

## OSSERVATORIO

*Laura López de la Cruz*

### VERSO UN DIVORZIO SENZA CAUSA IN EUROPA?\*

SOMMARIO: Introduzione. – I. L'INCIDENZA DELLA LIBERTÀ PERSONALE SULLA REGOLAZIONE DELLA CRISI MATRIMONIALE. MODELLI TEORICI DI DIVORZIO. 1. La Riforma protestante e la nozione di divorzio-sanzione. 2. Emersione della nozione di divorzio-rimedio. 3. Il divorzio consensuale. 4. Il divorzio per volontà unilaterale di uno solo dei coniugi. – II. IL LUNGO PERCORSO DEL DIVORZIO IN EUROPA. 1. La libertà personale dei coniugi e la disciplina del divorzio. 2. Una certa evoluzione in materia di divorzio. 3. L'affermazione definitiva del divorzio-rimedio. – III. LA PROBLEMATICHE DEL DIVORZIO NELLE LEGISLAZIONI EUROPEE CONTEMPORANEE. – IV. IL DIVORZIO SENZA CAUSA NEL DIRITTO SPAGNOLO. 1. La riforma del 2005. Presentazione della Legge. 2. Riflessioni sulla riforma del divorzio in Spagna. La funzione del consenso.

#### *Introduzione*

Al giorno d'oggi, lo studio del diritto di famiglia non può condursi se non prendendo in considerazione l'enorme influsso esercitato dal riconoscimento e dalla protezione dei diritti fondamentali nelle diverse Costituzioni democratiche europee sull'istituzione familiare e sulle persone che la compongono. L'impulso dei diritti fondamentali, insieme ai mutamenti nei comportamenti individuali e a una maggiore tolleranza sociale nei loro confronti, ha significato un cambiamento importante nella concezione della famiglia. Questa non è più considerata un ente sopraindividuale titolare di alcuni interessi propri che si impongono su quelli dei loro membri, ma è concepita come una cornice vitale di realizzazione e sviluppo personale, dove primeggiano i diritti individuali dei suoi componenti.

\* Il contributo è stato scritto in lingua italiana dall'Autrice. La revisione è stata curata dal dott. Daniele Chinni.

Un'evoluzione della nozione di famiglia, questa, che si è manifestata con intensità in Spagna, dove l'elaborazione costituzionale dei diritti fondamentali ha svolto un ruolo determinante. Da una parte, si è andata modificando la stessa nozione di famiglia, fino al punto che oggi non si può parlare di uno soltanto, ma di diversi modelli familiari. Dall'altra, all'interno del nucleo familiare stesso, le norme regolatrici delle relazioni giuridico-familiari si sono impregnate dei valori e dei principi costituzionali. Questo cambiamento è stato particolarmente significativo nel matrimonio, ove la distribuzione delle funzioni nel seno della famiglia ha lasciato il posto a un sistema bicefalo, nel quale l'uomo e la donna sono uguali in diritti e doveri e nel quale l'autonomia dei coniugi è ogni volta più evidente. In tal modo, l'organizzazione familiare inizia ad articolarsi attorno a due principi fondamentali: uguaglianza e libertà, abbandonando progressivamente le situazioni di disuguaglianza e sottomissione caratteristiche della famiglia patriarcale borghese.

È evidente che le trasformazioni cui si è fatto cenno non sono state prive di ostacoli e difficoltà, fino al punto di poter affermare che, ancora oggi, non può dirsi concluso questo processo di cambiamento nel quale la famiglia si è vista immersa. Senza dubbio, le modifiche più rilevanti hanno avuto luogo nei momenti iniziali del periodo democratico, con l'entrata in vigore della Costituzione Spagnola e l'approvazione delle leggi riformatrici del 1981. Tuttavia, l'evoluzione e il cambiamento che la società spagnola sta sperimentando con il passare del tempo richiedono continue riforme legislative. Precisamente in questo consiste la grande potenzialità dei diritti fondamentali, nella loro versatilità e capacità di adattamento ai cambiamenti che una società in continuo processo di trasformazione richiede. Perché ciò che è certo è che l'applicazione dei valori e dei principi democratici è qualcosa di prolungato nel tempo, di modo che il riconoscimento dei diritti costituzionali non si esaurisce con la riforma della legislazione vigente al momento dell'entrata in vigore del Testo Fondamentale, ma esige piuttosto una revisione continua delle norme che compongono il nostro ordinamento giuridico.

All'interno di questo vortice di trasformazioni giuridiche, occorre sottolineare come la libertà personale si sia consolidata come asse portante delle relazioni familiari. È risaputo che la libertà personale come diritto fondamentale acquisisce una speciale forza di trasformazione del matrimonio successivamente alla Seconda Guerra Mondiale, quando le Costituzioni smettono di essere meri testi programmatici e divengono in tutto e per tutto fonti normative. Con il tempo, si comincia a percepire

una maggiore tolleranza nei confronti di determinati comportamenti, dovuta principalmente alle rivendicazioni sociali e al crescente peso dei movimenti femministi, che acquistano forza durante gli anni Sessanta e Settanta. È da quel momento che si producono modifiche rilevanti nelle norme regolatrici del matrimonio in tutti i Paesi democratici. L'elaborazione concreta della libertà nella disciplina della relazione matrimoniale comincia a dipendere da una maggiore coscienza sociale circa la dimensione che tale diritto ha nelle relazioni di coppia, al che occorre aggiungere la progressiva sensibilità del legislatore e i contributi della dottrina e della giurisprudenza.

A questo punto, al legislatore spetta il compito di verificare che le norme applicabili si adeguino al nuovo ordine stabilito, essendo obbligato, quando ciò non avvenga, a intraprendere le riforme necessarie. Per quel che riguarda la Spagna, la riforma della regolamentazione del divorzio, con la legge 8 luglio 2005, n. 15, costituisce un passo importante in questo continuo processo di espansione del diritto di libertà personale nell'ambito della famiglia. L'accoglimento di un più ampio margine di libertà personale nel matrimonio è evidente nel trattamento delle situazioni di crisi, su due versanti: la possibilità di sciogliere il matrimonio e l'autonomia nello stabilire le conseguenze personali e patrimoniali derivanti dalla rottura. Soffermandoci sul primo dei versanti indicati, la nuova regolamentazione della separazione e del divorzio ha provocato un cambiamento concettuale di prim'ordine nell'istituto del divorzio, dal momento che è ora sufficiente la volontà di uno solo dei coniugi per sciogliere il vincolo matrimoniale.

## I.

### L'INCIDENZA DELLA LIBERTÀ PERSONALE SULLA REGOLAZIONE DELLA CRISI MATRIMONIALE. MODELLI TEORICI DI DIVORZIO

Senza dubbio, una delle maggiori manifestazioni della volontà individuale nel diritto di famiglia si realizza permettendo ai coniugi lo scioglimento del vincolo coniugale attraverso il divorzio. Tuttavia, non tutta la disciplina di tale mezzo di scioglimento del matrimonio riflette in egual misura la libertà concessa agli sposi. A tal riguardo si dovrà vedere quale sia il margine concesso loro. E così, occorre distinguere gli ordinamenti nei quali è sufficiente la semplice dichiarazione di volontà di divorzio perché lo si ottenga, da quelli che esigono la esistenza di una causa sulla

quale fondare la richiesta, allegando le prove pertinenti. Neppure è indifferente che sia legittimato a richiederlo solo uno dei coniugi o che sia necessario il consenso di entrambi. Così, si può osservare che la diversa regolamentazione della disciplina del divorzio ha condotto a diversi tipi di dissoluzione, nei quali si può apprezzare il loro diverso legame con la libertà personale, a seconda della concezione di matrimonio vigente in ogni momento. In tal modo, si distingue tra divorzio-sanzione e divorzio-rimedio, divorzio per accordo di entrambi i coniugi o per volontà unilaterale. Tutte queste soluzioni sono state vigenti in Europa in uno o in un altro momento storico, e ancora oggi il panorama odierno della disciplina di questa figura giuridica manca della necessaria coerenza e uniformità.

### *1. La Riforma protestante e la nozione di divorzio-sanzione*

Com'è noto, nella storia più recente dell'Europa, la consacrazione del divorzio come forma di scioglimento del vincolo matrimoniale si ha nei paesi protestanti a partire dall'interpretazione della Bibbia da parte dei riformisti, che ammettono il divorzio per adulterio<sup>1</sup>. Ciò implicò, allora, un'importante rottura del principio di indissolubilità del matrimonio, che sino ad allora la Chiesa Cattolica aveva predicato indiscutibilmente identificando il matrimonio con un sacramento<sup>2</sup>. Questa nuova norma o regola religiosa è assunta con una certa rapidità dalle leggi civili dei paesi nei quali trionfa la Riforma, i quali successivamente aggiungeranno a questa prima causa di divorzio altri comportamenti tipizzati. In tal modo, l'ideologia luterana esercita la sua influenza sul diritto dei paesi scandinavi<sup>3</sup> e

<sup>1</sup> M. ANTOKOLSKAIA, *The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy*, in M. MARTÍN-CASALS, J. RIBOT (a cura di), *The role of self-determination in the modernisation of Family Law in Europe*, Girona 2006, 33 y ss.

<sup>2</sup> B. DUTOIT, R. ARN, B. SFONDYLIA, C. BISCHOF, *Le divorce en Droit comparé*, vol. I, Europe, Ginevra 2000, 10 y ss.

<sup>3</sup> Nei paesi scandinavi, il successo della Riforma fa sì che venga introdotto il divorzio per adulterio o per abbandono del coniuge (in Danimarca a partire dal 1536 e in Svezia dal 1572). Si tratta di un divorzio chiaramente basato su argomenti colpevolistici che permane fino al principio del XX secolo. In tal modo, in Svezia, le disposizioni sul divorzio contenute nel Codice generale del 1734 sono abrogate solo nel 1915. La legge danese del 1682 resta in vigore fino al 1922; la legge norvegese del 1687 fino al 1918, e in Finlandia è applicato il Codice generale svedese fino al 1929 (D. DUMUSC, *Notions de mariage, de divorce et de divorce par consentement mutuel*, in *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, Ginevra 1980, 84).

della Germania<sup>4</sup>, così come gli insegnamenti calvinisti influenzeranno gli ugonotti francesi, i presbiteriani scozzesi e gli inglesi puritani<sup>5</sup>.

Si instaura un tipo di divorzio basato sul comportamento colpevole di uno dei coniugi, che ha ancora poco o niente a che vedere con la manifestazione della libertà personale. La sua disciplina corrisponde a un'idea estesa del matrimonio come istituzione che deve essere preservata persino al di sopra degli interessi dei coniugi, e dunque solamente quando si verifica una condotta meritevole della riprovazione dell'ordinamento è possibile procedere al suo scioglimento. Da questa prospettiva, il divorzio è sanzione di un comportamento illegittimo e non una risposta alla crisi coniugale, e in nessun caso un'opzione da offrire agli sposi senza alcun controllo riguardo le cause.

Nel divorzio-sanzione, le cause per le quali esso può essere richiesto possono essere presentate in forma di lista chiusa, nella quale si indicano diversi comportamenti dei coniugi dei quali non si discute il carattere colpevole, oppure essere espresse mediante una clausola generale che stabilisca, come causa di divorzio, ogni comportamento che costituisca

<sup>4</sup> In Germania, dopo la Riforma, si ammette il divorzio come sanzione alle inadempienze più gravi dei doveri coniugali. È vero anche, però, che la dissoluzione dell'impero tedesco fa sì che il movimento riformista non si instauri con la stessa intensità in tutti gli Stati, di modo che, dall'inizio del XVI secolo, coesistono entrambi i sistemi, quello riformista e quello tradizionale cattolico, la cui massima è l'indissolubilità del matrimonio. La Scuola di Diritto Naturale non tarderà nell'affermare il carattere contrattuale del matrimonio e, come conseguenza, la possibilità di scioglierlo con l'accordo dei coniugi, e anche con la volontà di uno solo di essi quando si faccia riferimento a una ragione grave che non necessariamente deve essere costituita dal comportamento colpevole dell'altro. Come conseguenza, le legislazioni dei distinti Stati adottano diversi modelli di divorzio (come il Codice prussiano del 1794). L'unificazione della Germania nel 1871 implica, tra le molte conseguenze, una revisione della legislazione sul divorzio. In tal modo, una Legge del 1875 sullo stato civile invita i *Länder* ad ammettere il divorzio. Finalmente, il Codice Civile tedesco introduce un Diritto federale di divorzio (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 154-155).

