I cinquant'anni della legge sul divorzio

Il divorzio in Europa

di Giacomo Oberto

Dopo un breve *excursus* storico lo studio presenta i principali modelli di divorzio oggi esistenti nel nostro continente, tentando di evidenziarne le evoluzioni, le similitudini e le differenze. Viene quindi affrontato il dilemma posto dalla c.d. armonizzazione del diritto europeo di famiglia, con particolare attenzione al tema dello scioglimento del matrimonio. In tale quadro lo studio affronta la distinzione tra uniformazione e armonizzazione, per dimostrare come forme assai avanzate di armonizzazione tra i vari ordinamenti siano già concretamente in atto. Il lavoro passa quindi a trattare dei principali punti di convergenza dei differenti sistemi europei in tema di divorzio, illustrando altresì il ruolo svolto in quest'ottica dal diritto eurounitario e sottolineando in particolare la crescente importanza attribuita in tutti gli ordinamenti all'autonomia privata. Lo scritto tenta poi di dimostrare la necessità di una revisione delle norme europee uniformi di conflitto in materia di divorzio, specie al fine di superare gli effetti deleteri del *dépeçage*. Il contributo si conclude infine con una proposta di uniformazione "mite", di tipo meramente opzionale, di un ipotetico e futuribile diritto europeo materiale divorzile.

1. Il perimetro dell'indagine e i precedenti storici

Uno studio dal titolo "il divorzio in Europa" potrebbe essere svolto, in teoria, in due modi molto diversi. Da un lato, infatti, ci si dovrebbe concentrare sull'ottica del comparatista, indagando i diversi modi con i quali si pone fine all'unione coniugale nei vari sistemi nazionali, magari tentando di estrarne insegnamenti validi per noi, linee di tendenza comuni e convergenti, nonché proposte per il futuro. Dall'altro, si potrebbe scegliere di svolgere un'indagine di tipo internazionalprivatistico, focalizzando l'attenzione sugli strumenti normativi e le soluzioni giurisprudenziali tendenti a risolvere le sempre più frequenti situazioni di cross border litigation divorzile all'interno del nostro continente.

La soluzione qui scelta sarà quella - per così dire "intermedia" - diretta, certo, a esporre "les grands principes" che si profilano nel variegato panorama dei singoli ordinamenti, ma puntando anche a

sottolineare in modo particolare quei molteplici aspetti su cui diritto comparato e diritto internazionale s'incrociano, vicendevolmente fornendosi argomenti e spunti.

Preliminarmente - come sempre - la retrospettiva storica può rivelarsi illuminante. Il primo insegnamento che la stessa ci impartisce è che il trapianto di istituti stranieri può rivelarsi problematico, allorquando il "terreno" socio-culturale su cui lo stesso deve operarsi non è omogeneo rispetto a quello d'origine. Estremamente significativo al riguardo appare il primo tentativo di trasposizione nella nostra Penisola, in epoca moderna, del divorzio francese, che pure tanto successo aveva riscosso oltralpe per effetto della legislazione rivoluzionaria. Così, mentre nel 1793 a Parigi si erano pronunziati tanti divorzi quanti erano stati i matrimoni celebrati in quell'anno (e addirittura nel 1797 il numero dei primi aveva superato quello dei secondi) (1), per l'intera durata della codificazione napoleonica in

anche in Martin, La crise du mariage dans la législation intermédiaire 1789-1804, Paris, 1901, 155 ss. Le informazioni fornite da tale ultimo Autore (un divorzio ogni due o tre matrimoni) in parte divergono da quelle del Glasson, ma va considerato il fatto che esse si basavano su ricerche effettuate successivamente alla distruzione di gran parte dei registri dello stato civile a seguito dei noti avvenimenti della Commune, nel 1871. Quel che è certo è che la riferita esplosione del contenzioso divorzile a Parigi non mancò di suscitare, sin da subito, accorati allarmismi. Destò in particolare scalpore il fatto che, nei primi mesi di applicazione della riforma, i due terzi delle domande fossero state presentate dalle

⁽¹⁾ Glasson, Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe. Etude de législation comparée, précédée d'un aperçu sur les origines du droit civil moderne, Paris, II éd., 1880, 261 ss. Per l'esattezza deve anche considerarsi che, con l'approvazione della legge del 1792, le ventisettemila domande di separazione personale presentate in precedenza nei vari tribunali francesi si trasformarono in altretante domande di divorzio, anche perché, a differenza di quanto avrebbe poi stabilito il Code civil, la séparation de corps non era più permessa (cfr. Coulon, Le divorce et la séparation de corps, I, Paris, 1890, 171 ss., 185). Dati statistici al riguardo sono rinvenibili

Italia (2) "furono annoverati venti divorzi, fra i quali tre soli nel Mezzogiorno continentale" (3).

L'impermeabilità della società italiana al divorzio durò, come noto, assai a lungo (4) e continuò a manifestarsi pure nei primissimi anni successivi alla (re)introduzione dello stesso per effetto della L. 1° dicembre 1970, n. 898, al punto che un celebre saggio pubblicato oltre oceano nel 1972 manifestava stupore per lo "special case" dell'Italia, ove divorziare "was not possible [...] until December 1, 1970, and, even after that date, the divorce rate is still practically zero" (5). La situazione è, naturalmente mutata in modo radicale anche nel nostro Paese nel corso degli ultimi decenni, sebbene alcune residue "riluttanze" e reliquati storici del principio di indissolubilità possano ancora rinvenirsi nella legislazione e nella giurisprudenza. Si pensi, per la parte normativa, alla persistente necessità della separazione legale, quale condicio sine qua non per l'ottenimento (nella quasi totalità dei casi) del divorzio. Quanto alle decisioni dei giudici, sarà il caso di citare alcune perduranti tendenze "paternalistiche", così come taluni profili di resistente "indissolubilità patrimoniale", su temi quali l'assegno postmatrimoniale, o gli accordi in vista del divorzio (6). Ciò detto, può avere senso

interrogarsi oggi sull'eventuale presenza di linee di tendenza comune e di convergenze a livello europeo in materia divorzile, anche al fine di accertare se il nostro ordinamento si muova in coerenza con esse, ovvero ne diverga.

Anche in questo campo, come si diceva poc'anzi, la prospettiva storica viene in aiuto.

Lo studio dell'evoluzione plurisecolare del divorzio nel nostro continente non può, naturalmente, prescindere dalla considerazione delle profonde trasformazioni che si sono operate nel campo religioso, filosofico, economico e sociale, da epoca ben anteriore alla Rivoluzione Francese. Così si suole ricondurre alla Riforma Protestante la "rinascita" postromanistica del divorzio, nel contesto di quella secolarizzazione dell'istituto matrimoniale che, una volta privato della natura di sacramento, veniva inevitabilmente a ricadere, in modo esclusivo, nella categoria (civilistica) negoziale/contrattuale, con l'ovvia conseguenza dell'ammissibilità di una risoluzione del vincolo coniugale, ancorché sul presupposto della ricorrenza di determinate condizioni (7). Non vi è dubbio che, come rimarcava un accurato studio transalpino già più di un secolo addietro, "Le protestantisme a (...) rendu l'œuvre du législateur bien plus

mogli, ciò che fece esclamare che "Avec le divorce, meurt le pouvoir du mari" e che la "royauté domestique" era messa in discussione (cfr. Bloquet, Le mariage, un "contrat perpétuel par sa destination" (Portalis), in Napoleonica. La Revue, 14, 2012, 74 ss.). Sul tema v. inoltre Prevost, Le divorce pendant la Révolution, Paris, 1908, 12 ss.

(2) Il "Codice civile di Napoleone il Grande" entrò in vigore nel Regno italico - nella triplice versione italiana, latina e francese - in seguito al decreto firmato da Napoleone a Monaco il 1° aprile 1806. A quel tempo, esso era già vigente nel Piemonte annesso alla Francia (1804), nella ex Repubblica ligure, a Parma e Piacenza (1805). Seguirono Lucca (maggio 1806), la Toscana e il Regno di Napoli (1809), l'Umbria e il Lazio (1812).

(3) Cfr. Ungari, Donne e famiglia nella legislazione italiana: gli ultimi due secoli, Nota introduttiva, in AA.VV., Commissione Nazionale per la realizzazione della parità tra uomo e donna, Donne e diritto. Due secoli di legislazione - 1796/1986, a cura di Cappiello - Marinucci - Rech - Remiddi, Roma, 1988, XV. Benedetto Croce riferisce di tre divorzi in tutto il Regno di Napoli, di cui solo uno seguito dal nuovo matrimonio di uno degli ex coniugi (cfr. Croce, Il divorzio nelle provincie napoletane, in Aneddoti e profili settecenteschi, Milano, Palermo, Napoli, 1914, 315 ss.). Si nota giustamente al riguardo (Antokolskaia, Convergence of Divorce Law in Europe, in Child and Family Law Quarterly, 2006, https:// research.vu.nl/en/publications/convergence-of-divorce-law-ineurope, 8) che "The export of the Code Civil as result of the Napoleonic conquest nearly harmonised divorce law within the whole Napoleonic Empire", anche se con risultati contrastanti. All'insuccesso italiano si contrappose, ad esempio, il fatto che il divorzio rimase in vigore in alcuni Paesi cattolici, pur dopo la Restaurazione, come ad es. in Belgio (Dumon e Kooy, Echtscheiding in België en Nederland, Deventer, 1983, 13 s.) e in Lussem-(Nevens. Entwicklungen in der luxemburaer Familienrechtspolitik, in AA.VV., Familienwissenschaftliche und familienpolitische Signale, a cura di Jans, Habisch - Stutzer,

Grafschaft, 2000, 616 s.). Analogo influsso positivo sviluppò la legislazione napoleonica sul divorzio in Svezia (Wendt, *The Nordic Council and Co-operation in Scandinavia*, Copenhagen, 1959, 17).

(4) Per un resoconto sui tentantivi abortiti di introduzione del divorzio nell'Italia unita del XIX secolo cfr. Galoppini, *Profilo storico del divorzio in Italia*, in AA.VV., *Commentario sul divorzio*, a cura di Rescigno, Milano, 1980, 27 ss.; v. inoltre Brunelli, *Divorzio e nullità di matrimonio negli stati d'Europa*, Milano, 1950, 22 ss.

(5) Rheinstein, Marriage Stability, Divorce, and the Law, Chicago - London, 1972, 158 s. Va subito aggiunto, per completezza, che lo studio sottolineava correttamente il ruolo - per così dire "succedaneo" - che da noi aveva (e in parte ha, certamente, ancora) la separazione personale, la cui rilevanza percentuale (0,7 per mille abitanti) portava ad un "rate of marriage breakdown equal to that in France or in Great Britain!". Sulle difficoltà incontrate dalla novella del 1970 nella sua applicazione giurisprudenziale prima del *referendum* del 1974 cfr. per tutti Lariccia, *Legge 1°* dicembre 1970, n. 898 e referendum per la sua abrogazione, in Dir. eccl., 1974, I, 218 ss.; v. inoltre Barbera - Morrone, L'istituto del referendum, in AA.VV., L'Italia repubblicana nella crisi degli anni settanta. Sistema politico e istituzioni, a cura di De Rosa - Monina, Soveria Mannelli, 2003, 332 ss.; Quadri, L'introduzione del divorzio: il dibattito, la legge e la sua conferma, i successivi interventi legislativi, in questo Fascicolo, retro, 7 ss. Sulla genesi e sulle conseguenze della legge del 1970 v. anche Sesta, Mezzo secolo di riforme (1970-2020), in questo Fascicolo, retro, 17 ss.

(6) Sul tema, che non può essere affrontato in questa sede, cfr. Oberto, *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, in AA.VV., *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di Landini - Palazzo, Milano, 2018, 33 ss.

(7) Cfr. per tutti Marongiu, Voce "Divorzio (Storia)", in Enc. dir., XIII, Milano, 1964, 493 ss. V. anche Antokolskaia, Harmonisation in Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia, Antwerp, 2006, 169 ss.

facile à l'égard du mariage et du divorce, ses croyances se rapprochant beaucoup plus du droit naturel que celles des catholiques" (8).

La conclusione richiede però alcune puntualizzazioni. Tanto per cominciare, le Chiese cristiane d'oriente consentirono in ogni tempo il divorzio, senza alcuna difficoltà d'ordine teologico o giuridico, semplicemente facendo propria la legislazione giustinianea (9), mentre gli stessi canonisti medioevali ammettevano che, in caso di matrimonio tra infedeli, la conversione al cristianesimo di un coniuge che non fosse Christi fidelis avrebbe sciolto il vincolo e consentito al convertito di passare a nuove nozze (10). D'altro canto, pure in Paesi di sicura fede cattolica e comunque già da epoca precedente all'affermazione delle tesi di Lutero, Calvino, Melantone e Zwingli, si erano levate autorevoli voci in favore della possibilità della risoluzione inter vivos del vincolo matrimoniale, pur se suggellato da celebrazione in facie Ecclesiae, quale conseguenza di talune gravi violazioni dei doveri coniugali e, in particolare, dell'adulterio.

È, infatti, nel contesto dell'umanesimo giuridico rinascimentale (11) che è dato cogliere l'espressione

di veri e propri aneliti verso tale soluzione. Aneliti, del resto, non completamente contrastati all'epoca dalla stessa Chiesa romana, che, come noto, prese un chiaro, granitico e definitivo partito sul tema solo con il Concilio di Trento (12). Per non dire, poi, dell'influenza che comunque continuavano a esercitare sugli studiosi gli infiniti passi delle fonti romane che al divorzio si richiamavano: fonti che, non dimentichiamolo, sin dal Medioevo erano quotidianamente studiate nelle università europee, glossate, commentate come se si trattasse (anche nelle parti relative al divorzio) di vero e proprio "diritto vivente" da tutti i giureconsulti (13) e adattate dai tribunali del nostro continente alla realtà dell'epoca (14). A ciò s'aggiunga ancora - cosa, questa, meno nota - la presenza di alcune tracce del divorzio per adulterio rinvenibili all'interno di disposizioni normative "laiche", quali gli statuti di talune città italiane (15). Non stupisce, quindi, che, nella celebre Sylva Nuptialis (1518), Giovanni Nevizzano difenda con vigore la tesi dell'ammissibilità del divorzio (inteso, ovviamente, non già quale semplice separatio a mensa et thoro, ma proprio come causa di dissoluzione

⁽⁸⁾ Coulon, op. cit., 145 s.

⁽⁹⁾ Cfr. Esmein, Le mariage en droit canonique, II, Paris, 1891, 83 s.

⁽¹⁰⁾ Cfr. per tutti Marchetto, *Il divorzio imperfetto: i giuristi medievali e la separazione dei coniugi*, Bologna, 2008, 343 ss.

⁽¹¹⁾ Su tale movimento culturale in generale cfr. Maffei, Gli inizi dell'umanesimo giuridico, Milano, 1972, passim; Cattaneo, Riflessioni sull'umanesimo giuridico, Napoli, 2004, passim.

⁽¹²⁾ Sull'evoluzione della posizione della Chiesa e del diritto canonico in materia di divorzio, prima e dopo il Concilio di Trento, il richiamo d'obbligo è a Esmein, op. cit., 45 ss. Secondo l'insigne autore "l'Eglise a éliminé le divorce da sa législation. Or ce travail d'élimination a été très lent; pendant des siècles l'Eglise a dû transiger avec le divorce". Anche per Glasson, op. cit., 203, " l'Eglise avait compris qu'elle ne pouvait pas tout de suite exiger la suppression du divorce"; v. inoltre Coulon, op. cit., 125 ss. La posizione del Concilio di Trento in materia di indissolubilità del matrimonio, anche per adulterio (cfr. il Canon VII De Sacramento Matrimonii, Sessio XXIV, 11 novembre 1563, in Sacrosanti et Oecumenici Concilii Tridentini, Canones et decreta, Lugduni, 1661, 195), è dettagliatamente illustrata da Bressan, Il canone tridentino sul divorzio per adulterio e l'interpretazione degli autori, Roma, 1973, passim, in partic. 83 ss. Sui rapporti tra disciplina canonica e disciplina civilistica del matrimonio e della crisi coniugale nel Medioevo cfr. Marchetto, op. cit., passim (di particolare interesse l'esposizione del pensiero dei glossatori civilisti sul divortium del diritto romano, 134 ss., nonché l'illustrazione della "nascita", nel diritto canonico dell'epoca, delle differenti fattispecie normative che avrebbero potuto dare luogo a separazione a mensa et thoro, 327 ss.).

⁽¹³⁾ Già a partire dalla glossa accursiana si tende a chiarire che la soppressione del divortium quoad vinculum è un "mero" portato del diritto canonico, che non sembra aver cancellato (se non "di fatto", per via dell'esclusiva competenza dei tribunali della Chiesa in materia, sebbene neppure ciò venga esplicitamente detto...) la disciplina delle fonti romane. Cfr. ad es. Accursio, Glossa a margine di C. 5, 17, 8, in Codex cum glossa, Nuremberga, 1488, 204, il quale, dopo aver lungamente esposto le causae che danno luogo a divorzio secondo il codex, conclude che, iure canonum, tutte tali

cause rejectae sunt (in termini analoghi v. anche Id., Glossa a D. 3. 5. 37. in Digestum Vetus seu Pandectarum iuris civilis Tomus primus, cum lectionum florentinarum varietatibus, Venetiis, 1592, 481, nonché nella Glossa alla rubrica De divortiis et repudiis, op. ult. cit., 2624). Non dissimilmente Azzone, Azonis iurisconsultissimi in ius civile summa, Lugduni, 1564, 138, dopo aver trattato dettagliatamente del divorzio secondo il Codex di Giustiniano, illustrando ampiamente i diritti del marito rispetto alla moglie adultera e le relative conseguenze previste dal diritto romano in punto divorzio, chiude il tema con le seguenti otto parole: "Hodie tamen per canones fere nihil obtinet praedictorum". Significativa in questo contesto anche la posizione dell'Ostiense, che liquida in due righe il concetto per cui l'adulterio dà al marito la possibilità di 'uxorem dimittere", ma non di "aliam ducere"; questo, paradossalmente, dopo che lo stesso ha lungamente e dettagliatamente disquisito sulle fonti romane in materia di libellus divortii, presentando veri e propri modelli di domande di divorzio (inteso proprio come scioglimento del vincolo: de foedere matrimonii, scilicet utrum [matrimonium] tenuerit), secondo le fonti romane, sempre commentate come si trattasse di norme ancora in vigore (cfr. Ostiense, Henrici de Segusio Cardinalis Hostiensis, Summa aurea, Augustae Taurinorum, 1579, 269 ss.).

⁽¹⁴⁾ Basti citare, tanto per fare un esempio, l'applicazione dei passi delle fonti romane relativi alla restituzione della dote soluto matrimonio al diverso caso della separatio a mensa et thoro, di cui si riferisce in Oberto, I contratti della crisi coniugale, I, Milano, 1999, 99 ss.; Id., Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica, nota a Cass. Civ. 20 marzo 1998, n. 2955, in Foro it., 1999, I, 1306 ss.; Id., La comunione legale tra coniugi, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da Cicu - Messineo - Mengoni, continuato da Schlesinger, II, Milano, 2010, 1618 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. ad es. lo Statuto Pisano, che, parafrasando il passo del vangelo di Matteo (su cui v. *infra*, tra breve, nel testo), o, più probabilmente, simili disposizioni di leggi barbariche, disponeva: "Nulli liceat, excepta causa fornicationis, uxorem suam relinquere, neque, ea vivente, aliam sibi copulare" (cfr. Pertile, Storia del diritto italiano, dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione, III, Padova, 1871, 318, nt. 17).

definitiva del vincolo, con possibilità di passaggio a nuove nozze) per adulterio della moglie, facendo perno sul noto passo del vangelo di San Matteo, che, a differenza degli altri sinottici, consente al marito di "dimittere uxorem suam" e di "aliam ducere (...) ob fornicationem" (16). A sostegno della propria tesi l'umanista astigiano soggiunge che la soluzione negativa costringerebbe il marito a peccare, "quia uxorem adulteram cognoscere prohibitum est". Il tutto condito da pesanti critiche ai canonisti dell'epoca, i quali avrebbero sostenuto l'indissolubilità del matrimonio sol perché (testualmente!) "ipsi non habent uxores" (17).

L'idea rispondeva del resto alla concezione già espressa da Erasmo da Rotterdam, il quale, partendo dal presupposto che la Chiesa non avrebbe potuto astenersi dal soccorrere i fedeli coniugati in difficoltà, aveva ammesso la possibilità di una separazione che non impedisse la celebrazione di nuove nozze in caso di adulterio, così come di altre gravi violazioni dei doveri coniugali (18). Anche Montaigne difendeva l'idea della dissolubilità del matrimonio (19), mentre un altro grande esponente dell'umanesimo giuridico europeo, l'italiano Andrea Alciato, sottolineava che era solo la legge ecclesiastica a vietare il divorzio, non quella divina, richiamando l'autorità di Erasmo e approvando la scelta del diritto giustinianeo di continuare a permettere il divorzio ex legitima causa, già consentito nell'antico diritto romano, secondo una regola seguita fino a Giustiniano "et aliquanto etiam postea" (20).

