

CAPITOLO I

IL FONDAMENTO DEL DIVORZIO

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. 1° dicembre 1970, n. 898: il significato originario e l'evoluzione successiva. — 6. (*segue*) Il divorzio stragiudiziale: la convenzione di negoziazione assistita e l'accordo di divorzio sottoscritto innanzi al sindaco. — 7. (*segue*) Il cosiddetto « divorzio breve ». — 8. Lo scioglimento del matrimonio e la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario. — 9. Il tentativo di conciliazione nella prassi dei nostri tribunali. — 10. La crisi della comunione materiale e spirituale e il rinvio all'art. 3 l. div.. — 11. Il divorzio come esercizio di un diritto di recesso da un vincolo a tempo indeterminato. — 12. Qualche considerazione *de iure condendo*.

1. *I presupposti e la natura del divorzio: le norme e la prassi.* — Mi sembra che qualsiasi considerazione relativa ai presupposti del divorzio, alla concezione del matrimonio come atto sottratto all'autonomia dei coniugi, al valore pubblicistico del vincolo matrimoniale ⁽¹⁾, sia meglio comprensibile nella sua effettiva portata se si parte dalla osservazione pratica per cui, nei giudizi di divorzio che si discutono innanzi ai nostri tribunali, l'oggetto del contendere non riguarda mai — salvo eccezioni rarissime — la domanda principale, cioè la 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

(1) Non si può, a tale proposito, non ricordare la lezione di CICU, *Matrimonium seminarium reipublicae*, in *Arch. giur.*, 1921, p. 111 e ss.; *Id.*, *Divorzio e politica*, in *Arch. giur.*, 1966, p. 3 e ss.. Sul pensiero di questo Autore si veda ora SESTA, *Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 805 e ss..

attribuiva a questa espressione. Se il matrimonio è un vincolo, un impegno giuridicamente rilevante, può apparire infatti sorprendente che fra le parti non nasca quasi mai alcun particolare contenzioso sul suo scioglimento e sulle cause che lo giustificano.

Peraltro, una riflessione sulla natura del divorzio e sul suo fondamento appare oggi quanto mai necessaria, dopo che il legislatore — con due colpi assestati in rapida successione nel 2014 e nel 2015 (2) — ha riformato in modo a tal punto incisivo l'istituto da rendere del tutto inattuale il dibattito che si è sino ad ora sviluppato stancamente nella sommessima consapevolezza della distanza fra presupposti teorici ed esiti pratici. Anche se al legislatore del 2014 e del 2015 è mancata totalmente la visione d'insieme, non vi è dubbio che l'introduzione del divorzio stragiudiziale, immediatamente seguita dalla consistente riduzione del tempo per cui deve protrarsi la separazione per essere causa di divorzio, permette di affermare che da questa stagione di riforme è nato un nuovo divorzio.

Ancora oggi, i presupposti della pronuncia del divorzio risultano dal combinato disposto degli artt. 1, 2, e 3 della l. 1° dicembre 1970, n. 898 (3). Si tratta di un apparato normativo assai ampio nella sua formulazione letterale e al quale non manca una certa complessità strutturale. Non ci sottrarremo più innanzi dall'esaminare nel dettaglio le norme appena ricordate. Sin d'ora possiamo però osservare che il nostro legislatore conosce due modalità di divorzio — lo scioglimento del matrimonio e la cessazione dei suoi effetti civili — e in entrambi i casi 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 le quali si sviluppano in niente meno che undici casi.

Eppure, se un osservatore dovesse ricostruire i presupposti del

(2) Ci si riferisce al d.l. 12 settembre 2014, n. 132 — convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162 — che ha introdotto la possibilità che il divorzio sia l'effetto di una « negoziazione assistita » o di un accordo presentato direttamente dai coniugi innanzi al sindaco in qualità di ufficiale dello stato civile e alla l. 6 maggio 2015, n. 55 che ha ridotto da tre anni ad un anno la durata della separazione legale presupposto per ottenere il divorzio ai sensi dell'art. 3, n. 2, lett. b, l. div. (ulteriormente ridotto a sei mesi nel caso in cui la separazione sia consensuale).

(3) Come è noto la formulazione attuale di tali norme è il risultato della riforma introdotta con la l. 6 marzo 1987, n. 74, oltre che degli interventi legislativi ricordati alla nota precedente.

divorzio
scioglimento
ciate dai
dicembre
di una g
condizioni
divorzio
la cui du
originaria
caso in cu
subito la
dopo la r
in cui la

Se il
sulla realt
e quindi
cessazione
— egli ne
dal giudic
chieda (4
vuole por
— e cert
previsto c
l'intolleran

(4) Art. 3, lett. a, l. 1° dicembre 1970, n. 898, che prevede che la separazione deve essere fatta con il consenso di entrambi i coniugi e che il divorzio è pronunciato quando la separazione è durata per un anno e il giudice ha accertato che la separazione è legittima e giusta. (5) In materia di separazione e divorzio, cfr. Ferrando, *La separazione e il divorzio*, da Ferrando, *La famiglia*, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100.

(5) In materia di separazione e divorzio, cfr. Ferrando, *La separazione e il divorzio*, da Ferrando, *La famiglia*, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100.

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 separazione pronunciata dal giudice. Periodo la cui durata è andata riducendosi nel corso degli anni: dai cinque anni originariamente previsti nel 1970 (che diventavano addirittura sette nel caso in cui a presentare il ricorso per divorzio fosse il coniuge che aveva subito la pronuncia di una separazione per colpa) sino ad un solo anno dopo la riforma del 2015 (che si riduce ulteriormente a sei mesi nel caso in cui la separazione sia stata pronunciata consensualmente).

Se il medesimo osservatore volesse andare più a fondo ed indagare sulla reale stabilità del vincolo matrimoniale nel nostro ordinamento — e quindi sui limiti del diritto di ciascuno dei coniugi ad ottenere la cessazione degli effetti del matrimonio a fronte della crisi della famiglia — egli non tarderebbe a realizzare che la separazione viene pronunciata dal giudice sulla base della semplice circostanza che un coniuge la chieda (4). Ciò significa che, nel nostro ordinamento, il coniuge che vuole porre fine al matrimonio può limitarsi a chiedere la separazione — e certamente la otterrà — ed attendere che trascorra il tempo previsto dall'art. 3, n. 2, lett. b, l. div. (5). È sufficiente che affermi l'intollerabilità della convivenza e abbia un po' di pazienza e certa-

(4) Anche al momento della separazione — nonostante il codice formalmente preveda che il giudice, per accogliere la domanda principale, debba accertare l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza — la semplice volontà di un coniuge è di fatto considerata sufficiente a fondare la pronuncia. Così, ad esempio, Cass. 14 febbraio 2007, n. 3356, in *Foro it.*, 2008, I, 128: « Atteso che il rapporto coniugale è incoercibile, e collegato al perdurante consenso di ciascun coniuge, anche la frattura dipendente dalla disaffezione e dal distacco spirituale di uno solo di essi, verificata dal giudice in base ai fatti obiettivi emersi, rende intollerabile la prosecuzione della convivenza e legittima il coniuge stesso a chiedere la separazione giudiziale, con la conseguenza che la sua domanda — costituendo esercizio di un diritto — non può costituire ragione di addebito »; nello stesso senso, più recentemente, Cass. 29 aprile 2015, n. 8713, in *Dir. e giust.*, 30 aprile 2015. Su questo punto, per tutti, BALESTRA, *I presupposti della separazione giudiziale: l'intollerabilità della convivenza*, in *Separazione e divorzio*, diretto da Ferrando, I, *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 2003, p. 287 e ss.. Il tema è trattato più ampiamente nel volume di questo *Trattato* dedicato alla separazione fra coniugi.

(5) In questo senso PANTALEONI, *Il divorzio. I presupposti*, in *Separazione, divorzio e annullamento*, diretto da Sicchiero, Bologna, 2005, p. 195.

mente otterrà l'accoglimento della propria domanda (6). Oggi questo tempo di attesa, di decantazione — di pazienza appunto — è relativamente breve e non è più tale da ritardare in modo significativo i tempi di realizzazione dell'eventuale progetto di ciascun coniuge di ricostruire la propria vita affettiva sulla base di un nuovo matrimonio.

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 individuato 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 ricercare le cause di tale scollatura e misurarne gli effetti. È questa una indagine che conduce ad analizzare il problema dei presupposti del divorzio sulla base del suo fondamento ontologico, della sua essenza, della sua relazione con il vincolo matrimoniale: una indagine sulla *Wesenszusammenhänge* (7) del divorzio e del matrimonio.

(6) È opportuno confrontare questo risultato, che emerge in modo inequivocabile dall'esame dell'istituto del divorzio nella sua pratica applicazione quotidiana, con il monito di FALZEA, in *Note introduttive*, in *Commentario Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1993, p. 64: « Ma un'avvertenza, per concludere su questo punto, si impone. La prevalenza del valore della persona sul valore della famiglia non può giungere al punto da considerare decisiva la sola volontà del coniuge, una volontà che è pur sempre l'organo più efficace della libertà. Perché sia protetto socialmente e giuridicamente, il valore della persona deve presentarsi come meritevole di una tale tutela e può ottenere riconoscimento a preferenza del valore della famiglia quando assuma una serietà e una intensità tali da giustificare il sacrificio del valore contrapposto. La legge non può prestare il suo ausilio per assecondare con gli organi della giurisdizione iniziative arbitrarie immotivate, specie quando esse si scontrano con valori primari della società giuridica. In questi casi la negazione della invocata tutela della personalità punisce la irresponsabilità, non mortifica la libertà ».

(7) 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. i
possibili
una relaz
coniugi, è
tizzare —
— le cate
qualsiasi
parti, pos
a) la
b) la
parte dell
c) la
sibilità di
d) la
condizion
e) il r
tempo ind
Questi
nei diversi
traverso cu
Tuttav
porto giuri
fondament
sin dagli al
della civilt
privatistico
famiglia nat
tale della so

(8) Utiliz
Legal formants
Comparative L
(9) Ricor
narium reipubl
si veda ora SES
come istituzio
Milano, 2013,
esclusivamente
questo *Trattato*
famiglia svolgo
organizzazione

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, 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;
- e) il recesso unilaterale, generalmente previsto per i rapporti a tempo indeterminato, eventualmente preceduto da un preavviso.

Queste sono, al di là dei nomi utilizzati nei singoli ordinamenti e nei diversi contesti normativi, tutte le possibili categorie astratte (8) attraverso cui un rapporto giuridico privatistico può essere caducato.

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 società (9). È peraltro certamente vero che l'evoluzione sociale

(8) 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*, 39, 1, 1991, p. 17.

(9) Ricordiamo ancora, a tale proposito, la lezione di CICU, *Matrimonium seminarium reipublicae*, cit., p. 111 e ss.; ID, *Divorzio e politica*, cit., p. 3 e ss., sulla cui opera si veda ora SESTA, *Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, cit., p. 805 e ss.. Sul matrimonio come istituzione si veda RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, p. 1 e ss.. In una diversa prospettiva, afferma comunque la natura non esclusivamente privatistica del vincolo matrimoniale FERRANDO, *Il matrimonio*², in questo *Trattato*, Milano, 2015, p. 1: « In qualsiasi organizzazione sociale matrimonio e famiglia svolgono ruoli istituzionali di fondamentale importanza, costituendo modi di organizzazione e controllo del comportamento umano nella società » (l'Atrice si

Oggi questo — è relativamente — è relativo i tempi di ricomposizione e la semplificazione nella riflessione. È un problema e fra interessi o, come forse e pratica delle individuato dal teologico di cui ca, espressione. È appagato da tale scollatura e ad analizzare il suo fondamento il vincolo matrimoniale del divorzio e

modo inequivocabile quotidiana, con il o, Trabucchi, VI, 1, o punto, si impone. Non può giungere all'età che è pur sempre e giuridicamente, il tutela e può ottenere na una serietà e una La legge non può risdizione iniziative primari della società ersonalità punisce la

lei concetti giuridici: *labrbuch für Philoso-*

e normativa ⁽¹⁰⁾ ha portato ad una progressiva privatizzazione del matrimonio ⁽¹¹⁾, ma questa inequivocabile tendenza non ha sino ad ora condotto alla completa riconduzione del rapporto entro i confini dell'autonomia privata.

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.

Uno studio comparato — sia sul piano storico, sia sul piano geografico ⁽¹²⁾ — dei possibili presupposti del divorzio evidenzia

sofferma poi a lungo — p. 194 e ss. — sul rapporto fra la concezione consensuale e quella istituzionale del matrimonio). Il fatto che l'ordinamento giuridico sottragga il rapporto matrimoniale alla libera disponibilità dei coniugi non è quindi (o non è solo) un riflesso di una concezione religiosa della famiglia. Una prova di ciò è la concezione napoleonica della famiglia (certamente non influenzata da una matrice religiosa): « Tra lo Stato e la famiglia s'instaurava una connessione stretta e alla famiglia veniva assegnata una rilevanza politica e la funzione di allevare i futuri cittadini » (così, descrivendo la concezione napoleonica della famiglia, POCAR, RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Bari, 2008, p. 7).

(10) Non solo il già ricordato d.l. 12 settembre 2014, n. 132 — convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162 — che, come più ampiamente vedremo *infra sub* § 6 in questo stesso capitolo, ha introdotto la possibilità per i coniugi di modificare il loro *status* con una semplice attività negoziale, ma anche la l. 28 dicembre 2013, n. 154 e il successivo d. lg. 28 dicembre 2013, n. 154 che, introducendo il principio dello *status* unico di figlio, ha privato il matrimonio della sua funzione tradizionale di "contenitore" privilegiato del rapporto di filiazione.

(11) In questo senso, da ultimo, SESTA, *Negoziato assistito e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *FD*, 2015, p. 295; ID., *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, 1, Milano, 1989, p. 829; BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 277 e ss.; ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*², a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello, in *Tratt. Zatti*, I, 1, Milano, 2011, p. 3 e ss. (ed in particolare p. 18 e ss.); MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 57; AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005.

(12) 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 *reports* 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 *reports* sono attualmente

quindi c
sciogliment
il contra
pretesa c
liare ⁽¹⁴⁾
tempo c
nio sono
fondame
Tent
grupparlo
a) di

consultabili
reports-by-j
WOELKE, *Prin
ciples of Eu
Spouses*, An
si vedano a
CORNELOUP
Paris, 2013.
più facilmer
com. La rac
BERGMANN, F
sono le osse
plina del d
riforma del c

(13) Sc
giuridica har
taluni ordina
matrimoniale

(14) Su
core of divor
determination
European Re
Martín-Casal
tions de mari
consentement
The family an
403 e ss.; WIR
Solidarität, Ti
Familie, Abst
SCHWENZER, V
1987 (le cui os
law: from stat
Nella dottrina
in *Commentar*

quindi come i diversi formanti ⁽¹³⁾ delle norme giuridiche relative allo scioglimento del vincolo matrimoniale sono stati chiamati a comporre il contrasto fra il diritto dell'individuo all'auto-determinazione e la pretesa dell'ordinamento di salvaguardare e preservare il legame familiare ⁽¹⁴⁾. Per questa ragione, le categorie giuridiche che si sono nel tempo consolidate come 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 raggrupparle in alcuni tipi o modelli di divorzio:

a) divorzio-sanzione;

consultabili sul sito internet della CEFL, all'indirizzo <http://ceflonline.net/country-reports-by-jurisdiction/>. Una analisi dei risultati della ricerca è pubblicata in BOELE-WOELKI, PINTENS, FERRAND, GONZÁLEZ-BELFUSS, JÄNTERÄ-JAREBORG, LOWE, MARTINY, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Antwerp, 2004. Per una efficace sintesi dei presupposti del divorzio in Europa si vedano anche HAMILTON, PERRY (edited by), *Family law in Europe*², 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 Kindschaftrecht*, 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..

(13) Sovente, in relazione alla disciplina del matrimonio, i formanti della norma giuridica hanno avuto — e talora ancora hanno — una matrice religiosa accadendo in taluni ordinamenti che lo Stato deleghi alle autorità religiose la gestione della materia matrimoniale.

(14) Su questi diversi modelli, si vedano ANTOKOLSKAIA, *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, p. 84; CRETNEY, *The family and the law. Status or contract?*, in *Child and Family law Quarterly*, 2003, p. 403 e ss.; WINDEL, *Status und Realbeziehung*, in AA. Vv., *Familienrechtlicher Status und Solidarität*, Tübingen, 2008, p. 5 e ss.; RÖTHEL, *Institution und Intimität*, in AA. Vv., *Ehe, Familie, Abstammung — Blicke in die Zukunft*, Frankfurt a. M.-Berlin, 2010, p. 9 e ss.; SCHWENZER, *Von der Status — zur Realbeziehung. Familienrecht im Wandel*, Baden Baden, 1987 (le cui osservazioni sono riproposte in lingua inglese in Id., *The evolution of family law: from status to contract and relation*, in *Eur. Journ. Law Reform*, 2001, p. 199 e ss.). Nella dottrina italiana cfr. BARBIERA, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*², in *Commentario Scialoja-Branca, sub art. 9 l. 1.12.1970*, Bologna-Roma, 1979, p. 8 e ss..