<sup>5</sup> L'Inghilterra fu l'unico paese protestante a mantenere la dottrina dell'indissolubilità del matrimonio, sebbene già nel 1670 fosse possibile ottenere il divorzio mediante una legge privata del Parlamento. Una situazione che si manterrà fino al XIX secolo. Nel 1858 è possibile il divorzio giurisdizionale basato sull'adulterio (Matrimonial Causes Act del 1857). Nel 1937 sono ammessi, insieme all'adulterio, l'abbandono, l'alienazione mentale, e anche la violenza, l'omosessualità e la crudeltà del marito (Matrimonial Causes Act del 1937). Confermate tali cause di divorzio nelle diverse leggi che si succedono nel 1950 e nel 1965, esse sono poi abrogate nel 1971 (Divorce Reform Act del 1969) (M. AN-TOKOLSKAIA, *The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy*, cit., 37; D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 186-187).

una violazione grave e reiterata dei doveri coniugali. Lo scioglimento del vincolo è concepito come una sanzione imposta al coniuge colpevole, e come una via d'uscita per quello innocente affinché possa svincolarsi da una relazione che viola i suoi diritti, poiché solamente quest'ultimo può richiedere il divorzio e solamente per le cause stabilite nella legge. In tal modo, a chi con il suo comportamento ha provocato la crisi coniugale è proibito svincolarsi da una relazione matrimoniale del cui fallimento è responsabile; resta pertanto soggetto alla decisione dello sposo o della sposa offesi. Come si è detto, la disciplina del divorzio corrisponde a una visione trascendente del matrimonio, che si impone sugli interessi dei coniugi, e perciò si rende difficile ottenerlo prevedendo requisiti di carattere sostanziale e di forma, con l'obiettivo di mantenere uniti gli sposi in un tipo di relazione consacrata socialmente come unico modello di relazione di coppia. Allo stesso modo, anche gli effetti del divorzio possono essere differenti in funzione dell'innocenza o della colpevolezza del coniuge colpito. Solo con il tempo, quando si inseriscono altri tipi di soluzione alla crisi del matrimonio, le conseguenze della rottura saranno indipendenti da ogni giudizio di colpevolezza.

Forse l'elemento più caratteristico di questo tipo di divorzio è la sua permanenza nel tempo, poiché, pure se presto coesisterà con altre modalità, non sarà mai messo del tutto da parte. È vero che l'introduzione del divorzio basato sull'irreparabile rottura del matrimonio altererà le basi sulle quali il primo si fonda – prendendo in considerazione il comportamento colpevole di uno dei coniugi non per sanzionarlo, ma come prova del fallimento matrimoniale – ma anche in questo modo, come vedremo, la componente colpevolistica sarà presente in una maniera o nell'altra, condizionando l'autonomia dei coniugi nel momento in cui viene presa in considerazione la rottura.

## *2. Emergence della nozione di divorzio-rimedio*

Sarà necessario aspettare il periodo dell'Illuminismo perché cominci a prendere forma il divorzio basato sull'irreparabile rottura del matrimonio, così come il divorzio richiesto dai coniugi di comune accordo, che vedremo più avanti. Per quanto riguarda il primo, si cominciano a gettare le basi di un divorzio concepito come rimedio alla crisi matrimoniale, quando questa non può essere risolta per altre vie (divorzio-rimedio). Il divorzio suppone, in questo caso, la constatazione del fallimento definitivo del matrimonio. Occorre tenere conto, in ogni caso, del fatto

che il matrimonio rappresenta ancora un'istituzione da salvaguardare, un modello di convivenza che si vuole sottrarre alla libera decisione dei coniugi, sebbene la rigidità del sistema diventi più flessibile quando entra in collisione con gli interessi di questi. Il presupposto per consentire il divorzio è la rottura irreparabile della relazione coniugale, il cui apprezzamento spetta ai giudici. Come si può osservare, neppure in questo caso si può affermare che esista la libertà di sciogliere il matrimonio, poiché è lo Stato che permette il divorzio come ultima risorsa, esistendo ancora un *favor* nei confronti del matrimonio che si impone sulla libera decisione dei coniugi.

Per la dimostrazione del fallimento della coppia talvolta si richiede una previa separazione dei coniugi, giuridica o di fatto; talaltra, questi ultimi dovranno dimostrare una causa che effettivamente renda insopportabile la vita coniugale, nel qual caso le differenze con il divorzio basato sulla colpa svaniscono<sup>6</sup>. Sebbene si possa osservare un'evoluzione del sistema che gradualmente rinuncia alla nozione di divorzio-sanzione per sostituirla con quella di divorzio-rimedio, certo è che l'abbandono della prima non implica il prescindere dal comportamento colpevole di uno dei coniugi, al quale ora si fa riferimento come prova dell'irrimediabile e definitivo fallimento della vita coniugale. Sussiste pertanto l'elemento colpa, e però la nozione di divorzio che si afferma sulla base del comportamento colpevole del coniuge trasgressore differisce notevolmente dall'originario divorzio-sanzione, al quale abbiamo fatto riferimento in precedenza. Il divorzio, in questo caso, non è sinonimo di punizione, ma di via d'uscita o soluzione al problema della crisi coniugale. Allo stesso

<sup>6</sup> Secondo DUMUSC, se esaminiamo il meccanismo del divorzio per colpa verifichiamo che di fatto non è la circostanza dell'aver commesso l'infrazione a determinare il divorzio. Se fosse questo il caso, sarebbe necessario che l'azione di divorzio potesse essere esercitata d'ufficio da parte dell'autorità, mentre invece può agire solamente il coniuge colpito. Se non si conosce l'infrazione, se la si consente, se non si risponde duramente o se la si perdona, non esiste azione di divorzio. Così come il divorzio non può essere pronunciato senza colpa o infrazione, questa di per sé non è sufficiente affinché si decreti il divorzio. Ciò che è determinante è l'effetto che produce sull'altro coniuge, o, più precisamente, sul vincolo coniugale. Il divorzio per colpa risulta essere così una forma restrittiva di divorzio-fallimento, limitato ai casi in cui il fallimento è provocato dall'infrazione di un coniuge. Allo stesso modo, rispetto al divorzio di comune accordo, il matrimonio non si scioglie perché i coniugi lo desiderano, ma perché questa volontà comune testimonia che la loro vita coniugale ha fallito. Anche il divorzio di comune accordo non compare più come un prodotto della teoria contrattuale del matrimonio, ma come un caso particolare di divorzio-rimedio (*Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 273-275).

modo, al momento di stabilire gli effetti della rottura non si guarda più al comportamento colpevole del coniuge che è alla base della richiesta, ma a parametri socioeconomici e di protezione dei membri della famiglia potenzialmente più sfavoriti dallo scioglimento del matrimonio.

### *3. Il divorzio consensuale*

Insieme al nascente divorzio basato sulla rottura irreparabile del matrimonio, e senza prescindere dal divorzio-sanzione, si afferma il divorzio il cui unico presupposto è la volontà comune di entrambi i coniugi di sciogliere la relazione matrimoniale. Il divorzio di comune accordo o divorzio su richiesta di entrambi i coniugi presuppone il riconoscimento dell'autonoma volontà nella decisione sullo scioglimento del matrimonio e sulle sue cause e, in una certa misura, implica il trionfo della teoria contrattualistica del matrimonio. Lo Stato non effettua alcun controllo sui motivi, sebbene in alcuni casi si pongano taluni ostacoli al suo rapido ottenimento. Così, per esempio, si può esigere una durata minima del matrimonio, o che sia trascorso, quale periodo di riflessione, un periodo di tempo dopo la richiesta o una determinata età dei coniugi o l'assenza di figli minorenni a loro carico.

In questo tipo di scioglimento brilla con maggior nitidezza la libertà dei coniugi nella gestione della crisi; tuttavia, l'esigenza che agiscano insieme limita le possibilità di ciascuno, nella misura in cui si richiede di contare sul consenso dell'altro. Una restrizione della libertà che si accentua se, inoltre, si esige che si mettano d'accordo sugli effetti del divorzio. Tuttavia, non si può negare il passo avanti che questa soluzione ha significato nel riconoscimento della libertà quale fondamento dello scioglimento del vincolo coniugale.

### *4. Il divorzio per volontà unilaterale di uno solo dei coniugi*

L'ultimo anello di questa catena evolutiva, con le caratteristiche che più tardi indicheremo, è costituito indubbiamente dalla consacrazione del divorzio quale risultato dell'esercizio di un diritto individuale a non rimanere sposato<sup>7</sup>. Il riconoscimento del diritto a richiedere il divorzio

<sup>7</sup> Sul tema si veda GUIBENTIF, *L'évolution du droit du divorce de 1960 à 1981*, in J.COMMAILLE, FESTY, GUIBENTIF, KELLERHALS, J.F. PERRIN e L. ROUSSEL, *Le divorce en Europe occidentale*, Parigi-Ginevra, 1983. Dopo aver distinto tra divorzio-sanzione, di-



per volontà unilaterale di solo uno dei coniugi e senza la necessità di addurre alcuna causa presuppone il trionfo definitivo della libertà personale nella disciplina del divorzio. Esprime, inoltre, una concezione del matrimonio che, lungi dall'essere considerato un'istituzione da salvaguardare, si presenta come uno strumento per ottenere la realizzazione personale e la stabilità emozionale di ognuno dei coniugi.

Constatiamo come, in questo caso, la libertà si impone al controllo che abbiamo visto da parte dello Stato, il quale si limita a valutare le conseguenze dello scioglimento del vincolo per proteggere i membri più deboli della famiglia, senza che in nessun caso per l'ottenimento del divorzio possano interpersi ostacoli ragioni di merito o sulla base della volontà contraria dell'altro coniuge.

È importante sottolineare come questa evoluzione della nozione di divorzio, lungo la quale si sta facendo strada gradualmente il riconoscimento della libertà individuale, non corrisponde a un'evoluzione storica e cronologica: e ne è la prova il fatto che quest'ultima tipologia di divorzio si afferma per la prima volta in Russia in seguito alla rivoluzione bolscevica del 1917, anche se dovranno passare quasi cinquanta anni prima che questa nozione di divorzio unilaterale su richiesta di un solo coniuge si affermi in altri paesi d'Europa.

vorzio-fallimento e divorzio di comune accordo, l'autore aggiunge altre due tipologie: il divorzio rimedio e il divorzio per semplice manifestazione della volontà unilaterale. Il divorzio-rimedio si avvicina al divorzio fallimento nella constatazione che il matrimonio ha perso il suo fondamento, ma si differenzia da questo perché il divorzio non deriva da una causa soggettiva (la rottura del legame affettivo tra gli sposi), ma da cause oggettive: la malattia mentale o la scomparsa di uno dei coniugi. Il divorzio per manifestazione della volontà unilaterale implica, come indica il suo nome, la rinuncia a tutto il potere di esame del giudice e a ogni facoltà d'intervento del coniuge che desidera mantenere il vincolo matrimoniale. Si riduce alla semplice formalità di registrare la volontà di colui che pretende porre fine al matrimonio. Secondo l'autore, il valore della tipologia di divorzio risiede nel tipo di divorzio che corrisponde a un distinto modello di matrimonio. Ogni tipo di divorzio deriva da un determinato tipo di relazione tra la società e i coniugi, dovuto alla maniera di distribuire il potere di controllare la rottura. Il divorzio-sanzione e il divorzio-rimedio e il divorzio-fallimento saranno concessi solamente sulla base del riconoscimento del giudice. La decisione di divorzio di comune accordo spetta a entrambi gli sposi. Il divorzio per semplice manifestazione di volontà unilaterale consacra la piena volontà dell'individuo, il quale valuta sovraneamente i motivi di mantenere o no il vincolo coniugale (187-188).

## II.

## IL LUNGO PERCORSO DEL DIVORZIO IN EUROPA

1. *La libertà personale dei coniugi e la disciplina del divorzio*

Come si è già accennato, non si può stabilire un'evoluzione lineare nei distinti tipi di divorzio esistenti. Si potrebbe pensare che a mano a mano che si è avanzato nel riconoscimento della libertà dei coniugi, si è passati da un tipo di divorzio a un altro, fino ad arrivare al riconoscimento della volontà individuale come unica causa di divorzio. Tuttavia, ciò non è avvenuto. Al contrario, si può osservare la coesistenza dei diversi tipi di divorzio nello stesso ordinamento, e in alcune occasioni addirittura il ritorno alla situazione precedente, con il risorgere di regimi giuridici molto restrittivi della libertà degli sposi.

In tal senso è significativo il caso della Francia dove, dopo il trionfo della Rivoluzione, si afferma il divorzio per mutuo consenso con la Legge del 20 settembre 1792. La nuova normativa riveste una speciale importanza, poiché si tratta di una delle più liberali e progressiste di quel momento: fondata su due principii fondamentali, la preminenza della libertà individuale e la teoria contrattuale del matrimonio, ammette il divorzio non solo per cause specifiche determinate dalla Legge (art. 4, co. 1-7), ma anche per volontà di entrambi i coniugi (art. 2) e per incompatibilità di carattere (art. 3).

Tuttavia, il periodo di applicazione di tale normativa sarà breve, poiché dopo poco più di tre anni dall'entrata in vigore cominciano a sorgere progetti che intendono regolare il divorzio in una forma più severa, ciò che finalmente accade con la Legge del 31 marzo 1803, tramite la quale si inserisce nel *Code Civil* il titolo VI "Del Divorzio". A partire da quel momento si mantengono unicamente tre cause di divorzio rispetto alle sette precedenti: l'adulterio (artt. 229 e 230 C.C.), gli eccessi, le sevizie o le offese gravi (art. 231 C.C.) e la condanna di uno dei coniugi a una pena infamante (art. 232 C.C.). Si elimina il divorzio per incompatibilità di carattere. E sebbene si mantenga il divorzio per mutuo consenso (art. 233 C.C.), lo si circonda di una serie di complessità che, di fatto, lo rendono inaccessibile.

