

LA DESTRUTTURAZIONE DEL MODELLO DI DIVORZIO

*THE DESTRUCTURING OF THE DIVORCE MODEL*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1502-1523*



Liliana ROSSI  
CARLEO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

**RESUMEN:** A cinquant'anni dalla legge sul divorzio il presente contributo, partendo dal concetto di "dissolubilità" del matrimonio, analizza il passaggio dai presupposti al presupposto che consente lo scioglimento di un rapporto coniugale. In un quadro di riforme che negli anni hanno profondamente inciso sul diritto di famiglia, l'obiettivo è di riesaminare la ratio di un istituto che, nell'attuale contesto, tende a coniugare la libertà per quanto riguarda la possibilità di sciogliere il vincolo, con la responsabilità per quanto riguarda gli effetti.

**PALABRAS CLAVE:** Divorzio; dissolubilità del matrimonio; autodeterminazione; responsabilità.

**ABSTRACT:** *Fifty years after the divorce law this contribution, starting from the concept of "dissolubility" of marriage, analyzes the transition from the assumptions to the assumption that allows the dissolution of a marital relationship. In a context of reforms that over the years have profoundly affected family law, the objective is to re-examine the rationale of an institution, which, in the current context, tends to combine the freedom regarding the possibility of dissolving the bond to the responsibility for the effects.*

**KEY WORDS:** *Divorce; dissolubility of marriage; self-determination; responsibility.*

**SUMARIO.- I. LE RAGIONI DI UNA SCELTA.- II. LA DISSOLUBILITÀ DEL RAPPORTO DI COPPIA NEL MOSAICO DELLE RELAZIONI FAMILIARI.- III. LA SPECIFICITÀ DEL DIVORZIO NEL CONTESTO DELLO SCIoglIMENTO DEL MATRIMONIO.- IV. I PRESUPPOSTI.- V. DAL MODELLO AL NON MODELLO.**

---

## **I. LE RAGIONI DI UNA SCELTA.**

Dedicare qualche riflessione al Maestro non rappresenta un impegno, ma un piacere per l'anima e per la mente.

Chi, oltre che meditare sui Suoi innumerevoli contributi, ha avuto l'onore di conoscerLo personalmente non può prescindere dal ringraziarLo. Non è questa di certo la sede idonea a stilare il lungo elenco dei ringraziamenti che il nostro Omaggiato meriterebbe, ma mi limito a ricordare che, seppure Egli non poteva, ovviamente, infondere in tutti noi il Suo incommensurabile amore per la ricerca, con il Suo tratto rigoroso e gentile, ci ha comunque consentito di raccogliere almeno una fruttuosa briciola della passione che deve accompagnare lo studio.

La briciola che ho raccolto mi ha posto dinanzi ad una difficile scelta in ragione della vastità di argomenti dai quali trarre spunto per una riflessione, sia pur breve, ispirata al Suo insegnamento.

La mia scelta, più che continuare un discorso sul "tanto" sempre magistralmente chiarito e approfondito, ha inteso instaurare con Lui un possibile dialogo sul "poco" non espressamente detto, su cui ha pur sempre lasciato uno spunto intorno al quale ragionare.

I cinquant'anni dalla sofferta introduzione della legge sul divorzio nell'ordinamento italiano hanno rappresentato un'occasione per chiarire come, nell'insegnamento di Bianca, il punto nodale della disciplina debba essere rappresentato dagli effetti che lo scioglimento determina<sup>1</sup>. Fra questi effetti un approfondimento particolare è dedicato all'assegno, rispetto al quale il Maestro ha coniato, fin dall'inizio, la suggestiva formula della "solidarietà post coniugale", successivamente ripresa da dottrina e giurisprudenza prevalenti. All'assegno divorzile Bianca ha dedicato una perdurante attenzione, come ci confermano i suoi ultimi scritti dedicati proprio

---

<sup>1</sup> BIANCA, C.M.: "Commento agli artt. 5, 6, 9 e 9bis della Legge 1° dicembre 1970, n. 898, in AA.VV., *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* (diretto da G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI), VI, I, Cedam, Padova, 1993, p. 313 ss.

• **Liliana Rossi Carleo**

Professore Emerito di Diritto privato, Email rossicarleo@gmail.com

a questo argomento<sup>2</sup>. Si vince in tal modo la necessità di coniugare libertà e responsabilità: il filo conduttore che sorregge la lettura della disciplina si rinviene nel dover constatare che, malgrado vada rispettato il diritto all'autodeterminazione, tuttavia la libertà non consente di ritenere che, con il divorzio, gli ex coniugi divengano "due estranei".

A fondamento del divorzio si pone l'impossibilità della comunione materiale e spirituale che priva il rapporto della sua essenza vitale, evidenziando così la frattura che si viene a determinare tra la realtà ed una qualificazione formale ormai solo astratta. Tale impossibilità deve tuttavia risultare da uno dei presupposti specificamente indicati dalla legge<sup>3</sup>.

Il passare del tempo impone, però, una rilettura di questi presupposti tassativi, peraltro in parte ripetuti anche per quanto riguarda lo scioglimento dell'unione civile, che sembrerebbero governare ancora lo scioglimento del rapporto coniugale per quanto riguarda l'*an*.