- b) divorzio-rimedio;
- c) divorzio per mutuo consenso;
- d) divorzio per volontà unilaterale di uno dei coniugi ⁽¹⁵⁾.

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 osservato ⁽¹⁶⁾, 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 lineare — piuttosto, come si è efficacemente notato ⁽¹⁷⁾, si tratta di un sentiero tortuoso — 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 1547 ⁽¹⁸⁾. Furono approvati i dodici canoni *De sacramento matrimonii* e i *Canones super reformatione circa matrimonium* ⁽¹⁹⁾ il cui primo capo è il celebre *Tametsi* ⁽²⁰⁾.

(15) Così GUIBENTIF, *L'évolution du droit du divorce de 1960 à 1981*, in *Le divorce in Europe occidentale*, Geneve, 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*², a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello, in *Tratt. Zatti*, I, 2, Milano, 2011, p. 1503 e ss..

(16) PHILIPS, *Putting Asunder: A History of Divorce in Western Society*, Cambridge University Press, 1988, p. 27.

(17) Così, STONE, *Road to divorce: England 1530-1987*, Oxford University Press, 1990, p. 301.

(18) ZARRI, *Il matrimonio tridentino*, in *Il Concilio di Trento e il moderno*, a cura di Prodi-Reinhard, Bologna, 1996, p. 442.

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

(20) « *Tametsi dubitandum non est clandestina matrimonia libero contrahentium consensu facta rata et vera esse matrimonia quamdiu Ecclesia ea irrita non fecit et proinde*

Se è ve
complesso
clandestino
affermazioni
l'indissolub
« *Si quis di
et apostolic
nii vinculu
causam ad
matrimoniu
duxerit et e
(22). Il matr
coniuge e, i*

Due let
punto di or
e quello pro
storia del d
contempora

Tuttavia
porta talora
divorzio nell
da un presu

*iure damnandi
negant qui que
contracta irrita
Ecclesia ex iustu
non si debba di
contraenti siano
dichiarati invalidi
Sinodo in realtà
afferma che i m
che questi poss
sempre, per giu*

(21) JEMOL
del 1917, Bolog

(22) « Se q
secondo la dott
matrimonio per
che non ha dat
contrarre un alti
l'adultera, ne sp
anathema ».

Se è vero che la grande questione attorno alla quale gravita questo complesso apparato normativo fu quella della invalidità del matrimonio clandestino (21), tuttavia tale problema si delineò 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 innocentem qui causam adulterio non dedit non posse altero coniuge vivente aliud matrimonium contrahere moechari que eum qui dimissa adultera aliam duxerit et eam quae dimisso adultero alii nupserit a[nathema] s[ic]* » (22). Il matrimonio cattolico, dunque, non si scioglie per la colpa di un coniuge e, in particolare, per adulterio.

Due lettere — *a. s.* — sono il segno grafico 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

iure damnandi sint illi ut eos sancta Synodus anathemate damnat qui ea vera ac rata esse negant qui que falso affirmant matrimonia a filiis familias sine consensu parentum contracta irrita esse et parentes ea rata vel irrita facere posse: nihilominus sancta Dei Ecclesia ex iustissimis causis illa semper detestata est atque prohibuit » (« Quantunque non si debba dubitare che i matrimoni clandestini, celebrati con il libero consenso dei contraenti siano rati e veri matrimoni, almeno fino a che la Chiesa non li abbia dichiarati invalidi, — e che, quindi, a buon diritto debbano condannarsi (come il Santo Sinodo in realtà condanna) quelli che negano che essi siano veri e rati e chi falsamente afferma che i matrimoni contratti dai figli senza il consenso dei genitori siano nulli, e che questi possano invalidarli o annullarli, — tuttavia la Santa Chiesa di Dio li ha sempre, per giustissimi motivi, detestati e proibiti »).

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

(22) « Se qualcuno dirà che la Chiesa sbaglia quando ha insegnato ed insegna che secondo la dottrina evangelica ed apostolica non si può sciogliere il vincolo del matrimonio per l'adulterio di uno dei coniugi, e che l'uno e l'altro (perfino l'innocente, che non ha dato motivo all'adulterio) non possono, mentre vive l'altro coniuge, contrarre un altro matrimonio, e che, quindi, commette adulterio colui che, lasciata l'adultera, ne sposi un'altra, e colei che, scacciato l'adultero, si sposi con un altro, sia anatema ».

gi (15).

contrapposi-
presentato lo
del secondo
a del divorzio
la concezione

divorzio fra
divorzio nella
la concezione
dal Concilio
tutt'altro che
si tratta di un
a sera dell'11

XIV del Con-
ora come una
trapposizione
scussione, già
amento matri-
um (19) il cui

181, in *Le divorce
Verso un divorzio
fondamento del
uscello*, in *Tratt.*

ociety, Cambrige
University Press,

moderno, a cura
ina de sacramento
Oecumenicorum

ro contrabentium
on fecit et proinde

genetico, condiviso nella società occidentale (23) dopo la diffusione del cristianesimo (24): il matrimonio non è solo un legame fra due individui,

(23) Peraltro è noto che il diritto romano classico era caratterizzato da una concezione del matrimonio come vincolo che permane solo fin tanto che perdura fra i coniugi l' *affectio maritalis* e dalla mancanza di una regolamentazione sanzionatoria degli obblighi derivanti dal vincolo (cfr., per uno sguardo di sintesi, CIAN, *Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato* , in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* , diretto da Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1976, p. 28; VOLTERRA, voce *Divorzio (Diritto romano)* , in *Nss. D.I.* , VI, Torino, 1968, p. 62 e ss.; FAYER, *La familia romana* , III, *Concubinato, divorzio, adulterio* , Roma, 2005, p. 55 e ss.).

(24) Possiamo fissare nel 331 d.C. la data del tramonto della concezione del diritto romano classico del matrimonio: questa è infatti la data della Costituzione di Costantino (Cod. Theod. 3,16,1) che limita in modo assai rilevante il divorzio per volontà unilaterale di un coniuge: « *Placet mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere exquisita causa velut ebrioso aut aleatori aut mulierculario, nec vero maritis per quascumque occasiones uxores suas dimittere: Sed in repudio mittendo a femina haec sola crimina inquiri, si homicidam vel medicamentarium vel sepulcrorum dissolutorem maritum suum esse probaverit, ut ita demum laudata omnem suam dotem recipiat. Nam si praeter haec tria crimina repudium marito miserit, oportet eam usque ad aculam capitis in domo mariti deponere et pro tam magna sui confidentia in insulam deportari. In masculis etiam, si repudium mittant, haec tria crimina inquiri conveniet, si moecham vel medicamentariam vel conciliatricem repudiare voluerint. Nam si ab his criminibus liberam eiecerit, omnem dotem restituere debet et aliam non ducere. Quod si fecerit, priori coniugi facultas dabitur domum eius invadere et omnem dotem posterioris uxoris ad semet transferre pro iniuria sibi illata » (« È deciso che non sia lecito alla donna, presa da insani desideri, inviare il ripudio al marito, presentandolo come ubriacone o giocatore o donnaiolo, e neppure sia lecito ai mariti ripudiare le proprie mogli per qualsiasi ragione, ma la donna può inviare il ripudio solo se riuscirà a dimostrare che egli è un omicida, o avvelenatore o violatore di sepolcri, cosicché in questi soli casi venga lodata e riceva la sua dote. Infatti se al di fuori di queste tre colpe avrà mandato il ripudio al marito, è necessario che lasci ogni cosa in casa del marito fino allo spillone del capo e vista la così grande fiducia in sé sia deportata in un'isola. Per quanto riguarda gli uomini, se inviano il ripudio, è necessario verificare l'esistenza di queste tre colpe, se vogliono ripudiare un'adultera o un'avvelenatrice o una mezzana. Poiché, se [il marito] abbia scacciato una donna non colpevole di questi crimini, deve restituire la dote e non prendere altra moglie. Se abbia fatto ciò, alla prima moglie viene concessa la facoltà di invadere la sua casa e di appropriarsi di tutta la dote della seconda moglie per l'offesa a lei inferta »). Pare peraltro — la notizia è riportata nell'enigmatico *Quaestiones Veteris et Novi Testamenti* e si deve quindi al suo ancora più enigmatico anonimo Autore, noto con lo pseudonimo di Ambrosiaster — che già Giuliano l'Apostata abbia abrogato le norme di Costantino: il confronto fra libertà e controllo sociale del vincolo matrimoniale proseguì con fasi alterne — quasi sotterraneo e in gran parte indecifrabile — durante tutto il medioevo, per riemergere la sera dell'11 novembre 1563 con la trionfale affermazione ad opera del*

ma è un
deve salv
dunque i
ma anche

Da qu
cattolica.
ret », sole
Concilio t
protestant
una questi
Dio. Il ma
mento in
l'amore di
è quindi u
Dio ha ut
confronti c

Ciò sig
chiave laic
rigoroseme
coniugi.

Durant
interessi de
incertezze,
assistito ad
coniugi. A f
maggior vig
vincolo pres
(Zerrüttungs

Concilio di Tre
niale e sulle ra

(25) La f
(così TRABUCCH
contrapposizio
nente lavoro di
oltre alla dottri

(26) Cfr. :
 Southwest: a co
p. 38; ANTONKOLS
RENDA, *Il matr*
(27) Cfr. I

diffusione del
due individui,

terizzato da una
che perdura fra i
one sanzionatoria
intesi, CIAN, *Sui
ato*, in *Commen-
: Trabucchi, I, 1,
D.I., VI, Torino,
adulterio*, Roma,

a concezione del
a Costituzione di
e il divorzio per
*pter suas pravas
aut aleatori aut
dimittere: Sed in
nedicamentarium
demum laudata
n marito miserit,
o tam magna sui
haec tria crimina
repudiare volue-
re debet et aliam
eius invadere et
sta*» («È deciso
pudio al marito,
a lecito ai mariti
re il ripudio solo
itore di sepolcri,
se al di fuori di
asci ogni cosa in
fiducia in sé sia
dio, è necessario
iltera o un'avve-
ma donna non
moglie. Se abbia
a sua casa e di
inferta»). Pare
Novi Testamenti
lo pseudonimo
e di Costantino:
roseguì con fasi
tto il medioevo,
me ad opera del

ma è un vincolo eticamente rilevante, un'istituzione che la collettività deve salvaguardare. 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 individui⁽²⁵⁾: per questo, ciò che Dio ha unito può essere sciolto solo sulla base di una colpa nei confronti di Dio, prima ancora che dell'altro coniuge⁽²⁶⁾.

Ciò significa — volendo rileggere i termini della questione in una chiave laica e non religiosa — che lo scioglimento del matrimonio è rigorosamente controllato 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, 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: lo scioglimento del vincolo presuppone l'accertamento del disfacimento della vita comune (*Zerrüttungsprinzip*)⁽²⁷⁾. Mentre, durante la prima fase del contrasto

Concilio di Trento del principio del controllo sociale e religioso sul vincolo matrimoniale e sulle ragioni del suo scioglimento.

(25) La famiglia fondata sul matrimonio è quindi una « istituzione giuridica » (così TRABUCCHI, *Matrimonio e divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 1). Sulla storica contrapposizione fra matrimonio-contratto e matrimonio-istituzione si veda l'imponente lavoro di RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, cit., p. 1 e ss., oltre alla dottrina straniera citata *supra* nella nota 14.

(26) Cfr. 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; ANTOKOLSKALA, *The search for a common core of divorce law*, cit., p. 37. Cfr. anche RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, cit., p. 166 e ss..

(27) Cfr. BARBIERA, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*², cit., p. 8.

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 divorzio (28); 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.* — L'evoluzione dell'istituto del divorzio è quindi costretta entro i limiti di una secolare contrapposizione fra indissolubilità del vincolo e dissolubilità, fra controllo sociale sullo scioglimento del matrimonio e libertà individuale dei coniugi. Una contrapposizione che si è sviluppata sotto il monito dell'antico anatema (ricordato nel paragrafo che precede) contenuto nel Canone 7 della Sessione XXIV del Concilio tridentino.

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

(28) Cfr. GUIBENTIF, *L'évolution du droit du divorce de 1960 à 1981*, cit., p. 188; ANTOKOLSKAIA, *The search for a common core of divorce law*, cit., p. 34.

consenso, presuppo precedenti formazio Ma, laddo teralment prescinde dei doveri fra libertà viene inv propria lil

Se il r come un collettività del suo s presuppos consenso, dare attua condizione nostra con

Molti perfettame definire co Ammetton mancanza parte dell'oggettiva provata sul

In que invece una ovviamente recedere un al vincolo esso dura e

(29) D'a lungo la strad periodo della come un cont *Diritto di fam*

consenso, il legislatore — al termine di quella tortuosa evoluzione i cui presupposti concettuali abbiamo 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 a chiedere unilateralmente il divorzio — anche prescindendo dal consenso dell'altro e prescindendo dall'accertamento di una violazione da parte dell'altro dei doveri che derivano dal matrimonio — 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 venisse considerato, alla fine di questo percorso, come un normale vincolo privatistico, rispetto alla cui stabilità la collettività mantiene 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 (non menzionando il termine finale e la condizione risolutiva che sono categorie ancora assai lontane dalla nostra concezione del matrimonio, e quindi incompatibili con essa).

Molti ordinamenti giuridici contemporanei hanno effettuato scelte perfettamente coerenti con questa ricostruzione — che potremmo definire contrattualistica ⁽²⁹⁾ — 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. Così, ad

(29) 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 (cfr. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale*, Milano, 2011, p. 113).

divorzio veniva
o di una colpa
essivamente il
tutto nei paesi
ettono lo scio-
mento dell'og-

presentate dal
unilaterale di
tà della storia
traccia di un
l'indissolubi-
rimedio, al
nilaterale: ad
sociale sulla
evalere della
re la stabilità

zi rapporti fra
ndi costretta
solubilità del
glimento del
posizione che
ricordato nel
isione XXIV

amentale ad
condurre il
ziale libertà
ociale possa
matrimonio. È
del vincolo

divorzio per
erale è assai
per mutuo

l, cit., p. 188;

esempio, nel contratto di fornitura a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può, secondo quanto prevede l'art. 1569 c.c., recedere dal contratto. Ciò significa che l'efficacia obbligatoria del contratto si coglie nella disciplina del rapporto (l'oggetto e l'entità della somministrazione, il prezzo e le modalità della sua corresponsione, l'esistenza di un patto di preferenza o di esclusiva) sino a che esso dura e non nell'impegno a mantenere in essere il rapporto stesso.

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 (e, come vedremo il legislatore italiano nella sostanza compie questa scelta), 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 questione 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 prevista 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 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 smarrire qualsiasi rilievo giuridico.

5. *I presupposti del divorzio nella l. 1° dicembre 1970, n. 898: 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
riforma del
del primo
ottobre 19
mente brev
del tutto in
sensibili di

A cav
Incredibili
anni. Anni
relativa e d
legge fu il f
cultura laic
Teatro Elis
Gaetano Sa
Civiltà catt
trice Anna
presieduto

Come è

(30) Atti

(31) La (

1969, durante

(32) Sul c
*Il fondamento
sociale, cit., p. 5
al referendum,*
p. 51 e ss..

(33) RODOLFO
Piccardi, Firenze
situazione prece
la discussione
legislazione, ma
due diversi mo

(34) È sig
niare l'importar
relazione introd
Deputati, IV leg
entrare nel mer
afferinarsi la tes
stato la sua deci
tazioni di natur
Chiesa stia modi

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 1965⁽³⁰⁾ — dall'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 — non certo "formidabili"⁽³¹⁾ — appaiono oggi quegli anni. Anni in cui la Democrazia Cristiana, partito di maggioranza relativa e di governo, subì una legge che definiva orrenda⁽³²⁾. La nuova legge fu il frutto di uno scontro aspro⁽³³⁾, ma anche del dialogo fra la cultura laica e quella cattolica, a partire dalla tavola rotonda svoltasi al Teatro Eliseo di Roma il 26 febbraio 1964 per iniziativa del Circolo Gaetano Salvemini, a cui parteciparono, fra gli altri, il padre gesuita di Civiltà cattolica Salvatore Lener, l'avvocato Ercole Graziadei, la scrittrice Anna Garofolo, il giurista Pietro Agostino d'Avack. Il dibattito fu presieduto da Arturo Carlo Jemolo⁽³⁴⁾.

Come è noto, all'approvazione della legge si giunse sulla base di un

(30) Atti parlamentari, Camera dei Deputati, IV legislatura, doc. n. 2630.

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

(32) Sul dibattito e sul contesto storico in cui è nata la legge del 1970 cfr. FORTINO, *Il fondamento del divorzio*, cit., p. 1520 e ss.; PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale*, cit., p. 599 e ss.; SCIRE, *Il divorzio in Italia: partiti, Chiesa, società civile dalla legge al referendum, (1965-1974)*, Milano, 2009; POCAR, RONEFANI, *La famiglia e il diritto*, cit., p. 51 e ss..