Si noti poi come inizialmente si opti per tre tipi di divorzio, ma avvenimenti successivi a tutti noti conducono alla limitazione delle possibilità dei coniugi, riducendole a ciò che si conosce come divorzio-sanzione, fino a giungere alla scomparsa definitiva del divorzio con la Legge del

1816. Si fa dunque un passo indietro relativamente all'introduzione del divorzio, fino a eliminarlo dal regime del matrimonio<sup>8</sup>.

Quando si introduce nuovamente il divorzio, nel 1884, non si torna alla situazione originale, nonostante gli anni trascorsi e i progressi fatti in materia, ma lo si limita a un unico tipo: il divorzio-sanzione. Si parte unicamente da fatti colpevoli, come la condanna di uno dei due coniugi a una pena afflittiva e infamante (art. 232) o gli eccessi, le sevizie o le offese gravi (art. 231) e, certamente, l'adulterio (artt. 229 e 230 CC). Si può osservare, peraltro, che accanto al divorzio-sanzione va facendosi strada, a poco a poco, la nozione di divorzio-rimedio. Occorre evidenziare inoltre, come da alcuni rilevato<sup>9</sup>, che i tribunali realizzarono un'ampia interpretazione della nozione di offesa, il che, assieme alla mancanza di poteri inquisitori da parte del giudice, condusse, nella pratica, ad ammettere il divorzio per mutuo consenso, nell'intento di far coincidere le aspirazioni sociali con la realtà normativa.

Ciononostante è certo che dovremo aspettare fino al 1975 perché in Francia si introduca nuovamente e ufficialmente il divorzio per consenso di entrambi i coniugi (Legge dell'11 luglio 1975). È necessario dunque che trascorran più di novanta anni affinché si affermi nuovamente nella legislazione francese il modello di divorzio consensuale, che tuttavia non determina l'eliminazione delle cause di colpa. Inoltre, si aggiungerà il modello di divorzio-rimedio. In tal modo, nel Codice Civile francese coesisteranno vari tipi di divorzio: il divorzio basato sul comportamento colpevole di un coniuge, il divorzio-rimedio e il divorzio per mutuo consenso.

È significativo osservare come i principi di uguaglianza e di libertà hanno avuto un'evoluzione molto diversa nella storia, in modo tale che

<sup>8</sup> Questo processo di marcia indietro si verifica anche nei Paesi Bassi. Come è noto, il Codice Civile francese fu introdotto nei Paesi Bassi nel 1810 e con esso il divorzio per mutuo consenso. Tuttavia, l'applicazione di tale tipo di divorzio non durò molto tempo, poiché con il Codice Civile del 1838 si rifiutò tale modalità accettando unicamente il divorzio basato sul comportamento colpevole dei coniugi. Accanto a tale tipo di divorzio può osservarsi l'esistenza di un divorzio per fallimento della vita coniugale, al quale i coniugi potevano accedere, non senza difficoltà, dopo cinque anni di separazione giudiziale. Le disposizioni regolatrici del divorzio non saranno riformate fino al 1971 (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 16 y ss. e 143.).

<sup>9</sup> D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 30; J.COMMAILLE, FESTY, GUIBENTIF, KELLERHALS, J.F. PERRIN e L. ROUSSEL, *Le divorce en Europe occidentale*, cit., 56.

mentre il primo si è imposto con il tempo in maniera progressiva durante i secoli XIX e XX, per quanto concerne la libertà personale, e in particolare nell'ambito del matrimonio, essa è stata soggetta a continue regressioni come conseguenza del controllo dello Stato sulle cause di divorzio, che fundamentalmente rivelano l'interesse a mantenere intatta l'istituzione matrimoniale<sup>10</sup>. Il fatto è che alla base del tema oggetto d'indagine c'è la questione dell'ingerenza dello Stato nel matrimonio e nella famiglia con la finalità di assicurare la loro validità nell'ordine sociale. Quando si complica l'ottenimento del divorzio si assicura la permanenza della famiglia matrimoniale e, con essa, lo sviluppo delle funzioni che le sono assegnate<sup>11</sup>.

Diversi dal modello francese sono i casi del Belgio e del Lussemburgo. In entrambi i paesi, il divorzio per mutuo consenso ereditato dalla Rivoluzione Francese coesistè con il divorzio basato sulla colpa e con il divorzio-rimedio. Per quel che riguarda quest'ultimo, si prevedevano come causa di divorzio la separazione di fatto per dieci anni in Belgio (art. 232.1) o tre anni in Lussemburgo (art. 230); e lo stato di demenza o grave situazione di disequilibrio mentale in Belgio (art. 232.2) o lo stato di alienazione mentale di regola incurabile in Lussemburgo (art. 231), sempre che tali fatti fossero successivi alla separazione dei coniugi da almeno dieci anni nel primo paese e cinque nel secondo. Come si è detto, l'adozione del divorzio per mutuo consenso e del divorzio-rimedio non implicò la scomparsa dell'elemento colpa, che continuò ad esistere e che si traduceva nella possibilità di richiedere il divorzio per adulterio o per

<sup>10</sup> Anche in Austria il riconoscimento del divorzio consensuale è certamente tardivo, visto che il divorzio per mutuo consenso non viene introdotto fino alla riforma attuata dalle leggi del 15 e del 30 giugno 1978, e quando ciò accade lo si fa senza abbandonare le cause di divorzio tradizionale: adulterio, condotta indegna o immorale del coniuge che provochi una disunione profonda e irreparabile, problemi mentali del coniuge che provochino la situazione anteriormente citata, malattia mentale, o malattie contagiose o ripugnanti (Legge di matrimonio del 1938, che unificava il diritto austriaco e tedesco, dopo l'annessione dei territori austriaci da parte della Germania). A partire dalla riforma menzionata, i coniugi, inoltre, possono richiedere il divorzio senza la necessità di addurre alcuna causa, con l'unico requisito della sospensione effettiva della convivenza per almeno sei mesi, e sempre che si presenti un accordo sugli effetti del divorzio, a meno che, in questo ultimo caso, tali effetti siano stati oggetto di una precedente decisione giurisdizionale (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 79-80).

<sup>11</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Otras miradas sobre la familia. La familia y sus funciones*, in *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. II, Murcia 2005, 4915 e ss.

sevizie o offese gravi da parte dell'altro coniuge (artt. 229 e 231 del Codice Civile belga e art. 229 del Codice Civile del Lussemburgo)<sup>12</sup>.

Il cambiamento del criterio per la soluzione della crisi coniugale avvenne anche in Russia, ove si diede vita alla normativa più moderna dell'epoca per retrocedere in seguito verso posizioni più conservatrici sul matrimonio. Un decreto del 1917 e successivamente il Codice di Famiglia del 1918 regolano il divorzio di tipo amministrativo per il quale non si prevede alcun tipo di verifica in caso di consenso mutuo dei coniugi. Ma il secondo Codice di Famiglia del 1926 va ancora più lontano, poiché permette il divorzio per volontà unilaterale di entrambi. In un certo senso, il diritto sovietico degli anni venti presuppone la stessa rottura che significò la legislazione francese rivoluzionaria del 1792. In realtà, e per quanto riguarda l'Unione Sovietica, più che di una ideologia puramente socialista si tratta di una legislazione concorde con l'onda progressista che percorre parte dell'Europa in quei momenti, e che si traduce in una forte reazione alla concezione borghese e patriarcale del matrimonio e della famiglia<sup>13</sup>. Tuttavia la libertà di decidere riguardo alla relazione coniugale viene limitata quando diventa manifesta l'incapacità dello Stato nel soddisfare le necessità dei suoi cittadini, per cui bisogna ricorrere alla famiglia affinché svolga questa funzione. Occorre dunque rafforzare i legami di unione tra i suoi membri e perciò si ricorre, tra le altre cose, a restringere le fattispecie di scioglimento del matrimonio, il che avviene nell'anno 1944 sotto Stalin. Vediamo di nuovo come gli interessi generali si impongono sui diritti dei membri della famiglia. Tutte queste riforme, anche dopo la loro parziale revoca, ebbero un influsso notevole nello sviluppo del diritto matrimoniale dei paesi dell'Europa dell'est, e furono prese anche come modello per il diritto svedese durante gli anni Settanta.

Anche in Portogallo si verificano cambiamenti molto significativi nella disciplina del divorzio. Così, con l'arrivo della Repubblica nel 1910, si introduce il divorzio per mutuo consenso, che coesiste con il divorzio litigioso fondato tanto su comportamenti colpevoli quanto non colpevoli di uno dei coniugi e ciò, assieme alla possibilità di convertire la previa se-

<sup>12</sup> Inoltre, per ottenere il divorzio per mutuo consenso in Belgio così come in Lussemburgo si esige che i coniugi abbiano almeno 23 anni (art. 275 CCB del 20 novembre 1969 e art. 275 CCL del 6 febbraio 1975) e che siano trascorsi i due primi anni di matrimonio (art. 276 CCB e art. 175 CCL) (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 57-58).

<sup>13</sup> M. ANTOKOLSKAIA, *The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy*, cit., 44.

parazione nel divorzio, porta alla affermazione del divorzio basato sull'irreparabile fallimento della vita matrimoniale<sup>14</sup>. Tuttavia, come si è già segnalato, dopo le riforme radicali dell'inizio del secolo, le politiche europee regolatrici del divorzio furono caratterizzate da continui passi indietro relativamente all'adozione di normative progressiste che riconoscessero i diritti individuali. E così, la firma del Concordato tra la Santa Sede e lo Stato portoghese del 7 luglio 1940, sotto la dittatura di Salazar, impedisce ai matrimoni cattolici l'accesso al divorzio. In seguito, il Codice Civile del 1966 eliminerà le cause oggettive di divorzio (art. 1778 e art. 1792 C.C.), abrogando il divorzio per mutuo consenso (art. 1792 C.C.) e autorizzando i tribunali a imporre la separazione giudiziale anche quando i coniugi avessero richiesto il divorzio (art. 1794 C.C.). Nel 1975, con l'arrivo della democrazia, si reintroduce finalmente il divorzio per i cattolici (Decreto-Legge n° 261/75, del 27 maggio 1975), questa volta fondato sulla rottura irreparabile della vita matrimoniale.

Un ulteriore esempio di progressi seguiti da continue regressioni nel riconoscimento della libertà nelle normative regolatrici del divorzio lo si trova nel caso spagnolo: è a tutti noto il breve periodo di vigenza della Legge del 2 marzo 1932<sup>15</sup>, che, con una chiara influenza del diritto sovietico, oltre a enumerare una serie di cause colpevoli<sup>16</sup> permetteva ai co-

<sup>14</sup> Si considerano cause soggettive, adulterio o abbandono del domicilio coniugale, o obiettive, come l'assenza o la pazzia incurabile di un coniuge o la separazione liberamente consentita per dieci anni consecutivi (art. 4 del decreto del 3 novembre 1910). Il divorzio per mutuo consenso sarà ammesso se i coniugi hanno 25 anni e sono sposati da almeno cinque (Codice di Procedura Civile del 1939) (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 69).

<sup>15</sup> Con la Costituzione del 9 dicembre 1931, e per la prima volta nella nostra storia, si riconosce il divorzio, stabilendo nell'articolo 43.1 che "la famiglia è sotto la salvaguardia speciale dello Stato. Il matrimonio si basa sull'uguaglianza dei diritti per entrambi i sessi, e potrà sciogliersi per mutuo dissenso o su richiesta di chiunque dei coniugi, invocando, in tal caso, una giusta causa".

<sup>16</sup> La Legge del 2 marzo 1932 enumera nel suo articolo 3 tredici cause di divorzio: "1. L'adulterio non consentito o non agevolato dal coniuge che lo richieda. 2. La bigamia, senza pregiudizio dell'azione di nullità che possa essere esercitata da chiunque dei coniugi. 3. Il tentativo del marito di far prostituire la moglie o un atto del marito o della moglie volto a corrompere i figli o far prostituire le figlie, oppure la connivenza nella loro corruzione o prostituzione. 4. La mancata assistenza nei confronti della famiglia, senza giustificazione. 5. L'abbandono colpevole del coniuge per un anno. 6. L'assenza del coniuge quando siano trascorsi due anni dalla data della sua dichiarazione giudiziale, da calcolarsi in conformità all'articolo 186 del Codice Civile. 7. L'attentato di un coniuge contro la vita dell'altro, dei figli comuni o di quelli di uno di loro, i maltrattamenti con i fatti

niugi, una volta trascorso un periodo di due anni a partire dalla celebrazione del matrimonio<sup>17</sup>, di richiedere il divorzio senza la necessità di addurre alcuna causa. Tuttavia, come si è detto, la Legge del 2 marzo 1932 restò in vigore per un breve periodo, poiché dopo il trionfo della dittatura fu abrogata dalla Legge del 23 settembre 1939, sebbene già il Decreto del 2 marzo 1938 avesse ordinato la sospensione dei procedimenti di separazione e divorzio in corso e l'esecuzione di quanto necessario per il divorzio consensuale, confermando la reintroduzione della precedente normativa.