Non dissimilmente si esprimevano in Francia Cujacio (21) e Bodin (22), laddove lo stesso Molineo (il quale, come noto, pagò duramente di persona con

l'esilio e la prigione le proprie idee "liberali" e la sua adesione al calvinismo) affrontò "di petto" l'esegesi del controverso passo evangelico, vigorosamente propugnando la tesi secondo cui quest'ultimo non avrebbe trattato "de thori separatione, tunc ignota, verumetiam de toto divortio". L'idea secondo cui la parte offesa, in caso di adulterio, non avrebbe potuto essere dichiarata libera di risposarsi veniva espressamente bollata come "superstitiosa" e fonte di gravissimi scandali, che i padri del Concilio tridentino ben avrebbero potuto evitare "nisi eos superstitionis cultus a veritatis et aequitatis amore deterruisset" (23). Sorprendente, poi, anche perché non molto conosciuta dagli stessi storici del diritto, la posizione di un altro autorevolissimo esponente dell'umanesimo giuridico francese, il Duareno, il quale non esitò ad attaccare frontalmente la posizione del diritto canonico sull'indissolubilità del matrimonio, alla luce di una serie di argomenti storici e logici (24).

Si noti che, tra l'altro, proprio all'umanesimo giuridico cinquecentesco va ascritto il merito di aver cominciato a fare chiarezza su di un punto fondamentale, vale a dire il significato stesso del termine divortium, che nei secoli a cavallo tra Medioevo ed Età Moderna era passato ad indicare anche (e, talora, soprattutto) la separazione personale (divortium o separatio quoad mensam et torum) del diritto canonico (25) e/o l'annullamento del matrimonio per presenza di un impedimento dirimente. La confusione, destinata a durare ancora a lungo e praticamente fino alla Rivoluzione Francese, era favorita dall'etimologia stessa della parola, che, come noto, derivando dal verbo latino divertere, cioè - in buona sostanza -

⁽¹⁶⁾ Sulla disputa, che impegnò per secoli i più eminenti canonisti e dottori della Chiesa, cfr. Esmein, op. cit., 45 ss.; Martin, op. cit., 23 ss.; Lessona, La sylva nuptialis di Giovanni Nevizzano, Torino, 1886, 84 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. Nevizzano, *Sylva nuptialis*, Lugduni, 1540, 26 s. Sul-l'importante opera di Nevizzano cfr. Lessona, *op. cit.*, *passim*, in particolare, in relazione al tema del divorzio, 80 ss.

⁽¹⁸⁾ Cfr. Bedouelle, *Erasme et sa doctrine du mariage chrétien*, in *Marriage, Families & Spirituality*, INTAMS Review 7 (2001), 217 ss.

⁽¹⁹⁾ Montaigne, Essays de Michel seigneur de Montaigne, III, Paris, 1816, 6 (Libro II, cap. XV): "nous avons pensé attacher plus ferme le nœud de nos mariages, pour avoir osté tout moyen de les dissouldre; mais d'autant s'est desprins et relasché le nœud de la volonté et de l'affection, que celuy de la contraincte s'est estrecy: est à rebours, ce qui teint les mariages, à Rome, si long temps en honneur et en seureté, feut la liberté de les rompre qui vouldroit".

⁽²⁰⁾ Alciato, Parergon Iuris, seu obiter dictorum, liber sextus, caput xx, in D. Andreae Alciati mediolanensis iureconsulti celeberrimi Operum, Tomus IIII, Basileae, 1582, 452.

⁽²¹⁾ Cuiacio, Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta, IX, Mutinae, 1781, 1341, E: "aliquandiu etiam inter Christianos sunt tolerata divortia ex certis et legitimis causis".

⁽²²⁾ Bodin, Les six livres de la République, Paris, 1583, 26 ss. (23) Molineo, Super facto Concilii Tridentini consilium, cap. XLV, in Caroli Molinaei omnia quae extant opera, II, Paris, 1681, 1011

⁽²⁴⁾ Cfr. Duareno, In lib. XXIIII Digestorum Commentarius, in D. Francisci Duareni I.C. celeberrimi, Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt opera, Francofurti, 1598, 255: "Haec sunt, quae in iure pontificio hac de re scripta comperimus a iure civili multum discrepantia: quae an divino iure consentiant, non immerito dubitari potest. Non enim videtur homo, sed Deus ipse potius coniuges separare: cum ob iustas legitimasque causas auctoritate publica divertunt (...). Nec verisimile est tempore lustiniani, qui haec nobis scripta reliquit, locum Evangelij quo uno pontifices nituntur, aliter a Theologis intellectum fuisse: cum is se Christianum ubique profiteatur. Ac memini me aliquando constitutiones quaedam Caroli Magni, Ludovici, et Clotarij Christianissimorum principum evoluisse, in quibus eadem fere divortiorum causae continebantur, quae legibus lustiniani expressae sunt". Questi argomenti vengono ripresi testualmente dal grande giurista italiano (peraltro emigrato a Oxford) Alberico Gentili: cfr. Gentilis, Disputationum de nuptiis libri VII, Hanoviae, 1601, 619 s.

⁽²⁵⁾ Cfr. ad es. Ostiense, op. cit., 386.

"prendere strade diverse" (da cui termini quali "divergenza", ma anche "divertimento"), non denota tanto e di per sé una particolare procedura giudiziale e ancor meno i relativi effetti sul piano giuridico, bensì il mero "dato di fatto" di non stare più insieme (26). Del resto, già il giurista romano Paolo affermava che "divortium ex eo dictum est, quod in diversas partes eunt qui discedunt" (27).

Nell'Europa della Controriforma le autorevoli voci di cui sopra rimasero però isolate e, anzi, vennero sovente poste all'indice (28), dando luogo in tal modo ad un netto clivage, destinato a durare sino a tutto il XVIII secolo, tra Paesi cattolici e protestanti. Così, se i grandi civilisti francesi del Seicento e del Settecento non sembrano voler mettere in discussione, per alcun motivo, l'indissolubilità del matrimonio - contrat civil, sì, ma nel contempo pur sempre sacramento (29) - e i tribunali condannano inflessibilmente coloro che, per la propria appartenenza religiosa, osino sfidare il divieto (30), è nel contesto dell'Illuminismo che tornano a riecheggiare appassionati plaidoyers per il divorzio. Sferzanti e

canzonatorie suonano le espressioni usate da Voltaire alla voce Divorce del Dictionnaire philosophique (31), mentre per Diderot l'indissolubilità matrimoniale "c'est la tyrannie de l'homme qui a converti en propriété la possession de la femme" (32). Un notevole influsso in quel periodo fu esercitato anche in Francia da Bentham, che del divorzio aveva fatto l'oggetto di una delle sue "battaglie civili" più importanti (33). Nella seconda metà del Settecento compaiono inoltre in Francia alcuni pamphlets anonimi, provenienti da personaggi colti e ben documentati, che tentano di mostrare l'inconsistenza della teoria dell'indissolubilità matrimoniale, nonché l'assurda e penosa condizione dei coniugi costretti a rimanere uniti ad ogni costo (34).

Ma l'Illuminismo dispiegò i suoi effetti anche fuori dalla Francia.

Così, il progetto del "Codice Federico", commissionato da Federico II di Prussia a Samuel von Cocceji e pubblicato tra il 1749 e il 1751 (*Project des Codicis Friedericiani Marchici* o Corpus Juris Fridericiani) prevedeva una sorta di divorzio-rimedio fondato sulla domanda congiunta e sulla separazione personale

(26) Cfr. Esmein, *op. cit.*, 85 ss. Sull'evoluzione del significato del termine *divorce* in Francia cfr. inoltre Dessertine, *Divorcer à Lyon sous la Révolution et l'Empire*, Lyon, 1981, 7 ss., ove si mostrano numerosi esempi di confusione nella letteratura (giuridica e non) tra i concetti di separazione, divorzio e annullamento del matrimonio.

(27) Cfr. D. 50.16.191 (Paul. 35 ad ed.). Sull'origine della parola divortium v. ad es. Conanno, Francisci Connani Parisiensis Commentariorum iuris civilis liber posterior, Lutetiae Parisiorum, 1553, 648.

(28) Tanto per citare un celebre esempio, la *Sylva nuptialis* del Nevizzano venne inserita nell'indice dei libri proibiti nel 1584, con la clausola "donec emendetur", posto che si ritenne che l'opera "in nonnullis locis erravit in doctrina contra Romanam Ecclesiam (...) et interim non potest legi, donec fuerit emendata secundum suam censuram" (cfr. Gregorio da Napoli, *Enchiridion ecclesiasticum*, Neapoli, 1585, 186). Lo scrivente possiede un esemplare di una delle ultime edizioni della *Sylva* (Venetiis, *apud Bertanum*, 1573), implacabilmente *expurgata* a penna, ma (incredibilmente) non nelle parti essenziali sul divorzio.

(29) Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, I, Paris, 1756, IV, ricava l'indissolubilità del vincolo dalla sainteté du mariage, ma anche dal fatto che "le mariage est le fondement de la société civile". Pothier, dal canto suo, disquisisce a lungo sul divorzio nel diritto romano e sulle norme canoniche che lo vietano, ma sembra voler prendere le distanze dalle polemiche, chiudendo le discussioni con una frase piuttosto lapidaria: "Le divorce n'est pas admis dans notre Droit, pour quelque cause que ce soit; nous n'admettons que la séparation d'habitation, dont nous traiterons au Chapitre troisième" (cfr. Pothier, Traité du contrat de Mariage, in Traités sur différentes matières de droit civil, III, Paris-Orléans, 1781, 349; v. inoltre 358 ss. sull'adulterio della moglie).

(30) Coulon, *op. cit.*, 164, ricorda il caso di tali Gautier et Jacquette Pousceau, ugonotti, che, per aver divorziato come consentito dalla loro religione, vennero esposti alla pubblica gogna per ordine del governatore di La Rochelle e costretti a tornare a vivere assieme.

(31) Cfr. Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, Paris, 1838, 376: "Le divorce est probablement de la même date à peu près que le

mariage. Je crois pourtant que le mariage est de quelques semaines plus ancien; c'est-à-dire qu'on se querella avec sa femme au bout de quinze jours, qu'on la battit au bout d'un mois, et qu'on s'en sépara après six semaines de cohabitation. Justinien, qui rassembla toutes les lois faites avant lui, auxquelles il ajouta les siennes, non seulement confirme celle du divorce, mais il lui donne encore plus d'étendue: au point que toute femme dont le mari était non pas esclave, mais simplement prisonnier de guerre pendant cinq ans, pouvait, après les cinq ans révolus, contracter un autre mariage. Justinien était chrétien, et même théologien: comment donc arriva-t-il que l'Église dérogeât à ses lois? Ce fut quand l'Église devint souveraine et législatrice. Les papes n'eurent pas de peine à substituer leurs décrétales au code dans l'Occident, plongé dans l'ignorance et dans la barbarie. Ils profitèrent tellement de la stupidité des hommes qu'Honorius III, Grégoire IX, Innocent III, défendirent par leurs bulles qu'on enseignât le droit civil. On peut dire de cette hardiesse: Cela n'est pas croyable, mais cela est vrai. Comme l'Église jugea seule du mariage, elle jugea seule du divorce. Point de prince qui ait fait un divorce et qui ait épousé une seconde femme sans l'ordre du pape avant Henri VIII, roi d'Angleterre, qui ne se passa du pape qu'après avoir longtemps sollicité son procès en cour de Rome. Cette coutume, établie dans des temps d'ignorance, se perpétua dans les temps éclairés, par la seule raison qu'elle existait. Tout abus s'éternise de lui-même: c'est l'écurie d'Augias, il faut un Hercule pour la nettoyer"

(32) Diderot, Supplément au voyage de Bougainville, in Diderot. Selected philosophical writings, Cambridge, 1953, 201.

(33) Sul tema cfr. Oriani, *Matrimonio civile e divorzio dalla Riforma a Napoleone*, in AA.VV., *Matrimonio e famiglia oggi in Italia*, Torino, 1969, 153 s.: "Bentham, portavoce dell'utilitarismo, molto conosciuto e apprezzato in Francia, scrive sull'argomento [del divorzio] nel suo '*Traité de Législation Civile ed Pénale*' pubblicato in francese nel 1802".

(34) Cfr. ad es. [Philibert], *Cri d'un honnête homme, qui se croit fondé à répudier sa femme*, Londres, 1769 (la pubblicazione di questo scritto venne patrocinata dallo stesso Voltaire); [De Cerfvol], *Législation du divorce*, Londres, 1769.

legale di un anno (35), oltre ai motivi già ampiamente conosciuti dalla tradizione protestante (adulterio, abbandono, minacce, sevizie, etc.), che consentivano un divorzio ad iniziativa di una sola delle parti. Cocceo morì nel 1755 e Federico fu ben presto distratto dalla sua occupazione preferita, vale a dire la guerra (nella specie, quella detta "dei sette anni"). Il progetto restò quindi incompiuto, ma il principio del divorzio per mutuo consenso (gegenseitige Einwilligung, peraltro solo in assenza di figli) passò nell'Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (ALR) del 1794 (36), assieme a quello del divorzio (su istanza di una sola parte) fondato su di una "avversione insuperabile" (unüberwindliche Abneigung) di un coniuge nei riguardi dell'altro, qualora essa apparisse di gravità tale da convincere il giudice dell'assenza di ogni speranza di riconciliazione o del raggiungimento degli scopi del matrimonio (37). La traduzione francese del Projet del 1751 (nella versione pubblicata quello stesso anno ad Halle, quasi introvabile oggi, se non a prezzi astronomici) circolò ampiamente nel milieu culturel della Parigi di Luigi XV, influenzando il pensiero di letterati e giuristi (38).

Il seguito della storia è noto.

La richiesta dell'introduzione del divorzio compare già in taluni dei cahiers de doléances presentati agli

Stati Generali convocati da Luigi XVI, così come in una proposta legislativa elaborata proprio nel 1789 dal celebre avvocato e polemista Linguet (39), mentre le prime mozioni all'Assemblée Nationale datano della primavera del 1790 (40). La prima legge francese, estremamente liberale (concedeva, infatti, il divorzio non solo per mutuo consenso, ma anche per incompatibilité d'humeur) reca la data del 20 settembre 1792 (41): essa fu resa possibile dal fatto che, un anno prima, la Costituzione del 3 settembre 1791 aveva dichiarato il matrimonio "contrat civil" (42). Alcune restrizioni procedurali verranno peraltro introdotte all'epoca del Direttorio (26 ottobre 1795 - 9 novembre 1799), soprattutto al fine di rendere meno agevole lo scioglimento su iniziativa unilaterale di un coniuge per incompatibilità di carattere (43), peraltro senza stravolgere l'istituto novellamente introdotto.

Il Code civil des français, promulgato il 21 marzo 1804 (preceduto in parte qua dal décret del 20 marzo 1803, destinato a diventare il titolo VI del libro primo del Codice), ribattezzato Code Napoléon nel 1807, conserva il divorzio, ma elimina l'ipotesi dell'incompatibilità di carattere; esso continua ad ammettere l'ipotesi di scioglimento par consentement mutuel, pur rendendola più difficile (44). Mutuo consenso, adultère, excès, sévices ou injures graves e condamnation

(35) Cfr. [Cocceo], Projet du Corps de droit-Frédéric; ou Corps de droit, pour les Etats de Sa Majesté le Roi de Prusse: Fondé sur la Raison, & sur les Constitutions du Pays, [I], Halle, 1751, 149. Da notare la similitudine con la situazione normativa italiana (a quasi tre secoli di distanza!), ove nemmeno la domanda congiunta esime dal rispetto di un periodo di separazione personale legale. Inutile dire che la regola envisagée da Cocceo costituiva per l'epoca un considerevole progresso rispetto non solo ai sistemi in cui il divorzio non era conosciuto, ma anche nei confronti degli stessi ordinamenti ispirati dalla dottrina protestante, ove comunque una colpa del coniuge convenuto andava dimostrata. Tra le infinite opere al riguardo sarà il caso di citare quella di uno dei padri del diritto matrimoniale protestante, che procede ad un'accurata ricostruzione storico-teologica dell'istituto del divorzio, alla luce dei principi della Riforma: cfr. Boehmer, Jus ecclesiasticum protestantium, usum hodiernum juris canonici, IV, Halae Magdeburgicae, 1754, 316 ss. (da notare poi, alle 347 ss., la raccolta di giurisprudenza su svariate cause di divorzio allora riconosciute: dall'adulterio alle sevizie, dalle minacce alla malitiosa desertio, dalla procurata sterilitas alla... perversa debiti coniugalis praestatio)

(36) Cfr. ALR II, I.T., 8, par. 716.

(37) Cfr. ALR II, I.T., 8, par. 718 a.

(38) D'altro canto, un ulteriore effetto positivo dell'Illuminismo a livello legislativo è riscontrabile nell'introduzione, nel 1781, nei territori dell'Impero Austriaco di Giuseppe II, del matrimonio civile e della possibilità del divorzio per i non cattolici, con particolare riferimento agli ebrei (ma anche, ovviamente, ai protestanti): disposizioni speciali, queste, che rimasero in vigore nella Penisola in tutti i territori facenti parte dell'Impero, sottoposti all'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), pur dopo la Restaurazione e che nelle province "redente" nel 1918 continuarono a persistere, finché non vennero abolite dal regime fascista a partire dal

1° maggio 1924 (cfr. Galoppini, op. cit., 11 ss.; Capuzzo, Gli ebrei nella società italiana. Comunità e istituzioni tra Ottocento e Novecento, Roma, 1999, 146).

(39) Linguet, Légitimité du divorce, justifiée par les Saintes Ecritures, par les pères, par les conciles, etc. aux États-Généraux, Bruxelles, 1789. Lo stesso anno viene pubblicato, in forma anonima, anche [Hennet]. Du divorce. Paris, 1789, il quale riporta, a sua volta (cfr. xis.), l'indicazione di almeno altre quattro opere sullo stesso tema date alle stampe, sempre in forma anonima, quello stesso anno e tutte favorevoli all'introduzione del divorzio. Cfr. inoltre, dopo la presentazione del primo progetto all'Assemblea Nazionale, [De Flassan], La question du divorce, discutée sous les rapports du droit naturel, de la religion, de la morale et de l'ordre social, Paris, 1790.

(40) Martin, op. cit., 50 ss.; 68 ss

(41) Per un paio di studi storici sulla legge cfr. ad es. Deronde, Causes du divorce, Paris, 1895, 5 ss.; De Bussac, Le divorce par consentement mutuel, Paris, 1909, 34 ss.

(42) "Article 7. - La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. - Le Pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes'

(43) A far data dall'8 febbraio 1795 viene soppressa la possibilità di ottenere il divorzio dopo una separazione di fatto di sei mesi; il 28 febbraio 1796 vengono quindi soppressi i tribunali di famiglia (ritenuti troppo "generosi" nella valutazione delle ragioni dello scioglimento del vincolo), mentre il 17 settembre 1797 si dispone l'allungamento del délai de divorce pour incompatibilité d'humeur da sei mesi a un anno, il che comporta una riduzione del numero delle procedure divorzili.

(44) Nel sistema codicistico, infatti, il mutuo consenso veniva preso in considerazione solo in quanto prova dell'intollerabilità

à une peine infamante costituiscono dunque le uniche cause possibili dello scioglimento del matrimonio nel sistema napoleonico (45).

Nel clima della Restaurazione, per effetto della fervente opera di uno dei più rilevanti esponenti del pensiero reazionario, Louis de Bonald, viene approvata la legge 8 maggio 1816 (detta, per l'appunto, "loi Bonald"), che abroga, puramente e semplicemente, il divorzio (46). La Francia dovrà così attendere la novella del 27 luglio 1884 (47), approvata non senza accesi contrasti (48) sotto la Troisième République, a sua volta fondata esclusivamente sull'idea del divorzio-sanzione. Concezione, quest'ultima, che verrà superata solo nel 1975, sotto la presidenza di Giscard d'Estaing, con il ristabilimento del divorzio per mutuo consenso (49), peraltro affiancato ancora alla "vecchia" ipotesi del divorzio per colpa, così come per altre situazioni sintomatiche della irreversibile rottura dell'unione (50). Dopo alcune proposte nei primi anni 2000 volte all'eliminazione della colpa, la riforma transalpina entrata in vigore il 1° gennaio 2005, pur conservando il "pluralisme des cas" (ivi compresa, quindi, la faute), ha modernizzato e semplificato le fattispecie previste, ridotte a quattro (par consentement mutuel, par acceptation du principe de la rupture du mariage, pour faute, pour altération du lien conjugal), favorendo il divorce par consentement mutuel rispetto alle altre ipotesi (51).