(33) RODOTÀ, *Divorzio e famiglia moderna*, in *Il divorzio in Italia*, a cura di Piccardi, Firenze, 1969, p. 195 non esitava a definire « barbarie 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 ».

(34) È significativo notare che questa tavola rotonda fu ricordata — a testimoniare l'importanza del dialogo fra la cultura laica e quella cattolica — proprio nella relazione introduttiva della proposta di legge Fortuna (Atti parlamentari, Camera dei Deputati, IV legislatura, Disegni di legge e relazioni, doc. n. 2630, cit., p. 17): « E senza entrare nel merito della discussione, giova qui rilevare che in quel dibattito ebbe ad affermarsi la tesi divorzista. Dallo stesso intervento di padre Lener, che aveva manifestato la sua decisa opposizione alla tesi divorzista con forbite e intelligenti argomentazioni di natura squisitamente giuridico-costituzionale, si può intuire come la stessa Chiesa stia modificando la sua posizione intransigente e recisa, nel senso che incomin-

to, ciascuna recedere dal contratto si la sommini- 'esistenza di dura e non

strattamente unilaterale è nato. Si deve ore ammette vedremo il , il vincolo za rispetto a contraendo uturo, ma si porto sino a

enziare. Nei immesso un degli obbli- re (che, nel vista all'art. nisce anche re in essere. ivorzio per a eventuale ignificato di erare qual- dei diritti e ire qualsiasi

), n. 898: il , la cultura o matrimo- re 1563 — Concilio di la legge sul

compromesso (35). La Democrazia Cristiana offrì ai partiti laici uno scambio: la rinuncia all'ostruzionismo in cambio della rapida approvazione della legge sul referendum abrogativo e di alcune modifiche rispetto al testo approvato alla Camera il 28 novembre 1969. Nacque così un « divorzio dal retrogusto cattolico » (36). 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.

Michele Giorgianni paragonò ciò che il partito dell'indissolubilità ottenne ad un « biblico piatto di lenticchie » (37). 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 » (38). Il problema non sfuggì neppure agli estensori dell'appello a sostegno della raccolta di firme 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* » (39).

La mediazione fra « le due anime della nostra gente » (40), quella cattolica e quella laica, giustifica « l'angustia della concezione di base » (41) della legge del 1970. Gli ingredienti del « biblico piatto di lenticchie » sono dunque questi:

cia ad accettare e a discutere il problema con spirito più aperto e non più con le tradizionali argomentazioni religiose ».

(35) Di cui, come è noto, si fece promotore e garante il sen. Leone.

(36) PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale*, cit., p. 611.

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

(38) GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 355.

(39) 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.

(40) Così FALZEA, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, *sub Note introduttive* l. 1 dicembre 1970, n. 898, Padova, 1993, p. 59.

(41) 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*, cit., p. 1). Anche RESCIGNO, *Cinque note sul divorzio*, II, in *Politica del diritto*, 1970, p. 357 e s. sottolineò 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

a) la ra
al divorzio;

b) la sc
essere pror
compiuto d
tuire la con

c) l'affe
dell'irrileva
zio (42), una
e etica prot
contenuto i
distanza (43)

Il divor

contrario AMA
giudicò in ter
legge avverte
investe lo stess
E questo è un
stata attribuita
battaglia civile,
Lo si voglia o r
che anche i cat
parso incredibi

(42) La g
essenziali. Si ve
« Perché si ver
ex art. 3 l. div.,
ritenerla avven
mantenimento
volontà dei due
giudice di mer
ritenere sussiste
levanza della cc
definitivo ed i
coniugi, giustifi
del matrimonie
medesimi né u
tamento impro
dottrina, su que
Bologna, 1988,

(43) Si è v
Concilio di Tre
del matrimonio

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 (42), 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 (43).

Il divorzio fu dunque introdotto nel nostro ordinamento (seppure,

contrario AMATO, *Cinque note sul divorzio*, IV, in *Politica del diritto*, 1970, p. 365 giudicò in termini positivi la mediazione raggiunta: « Chi guarda oggi il disegno di legge avverte che l'accordo raggiunto al Senato non riguarda soltanto il regime, ma investe lo stesso divorzio, rendendo esso stesso un punto d'incontro fra laici e cattolici. E questo è un fatto di grande importanza in un paese nel quale una battaglia civile è stata attribuita a lungo al veleno di anticlericali in ritardo. Era — e lo sappiamo — una battaglia civile, ma era una battaglia di parte, che avrebbe portato un risultato di parte. 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 ».

(42) La giurisprudenza di legittimità non tardò a mettere a fuoco questi aspetti essenziali. Si veda, ad esempio, Cass. 19 dicembre 1976, n. 4178, in *Dir. fam.*, 1976, 90: « Perché si verifichi la cessazione della comunione materiale e spirituale fra i coniugi, ex art. 3 l. div., non è necessario che entrambi i coniugi siano concordi nel volerla o nel ritenerla avvenuta, né che sia determinata da colpa. Al contrario, proprio perché il mantenimento o la ricostituzione della comunione medesima richiede il concorso della volontà dei due coniugi, è sufficiente la contraria volontà di uno solo di essi perché il giudice di merito possa, in presenza di ogni altra circostanza all'uopo pertinente, ritenere sussistente la cessazione della comunione predetta ». Sulla questione dell'irrelevanza della colpa, si veda Cass. 15 settembre 1978, n. 4145, in *Dir. fam.*, 1979, 31: « Il definitivo ed irreversibile venir meno della comunione spirituale e materiale dei coniugi, giustificativo della pronuncia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, non postula la ricorrenza di specifiche responsabilità dei coniugi medesimi né una loro condotta offensiva e, pertanto, è compatibile con un comportamento improntato a sentimenti di rispetto e di affettuosa comprensione ». In dottrina, su questo punto, si veda anche BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, p. 35.

(43) Si è visto infatti sopra (cfr. § 3) che il Canone 7 della Sessione XXIV del Concilio di Trento scagliava il proprio anatema in particolare contro lo scioglimento del matrimonio fondato sull'adulterio di un coniuge.

come vedremo, 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 rimedio ⁽⁴⁴⁾ per far fronte ad una situazione *oggettivamente* intollerabile e irrimediabile: il definitivo disfacimento della comunione coniugale ⁽⁴⁵⁾. Un divorzio che — almeno stando alle enunciazioni formali — non era ⁽⁴⁶⁾ quindi pronunciato sulla base di una libera scelta di uno o di entrambi i coniugi, ma era piuttosto un divorzio *octroyé*, concesso a condizione di essere l'unica possibile soluzione del conflitto coniugale ⁽⁴⁷⁾.

Per questa ragione, con una scelta lessicale certamente significativa,

(44) Sulla concezione, nel nostro ordinamento, del divorzio come rimedio si vedano, 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*, in *Tratt. 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.. Recentemente la coerenza fra le scelte del legislatore del 1970 e il modello di matrimonio-istituzione è stata riaffermata da RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, cit., p. 179 e ss..

(45) BARBIERA, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*², cit., p. 38 e ss..

(46) Si è scelto di usare la coniugazione del predicato al tempo imperfetto, anche se le norme approvate nel 1970 sono ancora in vigore, perché — come vedremo nei paragrafi che seguono — il sistema che esse realizzavano è stato spazzato via prima dalla prassi applicativa e poi e poi, per decreto, nel 2014 (d.l. n. 132 del 2014 su cui *infra* nel § 6 in questo capitolo).

(47) Proprio perché concesso dal giudice, il divorzio è « pronunciato ». Fu questa una delle scelte semantiche a cui si giunse per effetto della descritta autorevole mediazione, giacché il testo originario della proposta di legge, nella versione approvata in prima lettura alla Camera, contemplava un divorzio semplicemente « dichiarato ». Si tratta di una scelta che doveva enfatizzare il ruolo del giudice e il suo potere discrezionale che tuttavia immediatamente apparve vana. Infatti un arguto ed autorevole commentatore (UNGARI, *Cinque note sul divorzio*, III, in *Politica del diritto*, 1970, p. 358) subito annotò: « ... siffatta caratteristica di una società ipnotizzata dai futuribili, ma con scarso senso politico del futuro, si è piuttosto accentuata che attenuata. Come viene ora a provare, almeno agli occhi di chi da tempo viene raccogliendo i più disparati materiali al servizio di una mai tentata, ma a questo punto indispensabile, *Storia dell'autogol in Italia*, la battaglia agevolmente vinta perché nella legge sul divorzio si dicesse che il magistrato non dichiara sciolto il matrimonio ma ne "pronuncia" lo scioglimento... Il magistrato non prenderà atto di un fatto: contribuirà, se se la sente, a lacerare un indistruttibile tessuto. Se la legge deve entrare nel tempio, che almeno si autoproclami empia. Tanto peggio per la sorte futura dell'anima di chi poi, in sede di riforma del diritto di famiglia, ardisse trarre questo o quell'ulteriore corollario dalla impostazione sistematica che dalla formula discende ».

il legislatore consensuale: (finalmente) lare dedicata divorzio: tutt sottolineare l è scelta l'esp non aveva c 1970 ⁽⁴⁹⁾, de 2014 ⁽⁵⁰⁾.

Fra i p dottrina criti fosse lasciato accertare l'o peraltro, la p avevano ragi

(48) Su qu norme sulla disc 1988, *sub* art. 8, è bene dirlo sub il divorzio conse nella specie son come causa di d come in effetti i tamente, sulla fi qual era, ancora *Un nuovo divorz* e s., secondo il riconoscere l'esi

(49) In que (*prime riflessioni*

(50) Cfr. *in*

(51) GIORG è stato introdotto praticamente al ; Che cosa averr parte dagli umor che ineluttabilme che il tribunale conseguenti prec diversità di legis

(52) Peralt 368, pur critican

il legislatore del 1970 aveva ommesso qualsiasi riferimento al « divorzio consensuale ». Solo nel 1987 un'esigenza di economia processuale ha (finalmente) indotto il legislatore a disciplinare una procedura particolare dedicata alle ipotesi in cui vi sia un accordo sulle condizioni del divorzio: tuttavia, volendo dare un nome al nuovo istituto, si è preferito sottolineare la sua natura meramente processuale e non sostanziale e si è scelta l'espressione « domanda congiunta » (48). La riforma del 1987 non aveva quindi modificato il modello di divorzio delineato nel 1970 (49), destinato invece a dissolversi sotto i colpi del legislatore del 2014 (50).

Fra i primi commentatori della nuova legge, una parte della dottrina criticò con asprezza il fatto che lo scioglimento del vincolo fosse lasciato all'apprezzamento discrezionale del giudice chiamato ad accertare l'oggettiva intollerabilità della convivenza (51). Ben presto, peraltro, la prassi si incaricò di dimostrare che tali preoccupazioni non avevano ragion d'essere (52): nonostante la apparente complessità del-

(48) Su questa scelta si vedano le contrapposte opinioni di CIPRIANI, in *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, a cura di Lipari, Padova, 1988, sub art. 8, p. 74 e s. — secondo il quale « La previsione di siffatto procedimento, è bene dirlo subito, non implica affatto che nel nostro ordinamento sia stato ammesso il divorzio consensuale: il carattere del divorzio dipende dalle norme sostanziali (che nella specie sono state sì modificate, ma non certo facendo spazio al mutuo consenso come causa di divorzio), non da quelle processuali, che possono al massimo incidere, come in effetti incidono, sui tempi tecnici per arrivare al giudicato e, quindi, indirettamente, sulla facilità del divorzio, ma non anche sull'essenza dell'istituto, che resta qual era, ancorata com'è alle salde regole di cui agli artt. 1, 2, e 3 » — e di TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio, Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 128 e s., secondo il quale, invece, la scelta terminologica non impedisce comunque di riconoscere l'esistenza di un « divorzio consensuale ».

(49) In questo senso LUMINOSO, *La riforma del divorzio: profili di diritto sostanziale (prime riflessioni sulla L. 6 marzo 1987, n. 74)*, in *Dir. fam.*, 1988, p. 466.

(50) Cfr. *infra*, § 6 in questo capitolo.

(51) 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. Cosicché si saprà che il tribunale di Roccavalda è più rigido di quello di Roccacannuccia, con i conseguenti precipitosi mutamenti di residenza, così frequenti nei paesi in cui esiste diversità di legislazione tra luogo in luogo ».

(52) Peraltro RODOTA, *Cinque note sul divorzio*, V, in *Politica del diritto*, 1970, p. 368, pur criticando la scelta del legislatore di attribuire al giudice un potere discrezio-

l'accertamento demandato al giudice dagli artt. 1, 2 e 3 della legge del 1970, sin dai primi tempi di applicazione, nella sostanza, i tribunali si sono limitati a pronunciare il divorzio sulla base della condizione necessaria e sufficiente relativa alla sussistenza del periodo di separazione previsto dall'art. 3, n. 2, lett. b, l. div..

Tuttavia, il testo originario della legge e il contesto normativo in cui essa trovava applicazione producevano 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. ⁽⁵³⁾. Dunque la separazione dal coniuge incolpevole non poteva essere ottenuta se non

nale — «La legge sul divorzio consente al magistrato un pericoloso giudizio sulle possibilità di mantenimento o di ricostruzione della convivenza familiare... Il riferimento alla "comunione spirituale e materiale tra i coniugi", che nel testo approvato alla Camera era poco più di un'espressione di cattivo gusto o una innocua concessione alla ideologia comunitaria, rischia di diventare un principio guida non solo della legislazione sul divorzio, ma dell'intera futura legislazione familiare, irretendola irrimediabilmente in una concezione di tipo paternalistico autoritario» — aveva esattamente previsto che tale scelta non avrebbe avuto, in pratica, effetti incisivi: «Vero è che l'abbandono dell'automatismo e l'attribuzione al giudice di poteri discrezionali, grave al livello dei principi, lo è assai meno al livello della concreta disciplina divorzista; dove anzi dovrebbe essere considerata come un'indicazione eccezionale... Ora non è difficile prevedere che i divorzi richiesti adducendo come causa l'esistenza di una separazione da almeno cinque anni rappresenteranno la gran parte dei casi, già nella fase iniziale di applicazione della legge: di conseguenza può fin d'ora dirsi che l'ipotesi "normale" di divorzio sarà retta dal principio di automaticità». Ad una previsione simile giungeva, seppure da una prospettiva differente anche TRABUCCHI, *Matrimonio e divorzio*, cit., p. 12 e ss..

(53) Per ottenere la separazione un coniuge doveva dimostrare che l'altro si fosse reso responsabile di adulterio, volontario abbandono, eccessi, sevizie, 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, 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, aveva rifiutato di fissarla in modo conveniente alla sua condizione (art. 153 c.c.).

nella forma del
Quindi la viola
menzionata dall
indiretto anche
il principale pr
riflettevano sulle

In secondo
della riforma de
coniuge conven
pronunciata per
periodo di sepa
elevato da cinq

Dunque, ar
oggi) fra i pres
essere ottenuto
confronti dello s
nella forma dell
colpevole della
volontà del coni
(sette anni).

Con l'aboli
conseguente int
convivenza — e
anni (senza alcu
divorzio pronun
consenso di ent
oggettivo costitt

La riforma
dei coniugi e il

(54) Non a ca
cit, p. 366), immed
criticò aspramente
strumento ricattato:
le più illuminate pi
atteggiamento critic
si legge in RESCIGNO
secondo capoverso
n. 898, si veda G
matrimonio, a cura
(55) Sulla qua

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'attore: 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 ⁽⁵⁴⁾.

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 è mutato: si è delineato un divorzio pronunciato dal giudice senza che abbiano rilievo le colpe e il consenso di entrambi i coniugi, unicamente fondato sul presupposto oggettivo costituito da un periodo di separazione legale.

La riforma del 2014 ⁽⁵⁵⁾ ha cambiato ancora il quadro: il consenso dei coniugi e il loro accordo sulle condizioni del divorzio rende lo

(54) Non a caso un autorevole commentatore (RODOTA, *Cinque note sul divorzio*, cit., p. 366), immediatamente dopo l'approvazione della l. 1° dicembre 1970, n. 898 criticò aspramente questa disposizione che « si tramuterà immediatamente in uno strumento ricattatorio; e dà nuovo credito all'istituto della separazione per colpa, che le più illuminate proposte di riforma avevano radicalmente cancellato ». Un analogo atteggiamento critico nei confronti della norma in origine presente nella legge del 1970 si legge in RESCIGNO, *Cinque note sul divorzio*, II, cit., p. 357. Sulla soppressione del secondo capoverso della lettera *b*) del numero 2 dell'art. 3 della l. 1° dicembre 1970, n. 898, si veda GIUSTI, *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, a cura di Lipari, Padova, 1988, sub art. 6, p. 45 e ss..

(55) Sulla quale ci soffermeremo nel paragrafo successivo.

scioglimento del matrimonio una vicenda (quasi) esclusivamente privata giacché produce lo scioglimento del vincolo senza che sia necessaria una sentenza. La legge del 2015 sul c.d. « divorzio breve » ha compiuto un ultimo passo: la riduzione ad un solo anno del periodo di separazione quale presupposto del divorzio scolora il significato della separazione stessa quale circostanza da cui dovrebbe desumersi la situazione intollerabile e irrimediabile che dovrebbe costituire il fondamento indispensabile per lo scioglimento del vincolo. Non solo: il fatto che il periodo di necessaria separazione sia addirittura ridotto a sei mesi nel caso di separazione consensuale produce indirettamente l'effetto di far dipendere i presupposti del divorzio dal consenso delle parti.

