei rapporti fra i coniugi

Si impone a questo punto una considerazione, fondamentale ad avviso di chi scrive. Una lenta e faticosa deriva sembra condurre il diritto occidentale contemporaneo ad affermare la sostanziale libertà dei coniugi di ottenere il divorzio senza che il controllo sociale possa impedire loro di realizzare la volontà di sciogliere il matrimonio. È necessario però, a questo punto, interrogarsi sull'efficacia del vincolo nei rapporti fra i coniugi.

Da questo punto di vista, il passaggio dal modello del divorzio per mutuo consenso a quello del divorzio per volontà unilaterale è assai delicato. Negli ordinamenti che ammettono il divorzio per mutuo consenso, il legislatore - al termine di quella tortuosa evoluzione i cui presupposti concettuali si è cercato di descrivere nelle pagine precedenti - espressamente rinuncia a considerare la famiglia una formazione sociale da preservare anche contro la volontà dei coniugi. Ma, laddove si afferma il diritto di ciascun coniuge di chiedere il divorzio anche prescindendo dal consenso dell'altro, non è più solo il rapporto fra libertà dei coniugi e controllo sociale a venire in considerazione, ma viene invece affermato il diritto di ciascun coniuge di ottenere la propria libertà nei confronti dell'altro.

Se il matrimonio viene considerato, alla fine di questo percorso, come un normale vincolo privatistico, rispetto alla cui stabilità la collettività mantiene

¹⁶ Si veda GUBENTIEF, *L'évolution des droits du divorce de 1960 à 1981*, cit., p. 188; ANTOKOLSKAJA, *The search for a common core of divorce laws*, cit., p. 34.

una posizione di neutralità, i possibili presupposti del suo scioglimento dovrebbero tendenzialmente coincidere con i presupposti per lo scioglimento del vincolo contrattuale: il mutuo consenso, l'inadempimento, l'accertata sopravvenuta impossibilità di dare attuazione al vincolo.

Molti ordinamenti giuridici contemporanei hanno effettuato scelte perfettamente coerenti con questa logica, che potremmo definire contrattualistica¹⁷, del matrimonio e del suo scioglimento. Ammettono dunque il divorzio sulla base del mutuo consenso, in mancanza del quale il richiedente deve dimostrare la violazione da parte dell'altro coniuge dei doveri che derivano dal matrimonio oppure l'oggettiva impossibilità di proseguire la vita coniugale (generalmente provata sulla base di un lungo periodo di separazione di fatto).

In questo quadro, il divorzio per volontà unilaterale rappresenta invece una scelta dissonante. Anche il diritto dei contratti conosce ovviamente rapporti nei quali entrambe le parti sono ammesse a recedere unilateralmente, ma si tratta di ipotesi in cui l'impegno sotteso al vincolo contrattuale riguarda la disciplina del rapporto fino a che esso dura e non comprende invece un obbligo per il futuro.

Ebbene, una logica di questo tipo è certamente astrattamente compatibile con il matrimonio, proprio perché il recesso unilaterale è un istituto che ben si attaglia ai rapporti a tempo indeterminato. Si deve tuttavia essere consapevoli del fatto che, laddove il legislatore ammette il divorzio per volontà unilaterale di un coniuge, il vincolo matrimoniale viene radicalmente modificato nella sua essenza rispetto a quello che una tradizione millenaria ci ha consegnato: contraendo matrimonio, i coniugi non assumono più un vincolo per il futuro, ma si limitano ad accettare una disciplina giuridica del loro rapporto sino a che esso dura.

Vi è poi un'altra osservazione che vale la pena di evidenziare. Nei rapporti giuridici a tempo indeterminato rispetto ai quali è ammesso un diritto unilaterale di recesso, è essenziale che la violazione degli obblighi che derivano dal rapporto trovi una adeguata sanzione (che, nel diritto dei contratti, è evidentemente la responsabilità di cui all'art. 1218 c.c.). Altrimenti l'efficacia del vincolo giuridico svanisce anche come semplice disciplina del rapporto sino a che esso rimane in essere.

Ciò significa che, se un ordinamento ammette il divorzio per volontà unilaterale di un coniuge, l'accertamento di una eventuale colpa di un coniuge nei

¹⁷ D'altra parte, è proprio in uno dei momenti di più vigorosa discontinuità lungo la strada della affermazione della libertà individuale dei coniugi, ossia durante il periodo della rivoluzione francese, che si ebbe il coraggio di definire il matrimonio come un contratto, come afferma l'art. 7 della Costituzione del 1791 (si veda PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale*, Milano, 2011, p. 113).

confronti dell'altro — perdendo il significato di presupposto per lo scioglimento del vincolo — deve recuperare qualche effetto sul piano sanzionatorio, altrimenti la disciplina dei diritti e dei doveri che derivano dal matrimonio è destinata a perdere qualsiasi rilievo giuridico.