2. I principali modelli di divorzio oggi presenti nel nostro continente: evoluzioni, similitudini e differenze

Malgrado la radicale evoluzione che la famiglia (da "isola" ad "arcipelago", secondo le ben conosciute opinioni dei più autorevoli studiosi italiani) ha subito negli ultimi decenni un po' in tutto il nostro continente, così come in altre parti del mondo (52), tale aggregazione è certamente ancora considerata come la più importante delle formazioni sociali. Per questa ragione ogni Stato continua a conservare gelosamente l'esclusiva della normativa al riguardo, per lo meno sul piano del diritto materiale (53). Ma è chiaro che i profondi mutamenti sociali degli ultimi decenni non potevano non influenzare pesantemente tale regolamentazione e, all'interno di questa, ovviamente, la disciplina del divorzio. Ciò non solo nel passaggio "epocale" del matrimonio dalla stagione dell'indissolubilità a quella della dissolubilità, bensì

della prosecuzione della convivenza. Un osservatore americano, molto tempo dopo, noterà che, in questo modo, "Napoleon's Code hid breakdown behind consent": cfr. Rheinstein, op. cit., 212.

(45) Rimarca De Bussac, *op. cit.*, 52 che la semplice eliminazione dell'ipotesi dell'incompatibilità di carattere (pur nel contesto del mantenimento di un divorzio a domanda congiunta), fu sufficiente ad evitare gli "eccessi" della legge del 1792.

(46) Le tesi di questo pensatore si ritrovano in de Bonald, *Du divorce, considéré au XIX*° siècle relativement à l'état public de société, Paris, 1805, ove si legge, tra l'altro (e piuttosto curiosamente), che "interdire le divorce (...) ce serait remplir un devoir envers la plus grande partie de la nation, sans faire aucun tort à l'autre; ce serait surtout préparer les voies à l'unité religieuse, premier but de tout gouvernement sage" (cfr. 300); su tale legge cfr. Nougarede, *Jurisprudence du mariage et du divorce*, Paris, 1817, 485 ss.; Carpentier, *Traité théorique et pratique du divorce*, Paris, 1885, 15 ss.

(47) Si tratta della famosa "Loi Naquet", preceduta da ben tre infruttuosi tentativi dello stesso proponente negli anni 1876, 1878 e 1881. Sul tema cfr. Naquet, Le divorce, Paris, 1877 e Id., Le divorce, Paris, 1881; v. inoltre Carpentier, op. cit., passim.

(48) Decisiva la presa di posizione di intellettuali del calibro di Alexandre Dumas figlio: cfr. Dumas, *La question du divorce*, Paris, 1879

(49) Da notare, per la cronaca, che il regime di Vichy (1940 - 1944) non cancellò la legge sul divorzio, limitandosi a vietarlo (cfr. la legge del 2 aprile 1941) alle coppie sposate da meno di tre anni (disposizione, quest'ultima, che venne soppressa subito dopo la Liberazione).

(50) Ricorda Rubellin-Devichi, Separazione, divorzio, affidamento dei minori: l'esperienza francese, in AA.VV., Separazione, divorzio, affidamento dei minori: quale diritto per l'Europa?, a cura di Sesta, Milano, 2000, 112, che, a dispetto del fatto che, nelle aspettative dei riformatori del 1884, questa legge avrebbe dovuto rendere il divorzio assolutamente eccezionale, si passò dai tremila divorzi del 1887 ai sessantamila del 1975.

(51) Sulla riforma cfr. AA.VV., *La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004: Pacification et simplification?*, a cura di Leborgne, Aix-Marseille, 2005, *passim*.

(52) La celebre sociologa americana Rose Laub Coser definiva ancora nel 1964 la famiglia come segue: "unit, which consists of husband, wife, and children born in their wedlock (though other relatives may find their place close to this nuclear group), united by moral, legal, economic, religious, and social rights and obligations (including sexual rights and prohibitions as well as such socially patterned feelings as love, attraction, piety, and awe)": cfr. Laub Coser, The family: its structure and functions, in AA.VV., Families and Society: Classic and contemporary readings, a cura di Coltrane, Belmont, 2004, 15. Oggi i dati statistici in tutto l'Occidente confermano un costante calo dei matrimoni, un incremento delle crisi delle coppie ed uno sviluppo del fenomeno delle unioni libere (cfr. ad es. Sobotka - Toulemon, Changing family and partnership behaviour: Common trends and persistent diversity across Europe, in Demographic Research, volume 19 (6), 2008, 92). Secondo l'osservatorio EUROSTAT "Legal alternatives to marriage, like registered partnership, have become more widespread and national legislations have changed to confer more rights on unmarried couples. Recent demographic data show that the number of marriages per 1 000 persons decreased within the EU-27 in recent decades, while the number of divorces increased. An increase in the proportion of children who are born to unmarried couples was also observed" (https://ec.europa.eu/eurostat/ statistics-explained/index.php/Marriage_and_divorce_statistics).

(53) Osserva Boele-Woelki, The Road towards a European Family Law, in Electronic journal of comparative law, vol 1.1, (November 1997), http://www.ejcl.org/11/art11-1.html, 2, che "In Europe there are indeed a few treaties in force which have brought together a number of family law branches, both as regards substantive law and conflicts, but as regards content there is no similar legislation in the family law systems in Europe. The major part of persons and family law has thus far been considered and in this respect little will change in the near future to be a matter of national concern".

anche (e soprattutto) nella predisposizione dei variegati modelli attraverso i quali tale ultimo risultato poteva essere raggiunto.

I diversi modelli di divorzio si differenziano essenzialmente in base ai motivi che possono determinarlo. Ciò avviene praticamente da sempre: così già i romani distinguevano tra divortium communi consensu (o bona gratia) e divortium ex justa causa (54), mentre il dibattito su questo profilo si riaccese proprio quando l'istituto venne reintrodotto dalla Rivoluzione francese e, come si è visto, dopo un'iniziale "generosità" nell'individuazione delle situazioni che avrebbero consentito lo scioglimento del vincolo, lo spegnersi degli ardori rivoluzionari andò di pari passo con la restrizione del numero dei motivi ammessi e con l'incremento degli ostacoli frapposti ad una assoluta libertà di divorziare (55). Altre stagioni seguirono, ritmate dai vari corsi e ricorsi storici del nostro continente, gravidi di conseguenze anche nel campo del diritto di famiglia, questa volta nel segno, a partire dagli ultimi decenni, di crescenti aperture e di una liberalizzazione delle procedure divorzili (56). Inevitabile, quindi, nel panorama continentale, la presenza di una situazione quanto mai articolata e "a macchia di leopardo", caratterizzata da una panoplia di cause di divorzio, che appare quasi impossibile ricondurre a categorie generali e, soprattutto, ben definite e separate tra di loro.

L'analisi storica e comparata evidenzia, negli ordinamenti europei, almeno cinque (57) distinti modelli di divorzio, che si sono venuti sviluppando da:

(a) una situazione iniziale (intendendo come tale, per semplificare, quella in atto a partire da circa un secolo e mezzo fa), in cui il divorzio era storicamente fondato sull'idea dello scioglimento del matrimonio per colpa di uno dei due coniugi (divorzio-sanzione) (58), al (b) divorzio fondato sulla compromissione irrimediabile dei rapporti tra le parti (divorzio-rimedio), da cui trae anche origine l'idea che

- (c) un certo periodo di tempo di separazione (vuoi di fatto, vuoi legale) consenta di desumere proprio la presenza di tale irrimediabile compromissione (divorzio-rimedio fondato sulla separazione), al
- (d) divorzio per mutuo consenso (sovente inteso pure esso come forma di manifestazione della citata compromissione irrimediabile), mentre oggidì vari ordinamenti stanno ulteriormente evolvendo verso un
- (e) divorzio su semplice richiesta di una delle parti (divorzio-diritto o divorzio a richiesta); un istituto inteso come oggetto di un vero e proprio diritto potestativo nascente sic et simpliciter dal matrimonio, come potrebbe accadere per un diritto di recesso ad nutum derivante da un contratto che lo preveda (59). Se è vero che si possono individuare gli estremi di una evoluzione dalla prima delle categorie indicate all'ultima, è altrettanto vero che non appare possibile categorizzare storicamente tale mutamento, né tanto meno affermare che i modelli più recenti hanno soppiantato i più antichi. In fin dei conti, come si è appena detto, il divorzio communi consensu (sovente qualificato come bona gratia) era ben noto già nel diritto romano, sin dall'epoca classica e, a ben vedere, lo stesso divorzio per incompatibilité d'humeur del 1792, o quello per unüberwindliche Abneigung del 1794 null'altro erano se non un tipo di "divorziorimedio". La verità è che tutti e quanti i sopra individuati cinque modelli - ciascuno dei quali riflette un'idea diversa dei complessi rapporti tra Stato, società, morale, etica,

⁽⁵⁴⁾ Le due figure del divorzio communi consensu e bona gratia erano, in realtà, distinte, ma spesso vennero confuse, anche perché entrambe si contrapponevano a quello ex justa causa; così, anche a seconda dei periodi storici, l'espressione bona gratia venne ad indicare, nel diritto giustinianeo, lo scioglimento tanto per accordo che per ripudio, purché senza colpa di uno dei coniugi. Sul tema cfr. in particolare Volterra, Diritto di famiglia, Bologna, 1946, 212 ss. Sull'evoluzione secolare del divorzio nell'antica Roma, dalle forme più arcaiche alla legislazione giustinianea cfr. ld., op. cit., 186 ss.; v. inoltre Anselmi, Il matrimonio. Sua storia nelle legislazioni orientale, greca, romana, canonica e civile e sua comparazione fra le leggi italiane e il diritto romano, Ferrara, 1874, 70 ss.; Beauregard, Organisation de la famille sous la législation romaine, Paris, 1879, 65 ss.; Pacchioni, Corso di diritto romano, Torino, 1909, 654 ss.; Bonfante, Istituzioni di diritto romano, Torino, 1946, 190 ss.; Guarino, Diritto privato romano, Napoli, 1957, 137 s.; Astolfi, Il matrimonio nel diritto romano preclassico, Padova, 2002, 113 ss.; Brini, Matrimonio e divorzio nel diritto romano, II; Bologna, 1888, passim.

⁽⁵⁵⁾ V. supra, par. 1.

⁽⁵⁶⁾ Per una carrellata storica sulle varie stagioni del divorzio in Europa e nel mondo nell'ultimo secolo cfr. Rheinstein, *op. cit.*, *passim*; v. inoltre Antokolskaia, *Convergence of Divorce Law in Europe*, cit., 3 ss.

⁽⁵⁷⁾ Antokolskaia, *Convergence of Divorce Law in Europe*, cit., 2, ne evidenzia quattro, ma poi dà atto della circostanza che dalla situazione nel testo collocata *sub* (b), vale a dire la compromissione irrimediabile del rapporto, alcuni ordinamenti (vedi, ad es., proprio quello italiano) hanno tratto una sorta di ulteriore e distinta ipotesi autonoma, che qui si colloca *sub* (c): cioè la pregressa separazione (vuoi di fatto, vuoi legale), quale "sintomo" dell'irrecuperabilità della relazione.

⁽⁵⁸⁾ Per un'indagine comparata della legislazione europea di fine Ottocento, ispirata per l'appunto all'idea della colpa, cfr. Lehr, Le mariage le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés, Paris, 1899, passim; v. inoltre Roguin, Traité de droit civil comparé. Le mariage, Paris, 1904, 237 ss.

⁽⁵⁹⁾ Per ulteriori precisazioni al riguardo, v. *infra*, par. 5 (g).

individualismo (60) - sono simultaneamente presenti nell'Europa di oggi, anche per effetto della "dissimilarity in the timing of the liberalisation of divorce law in different countries" (61).

Con l'ovvio livello di approssimazione (e, a seconda dei punti di vista, sicuramente anche d'errore) dovuto ai complessi intrecci delle categorizzazioni che si è tentato di enucleare, ecco, dunque, come potremmo procedere ad una classificazione dei principali ordinamenti europei in materia, secondo lo schema che si è appena illustrato sopra.

(a) Al modello del divorzio-sanzione s'ispirano ancora oggi (sebbene, certo, non esclusivamente), ad esempio, i sistemi del Regno Unito o quelli della Grecia e di Cipro (e, almeno in parte, Bulgaria), che "nascondono" varie ipotesi di colpa, peraltro sempre normativamente indicate (ad es.: adultery, unreasonable behaviour, desertion nella normativa dell'Inghilterra e del Galles), dietro al concetto generale di irretrievable breakdown, ritenuto sussistere solo se si fornisce prova di una di quelle situazioni (o, in alternativa, della separazione di fatto per un certo periodo). Probabilmente, da un punto di vista meramente tassonomico, l'elemento caratterizzante questa categoria è dato dal mero fatto che gli ordinamenti in esame continuano a far menzione delle varie ipotesi di colpa, anche se a rilevare ai fini del divorzio è ormai, e a ben vedere, la sola rottura irrimediabile del rapporto; non andrebbero poi dimenticati quegli ordinamenti che, come quello italiano, richiedono alcune ipotesi di "colpa" (intesa, questa, in senso lato, come violazione penalmente rilevante nei confronti del coniuge, ma anche verso la "società") per consentire il divorzio immediato (62).

(b) Il modello del divorzio-rimedio ad una situazione di intollerabilità della convivenza (non necessariamente evidenziata da un periodo di separazione) è quello seguito da ordinamenti di Paesi quali Germania (*Scheitern der Ehe*: par. 1565 BGB), Bulgaria, Paesi Bassi, Polonia, Repubblica Ceca, Ungheria.

(c) Il divorzio-rimedio basato sulla separazione (vuoi di fatto, vuoi legale) è presente in Paesi quali Italia, Francia (63), Spagna, Irlanda, Austria, Belgio, così pure come in molti degli ordinamenti qui indicati come appartenenti ad un'altra delle citate categorie. Dovrà aggiungersi che la distinzione con il punto precedente è praticamente ormai solo nominale, nel senso che gli ordinamenti ivi elencati (al precedente punto b), ove esplicitano il requisito di un certo numero di anni di separazione, lo fanno al dichiarato fine di desumere quella situazione di "compromissione irrimediabile" che costituirebbe il presupposto imprescindibile per il divorzio. Nei sistemi di cui al presente punto, invece, ancorché la logica sia, in buona sostanza, identica, essa non viene formalmente esplicitata: la "compromissione irreversibile" non sembra comparire in primo piano, per lasciare spazio al criterio meramente temporale della separazione per un certo periodo di tempo, che viene messo così sotto i riflettori, anche se, a ben vedere, esso altro ruolo non svolge se non quello di prova dell'irrimediabilità della situazione dei rapporti inter coniuges.

(d) Il divorzio per mutuoconsenso è consentito in moltissimi Paesi, anche se talora si trova ad essere "nascosto" sotto l'ombrello dell'(incontournable!) "irretrievable breakdown", di cui costituisce una sorta di prova presuntiva (Austria, Repubblica Ceca, Danimarca, Germania, Inghilterra e Galles, Paesi Bassi, Russia, Scozia), mentre in altri sistemi viene presentato come una vera e propria categoria a parte

(60) Antokolskaia, Convergence of Divorce Law in Europe, cit., 2, rileva giustamente che "The first concept - divorce as sanction is rooted in the idea of the state and/or the church as the guardians of universal morality, which have to punish the spouse who has committed a matrimonial offence and release the innocent spouse from the bond with the offender. The second concept divorce as remedy or failure - is based on two assumptions: the communitarian idea that the state has to protect the stability of marriage for the sake of society at large, and a paternalistic belief that the spouses have to be protected from their ill-considered decisions to their own benefit. Therefore a divorce could only be granted when the competent authority was convinced that the marriage could not be saved. The third concept - divorce by mutual consent-is founded in the acceptance of the fact that nobody is in a better position to decide on the dissolution of the marriage than the spouses themselves. The fourth concept -divorce on demand - is inspired by the belief that a marriage cannot be kept intact if even one of the spouses wishes to terminate it. Consequently, divorce has to be granted upon the unilateral request of one of the spouses". Dal punto di vista dell'evoluzione storica, Phillips,

Putting Asunder: A History of Divorce in Western Society, New York, 1988, 571 ss., ha individuato tre grandi periodi, corrispondenti, rispettivamente, alle legislazioni protestanti del XVI secolo, alla ampia diffusione e liberalizzazione del divorzio nel XIX secolo e, infine al passaggio al tema del no fault divorce, negli anni Sessanta e Settanta del Novecento (sui rivoluzionari effetti dell'introduzione del principio del divorzio senza colpa negli U.S.A. in relazione all'ammissibilità dei prenuptial agreements in contemplation of divorce cfr. Oberto, "Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce" e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in Riv. dir. civ., 1999, II, 180 ss.).

(61) Antokolskaia, Convergence of Divorce Law in Europe, cit. 2.

(62) V. *infra*, par. 4 (d).

(63) Sul modello francese di divorzio v. per tutti Patti, La nuova legge francese sul divorzio: il ruolo del notaio, http://www.notar-dilizia.it/notardilizia.it/officina/Voci/2008/1/29_divorzio_alla_francese.html; Id., La nuova legge francese sul divorzio, in AA.VV., Introduzione al diritto della famiglia in Europa, a cura di Patti - Cubeddu, Milano, 2008, 283 ss.

(Belgio, Bulgaria, Francia, Grecia, Portogallo) (64) e in altri ancora sembra far capolino sotto un'etichettatura dalla parvenza meramente processuale (è il caso italiano del divorzio su domanda congiunta, che oggi può veramente dirsi contenere anche uno scioglimento del matrimonio per mutuo consenso, pur se "filtrato" da una previa separazione consensuale).

(e) Il divorzio su semplice richiesta di una delle parti, infine, è consentito in sistemi quali quelli dei Paesi Scandinavi (in particolare Svezia e Finlandia) e in Russia (65), sebbene, come verrà detto oltre in relazione al caso dell'Italia (66), non deve escludersi che in molti ordinamenti l'irretrievable breakdown possa essere scorto nel puro e semplice fatto che una domanda di divorzio (0, come avviene in Italia, di separazione préalable al divorzio) sia stata presentata: il risultato è, pertanto, nei fatti, quello di un sistema nel quale il divorzio viene concesso perché, in buona sostanza, è voluto anche solo da una delle parti.

Ancora una volta (e a scanso di equivoci) sarà il caso di precisare che la schematizzazione di cui sopra è (forzatamente) molto approssimativa e non esclude che moltissimi ordinamenti, a seconda della sensibilità dell'osservatore, possano essere considerati come "prevalentemente" ascrivibili ad un tipo diverso, o anche come contemporaneamente a due o più delle sopra indicate categorie.

Ora, se proprio si volesse tentare di ipotizzare ipotetiche aggregazioni dei prospettati cinque modelli attorno a caratteristiche comuni, potrebbe ulteriormente proporsi la dicotomia che segue.

(a) Sistemi monisti.

Trattasi di sistemi che (almeno nelle rispettive enunciazioni normative) fondano il divorzio su di un unico principio, condensato nell'espressione inglese "irretrievable breakdown of marriage". In questo senso potremmo definire allora sistemi monisti quelli di Paesi quali Inghilterra e Galles, Scozia, o Irlanda, che sembrano basare tutto sul citato requisito. Lo stesso vale per la Germania ("Scheitern der Ehe"), l'Austria ("unheilbare Zerrüttung der Ehe"), i Paesi Bassi ("duurzame ontwrichting van het huwelijk"), nonché per altri Paesi che paiono voler fondare il divorzio su tale concetto, facendo ricorso a terminologie consimili (67).

(b) Sistemi pluralisti.

Trattasi di sistemi (cfr. ad es. Belgio, Cipro, Francia, Grecia, Italia, Polonia, Portogallo, Spagna) che prevedono una variegata serie di motivi, i quali possono coincidere, ma anche variare di molto, da Paese a Paese (mutuo consenso, violazione di doveri coniugali, precedente periodo di separazione di fatto, precedente periodo di separazione legale, etc.) (68). Ancora una volta va però chiarito che la distinzione sembra porsi più che altro su di un piano ideologico/ sistematico/terminologico, nel senso che anche nei sistemi che sembrano volersi apertamente dichiarare monisti, mercé il richiamo ad un apparentemente unico motivo di divorzio, costituito dall'irreversibile compromissione della vita coniugale, si rinviene poi

(64) Cfr. Antokolskaia, Convergence of Divorce Law in Europe, cit., 23, la quale mette però in quardia sul fatto che "most of the states still consider divorce by consent as dangerously diminishing the state control of divorce. The multiple restrictions of the right of divorce by consent often make it a less attractive and speedy form of divorce. Only Dutch and Russian law allows divorce on the ground of simple consent without any further restrictions. In some countries the marriage has to be of a certain duration: three years in Bulgaria, two years in Belgium, one year inCzech Republic and Greece. Other countries allow consensual divorce only after a certain period of separation, two years in England and Wales and in Scotland, one year in Germany and six months in Denmark, Czech Republic and Iceland. In most countries (Austria, Belgium, Bulgaria, Greece, Germany, Hungary, Denmark, Portugal) an agreement to divorce alone is not sufficient and the spouses are required to reach an agreement on ancillary matters as well. This list of restrictions reveals that most of the countries are still reluctant to recognise the autonomous decisions of the spouses alone as a sufficient ground for divorce. The state in one way or another has to protect the spouses from their own 'inconsiderate' decisions" (cfr. nello stesso senso anche Martiny, Divorce and Maintenance Between Former Spouses -Initial Results of the Commission on European Family Law, in AA. W., Perspectives for the unification and harmonization of family law in Europe, a cura di Boele-Woelki, Antwerp, Oxford, New York, 2003, 536).