È quindi opportuno soffermarsi analiticamente sulle riforme del 2014 e del 2015 con le quali il legislatore ha sicuramente — anche se forse inconsapevolmente — inciso sul fondamento stesso del divorzio.

6. (segue) *Il divorzio stragiudiziale: la convenzione di negoziazione assistita e l'accordo di divorzio sottoscritto innanzi al sindaco.* — Quasi mezzo secolo dopo l'approvazione della legge sul divorzio, l'impianto formale su cui essa si reggeva è stato spazzato via, con una dose di spavalderia, per decreto⁽⁵⁶⁾. Dei due pilastri attorno ai quali ruotava la logica fondamentale di quella legge — il divorzio è concesso dal giudice sulla base dell'oggettivo accertamento della crisi irreversibile del matrimonio; è irrilevante sia il consenso di entrambi i coniugi al divorzio, sia l'accertamento della colpa di uno di essi — non restano che forme prive di contenuto, norme non abrogate ma svuotate di significato.

Il d.l. 12 settembre 2014, n. 132 — convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162 — ha infatti introdotto due modalità per ottenere lo scioglimento del matrimonio radicalmente incompatibili con il modello di divorzio recepto nella legge del 1970: la « con-

(56) Condivide l'affermazione secondo cui le nuove norme hanno un effetto dirompente sui piani dei principi, pur dubitando che il legislatore sia stato di ciò consapevole, SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., p. 296: « In questo quadro le regole del D.L. rivestono una rilevanza epocale, poiché sanciscono la fine della concezione del matrimonio come atto sottratto alla autonomia degli sposi e di valenza in senso lato pubblicistica, secondo l'insegnamento che, sulla scia di una remota tradizione, fu mirabilmente impartito da Antonio Cicu ». Analoghe considerazioni si leggono in BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Milano, 2015, p. 13.

venzione di negoziazione conclusa dai coniugi.

In entrambi i casi il periodo di separazione è limitato all'ipotesi di separazione.

In particolare, modificato dalla legge del 2015, la nuova convenzione di negoziazione assistita e l'accordo di divorzio sottoscritto innanzi al sindaco producono l'effetto di far dipendere il divorzio dal consenso delle parti. In particolare, modificato dalla legge del 2015, la nuova convenzione di negoziazione assistita e l'accordo di divorzio sottoscritto innanzi al sindaco producono l'effetto di far dipendere il divorzio dal consenso delle parti.

È dunque prevista una prima « convenzione di negoziazione assistita » e una seconda « convenzione di negoziazione assistita ». L'accordo è sc

(57) Sugli istituti di negoziazione assistita si vedano le più ampie procedure nei giudizi

(58) Una struttura modale della trattativa di negoziazione assistita — è prevista dalla legge del 2015 — è disciplinata dal diritto di famiglia (su *la risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale tra coniugi*, p. 269 e ss.; Id., *Brevi note di critica del diritto di famiglia*, p. 269 e ss.; Id., *Brevi note di critica del diritto di famiglia*, p. 269 e ss.). In alcuni casi, la negoziazione assistita si articola, occorrendo, in qualsiasi modo sia necessario, per ottenere il mutamento di residenza dei coniugi. Le nuove norme disciplinano le tecniche alternative di

esclusivamente prima che sia necessario « divorzio breve » hanno del periodo di il significato della ebbe desumersi la e costituire il fon- ccolo. Non solo: il rittura ridotto a sei ndirettamente l'ef- la) consenso delle

sulle riforme del nente — anche se tesso del divorzio.

ne di negoziazione indaco. — Quasi vorzio, l'impianto con una dose di ai quali ruotava la ncesso dal giudice eversibile del ma- niugi al divorzio, restano che forme e di significato. con modificazioni otto due modalità mente incompati- el 1970: la « con-

ne hanno un effetto tore sia stato di ciò vento nella crisi della estono una rilevanza o come atto sottratto a, secondo l'insegna- mpartito da Antonio me extragiudiziale del

venzione di negoziazione assistita » (art. 6) e l'accordo di divorzio concluso dai coniugi innanzi al sindaco (art. 12) ⁽⁵⁷⁾.

In entrambi i casi, viene introdotto un divorzio stragiudiziale, limitato all'ipotesi in cui il suo fondamento sia costituito da un periodo di separazione.

In particolare, l'art. 6, comma 1, del d.l. n. 132 del 2014, come modificato dalla legge di conversione, ha introdotto la possibilità che le parti stipulino una « convenzione di negoziazione assistita », con l'assistenza di almeno un avvocato per parte, « al fine di raggiungere una soluzione consensuale... di scioglimento del matrimonio ». Il comma 3 della stessa norma aggiunge: « L'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziari che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti... di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio... ».

È dunque prevista una struttura negoziale bifasica che si articola in una prima « convenzione di negoziazione assistita *al fine* di raggiungere una soluzione consensuale », alla quale, in caso di esito positivo della negoziazione, segue la sottoscrizione dell'accordo ⁽⁵⁸⁾.

L'accordo è sottoposto ad un controllo pubblico affidato al pub-

(57) Sugli istituti introdotti dagli artt. 6 e 12 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, si vedano le più ampie considerazioni svolte nel volume di questo *Trattato* dedicato alla procedura nei giudizi relativi alla crisi del matrimonio.

(58) Una struttura negoziale bifasica — nel senso che prevede un accordo sulle modalità della trattativa, eventualmente seguito dall'accordo raggiunto in esito alla trattativa stessa — è prevista nel cosiddetto divorzio collaborativo e negli altri protocolli che disciplinano forme di soluzione alternativa delle controversie in materia di diritto di famiglia (su questo tema, si veda ampiamente BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, cit., p. 93 e ss.; ID., *Nuovi modelli di composizione della crisi coniugale tra collaborative law e tutela della libertà negoziale*, in NGCC, 2013, II, p. 269 e ss.; ID., *Brevi riflessioni sull'arbitrato in materia di separazione e divorzio*, in *Riv. Critica del Diritto Privato*, 2014, p. 273 e ss.). Tali protocolli certamente trovano nella nuova disciplina una cornice normativa adeguata, ma il legislatore non disciplina in alcun modo i rapporti fra le due differenti fasi in cui la procedura di negoziazione assistita si articola, occupandosi unicamente di prevedere, per il caso in cui un accordo in qualsiasi modo sia raggiunto, una forma alternativa al provvedimento giudiziale per ottenere il mutamento dello *status* ed un titolo esecutivo che recepisca l'accordo fra i coniugi. Le nuove norme non sono quindi destinate ad incidere né sulle modalità delle tecniche alternative di soluzione dei conflitti coniugali, né sul loro successo.

blico ministero ⁽⁵⁹⁾ il quale tuttavia, per le questioni che non riguardano figli minori o maggiorenni incapaci o non autosufficienti, è tenuto unicamente a verificare che esso non contenga « irregolarità ». Qualunque cosa questa espressione — certamente inusuale nel lessico del diritto civile — significhi, è evidentemente un intervento molto distante dai compiti che la legge del 1970 attribuisce al giudice chiamato a pronunciare una sentenza di divorzio.

Più semplice è la struttura dello strumento previsto dall'art. 12 del d.l. n. 132 del 2014, riservato ai coniugi che non hanno figli minorenni o maggiorenni incapaci o non autosufficienti. La norma prevede che i coniugi possano concludere innanzi al sindaco del comune di residenza o del comune in cui il matrimonio fu celebrato, anche senza l'assistenza di un avvocato, un « accordo di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ». Il sindaco riceve dai coniugi una « dichiarazione » che essi vogliono divorziare alle condizioni concordate e quindi « li invita a comparire di fronte a sé non prima di trenta giorni dalla ricezione per la conferma dell'accordo ». Anche in questa procedura, così come in quella disciplinata dall'art. 6, « l'accordo tiene luogo » ⁽⁶⁰⁾ dei provvedimenti giudiziari che definiscono i procedimenti di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di scioglimento del matrimonio. Quindi l'ufficiale dello stato civile procede direttamente all'iscrizione dell'accordo nei registri degli atti di matrimonio secondo quanto prevede l'art. 63, comma 1, lett. *g-ter*, ord. st. civ. ⁽⁶¹⁾ e alla sua annotazione a margine dell'atto di matrimonio, come prevede l'art. 69, lett. *d-ter*, ord. st. civ..

Il tempo si incaricherà di chiarire se questi nuovi istituti avranno qualche successo nella prassi o finiranno nel cassetto — a onor del vero già troppo pieno — degli strumenti inutili e presto dimenticati, creati da un legislatore velleitario, che si smarrisce lungo la strada che dovrebbe portare alla riduzione dei tempi della giustizia civile. I molti difetti delle nuove norme sul piano tecnico — sui quali torneremo più

(59) Su questa procedura si vedano le ampie considerazioni svolte nel volume di questo *Trattato* dedicato alla procedura nei giudizi relativi alla crisi del matrimonio, nonché, in questo volume, il Cap. II, § 5.

(60) Notiamo che l'espressione è lievemente differente da quella utilizzata nel testo dell'art. 6, laddove il legislatore preferisce rafforzare il concetto con un'endiadi: l'accordo « produce gli effetti e tiene il luogo ». Evidentemente il legislatore non ritiene che l'uniformità lessicale sia un valore e reputa invece che la varietà nelle espressioni stilistiche sia un vezzo da coltivare!

(61) Su questo aspetto cfr. *infra*, sub Cap. III, § 4.

avanti ⁽⁶²⁾ — f
zioso che gravi

L'interven
dichiarati quell
divorzio, ma u
« degiurisdizio
l'individuazion
zione di alcune
— intervenenc
Senato nel cors
— ha affermato
disciplina gene
alcuni casi ecce
il ricorso all'au

Forse la rif
l'impianto pree
aveva consapev
della nuova dis
disciplinato dal
in Aula durante
parola, signor
leggerà questi
Repubblica non
dei trattati in
ordinamento?»

Della media
gente » (per us
chie » (per usare
coccì: il divorzi
di un accertame

(62) Cfr. *infra*
di questo *Trattato* d
Sui difetti tecnici de
tema di separazione
separazione e divorzi
BUGETTI, *La risoluzi*

(63) Atti parla
sione permanente, I

(64) Atti parla
conto stenografico c

i che non riguardano l'efficienza, è tenuto a garantire la regolarità»: Quale nel lessico del diritto molto distante dal giudice chiamato a

rispetto dall'art. 12 del diritto dei figli minorenni ma prevede che in mancanza di residenza senza l'assistenza e la cessazione degli obblighi coniugali una « condizione concordata e durata di trenta giorni »: in questa procedura « l'accordo tiene il luogo » dei procedimenti di scioglimento del matrimonio ed è direttamente opponibile secondo il diritto civile. (61) e alla sua procedura prevede l'art. 69,

gli istituti avranno - a onore del vero dimenticati, creati o la strada che la via civile. I molti di torneremo più

svolte nel volume di crisi del matrimonio,

quella utilizzata nel diritto con un'endiadi: il legislatore non ritiene età nelle espressioni

avanti (62) — fanno dubitare della loro efficacia per ridurre il contenzioso che grava sui nostri tribunali.

L'intervento normativo non ha comunque tra i suoi obiettivi dichiarati quello di modificare i presupposti e il fondamento stesso del divorzio, ma unicamente quello di introdurre misure urgenti per la « degiurisdizionalizzazione », orrendo neologismo che vuole indicare l'introduzione di strumenti alternativi alla giurisdizione per la soluzione di alcune controversie. Infatti il Ministro della Giustizia Orlando — intervenendo durante i lavori della Commissione Giustizia del Senato nel corso della discussione sulla legge di conversione del decreto — ha affermato che le nuove norme « ben lungi dal voler stravolgere la disciplina generale mirano a snellire le procedure; consentendo in alcuni casi eccezionali ai coniugi di sciogliere consensualmente e senza il ricorso all'autorità giudicante il vincolo matrimoniale » (63).

Forse la riforma non voleva stravolgere ma, nei fatti, ha stravolto l'impianto preesistente. Il Parlamento, convertendo in legge il decreto aveva consapevolezza, nonostante le parole del Ministro, dell'impatto della nuova disciplina sui principi formali su cui si fondava il divorzio disciplinato dal legislatore del 1970. Così il sen. Caliendo, intervenendo in Aula durante la discussione della legge di conversione: « Prendo la parola, signor Presidente, perché non vorrei che, un domani, chi leggerà questi testi dicesse: "Ma è possibile che nel Senato della Repubblica non c'era nessuno che si fosse andato a leggere una pagina dei trattati in materia di diritto di famiglia sui principi del nostro ordinamento?" » (64).

Della mediazione realizzata nel 1970 « fra le due anime della nostra gente » (per usare le parole di Falzea), del « biblico piatto di lenticchie » (per usare la più colorita espressione di Giorgianni) restano solo cocci: il divorzio non è più una (sofferta) pronuncia giudiziale all'esito di un accertamento compiuto dal giudice sulla oggettiva ed assoluta

(62) Cfr. *infra*, sub Cap. II, § 5 e Cap. III, § 6. Più ampiamente si rinvia al volume di questo *Trattato* dedicato alla procedura nei giudizi relativi alla crisi del matrimonio. Sui difetti tecnici della nuova normativa cfr. DANOVÌ, *Il D.L. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *FD*, 2014, p. 949 e ss.; ID., *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *FD*, 2014, p. 1141 e ss.; BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, cit., p. 85 e ss..

(63) Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XVII Legislatura, II Commissione permanente, Resoconto sommario n. 148 del 1° ottobre 2014.

(64) Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XVII Legislatura, Aula, Resoconto stenografico della seduta n. 333 del 16 ottobre 2014, p. 26.

impossibilità di ricostruire la comunione di vita fra i coniugi; persino il dogma dell'irrilevanza del consenso dei coniugi al divorzio è stato infranto poiché è proprio l'accordo che consente di accedere alle nuove procedure semplificate e perché è l'accordo stesso il titolo del mutamento di *status*. Nel nostro lessico giuridico fa il suo ingresso anche la reietta espressione « divorzio consensuale », seppure attraverso l'anacoluto « soluzione consensuale di cessazione degli effetti civili del matrimonio [o] di scioglimento del matrimonio ».

Eppure, le parole di presentazione del Ministro della giustizia sopra riportate non sono prive di senso pratico. Partono da una premessa, lontana dai principî ma confermata dalla prassi quotidiana di quasi mezzo secolo: ciascun coniuge, nel nostro ordinamento, ha diritto di ottenere il divorzio dopo un periodo di separazione. Poiché per verificare se tale requisito sussiste non serve un tribunale, ecco il disegno: se i coniugi raggiungono un accordo (sul divorzio e sulle condizioni che lo regolano) possono autoproclamare il loro divorzio come effetto di un atto di (pressoché libera) autonomia negoziale. In questo modo il legislatore ottiene — o, più probabilmente, vorrebbe ottenere — due risultati: trasforma lo snellimento della procedura in un premio per i coniugi che raggiungono un accordo sulle condizioni del loro divorzio; libera la giustizia civile dal peso (invero assai modesto) delle procedure di divorzio su domanda congiunta.

Non può tuttavia che suscitare gravi perplessità la tecnica normativa utilizzata da un legislatore che, invece di cancellare norme superate dalla storia e sostituirle con un nuovo sistema basato su una più moderna riflessione sul fondamento del divorzio, ha lasciato in vigore gli artt. 1, 2, e 3 l. div., svuotandoli però di qualsiasi significato e contraddicendo i principî a cui erano ispirati, come la facciata ancora integra di una cattedrale barocca diroccata.

7. (segue) *Il cosiddetto « divorzio breve »*. — Invece che ridefinire complessivamente i presupposti del divorzio, il legislatore — immediatamente dopo l'approvazione della riforma del 2014 che ha introdotto lo scioglimento stragiudiziale del vincolo matrimoniale — ha preferito intervenire solo sulla questione relativa alla durata del periodo di separazione legale.

La discussione sulla opportunità di ridurre ulteriormente (rispetto alla prima riduzione attuata con la riforma del 1987) la durata del periodo di separazione legale che costituisce il presupposto per il divorzio secondo la previsione dell'art. 3, n. 2, lett. b, l. div. è iniziata

nelle aule parlam
discussione parlam
al cosiddetto « div

Il 28 febbraio
una prima propos
a ridurre il period
sotteso alla prop
linearità. Nella rel
dice che il termi
scioglimento del r
per la prosecuzio
funziona come in
che nel frattemp

Tuttavia, anc
mente la volontà
istanze cattoliche.
tata avrebbe dov
quale presupposti
questo, pur mant
scioglimento e il
opportuno dimini
ai fini dello sciog

Nonostante c
tuna. Il testo fu
damento e all'un
del 5 marzo 20
straordinaria sole
nella seduta del 2
1 (cioè proprio l
periodo di separ
viso "ripensamen
gruppi parlament
favorevoli e 202
norma. Il relator

(65) Atti parlam

(66) Camera d
permanente (Giustiz

(67) Camera d
blea, seduta n. 285 c

nelle aule parlamentari nel 2002. Per ben tredici anni, quindi, la discussione parlamentare sui fondamenti del divorzio è ruotata attorno al cosiddetto « divorzio breve ».