La rilettura va fatta seguendo il monito di Bianca: occorre, difatti, superare l'equivoco per cui "oggetto della valutazione critica debba essere una formula scritta anziché il principio di diritto che l'esperienza abbia dimostrato operante nell'ordinamento"<sup>4</sup>. In questa ottica occorre guardare alle norme che enunciano i presupposti del divorzio, tenendo conto che "la realtà della regola di diritto non è nell'astrattezza delle sue enunciazioni ma nella effettività del suo concreto operare nell'ordinamento"<sup>5</sup>.

## II. LA DISSOLUBILITÀ DEL RAPPORTO DI COPPIA NEL MOSAICO DELLE RELAZIONI FAMILIARI.

La legge n. 898/1970, introducendo nel sistema il principio della dissolubilità, ha comportato un mutamento sostanziale la cui valenza non è certo limitata alla possibilità di sciogliere il matrimonio quando la comunione materiale e spirituale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita in presenza di una serie di

2 BIANCA, C.M.: "Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale", *Fam. e dir.*, 2018, p. 955 ss.; ID, "Presentazione. Sui persistenti margini di incertezza in tema di determinazione dell'assegno di divorzio", in E. AL MUREDEN, R. ROVATTI, (a cura di), *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, Giappichelli, Torino 2020, p. XVII ss.

3 BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 2, Giuffrè, Milano, 2001, p., 229.

4 Così BIANCA, C.M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica", in AA.VV., *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castan Tobena*, Volumen II, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, p. 61 ss.; ID.: "Realtà sociale ed effettività della norma", in *Scritti giuridici*, Vol. I, Libreria Universitaria, Milano 2002, p. 36

5 Così, ancora, BIANCA, C.M.: "Interpretazione e fedeltà alla norma", in AA.VV., *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, Giuffrè, Milano, 1978, p. 147 ss.; ID.: "Realtà sociale ed effettività della norma", in *Scritti giuridici*, Vol. I, Libreria Universitaria, Milano, 2002, p. 137

ipotesi "articolate in funzione di una casistica obiettivamente precisata dalla stessa legge (art. 3) che investe una serie di situazioni diverse tra di loro"<sup>16</sup>.

Difatti, la proiezione della dissolubilità, che consente di sciogliere il vincolo formale fra coniugi, siano essi eterosessuali o anche omosessuali, si amplia fino ad illuminare in maniera significativa l'intero contesto della vita familiare e induce, pertanto, ad osservare che "è proprio l'introduzione della risolubilità del matrimonio ad aver manifestato una nuova visione dei rapporti di coppia e di famiglia, contrapposta all'unico modello sino ad allora riconosciuto e normato"<sup>17</sup>.

Appare sufficiente un rapido sguardo a rendere palese come l'allentamento della vincolatività nuziale abbia, in primo luogo, e come oramai si coglie con estrema evidenza, agevolato il graduale passaggio dal concubinato alla famiglia di fatto<sup>8</sup>. Il divorzio, difatti, non ha solo autorizzato la sostituzione di un matrimonio che si scioglie con un altro matrimonio, ma, ancor più, ha consentito di accogliere nuove modalità di fare famiglia in ragione della tutela che si intende assegnare in presenza dell'affettività e della effettività di uno statuto familiare, non più monopolio della sola famiglia legittima<sup>9</sup>.

I nuovi modelli familiari, più elastici ed aperti, si caratterizzano, in maniera crescente, nel rimarcare la priorità dei legami affettivi rispetto a vincoli divenuti esclusivamente formali<sup>10</sup>.

Appare, quindi, tuttora *in itinere* il lungo cammino in forza del quale l'evoluzione giuridica si rivela sempre più incline a dare tutela e a valorizzare la funzione

6 Così testualmente Corte Cost. 22 luglio 1976, n. 181, in *Giust. civ.*, 1976, III, p. 397.

7 SESTA, M.: "Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 1183; Id.: "Mezzo secolo di riforme (1970-2020)", *Fam. e dir.*, 2021, p. 19.

8 Mutuando la ben nota titolazione di GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Keyeditore, Milano, 1983.

9 A ben vedere, la indissolubilità e la conseguente scelta di un unico modello rispondevano ad una concezione autoritativa ormai superata, che necessariamente comportava un procedimento riduttivo del reale, provvedendo non solo a determinare il modello di famiglia legittima attraverso una serie di regole inderogabili, ma anche a determinarne i componenti, escludendo in primis i figli naturali nati fuori dal matrimonio. Potremmo pertanto rinvenire nella dissolubilità un primo, significativo, passo verso la necessaria rinuncia ad una regolamentazione autoritativa e la conseguente remissione all'autonomia privata della regolamentazione dei rapporti. Si tratta di un varco che ci limitiamo a schiudere senza neanche la pretesa di affacciarci al suo interno, data la vastità e la complessità del percorso che ha portato ad affermare la rilevanza dell'autonomia privata nel diritto di famiglia. Ci pare comunque interessante menzionare il tentativo, divenuto "ineludibile" svolto in vari settori, e fra questi appare fertile quello del diritto di famiglia, di spostare, nell'ottica della sussidiarietà, la riflessione "sul ruolo e la qualificazione di regole che sono private nella fonte ma che nella sostanza sono integrative del sistema complessivo dell'ordinamento e dunque idonee a produrre effetti anche nei confronti dei terzi", così NUZZO, M.: "Prefazione", in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato I, Potere di autoregolamentazione e sistema delle fonti, Autonomia privata e diritto di famiglia, Attività negoziale e composizione alternativa delle liti*, Giappichelli, Torino, 2014.