(65) Antokolskaia, *Convergence of Divorce Law in Europe*, cit., 18 s.

(66) V. infra, par. 5 (g).

(67) Dutoit - Arn - Sfondylia - Taminelli, Le droit du divorce entre laxisme conjugal et inquiétude parentale, in Le divorce en droit comparé, I, Genéve, 2000, 14, parlano al riguardo di systèmes unicistes, che non si preoccupano "ni de la diversité des types de divorce ni de la pluralité de ses causes ni non plus de procédures distinctes. La liberté individuelle l'emporte sur l'institution; il s'agit seulement d'assortir la faillite du mariage d'un minimum d'exigences légales afin que l'époux demandeur puisse refaire sa vie dans les meilleurs délais. Logiquement on ne retiendra plus qu'une cause de divorce exprimée dans la formule magique (ci tragique) d'échec irrémédiable du mariage (irretrievable breakdown, Scheitern der Ehe)". Secondo Meulders-Klein, La problématique du divorce dans les législations occidentales, in Rev. int. dr. comp., 1989, 14 ss., i sistemi in allora (1989) ascrivibili alla categoria di quelli monisti erano quelli di Germania, Scozia, Gran Bretagna, Paesi Bassi, Svezia. Dieci anni dopo Dutoit - Arn -Sfondylia - Taminelli, op. loc. ultt. citt., vi aggiungevano Austria, Bielorussia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croazia, Estonia, Finlandia, Ungheria, Liechtenstein, Lituania, Macedonia, Moldavia, Montenegro, Romania, Russia, Serbia, Slovacchia, Slovenia, Svizzera, Repubblica Ceca, Ucraina.

(68) Antokolskaia, The "Better Law" Approach and the Harmonization of Family Law, in AA.VV., Perspectives for the unification and harmonization of family law in Europe, a cura di Boele-Woelki, cit., 166 ss.

l'enunciazione di distinti motivi, la cui presenza serve a dimostrare l'effettiva sussistenza di, volta in volta, di tale requisito.

Per converso, anche nei sistemi che potremmo definire pluralisti non mancano espressioni normative che, pur non figurando formalmente come motivo di divorzio, fanno intendere l'esistenza, dietro alle distinte cause singolarmente enunciate, di una toile de fond che le sottende: si pensi al riferimento della legislazione italiana all'impossibilità di mantenere o ricostituire "la comunione spirituale e materiale tra i coniugi", contenuto nello stesso art. 1, l. div.

Malgrado il carattere eminentemente formale della prospettata distinzione, va detto che la presenza di questo *clivage* tra sistemi monisti e sistemi pluralisti può essere vista come una persistente linea di tendenza nel contesto attuale europeo. La consapevolezza di questa situazione, se da un lato non consentirebbe ad un'ipotetica e futuribile legislazione europea di sciogliere il nodo in un senso o nell'altro (senza scontentare, come ovvio, una parte), può fornire la base per una soluzione che tenga conto proprio di tali articolate diversità, come si avrà modo di proporre a suo tempo (69).

3. Unificare o armonizzare? La spontanea armonizzazione e i suoi detrattori

La questione che, di questi tempi, gli studiosi discutono con ardore è se sia possibile o meno ricondurre il descritto variopinto vestito d'Arlecchino ad unità. Ma, prima ancora, occorre porsi l'interrogativo se sia necessario, o anche solo opportuno, tentare questa vera e propria novella fatica d'Ercole.

Per sciogliere il nodo è necessario, forse, rispondere ancora a una domanda preliminare. È cioè: stiamo qui parlando di un'unificazione o non piuttosto di un'armonizzazione del diritto europeo del divorzio e, più in generale, del diritto europeo di famiglia? La dottrina ha infatti messo bene in luce che "unlike unification which contemplates the substitution of two or more legal

systems with one single system, (...) harmonisation seeks the effect of approximation or co-ordination of different legal provisions or systems by eliminating major differences and creating minimum requirements or standards" (70). Così, mentre l'unificazione comporta l'applicazione di regole identiche, l'armonizzazione si limita a ridurre le differenze, nell'ottica di conciliare i vari sistemi, al fine di evitare conflitti (71). Usando un linguaggio che va di moda oggidì, si potrebbe distinguere tra una top-down harmonization (l'unificazione) e una bottom-up harmonization (l'armonizzazione propriamente detta) (72). Così, la prima "is always a result of deliberate efforts by a central authority", laddove la seconda "can be both deliberate, stemming from purposeful human efforts, and spontaneous, resulting from a spontaneous evolutional approximation of legal systems" (73). Si può dunque dire che, mentre l'unificazione implica l'adozione di regole assolutamente identiche, l'armonizzazione comporta l'adozione degli stessi principi generali, che poi possono essere declinati nei vari ordinamenti in modi anche non esattamente coincidenti.

Premesso quanto sopra, va considerato che, di questi tempi, gli sforzi della dottrina sembrano concentrarsi soprattutto sul tema dell'armonizzazione. L'idea di una vera e propria unificazione del diritto di famiglia appare, infatti, quanto mai utopica. Esclusa la via dei regolamenti della Commissione Europea, per evidente difetto di legittimazione al riguardo, la soluzione non potrebbe certo passare se non attraverso una assai improbabile convenzione europea, volta, per l'appunto, all'emanazione di un diritto materiale uniforme in tema di rapporti familiari (e, segnatamente, di divorzio). Le parole di un autorevole civicontemporaneo riassumono meglio qualunque digressione quello che sembra essere il sentire dei più: "le tematiche dei rapporti familiari (sono quasi) una cartina di tornasole per verificare (...) il processo evolutivo di un diritto privato europeo che muove sempre più decisamente verso una integrazione delle forme, ma che non può pretendere di imporre modelli culturali" (74). Meglio, dunque,

⁽⁶⁹⁾ V. infra, par. 8.

⁽⁷⁰⁾ Zaphiriou, Harmonization of Private Rules between Civil and Common Law Jurisdiction, in The American Journal of Comparative Law, 38, Supplement. U.S. Law in an Era of Democratization, 1990, 71; v. inoltre De Cruz, Comparative Law in a Changing World, II ed., London, 1999, 53.

⁽⁷¹⁾ Meulders-Klein, *Towards a European Civil code on family law? Ends and Means*, in AA.VV., *Perspectives for the unification and harmonization of family law in Europe*, a cura di Boele-Woelki, cit 105 se

⁽⁷²⁾ Smits, *The Making of European Private Law. Towards a* lus Commune Europaeum *as a Mixed Legal System*, Antwerp, Oxford, New York, 2002, 6.

⁽⁷³⁾ Antokolskaia, *Harmonisation of Substantive Family Law in Europe: Myths and Reality*, in *Child and Family Law Quarterly*, 22, 4, 2010, 400.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. Lipari, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Familia*, 2006, 13. Nella stessa ottica, Andrini, *La famiglia nella costituzione europea*, in *Familia*, 2004, 566, afferma che "nella moderna società, c.d. società dei 'saperi' che è subentrata a quella post-industriale, l'ostacolo ad un diritto di famiglia uniforme è dato proprio dal pluralismo dei modelli familiari, che comporta l'affermazione del modello degli statuti personali".

secondo molti, puntare ad iniziative sovranazionali tendenti alla predeterminazione normativa (non già delle regole di dettaglio, bensì solo) di grandi principi comuni.

Ma, a ben vedere, anche restando sul piano della "semplice" armonizzazione, si annoverano prese di posizione assai discordi. Armonizzare presuppone, infatti, la possibilità di tracciare linee di tendenza comuni. E proprio sulla sussistenza di tale possibilità si registrano marcati dissensi. Come rilevato da una studiosa italiana, "there are currently two main, opposing approaches to family law harmonisation in Europe. From one point of view, family law is supposed to be influenced by political factors and cultural constraints that make harmonisation an unattainable goal" (75). Lo stesso Consiglio Europeo, del resto, riconosce che il diritto di famiglia è pesantemente influenzato dalla cultura e dalla tradizione dei sistemi nazionali o religiosi, "which could create a number of difficulties in the context of harmonisation" (76). E nel nostro Paese non manca chi, richiamando l'insegnamento di Iemolo, pone in evidenza come, nel campo della famiglia, "dominata da forze incoercibili (...) da istinti primordiali (...) da elementi religiosi", il legislatore "appare molto spesso come quello che non domina la materia, ma ne è dominato; non imbriglia il fiume, ma pone dei cartelli là dove si spingono le acque" (77).

Sull'altro versante, i sostenitori dell'opposta tesi affermano (in modo certamente condiviso da chi scrive) che - piaccia o meno - è già presente, nei fatti, una sorta di spontanea convergenza dei sistemi europei attorno ad alcuni importanti temi del diritto di famiglia, quali, ad esempio, la parità tra coniugi, il divorzio non basato sulla colpa, i diritti dei figli nati fuori dal matrimonio, etc. (e tanti altri verranno qui di seguito enucleati in dettaglio). Secondo tale punto di vista, forme di "spontaneous parallelism" hanno già

preso forma negli ultimi anni (78) e, anche a dispetto dell'inerzia degli organismi sovranazionali, pure in questo settore risulta rinvenibile uno "steady trend towards globalisation" (79). In altre parole, "differences between European laws seem to be just a question of time, since developments in the different national systems are analogous in the long term" (80).

Il dibattito su presente e futuro del diritto di famiglia europeo prende le mosse dalla constatazione che ciò che conta non è solo il retaggio storico, ma anche la velocità con la quale le evoluzioni hanno luogo: una velocità (o, a seconda dei casi, una lentezza) che costituisce il risultato del confronto politico (o, se si preferisce, del compromesso) tra i difensori dello status quo e quanti si fanno propugnatori del rinnovamento (81). Dibattito, questo, che non può non essere influenzato dalle componenti ideologiche (82), espressione di un determinato orizzonte di valori che caratterizzano la società di un certo Stato e che proprio nel campo giusfamiliare assumono talora toni e "colori" quanto mai marcati, in un senso come nell'altro. Legata a questa premessa è la constatazione, assai diffusa, secondo cui nel diritto di famiglia apparirebbe assai più difficile che non in altri settori del diritto civile registrare linee evolutive e convergenze tra i vari ordinamenti, proprio in considerazione della maggiore influenza che esercitano sui profili giusfamiliari le evoluzioni (o le involuzioni) nei rapporti sociali e di costume.

Ma è anche vero, per converso, che proprio le differenti velocità con cui le trasformazioni hanno luogo (specie se si considerano gli anni più vicini a noi) possono evidenziare sorprese. Così, non poche sono le materie in cui lo stereotipo che voleva un'Europa meridionale conservatrice opposto a un Nord progressista sembra oramai essere sconfessato. Ad esempio, l'Italia è stata il terzo Paese in Europa ad aver approvato una legge sul transessualismo dopo

(75) Marella, The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonisation of Family Law, in European Law Journal, 12, N 1, 2006, 84. Analoghi dubbi circa i rapporti tra armonizzazione del diritto di famiglia e peculiarità dei mores di ogni singolo Paese sono espressi da Hondius, Naar een Europees personen- en familierecht, in AA.VV., Drie treden: Over politiek, beleid en recht, a cura di Franken - de Ruiter, Zwolle, 1995, 173 ss.

(76) Cfr. il Draft Council report on the need to approximate Member States'legislation in civil matters, in https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vj6ip9s7nih0.

(77) Cfr. Jemolo, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, III ed., Torino, 1961, 36. Il pensiero di Jemolo è ricordato da Andrini, *op. cit.*, 567.

(78) Di "parallelismo spontaneo" parla in particolare Martiny, *Is Unification of Family Law Feasible or Even Desirable?*, in AA.VV., *Towards a European Civil Code*, a cura di Hartkamp - Hesselink - Hondius - Mak - Du Perron, II ed., The Hague, London, Boston, 1998, 163. Cfr. inoltre De Oliveira, *A European Family Law?* (*Play it*

again and again...Europe!), in Familia, 2002, 1094. Sulla stessa lunghezza d'onda si collocava in precedenza già Rieg, L'harmonisation européenne du droit de la famille: mythe ou réalité?, in AA. VV., Conflits et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'A. E. von Overbeck, Fribourg, 1990, 485 s., secondo cui "Il subsiste certes d'innombrables différences entre [les diverses législations]; elles sont toutefois souvent secondaires, dans la mesure où les principes du droit de la famille sont à présent largement communs aux pays européens"; da ciò deriverebbe che l'armonizzazione del diritto di famiglia europeo è "une réalité en marche".

(79) De Oliveira, op. loc. ultt. citt.

(80) Marella, op. cit., 84; analogamente De Oliveira, op. loc. ultt.

(81) Cfr. Antokolskaia, *Harmonisation in Family Law in Europe:* A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia, cit., 501 ss. (82) Cfr. Pintens, *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*,

Milano, 2008, 92.

Germania e Svezia (83), attribuendo ai transessuali il diritto al matrimonio e all'adozione (84); il Portogallo nel 1975 ha dato vita a una disciplina uniforme in materia di filiazione; in tutta la Spagna sin dal 1998 è stata prevista la convivenza registrata per le coppie eterosessuali e non; infine, sempre in Spagna, con la legge 13 del 2005, si è dato il via libera ai matrimoni tra persone dello stesso sesso, così come era già previsto solo da Belgio e Olanda (85). Come pure si è rilevato in dottrina, "the national culture by itself is not a constraint for harmonisation of family law, but matters as a condition in regulation of family matters in each European country, which may influence the national family laws only under particular circumstances and only to a certain extent" (86).

Quanto sopra dovrebbe indicare, pur tra tante difficoltà, una serie di linee di tendenza comuni (anche se non sempre esattamente coincidenti) che i nostri vari ordinamenti stanno percorrendo, ancorché con tempi, modalità e ritmi differenti.

A questa conclusione s'oppone chi, invece, come s'è visto, contesta radicalmente l'idea che i sistemi europei in materia divorzile si stiano muovendo verso una spontanea armonizzazione. Secondo i detrattori dell'idea della spontanea armonizzazione, pur dovendosi ammettere che l'evoluzione storica nell'ultimo mezzo millennio mostra "a general development of divorce law in Europe in the same direction: from more restrictive to more permissive" e che esiste una incontestabile tendenza di tutti gli ordinamenti verso una "modernizzazione", ciò non dimostrerebbe ancora la presenza di convergenze. Le

modernizzazioni si attuano infatti in modo differente da Paese a Paese. Ne consegue che, "While the countries lagging behind in the liberalisation of divorce are approaching one stage, the vanguard has already moved to the next, and in this way the distance persists and the common core on the level of positive law remains limited" (87).

La constatazione è, dunque, che il numero delle divergenze non è diminuito nel corso del tempo. Da un certo punto di vista, anzi, secondo la citata (e qui criticata) impostazione, potrebbe dirsi che vi era maggior convergenza tra gli ordinamenti di un secolo e mezzo fa, quando più o meno tutte le legislazioni divorziste erano permeate dal principio della colpa, quale esclusiva (o assolutamente prevalente) causa di scioglimento del vincolo, laddove oggi la colpa permane in alcuni sistemi a fianco di svariate serie di motivi che incontriamo, di volta in volta, in certi sistemi e non in altri (88). Per i partigiani della tesi (verrebbe da dire) "euroscettica", sarebbe difficile, quindi, per non dire impossibile, rinvenire un "common core", un nucleo comune di convergenti principi (89).

A fronte di conclusioni tanto negative vale la pena chiedersi se, ferma restando la constatazione dell'esistenza di distanze, talora anche notevoli, tra i vari sistemi, il "common core on the level of positive law" debba ritenersi davvero così limitato, o se, invece, le possibilità offerte dallo studio comparato dei sistemi e dall'apporto di quel vero e proprio moderno jus commune Europae, costituito dal diritto eurounitario, non consentano di giungere a conclusioni diverse e, almeno su questo punto, assai meno pessimistiche.

(83) Pintens, Europeanisation of Family Law, in AA.VV., Perspectives for the unification and harmonization of family law in Europe, a cura di Boele-Woelki, cit., 9.

(84) Marella, op. cit., 88.

(85) Per approfondimenti cfr. Patti - Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona. Saggi di diritto civile e comparato*, Padova, 1986, *passim*.

(86) Gephart, Family Law as Culture, in AA.VV., Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities, a cura di Boele-Woelki - Dethloff - Gephart, Antwerp, Oxford, New York, 2014, 348.

(87) Antokolskaia, *Convergence of Divorce Law in Europe*, cit., 27; sulla teoria del "common core" v. anche Marella, op. cit., 86 ss.

(88) Antokolskaia, *Convergence of Divorce Law in Europe*, cit., 26, che adduce, a titolo d'esempio, la rilevante differenza che esiste tra, da un lato, la legge irlandese, dove i coniugi debbono attendere quattro anni di separazione (di fatto) per chiedere il divorzio e, ancora, il tribunale può rifiutare di concedere lo scioglimento del matrimonio, se non è convinto che la stabilità dell'unione sia irrimediabilmente compromessa o le previsioni economiche per il coniuge e figli siano sufficienti e, dall'altro, il divorzio "immediato e a richiesta" del diritto svedese.

(89) Per dare un'idea della complessità della materia, si indica che il famoso "irretrievable breakdown of marriage" è l'elemento

che fonda il divorzio in innumerevoli Paesi, ma tale concetto è inteso e "funziona" in modo molto diverso da sistema a sistema. E così, "In Sweden and Netherlands, the irretrievable breakdown of marriage in some instances no longer needs to be proved: if the spouses state that their marriage has broken down, the competent state officials are obliged to take this for granted, therefore in these countries divorce on the ground of irretrievable breakdown has basically de facto became divorce 'on demand'": Antokolskaia, The "Better Law" Approach and the Harmonization of Family Law, cit., 166 s. In Svezia "a couple without children can obtain a divorce immediately, without going to court in person, with no enquiry into the grounds for divorce and no need to settle ancillary matters" (Ead., Harmonisation of Substantive Family Law in Europe: Myths and Reality, cit., 403), laddove in Irlanda, Inghilterra e Galles l'irrimediabile compromissione della vita coniugale deve essere dimostrata e in difetto di tale prova il tribunale può rigettare la domanda (Ead., The "Better Law" Approach and the Harmonization of Family Law, cit., 167). In questo contesto si sottolinea pure che gli stessi principi CEFL (su cui v. infra, par. 7) segnalano come common core, a ben vedere, assai pochi elementi (Ead., Harmonisation of Substantive Family Law in Europe: Myths and Reality, cit., 418).

4. Delle convergenze il catalogo è questo. Le convergenze già in atto

(a) La nozione di divorzio

Provando, dunque, a redigere un sommario catalogo dei momenti di convergenza, o, quanto meno, delle linee di tendenza convergenti, tra i vari ordinamenti giuridici europei, dobbiamo constatare che un primo punto fermo è costituito dalla nozione stessa di divorzio.

Si è avuto modo di vedere in precedenza (90) che la confusione sul concetto di divorzio e sulla sua distinzione dalla semplice separazione personale (ancorché solennizzata nelle forme prescritte dapprima dalla Chiesa e poi dallo Stato), nonché dall'annullamento del matrimonio, caratterizzò per secoli il pensiero giuridico (e non). Oggi, invece, è assolutamente assodato, ovungue, nel nostro continente, che per "divorzio" si intende unicamente lo scioglimento del vincolo matrimoniale (comportante, quindi, la cessazione e non già il mero allentamento dei diritti e doveri derivanti dal matrimonio, con conseguente riacquisto dello stato libero da parte degli ex coniugi) per situazioni verificatesi esclusivamente in epoca successiva alla celebrazione (91). Non solo una tale confusione non è più esistente in alcun sistema giuridico europeo, ma la distinzione appare chiara e netta anche nel campo del diritto eurounitario: basterà qui considerare i regolamenti "Bruxelles II", "Bruxelles II bis" e "Bruxelles II ter", che chiaramente danno per scontata ed acquisita tale differenziazione (92), laddove lo stesso è a dirsi anche per il regolamento sui regimi matrimoniali (93). Si noti che persino quello strumento comunitario che regola (nella specie: sotto il profilo del diritto applicabile) solo alcuni di tali rimedi, vale a dire il regolamento "Roma III", relativo ai soli istituti della separazione e del divorzio, si premura di chiarire espressamente, a scanso d'equivoci, la sua inapplicabilità al diverso caso dell'annullamento del negozio matrimoniale (94).