5. I presupposti del divorzio nella L. n. 898/1970: il significato originario e l'evoluzione successiva

In Italia, la cultura cattolica ha difeso tenacemente l'indissolubilità del vincolo matrimoniale per oltre quattrocento anni, dalla sera dell'11 novembre 1563 — quando si conclusero i lavori della Sessione XXIV del Concilio di Trento — fino al 1° dicembre 1970, quando fu approvata la legge sul divorzio.

Il dibattito politico e sociale che portò all'approvazione di questa riforma durò appena un lustro: cinque anni separano la presentazione del primo progetto del deputato socialista Loris Fortuna — del 1° ottobre 1965¹⁸ — e l'approvazione della legge. Un tempo relativamente breve, se si pensa alla durata della gestazione — peraltro spesso del tutto inconcludente — delle riforme che toccano temi eticamente sensibili durante la cosiddetta seconda Repubblica.

A cavallo del '68 fu raggiunto un obiettivo certamente epocale. Incredibili — anche se non «formidabili»¹⁹ — appaiono oggi quegli anni. Anni in cui la Democrazia Cristiana, partito di maggioranza relativa e di governo, accettò di subire una legge che definiva orrenda²⁰. La nuova legge fu il frutto di uno scontro aspro²¹, ma anche del dialogo fra la cultura laica e quella cattolica.

Come è noto, all'approvazione della legge si giunse sulla base di un compromesso. Nacque così un «divorzio dal retrogusto cattolico»²². Il fronte cattolico ottenne una serie di aggiustamenti formali e, soprattutto, l'affermazione solenne della natura del divorzio come estremo rimedio ad una frattura che un giudice accerta come oggettivamente insanabile.

¹⁸ Atti parlamentari, Camera dei Deputati, IV legislatura, doc. n. 2630.

¹⁹ La Camera approvò la proposta di legge Basini-Fortuna il 28 novembre 1969, durante l'autunno caldo, pochi giorni prima della strage di Piazza Fontana.

²⁰ Sul tal dibattito e sul contesto storico in cui è nata la legge del 1970 si veda anche FORMINO, *Il fondamento del divorzio*, cit., p. 1520 e ss.; PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale*, cit., p. 599 e ss.; SCRIBÈ, *Il divorzio in Italia: partiti, Chiesa, società civile dalla legge al referendum*, (1965-1974), Milano, 2009; POCAR, RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Bari, 2011.

²¹ ROPORÀ, *Divorzio e famiglia moderna*, in *Il divorzio in Italia*, a cura di Piccardi, Firenze, 1969, p. 195 non esitava a definire «barbaric legislativa» la situazione precedente all'introduzione del divorzio ed era ben consapevole del fatto che la discussione non riguardasse solo «uno dei tanti settori arretrati della nostra legislazione, ma [una questione che] ha assunto il valore di una pietra di paragone tra due diversi modi di intendere la società».

²² PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale*, cit., p. 611.

Michele Giorgianni paragonò ciò ad un «biblico piatto di lenticchie»²³ che il partito dell'indissolubilità ottenne. Comprese che l'accordo raggiunto conduceva all'approvazione di una legge che avrebbe consentito di ottenere lo scioglimento del matrimonio «sulla base di fattori del tutto estranei al torto o alla ragione»²⁴. Il problema non sfuggì neppure agli estensori dell'appello a sostegno della raccolta di firma per il referendum (fra i quali Francesco Santoro Passarelli e Alberto Trabucchi) nel quale si afferma: «La legge ora approvata è una delle peggiori leggi divorziste oggi esistenti, perché arriva a consentire che il coniuge colpevole ottenga il divorzio anche contro la volontà del coniuge innocente»²⁵.

La mediazione fra «le due anime della nostra gente»²⁶, quella cattolica e quella laica, giustifica l'angustia della concezione di base²⁷ della legge del 1970. Gli ingredienti del «biblico piatto di lenticchie» sono dunque questi:

- a) la radicale esclusione di qualsiasi rilievo al consenso dei coniugi al divorzio;
- b) la solenne e formale affermazione per cui il divorzio non può essere pronunciato se non sulla base di un rigoroso accertamento compiuto dal giudice della oggettiva e assoluta impossibilità di ricostituire la comunione di vita fra i coniugi;
- c) l'affermazione — certamente connessa con quella precedente — dell'irrelevanza della colpa di un coniuge quale presupposto del divorzio, una affermazione che, nel secolare contrasto fra etica cattolica e etica protestante, costituisce un singolare colpo di coda dell'anatema contenuto nelle tesi del Concilio tridentino a quattrocento anni di distanza.