Il 28 febbraio 2002, nel corso della XIV legislatura fu presentata una prima proposta di legge (su iniziativa dell'on. Montecchi) tendente a ridurre il periodo di separazione da tre ad un anno ⁽⁶⁵⁾. L'argomento sotteso alla proposta è semplice e difficilmente contestabile nella sua linearità. Nella relazione introduttiva si afferma: « La realtà odierna ci dice che il termine di tre anni dall'inizio della separazione per lo scioglimento del matrimonio non serve in alcun modo come deterrente per la prosecuzione di esperienze di coppia ormai logorate ed invece funziona come intralcio per la formazione delle ulteriori scelte di vita che nel frattempo sono maturate ».

Tuttavia, anche in questa prima proposta, si coglie immediatamente la volontà di effettuare una mediazione fra le istanze laiche e le istanze cattoliche. La conseguenza logica della premessa appena riportata avrebbe dovuto essere l'eliminazione di un periodo di separazione quale presupposto del divorzio. Invece la conclusione è diversa: « Per questo, pur mantenendo un periodo di tempo tra la separazione e lo scioglimento e il tentativo di conciliazione affidato al giudice, appare opportuno diminuire ad un anno il periodo di durata della separazione ai fini dello scioglimento del matrimonio ».

Nonostante questa cautela, l'iniziativa parlamentare non ebbe fortuna. Il testo fu approvato — sorprendentemente senza alcun emendamento e all'unanimità — nella seduta della Commissione Giustizia del 5 marzo 2003 ⁽⁶⁶⁾ e fu portato alla discussione dell'Aula con straordinaria solerzia. Tuttavia, conclusa la discussione generale in Aula nella seduta del 24 marzo 2003 ⁽⁶⁷⁾, al termine della discussione sull'art. 1 (cioè proprio la norma destinata a ridurre da tre anni ad un anno il periodo di separazione) — durante la quale si assistette ad un improvviso “ripensamento” rispetto alle posizioni in precedenza espresse dai gruppi parlamentari — fu approvato (con una maggioranza di 208 voti favorevoli e 202 voti contrari) un emendamento abrogativo della norma. Il relatore, on. Paniz, “per dignità” si dimise dal suo incarico e

(65) Atti parlamentari, Camera dei Deputati, XIV legislatura, doc. n. 2444.

(66) Camera dei Deputati — XIV legislatura, resoconto della II Commissione permanente (Giustizia), 20 marzo 2003.

(67) Camera dei Deputati — XIV legislatura, resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 285 del 24 marzo 2003.

la proposta di legge fu rinviata in Commissione ⁽⁶⁸⁾. Durante la XIV legislatura non se ne parlò più.

Il secondo tentativo fu compiuto durante la XVI legislatura: la nuova proposta di legge fu presentata il 6 maggio 2008, per iniziativa dello stesso on. Paniz ⁽⁶⁹⁾. Nella relazione introduttiva venivano riprese le medesime parole utilizzate dall'on. Montecchi nel 2002. Tuttavia, in questo caso, la mediazione veniva portata più innanzi, forse nell'estremo tentativo di superare le resistenze che avevano portato al fallimento del tentativo precedente. Per questa ragione, nella proposta di legge originariamente presentata dall'on. Paniz si prevedeva che la riduzione ad un anno operasse solo in presenza di una duplice condizione: che la separazione fosse consensuale e che non vi fossero figli minorenni. Negli altri casi avrebbe dovuto continuare ad operare il requisito della separazione triennale.

La discussione in Commissione giustizia portò tuttavia all'approvazione di un testo unificato (rispetto ad altri progetti di legge) ⁽⁷⁰⁾ che prevedeva la sopravvivenza unicamente della seconda fra le due condizioni sopra menzionate: il periodo di separazione si sarebbe dunque ridotto ad un anno in ogni caso in cui non vi fossero figli minorenni, mentre sarebbe stato di due anni per i coniugi con figli ⁽⁷¹⁾.

La proposta di legge fu però portata alla discussione in Aula solo

(68) Camera dei Deputati — XIV legislatura, Resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 378 del 23 ottobre 2003.

(69) Atti parlamentari, Camera dei Deputati, XVI legislatura, doc. n. 749.

(70) Camera dei Deputati — XIV legislatura, proposta di legge n. 747, 1556, 2325, 3248, Scheda lavori preparatori, Testi ed emendamenti.

(71) Questa distinzione è apparsa peraltro immediatamente opinabile, anche dal punto di vista della legittimità costituzionale in quanto non si comprende quale ragione possa giustificare la scelta di costringere i coniugi con figli minori a rimanere separati un anno in più prima di ottenere lo scioglimento del vincolo. In Aula il Relatore on. Paniz, per giustificare la disparità di trattamento, affermò: « Qualcuno ha prospettato una questione di costituzionalità, perché la individuazione di una tempistica diversa per le coppie che abbiano o non abbiano figli minori potrebbe essere violatoria del principio di uguaglianza. In realtà, noi non crediamo sia così, perché nella Carta Costituzionale è prevista una forte attenzione per i figli, vieppiù se figli minori. Quindi, riteniamo che la divisione nelle due categorie sia ampiamente giustificata e consenta di pervenire ad una decisione nei termini che sono stati prospettati. I figli minori hanno una protezione costituzionale di rango significativo e riteniamo che tale protezione sia tale da poter giustificare la proposta che viene passata all'esame dell'Aula parlamentare ». (Camera dei Deputati — XVI legislatura, Resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 635, del 21 maggio 2012, p. 3). L'argomento non convince poiché sottintende un presupposto che appare tutt'altro che dimostrato: il fatto che i figli

il 21 maggio 2012. S
generale sul testo
resistenze) ⁽⁷²⁾. La
rispetto la sua scade
di legge, senza nepp
del tentativo prec
dell'Aula.

Il terzo tentati
legislatura ed è que

Il 29 maggio
maggioranza il test
sulla base di una
scioglimento del ma
legge approvato in
lett. b l. div. nel se
trascorsi « dodici r
zione ». Già nel test
nelle ipotesi in cui
riduzione ulteriore

Trasmesso il te
provato in sede ref
testo approvato alla
quale *dies a quo* per
comparizione dei
procedura di separa
giustizia al Senato e
cui prevedeva — p
maggioresni incapa
inferiore ai 26 anni
lità di chiedere con
la possibilità di ricc
n. 132 del 2014) an

minori della coppia abb
separati debbano attenc

(72) Camera dei D
blea, seduta n. 635, del

(73) Camera dei d
blea, seduta n. 236 del

(74) Senato della I
stizia), 19 novembre 20

o). Durante la XIV

XVI legislatura: la
2008, per iniziativa
va venivano riprese
2002. Tuttavia, in
nnanzi, forse nel-
vevano portato al
me, nella proposta
i prevedeva che la
na duplice condi-
ion vi fossero figli
iare ad operare il

tuttavia all'appro-
i di legge) (70) che
da fra le due con-
si sarebbe dunque
co figli minorenni,
figli (71).

sione in Aula solo

steno-
nografico dell'Assem-

ra, doc. n. 749.

li legge n. 747, 1556,

e opinabile, anche dal
iprende quale ragione
ri a rimanere separati
Aula il Relatore on.
alcuno ha prospettato
tempistica diversa per
essere violatoria del
i, perché nella Carta
e figli minori. Quindi,
stificata e consenta di
I figli minori hanno
he tale protezione sia
dell'Aula parlamen-
nografico dell'Assem-
non convince poiché
to: il fatto che i figli

il 21 maggio 2012. Si ebbe perciò solo il tempo di iniziare la discussione generale sul testo (durante la quale peraltro emersero consistenti resistenze) (72). La fine della legislatura (anticipata di pochi mesi rispetto la sua scadenza naturale) impedì l'approvazione della proposta di legge, senza neppure — a differenza di quanto accadde in occasione del tentativo precedente — l'occasione di giungere ad un voto dell'Aula.

Il terzo tentativo ha impegnato il Parlamento durante la XVII legislatura ed è quello che finalmente ha avuto successo.

Il 29 maggio 2014 la Camera ha approvato (73) a larghissima maggioranza il testo unificato elaborato dalla Commissione giustizia sulla base di una serie di disegni di legge presentati in materia di scioglimento del matrimonio e di comunione tra i coniugi. Il disegno di legge approvato in prima lettura prevedeva la modifica dell'art. 3, n. 2, lett. b l. div. nel senso che il divorzio avrebbe potuto essere chiesto trascorsi « dodici mesi dalla notificazione della domanda di separazione ». Già nel testo approvato in prima lettura, peraltro, si prevedeva nelle ipotesi in cui il divorzio segua una separazione consensuale, la riduzione ulteriore del periodo di separazione a sei mesi.

Trasmesso il testo al Senato, la Commissione giustizia aveva approvato in sede referente alcuni significativi emendamenti rispetto al testo approvato alla Camera (74). In primo luogo è stato ripristinato, quale *dies a quo* per il calcolo del periodo di separazione, la data della comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale. Il testo approvato in Commissione giustizia al Senato era peraltro assolutamente innovativo nella parte in cui prevedeva — per i coniugi che non avessero figli minori o figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave, ovvero figli di età inferiore ai 26 anni economicamente non autosufficienti — la possibilità di chiedere congiuntamente il divorzio al giudice (e dunque senza la possibilità di ricorrere alle procedure di cui agli artt. 6 e 12 del d.l. n. 132 del 2014) anche in assenza di separazione legale.

minori della coppia abbiano un qualche vantaggio per il fatto che i loro genitori ormai separati debbano attendere un anno in più prima di chiedere il divorzio.

(72) Camera dei Deputati — XVI legislatura, Resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 635, del 21 maggio 2012.

(73) Camera dei deputati — XVII legislatura, resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 236 del 29 maggio 2014.

(74) Senato della Repubblica, resoconto della II Commissione permanente (Giustizia), 19 novembre 2014.

Si sarebbe trattato, se questo testo fosse diventato legge — di un ulteriore strappo rispetto ai principî introdotti dalla legge del 1970 (e a quello che ne resta dopo la riforma del 2014): il consenso di entrambi i coniugi al divorzio avrebbe inciso non solo sulla procedura seguita per ottenere lo scioglimento del vincolo, ma anche sui presupposti stessi dello scioglimento. L'accordo di entrambi i coniugi avrebbe consentito (nelle ipotesi di coniugi senza figli) di ottenere un divorzio immediato. Si sarebbe trattato del definitivo trionfo dell'autonomia negoziale sulle vicende relative allo *status* coniugale.

Tuttavia, durante la discussione in Aula ⁽⁷⁵⁾ è stato deciso lo stralcio delle disposizioni approvate in Commissione giustizia che introducevano la possibilità del divorzio immediato. Conseguentemente tali disposizioni sono confluite in un autonomo disegno di legge. È stato quindi approvato ⁽⁷⁶⁾ un testo che prevede solamente la riduzione del periodo di separazione previsto all'art. 3, n. 2, lett. *b*, l. div. da tre anni a dodici mesi in caso di separazione giudiziale e sei mesi in caso di separazione consensuale. Con l'approvazione da parte della Camera del testo così modificato ⁽⁷⁷⁾, si è giunti — tredici anni dopo la presentazione del primo disegno di legge — alla promulgazione della l. 6 maggio 2015, n. 55.

Alcune considerazioni sono possibili a commento di questo estenuante percorso parlamentare.

In primo luogo, leggendo i resoconti parlamentari, si ha la sensazione che il dibattito sia stato una stanca riproposizione della discussione che ha condotto all'approvazione della legge del 1970 e ciò sia negli argomenti portati dall'una e dall'altra parte, sia nel tentativo di giungere ad un risultato attraverso la mediazione fra opposte tendenze ⁽⁷⁸⁾. Sono stati infatti riproposti, da un lato, i vecchi argomenti legati all'opportunità di consentire (il prima possibile) ai coniugi

(75) Senato della Repubblica — XVII legislatura, resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 411 del 17 marzo 2015.

(76) Senato della Repubblica — XVII legislatura, resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 412 del 18 marzo 2015.

(77) Camera dei deputati — XVII legislatura, resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 413 del 22 aprile 2015.

(78) Alla mediazione come "segno di maturità" ha fatto espressamente riferimento Salvatore Mazzamuto intervenendo in Aula come rappresentante del Governo durante la discussione della proposta di legge dell'on. Paniz nella seduta del 21 maggio 2012 (Camera dei Deputati — XVI legislatura, Resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 635, del 21 maggio 2012, p. 4).

separati la possibilità del vincolo medesima foga e provazione della utilizzando sostanziale valore fondante

In secondo cosiddetto "divorzi" e tentativi di me-

(79) Così, ad es. Resoconto stenografico « Direi che una proposta è addirittura a matrimoni possibili e

(80) Così, ad es. legge dell'on. Montecarlo grafico dell'Assemblea religiosi: in altre parole cultura della Chiesa e

(81) Così, ad es. legge dell'on. Montecarlo grafico dell'Assemblea diventare un matrimonio non si voglia nemmeno condizioni per la distruzione nei confronti della si rinnegare le ragioni che si riduca ad una sorta se stessimo per lasciar dovesse prevalere, un prevedono il pagamento prendere in affitto un dell'immobile circa il non si restituisce nessuna persone che decidono certo aspettare tre anni dramma e, al tempo stesso viene, sì, consentito il grande fermezza, il mo stessa famiglia è uno ancora, durante la me Bianco: « Ridurre [il effimero di un qualsiasi dell'organizzazione del

separati la possibilità di costituire una nuova famiglia dopo lo scioglimento del vincolo precedente (79); per contro si sono ripresi, con la medesima foga utilizzata durante il dibattito che ha condotto all'approvazione della legge del 1970, i toni di una sorta di crociata (80), utilizzando sostanzialmente gli stessi temi: la difesa della famiglia come valore fondante della società (81).

In secondo luogo, si ha la sensazione che la discussione sul cosiddetto "divorzio breve" — fra battaglie ideologiche di retroguardia e tentativi di mediazione — abbia completamente perso di vista quelli

(79) Così, ad esempio l'on. Lo Moro (Camera dei Deputati — XVI legislatura, Resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 635, del 21 maggio 2012, p. 8): « Direi che una proposta di legge di questo genere non solo non è contro il matrimonio, ma è addirittura a favore dello stesso perché agevola anche la ricostituzione di matrimoni possibili e futuri ».

(80) Così, ad esempio l'on. Buontempo durante la discussione sulla proposta di legge dell'on. Montecchi (Camera dei Deputati — XIV legislatura, Resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 378, del 23 ottobre 2003, p. 3): « Rigurgiti ideologici religiosi: in altre parole, c'è una intolleranza verso una cultura della famiglia, verso una cultura della Chiesa e del cattolicesimo, dei valori tradizionali della nostra società ».

(81) Così, ad esempio, l'on. Cristaldi durante la discussione sulla proposta di legge dell'on. Montecchi (Camera dei Deputati — XIV legislatura, Resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 378, del 22 ottobre 2003, p. 90): « Ma cosa può diventare un matrimonio? Soltanto un contratto tra due parti? Ma è mai possibile che non si voglia nemmeno concedere il tempo di tre anni per stabilire se sono maturate le condizioni per la distruzione della famiglia? Io mi chiedo se sia in fin dei conti corretto nei confronti della società italiana consentire, con l'abbreviazione dei termini, di rinnegare le ragioni che portano alla nascita di una famiglia. È mai possibile che il tutto si riduca ad una sorta di contratto come se stessi per affittare un immobile o come se stessi per lasciare quell'immobile? Non vi sembra paradossale? Se questa logica dovesse prevalere, un giorno o l'altro ci troveremmo di fronte a proposte di legge che prevedono il pagamento di una cauzione nel matrimonio, come se noi dovessimo prendere in affitto un immobile e lasciare una cauzione per garantire il proprietario dell'immobile circa il risultato dell'efficienza del manufatto che viene restituito. Qui non si restituisce nessun manufatto; certo, c'è la tragedia umana, c'è il dramma di due persone che decidono di non continuare più a convivere, di non vivere più insieme, ma certo aspettare tre anni prima di stabilire di poter vendere il patrimonio non è un dramma e, al tempo stesso, viene affermato il principio dal punto di vista filosofico che viene, sì, consentito il divorzio, ma viene imposto, lo dico tra virgolette ma anche con grande fermezza, il momento della riflessione, perché comunque il mantenimento della stessa famiglia è uno dei valori più importanti fondatori della società italiana ». E ancora, durante la medesima seduta (cfr. Resoconto stenografico, cit., p. 88), l'on. Bianco: « Ridurre [il matrimonio] ad un patto che diventa persino più labile ed effimero di un qualsiasi contratto è, di fatto, la dissoluzione della concezione stessa dell'organizzazione della società così come la Costituzione la prevede! ».

ntato legge — di un
lla legge del 1970 (e
onsenso di entrambi
rocedura seguita per
i presupposti stessi
i avrebbe consentito
divorzio immediato.
omia negoziale sulle

) è stato deciso lo
sione giustizia che
liato. Conseguente-
no disegno di legge.
vede solamente la
rt. 3, n. 2, lett. b, l.
giudiziale e sei mesi
zione da parte della
tredici anni dopo la
omulgazione della l.

nto di questo este-

tari, si ha la sensa-
zione della discus-
del 1970 e ciò sia
sia nel tentativo di
: fra opposte ten-
i vecchi argomenti
ssibile) ai coniugi

o stenografico dell'As-

o stenografico dell'As-

onografico dell'Assem-

espressamente riferi-
sentante del Governo
seduta del 21 maggio
rafico dell'Assemblea,

che dovrebbero essere i punti di partenza di una riflessione sulla riforma dei presupposti del divorzio, a oltre quaranta anni dalla sua introduzione nel nostro ordinamento, ed abbia rinunciato a priori a valutare una riforma di più ampio respiro, organica e al suo interno coerente, riforma che appare invece ormai matura e indifferibile.