(b) Esistenza del divorzio in tutti i sistemi odierni europei

Il secondo, innegabile, punto di convergenza tra tutti i sistemi europei è costituito dal fatto che il divorzio (come sopra inteso) è ormai un istituto che, al di là delle differenze nei requisiti, modalità, forme ed effetti "collaterali" personali e patrimoniali, è riconosciuto e disciplinato da ogni ordinamento del nostro continente (95). I dati sociologici, d'altro canto, dimostrano che il ricorso a tale istituto (pur tra "alti" e "bassi") può dirsi oggi statisticamente assai consistente in tutti i Paesi europei, a prescindere dalle rispettive "latitudini", geografiche, così come culturali (96), al punto da

(90) V. *supra*, par. 1.

(91) L'unica eccezione parrebbe essere costituita dalla Svezia, ove, sin dal 1973, l'eventuale presenza di un impedimento matrimoniale dirimente non dà luogo all'annullamento del vincolo, bensì costituisce un motivo di divorzio, che può essere ottenuto, in quel caso, su domanda di ciascuno dei conjugi e del pubblico ministero (sul tema cfr. Jänterä, Grounds for Divorce and Maintenance between Former Spouses. Sweden, 2002, in http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Sweden-Divorce.pdf). La soluzione non sembra isolata nel panorama comparato e, a ben vedere, non è dissimile da quanto accaduto anche da noi con riguardo all'ipotesi dell'inconsumazione (per approfondimenti cfr. Ferrando, // matrimonio, in Trattato di diritto civile, già diretto da Cicu - Messineo - Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2015, 547 s.). Sarà però il caso di osservare che quanto sopra non deriva certo da una confusione tassonomica, ma da un intento semplificatorio: la normativa non ignora invero la distinzione concettuale e giuridica tra annullamento e divorzio, ma si limita ad applicare al primo le regole del secondo.

(92) Cfr. ora in particolare l'art. 3, Reg. UE 2019/1111 del Consiglio del 25 giugno 2019, "relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione)". Il nuovo regolamento è stato adottato dal Consiglio UE il 25 giugno 2019 con la speciale procedura stabilita per il settore del diritto di famiglia, che prevede l'unanimità dei membri del Consiglio, previa consultazione del Parlamento europeo. Esso è destinato a sostituire a partire dal 1º agosto 2022 il Reg. UE 2201/2003, c.d. "Bruxelles Il bis" (che aveva a sua volta, com'è noto, sostituito il precedente Reg. UE 1347/2000), in tutti i paesi membri dell'Unione, con l'eccezione della Danimarca.

(93) Cfr. art. 5, Reg. UE 2016/1103 del Consiglio del 24 giugno 2016, "che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi".

(94) Arg. exart. 1, par. 2 c), Reg. UE 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010, "relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale".

(95) Cronologicamente, gli ultimi Paesi a introdurre il divorzio sono stati l'Italia (1970), il Portogallo (1975), la Spagna (1981), l'Irlanda (1996) e Malta (nel 2011, vale a dire sette anni dopo il suo ingresso nell'Unione europea, avvenuto nel 2004).

(96) Come si può infatti osservare dai dati messi a disposizione da EUROSTAT, il divorzio è divenuto un fenomeno socialmente rilevante solo a partire dalla seconda metà del XX secolo. Se nel decennio tra il 1960 e il 1970 la media europea aveva raggiunto il numero di 2,5 divorzi ogni mille persone sposate, a partire dagli anni Sessanta in poi il numero dei divorzi ha cominciato a lievitare esponenzialmente: cfr. Gonzalez - Viitanen, The Effect of Divorce Laws on Divorce Rates in Europe, 2006, in http://ftp.iza.org/ dp2023.pdf (particolarmente interessanti i grafici alle pagine 24 ss.). Cfr. inoltre i dati Insee (Institut National de la statistique et des études économiques), Nuptialité et divortialité dans l'Union européenne. Données annuelles de 1960 à 2017, juillet 2020, in https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381492. Per un paio d'altri siti dedicati al tema cfr. https://www.gecertificeerdemediators.nl/ scheiden/european-divorce-monitor/ e https://marriagefoundation.org.uk/research/divorce-rates-are-falling-across-europe-andthe-uk-is-leading-the-way/. Sempre in tema di statistiche divorzili v. anche il contributo di Rinesi, La recente evoluzione dei divorzi: uno squardo ai numeri, in questo Fascicolo, infra, 140 ss.

influenzare, in modo talora anche curioso, i costumi dei cittadini (97).

(c) Il divorzio è una questione "gender-free"

Un terzo punto di convergenza, ancora una volta, tra tutti gli ordinamenti europei, è costituito dall'assoluta irrilevanza di fronte al divorzio, dal punto di vista normativo, del genere (maschile o femminile) delle parti coinvolte. Per essere più precisi, si vuole dire qui che (a parte, ovviamente, i casi in cui il divorzio concerne due soggetti dello stesso sesso, in quei sistemi in cui il matrimonio omosessuale è consentito, e dunque ove la questione appena segnalata neppure si pone in thesi) oggi è del tutto indifferente essere marito o moglie in una procedura di divorzio. Le condizioni richieste dalla legge per accedere a tale istituto non distinguono in modo alcuno a seconda del genere di ciascuna delle parti. Ciò vale tanto in relazione alla legittimazione a divorziare, quanto alle condizioni per ottenere lo scioglimento del matrimonio, quanto alle conseguenze. Conclusione, questa, ovvia, attualmente, ma che tale sempre non fu (98). Oggi, tra l'altro, il "droit à l'égalité des sexes lors de la dissolution du mariage" è riconosciuto come facente parte dei diritti dell'uomo (99) e comunque viene espressamente tutelato anche dalla legislazione eurounitaria (100).

(d) L'affermazione del "no-fault divorce"

Al di là della molteplicità dei modelli di divorzio che si è sopra cercato di enucleare - e con le riserve che si sono presentate in ordine ai corsi e ricorsi storici sugli stessi - una comune linea di tendenza si profila nell'abbandono del modello di divorzio-sanzione, quale esclusivo modello disponibile all'interno di un dato ordinamento. L'enfasi su quest'ultima precisazione è dovuta al fatto che ciò che si vuol dire qui non è che il divorzio basato sulla colpa sia scomparso dagli ordinamenti europei. Non solo, infatti, esso continua a figurare come causa "principale" ai fini dell'accertamento dell" "irretrievable breakdown" dell'unione in ordinamenti come quello di Inghilterra e Galles (101) ma, a ben vedere, forme di divorzio-sanzione sono presenti, con ogni probabilità, un po' in tutti i sistemi. Basti pensare anche al caso dell'Italia, che pur ispirandosi chiaramente al modello del divorziorimedio (basato sulla pregressa separazione), ammette poi lo scioglimento del vincolo anche, ad esempio, per una serie di condanne penali (cfr. art. 3, n. 1 e 2, lett. c, d ed e, l. div.) e, dunque, di "colpe", ancorché non necessariamente "dirette" in modo precipuo contro il partner.

Quello che si vuole sottolineare qui, comunque, è che non esistono più ordinamenti europei in cui il positivo accertamento della violazione di uno dei doveri matrimoniali costituisca esclusiva condicio sine qua non per l'ottenimento del divorzio. Ed anche questo

(97) Si pensi al caso di cui riferisce La Repubblica, 16 settembre 2020, in cui un avvocato partenopeo, quale dono di nozze per la propria praticante, ha regalato a quest'ultima un buono per l'assistenza legale in caso di eventuale divorzio.

(98) Sul tema v. per tutti Carmit Yefet, Divorce as a Substantive Gender-Equality Right, in Journal of Constitutional Law, Vol. 22:2, 2020, 457, ove si rimarca tra l'altro che "The laws of divorceespecially the fault regime that has dominated marital dissolution laws for much of American history-have likewise functioned to maintain gender hierarchy and reify sex-role stereotypes". Per la storia del diritto italiano basti considerare il diverso rilievo dell'adulterio ("maschile" o "femminile") ai fini della separazione personale: è noto che, fino alla riforma del 1975, l'art. 151 c.c. stabiliva che "Non è ammessa l'azione di separazione per adulterio del marito se non quando concorrono gravi circostanze tali che il fatto costituisca un'ingiuria grave alla moglie". La regola rifletteva in buona sostanza il principio "maschilista" già consacrato proprio per il divorzio dal *Code Napoléon* (art. 229: "*Le mari pourra* demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme"; art. 230: "La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune"). Regola, questa, peraltro abbandonata oltralpe con la Loi Naguet, che, reintroducendo il divorzio, aveva collocato moglie e marito (per lo meno per ciò che riguardava l'adulterio) su un piede di perfetta parità. Il genere giocò un ruolo determinante per secoli anche in relazione all'affidamento della prole. Così, ad es., la Glossa medioevale, sulla base delle fonti romanistiche, prevedeva che "regulariter minores triennio apud matrem educandos, maiores apud patrem", sebbene "interdum iudex, apud quem commodius morentur, aestimat, ut tamen post trimatum etiam apud matrem expensis patris alantur" (Azzone, op. cit., 139).

(99) Cfr. Sudre, Droit européen et international des droits de l'homme, X éd., Paris, 2008, 311, 720 ss.

(100) Si consideri al riguardo l'art. 10 del regolamento "Roma a mente del quale "Qualora la legge applicabile ai sensi dell'articolo 5 o dell'articolo 8 non preveda il divorzio o non conceda a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio o alla separazione personale, si applica la legge del foro". Sulla disposizione v. ex multis, Zanobetti, Divorzio all'europea. Il regolamento UE n. 1259/ 2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale, in Nuova giur. civ. comm., 2012, 258, la quale rileva che "la norma fa riferimento all'istituto del ripudio; se il conjuge del sesso discriminato non ha accesso al divorzio o alla separazione personale, l'autorità giurisdizionale adita applica la propria legge interna". L'Autrice prosegue osservando che "L'art. 10 funzionerà raramente anche perché i criteri di collegamento previsti rendono abbastanza probabile l'applicazione della legge di uno degli Stati membri dell'Unione europea; si applicherà la legge di uno Stato terzo solo qualora sia stata scelta dalle parti, in presenza di uno dei requisiti oggettivi che ne consentono la scelta, oppure quando i coniugi siano entrambi cittadini del medesimo paese terzo, e non abbiano residenza abituale comune in uno degli Stati membri, o l'abbiano persa da oltre un anno: in questa ipotesi, se la legge richiamata non ammette affatto il divorzio o l'ammette a condizioni discriminatorie per uno dei due sessi, si farà invece ricorso alla legge del foro".

(101) V. supra, par. 2.

rappresenta un non trascurabile, sicuro punto di convergenza.

(e) Irrilevanza della separazione legale

Ulteriore punto di amplissima convergenza è costituito dal fatto che, nei Paesi in cui è disciplinata la separazione personale legale (contrapposta alla semplice separazione di fatto), tale situazione non è mai elevata a condizione imprescindibile per il divorzio. Unica, cospicua, eccezione è rappresentata dall'Italia (se non nei rari casi di divorzio immediato "per colpa"), in cui, peraltro, la Wartezeit tra separazione e divorzio è andata notevolmente riducendosi nel corso del tempo (102), al punto che non pochi si chiedono oggidì se abbia ancora senso continuare a fondare il divorzio su di una separazione (necessariamente) legale, quale condicio sine qua non per lo scioglimento del vincolo (103). In questo contesto appare quasi superfluo ricordare che anche i Principi di diritto europeo elaborati dalla Commission on European Family Law si astengono dal raccomandare l'introduzione della separazione legale (sconosciuta ad un numero consistente di ordinamenti) quale condizione imprescindibile per il divorzio (104). Non solo: circostanziati studi comparati, già diversi decenni addietro, dando atto di una régression di questo istituto in tutta Europa, ne consigliavano de lege ferenda la pura e semplice abrogazione (105).

(f) La condizione della prole: responsabilità genitoriale condivisa vs. ottica meramente divorzile

Uno dei più rilevanti effetti delle riforme del diritto di famiglia che hanno avuto luogo in questi ultimi decenni in Europa è costituito dalla consapevolezza della necessità di riservare alla materia della gestione di quella che un tempo fu la (patria, dapprima, e poi genitoriale) potestà una regolamentazione che il più possibile prescindesse dalla relazione maritale, o di convivenza, o anche solo affettiva dei genitori. In questa prospettiva era inevitabile che l'istituto che ora un po' ovunque in Europa chiamiamo "responsabilità genitoriale", costruito attorno al concetto di esclusivo o prevalente interesse del minore, mettesse in ombra le peculiarità del fatto che il suo concreto esercizio possa svolgersi in un contesto caratterizzato dal divorzio dei genitori. Anche qui l'evoluzione storica mostra il radicale rovesciamento di prospettiva, ove si pensi che, ad esempio, in molte delle legislazioni ottocentesche le sorti del divorzio dei genitori determinavano anche l'affidamento della prole (106). Oggi, invece, regna pressoché incontrastata la regola dell'affidamento condiviso, che non "guarda in faccia" lo status dei genitori in crisi: separati, divorziati, "annullati", ex conviventi o, addirittura, perfetti estranei (107), avvicinando, ove

(102) Praticamente, dai sette anni di cui alla versione originale della L. 1° dicembre 1970, n. 898 (art. 3, n. 2, lett. b), in caso di opposizione del coniuge incolpevole, ai sei mesi in caso di precedente separazione consensuale, secondo quanto stabilito dall'art. 1, comma 1, L. 6 maggio 2015, n. 55.

(103) Sul punto v. ad es. le opinioni espresse con vigore già molto tempo addietro da Cipriani, *Abrogazione della separazione coniugale?*, in *Dir. fam. pers.*, 1997, 1103 ss. Cfr. inoltre Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 390 ss.; Id., *La comunione legale tra coniugi*, Il cit., 1768 e nt. 1; per una comparazione al riguardo con altri sistemi europei cfr. Fortino, *La separazione personale tra coniugi*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando - Fortino - Ruscello, II, Milano, 2002, 920; Ead., *I modelli di separazione e divorzio in Europa: uno sguardo alle recenti riforme di alcuni Paesi europei*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da Ferrando, *I, Matrimonio, separazione e divorzio*, Bologna, 2007, 515 ss. Da ultimo cfr. inoltre l'interessante studio di Morace Pinelli, È tempo di abrogare la separazione giudiziale, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 891 ss.

(104) Nella specie il *Principle* 1:8 stabilisce che il divorzio dovrebbe essere permesso senza il consenso di uno dei coniugi "if they have been factually separated for one year". Sottolinea la peculiarità della posizione italiana anche Fortino, I modelli di separazione e divorzio in Europa: uno sguardo alle recenti riforme di alcuni Paesi europei, cit., 529.

(105) Cfr. Pousson-Petit, Le démariage en droit comparé, Bruxelles, 1981, 192.

(106) Così, ad esempio, nel divorzio del *Code Napoléon* (art. 302, con regola peraltro riprodotta in modo identico dalla *Loi* Naquet del 1884) la *garde* dei figli veniva affidata (almeno di regola) all'" époux qui aura obtenu le divorce", vale a dire al genitore che,

privo di responsabilità nel naufragio dell'unione, era riuscito ad ottenere lo scioglimento del matrimonio per colpa dell'altro. Allo stesso modo in Germania il BGB stabiliva che l'affidamento della prole minorenne dovesse andare "grundsätzlich dem nichtschuldigen Ehegatten als dem vertrauenswürdigeren". Nel caso entrambi fossero stati dichiarati colpevoli, "so steht di Sorge für die Tochter ohne Einschränkung und für einen Sohn, so lange er unter sechs Jahren ist, der Mutter zu; von da ab ist der Sohn dem Vater zu überweisen" (cfr. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II, Berlin, 1900, 689). Del resto già il diritto romano attribuiva rilievo alla colpa, con soluzioni ancora seguite all'epoca dei Glossatori: "Hodie autem, facto divortio distinguitur, utrum pater praestiterit divortii causam, an mater. Si pater praestabit, ipse pater expensas matri filiorum, quae non venit ad secundas nuptias, apud quam nutriri debent filii. Si autem pater non sit idoneus, pauperes filii a locuplete matre sunt alendi, et apud eam debent morari (...). Si vero mater praestiterit causam divortii, tunc apud patrem alendi sunt filii, subaudio, expensis matris: etiam si maiores sint triennio" (Azzone, op. cit., 139).

(107) Come rilevato in dottrina, particolare attenzione merita da noi il disposto dell'art. 316, comma 4, c.c., laddove sancisce che "il genitore che ha riconosciuto il figlio esercita la responsabilità genitoriale su di lui" e che "se il riconoscimento del figlio, nato fuori dal matrimonio, è fatto dai genitori, l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta ad entrambi". Con questa norma, infatti, la regola dell'esercizio condiviso della responsabilità genitoriale assume una portata generale e si estende anche all'ipotesi in cui i genitori biologici non siano mai stati uniti né dal matrimonio, né da una convivenza more uxorio (così Al Mureden, La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari, in questa Rivista, 2014, 466).

127

possibile, la situazione dei genitori in crisi a quella di una famiglia normalmente convivente (108).

Ne deriva che, un po' in tutta Europa, il diritto della prole minorenne nel contesto della crisi della coppia genitoriale (coniugata o meno che sia) si è completamente autonomizzato rispetto al diritto matrimoniale e divorzile, venendo a costituire un vero e proprio "microordinamento" a sé stante. Prova ne è, a livello di legislazione sovranazionale, il passaggio (di una repentinità, tra l'altro, più che sorprendente, considerati i tempi dei meccanismi delle istituzioni europee: dal 2000 al 2003) dal regolamento "Bruxelles II" (limitato ai figli dei genitori coniugati) al "Bruxelles II bis", evidente effetto della acquisita consapevolezza della necessità di una protezione della prole a prescindere dal contesto nel quale i relativi pericoli potessero maturare (fase fisiologica/fase patologica del rapporto tra i genitori; presenza/assenza di matrimonio, etc.). Assai esplicito sul punto il considerando n. 5 del secondo dei regolamenti qui appena citati (109), secondo cui "Per garantire parità di condizioni a tutti i minori, il presente regolamento disciplina tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale, incluse le misure di protezione del minore, indipendentemente da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale".

5. Continua. Le convergenze in fieri

Accanto alla serie di punti appena illustrati, che possono costituire espressione di altrettante convergenze normative già presenti nel diritto divorzile dei sistemi europei, si pone ancora un nutrito elenco di situazioni su cui sembra si possano registrare convergenze in fieri (o, in certi casi, già in gran parte attuate) tra un crescente numero di ordinamenti.

(g) Divorzio come oggetto di un diritto potestativo

Una linea di tendenza che sembra disegnarsi in vari sistemi (anche se, forse, è ancora troppo presto per riconoscere gli estremi di una sicura linea direttrice) è quella che si basa sull'idea del divorzio (sopra indicato come "a domanda", o "a richiesta di una delle parti") inteso come oggetto di un vero e proprio diritto

soggettivo potestativo, competente a ciascuno dei coniugi. Va qui subito chiarita la differenza con il ripudio, pur conosciuto da svariati ordinamenti stranieri extraeuropei: in questo, infatti, il diritto soggettivo potestativo (concesso, ad esempio, nei sistemi di matrice islamica al solo marito) è quello di determinare, mercé un negozio giuridico unilaterale, sic et simpliciter, lo scioglimento del vincolo, quale effetto, per l'appunto di tale dichiarazione unilaterale di "recesso" dal vincolo coniugale. Orbene, tale situazione non esiste in Europa ed anzi in tale assenza può ravvisarsi un ulteriore punto di convergenza dei sistemi del nostro continente.

Ciò che si vuole sottolineare invece qui, come linea di tendenza in fieri, è che svariati ordinamenti paiono convergere sull'idea dell'esistenza, nei fatti, di un vero e proprio diritto ad ottenere il divorzio, inteso nel senso di diritto di un coniuge, per il fatto stesso di essere tale, di pervenire comunque allo scioglimento del vincolo, pur in presenza di opposizione dell'altro e sulla base, in buona sostanza, del solo desiderio di colui che ha assunto l'iniziativa di terminare un'unione considerata male assortita. Naturalmente (e a differenza, come detto, dell'ipotesi del ripudio) tale eventuale opposizione allo scioglimento del matrimonio potrà essere superata, non già tramite una sola e semplice esternazione di volontà, bensì per effetto del ricorso a percorsi procedurali/giurisdizionali ben definiti. Ciò che, però, preme qui sottolineare è che il risultato finale perseguito da chi desidera porre fine all'unione sarà comunque conseguito, a dispetto di ogni opposizione del partner.