Come abbiamo visto, forse la caratteristica più importante dell'evoluzione della nozione di divorzio nei paesi segnalati sta nella circostanza per cui non si tratta di un processo lineare, in quanto le diverse soluzioni non si sono presentate in forma successiva nel tempo; e in molti casi si sono evolute verso tipologie più avanzate – dal punto di vista del riconoscimento della libertà individuale – senza abbandonare del tutto altri modelli più conservatori. Non obbedisce neppure a criteri territoriali, visto che i distinti ordinamenti hanno accolto l'uno o l'altro tipo di divorzio con assoluta eterogeneità, e ciò mette in evidenza come le normative disciplinanti il divorzio varino da un paese all'altro in funzione degli interessi politici.

o le offese gravi. 8. La violazione di alcuni dei doveri imposti dal matrimonio e la condotta immorale o disonorevole di uno dei coniugi, che produca un disturbo nella relazione matrimoniale tale da rendere insopportabile all'altro coniuge la continuazione della vita in comune. 9. La malattia contagiosa e grave di carattere venereo, contratta in relazioni sessuali fuori dal matrimonio e in seguito alla sua celebrazione, e quella contratta anteriormente, e che sia stata occultata colpevolmente all'altro coniuge al momento della celebrazione. 10. La malattia grave, il cui sviluppo possa indurre ragionevolmente a supporre come conseguenza la incapacità definitiva del compimento di alcuni dei doveri matrimoniali e quella contagiosa, contratte entrambe prima del matrimonio e colpevolmente occultate al momento della sua celebrazione. 11. La condanna del coniuge a pene di privazione della libertà per un periodo superiore a dieci anni. 12. La separazione di fatto e in un distinto domicilio, liberamente consentita per un periodo di tre anni. 13. L'alienazione mentale di uno dei coniugi, quando questa impedisce la loro convivenza spirituale in termini gravemente dannosi per la famiglia e che escluda ogni presunzione razionale che tale convivenza possa essere ristabilita definitivamente. Non potrà decretarsi il divorzio in virtù di questa causa, ma resta assicurata l'assistenza del malato”.

<sup>17</sup> Art. 4: “Hanno capacità di richiedere il divorzio per mutuo dissenso i coniugi maggiori di età. Tale diritto non potrà essere esercitato nel caso in cui non siano ancora trascorsi due anni dalla celebrazione del matrimonio”. V. S. DE LA ESCALERA Y GAYÉ, *Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932.*, 1ª ed., Madrid 1932.

## 2. Una certa evoluzione in materia di divorzio

Nonostante quanto si è detto, in alcuni paesi si può apprezzare una linea progressiva che è andata segnando la successione dei distinti tipi di divorzio. È il caso dei paesi scandinavi, dove l'istituto è oggetto di un importante cambiamento dal punto di vista concettuale. In Svezia, l'arrivo al potere dei liberali nel 1905 segna l'inizio di una politica riformatrice in materia matrimoniale<sup>18</sup>. Una corrente seguita anche in Danimarca e Norvegia, che porta alla costituzione, nel 1910, di una serie di commissioni giuridiche per elaborare una nuova legislazione sul matrimonio e il divorzio, se non identica, almeno molto simile nei tre paesi. Un tratto comune è costituito dalla configurazione dell'irreparabile fallimento del matrimonio come causa di divorzio<sup>19</sup>, che sostituisce il tradizionale divorzio-sanzione e che va a coesistere con il divorzio per mutuo consenso, che si ottiene chiedendo, da parte di uno o entrambi i coniugi, la trasformazione di una precedente separazione giudiziale.

Come si vede, la disciplina del divorzio in Svezia si presenta come una delle più progressiste del XX secolo, sebbene sia anche vero che la realtà politico-sociale del paese differisce notevolmente dalla situazione nel resto dei Paesi europei: già la Legge dell'11 giugno 1920 proclamava l'uguaglianza formale tra uomini e donne. Ma è negli anni Settanta che si consolida il cambiamento. Provocato da circostanze note a tutti, viene in risalto il fatto che la metà della popolazione femminile esercita una professione e ciò le conferisce un alto livello di indipendenza economica. A questo aspetto occorre aggiungere le prestazioni sociali offerte dallo

<sup>18</sup> I liberali erano partitari di un diritto di divorzio più giusto, realista e costruttivo e consideravano che il mantenimento con la forza del vincolo matrimoniale, quando questo aveva fallito, non produceva beneficio né ai coniugi né alla società. Per dare efficacia a tali posizioni era del tutto necessario svincolarsi dalla religione e proporre inoltre una nuova concezione di matrimonio, nel quale i coniugi siano uguali dal punto di vista giuridico, sociale ed economico (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 85). V. D. GAUNT, L. NYSTROM, in A. BURGUIERE e altri (a cura di), *A history of the family*, vol. II, *The impact of Modernity*, Cambridge 1996, 480.

<sup>19</sup> Il sistema scandinavo prevede differenti cause di divorzio comuni ai cinque Stati (Svezia, Danimarca, Norvegia, Finlandia e Islandia): l'adulterio, l'abbandono, l'attentato alla vita, la condanna a una pena con privazione della libertà per una certa durata, la celebrazione di un secondo matrimonio durante l'esistenza del primo, l'esposizione del coniuge a una malattia venerea, la vita separata dei coniugi per un periodo variabile a seconda del Paese e la natura della separazione, l'assenza di uno dei coniugi e la malattia mentale, in determinate condizioni (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 87).



Stato in caso di incidente, malattia, invalidità, disoccupazione, etc., che implicano che la famiglia non svolga queste funzioni, almeno non obbligatoriamente. A ciò si deve aggiungere l'alto numero di coppie che formano una famiglia a partire da una unione di fatto e al di fuori dal matrimonio, la cui rottura è esente da qualsiasi impedimento. Tutti questi elementi influiscono sulla nuova concezione di matrimonio come unione libera di persone indipendenti<sup>20</sup>, che vogliono mantenere la convivenza finché questa dia loro un percorso di realizzazione e felicità personale. Seguendo questa prospettiva, si comprende che non si possono imporre ostacoli legali alla dissoluzione del vincolo in caso di crisi, ma semmai si deve facilitare lo scioglimento del matrimonio quando uno o entrambi i coniugi decidono di porvi fine. Il risultato è la Legge del 4 luglio 1973, in vigore a partire dal 1° gennaio 1974, che afferma un diritto al divorzio esercitabile da ognuno dei coniugi, senza la necessità di addurre alcuna causa. Assistiamo dunque a una disciplina del divorzio che prescinde non solo dall'elemento colpa, ma da qualsiasi altro requisito che implichi un'intromissione nella vita privata del matrimonio. La normativa permette il divorzio su richiesta di un solo coniuge in base all'unico presupposto che sia trascorso un periodo di riflessione di sei mesi. Periodo che neppure è necessario quando i coniugi hanno vissuto separati per almeno due anni. Nel caso in cui entrambi i coniugi richiedano d'accordo il divorzio, non è richiesto nessun altro requisito<sup>21</sup>.

È possibile percepire una certa evoluzione, seppure molto rallentata, anche nel caso della Germania, dove il Codice Civile contemplava il divorzio basato sulla colpa, le cui uniche cause si traducevano in gravi infrazioni commesse da un coniuge nei confronti dell'altro, fatto salvo il caso della malattia mentale (§1565 al 1569 BGB). Nelle distinte leggi sul matrimonio che si succedono nel corso del XX secolo si mantiene questo tipo di divorzio, al quale si aggiunge la tipologia di divorzio-rimedio, permettendo lo scioglimento quando l'interruzione della convivenza sia du-

<sup>20</sup> Come affermò il Ministro di Giustizia di questo Paese, H. Kling, il matrimonio è "la associazione volontaria di due persone indipendenti" (M.T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit*, Parigi 1999, 49).

<sup>21</sup> Solo nel caso in cui esistano figli minorenni a carico di uno o di entrambi i coniugi, si prescrive un periodo di riflessione di sei mesi, a meno che non fossero già separati (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 251-252). Il divorzio su richiesta di un coniuge è approvato anche in Finlandia nel 1987, anche qui con l'esigenza di un periodo di riflessione (M. ANOKOLSKAIA, *The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy*, cit., 52).

rata almeno tre anni e quando, per il profondo e irrimediabile dissidio tra i coniugi, sia impossibile il ristabilimento della vita in comune (art. 55 della Legge del 6 luglio 1938). Così sarà anche nelle leggi successive del 1946 e del 1961. Occorre evidenziare, tuttavia, che in quest'ultima normativa il coniuge poteva opporsi alla richiesta, un'opposizione che si intensifica nella pratica giudiziale, fino a rendere di fatto impraticabile questa strada per l'ottenimento del divorzio. Così stando le cose, occorrerà aspettare la riforma del 1976 (Legge del 14 giugno 1976) affinché il fallimento del matrimonio si consolidi come l'unica causa di divorzio nel Codice Civile, assolutamente indipendente da ogni comportamento colpevole (§1565 BGB). Nel caso in cui i coniugi siano d'accordo nell'idea di divorziare, è sufficiente che non abbiano convissuto per un anno affinché il fallimento possa essere presunto (§1566.1 BGB). Se la separazione di fatto è durata almeno tre anni, ciò costituisce di per sé una prova inconfutabile del fallimento dell'unione matrimoniale (§1566.2 BGG). Come può ben osservarsi, il modello tedesco derivante dalla riforma presuppone il riconoscimento di un modello misto di divorzio che potrebbe qualificarsi di divorzio-rimedio (con i periodi di separazione indicati tra i coniugi che confermano tale circostanze) e di divorzio consensuale (nel cui caso la volontà di uno o di entrambi i coniugi è condizionata dal necessario decorso di un determinato periodo di tempo)<sup>22</sup>.

### 3. *L'affermazione definitiva del divorzio-rimedio*

Si dovrà attendere l'ultimo trentennio del XX secolo affinché il cosiddetto divorzio-rimedio si affermi definitivamente in Europa e si abbandonino dunque l'antica nozione di divorzio-sanzione. Un processo che è conseguenza delle trasformazioni sociali e delle evoluzioni del pensiero dominante fino a quote più alte di libertà. Assistiamo a un importante cambiamento nella concezione della famiglia e del matrimonio, che senza dubbio influirà sul modello di divorzio adottato dai diversi ordinamenti giuridici.

Già a partire dagli anni Sessanta, il modello familiare tradizionale comincia a incrinarsi per la coesistenza di una serie di fattori, tra i quali l'emancipazione sessuale della donna, la forza crescente del femminismo

<sup>22</sup> Sul tema, W. MÜLLER-FREIENFELS, *The Marriage Law reform of 1976 in the Federal Republic of Germany*, in *International and Comparative Law Quarterly* 1979, 184 e ss.

e la ricomparsa dell'individualismo come modello di condotta e ciò, insieme all'attuazione della libertà nelle diverse Costituzioni europee, provoca la revisione e la sostituzione dei concetti tradizionali applicabili al matrimonio. Una realtà che, come dicevamo, si riflette nella disciplina del divorzio, verificandosi l'abbandono definitivo del modello di divorzio-sanzione e l'affermazione di un tipo di divorzio concepito come rimedio al fallimento definitivo della vita matrimoniale. Come afferma Antokolskaia<sup>23</sup>, il problema del divorzio basato esclusivamente sulla colpa si manifestava fundamentalmente nelle ipotesi di divorzio litigioso. In primo luogo, l'umiliante procedimento inquisitorio aumentava l'avversione tra i coniugi e faceva sì che la loro vita fosse oggetto di pubblico esame. In secondo luogo, al coniuge "colpevole" era impedito, almeno teoricamente, l'ottenimento del divorzio nel caso in cui il coniuge vi si opponesse. Tali inconvenienti diventano ogni volta meno tollerabili, a mano a mano che i concetti di libertà individuale e di felicità personale si instaurano nell'ambiente socio-politico degli anni Sessanta e Settanta. Il poter sciogliere un matrimonio sfortunato è concepito così come il logico esercizio di un diritto corrispondente a ogni cittadino, che non può essere impedito in ragione di un sempre meno comprensibile ordine pubblico familiare.

Il modello inglese costituisce un chiaro esempio di quanto esposto. Previsto come causa di divorzio il fallimento del matrimonio, la questione che si presenta è quella del ruolo che deve essere assunto dallo Stato. Si deve optare tra due possibili modelli: quello nel quale il giudice si limita a constatare l'effettiva rottura del matrimonio sulla base della dichiarazione in tal senso resa dai coniugi, oppure quello in cui esigere un elemento di prova che confermi la rottura definitiva della convivenza matrimoniale. La legge di riforma del divorzio del 1969 è il risultato di un compromesso tra queste due posizioni: si prescinde da un procedimento inquisitorio, ma si esige la dimostrazione di una serie di circostanze che confermino l'irrimediabile fallimento<sup>24</sup>. In tal modo, l'unica causa di divorzio è la rottura irrimediabile dell'unione coniugale, situazione che si

<sup>23</sup> *The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy*, cit., 48.