10 Il consolidarsi di questa concezione rende il divorzio connaturale alla realtà che si intende garantire; a tal fine, giova ribadire, il divorzio consente di cancellare la divergenza che si viene a determinare tra la qualificazione formale del rapporto e la realtà sottostante, così, espressamente, BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 230.

piuttosto che la istituzione, concorrendo a determinare il cedimento del modello unico di famiglia<sup>11</sup>.

Ben note sono le tappe più importanti che già dal 1975<sup>12</sup> hanno inciso sul matrimonio e, quindi sulla sua struttura<sup>13</sup> e sui rimedi previsti in caso di crisi della coppia<sup>14</sup>, riducendo non solo la centralità del matrimonio come atto<sup>15</sup>, ma sancendo anche, con la introduzione dello *status* unico di figlio<sup>16</sup>, il superamento del matrimonio come *condicio sine qua non* della famiglia.

Malgrado non sia ovviamente questa la sede idonea non certo a ripercorrere, ma neanche ad accennare al lungo e tormentato cammino che ha spostato l'accento dalla rigidità di una struttura predeterminata all'accoglimento di dinamiche inclusive, tese a valorizzare la priorità del contenuti affettivi, contrassegnati da una liquidità che non esime dalla responsabilità<sup>17</sup>, e limitandoci a fissare, sia pure rapidamente, lo sguardo sul rapporto coniugale, giova ricordare che, come si è più volte ribadito, caduta la indissolubilità e abrogata la separazione per colpa, tale rapporto non è più "sostanzialmente fisso, non modificabile dalle parti": nell'attuale contesto esso appare sempre più caratterizzato da una "valorizzazione delle persone, delle

- 
- 11 Un esempio lampante in tal senso si rinviene nella legge n. 76/2016. La persistente prudenza del Legislatore, che ha accuratamente evitato il ricorso al termine famiglia nel dettato normativo – sebbene, talvolta, anche se forse solo per una svista, non ha potuto fare a meno di utilizzare il riferimento alla "vita familiare" (art. 1, comma 12) – non consente di escludere che questa legge rappresenti una ulteriore conferma della immagine plurale nella quale la famiglia va declinata, anche se permangono in dottrina dubbi ed incertezze sul "rapporto familiare" che discende da questa "relazione di coppia", v. DE CRISTOFARO, G.: "Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1-34 della legge 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 124. Si rinvia al riguardo, all'approfondito dibattito e alla ricca bibliografia contenuta nei molti recenti commentari che si sono susseguiti dopo l'approvazione della legge. V., fra gli altri, BIANCA, C.M. (a cura di): *Le unioni civili e le convivenze*, Giappichelli, Padova, 2017; SESTA, M. (a cura di): *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017; PATTI, S. (a cura di): *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Zanichelli, Bologna, 2020.
- 12 L'entrata in vigore della legge 19 maggio 1975, n. 151, è andata col tempo a manifestare sempre più la sua carica innovativa, confermando quanto era stato osservato al momento della sua emanazione da CIAN, G.: "Introduzione", in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (a cura di L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABUCCHI), Tomo primo, Parte prima, Cedam, Padova, 1976, p. 77.
- 13 Tenendo conto essenzialmente del rapporto, e quindi sancendo lo scardinamento delle gerarchie familiari e introducendo la definitiva affermazione della uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, sebbene ancora una volta potremmo osservare che si tratta di un percorso assai lungo, il quale prevede tappe che ancora non sono raggiunte. Emblematica in tal senso appare la vicenda del cognome (v., da ultimo, Corte Cost. 11 febbraio 2021, n. 18).
- 14 Non può revocarsi in dubbio che, come avremo modo di ribadire successivamente, la profonda innovazione che la riforma ha operato sulla separazione dei coniugi, abbandonando la concezione della sanzione a carico del coniuge colpevole, abbia inciso non solo sulla configurazione di un rimedio di tipo sospensivo, ma anche sulla successiva determinazione del rimedio risolutivo.
- 15 Lo sdoppiamento tra diritto di sposarsi e diritto di costituire una famiglia operato dalla Carta di Nizza (CDFUE, art. 9) conferma come la garanzia del rapporto possa prescindere dall'esistenza dell'atto. V. fra i molti FERRANDO, G.: "Le relazioni familiari nella Carta dei diritti dell'Unione europea", *PD*, 2003, p. 347 ss.
- 16 La riforma operata dalla legge n. 2012/219 e dal d.lgs. n. 2013/154 ha introdotto lo status unico di figlio a prescindere dal tipo di relazione che lega i genitori e dalla sua stabilità. In questa sede appare sufficiente e importante il rinvio alla Relazione conclusiva dei lavori della Commissione presieduta da C.M. BIANCA, *politichefamiglia.it*, 2013; *Id.*: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1 ss.
- 17 V. MESSINETTI, D.: "Diritti della famiglia e identità della persona", *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 137 ss., che, fra i primi, ha posto in via generale attenzione all'inarrestabile fenomeno dei rapporti "liquidi" e alla rilevanza che assume a tale riguardo il profilo della responsabilità.

individualità di ciascun componente'. Ne discende, come è evidente da questi brevi richiami, una "concezione privatistica della famiglia", la quale necessariamente si fonda sulla libertà di autodeterminarsi nella vita privata<sup>18</sup>.