Come si è avuto modo di dire in precedenza (110), il divorzio su semplice richiesta di una delle parti è già consentito in sistemi quali quelli dei Paesi Scandinavi (in particolare Svezia e Finlandia) e in Russia, ma, tanto per portare un altro esempio, svariati autori francesi non esitano ad affermare che la riforma entrata in vigore il 1° gennaio 2005 in quel Paese sarebbe venuta a consacrare un vero e proprio droit au divorce (111). Un diritto, del resto, che sembrerebbe affermarsi a livello sovranazionale per effetto delle chiarissime indicazioni per il favor divortii che

⁽¹⁰⁸⁾ Per un panorama della legislazione europea, corredato di statistiche sull'effettiva implementazione del principio dell'affido condiviso, cfr. Vezzetti, European Children and the Divorce of their Parents, in https://www.figlipersempre.com/res/site39917/res666721_europeanchildren2.pdf. Per alcuni studi comparati in materia di affido dei figli in sede di crisi coniugale cfr. Patti, L'affidamento condiviso dei figli, in Fam. pers. succ., 2006, 300 ss.; ld., Separazione dei genitori e affidamento condiviso, in AA. VV., Introduzione al diritto della famiglia in Europa, a cura di Patti-Cubeddu, cit., 335 ss.; Marcucci, L'affidamento dei figli in Europa: disciplina vigente e prospettive di riforma, in questa Rivista, 2001,

²²⁰ ss. Cfr. inoltre Sesta - Arceri, La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli, Milano, 2016, passim.

⁽¹⁰⁹⁾ Reg. CE n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, "relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il Regolamento (CE) n. 1347/2000".

⁽¹¹⁰⁾ V. supra, par. 2.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. ad es. Farge, La gestation d'un droit fondamental au divorce en Europe ? L'apport du droit privé, in Revue des droits et libertés fondamentaux, 2012, chron. n. 19, 1 ss. L'Autore affronta

rinveniamo già a partire dal regolamento "Bruxelles II", che, secondo molti, stabilisce un vero e proprio "droit à un démariage effectif" (112). Per non dire poi del regolamento "Roma III", secondo cui (cfr. art. 10) "Qualora la legge applicabile ai sensi dell'articolo 5 o dell'articolo 8 non preveda il divorzio (...) si applica la legge del foro". Norma, questa, che ha fatto esclamare ai commentatori che il regolamento, lungi dal limitarsi ad armonizzare le regole di conflitto, "impose une certaine vision substantielle du divorce, donc du mariage, aux États membres participants: le 'droit au divorce' doit être consacré" (113).

Un caso che potrebbe sollevare dubbi in proposito appare essere proprio quello dell'Italia, ove, come noto, per l'esperimento della procedura di divorzio è ancora necessario nella maggior parte delle ipotesi aver ottenuto la separazione personale legale. Ma anche qui, a ben vedere, il presupposto indefettibile della separazione, vale a dire la presenza dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza (o il grave pregiudizio alla educazione della prole, ex art. 151 c.c.) appare sicuramente accertabile sulla base del semplice fatto che una delle due parti ha ritenuto di dover esperire una procedura di separazione legale (114). Quanto sopra è confermato dalla

dottrina più autorevole, la quale non esita ad affermare che la separazione e il divorzio costituiscono l'oggetto di un "diritto potestativo", ancorché "a necessario esercizio processuale", che de iure condendo ben potrebbe trasformarsi in un vero e proprio "diritto potestativo sostanziale" (115).

(h) Divorzio degiurisdizionalizzato

Un'altra sicura convergenza tra un numero assai ampio e costantemente crescente di ordinamenti si attua sul terreno delle procedure attraverso cui giungere al divorzio. Qui, se costituisce certamente patrimonio comune di (questa volta) tutti i sistemi europei che lo scioglimento del vincolo matrimoniale si debba necessariamente attuare con il rispetto di formalità necessariamente coinvolgenti il ministero di un pubblico ufficiale svolgente funzioni giurisdizionali, o (a seconda dei casi) anche solo amministrative, non vi è dubbio che in questi ultimi anni, anche al fine di far fronte alla necessità di rendere più efficiente l'amministrazione della giustizia e dunque di sgravare gli uffici giudiziari da una serie di compiti ed attività di volontaria giurisdizione, si sono attuate forme sempre più "estreme" di quel fenomeno che si è variamente definito nelle varie

anche il tema del riconoscimento (o meno) di tale diritto da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

(112) Cfr. Ancel - Muir-Watt, La désunion européenne: le Règlement dit "Bruxelles II", in Rev. crit. dr. int. privé, 2001, 403. Si consideri poi anche l'art. 25 del regolamento "Bruxelles II bis", a mente del quale "Il riconoscimento di una decisione non può essere negato perché la legge dello Stato membro richiesto non prevede per i medesimi fatti il divorzio, la separazione personale o l'annullamento del matrimonio" (e v. ora l'art. 70 del regolamento "Bruxelles II ter").

(113) Così Hammje, Le nouveau règlement (UE n. 1259/2010) du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, in Rev. crit. dr. int. privé, 2011, 291 ss., spec. 333. Sul regolamento in questione v. anche Nascimbene, Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione Europea, Milano, 2011, 34 ss.; Velletti - Calò, La disciplina europea del divorzio, in Corr. giur., 2011, 719 ss.; Zanobetti, op. cit., 250 ss. In relazione all'art. 10, tale ultima Autrice (op. cit., 258) osserva che "Questo limite, che come è noto è contenuto anche nell'art. 31 della I. n. 218/1995, è ora di applicazione molto limitata, perché l'unico paese al mondo che non prevede il divorzio sono le Filippine; potrebbe però ricevere applicazione con riferimento a sistemi giuridici che applichino in questa materia le norme religiose, con la conseguenza che in caso di coniugi di religione cattolica, il divorzio non sarebbe possibile". Da notare, infine, che per la Corte di giustizia la norma in esame va interpretata nel senso che essa riguarda unicamente le situazioni in cui la legge applicabile non preveda il divorzio in alcuna forma, non includendo le ipotesi - qual è il caso della legge italiana - in cui il divorzio venga sottoposto a condizioni considerate, dal giudice adito, più restrittive di quelle previste dalla legge del foro (nella specie la presenza di una separazione personale legale di una certa durata). In tale ultimo caso, se la legge del foro non prevede norme procedurali in materia di separazione personale, il giudice competente, pur non potendo pronunciare egli stesso la separazione, deve verificare

che le condizioni sostanziali previste dalla legge straniera siano soddisfatte, accertandole nell'ambito del procedimento di divorzio di cui è investito (cfr. C.G.U.E., Sez. I, 16 luglio 2020, C-249-19).

(114) Come rilevato da Morace Pinelli, *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, Milano, 2001, 137 ss., "La mera proposizione della domanda di separazione integra di per sé il presupposto richiesto dalla legge e ne impone l'accoglimento". Per la giurisprudenza v. Cass. Civ. 21 gennaio 2014, n. 1164, in *Foro it.*, 2014, l, 463, secondo la quale "la separazione giudiziale dei coniugi va pronunciata allorché la prosecuzione della convivenza è divenuta intollerabile anche alla stregua della percezione soggettiva di disaffezione verso l'altro di uno solo di essi, evidenziata dalla stessa proposizione della domanda e dal fallimento del tentativo di conciliazione".

(115) Così Proto Pisani, Il diritto alla separazione e al divorzio da diritto potestativo da esercitare necessariamente in giudizio a diritto potestativo sostanziale, in Foro it., 2008, V, 162. Al riguardo non sembra potersi replicare (cfr. ad es. Pignataro, La separazione personale dei coniugi. Profili introduttivi, in AA.W., Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza: La separazione, il divorzio, l'affido condiviso, a cura di Autorino Stanzione, Torino, 2011, 5) che la qualificazione del diritto di separarsi (e di divorziare) come diritto potestativo sarebbe contraddetta dalla natura costituiva della sentenza di separazione (e di divorzio). L'argomento, invero, non tiene conto del fatto che la sentenza non potrà, di fatto, comunque mai negare la separazione (o il divorzio). Se è, quindi, vero che è pur sempre la sentenza a produrre lo status di separato (e di divorziato), in caso di opposizione di una parte, è altrettanto vero che la sentenza costitutiva sarà comunque di accoglimento di una domanda di parte: un po' come succede (se ci si passa l'ardito paragone) con la sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. In altre parole, la necessità del ricorso ad una procedura giudiziale non elimina il carattere potestativo del diritto in discussione, posto che il creditore esercita un diritto che la legge impone al giudice di riconoscere ed attuare.

lingue del nostro continente con un neologismo orribile, ovunque quasi impronunziabile: degiurisdizionalizzazione, déjudiciarisation o déjuridictionnalisation, desjudicialização o desjurisdicionalização, etc. (116). Così, mentre l'Italia ha introdotto nel 2014 la negoziazione assistita, con relativa possibilità di definire senza ricorso al giudice la crisi coniugale in una ricca serie di ipotesi (117), la Francia consente dal 1º gennaio 2017 che il divorce par consentement mutuel si realizzi sulla base di un semplice accordo tra le parti controfirmato dagli avvocati e recepito da un atto notarile (cfr. art. 229-1 Code civil).

Non dissimilmente, si può divorziare senza giudice (pur sempre con il rispetto di formalità, non esattamente coincidenti tra Paese e Paese, da espletarsi con l'intervento di un pubblico ufficiale) in Danimarca, Islanda, Norvegia, Svezia, Estonia, Lituania, Russia, Ucraina, Moldavia, Portogallo (dal 1995), Spagna (dal 2015) e Romania (dal 2010) (118). Sul punto la dottrina tende a raggruppare tali categorie di sistemi in "notarial divorce" (Paesi Baltici, Francia e Spagna), da un lato, e in "administrative divorce" (Paesi Scandinavi, Paesi dell'Est Europa), dall'altro. Singolare, poi, il caso dei Paesi già facenti parte dell'U.R.S.S., alcuni dei quali hanno mantenuto il divorzio amministrativo pur dopo la caduta dell'Unione Sovietica (è il caso di Estonia, Lituania, Moldavia, Russia e Ucraina) (119).

E se taluni sistemi continuano a rimanere vigorosamente ancorati al principio secondo cui il matrimonio può essere sciolto solo dal provvedimento di un giudice (120), non sembra esservi dubbio sul fatto che

il fenomeno qui indicato sia destinato ad espandersi, nel contesto delle iniziative nazionali e sovranazionali miranti ad ottenere un maggior "efficientamento" della giustizia nel nostro continente (121). Della tendenza ha preso atto, del resto, il diritto eurounitario, che, nella refonte del regolamento "Bruxelles II bis" nel contesto del nuovo "Bruxelles II ter" ha espressamente previsto (cfr. art. 65) che l'oggetto del riconoscimento ed esecuzione siano (non già solo le sentenze, ma anche, più in generale) gli "atti pubblici e gli accordi in materia di separazione personale e divorzio" (122).

(i) Effetti patrimoniali inter coniuges

La materia degli effetti patrimoniali del divorzio è certamente quella su cui in Europa si manifestano ancora le più evidenti divergenze. In particolare, un solco incolmabile sembra profilarsi tra diversi "macro" e "micro-sistemi", ispirati a logiche e meccanismi diversi tra di loro.

(i.1) Il primo è costituito dai sistemi di common law che - ignorando, sostanzialmente, il concetto stesso di regime matrimoniale - consentono al giudice del divorzio di procedere ad una risistemazione globale dei rapporti patrimoniali, riallocando beni (o quote di essi), anche a prescindere dalla titolarità (formale o sostanziale) dei medesimi, sulla base di criteri di ragionevolezza ed equità, tenuto conto dell'apporto da ciascuno fornito al ménage coniugale, magari tramite il ricorso - sovente praticato al di là della Manica, tanto per le coppie coniugate, quanto per quelle conviventi - all'istituto del trust (123).

⁽¹¹⁶⁾ È interessante notare che non sembra invece sussistere un corrispondente termine tedesco, anche perché in Germania vige con estremo rigore il principio scolpito nel par. 1564 BGB, secondo cui "Eine Ehe kann nur durch richterliche Entscheidung auf Antrag eines oder beider Ehegatten geschieden werden". La dottrina ricorre così ad espressioni piuttosto circonvolute, quali, ad es., "Justizentlastung durch Aufgabenverlagerung von den Richtern auf andere Organe": cfr. Kampmann e Zwickel, Zivil- und zivilprozessrechtliche Aspekte der großen Justizreform in Frankreich (Justice du 21ème siècle), in Civil Procedure Review, www. civilprocedurereview.com. 14.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. il D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modifiche in L. 10 novembre 2014, n. 162.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. AA.VV., La rupture du mariage en droit comparé, a cura di Ferrand - Fulchiron, Paris, 2015, 49. Vengono qui in considerazione l'art. 374 del codice civile rumeno e l'art. 83 del Codigo civil spagnolo, come modificato dalla Ley 15/2015, de 2 de Julio, de la Jurisdiccion Voluntaria. Il sistema prescelto nel 2010 dalla Romania viene definito dalla dottrina francese come di "compétences plurielles", coinvolgendo potenzialmente diversi pubblici ufficiali (notaio, ufficiale di stato civile, etc.). Sul tema v. anche Aras Kramar, The transformation of divorce procedure in Europe, in Familia, 2018, 277 ss.

⁽¹¹⁹⁾ Per un'analisi dettagliata cfr. Aras Kramar, op. loc. ultt. citt.

⁽¹²⁰⁾ È il caso, già ricordato, della Germania.

⁽¹²¹⁾ Così, i lavori attualmente in corso presso il Consiglio d'Europa per un aggiornamento della Recommendation CM / REC (86) 12 of the Committee of Ministers to member states on measures to prevent and reduce the overwork of the courts (adottata il 16 settembre 1986 dal Comitato dei Ministri) sicuramente porranno in evidenza l'opportunità di trasferire ad autorità non giurisdizionali la materia dei divorzi non contenziosi.

⁽¹²²⁾ Sulle questioni che hanno dato alla previsione di tale disposizione nel nuovo regolamento v. per tutti Bernasconi, La circolazione degli accordi di negoziazione assistita e di altre forme di divorzio stragiudiziale in Europa, in questa Rivista, 2019, 335 ss.

⁽¹²³⁾ Sul tema cfr. per tutti Lowe, *The English Approach to the Division of Assets upon Family Breakdown*, in AA.VV., *Eheliche Gemeinschaft*, *Partnershaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, a cura di Henrich - Schwab, Bielefeld, 1999, 47 ss.; Slaughter, *Separazione*, *divorzio*, *affidamento dei minori: l'esperienza inglese*, in AA.VV., *Separazione*, *divorzio*, *affidamento dei minori: quale diritto per l'Europa?*, a cura di Sesta, cit., 61 ss.; Ronchese, *Regno Unito: una nuova regola sulla divisione dei beni dopo il divorzio*, in *Familia*, 2002, 843 ss.; Oberto, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Artt. 215-219*, in *Il codice civile*. Commentario fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2005, 183 ss.

(i.2) Di contro a quanto sopra si pongono quei sistemi "continentali" che assegnano ai regimi matrimoniali il ruolo di regolare i rapporti patrimoniali relativamente agli incrementi di ricchezza verificatisi in costanza di rapporto, così svolgendo una funzione eminentemente perequativa tra le parti, al momento dello scioglimento del vincolo. Da tale premessa deriva (almeno in linea di principio) che, poiché la funzione perequativa è svolta dal regime, all'assegno di divorzio vengono invece attribuite funzioni più spiccatamente assistenziali. Un "assistenzialismo" che viene però declinato in modo assai diverso, a seconda dei vari ordinamenti.

(i.2.1) Così, il sistema tedesco appare fondato sulla regola della *Eigenverantwortung* (124), cioè di un principio di autoresponsabilità, per cui "dopo il divorzio ciascuno dei coniugi deve farsi carico del proprio mantenimento" (cfr. il par. 1569 BGB, come modificato a seguito della riforma del 2007); qui la legge, pur senza eliminare del tutto la c.d. solidarietà postconiugale, non pone quest'ultima a fondamento dell'intera disciplina, ma delle eccezioni (al principio di autoresponsabilità), che giustificano l'attribuzione dell'assegno (125), sostanzialmente in situazioni di bisogno da parte di uno dei due ex coniugi.

(i.2.2) Da quello appena ricordato si distingue poi, per le sue peculiarità, il sistema italiano, che, pur affidando, teoricamente, ai regimi matrimoniali una funzione perequativa assegnata *in primis* alla comunione legale, assiste nella prassi ad uno svuotamento della stessa, mercé una massiccia opzione dei coniugi

per la separazione dei beni, conformemente, del resto, alla tradizione storica del regime patrimoniale della nostra penisola, incentrato su di una rigida separazione di beni e patrimoni, derivante dalla tradizione romanistica, in qualche modo parzialmente "attutita" dalla dote. Da quanto sopra deriva che la giurisprudenza di vede in qualche modo "costretta" ad assegnare (oltre a quelle tradizionali) una (impropria) funzione perequativa e "redistributiva" all'assegno di divorzio. Quanto, poi, alla "tradizionale" funzione assistenziale dell'assegno ex art. 5 l. div. sono fin troppe note le oscillazioni di una giurisprudenza che, tra mantenimento del tenore di vita matrimoniale, autosufficienza economica, "indissolubilità patrimoniale" del matrimonio, etc., da mezzo secolo a questa parte variamente "s'avanza e ristà" (126).

(i.3) In ulteriore alternativa rispetto ai sistemi dei due principali gruppi precedenti si pongono quelli che optano per una sorta di via mediana. In proposito è necessario menzionare il sistema francese. In esso, pur svolgendo i régimes matrimoniaux un ruolo determinante nel riequilibrio delle posizioni delle parti (127), è però assente (a differenza del sistema germanico) un principio di autoresponsabilità, qui sostituito da una regola di tipo compensativo, per effetto della quale, in mancanza di un accordo dei coniugi, è previsto l'eventuale pagamento di una "prestation compensatoire" (una tantum) avente un "caractère forfaitaire" sotto forma di una somma di denaro, il cui ammontare viene determinato dal

(124) Cfr. per tutti Patti, La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato, in Nuova giur. civ. comm., 2020, 454 ss.; Id., Solidarietà e autosufficienza nella crisi del matrimonio, in Familia, 2017, 275 ss., spec. 279 ss. V. inoltre Sesta, L'assegno di divorzio nella prospettiva italiana e in quella tedesca, in Familia, 2019, 3 ss. Cfr. poi anche Patti - Cubeddu, Introduzione al diritto della famiglia in Europa, Milano, 2008, 291 ss.; Cubeddu, Lo scioglimento del matrimonio e la riforma del mantenimento tra ex coniugi in Germania, in Familia, 2008, 23 ss.

(125) Sottolinea Patti, Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?, in Foro it., 2017, I, 2707 ss., che per molti anni in Germania si è attribuito un rilievo prevalente alla solidarietà postconiugale, ma, nel 2007, una legge di riforma, entrata in vigore il 1° gennaio 2008, ha introdotto nel par. 1569 BGB il "principio dell'autoresponsabilità" (Grundsatz der Eigenverantwortung), al quale viene affiancato quello della Handlungsfreiheit, cioè della libertà di agire, che ciascuno dei coniugi deve avere dopo il divorzio e che risulta limitata da eventuali obblighi di mantenimento. La solidarietà postconiugale non è comunque scomparsa, trovando aiustificazione (in genere comunque per un periodo di tempo determinato) anzitutto nel fatto che in molti casi il matrimonio causa una dipendenza economica di un coniuge, il quale ad esempio non può iniziare o continuare la propria formazione professionale oppure deve ridurre o abbandonare la propria attività lavorativa. Dal principio dell'autoresponsabilità discende che la mancanza di autosufficienza non rileva se non ricorrono i presupposti che giustificano la solidarietà postconiugale, in particolare se non è conseguenza della ripartizione di ruoli concordata durante il

matrimonio. Osserva Sesta, L'assegno di divorzio nella prospettiva italiana e in quella tedesca, in Familia, 2019, 13 che "Nel sistema tedesco l'assegno di mantenimento assolve una spiccata funzione assistenziale ed è suscettibile di limitazione temporale, mentre in quello italiano l'accento è ora sulla funzione perequativo compensatoria a vantaggio del coniuge che dedicandosi maggiormente alla famiglia ha rinunciato alle proprie chances professionali".

(126) Come giustamente rimarcato da Sesta, L'assegno di divorzio nella prospettiva italiana e in quella tedesca, cit., 5, benché il testo della legge italiana sia rimasto sostanzialmente immutato da mezzo secolo, esso è stato diversamente interpretato e applicato nel corso dei decenni dai tribunali ed in modo particolare dalla Corte di cassazione, che ha ripetutamente enunciato differenti approcci ermeneutici delle richiamate disposizioni. Per alcune notazioni critiche sulla recente giurisprudenza italiana in tema di assegno divorzile ed i suoi risvolti su temi quali quelli degli accordi prematrimoniali cfr. Fusaro, La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?, in questa Rivista, 2018, 1031 ss.; v. inoltre Arceri, I principi delle Sezioni Unite nell'applicazione dei giudici di merito, in questo Fascicolo, retro, 50 ss. e Dogliotti, L'assegno di divorzio tra clausole generali e interventi "creativi" della giurisprudenza, in questo Fascicolo, retro, 41 ss.