<sup>24</sup> Alla Divorce Reform Act, 1969, occorre aggiungere la Matrimonial Proceedings and Property Act, 1970. Nel 1973 la Matrimonial Causes Act non fa che raggruppare le disposizioni contenute nelle due leggi precedenti (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 189).

presume quando si presenti una delle seguenti circostanze: adulterio del convenuto che renda insopportabile la vita del richiedente; condotta del coniuge convenuto che non permetta di ragionevolmente esigere al richiedente il mantenimento della vita in comune; abbandono per un periodo di almeno due anni; vita separata dei coniugi per un periodo simile, sempre quando entrambi acconsentano al divorzio, fatto che in realtà implica il riconoscimento in questo ordinamento di un divorzio consensuale; vita separata dei coniugi per un periodo di almeno cinque anni<sup>25</sup>.

Allo stesso modo, nei Paesi Bassi, la Legge del 6 maggio 1971 implica l'affermazione definitiva del divorzio basato sulla rottura del matrimonio, e allo stesso tempo introduce la nozione di divorzio consensuale. Con la nuova normativa si eliminano tutte le cause di divorzio precedenti basate sul comportamento colpevole di uno dei coniugi, che sono sostituite da una causa generica e indeterminata: il fallimento definitivo del matrimonio (art. 151 C.C.). Assieme a questa si regola la possibilità che i coniugi richiedano il divorzio di mutuo accordo (artt. 150 e 154 C.C.). In entrambi i casi, per la richiesta sarà necessario che sia trascorso un anno dalla celebrazione del matrimonio<sup>26</sup>.

Infine, è rilevante anche il caso degli ordinamenti che introducono il divorzio per la prima volta, come in Italia (Legge del 1 dicembre 1970)<sup>27</sup>, o, dopo un lungo periodo senza, la Spagna (Legge del 7 luglio del 1981) oppure, come si è detto, il Portogallo per i matrimoni cattolici (Decreto-legge n. 261/75, del 27 maggio 1975, con il quale si abroga l'art. 1790 C.C.). La caratteristica comune a tutti è l'adozione di un divorzio fondato sulla irreparabile rottura del matrimonio, cui si accede a partire da determinate cause tanto soggettive o colpevoli quanto oggettive. Si ammette anche il divorzio richiesto dai coniugi di comune accordo, ma condizionato al decorso di lunghi periodi di avvenuta separazione.

In Spagna, la riforma del Codice Civile del 1981, oltre a introdurre il

<sup>25</sup> ST. CRETNEY, *L'évolution du Droit anglais en matière de mariage et de divorce*, in *Mariage et famille en question*, Lione 1979, 19 e ss.

<sup>26</sup> NERSON-SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Mariage et famille en question. L'évolution contemporaine en Suisse, en Autriche, en Belgique, aux Pays-Bas et dans la région Scandinave*, Lione 1979, 135 e ss.

<sup>27</sup> In Italia, il Codice Civile del 1942, in linea con il suo predecessore del 1865, conferma l'indissolubilità del matrimonio civile e mantiene l'applicazione del Concordato celebrato nel 1929 con la Chiesa Cattolica, in funzione del quale i matrimoni cattolici saranno regolati secondo le disposizioni del diritto canonico (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 110 e 154).

divorzio dopo quarantadue anni di assenza, presuppone un mutamento teorico di enorme importanza. Esso consiste, come si è indicato, nella sostituzione di un divorzio basato su cause soggettive o colpevoli con uno fondato su cause oggettive, che rendono evidente il fallimento definitivo della convivenza. Secondo quanto previsto dalla Legge del 7 luglio del 1981, l'asse del sistema è costituito dall'idea di "rottura del matrimonio", che si manifesta come presunzione *iuris tantum*: a) nell'interruzione della convivenza coniugale per determinati periodi di tempo, da calcolarsi a partire da un previo procedimento di separazione; b) nella separazione di fatto; c) a partire da alcune circostanze di carattere personale; d) o in determinati atti che rivelano l'intenzione di non proseguire la convivenza o la sua estrema difficoltà<sup>28</sup>. Tuttavia il sistema divorzista instaurato nel 1981, ben lungi dall'essere facilmente praticabile, impone ai coniugi lunghi periodi di attesa, quando non si opti per l'addebito a uno di essi di condotte la cui verifica, al di là del fatto che esse costituiscano comportamenti più che riprovevoli dal punto di vista morale o etico e talvolta legale, implica la violazione del diritto all'intimità del matrimonio e in particolare del coniuge convenuto (originari artt. 82 e 86 C.C.), senza considerare la difficoltà di provare, in molti casi, detti comportamenti. Forse per questo motivo i tribunali hanno progressivamente riconosciuto, come causa di separazione e divorzio, il venir meno della *affectio maritalis*, considerando tale il necessario affetto che devono professarsi i coniugi insieme al loro desiderio di proseguire la convivenza. Una questione, questa, che nei casi di separazione e divorzio di comune accordo non ha presentato problemi e che, tuttavia, nel caso di procedimenti contenziosi è stata ammessa in modo eterogenea dalle diverse *Audiencias Provinciales* [Corti d'Appello], con la conseguente insicurezza giuridica che ciò determina<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> V. MONTÉS PENADÉS, *Derecho de Familia*, 3ª ed., Valencia, 1997, 133.

<sup>29</sup> Su questo tema si veda M.L. ARCOS VIEIRA, che realizza uno studio dettagliato sull'applicazione di questo criterio da parte della giurisprudenza delle *Audiencias Provinciales* [Corti d'Appello] (*La desaparición de la affectio maritalis como causa de separación y divorcio*, Navarra 2000). Sulle cause di divorzio nella Legge del 1981 si veda M. ALONSO PÉREZ, in *Matrimonio y divorcio, comentarios al Título IV, del Libro Primero del Código Civil*, a cura di LACRUZ, Madrid 1994, 881 e ss.; V. MONTÉS PENADÉS, in *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1991, 336 e ss. e in *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid, 1984 499 e ss.; J.L. LACRUZ BERDEJO e altri, *El nuevo régimen de la familia, t. I, Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, 219 e ss.; L. PUIG FERRIOL, in *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. I, Madrid, 1984, 450 e ss.

## III.

LA PROBLEMATICHE DEL DIVORZIO  
NELLE LEGISLAZIONI EUROPEE CONTEMPORANEE

Dopo questo *excursus* relativo all'evoluzione della nozione di divorzio, possiamo constatare come ancora oggi coesistano in Europa diversi sistemi che lo regolano. Se ci fermiamo alle legislazioni europee contemporanee, vediamo che si è mantenuta l'eterogeneità caratteristica dei momenti iniziali, quando il divorzio si inserì nei diversi Paesi europei e che lo è stata ancora nel corso del XX secolo. Negli ordinamenti giuridici dell'Europa attuale si affronta la problematica del divorzio in maniera molto diversa<sup>30</sup>: così, mentre in Paesi come Svezia o Finlandia i coniugi possono divorziare senza la necessità di addurre alcuna causa, in altri come l'Olanda o l'Inghilterra devono essere dimostrati determinati fatti che confermino la rottura definitiva della convivenza matrimoniale<sup>31</sup>.

Partendo da tale diversità, possiamo distinguere, in primo luogo, quegli ordinamenti che contemplano la condotta colpevole di un coniuge come causa di divorzio. Si mantiene l'elemento colpa che, sebbene non si identifichi con la nozione ormai superata di divorzio-sanzione, porta con sé un certo tono sanzionatorio del comportamento degli sposi. Tutti questi Paesi hanno come caratteristica comune l'applicazione di un sistema plurale o misto, nel quale coesistono diversi tipi di divorzio, con riferimento a cause sia oggettive che soggettive; e così, oltre al divorzio per colpa, possiamo trovare il divorzio-rimedio o il divorzio di comune accordo.

È il caso della Francia<sup>32</sup>, dove, come è stato detto, dopo la legge del

<sup>30</sup> M.T. MEULDERS-KLEIN distingue tra paesi con sistema plurale o misto, intendendo con ciò quello che riconosce diversi tipi di divorzio a partire da una pluralità di cause, e gli ordinamenti denominati unicisti, nei quali la sola causa del divorzio è la rottura della vita matrimoniale (*La personne, la famille, le Droit*, cit., 58 y ss.).

<sup>31</sup> Sul diritto europeo contemporaneo, si veda K. BOELE-WOELKI e altri, *Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses*, Oxford, 2004; B. DUTOIT, R. ARN, B. SFONDYLIA, C. BISCHOF, *Le divorce en Droit comparé*, cit.; C. HAMILTON, A. PERRY, *Family Law in Europe*, Londra 2002.

<sup>32</sup> Dopo la riforma approvata con la Legge n° 2004-439, del 26 maggio 2004, il Codice Civile francese prevede negli articoli 229 e seguenti quattro diversi tipi di divorzio: 1. Divorzio di comune accordo. 2. Divorzio per accettazione del principio di rottura del matrimonio. 3. Divorzio per alterazione definitiva della relazione coniugale. 4. Divorzio per colpa. Il divorzio può essere richiesto da entrambi i coniugi quando questi siano d'accordo rispetto alla rottura del matrimonio e i suoi effetti e presentino al giudice un ac-

1975 si instaura un sistema nel quale si riconoscono testualmente quattro tipi di divorzio: di comune accordo, per accettazione del principio di rottura del matrimonio, per alterazione definitiva della relazione coniugale e per il comportamento colpevole di uno dei coniugi; tuttavia si affermano teoricamente due tipologie molto concrete: il divorzio su richiesta di entrambi i coniugi e il divorzio basato sulla rottura irreparabile del matrimonio, che si può constatare sulla base di fatti soggettivi (comportamento colpevole dell'altro coniuge) o oggettivi (trascorrere del tempo).

Un caso molto simile è costituito dalla disciplina del divorzio in Lussemburgo<sup>33</sup>. Dopo la riforma del 5 dicembre 1978, si contempla il divorzio per comportamento colposo, per separazione di fatto di più di tre o cinque anni e di comune accordo. Come si può vedere, si concede un certo margine di libertà ai coniugi nel richiedere il divorzio, sebbene entrambi debbano essere d'accordo e debbano essere trascorsi almeno due anni dalla celebrazione del matrimonio. Accanto a questo tipo di divorzio, in maniera simile al modello francese, si contempla il divorzio basato sulla rottura irreparabile della vita coniugale, che sarà valutata dal tribu-

cordo regolatore delle conseguenze del divorzio (art. 230 C.C.). Inoltre, il divorzio può essere richiesto da uno dei coniugi o da entrambi quando tutti e due accettano il principio della rottura del matrimonio senza considerare i fatti che lo hanno motivato (art. 233 C.C.). Il divorzio può essere richiesto anche da uno degli sposi quando il vincolo coniugale è definitivamente rotto (art. 237 C.C.). La rottura definitiva del vincolo coniugale deriva dall'interruzione della vita in comune degli sposi quando questi hanno vissuto separati nei due anni precedenti alla richiesta di divorzio (art. 238 C.C.). Infine, si prevede anche un divorzio per colpa, che può essere richiesto da uno dei coniugi quando l'altro ha violato in modo grave o reiterato i doveri o obblighi del matrimonio in maniera tale da rendere intollerabile la vita in comune (art. 242 C.C.). Sul tema, J. CARBONNIER, *Droit Civil*, t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, 21 ed., Paris, 2002; J. RUBELLIN-DEVICHI (a cura di), *Droit de la famille*, Paris, 2001, 187 e ss.; F. TERRÉ – D. FENOUILLET, *Droit Civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 6<sup>a</sup> ed., Parigi 1996, 394 e ss.

<sup>33</sup> Il Codice Civile del Lussemburgo dispone, nel suo art. 229, che si potrà richiedere il divorzio per eccessi, maltrattamenti o offese gravi di un coniuge nei confronti dell'altro, quando tali fatti costituiscano una violazione grave e reiterata dei doveri e degli obblighi matrimoniali e rendano intollerabile il mantenimento della vita coniugale. Allo stesso modo, il coniuge potrà richiedere il divorzio adducendo una separazione di fatto continuata di almeno tre anni di durata, nel caso in cui il dissidio tra gli sposi sia irrimediabile (art. 230 C.C.) o di più di cinque anni nel caso in cui si addebiti alla condizione di malattia mentale incurabile dell'altro coniuge (art. 231 C.C.). In entrambi i casi il giudice potrà rifiutare la richiesta se constata che il divorzio provoca, per il convenuto o i figli minorenni, conseguenze materiali o morali di eccezionale durezza (art. 232 C.C.). Nel caso di divorzio di comune accordo, nessuno dei coniugi deve essere minore di 23 anni ed è richiesta una durata del matrimonio di almeno due anni (art. 275 C.C.).

nale solo una volta dimostrata la presenza di alcuni fatti obiettivi o la violazione grave dei doveri coniugali da parte del coniuge convenuto.