A noi non resta quindi che riprendere l'esame degli artt. 1 e 2 l. div., sopravvissuti senza modifiche alle riforme del 2014 e del 2015, non dimenticando però, nella loro esegesi, che essi sono espressione di un sistema di valori ormai abbandonato.

8. *Lo scioglimento del matrimonio e la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario.* — Una delle manifestazioni delle difficoltà politiche in cui si è mosso il legislatore del 1970 è la scelta di trattare separatamente il divorzio nel matrimonio civile (definito come scioglimento del matrimonio) e nel matrimonio concordatario (definito come cessazione degli effetti civili del matrimonio) frammentando un'unica norma in due disposizioni diverse (82): l'art. 1 e l'art. 2 della l. div..

Le due disposizioni — formalmente sopravvissute alla riforma del 2014 che pure esprime una concezione del divorzio assai diversa (83) — differiscono per un'articolazione sintattica lievemente diversa, ma hanno un contenuto precettivo identico. In entrambi i casi, infatti, il giudice può accogliere la domanda diretta a sciogliere il vincolo solo quando abbia inutilmente esperito il tentativo di conciliazione e abbia accertato che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non possa essere mantenuta o ricostituita. Identici sono non solo i presupposti della pronuncia, ma anche i suoi effetti nell'ordinamento civile: in entrambi i casi viene meno il vincolo matrimoniale (84).

(82) Sulla contrapposizione fra « disposizione » e « norma », fra l'aspetto formale della prima e la sostanza, lo spirito, che si cela nella seconda si vedano le considerazioni sempre attuali di ITALIA, *Appunti su « disposizione » e « norma »*, in *Scritti in onore di Giannini*, Milano, 1988, II, p. 251 e ss..

(83) Cfr. *supra*, § 6, in questo capitolo.

(84) BARBIERA, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*², cit., p. 68 e ss.; GALOPPINI, *Divorzio (Diritto privato e processuale)*, in *Nss. D.I.*, Appendice III, Torino, 1982, p. 67 e ss.; A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di Famiglia*, III, *Il divorzio*, Milano, 1988, p. 2 e ss.; ROSSI CARLEO, CARICATO, *La separazione e il divorzio*, in *La crisi familiare* a cura di Auletta, *Tratt. Bessone*, IV, 2, Milano, 2013, p. 200; BERLINGÒ, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, *sub art. 2 l. div.*, Padova, 1993, p. 113 e ss.; MATERNINI, *La cessazione degli effetti civili del matrimonio*, in *Lo Scioglimento del matrimonio*³, a cura di Bonilini

La mediazione solo nella scelta dell'oggettiva e irconiugale, ma anche simbolico. In quanto voluto persino evolutivo solo al linguaggio europeo (87). Incongruamente, il non creato l'artificiosa

La distinzione strumento formale legislatore per rene monio concordat quindi inutile l'inc applicazione di di norma (89). Il pro

e Tommaseo, *Comm. diritto di famiglia*², *Tratt. 2 l. div.*, in *Codice della* restano attuali le riflessioni immediatamente dopo vedano Cass. 7 maggio Cass., sez. un., 10 maggio

(85) Cfr. *supra*, §

(86) Di questa opportunità utilizza il sostantivo « 132, convertito con i ampliamente ci siamo si nel Cap. II § 5).

(87) Sul « divorzio matrimonio per pronun Bonilini e Tommaseo, CATTANEO, *Corso di diritto zione e divorzio*, Milano

(88) ZATTI, *La legge 1971*, II, p. 46 afferma riguardo all'ordinamento dello Stato per tutto lo scioglimento ».

(89) In questo senso

(90) Su questo dil 42).

una riflessione sulla
ranta anni dalla sua
inunciato a priori a
ica e al suo interno
e indifferibile.
e degli artt. 1 e 2 l.
2014 e del 2015, non
io espressione di un

me degli effetti civili
estazioni delle diffi-
1970 è la scelta di
ivile (definito come
cordatario (definito
io) frammentando
rt. 1 e l'art. 2 della

ute alla riforma del
assai diversa⁽⁸³⁾ —
nente diversa, ma
abi i casi, infatti, il
iere il vincolo solo
nciliazione e abbia
tra i coniugi non
non solo i presup-
linamento civile: in
(84).

», fra l'aspetto formale
edano le considerazioni
», in *Scritti in onore di*

onio², cit., p. 68 e ss.;
Appendice III, Torino,
divorzio, Milano, 1988,
La crisi familiare a cura
in *Comm. Cian, Oppo,*
ATERNINI, *La cessazione*
nio³, a cura di Bonilini

La mediazione di cui si è detto in precedenza⁽⁸⁵⁾ si è tradotta non solo nella scelta sostanziale di fondare il divorzio sull'accertamento dell'oggettiva e insuperabile impossibilità di ricostituire la comunione coniugale, ma anche in alcune scelte formali che hanno un valore solo simbolico. In questa prospettiva, e solo in questa prospettiva, si è voluto persino evitare di usare la parola « divorzio »⁽⁸⁶⁾, pure nota non solo al linguaggio comune, ma anche al lessico del diritto civile europeo⁽⁸⁷⁾. Inoltre non osando il legislatore accostare, neppure graficamente, il matrimonio religioso al concetto di scioglimento, ha creato l'artificiosa separazione fra l'art. 1 e l'art. 2 della legge⁽⁸⁸⁾.

La distinzione fra l'art. 1 e l'art. 2 l. div. è stata quindi solo lo strumento formale — con un significato solo estetico — individuato dal legislatore per rendere « presentabile » il divorzio relativo ad un matrimonio concordatario e non ha alcuna conseguenza sostanziale. È quindi inutile l'indagine tesa ad individuare il confine fra l'ambito di applicazione di due disposizioni che costituiscono in realtà un'unica norma⁽⁸⁹⁾. Il problema è stato posto⁽⁹⁰⁾ in relazione ai matrimoni

e Tommaseo, *Comm. Schlesinger*, Milano, 2010, 97; LUPO, *Il divorzio in generale*, in *Il diritto di famiglia*², Tratt. Bonilini-Cattaneo, I, 2, Torino, 2007, p. 650; PITTALIS, *sub art. 2 l. div.*, in *Codice della famiglia*³, a cura di Sesta, Milano, 2015, p. 2682. Su questo tema restano attuali le riflessioni svolte da TRABUCCHI, *Matrimonio e divorzio*, cit., p. 4 e 12, immediatamente dopo l'entrata in vigore della legge sul divorzio. In giurisprudenza si vedano Cass. 7 maggio 1974, n. 1271, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Matrimonio*, n. 127; Cass., sez. un., 10 maggio 1974, n. 1332, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Matrimonio*, n. 204.

(85) Cfr. *supra*, § 5, in questo capitolo.

(86) Di questa ossessiva cautela si è ora scordato il legislatore che finalmente utilizza il sostantivo « divorzio » nella rubrica dell'art. 6 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162 (sul quale ampiamente ci siamo soffermati *supra* nel § 6 di questo capitolo e ci soffermeremo *infra* nel Cap. II § 5).

(87) Sul « divorzio: la parola assente », si veda DOSSETTI, *Lo scioglimento del matrimonio per pronuncia di divorzio*, in *Lo scioglimento del matrimonio*³, a cura di Bonilini e Tommaseo, *Comm. Schlesinger*, Milano, 2010, p. 39 e ss.. Si veda anche CATTANEO, *Corso di diritto civile. Effetti del matrimonio, regime patrimoniale, separazione e divorzio*, Milano, 1988, p. 154.

(88) ZATTI, *La legge sul divorzio, contenuti e spunti problematici*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, II, p. 46 afferma che: « la norma [l'art. 2, l. div.] pare quindi, per un verso, un riguardo all'ordinamento canonico, per un altro una puntuale riaffermazione di potestà dello Stato per tutto quanto attiene al regime del vincolo, ivi compreso, appunto, lo scioglimento ».

(89) In questo senso, in dottrina, BARBIERA, *Il matrimonio*, Padova, 2006, p. 291.

(90) Su questo dibattito si veda BERLINGÒ, *op. cit.*, p. 126 (ed, in particolare, nota 42).

religiosi non cattolici a cui l'ordinamento attribuisce efficacia civile e ai matrimoni cattolici celebrati all'estero in uno Stato ove pure è attribuita efficacia civile al matrimonio religioso ⁽⁹¹⁾.

Coerentemente con questa conclusione, la giurisprudenza ⁽⁹²⁾ ha ritenuto del tutto irrilevante l'errore nella formulazione del *petitum* compiuto dal coniuge che chiede il divorzio: il giudice può pronunciare il divorzio anche se il ricorrente ha chiesto la cessazione degli effetti civili di un matrimonio celebrato secondo il rito civile oppure ha chiesto lo scioglimento di un matrimonio concordatario ⁽⁹³⁾.

L'aver evitato di accostare nel medesimo articolo della legge il matrimonio concordatario al divorzio — e persino alla sua variante terminologica, cioè lo scioglimento del matrimonio — introducendo la distinta nozione di cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario è dunque un semplice accorgimento formale adottato dal legislatore del 1970 per risolvere un problema che rischiava di com-

(91) La dottrina prevalente ritiene che il matrimonio in forma concordataria possa essere celebrato solo in Italia, talché il matrimonio religioso, anche cattolico, celebrato all'estero ha efficacia civile in Italia se la legge civile del luogo di celebrazione attribuisce ad esso efficacia civile (in questo senso F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub art. 115, Bologna-Roma, 1993, p. 101; MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*², in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1964, p. 167; VITTA, *Diritto internazionale privato*, II, Torino, 1973, p. 215; BOSCO, *Le nuove leggi sul matrimonio e la loro influenza nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. intern.*, 1930, p. 363; DURANTE, *La natura dei matrimoni celebrati all'estero in forma canonica*, in *Riv. dir. intern.*, 1954, p. 394). Nello stesso senso pare orientata la giurisprudenza di legittimità più recente (Cass. 28 aprile 1990, n. 3599, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1991, 750 e Cass. 22 febbraio 1990, n. 1304, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1991, 726). Il Concordato infatti obbliga lo Stato italiano a riconoscere gli effetti civili dei matrimoni celebrati con l'osservanza delle condizioni indicate all'art. 34 conc. e precisate, dopo l'accordo del 1984, all'art. 8 della l. 25 marzo 1985, n. 121. Tali condizioni non paiono compatibili con la celebrazione all'estero (in senso contrario NASCIBENE, *Il matrimonio del cittadino italiano all'estero e dello straniero in Italia*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo*², I, 1, Torino, 2007, p. 213 s.; MIELE, *L'efficacia in Italia dei matrimoni confessionali fra cittadini italiani all'estero*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 163; STARACE, *Sul matrimonio concordatario degli italiani all'estero*, in *Riv. dir. intern.*, 1961, p. 457; BERLINGO, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, sub art. 2 l. div., cit., p. 129 e la remota Cass. 25 gennaio 1979, n. 557, in *Dir. fam.*, 1979, 694).

(92) Cass., sez. un., 10 maggio 1974, n. 1332, in *Dir. eccl.*, 1974, II, 202; Cass. 19 ottobre 1977, n. 4470, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Procedimento civile*, n. 124; Cass. 15 novembre 1977, n. 4969, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Sentenza civile*, n. 99.

(93) A tale orientamento aderisce la dottrina: A. e M. FINOCCHIARO, *Il divorzio*, cit., p. 4 e s.; BARBERA, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, sub art. 1 l. div., Padova, 1993, p. 82.

promettere l'intero e gli impegni conc

Questa soluzione ratificata dalla Co ritenuto non manif dell'art. 2 l. div. s Concordato tra l'P riconoscere nell'or lubile del matrim costituzionale rige principio della la indipendentem ria ⁽⁹⁵⁾, confermar sibilità di pronunc religioso.

Nel 1972 il p riproposto. In qu promosso dalle se: giudici di merito, insidiosa. Nell'ord ravano espressame fra la pronuncia c profilo sostanziale quello del difetto

(94) Trib. Siena

(95) C. cost. 8 lu lavori preparatori, co introdurre nel suo o contrario dal riferimer sione usata ben si spie Santa Sede, dal mom essenzialmente un sac le connesse caratterisi produttivo di effetti c 5 della l. 27 maggio Concordato nella par che "il matrimonio cel del diritto canonico matrimonio civile, qu disposizioni degli arti

(96) Cass., sez. 1

ce efficacia civile e ai
ove pure è attribuita

urisprudenza (92) ha
ilazione del *petitum*
lice può pronunciare
ssazione degli effetti
o civile oppure ha
latario (93).

titolo della legge il
io alla sua variante
— introducendo la
el matrimonio con-
ormale adottato dal
e rischiosa di com-

in forma concordataria
igioso, anche cattolico,
el luogo di celebrazione
ARO, *Del matrimonio*, in
01; MONACO, *L'efficacia*
p. 167; VITTA, *Diritto*
ve leggi sul matrimonio
iv. dir. intern., 1930, p.
na canonica, in *Riv. dir.*
prudenza di legittimità
priv. proc., 1991, 750 e
91, 726). Il Concordato
matrimoni celebrati con
te, dopo l'accordo del
on paiono compatibili
E, *Il matrimonio del*
*onilini-Cattaneo*², I, 1,
moni confessionali fra
RACE, *Sul matrimonio*
p. 457; BERLINGÒ, in
9 e la remota Cass. 25

1974, II, 202; Cass. 19
civile, n. 124; Cass. 15
civile, n. 99.

ROCCHIAIO, *Il divorzio*,
art. 1 l. div., Padova,

promettere l'intero impianto della legge: la compatibilità fra il divorzio e gli impegni concordatari.

Questa soluzione, poco dopo l'approvazione della legge, venne ratificata dalla Corte costituzionale. Il Tribunale di Siena (94) aveva ritenuto non manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 2 l. div. sulla base della considerazione per cui l'art. 34 del Concordato tra l'Italia e la Santa Sede avrebbe prodotto l'effetto di riconoscere nell'ordinamento dello Stato il carattere sacrale e indissolubile del matrimonio celebrato secondo il rito religioso. La Corte costituzionale rigettò però prontamente tale argomentare e riaffermò il principio della laicità del matrimonio quanto ai suoi effetti civili, indipendentemente dalla sua celebrazione nella forma concordataria (95), confermando la piena conformità alla Costituzione della possibilità di pronunciare la cessazione degli effetti civili del matrimonio religioso.

Nel 1972 il problema della costituzionalità dell'art. 2 l. div. fu riproposto. In questo caso, il giudizio di legittimità costituzionale fu promosso dalle sezioni unite della Corte di cassazione (96), e da alcuni giudici di merito, in una prospettiva più cauta, ma anche più sottile e insidiosa. Nell'ordinanza di remissione, infatti, le sezioni unite dichiaravano espressamente di non voler affrontare il problema del rapporto fra la pronuncia del divorzio e il matrimonio concordatario sotto un profilo sostanziale, ma unicamente da un punto di vista processuale: quello del difetto della giurisdizione italiana. Il Concordato, nel testo

(94) Trib. Siena 21 aprile 1971 (ord.), in *Foro it.*, 1971, I, 1375.

(95) C. cost. 8 luglio 1971, n. 169, in *Foro it.*, 1971, I, 1753: « Come emerge dai lavori preparatori, con i Patti Lateranensi lo Stato non ha assunto l'obbligo di non introdurre nel suo ordinamento l'istituto del divorzio. Non può argomentarsi in contrario dal riferimento dell'art. 34 al "sacramento del matrimonio", giacché l'espressione usata ben si spiega in un atto bilaterale, alla formazione del quale concorrevano la Santa Sede, dal momento che, per la Chiesa, il matrimonio costituisce anzitutto ed essenzialmente un sacramento; ma non implica affatto che, in questa sua figura e con le connesse caratteristiche di indissolubilità, esso sia stato altresì riconosciuto come produttivo di effetti civili dallo Stato. Ed infatti, l'espressione più non ricorre nell'art. 5 della l. 27 maggio 1929, n. 847, contenente disposizioni per l'attuazione del Concordato nella parte relativa al matrimonio, la quale più semplicemente stabilisce che "il matrimonio celebrato davanti un ministro del culto cattolico, secondo le norme del diritto canonico produce, dal giorno della celebrazione, gli stessi effetti del matrimonio civile, quando sia trascritto nei registri dello stato civile secondo le disposizioni degli articoli 9 e seguenti" ».