Senza indugiare su quello che potrebbe rivelarsi un pendio scivoloso ove ci si illudesse di darne atto in poche battute, queste pur rapide puntualizzazioni consentono di limitarci ad osservare che forse, sia pure a distanza di cinquant'anni, non si è ancora pienamente riconosciuta alla dissolubilità quella forza innovativa che tuttora è ad essa sottesa per cui si chiede al diritto di garantire la instabilità<sup>19</sup>.

In questa ottica ormai condivisa si prende atto che se la impossibilità di imbrigliare la dissolubilità ha fatto prepotentemente emergere il rilievo da assegnare ad istanze individualistiche<sup>20</sup>, la scia giuridicamente rilevante che lascia la coppia instabile va considerata in un ambito ancora più ampio con riferimento alla scomposizione e alla composizione delle famiglie, contrassegnate da relazioni orizzontali e verticali rispetto alle quali l'atto fondativo o dissolutivo della coppia non rappresenta più l'unico riferimento.

La dottrina ha avuto molte volte modo di evidenziare con estrema chiarezza che l'indissolubilità, in passato riferita al rapporto di coppia, sembra essersi trasferita al rapporto genitoriale: il rapporto tra coniugi cessa, ma ove essi siano genitori, non possono non continuare a relazionarsi tra loro per l'assolvimento degli ineludibili compiti di cura dei figli<sup>21</sup>; pertanto, si trae dal diritto dei minori a mantenere entrambe le figure genitoriali "una nuova inconsueta dimensione

18 Così, in termini, FERRANDO, G.: "Il matrimonio", in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI), Giuffrè, Milano, 2002, p. 60 ss., che richiamiamo per molti e alla quale si rinvia anche per gli ulteriori riferimenti; appare interessante sottolineare come, principalmente nell'ottica dello scioglimento del matrimonio, di recente si è ritenuto di poter segnalare il passaggio dalla "privatizzazione" alla "patrimonializzazione" dei rapporti coniugali con la conseguente "consacrazione della sufficienza dell'autonomia privata dalla costituzione all'estinzione dei rapporti affettivi tra adulti". Così BALLARANI, G.: "Verso la piena autonomia privata in ambito familiare?", *Dir. delle succ. e della famiglia*, 2019, p. 27 ss.

19 Di recente BALESTRA, L.: "La crisi della comunione di vita", *Giust. civ.*, 2020, p. 31 ss., nel rimarcare che "la concezione tradizionale della famiglia è stata bruscamente superata ed archiviata nel breve volgere di qualche lustro" e ponendo in luce che "la stabilità della relazione di coppia, obiettivo originariamente perseguito dal legislatore in virtù di una concezione scolpita nella tradizione, si è progressivamente sostituita ... l'instabilità", ha evidenziato, tra l'altro, che ciò comporta la esigenza di guardare alla crisi della comunione come momento nodale che segna il passaggio dalla condivisione del rapporto al momento delle reciproche pretese, rispetto alle quali la risposta non può prescindere dalla crescente rilevanza che è destinata ad assumere l'autonomia contrattuale.

20 Che comunque non devono essere mai sinonimo di istanze egoistiche, posto che non si possono ignorare i profili relazionali che contraddistinguono il rapporto di coppia, imponendo una costante ricerca di "equilibrio delle libertà", che ha visto da tempo impegnate sia la dottrina che la giurisprudenza. La vastità e la notorietà del dibattito ci esime da qualsiasi riferimento, ci limitiamo tuttavia a ricordare che pure in una prospettiva che sottolinea la "impossibilità di costringere la vita in schemi che finirebbero con il negarne la ricchezza", si considera la necessità di tener conto "che può accadere che pure un rapporto di breve durata meriti di essere considerato dal punto di vista della regola giuridica quando vi siano stati impegni reciproci che non possono essere abbandonati all'arbitrio di uno dei partner", il che impone la ricerca di nuovi strumenti giuridici di tutela. Così RODOTÀ, S.: *Diritto d'amore*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 98 ss.

21 Come, da ultimo, ha ribadito, per molti SESTA, M.: "Matrimonio e famiglia", cit., p. 1197, ed ivi anche gli ulteriori riferimenti.

dell'indissolubilità dei vincoli familiari, trasferitasi oramai dal legame di coppia a quello della filiazione"<sup>22</sup>.

Ciò non toglie, tuttavia, che la liquidità, la quale contraddistingue i rapporti dissolubili, ha inciso anche sul modo di intendere la indissolubilità di rapporti che, pur nel loro costante permanere, non possono prescindere dalle nuove realtà alle quali devono conformarsi.

La dissolubilità, rendendo mobili le frontiere della vita familiare<sup>23</sup>, ha difatti determinato cambiamenti che impongono di prendere atto di nuove realtà alle quali il diritto deve necessariamente dare una risposta.

Il punto nodale emerge con forza non solo nella necessità di dover considerare la funzione paragenitoriale che il nuovo partner del genitore è destinato a svolgere nei confronti del minore con il quale convive, ma anche nel dover considerare una molteplicità di legami affettivi i quali appaiono meritevoli di tutela anche se non rientrano nelle categorie della parentela e dell'affinità<sup>24</sup>.

Questa rapida carrellata ha inteso farci riflettere sul come e sul perché di una rimediazione della legge sul divorzio.