²³ GIORGIANNI, *Cinque note sul divorzio*, I, in *Politica del diritto*, 1970, p. 354.

²⁴ GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 355.

²⁵ Il testo si legge in *Un popolo al bivio. Referendum sul divorzio frontiera di libertà*, Comitato Nazionale per il referendum sul divorzio, 1972, p. 135.

²⁶ Così FALZEA, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, *sub Note introduttive* I, 1 dicembre 1970, n. 898, Padova, 1993, p. 59.

²⁷ Così ancora FALZEA, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, *sub Note introduttive*, cit., p. 60. Immediatamente dopo l'approvazione della legge sul divorzio Alberto Trabucchi, accingendosi ad esaminare, per la prima volta, gli effetti del divorzio sull'istituto giuridico del matrimonio in Italia, definì il dibattito sociologico e politico che aveva preceduto la riforma come «non esemplare polemica *de iure condendo*» (TRABUCCHI, *Matrimonio e divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 1). Anche RESCIGNO, *Cinque note sul divorzio*, II, in *Politica del diritto*, 1970, p. 357 e s. sottolinea le incertezze tecniche di un testo derivante da un progetto di iniziativa parlamentare certamente non migliorato dalle infinite mediazioni che hanno condotto alla sua approvazione. Al contrario AMATO, *Cinque note sul divorzio*, II, in *Politica del diritto*, 1970, p. 365 giudicò in termini positivi la mediazione raggiunta: «Lo si voglia o no, il divorzio che avremo non sarà un'imposizione laica, ma sarà quello che anche i cattolici hanno voluto. In questo senso è accaduto qualcosa che prima era parso incredibile; che i cattolici, cioè, finissero per riconoscersi nel divorzio».

Il divorzio fu dunque introdotto nel nostro ordinamento (seppure senza essere nominato), a condizione che si affermasse, con la massima chiarezza possibile, che lo scioglimento del matrimonio non consegue alle colpe dei coniugi e non è una scelta degli sposi, ma un rimedio²⁸ per far fronte ad una situazione oggettivamente intollerabile e irrimediabile. Un divorzio che — almeno stando alle enunciazioni formali — non è quindi pronunciato sulla base di una libera scelta di uno o di entrambi i coniugi, ma è piuttosto un divorzio *octroyé*, concesso a condizione che sia l'unica possibile soluzione del conflitto coniugale.

Fra i primi commentatori della nuova legge, una parte della dottrina criticò con asprezza il fatto che lo scioglimento del vincolo fosse lasciato all'apprerazione discrezionale del giudice chiamato ad accertare l'oggettiva intollerabilità della convivenza²⁹. Ben presto, peraltro, la prassi si incaricò di dimostrare che tali preoccupazioni non avevano ragion d'essere: il complesso impianto formale costruito tramite gli artt. 1, 2 e 3 della legge del 1970 si è risolto, sin dai primi tempi della sua applicazione, nel semplice accertamento da parte del giudice della sussistenza del periodo di separazione previsto.

Tuttavia, il testo originario della legge e il contesto normativo in cui essa trovava applicazione produceva effetti diversi da quelli attuali e ciò proprio in relazione al rilievo della colpa e alla possibilità di un coniuge di ottenere la pronuncia del divorzio contro la volontà dell'altro. Ciò per due ragioni.

In primo luogo, il riferimento al periodo di separazione legale quale presupposto per il divorzio aveva un significato diverso da quello che ha assunto dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975. Prima della riforma, infatti, per ottenere la separazione giudiziale un coniuge doveva dimostrare che l'altro si fosse reso responsabile di una delle colpe allora elencate negli artt. 151, 152 e 153 c.c.³⁰.

²⁸ Sulla concezione, nel nostro ordinamento, del divorzio come rimedio si veda, per tutti, QUADRI, *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, in *Digesto civ.*, VI, Torino, 1990, p. 511; BENEDETTI, *Le cause di divorzio*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da Ferrando, I, Bologna, 2007, p. 759 e ss.; FORTINO, *Il fondamento del divorzio*, cit., p. 1525 e ss.; ACHILLI, *Il divorzio nell'ordinamento italiano*, in *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, diretto da Cassano, III, Milano, 2006, p. 275 e ss.