(96) Cass., sez. un., 12 luglio 1972, n. 207 (ord.), in *Foro it.*, 1972, I, 2340.

allora vigente, avrebbe garantito la giurisdizione canonica esclusiva su ogni questione attinente alla validità e all'efficacia del matrimonio concordatario e da ciò poteva discendere, secondo l'argomentare dell'ordinanza di remissione, il diritto costituzionalmente garantito di ciascun coniuge, in forza dell'art. 7 Cost., di adire esclusivamente i tribunali ecclesiastici, sia per la dichiarazione di nullità, sia per lo scioglimento del vincolo.

Ma la scelta di mediazione operata dal legislatore del 1970 superò anche questa seconda — e più difficile — prova, giacché la Corte costituzionale ⁽⁹⁷⁾ dichiarò non fondata la questione rilevando, da un lato, che non è possibile scindere l'aspetto sostanziale dal profilo della giurisdizione e, d'altro lato, che la riserva di giurisdizione — così come allora disciplinata dall'art. 34 del Concordato — non poteva considerarsi piena e totale e cioè comprensiva di tutte le cause inerenti sia alla validità, sia agli effetti del matrimonio concordatario, poiché tale interpretazione avrebbe significato la rinuncia da parte dello Stato a disciplinare il rapporto matrimoniale.

Un'eco lontana di questo dibattito — che fu etico e sociale, prima ancora di essere giuridico — si percepisce in una sentenza della Corte di legittimità, più vicina a noi nel tempo, nella quale risuonano e si recepiscono gli insegnamenti delle sentenze della Corte costituzionale poco sopra ricordate. La Cassazione ha infatti affermato che è irrilevante l'opposizione di un coniuge, sulla base delle proprie convinzioni religiose, al divorzio chiesto dall'altro e ciò proprio a partire dal rilievo per cui lo Stato italiano, con il Concordato, si è limitato a riconoscere al matrimonio celebrato con il rito canonico e regolarmente trascritto gli stessi effetti di quello celebrato davanti all'ufficiale di stato civile, ferma restando la regolamentazione di tali effetti, anche quanto alla loro permanenza nel tempo, secondo le norme dell'ordinamento civile ⁽⁹⁸⁾.

9. *Il tentativo di conciliazione nella prassi dei nostri tribunali.* — Certamente è espressione dello sforzo di mediazione compiuto dal legislatore del 1970 — nel contesto che si è descritto nelle pagine precedenti — il fatto che sia previsto (sia nell'art. 1 l. div., in relazione al matrimonio civile, sia nell'art. 2, in relazione al matrimonio

concordatario) un del tribunale (sec

Non è necess dei nostri tribuna per comprendere giudice — person suoi problemi — coniuge che già v situazioni descritt ma al termine di può certamente opinione.

È evidente du di indurre i coniug riconciliazione, qu quasi ossessiva, cl libera disponibilità tentativo di concil ideologica sulla b forma: il presiden Stato che, con un estremo rimedio, compromessa da dabili commessi d

Nella prassi c ideologica non re conciliazione si ris verbale dell'udien di conciliazione, n

Questo fantas 2014 che, introd negoziazione assist

(99) Attuali sono divorzio, in *Giur. meri*, nell'ambito familiare e mantenere la famiglia può essere condiviso, quali ritengono ancora le strutture giuridiche

(97) C. cost. 6 dicembre 1973, n. 176, in *Foro it.*, 1974, I, 11.

(98) Cass. 17 novembre 2006, n. 24494, in *Foro it.*, 2008, I, 128.

concordatario) un tentativo di conciliazione compiuto dal presidente del tribunale (secondo la previsione dell'art. 4 l. div.).

Non è necessario avere una approfondita conoscenza della prassi dei nostri tribunali, ma è al contrario sufficiente un po' di buon senso, per comprendere che un tentativo di conciliazione compiuto da un giudice — persona totalmente estranea alla famiglia, al suo passato e ai suoi problemi — non ha alcuna concreta possibilità di successo. Un coniuge che già vive separato dall'altro, o che si trova in un'altra delle situazioni descritte all'art. 3 l. div., non chiede il divorzio per capriccio, ma al termine di una approfondita e spesso dolorosa riflessione: non può certamente essere il presidente del tribunale a fargli mutare opinione.

È evidente dunque che l'intento del legislatore non era tanto quello di indurre i coniugi a valutare e a meglio ponderare la possibilità di una riconciliazione, quanto piuttosto quello di ribadire, con un'attenzione quasi ossessiva, che la crisi della famiglia è una materia sottratta alla libera disponibilità delle parti. Da questo punto di vista, l'improbabile tentativo di conciliazione è la rappresentazione processuale della scelta ideologica sulla base della quale la legge del 1970 ha potuto prendere forma: il presidente del tribunale è l'autorevole rappresentante dello Stato che, con uno sforzo paternalistico⁽⁹⁹⁾, concede il divorzio quale estremo rimedio, dopo aver constatato che la vita coniugale è ormai compromessa da un divario non componibile o da errori non emendabili commessi da uno o da entrambi i coniugi.

Nella prassi quotidiana dei nostri tribunali, di tale impostazione ideologica non resta che un pallido riflesso formale. Il tentativo di conciliazione si risolve in due righe scritte nel modello prestampato del verbale dell'udienza presidenziale: « Il Presidente esperisce il tentativo di conciliazione, ma questo non riesce ».

Questo fantasma ideologico è stato trascurato dal legislatore del 2014 che, introducendo il divorzio stragiudiziale conseguente alla negoziazione assistita e all'accordo presentato al sindaco, ha ommesso di

(99) Attuali sono ancora le considerazioni di RODOTÀ, *Poteri del giudice e legge sul divorzio*, in *Giur. merito*, 1972, I, p. 24: « La tendenza espansiva dei poteri dei giudici nell'ambito familiare esprime con evidenza un disegno paternalistico ed una volontà di mantenere la famiglia sotto tutele esterne: un disegno, questo, che non soltanto non può essere condiviso, ma che deve essere risolutamente combattuto da tutti coloro i quali ritengono ancora possibile un rinnovamento dell'istituto familiare pure attraverso le strutture giuridiche ».

monica esclusiva su
zia del matrimonio
l'argomentare del-
mente garantito di
re esclusivamente i
nullità, sia per lo

re del 1970 superò
, giacché la Corte
e rilevando, da un
le dal profilo della
zione — così come
on poteva conside-
se inerenti sia alla
tario, poiché tale
parte dello Stato a

co e sociale, prima
ntenza della Corte
ale risuonano e si
orte costituzionale
mato che è irrile-
oprie convinzioni
partire dal rilievo
ato a riconoscere
rmente trascritto
le di stato civile,
nche quanto alla
'ordinamento ci-

lei nostri tribu-
mediazione com-
è descritto nelle
l'art. 1 l. div., in
re al matrimonio

imporre ai coniugi di sottoporsi al rito del tentativo di conciliazione innanzi al giudice. Ne è rimasta però una pallida traccia. L'art. 6, comma 3, del d.l. n. 132 del 2014 — nel testo emendato in sede di conversione con la l. 10 novembre 2014, n. 162 — prevede che « Nell'accordo [raggiunto a seguito di negoziazione assistita] si dà atto che gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti ».

Ancora più sfumata è l'eco del tentativo di indurre i coniugi ad un ripensamento nella procedura prevista dall'art. 12 del d.l. n. 132 del 2014, secondo il testo modificato dalla legge di conversione. In questo caso è previsto infatti che il sindaco, dopo avere ricevuto la dichiarazione dei coniugi che essi vogliono divorziare, debba imporre loro una sorta di pausa di riflessione di almeno un mese prima di convocarli perché essi possano confermare la loro volontà ⁽¹⁰⁰⁾.

Sarebbe finalmente venuto il momento di cancellare dal nostro ordinamento questi ipocriti segni di una ormai inattuale volontà dello Stato di indurre i coniugi a rimeditare la loro la volontà di divorziare. Si tratta di persone adulte che non decidono di porre fine al loro matrimonio per capriccio. Anche perché i simboli formali, per quanto inutili possano sembrare sul piano pratico, lasciano comunque un segno. Questa impronta è ancora oggi piuttosto nitida sul terreno dei giudizi di divorzio: la crisi della famiglia non è trattata dal giudice come un qualunque altro contenzioso civile, ma è affrontata con una paternalistica sofferenza, che talora si muta in insofferenza per il conflitto su cui il tribunale deve decidere.

10. *La crisi della comunione materiale e spirituale e il rinvio all'art. 3 l. div.* — Superato il formale tentativo di conciliazione, l'indicazione legislativa dei presupposti del divorzio appare all'interprete incerta su un punto fondamentale. Infatti sia l'art. 1, sia l'art. 2 l. div. indicano due condizioni per la pronuncia: il venir meno della « comunione spirituale e materiale tra i coniugi » e « l'esistenza di una delle cause previste dall'art. 3 ». Ma in entrambe le disposizioni (che, come si è detto, sono sostanzialmente sovrapponibili) le due condizioni non sono unite dalla congiunzione *e*, ma dalla preposizione *per*. La norma dunque è lessicalmente equivoca: può significare che il giudice, per accertare se la comunione spirituale e materiale tra i coniugi è venuta meno, deve limitarsi a verificare se sussista una delle cause previste dal

(100) Cfr. *supra*, § 6, in questo capitolo.

successivo art. 3; c entrambi i requisiti conciliazione ed ac 3, deve anche val meno della comur

In sostanza, se la sussistenza di un potere discrezionale seguendo la seconda cause previste da ricomponibile la c della convinzione dovuto solo al fattamente applicati :

La dottrina c divisa fra i sosten della tesi della dis

La giurisprud orientata in questo sussistenza dei pre

(101) DOSSETTI, *I* 73 osserva che sembra ambigua per non risol del tenore letterale di RESCIGNO, *Cinque note*

(102) BARBIERA, *I* GALOPPINI, *Divorzio (E dopo la seconda riform pronuncia di divorzio, separazione e il divorzio cit., p. 22 è ss.; DORIA, i coniugi in occasione a ss.,*

(103) BARBERA, *in* 104 (all'esito di un'amj maritalis *in sede di pr* 1973, p. 722; DOSSETTI p. 71 e ss. (che tuttavì nalità »); BENEDETTI, *I divorzio, cit., p. 1532 s* (che però distingue l' naufragio del matrimo

ivo di conciliazione
la traccia. L'art. 6,
mendato in sede di
52 — prevede che
assistita] si dà atto
i».

irre i coniugi ad un
del d.l. n. 132 del
versione. In questo
ricevuto la dichiara-
a imporre loro una
rima di convocarli
).

icellare dal nostro
tuale volontà dello
ontà di divorziare.
porre fine al loro
ormali, per quanto
no comunque un
da sul terreno dei
a dal giudice come
ita con una pater-
per il conflitto su

e e il rinvio all'art.
liazione, l'indica-
are all'interprete
sia l'art. 2 l. div.
no della « comu-
enza di una delle
izioni (che, come
e condizioni non
te per. La norma
e il giudice, per
coniugi è venuta
ause previste dal

successivo art. 3; oppure che il giudice deve accertare la sussistenza di entrambi i requisiti nel senso che, esperito inutilmente il tentativo di conciliazione ed accertata l'esistenza di una delle cause previste dall'art. 3, deve anche valutare se tale causa abbia prodotto il definitivo venir meno della comunione spirituale e materiale tra i coniugi (101).

In sostanza, secondo la prima interpretazione, il giudice, accertata la sussistenza di una delle cause previste dall'art. 3, non avrebbe alcun potere discrezionale e dovrebbe necessariamente pronunciare divorzio; seguendo la seconda lettura, invece, il giudice, anche in presenza delle cause previste dall'art. 3, potrebbe rigettare la domanda ritenendo ricomponibile la comunione fra i coniugi sulla base, evidentemente, della convinzione che il fallimento del tentativo di conciliazione sia dovuto solo al fatto che i coniugi, o uno di essi, non si siano sufficientemente applicati nello sforzo necessario per ricomporre la famiglia.

La dottrina che si è diffusamente occupata dell'argomento si è divisa fra i sostenitori della tesi dell'automatismo (102) e i sostenitori della tesi della discrezionalità (103).

La giurisprudenza consolidata parrebbe invece essere saldamente orientata in questo secondo senso: il giudice deve accertare, oltre alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 3 l. div., anche l'impossibilità

(101) DOSSETTI, *Lo scioglimento del matrimonio per pronuncia di divorzio*, cit., p. 73 osserva che sembra che il Parlamento abbia quasi cercato una formula volutamente ambigua per non risolvere un nodo fondamentale. L'ambiguità e la contraddittorietà del tenore letterale della norma era parsa peraltro immediatamente evidente già a RESCIGNO, *Cinque note sul divorzio*, cit., p. 357.

(102) BARBIERA, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*², cit., p. 68 e ss.; GALOPPINI, *Divorzio (Diritto privato e processuale)*, cit., p. 74 e s.; BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, cit., p. 41 e ss.; POGGI, *Automatismo e discrezionalità nella pronuncia di divorzio*, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, p. 28 e ss.; ROSSI CARLEO, CARICATO, *La separazione e il divorzio*, cit., p. 198 e ss.; RODOTA, *Poteri del giudice e legge sul divorzio*, cit., p. 22 e ss.; DORIA, *Autonomia privata e « causa » familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, p. 131 e ss..

(103) BARBERA, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, sub art. 1 l. div., cit., p. 104 (all'esito di un'ampia ed approfondita analisi); SCARDULLA, *Valutazione dell'affectio maritalis in sede di pronuncia del divorzio di coniugi separati consensualmente*, in *FD*, 1973, p. 722; DOSSETTI, *Lo scioglimento del matrimonio per pronuncia di divorzio*, cit., p. 71 e ss. (che tuttavia giustamente critica l'utilizzazione dell'espressione « discrezionalità »); BENEDETTI, *Le cause di divorzio*, cit., p. 765; FORTINO, *Il fondamento del divorzio*, cit., p. 1532 s.; AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*², Torino, 2003, p. 230 (che però distingue l'ipotesi in cui i coniugi sono d'accordo sulla definitività del naufragio del matrimonio da quella in cui tale accordo non vi sia).

di ricostruire la comunione familiare ⁽¹⁰⁴⁾. Tuttavia, il principio affermato in teoria viene immediatamente ridimensionato: per negare la pronuncia del divorzio il giudice deve accertare che ricorrano « concreti elementi idonei ad evidenziare, in termini di probabilità e non di mera possibilità, una ragionevole prevedibilità di ricostruzione dell'armonia familiare » ⁽¹⁰⁵⁾.

Nella prassi quotidiana dei nostri tribunali questo dibattito ha avuto peraltro un riscontro pratico assai modesto ⁽¹⁰⁶⁾. Esperito formalmente il tentativo di conciliazione, il tribunale pronuncia il divorzio dopo aver accertato la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 3 l. div., limitandosi nella motivazione ad inserire una formula di stile che è diversa per i divorzi su domanda congiunta e per i divorzi contenziosi: nel primo caso si afferma che la domanda congiunta dimostra che entrambi i coniugi sono consapevoli dell'impossibilità di ricostruire l'unione familiare; nel secondo caso, si afferma che la conflittualità fra i coniugi manifestata nel corso del giudizio promosso unilateralmente da uno di essi dimostra che la comunione materiale e spirituale fra essi è definitivamente venuta meno ⁽¹⁰⁷⁾.

Anche in relazione al problema dell'accertamento della crisi della

(104) Cass. 6 dicembre 2006, n. 26165, in *FD*, 2007, 642: « La declaratoria di cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato secondo rito religioso non consegue automaticamente alla constatazione della presenza di una delle cause previste dall'art. 3 della l. 1 dicembre 1970, n. 898, ma presuppone in ogni caso, l'accertamento dell'esistenza della concreta impossibilità di mantenere o ricostituire il consorzio coniugale per effetto della definitiva rottura del legame di coppia ». Nello stesso senso Cass. 17 giugno 1998, n. 6031, in *FD*, 1998, 317; Cass. 6 novembre 1986, n. 6485, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Matrimonio*, n. 183.

(105) Cass. 5 aprile 1978, n. 1562, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Matrimonio*, n. 106.