Pur nella sua voluta superficialità, un *excursus* veloce si manifesta difatti già sufficiente ad evidenziare che il cinquantenario della legge sul divorzio non può rappresentare solo una celebrazione. In esso deve invece rinvenirsi una occasione per cogliere il senso della dissolubilità: introdurre la dissolubilità non ha segnato un punto di arrivo quanto, piuttosto, un punto di partenza per affrontare le nuove sfide della famiglia contemporanea.

22 Così ancora SESTA, M.: sub artt. 30-31-37 Cost., in M. SESTA (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 113.

23 Più che mobili, si tratta di frontiere che già da tempo sembrano divenire del tutto evanescenti rispetto ad una realtà talmente complessa che ci pone di fronte ad "inedite dinamiche familiari, espressione ed estrinsecazione della personalità degli individui", le quali "trascendono il modello familiare tipico (anche extraconiugale), talvolta neppure raggiungendo la soglia del giuridicamente rilevante", così, in termini, per molti, CORDIANO, A.: "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *www.comparazioneDiritto.civile.it*, ed ivi gli ulteriori riferimenti.

24 Di recente torna, ancora, a porre l'accento sulla necessità di individuare "regole capaci di governare la complessa trama di relazioni che scaturisce dalle famiglie che si sovrappongono nel tempo", AL MUREDEN, E.: "Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi", *Fam. e dir.*, 2021, p. 23 ss.; Id.: "La genitorialità sociale tra ordine pubblico e interesse del minore", in B. AGOSTINELLI, V. CUFFARO (a cura di), *Relazioni, Famiglie, Società*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 111 s.



### III. LA SPECIFICITÀ DEL DIVORZIO NEL CONTESTO DELLO SCIoglIMENTO DEL MATRIMONIO.

Superata ormai la boa del mezzo secolo dalla introduzione della legge n. 898/1970<sup>25</sup>, i tempi sembrerebbe maturi per dare al divorzio la sua autonoma dignità.

Sembra pertanto in primo luogo essenziale distinguerlo, quale causa di scioglimento del matrimonio, dalla morte, alla quale l'art. 149 cod. civ. tuttora lo accomuna.

Significativamente la legge n. 76/2016, che si pone come apripista rispetto all'attuale modo di intendere il divorzio<sup>26</sup>, tratta in commi separati la morte (art. 1, comma 22, ove alla morte è accomunata la dichiarazione di morte presunta)<sup>27</sup> rispetto alle altre cause di scioglimento (art. 1, commi 23 e 24), il che consente di sottolineare la ontologica diversità fra la morte e il divorzio quali cause di scioglimento dell'unione civile.

Per quanto riguarda il matrimonio il legislatore, con la riforma del 1975, si è limitato a modificare la formulazione dell'art. 149 cod. civ. che, rispecchiando ancora lo stato della legislazione precedente al divorzio, stabiliva "*il matrimonio non si scioglie che con la morte di uno dei coniugi*", limitandosi ad introdurre un riferimento agli altri casi di scioglimento.

Pertanto, con la menzione "*negli altri casi previsti dalla legge*", come da subito è stato autorevolmente detto<sup>28</sup>, il Legislatore ha preso esclusivamente atto di una necessità, senza voler evidenziare l'importante passaggio dalla indissolubilità, per cui solo la morte scioglie ineluttabilmente il matrimonio, alla dissolubilità la quale, seppure seguendo modelli diversi, e, quindi, malgrado la diversa valenza che assumono nel tempo i presupposti, non può comunque prescindere, quanto

25 Rispetto alla quale, oltre che ripercorrere l'acceso dibattito politico che l'ha accompagnata, da tutti ben ricordato – e per il quale si rinvia, a QUADRI, E.: voce "Divorzio nel diritto civile e internazionale", *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Utet, Torino, 1990, p. 508 ss.- appare interessante anche ripercorrere il tentativo di analisi e di ricostruzione storiografica operato da GALOPPINI, A.: "Profilo storico del divorzio in Italia", in P. RESCIGNO (a cura di), *Commentario sul divorzio*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1 ss.

26 Mutuando, in termini, quanto osserva, fra gli altri, QUADRI, E.: "L'introduzione del divorzio: il dibattito, la legge e la sua conferma, i successivi interventi legislativi", *Fam. e dir.*, 2021, p. 14 e, in particolare i rinvii nella nota 49, il quale ribadisce ancora una volta che lo scioglimento dell'unione civile rappresenta un modello per possibili futuri interventi in materia di divorzio; Id.: "Crisi della coppia: a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", *Foro it.*, 2020, V, c. 167 ss. e in B. AGOSTINELLI, V. CUFFARO (a cura di), *Relazioni, Famiglie, Società*, cit., p. 27 ss.

27 V. sul punto per molti BONILINI, G.: "Lo scioglimento dell'unione civile per morte, o dichiarazione di morte presunta di una delle parti", in G. BONILINI (a cura di), *Trattato, V, Unione civile e convivenza di fatto* Utet, Torino, 2017, p. 403 ss.

28 GRASSETTI, C.: sub art. 149, in *Commentario al diritto*, cit., p. 672, il quale parla della necessità di armonizzare il precedente dettato "con la nuova normativa introdotta dalla legge 1° dicembre 1970, n. 898, che sotto l'impreciso titolo (pudore delle parole?) «Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio» detta norme sul divorzio" (corsivo nostro).

meno, dalla richiesta di uno dei coniugi al fine di ottenere che venga pronunciato lo scioglimento del vincolo.