È anche il caso di Italia<sup>34</sup>, Danimarca<sup>35</sup> e Norvegia<sup>36</sup>, dove le cause col-

<sup>34</sup> In Italia, la Legge del 1 dicembre 1970 è stata modificata dalla Legge del 6 marzo 1987. Si stabilisce come causa principale di divorzio la rottura della comunità spirituale e materiale tra i coniugi, che può essere confermata dal giudice sulla base dell'esistenza di alcune delle cause presenti nell'articolo 3 della Legge: 1. Condanna di privazione di libertà per determinati delitti gravi stabiliti dalla legge. 2. Tre anni di separazione legale o di fatto. 3. Quando il matrimonio non è stato consumato. 4. Quando il coniuge straniero ha annullato il matrimonio o ha celebrato un nuovo matrimonio all'estero. 5. Transessualità dell'altro coniuge. La verifica da parte del coniuge della presenza di una delle cause menzionate è necessaria nei casi di richiesta comune di divorzio, infatti il consenso dei coniugi non è sufficiente per ottenere il divorzio, per cui non si può parlare dell'esistenza, nell'ordinamento in questione, di un divorzio strettamente consensuale. Si veda P. RESCIGNO, *L'esperienza italiana: evoluzione recente*, in *Révision du droit du divorce: Expériences étrangères récentes*, Zurigo 1988, 53 e ss. Più di recente, M. FORTINO, *Diritto di Famiglia*, Milano 1997, 289 e ss.

<sup>35</sup> In materia di divorzio esiste una nuova Legge in Danimarca, il testo unico (LBK) num. 38 del 15 gennaio 2007 sulla celebrazione e la dissoluzione del matrimonio. In linea generale questa nuova Legge non contiene modifiche significative in materia di divorzio rispetto alle leggi precedenti, e in particolare alla Legge num. 256 del 14 giugno 1969.

Le cause di divorzio si trovano enumerate nel capitolo 4 della Legge, negli articoli 31-36. Tali cause sono: 1. Il trascorrere di un anno dalla separazione legale (art. 31.1). 2. Il trascorrere di sei mesi dalla separazione legale se il divorzio è di comune accordo (art. 31.2). 3. La sospensione della convivenza coniugale durante gli ultimi due anni (art. 32). 4. L'infedeltà coniugale non consentita (art. 33.1). Se l'infedeltà si verificò quando i coniugi erano già separati, non si potrà addurre come causa di divorzio (art. 33.2). La richiesta di divorzio dovrà essere presentata prima che siano trascorsi sei mesi da quando il coniuge che intenda addurre tale circostanza come causa di divorzio venne a conoscenza dell'infedeltà e, in ogni caso, prima che siano trascorsi due anni da quando si produsse l'infedeltà (art. 33.3). 5. L'uso della violenza nei confronti dell'altro coniuge o dei figli (art. 34). La richiesta di divorzio dovrà essere presentata prima che sia trascorso un anno da quando il coniuge che intenda addurre tale circostanza come causa di divorzio venne a conoscenza dell'atto violento e, in ogni caso, prima che siano trascorsi tre anni da quando questo si verificò (art. 34.2). 6. Bigamia (art. 35). 7. Sequestro internazionale di minori: si potrà richiedere il divorzio quando l'altro coniuge ha sottratto in maniera illecita un figlio del richiedente fuori dalla Danimarca o lo abbia trattenuto all'estero in maniera illecita (art. 36.1). La richiesta dovrà essere fatta nel momento in cui il minore sia trattenuto all'estero o prima che sia trascorso un anno dalla restituzione del minore (art. 36.2).

<sup>36</sup> La normativa sul divorzio in Norvegia si trova nel Marriage Act del 4 luglio 1991, n° 47, entrata in vigore il 1 gennaio 1993. Il divorzio può essere richiesto: 1. Dopo un anno dall'ottenimento della sentenza di separazione (sez. 21, ca 4). 2. Dopo due anni dalla separazione di fatto (sez. 22, ca 4). 3. In caso di tentato omicidio di un coniuge o dei figli o di grave maltrattamento (sez. 23, ca 4, riformato dalla Legge del 18 gennaio 2007.). 4. Quando il matrimonio sia stato contratto violando gli impedimenti di parentela e di vincolo (sez. 24, ca 4).



pevoli di divorzio occupano ogni volta uno spazio più ridotto; mentre in Austria<sup>37</sup>, al contrario, l'adesione al sistema colpevolistico risulta più accentuato.

Diversamente, vi sono paesi nei quali si afferma il fallimento della vita coniugale quale unica causa di divorzio. In questi ordinamenti il matrimonio si concepisce come una comunità di sentimenti e di vita, e si constata l'inutilità di voler mantenere ufficialmente un matrimonio invece estinto sul piano personale o affettivo, a scapito di una nuova unione potenziale e, in ogni caso, della libertà individuale. Si concepisce pertanto come unica causa di divorzio il fallimento del matrimonio, senza considerare il motivo che lo ha originato o una possibile opposizione dell'altro coniuge.

È il caso dell'Olanda<sup>38</sup>, dove l'unica causa di divorzio è il deterioramento definitivo del rapporto coniugale, della Svizzera<sup>39</sup>(prima e dopo la riforma del 26 giugno 1998) o della Germania<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> In Austria, la Legge sul Matrimonio del 1978, riformata nel 1999 (*Eherechtsänderungsgesetz*), distingue tra: divorzio per inadempienza di un dovere matrimoniale, divorzio derivante dall'interruzione della convivenza coniugale per almeno tre anni e divorzio di comune accordo, la rottura irrimediabile del matrimonio, una precedente separazione di almeno sei mesi e un accordo sugli effetti del divorzio (custodia e mantenimento dei figli, diritto di visita, distribuzione dei beni comuni, alimenti tra coniugi).

<sup>38</sup> Dall'entrata in vigore della Legge del 6 maggio 1971, il 1° ottobre dello stesso anno, l'unica causa di divorzio è, come si è detto, la rottura definitiva del matrimonio (art. 01:151 Codice Civile olandese). Questa si presume di fronte a una richiesta congiunta di entrambi i coniugi (art. 01:154 CC.). In caso di richiesta unilaterale, il coniuge deve solamente addurre che il matrimonio è effettivamente rotto, e ciò dovrà essere provato in caso di opposizione dell'altro coniuge.

<sup>39</sup> Le norme relative al divorzio contenute nel Codice Civile svizzero (artt. 111 e ss.) contemplano come sua causa: 1. La richiesta congiunta di entrambi i coniugi (art. 111 C.C., modificato dalla Legge del 25 settembre 2009). 2. La richiesta di uno solo dei coniugi dopo due anni di vita separata (art. 114 C.C., modificato dalla Legge del 19 dicembre 2003) e 3. Richiesta di divorzio dopo che siano trascorsi questi due anni per motivi seri che non siano imputabili e che rendano insopportabile la continuazione della vita matrimoniale (art. 115 C.C., modificato dalla menzionata Legge del 2003).

<sup>40</sup> Come si è già indicato, nel 1977 in Germania si elimina la colpa come causa di divorzio ed è sostituita dalla causa generale di rottura del matrimonio. La rottura è accertata quando, una volta terminata la convivenza matrimoniale, non esistono aspettative di riconciliazione (§ 1565.1 BGB). Si presume nel caso in cui i coniugi abbiano vissuto separati per almeno un anno ed entrambi richiedano il divorzio o il coniuge convenuto lo consenta; tuttavia, se hanno vissuto separati per tre anni non si esige il consenso di entrambi (§ 1566 BGB). Come eccezione, si permette ottenere il divorzio dopo un anno di separazione, su richiesta di uno dei coniugi, quando non risulta ragionevole obbligare il richiedente a rimanere all'interno del matrimonio e le cause addotte sono connesse con

E più recentemente Belgio<sup>41</sup>e Portogallo<sup>42</sup>.

Potremmo includere in questo gruppo, seppur con alcune riserve per le peculiarità del loro sistema divorzista, anche paesi come la Grecia<sup>43</sup>o l'Inghilterra<sup>44</sup>, poiché, sebbene in questi ordinamenti l'unica causa di di-

il comportamento personale del convenuto (§1565.2 BGB). Occorre sottolineare che si può rifiutare il divorzio quando la sussistenza del matrimonio risulti eccezionalmente necessaria per ragione di speciale interesse per i figli minorenni o quando il divorzio può sopporre un carico economico eccessivo per il coniuge che si opponga (§1568 BGB). Si veda W. MÜLLER-FREIENFELS, *The Marriage Law reform of 1976 in the Federal Republic of Germany*, cit. 184 e ss.; A. APARICIO HACKETT, *El divorcio en Alemania*, in *Revista de Derecho de Familia*, 8/ 2000, 290 e ss.

<sup>41</sup> La recente Legge di riforma del divorzio del 27 aprile del 2007 stabilisce che il divorzio sarà decretato dal giudice quando questi verifichi il dissidio irrimediabile degli sposi, in relazione al quale si accettano tutti i mezzi di prova ammissibili dal diritto. È disposto che la richiesta sia presentata da entrambi i coniugi dopo 6 mesi di separazione di fatto o da parte di un solo coniuge dopo un anno di separazione di fatto (art. 229 del Codice Civile). I coniugi possono divorziare anche di comune accordo secondo i requisiti fissati nel *Code judiciaire* (art. 230 CC).

<sup>42</sup> Il Codice Civile portoghese contempla un divorzio di comune accordo, che può formalizzarsi davanti al Registro Civile, quando i coniugi hanno raggiunto un accordo sulle conseguenze dello stesso (art. 1775 CC). Inoltre, chiunque dei coniugi può richiedere il divorzio, adducendo i seguenti fatti: 1. Separazione di fatto per un anno consecutivo. 2. Alterazione delle facoltà mentali dell'altro coniuge, quando questa duri più di un anno e, per la sua gravità, comprometta le possibilità della vita in comune. 3. Assenza, senza notizie dell'assente per più di un anno. 4. Qualsiasi altro fatto che, indipendentemente dalla colpa dei coniugi, dimostri il fallimento definitivo del matrimonio (art. 1781, riformato dalla Legge num. 61/2008, del 31 ottobre).

<sup>43</sup> In Grecia, le norme di divorzio furono riviste sulla base della riforma del diritto di famiglia del 1983 (Legge num. 1329 del 15/18 febbraio 1983). Si stabiliscono un divorzio di comune accordo e un divorzio consensuale o litigioso. In contrasto con la già superata concezione del divorzio come sanzione al comportamento del coniuge colpevole, attualmente è considerato come rimedio disponibile per entrambi i coniugi quando il matrimonio è irrimediabilmente e definitivamente rotto. Se i coniugi sono d'accordo nel divorziare, devono presentare una richiesta congiunta, nel qual caso si richiede che siano stati sposati per almeno un anno prima della presentazione della richiesta. Dopo una prima comparizione, i coniugi dovranno tornare in tribunale una volta trascorsi sei mesi per confermare la loro richiesta. Questo periodo di sei mesi è considerato come un periodo di riflessione (art. 1441 C.C.). Nel divorzio non consensuale, la causa dell'irrimediabile rottura del matrimonio può essere dimostrata adducendo il comportamento inadeguato del convenuto o di entrambi gli sposi. Si presume la rottura del matrimonio anche dopo due anni di separazione (Riforma di ottobre del 2002). Infine, in caso di dichiarazione legale di assenza, il coniuge ha diritto a richiedere il divorzio (art. 1440 C.C.). Si veda J. DELIYANNIS, *Les grandes lignes de la réforme du droit de la famille hellénique*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1986, vol. 38, n° 3.

<sup>44</sup> In Inghilterra e Galles, la legislazione sul divorzio si trova nella Legge del divorzio (Matrimonial Causes Act) del 1979. Occorre tenere in considerazione anche la Family

vorzio sia l'irrimediabile o definitiva rottura del matrimonio, il tribunale riterrà sussistente l'esistenza di tale circostanza solamente nel caso in cui i coniugi dimostrino uno dei seguenti fatti: l'aver l'altro coniuge posto in essere certi comportamenti riprovevoli o l'essere trascorsi periodi di separazione più o meno lunghi.

Come si può ben vedere, i sistemi che contemplan come causa di divorzio la definitiva rottura della vita coniugale trascinano con sé il problema della prova del fallimento del matrimonio, che è senza dubbio più complessa della semplice dimostrazione dell'atteggiamento o comportamento colpevole di un coniuge nel vecchio sistema di divorzio sanzionatorio. I paesi europei che ammettono il divorzio-rimedio esigono, almeno teoricamente, elementi di prova sia oggettivi sia soggettivi, che sono più o meno severi a seconda del fatto che entrambi i coniugi vogliono il divorzio o sia solo uno di loro a desiderarlo con l'opposizione dell'altro.

Per quanto riguarda il divorzio di comune accordo, praticamente tutti i paesi europei ammettono che i coniugi richiedano di comune accordo il divorzio, condizionato, nella maggioranza dei casi, al decorso di periodi di tempo che possono variare a seconda dei diversi ordinamenti: tre mesi in Spagna, sei mesi in Austria, Belgio e Danimarca; un anno in Germania e Grecia; due anni in Inghilterra, Galles e Lussemburgo; tre anni in Italia e fino a quattro anni in Irlanda<sup>45</sup>.