²⁹ GIORGIANNI, *Cinque note sul divorzio*, cit., p. 354 e s.: «A ben vedere, però, è stato introdotto nella legge un principio veramente pericoloso, in quanto si è lasciato praticamente al giudice il potere (per non dire l'arbitrio) di sciogliere il matrimonio... Che cosa avverrà? È facile prevederlo. La pronuncia di divorzio dipenderà in larga parte dagli umori e dalle convinzioni (anche religiose) dei giudici chiamati a decidere, che ineluttabilmente anche se inconsciamente ne saranno influenzati. Coticchie si saprà che il tribunale di Roccarvalda è più rigido di quello di Roccanuccia, con i conseguenti precipitosi mutamenti di residenza, così frequenti nei paesi in cui esiste diversità di legislazione tra luogo in luogo».

³⁰ Per ottenere la separazione un coniuge doveva dimostrare che l'altro si fosse reso responsabile di adulterio, volontario abbandono, eccessi, servizie, minacce, ingiurie gravi (art. 151 c.c.), oppure fosse stato condannato alla pena dell'ergastolo o della reclusione per un periodo superiore ai cinque anni.

Dunque la separazione dal coniuge incolpevole non poteva essere ottenuta se non nella forma della separazione consensuale prevista dall'art. 158 c.c. Quindi la violazione dei doveri derivanti dal matrimonio, pur non menzionata dalla legge del 1970, aveva comunque allora un rilievo indiretto anche quale presupposto del divorzio: essendo la separazione il principale presupposto del divorzio, i presupposti di questa si riflettevano sulle condizioni per lo scioglimento del vincolo.

In secondo luogo, il testo originario della legge del 1970 (prima della riforma del 1987) attribuiva rilievo all'opposizione al divorzio del coniuge convenuto proprio nel caso in cui la separazione fosse stata pronunciata per colpa esclusiva dell'autore: in questo caso, infatti, il periodo di separazione necessario al fine di ottenere il divorzio era elevato da cinque anni (allora previsti) fino a sette.

Dunque, anche se la colpa non compariva (come non compare oggi) fra i presupposti del divorzio, tuttavia il divorzio non poteva essere ottenuto contro la volontà del coniuge incolpevole poiché, nei confronti dello stesso, non poteva essere ottenuta la separazione se non nella forma della separazione consensuale. Inoltre, il coniuge viceversa colpevole della separazione, volendo ottenere il divorzio contro la volontà del coniuge innocente, doveva attendere un tempo lunghissimo (sette anni).

Con l'abolizione nel 1975 della separazione per colpa — e la conseguente introduzione della separazione per l'intollerabilità della convivenza — e la riduzione, nel 1987, del periodo di separazione a tre anni (senza alcuna distinzione) il disegno ha trovato il suo definitivo compimento: un divorzio senza colpa e senza consenso, unicamente preceduto da un periodo triennale di separazione, oltre che da un formale tentativo di conciliazione compiuto dal presidente del tribunale e da un — altrettanto formale — accertamento dell'essere venuta meno la «comunione spirituale e materiale tra i coniugi».

6. Il divorzio come esercizio di un diritto di recesso da un vincolo a tempo indeterminato

Nonostante il legislatore del 1970 abbia voluto introdurre il divorzio nel nostro ordinamento solo come estremo rimedio concesso dal giudice a fronte dell'accertamento di una situazione oggettivamente intollerabile e non suscettibile di essere ricondotta nell'alveo della serena convivenza familiare, l'applicazione concreta delle norme che indicano i presupposti per la pronuncia del divorzio conduce ad un risultato molto lontano da tale rigore.

ovvero fosse stato sottoposto alla interdizione perpetua dai pubblici uffici (art. 152 c.c.); la moglie inoltre poteva chiedere la separazione se il marito, senza giusto motivo, non aveva fissato una residenza o, avendone i mezzi, avesse rifiutato di fissarla in modo conveniente alla sua condizione (art. 153 c.c.).

Colui che vuole divorziare — ottenuta la separazione, senza dover per questo dimostrare l'esistenza di una colpa dell'altro coniuge — deve solo attendere pazientemente che trascorran i tre anni previsti dall'art. 3, n. 2, lett. b, l. div. Non deve dimostrare che la sua volontà di porre fine al matrimonio dipende dai comportamenti del coniuge, o da qualche altra particolare circostanza, né deve adoperarsi per ottenere il consenso dell'altro. È sufficiente che affermi l'intollerabilità della convivenza e dichiarare al presidente del tribunale di non volersi riconciliare, una prima volta al momento della separazione e una seconda volta tre anni dopo, al momento del divorzio. Certamente, in Italia, chi voglia divorziare semplicemente perché non è più soddisfatto della vita coniugale, e non ha nulla da addebitare all'altro coniuge, raggiunge il proprio obiettivo più facilmente rispetto a quanto accade in molti altri Stati che hanno una tradizione divorzista ben più radicata nel tempo e nei quali l'ordinamento pare, nelle affermazioni formali, assai meno propenso a considerare la famiglia come un valore da tutelare anche contro la volontà dei coniugi.