(127) Cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu - Messineo - Mengoni, continuato da Schlesinger, I, Milano, 2010, 384 ss.

giudice (art. 270 Code civil) e che può avere anche ad oggetto l'attribuzione di beni in proprietà (art. 274 Code civil). La prestazione è dovuta a prescindere dalle condizioni di bisogno del richiedente, al dichiarato fine di "compenser (...) la disparité que la rupture du mariage crée dans le conditions de vie respectives" (128). Occorre però prestare attenzione, perché, sebbene il giudice del divorzio sia tenuto (cfr. art. 271 Code civil), nella determinazione della prestation compensatoire, a tenere conto del "patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial", ciò non significa che, in caso ad esempio, di separazione dei beni (ove, evidentemente, non vi è alcunché da liquidare a titolo di regime), i tribunali d'oltralpe possano svolgere una funzione analoga a quella delle corti di common law. Come chiarito, invero, dalla stessa Cour de cassation in una decisione del 2009 (129), la prestation compensatoire non ha "pour objet de compenser les inconvénients du régime de séparation de biens librement choisi par les époux" (130). È evidente, del resto, che, in caso contrario, l'attribuzione di rilievo al puro e semplice fatto dell'assenza inter partes di un regime comunistico sconvolgerebbe il sistema dei regimi matrimoniali e trasformerebbe la séparation de biens in una sorta di una comunione differita. Ciò che unicamente viene a contare, allora, è la disparità di reddito che la rottura del matrimonio, in quanto tale, viene a creare. La chiave di volta per la comprensione di questo sistema sembra essere dunque costituita dalla necessità di considerare solo il reddito dell'uno e dell'altro, a seguito del divorzio, laddove i rispettivi

patrimoni (influenzati dalla pregressa opzione per un regime piuttosto che per un altro) potrebbero contare solo, eventualmente, come fonte di più o meno rilevanti redditi.

Terminando sul punto e concentrando l'attenzione sul tema dell'assegno, si può ancora aggiungere che si potrebbe prospettare anche una distinzione tra sistemi che, da un lato, disegnano un unico tipo d'assegno, valevole a prescindere dal tipo di divorzio in cui lo stesso si colloca, e ordinamenti che, dall'altro, predispongono un modello d'assegno diverso a seconda del tipo di divorzio da cui lo stesso dipende. Appartengono alla prima categoria sistemi quali quelli di Danimarca, Germania, Inghilterra e Galles, Italia, Norvegia, Paesi Bassi, Repubblica Ceca, Russa, Scozia, Svezia e Svizzera; al secondo si possono ascrivere ad es. Austria, Belgio, Francia e Lussemburgo (131).

Ancora, profonde divergenze esistono nel modo di calcolare l'assegno. In particolare, in un gruppo di sistemi viene lasciata wide discretion al giudice (d'obbligo qui il riferimento, ancora una volta, ai Paesi di common law), laddove in altri la legge (e/o la giurisprudenza) tenta di indicare criteri piuttosto rigidi: è il caso della Germania o dell'Austria (132), ma anche (se si considera la portata dei fiumi d'inchiostro generosamente riversati sul tema dai nostri giudici di legittimità) dell'Italia (133). Infine, un ulteriore clivage in materia di assegno può essere individuato nella presenza o meno di una limitazione temporale nell'erogazione dello stesso. Anche in questo caso non valgono criteri rigidi, bensì piuttosto linee di

(128) In Francia, a seguito di una riforma del Code civil del 2004 (cfr. la Loi du 26 mai 2004, n. 2004/409, entrata in vigore il 1° gennaio 2005), è stata introdotta una normativa che tende in primo luogo ad un riequilibrio patrimoniale. In particolare, in caso di mancanza di un accordo dei coniugi, è previsto l'eventuale pagamento di una "prestation compensatoire" (una tantum) avente un "caractère forfaitaire" sotto forma di una somma di denaro il cui ammontare viene determinato dal giudice (art. 270 Code civil), ma che può avere anche ad oggetto l'attribuzione di beni in proprietà (art. 274 Code civil). Peraltro, se il debitore non è in grado di pagare la somma in un'unica soluzione, il giudice può fissare le "modalités" del pagamento, in un periodo massimo di otto anni, sotto forma di versamenti periodici. La riflessione sul modello francese è utile anche sotto un profilo diverso, perché, come detto, la suddetta somma di denaro una tantum deve essere corrisposta a prescindere dalle condizioni di bisogno del richiedente, al fine di " compenser (...) la disparité que la rupture du mariage crée dans le conditions de vie respectives" (cfr. Murat-Sempietro - Trambouze, Le divorce après la loi du 24 mai 2004, Paris, 2006, 133 ss.; v. inoltre Benanti, Prestation compensatoire e assegno di divorzio tra logica redistributiva e logica riparatrice, in Riv. dir. civ., 2020, 1088 ss.).

(129) Cfr. Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2009, in https://www.legi-france.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000020824267/.

(130) Da tale constatazione si è fatto derivare, nella specie, il rigetto della domanda di riconoscimento di una prestation

compensatoire avanzata dalla moglie, poiché si era accertato che "les revenus de l'épouse étaient supérieurs à ceux du mari, qu'il n'était pas établi que sa retraite serait inférieure à celle de ce dernier, que celui-ci disposait de biens dont il avait financé l'acquisition en tout ou partie au moyen de loyers et enfin que qu'aucune décision condamnant [il marito] à contribuer aux charges du mariage n'avait été rendue à l'initiative de l'épouse" (cfr. Cass. civ. 1ère, 1er juillet 2009, cit.; sull'argomento, nello stesso senso, cfr. anche Benanti, op. cit., 1093 ss.).

(131) In questo senso v. anche Martiny, Divorce and Maintenance Between Former Spouses - Initial Results of the Commission on European Family Law, cit., 545, il quale peraltro correttamente ammonisce che "the multiplicity of the grounds for divorce is reflected by a multitude of different consequences. From the point of view of a possible unification these often very complex regimes at first glance do not look very promising. One has to concede, however, that also systems starting with only one type of maintenance eventually have to make many subtle distinctions, which can produce complex results".

(132) Cfr. Martiny, Divorce and Maintenance Between Former Spouses - Initial Results of the Commission on European Family Law, cit., 547.

(133) Per un interessante lavoro sui metodi di calcolo dell'assegno di divorzio e di separazione in Italia cfr. AA.VV., *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, a cura di Al Mureden - Rovatti, Torino, 2020.

tendenza, che comunque sembrano evidenziare una spiccata preferenza per la prima soluzione. Così, mentre nel Paesi Bassi esiste una limitazione a dodici anni per legge, in Norvegia e Grecia opera una limitazione (nella maggior parte dei casi) a tre anni e in Svezia a quattro anni; per quanto attiene al passaggio a nuove nozze del beneficiario, esso rileva come causa estintiva automatica praticamente in tutti i sistemi, laddove le soluzioni appaiono assai più sfumate in relazione all'inizio di una stabile convivenza (134).

6. Continua. La convergenza delle convergenze. L'Europa si unisce nel segno dell'autonomia privata

(1) Contrattualizzazione degli effetti patrimoniali del divorzio e ammissibilità di prenuptial agreements in contemplation of divorce

Se l'ultimo punto esaminato nel contesto del par. precedente marca, come visto, la presenza di profonde e persistenti differenze tra i sistemi europei di liquidazione delle questioni patrimoniali insorgenti dal divorzio, un ampio orizzonte convergente - che viene in qualche modo a "compensare", assai generosamente, i divari di cui sopra - appare costituito dalla crescente valorizzazione dell'autonomia privata nel diritto di famiglia e dalla vera e propria privatizzazione e contrattualizzazione dei profili patrimoniali vincolo correlati allo scioglimento del matrimoniale (135).

Qui può veramente dirsi che i differenti sistemi europei stiano cominciando, finalmente, a parlare la stessa lingua.

Valga, per tutti gli infiniti esempi che si potrebbero portare, l'argomento "comparato" addotto da Lord Justice Thorpe quale fondamentale rationale di Radmacher v. Granatino. Una decisione, questa, con la quale, nel 2009, la Court of Appeals del Regno Unito (con verdetto confermato l'anno successivo dalla Corte Suprema) ha letteralmente demolito il precedente indirizzo contrario al riconoscimento anche oltre Manica degli ante-nuptial contracts. Qui, partendo dalla considerazione per cui "the civil law jurisdictions of Europe generally employ notarised marital property regimes to regulate both the property

consequences of marriage and divorce, the common law jurisdictions attach no property consequences to marriage and rely on a very wide judicial discretion to fix the property consequences of divorce", Lord Thorpe punta tutto sul "doppio argomento" (à la fois comparatistico e internazionalistico) per cui la coppia in oggetto era formata da un cittadino francese e da una cittadina tedesca e che, ove la questione della validità dell'accordo prematrimoniale (stipulato in Germania ed in forza del quale il marito non avrebbe potuto vantare alcuna pretesa d'ordine patrimoniale in caso di divorzio) fosse stata affrontata da un giudice tedesco o da uno francese, essa sarebbe stata sicuramente risolta in modo positivo. In motivazione è dato leggere, tra l'altro, che non tenere conto del fatto che la moglie era tedesca e che il pre-nuptial agreement era stato stipulato in Germania, con l'assistenza di un notaio tedesco e che colà - così come in Francia l'intesa sarebbe stata ritenuta valida, "would be both unfair and unjust", atteso che tali "foreign elements" andavano considerati "relevant", in quanto costituenti "essential features". E più oltre si legge che "The parties entered into their agreement with the help and advice of a German lawyer, under German law, making an agreement which was familiar to the civil law under which both parties and their families had grown up in Germany and France" (136).

L'argomento, per la sua vastità, non può certo essere affrontato nella presente sede. Basterà dire che, a parte i richiami ai numerosi studi in materia, l'Europa contemporanea sembra aver riscoperto recentemente nozioni e principi che erano propri già del diritto romano, che attribuiva ampi spazi alla contrattazione privata sul divorzio, sovente anche in via preventiva rispetto ad uno scioglimento meramente ipotizzato come astrattamente possibile (137). Sul punto può veramente dirsi che tutta la dottrina e la giurisprudenza del continente riconoscono oggi la contrattualizzazione dei rapporti familiari, con particolare riferimento al divorzio, come un fenomeno assolutamente universale e fondamentale, al punto da affermare, ad esempio, che "l'étude des relations entre divorce et contrat est l'un des points clés de la réflexion sur le droit de la famille en général, et sur la nature du mariage en particulier" (138). La stessa

⁽¹³⁴⁾ Cfr. Martiny, Divorce and Maintenance Between Former Spouses - Initial Results of the Commission on European Family Law, cit., 548.

⁽¹³⁵⁾ Sul tema della "privatizzazione" della famiglia in Italia v. per tutti Sesta, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in AA.VV., *Separazione*, *divorzio*, *affidamento dei minori: quale diritto per l'Europa?*, a cura di Sesta, cit., 4 ss.

⁽¹³⁶⁾ Sulla decisione v. per tutti Oberto, *Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce: European and Italian Perspectives*, in AA.VV., *Party Autonomy in European Private (and) International Law*, Tome I, a cura di Queirolo - Heiderhoff, Ariccia, 2015, 228 ss.

⁽¹³⁷⁾ Cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 66 ss. (138) Così Dekeuwer-Defossez, *Divorce et contrat*, in AA.VV., *La contractualisation de la famille*, a cura di Fenouillet e de

dottrina francese riconosce del resto, da tempo, proprio nel divorzio il "luogo" in cui si esercita una négociation globale, di cui i coniugi stessi sono sempre più protagonisti (139).

Anche su questo punto, poi, viene generosamente in soccorso il diritto eurounitario.

Sia detto subito che ben poco rileva che tale settore sia per lo più volto a disciplinare questioni processuali e temi di diritto internazionale privato. Come condivisibilmente rimarcato oltralpe, invero, "il faut aujourd'hui démentir l'idée de neutralité du droit international privé. Au moins en matière familiale, les dernières évolutions de la discipline révèlent clairement qu'il s'agit d'un droit engagé en faveur de la défense des droits fondamentaux et que cet engagement ne passe plus seulement par le correctif de l'ordre public" (140).

Del resto, come chi scrive ha cercato di dimostrare in altra sede (141), la "lezione" che il diritto europeo di famiglia (142) ci impartisce è proprio quella secondo cui i problemi giuridici transnazionali della crisi di coppia vanno affrontati alla luce del principio di autoresponsabilità e di autonomia contrattuale. Un'autonomia, si badi, che può essere esercitata non solo al momento della crisi, ma anche prima di essa, sin dal momento della costituzione del vincolo personale. Tale principio, in verità, fa capolino in tutti gli strumenti di fonte eurounitaria volti a trattare speciali profili dei rapporti endofamiliari. Strumenti, questi, che lasciano tutti vistosamente trapelare il fatto di presupporre, addirittura, e di dare assolutamente per scontata la validità, sul piano del diritto materiale interno dei Paesi membri, di patti prenuziali in vista del divorzio. Si veda ad esempio quanto stabilito dall'art. 3 del regolamento sui regimi matrimoniali (n. 1103 del 2016), laddove, dal combinato disposto delle lett. b) ed a), emerge con chiarezza che (non solo la scelta della legge applicabile, ma anche) la "convenzione matrimoniale" (intesa come "qualsiasi accordo" con cui le parti "organizzano il loro regime patrimoniale") ben può essere stipulata non solo tra coniugi, ma anche tra "nubendi" (e, dunque, prima delle nozze), al precipuo fine di regolare i rapporti patrimoniali tra le parti e rispetto ai terzi, in conseguenza non solo del matrimonio, ma anche "del suo scioglimento". Lo stesso principio appare desumibile dall'art. 27, laddove si afferma espressamente che l'accordo sulla legge applicabile determina, tra l'altro (cfr. la relativa lett. e), lo scioglimento del regime patrimoniale tra coniugi e la divisione, distribuzione o liquidazione dei beni (143).

In breve: non solo la comparazione con i sistemi stranieri, ma anche il diritto eurounitario (che, a differenza degli ordinamenti stranieri, è, come noto, parte integrante e fondamentale delle normative interne dei Paesi membri dell'UE) ci dice ormai che gli accordi patrimoniali sul divorzio, compresi i contratti prematrimoniali in vista di quest'ultimo (sono presupposti come, e pertanto) devono ritenersi validi e ammissibili ovunque. Di tale realtà appare quindi opportuno che anche le giurisprudenze più "conservatrici", come la nostra, comincino ad acquiconsapevolezza (144), utilizzando

Vareilles-Sommières, Paris, 2001, 67. Per una serie di ricerche comparate al riguardo cfr. AA.VV., From Status to Contract? - Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht, a cura di Hofer - Schwab - Henrich, Bielefeld, 2005, passim. V. inoltre AA. VV., Party Autonomy in European Private (and) International Law, Tome I, cit., passim; Queirolo, EU Law and Family Relationships. Principles, Rules and Cases, Ariccia, 2015, 205 ss. Sul rilievo dell'autonomia privata nel diritto divorzile tedesco v. per tutti Hohloch, The Privatization of Family Law in Germany, in Familia, 2017, 582. Per la Spagna cfr. Mazzilli, The Privatization of Separation and Divorce in Spain and Italy: a Comparative Study, in Familia, 2017, 563 ss. Anche González del Pozo, Acuerdos y contratos prematrimoniales (I), in Boletín de Derecho de familia, 81, 2008, 10 ss. ha rimarcato che il riconoscimento dell'ammissibilità di un convenio regulador sulle conseguenze del divorzio ha dato inizio al processo di privatizzazione del matrimonio, mentre secondo Vargas Aravena, Daños civiles en el matrimonio, Madrid, 2009, 119, la famiglia è divenuto il luogo in cui gli interessi individuali dei membri prevalgono sopra quelli del gruppo. Sul tema della contrattualizzazione dei rapporti privati nel diritto europeo v. anche Fantetti, Codificazione europea per l'unificazione dei procedimenti di separazione e di divorzio, in Fam. pers. succ., 2008, 346 ss.; Cubeddu, Verso principi generali uniformi degli atti della persona (e della famiglia), in Riv. dir. civ., 2012, 45 ss.; Cordiano, Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari, Torino, 2018, 195 ss.; Bugetti, Il divorzio tra intervento giudiziale e autonomia dei coniugi, in questo Fascicolo, retro, 34 ss.

(139) Cfr. Théry, Le démariage, Paris, 1993, 177 ss.

(140) Così Farge, op. loc. ultt. citt.

(141) Cfr. Oberto, I patti prematrimoniali nel quadro del diritto europeo, in Corr. giur., 2020, 794 ss.

(142) Sul se ed in che misura si possa oggi parlare di un "diritto europeo della famiglia", cfr. Oberto, La comunione coniugale nei suoi profili di diritto comparato, internazionale ed europeo, in Dir. fam. pers., 2008, 367 ss.

(143) Per una nutrita serie di altri esempi e per una dimostrazione completa dell'assunto di cui al testo, impossibile per ragioni di spazio in questa sede, si fa rinvio a Oberto, I patti prematrimoniali nel quadro del diritto europeo, cit., 796 ss.

(144) Una consapevolezza, si badi, che neppure sembra caratterizzare la posizione "ufficiale" dello stesso governo italiano. Ed invero, quest'ultimo si è fatto latore, nel 2019, di una proposta di legge in materia (cfr. il d.d.l. di iniziativa governativa S/1151/XVIII, presentato al Senato il 19 marzo 2019), dal contenuto quanto mai vago e generico, posto che trattasi di una sorta di "scatola vuota" che si limita a proporre una legge delega, la quale, tra varie possibili riforme del codice civile, dovrebbe essere volta all'emanazione, da parte del governo medesimo, di un decreto legislativo al fine di "b) consentire la stipulazione tra i nubendi, tra i coniugi, tra le parti di una programmata o costituita unione civile, di accordi intesi a regolare tra loro, nel rispetto delle norme imperative, dei diritti fondamentali della persona umana, dell'ordine pubblico e del buon costume, i rapporti personali e quelli patrimoniali, anche in previsione dell'eventuale crisi del rapporto, nonché a stabilire i criteri per l'indirizzo della vita familiare e l'educazione dei figli". Ora, nella relativa relazione d'accompagnamento si legge che, al riguardo, considerazioni di cui sopra quale elemento determinante nel far pendere il piatto della bilancia nel senso della validità, anche nel diritto interno, delle intese qui in discorso. Questo, a maggior ragione, in un periodo che, come il presente, appare caratterizzato da evidenti "sbandamenti", mentre la visione tradizionale dei patti in vista del divorzio, che vedeva questi ultimi come irrimediabilmente contrari all'ordine pubblico (interno) ed all'art. 160 c.c., inizia a mostrare (a parte l'evidente antistoricità) talune vistose crepe (145).

7. È davvero necessario unificare o armonizzare la legislazione (materiale) divorzile? Il ruolo del diritto internazionale privato uniforme

Dopo aver passato in rassegna i diversi argomenti che sembrano evidenziare la presenza, nei vari ordinamenti europei, di linee di tendenza comuni o, quanto meno, ampiamente convergenti in materia di divorzio e aver tentato di esporre una critica della tesi che nega l'esistenza di (o, più esattamente, tenta di sminuire notevolmente) siffatte convergenze, va ripreso l'interrogativo lasciato in sospeso circa la necessità o l'utilità (o meno) dello sforzo di ricondurre ad unità, o, almeno, ad un maggior livello di armonizzazione, il diritto divorzile.

I paladini della soluzione positiva pongono in evidenza l'opportunità, quanto meno, di un'armonizzazione, alla luce della necessità di ridurre al minimo le situazioni di conflitto tra ordinamenti, posto che "In a Europe that is growing together, family ties increasingly cross one or more national boundaries" (146). Non può trascurarsi poi il fatto che l'Unione Europea garantisce (pandemie permettendo, verrebbe oggi da dire) la libertà di movimento ai soggetti, promovendo, oltre tutto, da anni, quegli intensi programmi di studio e

formazione dei giovani all'estero, che certamente hanno contribuito a forgiare una generazione di cittadini europei decisamente insofferente rispetto all'applicazione di barriere ed ostacoli all'interscambio personale tra gli Stati membri. In tale contesto una parte della dottrina pone in evidenza come "substantive differences between the national legislations within Europe may have serious negative consequences on cross-border families resulting in the breach of fundamental human rights, or in the case of EU may even form the obstacle for free movement of persons" (147). L'accresciuta mobilità delle persone richiede, dunque, "special attention to ensure clarity and coherence about the nature of family law regulations such as divorce agreements, child custody dealings, inheritance, etc." (148).

Ancora, si pone giustamente in evidenza che il riconoscimento dell'esistenza o meno di un matrimonio può determinare gravi conseguenze, in relazione ad elementi quali il permesso di soggiorno, l'acquisto o la perdita della cittadinanza, il diritto a forme di assistenza sociale e la sottoposizione o meno a prelievi fiscali. Ne consegue che la concessione o il diniego di riconoscimento di un certo status personale in un Paese diverso da quello in cui tale status si è formato o modificato possono anche avere effetti sui diritti patrimoniali dei soggetti interessati. Così pure, la diversa regolamentazione dei regimi patrimoniali coniugali può, in caso di divorzio, influenzare negativamente i diritti degli ex coniugi (149). Ne consegue che "diverging national legal systems in family matters may negatively affect cross border movement of families", determinando, in relazione al diritto comunitario, "the restriction on the free movement of persons". Tutto ciò produrrebbe, quindi, l'imprescindibile necessità di ricercare "the ways to harmonise substantive family law in Europe" (150), ciò tanto più ove si

esisterebbe una lacuna nel nostro ordinamento, "nel quale tuttora tali tipologie di accordi, sia patrimoniali che personali, sono reputati nulli rispetto invece ad altri ordinamenti, nei quali sono ammessi e regolamentati".