Infine, troviamo i paesi nei quali è sufficiente la semplice volontà di uno o di entrambi gli sposi per ottenere il divorzio, senza che si debba addurre alcuna causa, cui aggiungere un periodo di riflessione, che può non essere necessario in funzione delle circostanze. Questo sistema di di-

Law Act del 1996, da completarsi con la Divorce (Religious Marriages) Act del 2000, del 2002 e del 2003. L'unica causa di divorzio è l'irrimediabile rottura del matrimonio, ma il tribunale considererà la sua esistenza solamente quando i coniugi dimostrino uno dei seguenti fatti: 1. Adulterio; il convenuto ha commesso adulterio e il richiedente considera intollerabile la convivenza. 2. Condotta irrazionale e inaccettabile del convenuto. 3. Abbandono di due anni da parte del convenuto. 4. Separazione di fatto di due anni e consenso di entrambi per il divorzio. 5. Cinque anni di separazione di fatto. Inoltre, occorre sottolineare il fatto che la richiesta di divorzio non potrà essere presentata prima di un anno dalla celebrazione del matrimonio. Sulla riforma originaria, si veda B. HOGGETT, *The British experience*, in *Révision du droit du divorce...*, cit., 19 e ss. Più recentemente, A. APARICIO HACKETT, *El divorcio en Gran Bretaña*, in *Revista de Derecho de Familia*, 2/1999, 245 e ss.; K. STANDLEY, *Family Law*, 3<sup>a</sup> ed., Palgrave, 2001, 130 e ss.

<sup>45</sup> Irish Family Law (Divorce) Act 1996.

vorzio senza causa è proprio della Svezia<sup>46</sup> e della Finlandia<sup>47</sup>, e, dal 2005, anche della Spagna.

Da quanto esposto, si deduce che alla disciplina del divorzio in Europa manca un'auspicabile omogeneità, e ciò è evidente nelle diverse cause di divorzio, nei diversi periodi di tempo che è necessario siano trascorsi prima della presentazione della richiesta o la maggiore o minore rilevanza che si concede all'autonomia della volontà dei coniugi. Tuttavia, esistono due fenomeni che si sono imposti in modo generalizzato. In primo luogo, l'introduzione progressiva di un'unica causa di scioglimento del matrimonio che tende a sostituire da sola i diversi presupposti eterogenei sui quali tradizionalmente si fondava la richiesta; ci riferiamo all'irrimediabile fallimento del matrimonio, il che in ultima analisi significa concedere un ampio margine di libertà per divorziare, sia di comune accordo, sia di forma unilaterale: un'unica causa di divorzio che sostituisce i sistemi precedenti nei quali il matrimonio non poteva essere sciolto se non in casi eccezionali, generalmente colpevoli, dietro richiesta del coniuge innocente. In secondo luogo, si constata una presenza sempre crescente del divorzio senza causa, quale massima dimostrazione dell'autonomia personale, che muove da una concezione del matrimonio molto diversa da quella tradizionale, secondo la quale i coniugi non ammettono più una regolamentazione della loro vita affettiva che non sia quella dei propri sentimenti e della propria volontà. Una tendenza che non solo si è già manifestata in alcuni paesi come Svezia, Finlandia o Spagna, ma che si presenta come il passo successivo da seguire nel sistema evolutivo del divorzio in molti degli ordinamenti qui presi in considerazione.

<sup>46</sup> In Svezia, le norme che regolano il divorzio si trovano nel Marriage Code del 1987, anche se, come abbiamo detto, le cause di divorzio furono formulate nel 1973. In questo modo si considera il matrimonio come la unione volontaria di due persone, cosicché la legislazione permette di terminare la relazione a coloro che non desiderano continuare ad essere sposati. Non esistono cause di divorzio anche se in alcuni casi si esige un periodo di riflessione: quando uno dei coniugi ha la custodia di un figlio minore di 16 anni (sezione I, capitolo 5) o quando uno dei coniugi si oppone al divorzio (sezione II, capitolo 5). Al contrario, non si esige nessun periodo di riflessione quando i due coniugi si accordano chiedendo il divorzio o quando hanno vissuto separati per due anni consecutivi (sezione IV capitolo 5). D'ufficio, il Giudice può disporre il divorzio nei casi di divieto del vincolo o di parentela (sezione 5 capitolo 5).

<sup>47</sup> Nel Diritto finlandese non si esige nessuna causa di divorzio (Marriage Act del 13 di giugno del 1929, n° 234, riformata per l'Act 1226/2001), anche se è usuale un periodo di riflessione di sei mesi (sezione 25 (1) e sezione 26, capitolo 6). In alcuni casi non si richiede questo periodo. Uno dei casi si produce quando i coniugi hanno vissuto separati per un periodo di due anni consecutivi (sezione 25 (2), ca 6). Sulla stessa linea, in caso di matrimonio contratto sotto divieto di vincolo e di parentela (sezione. 27, ca 6).

## IV.

## IL DIVORZIO SENZA CAUSA IN SPAGNA

1. *La riforma del 2005. Presentazione della Legge*

Dopo quanto detto finora, non vi è dubbio che la riforma delle norme regolatrici del divorzio che ha avuto luogo in Spagna con l'approvazione della Legge dell'8 luglio 2005 implica un profondo cambiamento dell'istituto, che l'avvicina alle legislazioni europee più progressiste in materia.

In effetti, con l'entrata in vigore della Legge 15/2005, dell'8 luglio, con la quale si modificano il Codice Civile e la Legge relativa al processo civile in materia di separazione e divorzio (Boletín Oficial del Estado [Gazzetta Ufficiale] n° 163, del 9 luglio 2005)<sup>48</sup>, tra gli altri effetti scom-

<sup>48</sup> Sui distinti aspetti di questa Legge hanno scritto, poco dopo la sua entrata in vigore, tra gli altri, V. GUILARTE GUTIERREZ, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, Lex Nova, 2005; C. LASARTE, *Mercado adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 655, 10 e ss.; M. LINACERO DE LA FUENTE, *Leyes de Familia y Constitución: Ley 13/2005, de 1 de julio y Ley 15/2005, de 8 de julio*, in RDP, 3-4/2006, 33 e ss.; J.F. LÓPEZ AGUILAR, *Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma del Derecho civil en materia matrimonial*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2005, n° 655, 1 e ss.; A. LÓPEZ TENA, *Reformas civiles: el matrimonio entre personas del mismo sexo. Separación y divorcio*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2005, n° 655, 8 e ss.; L. MARTÍN CONTRERAS, *Aspectos procesales de la reforma del Código Civil que se acerca*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2005, n° 655, 12 e ss.; A.A. PEREZ UREÑA, *La pensión compensatoria a la luz de la Ley 15/2005 de modificación del código Civil*, in *Revista de derecho de familia*, 28/2005, 65 e ss.; L. PRATS ALBENTOSA, *Bases de la nueva regulación del Derecho matrimonial español*, in *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, cit., 13 e ss.; A.L. REBOLLEDO VARELA, *La compensación económica del art. 97 CC en la Ley 15/2005, de 8 de julio*, in *Aranzadi Civil*, n° 20/2006, 15 e ss.; C. ROGEL VIDE, *En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados. Del Anteproyecto al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio*, in *Revista general de legislación y jurisprudencia* n° 1/2005, 73 e ss.; J. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *La supresión de las causas de separación y de divorcio: incidencia en otros ámbitos (A propósito de la reforma del CC por Ley 15/2005, de 8 de julio)*, in *Aranzadi Civil*, n° /2005; M.P. SANCHEZ GONZÁLEZ, *Consecuencias económicas de la crisis matrimonial tras la Ley 15/2005 (de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio)*, in *Revista jurídica del notariado*, n° 57/2006, 233 e ss.; E. SERRANO ALONSO, *El nuevo matrimonio civil...*, cit., 1 e ss.; F. VEGA SALA, *La reforma de la separación i el divorci (Comentari a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio"* cit., 41 e ss.; J.R. VERDA Y BEAMONTE (a cura di), *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, Thomson Aranzadi, 2005.

pare nel nostro ordinamento giuridico la necessità di addurre una causa per ottenere il divorzio, di modo che la mera volontà dei coniugi, di entrambi o anche di uno solo di loro, è sufficiente per lo scioglimento del vincolo coniugale, senza che neppure si esiga un periodo previo di separazione.

Come afferma Pastor Vita<sup>49</sup>, con la menzionata riforma il legislatore opta per una concezione di matrimonio di natura negoziale o contrattuale, ove è centrale il principio di autonomia della volontà dei coniugi come ultima espressione dei principi più generali di libertà e di libero sviluppo della personalità affermati nella Costituzione<sup>50</sup>. In questo modo, la eliminazione delle cause di divorzio non obbedisce a una snaturalizzazione dell'istituto, ma a una concezione diversa dello stesso, più concorde con i dettami costituzionali e in linea con l'evoluzione che si è prodotta in altri paesi europei, come i già menzionati Svezia e Finlandia.

Nella *exposición de motivos* della legge in esame, del resto, il legislatore giustifica la necessità della modifica legislativa con le seguenti parole:

“La Riforma che si realizza vuole che la libertà, come valore superiore del nostro ordinamento giuridico, abbia il suo riflesso più adeguato nel matrimonio. Il riconoscimento nella Costituzione di questa istituzione giuridica possiede un'importanza innegabile, in quanto contribuisce all'ordine politico e alla pace sociale, ed è la strada attraverso la quale i cittadini possono sviluppare la loro personalità. A tale proposito, si ritiene che il rispetto del libero sviluppo della personalità, garantito dall'articolo 10.1 della Costituzione, giustifica il riconoscimento di maggiore importanza data alla volontà della persona quando non desidera più vivere con il coniuge. Così, l'esercizio del diritto a non restare sposato non può dipendere dalla dimostrazione della presenza di alcuna causa, perché la causa determinante non è altro che la fine di tale volontà espressa nella sua richiesta, né, certamente, di una situazione di separazione previa e ineludibile”.

<sup>49</sup> F.J. PASTOR VITA, *Algunas consideraciones sobre la Ley de Reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio*, cit., 32 e ss.

<sup>50</sup> Sul principio del libero sviluppo della personalità in relazione con la riforma operata dalle Leggi dell'1 e 8 luglio 2005, si veda J.R. VERDA Y BEAMONTE, *El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, in *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, cit., 29 e ss.

È pertanto previsto che si decreti giudizialmente il divorzio, quale che sia la forma di celebrazione del matrimonio, nel caso in cui si verificano i seguenti requisiti:

- in caso di richiesta di entrambi i coniugi o di uno con il consenso dell'altro, si richiede che siano trascorsi tre mesi dalla celebrazione del matrimonio, e che si presenti una proposta di accordo regolatore degli effetti del divorzio redatta secondo quanto previsto dall'art. 90 C.C.;

- quando il divorzio è richiesto da uno solo dei coniugi, si richiede unicamente che siano trascorsi tre mesi dalla celebrazione del matrimonio. Non sarà necessario che sia trascorso tale termine perché sia possibile presentare la richiesta quando si dimostri l'esistenza di un rischio per la vita, l'integrità fisica, la libertà, l'integrità morale o la libertà sessuale del coniuge richiedente o dei figli di entrambi o di chiunque sia membro del matrimonio. Alla richiesta si accompagnerà una proposta relativa alle misure che devono regolare gli effetti derivanti dallo scioglimento del matrimonio (artt. 81 e 86 CC).

In tal modo, la Legge 15/2005 ammette non solo il divorzio di comune accordo, ma anche il divorzio per volontà di uno solo dei coniugi, con l'unico requisito che siano trascorsi tre mesi dalla celebrazione del matrimonio e fatte salve le segnalate eccezioni.

È innegabile che il cambiamento nella disciplina del divorzio dal punto di vista teorico è di grande importanza, considerando che presuppone una concezione di matrimonio molto lontana da quello che servì da base al legislatore del 1981. Tuttavia, come sostiene Carrión Olmos<sup>51</sup>, al contrario di quanto avvenuto nel 1981, la nota caratteristica del dibattito politico originato dalla nuova legge è stato l'ampio consenso riguardo all'elemento sostanziale della riforma, testimonianza più che probabile del sentimento della società spagnola rispetto al significato del matrimonio e al ruolo svolto dall'autonomia della volontà dei coniugi riguardo allo scioglimento del vincolo coniugale.

Già durante il dibattito nella Commissione di Giustizia della Camera dei Deputati fu evidente l'opinione favorevole di tutti i gruppi dell'Assemblea circa l'idea ispiratrice del Progetto di legge presentato dal Governo<sup>52</sup>. È chiaro che l'adesione dei diversi Gruppi parlamentari alla ri-

<sup>51</sup> S. CARRIÓN OLMOS, *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio*, in *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, cit., 166.

<sup>52</sup> Diario delle sessioni della Camera dei Deputati. Commissione di Giustizia, n° 242, 6 aprile 2005.

forma proposta dal Governo non fu esente da sfumature e interpretazioni diverse. In tal senso, occorre segnalare che durante l'*iter* parlamentare della Legge, il Gruppo Parlamentare Catalano e il Gruppo Parlamentare Popolare si opposero alla eliminazione assoluta delle cause di separazione e di divorzio. Il primo presentò un emendamento nel quale si proponeva l'introduzione di due cause generiche per la separazione contenziosa: la violazione dei doveri coniugali e/o dei doveri nei confronti dei figli di qualunque dei coniugi che abitano nel domicilio familiare; la volontà unilaterale di terminare la convivenza a causa della rottura del necessario affetto maritale perché la si potesse proseguire<sup>53</sup>.