Se ci è consentito esprimerci con un lessico tratto dal diritto di contratti (forse inappropriato rispetto al tema trattato), il matrimonio è nel nostro ordinamento — stando ai fatti e non seguendo le affermazioni di principio — un vincolo a tempo indeterminato rispetto al quale ciascuna delle parti può esercitare un «diritto di recesso» con un «preavviso» triennale³¹. Se poi si riflette sulla circostanza che le conseguenze patrimoniali del divorzio non dipendono dal fatto che l'iniziativa di chiedere il divorzio sia assunta dall'uno o dall'altro coniuge, possiamo concludere — sempre che ci sia consentito continuare ad utilizzare quel lessico — che per l'esercizio del diritto di recesso non è neppure previsto il pagamento di alcun corrispettivo.

Si è detto nelle pagine precedenti che il divorzio per volontà unilaterale, non fondato sull'accertamento di alcuna responsabilità da parte del coniuge che subisce la scelta dell'altro, è un modello ormai ben noto in altri ordinamenti contemporanei. Tuttavia si deve essere consapevoli del fatto che esso comporta un mutamento strutturale — in un certo senso ontologico — nel vincolo matrimoniale: non più un vincolo vitalizio, ma solo un impegno a rispettare le regole della famiglia fino a che uno dei coniugi non decide di sciogliere il legame.

Si può (ad avviso di chi scrive, si deve) ritenere che questa concezione molto aperta e libera del vincolo matrimoniale, corrisponda ad una moderna conce-

³¹ BARBERA, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, sub art. 1 l. div., cit., 109 afferma che: «L'interesse allo scioglimento del matrimonio integra una situazione giuridica soggettiva al conseguimento dello stato di divorzio: il diritto di divorzio». Peraltro già ZATTI, *La legge sul divorzio, contenuti e spunti problematici*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, II, p. 40, pur nel contesto precedente alla riforma del diritto di famiglia, affermava: «Sotto questo aspetto, la norma pare la codificazione dell'art. 153 c.c. circa il comportamento che ogni coniuge può tenere nel matrimonio e circa la volontà di ciascuno di far cessare il vincolo».

zione della famiglia, basata sull'effettivo consenso dei coniugi a stare insieme; ma si deve allora prendere atto del fatto che il risultato pratico a cui hanno condotto le scelte compiute dal legislatore del 1970 è profondamente diverso dagli obiettivi formali di tali scelte, emersi nel contesto del dibattito sociale e politico più sopra descritto, ed è distante dai fondamenti teorici del divorzio, ancora oggi frequentemente ricordati in un richiamo che pare avere il sapore, sempre più marcato, di una formula di stile.

Se si prendesse atto, anche nel nostro paese, che il divorzio si fonda sulla volontà dei coniugi e non può essere presentato come una estrema concessione da parte dello Stato a fronte dell'accertamento di una situazione eccezionale, si potrebbe finalmente affrontare — su basi razionali e non ideologiche — il tema di una riforma dei presupposti del divorzio e, conseguentemente, si potrebbe ragionare più serenamente dei suoi effetti patrimoniali.³²

³² Non è certamente questa la strada che il Governo mostra di voler seguire nel testo del decreto-legge sulla degiurisdizionalizzazione che, mentre rivediamo le bozze di questo scritto, è stato approvato ed è in attesa della sottoscrizione del Presidente della Repubblica (cfr. *supra* nota 2). Se le norme contenute in questo testo saranno convertite in legge, almeno per i coniugi senza figli minorenni, la concessione del divorzio come estremo rimedio al fallimento del matrimonio, sarà definitivamente superata, travolta dall'affermazione per cui l'accordo fra le parti «produce gli effetti e tiene il luogo» della sentenza. Ciò però avverrebbe senza che siano indicati in modo organico nuovi presupposti del divorzio che sostituiscano quelli contenuti negli artt. 1, 2 e 3 della L. n. 898/1970, norme che — pur svuotate di ogni significato da una ormai radicata prassi applicativa e dal nuovo intervento legislativo — non vengono tuttavia modificate.