(106) Sulla scarsa rilevanza pratica della questione si vedano SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*⁶, Padova, 2015, p. 164; QUADRI, *I presupposti del divorzio*, in *La nuova legge sul divorzio*, II, a cura di Cipriani e Quadri, Napoli, 1988, p. 10; A. e M. FINOCCHIARO, *Il divorzio*, cit., p. 30 e s.; LUPO, *Il divorzio in generale*, cit., p. 655 e s.; BENEDETTI, *Le cause di divorzio*, cit., p. 765; FORTINO, *Il fondamento del divorzio*, cit., p. 1533. Nella giurisprudenza di merito si ricordano pochissime sentenze che abbiano in concreto rigettato la domanda di divorzio, pur ricorrendo i presupposti indicati dall'art. 3 l. div.: Trib. Biella 21 marzo 1972, in *Dir. fam.*, 1973, 719 (sentenza peraltro riformata in appello).

(107) Già TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio, Il contenuto e il senso della riforma*, cit., 1987, II, p. 127, annotava: « La realtà ci dimostra peraltro, a chiare lettere, che l'indicazione del legislatore sulla fine della comunione spirituale e materiale non costituisce un presupposto a sé da accertare distintamente, venendo in concreto relegata tra le motivazioni, sia della norma, sia della sua applicazione ». Sulla volontà

comunione spirituale
2015 hanno trafitto
pratica della questi
il periodo di separ
quindi dopo appen
possono sciogliere
strare ad alcuno
materiale e spiritua
zione del divorzio
tamento giurisprud
separazione consen
far sorgere una pres
i coniugi sia cessata
nere la tesi per cui il
il divorzio, nonostai
l. div., sulla base de
matrimonio.

11. - *Il divorzio a tempo indeterminato*
conclusioni dal ragio
pagine che precedo

Nonostante il le
zio nel nostro ordin
giudice a fronte del
intollerabile e non
serena convivenza fa
indicano i presuppo
hanno successivamer
risultato molto lonta

Colui che vuole
per questo dimostra
deve solo attendere c
dall'art. 3, n. 2, lett.
di porre fine al matri
da qualche altra part
nere il consenso del

unilaterale di un coniuge c
materiale e spirituale, cfr.

comunione spirituale e materiale fra i coniugi, le riforme del 2014 e del 2015 hanno trafitto ogni dubbio, passando attraverso all'inconsistenza pratica della questione come una lama affondata nel burro. Trascorso il periodo di separazione previsto dall'art. 3, n. 2, lett. b, l. div. — e quindi dopo appena sei mesi dalla separazione consensuale — le parti possono sciogliere stragiudizialmente il matrimonio senza dover dimostrare ad alcuno che non sussiste più fra loro alcuna comunione materiale e spirituale. Pare difficile quindi immaginare che l'introduzione del divorzio stragiudiziale non sia destinata a modificare l'orientamento giurisprudenziale sopra riferito: se un periodo di sei mesi dalla separazione consensuale è sufficiente, nelle procedure stragiudiziali, a far sorgere una presunzione *iuris et de iure* che la comunione di vita fra i coniugi sia cessata definitivamente, è impossibile continuare a sostenere la tesi per cui il giudice avrebbe invece un teorico potere di negare il divorzio, nonostante la sussistenza di una delle cause di cui all'art. 3 l. div., sulla base della mancata prova dell'irreversibilità della crisi del matrimonio.

11. *Il divorzio come esercizio di un diritto di recesso da un vincolo a tempo indeterminato.* — Abbiamo ora tutti gli elementi per trarre le conclusioni dal ragionamento che abbiamo cercato di sviluppare nelle pagine che precedono.

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 e le riforme che hanno successivamente modificato la legge del 1970 conducono ad un risultato molto lontano da tale rigore.

Colui che vuole divorziare — ottenuta la separazione, senza dover per questo dimostrare l'esistenza di una colpa dell'altro coniuge — deve solo attendere che trascorra il breve periodo di tempo ora previsto 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

unilaterale di un coniuge di ottenere il divorzio come fatto impeditivo della comunione materiale e spirituale, cfr. PANTALEONI, *Il divorzio. I presupposti*, cit., p. 190.

il principio affer-
to: per negare la
ricorrono « con-
babilità e non di
struzione dell'ar-

sto dibattito ha
(6). Esperito for-
uncia il divorzio
i all'art. 3 l. div.,
a di stile che è
orzi contenziosi:
a dimostra che
à di ricostruire
confittualità fra
unilateralmente
pirituale fra essi

della crisi della

La declaratoria di
rimonio celebrato
one della presenza
8, ma presuppone
tà di mantenere o
ira del legame di
1998, 317; Cass. 6
.. 183.

atrimonio, n. 106.
SESTA, *Manuale di
orizio*, in *La nuova*
p. 10; A. e M.
, cit., p. 655 e s.;
Il divorzio, cit., p.
e che abbiano in
supposti indicati
sentenza peraltro

ella riforma, cit.,
iare lettere, che
e materiale non
do in concreto
>. Sulla volontà

della convivenza e dichiararsi al presidente del tribunale di non volersi riconciliare, una prima volta al momento della separazione e una seconda volta un anno (o sei mesi) 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" annuale (108). Se le parti raggiungono un accordo al momento della separazione, il "preavviso" si riduce a sei mesi.

Se poi si riflette sulla circostanza che le conseguenze patrimoniali del divorzio non dipendono come vedremo (109) 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 (110).

(108) BARBERA, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, sub art. 1 l. div., cit., p. 109 afferma che: « L'interesse allo scioglimento del matrimonio integra una situazione giuridica soggettiva al conseguimento dello stato di divorziato: 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'arbitrio circa il comportamento che ogni coniuge può tenere nel matrimonio e circa la volontà di ciascuno di far cessare il vincolo ».

(109) Cfr. *infra*, sub Cap. IV.

(110) RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, cit., p. 193 e ss. propone *de iure condendo* di rimeditare il rapporto fra separazione e divorzio prevedendo un'alternatività fra le due domande, nel senso che la domanda di separazione precluderebbe, anche se proposta dal convenuto nel giudizio di divorzio, lo scioglimento del vincolo. A tale proposta si giunge proprio sulla base dell'insoddisfazione per gli esiti pratici del rapporto fra separazione e divorzio, esiti che l'Autore ritiene (in una concezione neo-istituzionale del matrimonio) del tutto incoerenti con le scelte formali operate dal legislatore del 1970. Solo così riscrivendo il rapporto fra separazione e divorzio, secondo l'Autore, si potrebbe realizzare « il punto di equilibrio tra l'istanza

Se questa
ha in realtà mu
posto per cui c
un periodo di
nonostante l'oj
comportamenti
limitato a pren
verifica sulla s
previsto due pr
matrimonio, a
accordo.

È un risult
del 1970 appro
suto a colpi tre
zione della fam
zazione » del 20
« egli è questo
diversa ed alle
particolari ch'e
Zwecke, si potr

Si è detto
unilaterale, non
parte del coniu
ben noto in alt
consapevoli del
un certo senso
vincolo vitalizio
famiglia fino a
Si può (ad
concezione, me
sponda ad una
consenso dei con
fatto che il risult
legislatore del 1
tali scelte, emer

sociale di un più
preservazione della

(111) Vico, *P*
III imp. del 1744, e

male di non volersi separazione e unamento del divorzio. mente perché non è nulla da addebitare facilmente rispetto radizione divorzista mento pare, nelle siderare la famiglia i dei coniugi. ratto dal diritto di o), il matrimonio è guendo le afferma- to rispetto al quale "recesso" con un io un accordo al a sei mesi. enze patrimoniali l fatto che l'inizia- dall'altro coniuge, ito continuare ad o di recesso non è) (110).

5 art. 1 l. div., cit., p. ntegra una situazione diritto di divorzio». vatici, in Riv. dir. civ., l diritto di famiglia, e dell'arbitrio circa il e circa la volontà di

ale, cit., p. 193 e ss. ne e divorzio preven- anda di separazione divorzio, lo sciogli- l'insoddisfazione per utore ritiene (in una con le scelte formali o fra separazione e uilibrio tra l'istanza

Se questa è l'essenza ultima del divorzio, la riforma del 2014 non ha in realtà mutato lo stato delle cose: sulla base dell'implicito presupposto per cui ciascun coniuge ha il diritto di ottenere il divorzio dopo un periodo di separazione (ridotto nel 2015 da tre anni ad un anno) nonostante l'opposizione dell'altro e prescindendo da un esame dei comportamenti e delle responsabilità di ciascuno, il legislatore si è limitato a prendere atto che non occorre un tribunale per effettuare la verifica sulla sussistenza dei presupposti del divorzio ed ha quindi previsto due procedure stragiudiziali per ottenere lo scioglimento del matrimonio, a cui i coniugi possono accedere solo sulla base del loro accordo.

È un risultato lontanissimo dai fini che si era proposto il legislatore del 1970 approvando un testo che, per ironia della storia, è sopravvissuto a colpi tremendi: dall'evoluzione sociale che ha mutato la percezione della famiglia, allo spavaldo legislatore della « degiurisdizionalizzazione » del 2014, sino al « divorzio breve ». Ma la storia procede così: « egli è questo mondo, senza dubbio, uscito da una Mente spesso diversa ed alle volte tutta contraria e sempre superiore ad essi fini particolari ch'essi uomini si avevan proposti » (111). *Heterogonie der Zwecke*, si potrebbe dire.

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 concezione 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

sociale di un più agevole disimpegno dal matrimonio e l'istanza costituzionale di preservazione della stabilità familiare ».

(111) Vico, *Principij di scienza nuova d'interno alla comune natura delle nazioni*, III imp. del 1744, edizione a cura di Ferrari, Milano, 1836, p. 619.

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 o anche di uno solo di essi 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.

12. *Qualche considerazione de iure condendo.* — È dunque ormai evidente che il modello concettuale attorno a cui ruota il complesso normativo costituito dagli artt. 1, 2 e 3 l. div. è un ramo secco che deve essere quanto prima potato. Non ha più alcun senso prevedere che il giudice possa pronunciare il divorzio solo quando, esperito inutilmente il tentativo di conciliazione, accerta che la comunione fra i coniugi non può essere ricostituita, mentre i coniugi possono invece divorziare stragiudizialmente senza alcun ulteriore accertamento se non il fatto che siano trascorsi dodici mesi di separazione giudiziale o sei mesi di separazione consensuale. Peraltro, in caso di separazione giudiziale, decorrendo i dodici mesi dalla comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale all'inizio del giudizio, la norma vigente costringe i coniugi a due giudizi che si susseguono in rapida sequenza, con una insensata duplicazione dei costi e delle energie spese (per loro stessi e per il sistema giudiziario).

Volendo tentare dunque di svolgere qualche considerazione *de iure condendo*, sembra a chi scrive che i punti di partenza debbano essere la constatazione della assoluta inefficacia dell'accertamento giudiziale dell'impossibilità di ricostituire la comunione fra i coniugi così come del tentativo di riconciliazione, nonché dell'inefficacia del periodo di separazione (di qualsiasi durata) inteso come spazio temporale per consentire ai coniugi di riflettere con calma sull'irreversibilità della loro crisi. Sulla base di tali premesse, il nostro ordinamento pare ormai maturo per recepire il modello del divorzio per mutuo consenso, non necessariamente preceduto da un periodo di separazione. Poiché è evidente che la previsione di un periodo di separazione prima che i coniugi possano consensualmente divorziare non contribuisce in alcun modo a rendere più stabile la famiglia, non si vede per quale ragione l'interesse dei figli minori dovrebbe portare ad escludere tale possibilità se dal matrimonio sono nati figli ancora minorenni. Si potrebbe piut-

tosto valutare l'interesse dei figli minori, un divieto di matrimonio dopo la nascita dei figli a non assis-
tente dopo la fine de-

La riflessione sul diritto di un co-
e dunque sul
escludendo ch
prevedere un c
siamo abituati
mente lasciando
qualche limitaz
ciascun coniug
l'opportunità d
unilaterale di d

Inoltre, dov
della violazione
economici del c
operata al mo
sistema — con
ottenere lo scie
strare che l'alt
violazione risch
e dunque le reg
al rango di un c

Attualment
matrimonio si
zione (113) e n
ottenere una t
violazione (114).
insistenza l'elim
rigidità dei suoi
è invece sostan

(112) LÓPEZ D

(113) Sulle co
dedicato alla separa

(114) Sul rapp
matrimonio si rinv

divorzio, ancora oggi
re avere il sapore,

il divorzio si fonda
si e non può essere
dello Stato a fronte
otrebbe finalmente
— il tema di una

— È dunque or-
ruota il complesso
mo secco che deve
o prevedere che il
perito inutilmente
e fra i coniugi non
invece divorziare
to se non il fatto
ziale o sei mesi di
azione giudiziale,
oniugi innanzi al
orma vigente co-
rapida sequenza,
ie spese (per loro

derazione *de iure*
lebbano essere la
mento giudiziale
oniugi così come
a del periodo di
o temporale per
sibilità della loro
ento pare ormai
o consenso, non
zione. Poiché è
one prima che i
ribuisce in alcun
r quale ragione
e tale possibilità
potrebbe piut-

tosto valutare l'opportunità di introdurre, per i coniugi che hanno figli minori, un divieto di contrarre un nuovo matrimonio per un certo tempo dopo la pronuncia del divorzio e ciò per tutelare l'interesse dei figli a non assistere al nuovo matrimonio dei genitori immediatamente dopo la fine della convivenza familiare.

La riflessione dovrebbe invece concentrarsi sui presupposti del diritto di un coniuge di ottenere il divorzio contro la volontà dell'altro e dunque sul divorzio per volontà unilaterale. A tale proposito — escludendo che il nostro paese possa muoversi nella direzione di prevedere un divorzio per colpa, proprio mentre altri Stati con cui siamo abituati a confrontarci per livello di civiltà stanno progressivamente lasciando tale modello ⁽¹¹²⁾ — potrebbe forse essere introdotta qualche limitazione a garanzia della serietà dell'impegno preso da ciascun coniuge nei confronti dell'altro ed essere quindi valutata l'opportunità di introdurre un limite alla proponibilità di una domanda unilaterale di divorzio nei primi anni del matrimonio.

Inoltre, dovrebbero essere attentamente rimate le conseguenze della violazione dei doveri che derivano dal matrimonio sugli effetti economici del divorzio (e dunque sulla redistribuzione della ricchezza operata al momento dello scioglimento del vincolo). Infatti, in un sistema — come è già il nostro — in cui ciascuno dei coniugi può ottenere lo scioglimento del matrimonio senza la necessità di dimostrare che l'altro abbia violato i doveri che da esso derivano, la violazione rischia di rimanere priva di qualsiasi conseguenza giuridica e dunque le regole che disciplinano il matrimonio rischiano di ridursi al rango di un catalogo di buone intenzioni.

Attualmente gli effetti della violazione dei doveri che derivano dal matrimonio si colgono solo nell'istituto dell'addebito della separazione ⁽¹¹³⁾ e nella possibilità, riconosciuta dalla giurisprudenza, di ottenere una tutela risarcitoria da parte del coniuge che subisce la violazione ⁽¹¹⁴⁾. Peraltro, da più parti si sollecita con sempre maggior insistenza l'eliminazione dell'addebito, un istituto iniquo sia per la rigidità dei suoi effetti, sia perché punisce solo il coniuge più debole ed è invece sostanzialmente inefficace se pronunciato nei confronti del

(112) LÓPEZ DE LA CRUZ, *Verso un divorzio senza causa in Europa?*, cit., p. 533 e ss..

(113) Sulle conseguenze dell'addebito si rinvia al volume di questo *Trattato* dedicato alla separazione.

(114) Sul rapporto fra addebito e tutela risarcitoria dei doveri che derivano dal matrimonio si rinvia ancora al volume di questo *Trattato* dedicato alla separazione.

coniuge economicamente più forte. Quanto al risarcimento del danno conseguente alla violazione dei doveri matrimoniali, l'esperienza giurisprudenziale dimostra che nelle ipotesi, peraltro eccezionali, in cui la responsabilità viene accertata, i danni in concreto liquidati sono modesti nella loro entità.

Sembrano dunque maturi i tempi per affrontare il problema delle conseguenze della violazione dei doveri matrimoniali su un base completamente diversa: il legislatore, ammettendo il divorzio per volontà unilaterale e senza colpa, potrebbe modulare la redistribuzione della ricchezza successiva al divorzio anche alla luce dei comportamenti tenuti da ciascuno durante il matrimonio e della responsabilità per la scelta di porre fine al vincolo ⁽¹¹⁵⁾.

SOMMARIO: 1. La struttura separazione ininter basato sulla separa dichiarato al sindac nuovo matrimonio consumazione del n 9. Profili di diritto i divorzio.

1. *La struttura precedente che, nei dei presupposti per eccezionali — oggetti attenzione da parte*

Leggendo l'art. 3 meglio, le cause che della comunione spi legge negli artt. 1 e articolata di presupp tiva tecnicamente ass: apparato normativo dall'entrata in vigore

All'interno di tal

(1) È piuttosto com con riferimento alla part tecnicamente mal formulà 163; BENEDETTI, *Le cause e*

(2) ZATTI, *La legge su l'art. 3 l. div. come una « sentenze di divorzio fonde penali di divorzio, in Il dir p. 671.*

(115) Sullo scarso rilievo del parametro delle « ragioni della decisione » nella attuale giurisprudenza di legittimità si veda *infra, sub* Cap. IV, § 8.