Il Gruppo Parlamentare Popolare propose come cause di separazione e divorzio non consensuale: qualsiasi situazione che implichi la rottura della convivenza familiare tale che la sua continuazione sarebbe dannosa per uno dei coniugi o per i loro figli; qualsiasi violazione grave e reiterata dei doveri nei confronti dei figli comuni o di uno dei coniugi che conviva nel domicilio familiare<sup>54</sup>. Inoltre, tale proposta prevedeva che, in presenza di figli minorenni, il coniuge richiedente accompagnasse la domanda con una serie di documenti che dimostrassero di aver provveduto alla mediazione familiare, fatta eccezione per i casi di violenza fisica o psicologica a danno del richiedente o dei figli che convivono con entrambi<sup>55</sup>.

Tuttavia, tanto questi quanto il resto degli emendamenti presentati dai diversi gruppi parlamentari si riferivano a questioni tecniche o ad aspetti molto concreti della riforma (mantenimento di alcune cause generali di divorzio, custodia condivisa, termini per la presentazione della richiesta, fondo di garanzia per gli alimenti, mediazione familiare), e non all'aspetto basilare o essenziale della stessa, che è un'idea di matrimonio molto diversa da quella vigente agli albori della democrazia<sup>56</sup>. Non si dubita più del ruolo essenziale che deve svolgere l'autonomia della volontà dei coniugi nella regolazione della convivenza e si proclama la libertà personale come il pilastro che deve sostenere qualsiasi soluzione si offra alla situazione di crisi coniugale.

<sup>53</sup> Emendamento n° 61. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, 15 marzo 2005, n° 16-8.

<sup>54</sup> Emendamento n° 76, 77 e 78. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, 15 marzo 2005, n° 16-8.

<sup>55</sup> In senso analogo, si veda Emendamento n° 55 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, 15 marzo 2005, n° 16-8.

<sup>56</sup> S. CARRIÓN OLMOS, *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio*, cit., 168.



Come si può ben vedere, autonomia e libertà dei coniugi costituiscono i principi basilari di questa nuova disciplina del divorzio, principi che nessun gruppo parlamentare ha messo in discussione nell'ambito delle diverse posizioni su temi concreti<sup>57</sup>.

Tuttavia, nel dibattito del Progetto di Legge al Senato persistettero le voci discordanti. Tanto il Gruppo Parlamentare di *Convergencia i Unió* quanto il Gruppo Parlamentare Popolare mantennero i loro emendamenti orientati a mantenere un sistema causale di separazione e di divorzio, che tuttavia furono respinti<sup>58</sup>. Restituito il progetto alla Camera dei Deputati, sarà definitivamente evidente il principio ispiratore della riforma: concedere maggior protagonismo alla volontà dei coniugi e superare la nozione causale e in parte colpevolistica di divorzio caratteristica della legislazione del 1981<sup>59</sup>.

## 2. Riflessioni sulla riforma del divorzio in Spagna. La funzione del consenso

A questo punto, non vi è dubbio che l'epicentro delle modifiche legislative introdotte dalla legge di riforma del divorzio del 2005 è costituito dal ruolo predominante concesso al consenso dei coniugi orientato allo scioglimento del vincolo matrimoniale. Si afferma così nel nostro ordinamento il cosiddetto *divorzio per volontà unilaterale di uno solo dei coniugi*, e si giunge così all'ultimo gradino nell'evoluzione del divorzio dal punto di vista teorico.

Un'evoluzione che, seppure in altra misura, si è prodotta anche in Europa, dove le legislazioni sono sempre più inclini a concedere un maggior protagonismo alla volontà dei coniugi. Come afferma Jean-François Perrin, questa evoluzione generale delle disposizioni sul divorzio in Europa è rivelatrice di una modifica profonda delle strategie dello Stato in materia di controllo del divorzio. La vera e propria permissività che deriva da legislazioni tanto diverse come quella inglese, che contempla un'unica causa di divorzio – la rottura del matrimonio (*breakdown of*

<sup>57</sup> Diario de sesiones del Congreso de los Diputados [Diario delle sessioni della Camera dei Deputati], n° 84, 21 aprile 2005.

<sup>58</sup> Diario de sesiones del Senado [Diario di sessioni del Senato], sessione plenaria del 22 giugno 2005.

<sup>59</sup> Diario de sesiones del Congreso de los Diputados [Diario di sessioni della Camera dei Deputati], n° 102, 29 giugno 2005.

*marriage*) – e quella francese, che contiene una molteplicità di cause, mette in evidenza come sia possibile effettivamente intravedere uno spirito comune nel modo di attenuare il controllo statale rispetto all'autonomia dei cittadini nell'ambito familiare<sup>60</sup>.

Quel che risulta chiaro è che la modifica della regolazione del divorzio si deve a una concezione diversa del matrimonio, nella quale perde credibilità il criterio di stabilità e si rafforza l'autonomia dei coniugi quale massima espressione dei diritti costituzionali della libertà personale e del rispetto del libero sviluppo della personalità. Il matrimonio non è più un'istituzione da salvaguardare al di là degli interessi degli sposi, ma un ambito di realizzazione personale in cui si manifesta la loro libertà. Il cambiamento è decisamente maggiore dal punto di vista qualitativo che quantitativo. Questioni fondamentali come la stabilità nella relazione matrimoniale, la funzione del consenso, la causa dell'atto negoziale, l'insieme di diritti e doveri coniugali e persino la stessa natura giuridica dell'unione sembra debbano essere sottoposti a revisione<sup>61</sup>.

Tuttavia, la libertà di sciogliere il matrimonio non significa che si attenuino le misure di protezione dei figli minorenni o del coniuge che rimane nella situazione più sfavorevole. Come sostiene Perrin<sup>62</sup>, il divorzio non solo mette fine al matrimonio ma, verificatosi il fallimento, l'obiettivo da raggiungere deve essere quello di garantire i diritti dei coniugi

<sup>60</sup> In J.COMMAILLE, FESTY, GUIBENTIF, KELLERHALS, J.F. PERRIN E L. ROUSSEL, *Le divorce en Europe occidentale*, cit., 221.

<sup>61</sup> S. CARRIÓN OLMOS, *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio*, cit., 174. Per alcuni autori, con la riforma si rafforza il carattere contrattuale del matrimonio. F.J. PASTOR VITA lo concepisce come un contratto societario di natura chiaramente fiduciaria, in modo tale che tra i coniugi si instaura una relazione basata sulla fiducia e questa relazione *intuitu personae* dura finché la volontà di uno dei coniugi non decida di porvi fine (*Algunas consideraciones sobre la Ley de Reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio*, cit., 34). Secondo il parere di F. VEGA SALA, la nuova disciplina del divorzio rende difficile che si possa continuare a considerare il matrimonio come un'istituzione di ordine pubblico, avvicinandolo a un'istituzione regolata dal principio dispositivo (*La reforma de la separación i el divorc. Comentarios a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, cit., 41 e ss.).

<sup>62</sup> L'autore parla di un insieme di liberalismi a livello di cause e di una maggior severità a livello di conseguenze, specialmente per quanto riguarda gli effetti economici; non si pretende prevenire o evitare la rottura, ma intervenire con l'obiettivo di garantire i diritti delle persone coinvolte: coniugi e figli minorenni (J.F. PERRIN, *Tendance des changements législatifs en matière de divorce en Europe occidentale*, in J.COMMAILLE, FESTY, GUIBENTIF, KELLERHALS, J.F. PERRIN E L. ROUSSEL, *Le divorce en Europe occidentale*, cit., 218-219).

nella rottura ed effettuare un controllo sui suoi effetti. Si tratta di considerare un nuovo contenuto della normativa che disciplina il divorzio, che si traduce nel riconoscimento formale dello scioglimento del vincolo matrimoniale e nel regolare le sue conseguenze giuridiche ed economiche. In tal modo, l'organo giurisdizionale assume un ruolo determinante nella protezione dei diritti dei più deboli nell'ambito familiare, o per la loro mancanza di capacità, come nel caso dei minori, o per le situazioni sociali ed economiche nelle quali si trovano a vivere.

In tal senso, è rilevante fare notare come in Europa si stia facendo strada la cosiddetta dottrina del "*Clean Break*", la cui finalità è quella di risolvere definitivamente la questione economica tra gli sposi nel momento in cui si stabilisce il divorzio<sup>63</sup>. In tal modo, o per mano del legislatore, o per via giurisprudenziale, si individua un periodo di tempo determinato entro il quale sussiste una situazione di dipendenza economica di un coniuge rispetto all'altro una volta estinto il vincolo matrimoniale. Si vuole così giungere a un equilibrio nella protezione degli interessi della famiglia estinta e della futura – nei casi in cui si contraggono nuove nozze – e, in definitiva, legare il principio di libertà personale con quello di responsabilità individuale. Una realtà che in certa forma va collegata allo Stato sociale, nella misura in cui questo può farsi carico della assistenza necessaria a chi subisce maggiormente gli svantaggi della rottura.

Tuttavia, è forse possibile fare un ulteriore passo avanti in questo nuovo regime giuridico del divorzio al quale facciamo riferimento. In alcuni ambiti da tempo ci si comincia a interrogare fino a che punto sia necessario un provvedimento giurisdizionale per ottenere il divorzio e ci si chiede se sia possibile designare un altro organo competente in materia. La questione sembra non dare adito a dubbi nei casi di divorzio litigioso, nei quali il dissenso degli interessati richiede l'intervento dell'Autorità Giurisdizionale, così come succede per altre questioni di diritto di famiglia (art. 70 C.C., sul domicilio coniugale; art. 156 C.C., sull'esercizio della patria potestà; art. 157 CC., per i casi di minore non emancipato; art. 159 C.C., sulla custodia dei figli in caso di separazione dei genitori, etc.). Ma il problema sembra essere molto diverso nei casi di divorzio consensuale.

<sup>63</sup> Una questione che in una certa forma si è fatta sentire anche in Spagna con la riforma dell'art. 97 C.C. tramite la Legge dell'8 luglio 2005, con la quale si permette il pagamento dell'assegno di mantenimento tramite un'unica prestazione. Sulla teoria del Clean Break, si veda M.T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit*, cit., 94 e ss.

In tale direzione si sono fatte largo alcune voci<sup>64</sup> che propongono soluzioni alternative all'intervento giurisdizionale obbligatorio e che sono inclini a concedere ad altre istanze pubbliche la funzione di verificare l'effettiva volontà dei coniugi di voler divorziare e di effettuare il controllo necessario sulla legalità degli accordi da loro raggiunti.

È vero che nel diritto comparato la maggior parte dei paesi si orienta verso un divorzio decretato giurisdizionalmente, ma troviamo anche casi nei quali la concessione del divorzio e il controllo circa i suoi effetti sono svolti da organi amministrativi. È il caso del Portogallo<sup>65</sup>, dove la separazione e il divorzio di comune accordo possono essere decretati dall'ufficiale incaricato del Registro Civile, sempre che i coniugi non abbiano figli minorenni a carico o che l'esercizio della patria potestà sia già stato regolamentato per via giurisdizionale (Decreto Legge num. 163, del 13 luglio 1995, in vigore dal 15 settembre del 1995). Allo stesso modo, paesi come Danimarca o Norvegia permettono ai coniugi di richiedere il divorzio consensuale di fronte all'autorità amministrativa<sup>66</sup>. E in America Latina sono molti i paesi che hanno deciso di regolare il divorzio notarile (Cuba, Messico, Colombia, Ecuador, Brasile, Perù)<sup>67</sup>.

Si tratterebbe pertanto di auspicare l'instaurazione di un divorzio di tipo amministrativo, nel quale un funzionario incaricato del Registro Civile o il notaio si limita a constatare la volontà dei coniugi di sciogliere il vincolo matrimoniale, nei casi in cui entrambi siano d'accordo e ove esista il consenso sugli effetti del divorzio, rimanendo più discutibile tale possibilità nel caso vi siano figli minori a loro carico. Una questione che non è ancora stata risolta in Spagna e che, in ogni caso, non può essere svincolata dalla componente economica, specialmente nell'epoca di crisi che stiamo vivendo.

<sup>64</sup> P. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, *Separación y divorcio consensual*, in *La reforma de la justicia preventiva*, 2004, 389 e ss., specialmente 424 e ss.; M. GARRIDO MELERO, *Derecho de familia y principio de libertad civil: desjudicialización y control notarial*, in *Jornadas sobre el Código de Familia y la Ley de Uniones Estables de Pareja. Libro homenaje a la memoria de Luis Enrique Barberá Soriano*, 1998, 298 e ss.; J. NAVARRO VIÑUALES, *La tendencia desjudicializadora en el nuevo Derecho de familia*, in *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, cit., 253 e ss., specialmente 286-290.

<sup>65</sup> PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da família*, Vol. I, 2ª ed., Coimbra 2001, 153; H. EWALD HÖSTER, *Evoluções legislativas no Direito da família depois da reforma de 1977*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. I, *Direito da família e das sucessões*, cit., 59 ss..

<sup>66</sup> M.T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit*, cit., 79 e ss.

<sup>67</sup> L. B. PÉREZ GALLARDO, *Un «fantasma» recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial*, in *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXVII, 2009, 329 e ss.