Invero le alterità fra scioglimento per morte e scioglimento per divorzio sono palesi<sup>29</sup>.

La morte (e peraltro, a differenza di quanto è previsto dall'art. 1, comma 22, legge n. 76/ 2016<sup>30</sup>, non la morte presunta<sup>31</sup>) determina lo scioglimento del rapporto automaticamente e per una causa fisiologica e ineluttabile, la quale prescinde dalla volontà delle parti, peraltro essa incide essenzialmente sulla sola comunione materiale<sup>32</sup>.

Il divorzio, invece, implica la possibilità di uno scioglimento rispetto al quale, seppure con intensità e modalità diverse, resta essenziale un intervento delle parti; peraltro esso sancisce, ancor prima della cessazione della comunione materiale, la cessazione della comunione spirituale che rappresenta in concreto la vera ragione della dissoluzione del vincolo.

Queste significative differenze appaiono coperte da un generico riferimento allo scioglimento e in tal senso la dissolubilità<sup>33</sup>, seppure introdotta, non vuole squarciare il velo della tradizione, come risulta fin dall'uso di una discussa terminologia che non fa riferimento al divorzio<sup>34</sup> e che lascia nel codice esclusivamente la separazione come strumento al quale ricorrere in caso di crisi del rapporto.

29 Di recente SESTA, M.: "Mezzo secolo", cit., p. 18, ribadisce ancora una volta che "il matrimonio risolubile ... è tendenzialmente altro rispetto al matrimonio indissolubile, destinato a durare quanto la vita degli sposi".

30 Rispetto al quale v. le critiche e i dubbi espressi da RIMINI, C.: "Commento all'art. 1, commi 22, 23, 24, 26, 27, l. 20 maggio 2016, n. 76", in S. PATTI (a cura di), *Regolamentazione delle unioni*, cit., p. 324 ss.

31 La morte presunta, che non è menzionata dall'art. 149 c.c., e quindi non consente di ritenere che determini, al pari della morte o del divorzio, lo scioglimento del matrimonio, (come diffusamente precisa TRABUCCHI, A.: sub art. 65, in *Commentario al diritto*, cit., p. 364 ss.) anche se non determinerebbe lo scioglimento del matrimonio, ma ne determinerebbe solo la quiescenza, nella sua articolata costruzione, che tuttora emerge da una disciplina risalente nel tempo e mai mutata, rende palese che il "codice ha accolto la soluzione del problema più consona ai due principi, quello della indissolubilità del matrimonio e quello monogamico, che si possono dire fondamentali per il nostro ordinamento matrimoniale", come ebbe a rilevare GIORGIANNI, M.: *La dichiarazione di morte presunta*, Giuffrè, Milano 1943, p. 169.

32 A titolo esemplificativo possiamo menzionare l'art. 23 legge n. 633/1941 (Diritto d'autore), che indica il coniuge quale primo fra i soggetti che hanno diritto di opporsi agli atti che possano essere lesivi dell'onore dell'autore defunto. Più in generale, già a livello manualistico, si chiarisce che "il matrimonio, pur sciogliendosi per morte, continua a produrre degli effetti: ad esempio la vedova conserva il cognome del marito che, nel matrimonio, aveva aggiunto al proprio e lo conserva sino a quando non passa a nuove nozze (art. 143 bis cod. civ.)", così, in termini, BONILINI, G.: *Manuale di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2002, p. 215. Occorre, però, ricordare che ci sono perplessità sulla conservazione del cognome comune per quanto riguarda la parte superstite in caso di scioglimento per morte dell'unione civile. V. al riguardo BUGETTI, M.N.: "Il cognome comune delle persone unite civilmente", *Fam. e dir.*, 2016, p. 911; BONILINI, G.: "Lo scioglimento dell'unione civile per morte o dichiarazione di morte presunta", *Fam. e dir.*, 2017, p. 601.

33 Occorre quindi prendere ancora atto delle perduranti difficoltà che accompagnano per la "goffaggine del legislatore" il passaggio "dal principio storico della indissolubilità del matrimonio al principio rivoluzionario della dissolubilità" come ci insegna FALZEA, A.: "Note introduttive generali", in *Commentario al diritto*, cit., p. 29 ss.

34 Come evidenzia, unanime, la dottrina, (v. fra i molti, DOSSETTI, C.: *Divorzio la parola assente*, in G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario del codice civile* (diretto da F.D. BUSNELLI), Giuffrè,

Si manifesta così l'intento di una scelta prudente e consapevole, volta a mitigare la carica di novità che comporta lo scioglimento di un vincolo<sup>35</sup> che si ritiene ancora caratterizzato da una forte valenza istituzionale<sup>36</sup>.

Pertanto, sono rimaste a lungo compresse le peculiarità necessariamente connesse alla introduzione del divorzio che non si limita a sciogliere il matrimonio, ma lo rende dissolubile.

Il timore di esprimere le novità in maniera esplicita, connaturale non solo alla "carica compromissoria" che caratterizza la legge del divorzio, ma costantemente presente anche nelle successive riforme, rispetto alle quali la dottrina evidenzia una "usuale ipocrisia legislativa"<sup>37</sup>, non arresta comunque quel dinamismo che è presente non solo, come è ben evidente, nei principi, ma anche nella necessità di guardare al sistema nel suo insieme.