(145) Sul tema si rimanda per tutti a Oberto, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il* distinguishing *finisce nella* Haarspaltemaschine, nota a Cass. Civ. 21 dicembre 2012, n. 23713, in questa *Rivista*, 2013, 323 ss.

(146) Dethloff, Arguments for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe, in AA.VV., Perspectives for the unification and harmonization of family law in Europe, a cura di Boele-Woelki, cit., 37. Si calcola che oggi nell'Unione Europea vi siano circa sedici milioni di international couples: https://europeansting.com/2019/01/31/property-regimes-for-international-couples-in-europe-new-rules-apply-in-18-member-states-as-oftoday/.

(147) Dethloff, op. loc. ultt. citt.

(148) Cfr. Eurobarometer, Family law Analitical report 2006, http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl188b_en.pdf, 3.

(149) Rileva Marella, op. cit., 87, che "the persons who established the family relationships in one country, moved to another country and later decided to divorce, may lose their rights to claim a certain property, if the receiving State has different regulation concerning the matrimonial property regime, therefore the examples show how the lack of a harmonised certain aspects of family matters can be the source of severe discrimination among European citizens".

(150) Così Marella, op. loc. ultt. citt. Anche De Oliveira, op. cit., 1095 s. pone l'accento sulla necessità di uniformare o almeno armonizzare il diritto di famiglia in Europa, rilevando che "Long gone are the days when citizens were born and married and died in the same place, getting married in their villages, and working on the land where the sparrows of their childhood kept on chirping. Social mobility and the abolition of borders have increased binational marriages. People live in different countries throughout their lives; they get married here and 'unmarried' elsewhere. And ever more frequently, they get together again and again as the increase in 'reassembled' families clearly shows. Within this

tenga conto del fatto che "The circumstances which shaped the notion of a European Union drive national systems towards convergence in family law as well. The construction of the European Union gives national systems the opportunity, the means and the motives to attempt the unification of family law more than ever before" (151).

Va subito detto che queste preoccupazioni appaiono, certamente, più che condivisibili. Meno condivisibile sembra invece la risposta secondo cui l'unico rimedio immaginabile sarebbe quello di un'armonizzazione dei diritti materiali (e si sottolinea materiali) dei vari Stati.

In primo luogo, va tenuto ben presente che, se per armonizzazione si intende quanto già illustrato in precedenza (152), vale a dire l'elaborazione e l'accettazione di principi generali comuni, implementati nei vari sistemi mercé l'adozione in concreto di ordinamenti differenziati da Paese a Paese, si rischia di non andare poi tanto più lontano rispetto a dove già si è. In gran parte, infatti, come si è visto, svariati principi generali già sono, nei fatti, riconosciuti. Aggiungerne ad essi degli altri, rendendoli vincolanti per gli Stati - si pensi, ad esempio, ad un'operazione consistente nella trasformazione in una teoretica direttiva vincolante per i Paesi europei di un documento quale i "Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses" (153) - non servirebbe, probabilmente, a risolvere i problemi concreti testé segnalati.

Ed invero, la pratica giudiziaria dei contenziosi giusfamiliari nella dimensione cross border dimostra in modo irrefutabile come conflitti e problemi nascano non già in relazione ai grands principes, bensì proprio per la diversa lettura ed applicazione delle norme di dettaglio. Der Teufel steckt im Detail: in fondo, se proprio vogliamo ammettere un'altra singolare convergenza, tutti noi europei ci riconosciamo in questo

detto! Basti pensare, tanto per portare un esempio, a come l'idea stessa di compartecipazione differita agli acquisti operati in costanza di regime matrimoniale (sulla "promozione" della quale al rango di futuribile regime legale europeo si registra un'ampia corrispondenza d'amorosi sensi un po' in tutto il continente) possa essere declinata, in concreto, in modi tanto diversi: dalla germanica Zugewinngemeinschaft, all'italica comunione de residuo, per non parlare degli scandinavi giftorättsgods, o della francese participation aux acquêts (154).

I famosi principi europei di diritto di famiglia, elaborati con grande saviezza dalla CEFL (155) costituiscono certamente un nucleo di regole idonee a costituire quel common core vagheggiato da molti. Essi sarebbero sicuramente in grado di formare l'oggetto di un'ipotetica direttiva, se solo l'Unione Europea avesse il potere d'intervenire sul diritto materiale di famiglia (156). Ma vi è da giurare che, tanto per portare uno dei tanti, possibili esempi, una regola come quella che consente all'autorità definita "competente" (giudiziaria?) di "at least scrutinise the validity" di un accordo sull'assegno di divorzio (157) sarebbe intesa ed attuata in modo ben diverso da Paese a Paese: dagli aneliti scandinavi e nordici ad una piena libertà negoziale, all'abitudine delle corti di common law di esercitare poteri sconfinati nella materia dei rapporti tra coniugi, alle tentazioni germaniche di attribuire a Treu und Glaube anche in tale campo un ruolo che, a ben vedere, loro non compete (158), alle vere e proprie pulsioni paternalistiche della nostra giurisprudenza che s'ostina - peraltro a fasi alterne - ad applicare l'art. 160 c.c., del tutto impropriamente, alla materia della crisi coniugale, e così via.

Quanto sopra, poi, a prescindere ancora dal fatto che l'ottica della "semplice" armonizzazione rischierebbe comunque (e a dispetto della bontà delle intenzioni)

framework, the old and dear notion of the certainty of law-the aim of knowing all the legal effects of our actions-is dying out with obvious individual losses under the resigned eyes of the national legal community".

(151) De Oliveira, op. cit., 1101 s.

(152) V. supra, par. 3.

(153) II sito ufficiale della Commission on European Family Law (CEFL) è il seguente: http://ceflonline.net/. Sulla storia della creazione di tale commissione ofr. Boele-Woelki, The Principles of European Family Law: its Aims and Prospects, in Utrecht Law Review, 2005, 160 ss.; Cubeddu, I contributi al diritto europeo della famiglia, in AA.VV., Introduzione al diritto della famiglia in Europa, a cura di Patti - Cubeddu, cit., 14 ss. Sul tema del lavoro svolto dalla CEFL nell'elaborazione di principi in tema di divorzio cfr. Boele-Woelki-Ferrand-González Beilfuss-Jänterä-Jareborg-Lowe - Martiny - Pintens, Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between former Spouses, Antwerp-Oxford, 2004, passim. Da notare, ancora, che il sito della

CEFL contiene una ricchissima banca dati di rapporti nazionali sul divorzio nei vari Paesi UE: http://ceflonline.net/divorce-mainte-nance-reports-by-jurisdiction/. Un'altra interessante e completa raccolta di rapporti nazionali sul tema è rinvenibile in http://idcel.univ-lyon3.fr/fileadmin/medias/Documents_IDCEL/IDCEL-La_rupture_du_mariage_en_droit_compare__-2015.pdf.

(154) Per un'illustrazione comparativa si fa rinvio per tutti a Oberto, *La comunione legale tra coniugi,* I, cit., 849 ss.

(155) V. supra, in questo stesso par.

(156) Naturalmente stiamo qui parlando di "fantadiritto eurounitario", posto che tratterebbesi comunque di materia non attribuita, almeno per i prossimi... cinquecento anni, agli organismi eurounitari.

(157) Cfr. il Principle 2:10 (3).

(158) Per una critica al riguardo cfr. Oberto, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in questa *Rivista*, 2012, 89 s.

di produrre risultati "minimalisti", se non veri e propri passi indietro. Vi è, invero, il serio rischio che questo approccio fornisca, all'atto pratico (cioè al momento del concreto "travaso" dei principi in un articolato normativo vincolante) l'occasione "for backward, mystifying ideas of legal development to strike back", come già avvenuto del resto in passato nella materia contrattuale o in quella dell'illecito civile (159).

La verità è che, dovendo venire a patti con la dura realtà, occorre ammettere che ogni problema sarebbe risolto solo ed esclusivamente dall'adozione di un unico jus europaeum familiae. Solo un vero e proprio, unico, codice di diritto materiale uniforme europeo della famiglia sarebbe idoneo a recidere, con un colpo netto, il nodo gordiano che qui si è pazientemente tentato di illustrare, esattamente come accadde oltre duecento anni fa, quando il Code Napoléon pose fine una buona volta per tutte alle infinite, secolari dispute legate alla "territorialità" o meno dei regimi matrimoniali dell'Ancien Régime, disciplinati in modo molto diverso, a seconda che ci si trovasse in territori retti dal droit écrit, ovvero da una certa coutume, piuttosto che da un'altra (160).

Poiché, peraltro, quest'ultimo scenario non è (deprecabilmente, almeno a sommesso avviso chi scrive) alle viste, l'unica, reale, attuabile e potenzialmente efficace soluzione non può essere rinvenuta se non sul piano del diritto internazionale privato e processuale. Per dirla in breve, se una mera armonizzazione ope legis del diritto materiale non è auspicabile, l'unificazione certamente lo è, ma nel contesto di una prospettiva per il momento purtroppo solo utopica. E dunque non rimane, per il momento, che cercare la soluzione degli innumerevoli problemi di conflitto tramite un corretto approccio internazionalprivatistico, in attesa della creazione (che, per lo meno, chi scrive, certamente il piacer di vedere non avrà) di un futuribile "vero" diritto europeo di famiglia. La via d'uscita per i problemi e le impasses sopra segnalate va pertanto individuata, oggi, in un sistema il più possibile uniforme (questo sì!), coerente e organico di conflict law, posto che, a ben vedere, nessuna, veramente nessuna delle criticità poste in evidenza poco sopra (con tutte le perplessità che lo scrivente non si stancherà mai di dire che condivide appieno) appare insuperabile, alla luce di un *Kollisionsrecht* che sia, però, assolutamente uniforme e ben congegnato (161).

Questa non è certo la sede per illustrare quali siano le sfide che tale ultima peculiare ottica ha dovuto affrontare e in buona parte superare, così come le prove che la stessa deve ancora sostenere. In altra occasione chi scrive ha avuto modo di puntare il dito contro l'ostacolo più insidioso dell'attuale sistema internazionalprivatistico di matrice eurounitaria, costituito dall'eccessivo livello di frammentazione, frutto di quel dépeçage che, proprio in materia divorzile impedisce di avere un unico strumento cui gli interpreti possano far riferimento (162).

È peraltro vero che, come pure in quella sede indicato, gli stessi regolamenti che a vario titolo intervengono in proposito - dal "Bruxelles II bis" (e ora "II ter"), al "Roma III", al regolamento sulle obbligazioni alimentari, a quello sui regimi matrimoniali - posseggono al loro interno regole di coordinamento, che consentono di porre un qualche argine alla deprecata frammentarietà del quadro d'insieme (163). Probabilmente, più elevati livelli di omogeneizzazione sarebbero auspicabili, attribuendo, ad esempio, alle regole europee di diritto internazionale privato sul divorzio contenute nel regolamento "Roma III" (ovviamente, dopo opportuna modifica e adattamento) il compito di disciplinare ogni aspetto concernente lo scioglimento del matrimonio: non solo, dunque, il provvedimento o l'atto che determina la dissoluzione del vincolo, ma anche tutti i profili annessi e connessi, quali gli accordi prematrimoniali e le conseguenze patrimoniali in genere del divorzio, nessuna esclusa (dallo scioglimento del regime, all'assegno divorzile, al cognome, alle pretese risarcitorie e d'arricchimento, alle rivendiche inter coniuges, etc.).

⁽¹⁵⁹⁾ La preoccupazione viene condivisibilmente espressa da Marella, *op. cit.*, 105.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. Oberto, La comunione legale tra coniugi, I, cit., 59 ss. (161) Questo, a dire il vero, non è il parere di tutti gli Autori. Così, ad es., Dethloff, Arguments for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe, 51 ss., ritiene che la mera unificazione delle regole di conflitto lascerebbe spazi liberi a "manovre" di una parte contro l'altra, quali ad esempio un uso spregiudicato delle possibilità di forum shopping o, ancora, a effetti pregiudizievoli derivanti dal mutamento della residenza abituale, posto che il diritto applicabile è a questa connesso. Nulla peraltro, ad avviso di chi scrive, cui non possa porsi rimedio tramite un'accorta conformazione delle norme di d.i.p., al fine di evitare che la

parte più "veloce" possa scegliersi il tribunale (e/o la legge sostanziale) più "favorevole", magari anche predisponendo *ex lege* meccanismi di invariabilità degli effetti del mutamento di residenza abituale sulla legge applicabile. Sui temi del diritto internazionale privato divorzile cfr. anche i contributi di Baruffi, *Il divorzio nel diritto dell'Unione europea* in questo *Fascicolo, retro*, 99 ss. e Rimini, *Il divorzio internazionale: le fonti e il metodo*, in questo *Fascicolo, retro*, 106 ss.

⁽¹⁶²⁾ Cfr. per tutti Oberto, I patti prematrimoniali nel quadro del diritto europeo, cit., 800 ss.

⁽¹⁶³⁾ Oberto, I patti prematrimoniali nel quadro del diritto europeo, cit., 807 ss.

8. Per finire, una proposta

Per tornare al tema, caro a chi scrive, del diritto materiale uniforme europeo, sia consentito, in conclusione, avanzare una proposta concreta, per quanto utopica possa sembrare.

Come si è evidenziato sopra, trattando delle comuni linee di tendenza dei vari ordinamenti giusfamiliari europei (164), un punto di sicura convergenza è dato oggi dal crescente rilievo fornito alla autonomia delle parti. Se ciò è vero, sembra possibile puntare su tale profilo per propugnare un'uniformazione "mite" del diritto europeo del divorzio. In altre parole, se i tempi non sono (come certamente non sono) ancora maturi per l'emanazione a livello sovranazionale di una normativa materiale uniforme in materia di scioglimento del matrimonio, in sostituzione della variopinta babele di leggi nazionali oggi vigenti, ben si potrebbe immaginare sin d'ora un "divorzio europeo", disciplinato (in modo, ovviamente, del tutto uniforme) da norme di fonte sovranazionale (si pensi ad una convenzione europea ad hoc) applicabili a coppie cross-border, così come ad ogni coppia coniugata (o anche, per l'Italia, civilmente unita), pure in assenza di elementi di internazionalità, sulla base di un'opzione in tal senso concordemente espressa dagli interessati, eventualmente già in sede di creazione del vincolo.

Questo tipo d'approccio non è del tutto nuovo, anche se fino ad oggi era stato per lo più pensato per le sole situazioni *cross border*.

Così, già diversi anni or sono, un autore olandese proponeva il ricorso ad un "diritto di famiglia opzionale europeo", che le parti potrebbero liberamente scegliere di applicare alle proprie relazioni, in luogo di quello loro riferibile in base alle rispettive leggi nazionali (165), mentre in tempi più recenti un'autrice tedesca ha avanzato l'idea di un modello opzionale di matrimonio civile europeo. Siffatto "einheitlicher Rechtsrahmen für transnationale Paare" dovrebbe contenere una disciplina completa del vincolo coniugale, dalla sua formazione al suo scioglimento (166). Una concreta realizzazione di

quest'idea, ancorché in un limitato settore dei rapporti patrimoniali, è costituita, già *de iure condito*, dall'accordo sul regime matrimoniale convenzionale franco/tedesco del 2010 (167).

In altre parole, chi scrive vagheggia qui una convenzione europea che dovrebbe consentire alle coppie in crisi (a tutte: a prescindere, quindi, dalla presenza o meno di elementi di internazionalità del rapporto) di optare, anziché per il divorzio conosciuto dalle legislazioni nazionali di volta in volta applicabili, per un set di norme specialmente destinate a regolamentare lo scioglimento del matrimonio (dans tous ses états...: dalle condizioni per accedervi, alle procedure da seguire, alle conseguenze personali e patrimoniali, inter coniuges e nei rapporti con la prole) in modo assolutamente uniforme nel nostro continente. L'opzione, come si diceva, ben potrebbe essere prevista come esplicitabile già a partire dalla costituzione del vincolo, venendo così a costituire un vero e proprio prenuptial agreement in contemplation of divorce di fonte normativa sovranazionale. Essa, peraltro, potrebbe essere consegnata anche alle coppie già costituite e già in crisi, cui dovrebbe essere consentito abbandonare le procedure eventualmente già in atto e ancora in corso per adottare quella nuova, sperabilmente più agevole. Questo nuovo istituto, come si diceva, dovrebbe portare ad una uniformazione "mite" del diritto europeo della crisi coniugale, perché, lungi dal soppiantare i divorzi "nazionali" (cui troppi paiono non si comprende bene perché - ancora tanto affezionati), verrebbe ad affiancarsi ad essi, quale mera alternativa opzionale (168). Un'alternativa che, se adeguatamente congegnata, potrebbe portare "nei fatti" ad un abbandono da parte dei cittadini dei vecchi "divorzi nazionali", ove ritenuti meno convenienti rispetto a quello eurounitario.

Proprio al fine di rendere il vagheggiato sistema effettivamente rispondente alle aspettative delle coppie e, come tale più "appetibile" di quelli nazionali, si potrebbe prendere le mosse dai già ricordati principi europei della Commission on European Family Law (169), i quali non dovrebbero, però (170), essere

⁽¹⁶⁴⁾ V. supra, parr. 4-6.

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. de Groot, *Op weg naar een Europees personen- en familierecht?*, in *Ars Aequi*, 1995, 44, 1, 32 ss.

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. Dethloff, Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts, in AcP, 2004, 544 ss.; Ead., Die Europäische Ehe. Ein optionales Modell für transnationale Partnerschaften, in Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs, 2012, 138 ss.

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. I'"Abkommen vom 4. Februar 2010 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinngemeinschaft" (WZGA). L'accordo, firmato il 4 febbraio 2010, è entrato in vigore il 1° maggio 2013, dopo essere stato ratificato in Germania il 15

marzo 2012 e dalla Francia il 28 gennaio 2013 con leggi promulgate in quelle rispettive date. Sul tema cfr. per tutti Naudin, *Les instruments optionnels destinés à régler les difficultés de la famille européenne*, in *Les petites affiches*, 29 juin 2012, n. 130, 47 ss.; Meier-Bourdeau, *Le nouveau régime matrimonial franco-allemand*, in *La semaine juridique*, 2013, 163 ss.

^{(168) &}quot;Opzionale" sta qui ad indicare - lo si precisa a scanso di equivoci - la necessità che la scelta derivi da un accordo chiaramente e formalmente espresso da entrambi i coniugi, o dai nubendi (o, nel caso di unione civile, dai civilmente uniti o unendi).

⁽¹⁶⁹⁾ Su cui v. supra, par. 7.

⁽¹⁷⁰⁾ Per le ragioni già esplicitate: cfr. *supra*, par. 7.

trasfusi sic et simpliciter nella normativa sovranazionale, dovendo invece costituire una solida base, un autorevole punto di partenza, per l'elaborazione di un articolato di dettaglio, destinato a regolamentare ogni profilo del nuovo "divorzio europeo". Qualcosa di simile, insomma, a ciò che già sta accadendo, come detto, per il regime matrimoniale convenzionale

franco/tedesco, il quale sembra voler indicare una sicura via, proprio nell'ottica appena tratteggiata (171), al fine di conseguire vere e proprie "aree di uniformità" nel panorama normativo europeo, in tal modo aprendo il varco a nuovi, auspicabili e ben più audaci livelli di *Europäisierung* del diritto di famiglia nel nostro caro, "vecchio" continente.

un'eventuale "correction judiciaire en équité" della convenzione matrimoniale, nel caso dovessero manifestarsi, all'atto dello scioglimento del vincolo, circostanze imprevedibili in grado di determinare conseguenze manifestamente inique a carico di un coniuge). Sul tema v. per tutti Hesbois, Epoux séparatistes et collaborations économiques: quels sont les apports de la réforme des régimes matrimoniaux du 22 juillet 2018 quant au préjudice de carrière de l'un des époux ?, in https://matheo.uliege.be/bitstream/2268.2/6924/4/TFE-M%C3%A9gane%20HESBOIS.pdf.

⁽¹⁷¹⁾ L'accordo franco-tedesco sul regime patrimoniale ha già ottenuto un primo, innegabile, successo, nell'indicata ottica di "uniformazione mite" del diritto di famiglia europeo. Esso, invero, ha visibilmente influenzato la riforma belga dei regimi patrimoniali realizzata con legge del 22 luglio 2018, che ha introdotto la possibilità di stemperare le "asprezze" del regime opzionale di separazione dei beni mercé l'inserimento di una clausola di "participation aux acquêts". Inserimento, questo, della cui possibilità i novelli coniugi belgi dovranno essere edotti all'atto della stipula del contrat de mariage (così pure come della possibilità di prevedere