In questa prospettiva, non si può prescindere dal ritenere importante ricordare, come viene fatto già a livello manualistico, che "la disciplina del divorzio, oggetto di aspra contesa politica al momento della sua introduzione, fu – e tuttora resta – collocata fuori del codice civile, quasi si trattasse di un corpo estraneo rispetto al matrimonio e non di un istituto che ne ha ridisegnato il concetto stesso prevedendone la risolubilità e quindi facendone venir meno l'originario attributo della indissolubilità"<sup>38</sup>.

Ne consegue che, seppure si deve tenere in conto che "il divorzio ... non è circostanza sufficiente a modificare la positiva concezione che l'ambiente sociale e gli sposi generalmente professano e concretamente vivono del matrimonio e delle finalità che l'istituto persegue"<sup>39</sup>, si impone altresì la necessità di prendere atto che la scelta operata dal legislatore assume una sua specificità in quanto essa ha aperto verso la rilevanza giuridica di tutte le situazioni esistenziali e, come ci dimostra in maniera significativa la legislazione successiva al 1975 (e la lettura che ne hanno fatto dottrina e giurisprudenza)<sup>40</sup>, la dissolubilità non consente più di assorbire in schemi rigidi e formali i rapporti familiari.

---

Milano 2010, p. 39 ss.) è significativa la persistente ritrosia all'uso del termine divorzio, tuttora scarsamente utilizzato dal legislatore, che ad esso ricorre solo in casi sporadici come da ultimo puntualizza nuovamente SESTA, M.: "Matrimonio e famiglia", cit., p. 1178 e nota 4.

35 Ricorda QUADRI, E.: "L'introduzione del divorzio", cit., p. 10 e nota 22, che il mancato uso del termine divorzio fu voluto al fine di evitare "parole che fanno venire lo choc".

36 Secondo quanto prospetta in maniera ampia e approfondita RENDA, A.: *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano 2013, passim.

37 Come ben chiarisce QUADRI, E.: "L'introduzione del divorzio", cit., p. 13.

38 In questi termini viene esplicitato da BONILINI, G.: *Manuale del diritto di famiglia*, Utet, Padova, 2021, p. 175.

39 Come autorevolmente osserva RESCIGNO, P.: *Manuale del diritto privato*, Maremagum, Napoli, 1986, p. 402, invitando così a guardare, come è stato successivamente fatto, a ben più ampi scenari.

40 Una conferma in tal senso si coglie proprio dalla lettura dei recenti contributi contenuti in *Fam. e dir.* 2021, ai quali abbiamo ritenuto utile fare specifico e diffuso riferimento.

#### IV. I PRESUPPOSTI.

Le discussioni che hanno accompagnato l'introduzione della legge n. 898/1970, molto di più che sulle conseguenze, si sono essenzialmente svolte intorno ad un punto ritenuto nodale: esse hanno riguardato il quando e, quindi il come, è possibile ottenere il riacquisto dello stato libero.

La tribolata introduzione della legge n. 898/1970 ha portato quindi ad incentrare l'attenzione su di un profilo che potremmo definire strutturale: la legge ha elencato, e tuttora continua a prevedere, una serie di ipotesi tassative che devono necessariamente ricorrere affinché il giudice, secondo il dettato posto in apertura, possa accertare che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previste dall'art. 3 (art. 1).

La disposizione, a distanza di tempo, conserva una valenza solo declamatoria, tanto che il legislatore non l'ha richiamata per quanto riguarda lo scioglimento dell'unione civile, che pure, in gran parte, sia pure formalmente, sembrerebbe riprendere il modello costituito dalla legge n. 898/1970.

Il testo tuttora vigente, grazie ad un emendamento da subito ritenuto discutibile<sup>41</sup>, sembrerebbe escludere uno scioglimento automatico in presenza di una delle cause tassativamente previste, prevedendo una valutazione della irreversibilità della crisi coniugale da parte del giudice.

Le perplessità iniziali<sup>42</sup>appaiono del tutto fugate e il persistente tributo formale all'accertamento appare ormai ridotto ad una posizione teorica priva di riscontro concreto<sup>43</sup>.

Gli anni trascorsi, tuttavia, non solo non sono stati sufficienti a determinare l'abrogazione esplicita di questo emendamento, che sembrava aprire le porte alla discrezionalità del giudice<sup>44</sup>, ma, ancor più, la persistente lunga elencazione di una serie di presupposti – molti dei quali ormai del tutto inattuali, o come è stato detto “a tratti ripugnanti” (quali quelli relativi alle cause penali di divorzio), altri discutibili (quale quello della inconsumazione del matrimonio), altri ancora superati dalla legislazione successiva (quale quello della rettificazione anagrafica di sesso

41 POGGI, M.E.: “Cause di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio”, in P. RESCIGNO (a cura di), *Commentario sul divorzio* Giuffrè, Milano, 1980, p. 205.

42 Fin da subito oggetto di fondate critiche da parte di autorevole dottrina: così, fra molti, v. in particolare GIORGIANNI, M.: “Cinque note sul divorzio”, *Pol. dir.*, 1970, p. 354, il quale denuncia il pericolo di lasciare al giudice «il potere, per non dire l'arbitrio di sciogliere il matrimonio».

43 Come si rileva concordemente già a livello manualistico: v. SESTA, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 176.

44 V. ancora, diffusamente, POGGI, M.E.: “Cause di scioglimento”, cit.

) – ha, di recente, indotto ad affermare che essi consentono di poter rilevare il chiaro intento di mantenere “una facciata barocca che ancora resiste davanti ad un edificio diroccato sotto i colpi della evoluzione sociale e delle riforme legislative”<sup>45</sup>.

Ciò che tuttora induce a riflettere in tal senso è, ancor più, la presenza di un dettagliato elenco di cause la cui oggettiva gravità sembra assumere rilievo determinante al fine di presumere che si è determinata una frattura irreparabile.

Appare evidente che il Legislatore, pur in presenza “di una disciplina non esemplare per chiarezza ed univocità”<sup>46</sup>, abbia inteso delineare, fra i molti possibili, la scelta di un preciso modello: il Legislatore ha introdotto un divorzio rimedio.

La dissolubilità, quindi, almeno in apparenza, non caratterizza il matrimonio, che sembra restare potenzialmente indissolubile<sup>47</sup>: lo scioglimento si deve considerare solo come una eccezione, limitata ad ipotesi tassativamente previste.

È in questa ottica che la legge assegna rilievo determinante ai presupposti, considerati quali fatti legalmente tipizzati, i quali, in ragione della sussistenza di circostanze, per così dire “prefigurate”, considerate idonee a dare atto della irreversibilità della crisi coniugale, sottraggono ai coniugi la disponibilità dello scioglimento del vincolo, seppure ridotto a mera forma e quindi irreparabilmente privo della sua essenza vitale.

La disciplina, così come è stata costruita, tenta quindi di non coniugare lo scioglimento con la libera valutazione dei coniugi, non volendo assegnare valore preminente all'autonoma considerazione dell'autodeterminazione dei coniugi. Ciò malgrado il tempo ha mostrato le crescenti difficoltà di rinchiudere in un modello rigido il divorzio nel tentativo di sottrarlo all'autonomia delle parti, ostacolando, in tal modo, una decisione che vuole evitare il persistere di una forma vuota, priva di quella realtà sostanziale che, singolarmente, è la stessa legge sul divorzio ad evidenziare enunciando “la più suggestiva definizione dell'essenza del matrimonio, identificata nella comunione materiale e spirituale dei coniugi”<sup>48</sup>.

La rigidità del modello contiene, però, fin dall'inizio un piccolo margine di elasticità nella fattispecie prevista dalla lett. b), n. 2, art. 3 della legge n. 898/1970, che pone anche la separazione consensuale fra i fatti preclusivi della continuazione

45 L'affermazione – ripresa in termini da RIMINI, C.: “Commento all'art.”, cit., in part. p. 334 – anche se legata al ribadire, nel 2016, alcuni di questi presupposti anche nella disciplina del divorzio degli uniti civilmente, testimonia ancora una volta la ritrosia del legislatore a prendere atto dei cambiamenti e a mantenere un cono d'ombra su di un istituto del quale, tuttora, raramente utilizza perfino il nome.

46 Come testualmente evidenzia RESCIGNO, P.: *Divorzio e diritto di famiglia*, Il Mulino, Bologna, 1970, p. 191.

47 RENDA, A.: *Il matrimonio civile*, cit., p. 171 ss.

48 In questi termini SESTA, M.: “Matrimonio e famiglia”, cit., p. 154, ricorda una preziosa osservazione di Rescigno.

del rapporto, aprendo, così, un varco all'autonomia dei coniugi nella gestione della crisi familiare.

Con il trascorrere del tempo l'inserimento di una pregressa separazione fra i presupposti del divorzio, ipotesi da subito prevalente e, in quanto tale, ritenuta "normale", ha inciso in maniera determinante a disancorare l'originaria impostazione dalla rigidità che sembrava caratterizzarla.

Il cambiamento è legato al progressivo passaggio del modo di intendere, dopo la riforma del 1975, "i fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza" (art. 151 cod. civ.)<sup>49</sup>, fatti che sempre meno vengono considerati nella loro valenza oggettiva, arrivando ad assegnare, invece, esclusivo rilievo alla "valenza soggettiva della disaffezione e del distacco spirituale"<sup>50</sup>, disaffezione che, se confermata dal trascorrere di un certo lasso di tempo ( che va diventando sempre più breve), consente di presumere la definitiva rottura della comunione spirituale e materiale di coniugi.

Fin dalla riforma del 1987<sup>51</sup>, pur dovendo tener conto del rilievo assegnato al decorrere del tempo, che rappresenta la ragione la quale consente di escludere ogni possibilità di recupero del rapporto, non si può ignorare la rilevanza che, specialmente in concreto, assume l'accordo dei coniugi, anche in presenza di una progressiva e drastica riduzione dei tempi. L'autonomia dei coniugi, malgrado la presenza del persistente rifiuto del principio dello scioglimento per mutuo dissenso, assume ufficiale rilevanza al fine di intraprendere un cammino volto a raggiungere un risultato che, pur dovendo utilizzare un complesso procedimento per ottenerlo, esprime una libera scelta.

49 Come è ben noto, proprio aver sostituito ad una elencazione tassativa delle colpe la clausola generale della "intollerabilità della convivenza" ha enormemente ampliato il piccolo varco già introdotto con la previsione della separazione consensuale, garantendo ai coniugi, sia pure non subito, il diritto di liberarsi da un vincolo vuoto. Peraltro, posto che la separazione non solo coesiste con il divorzio, ma ne è la premessa, come, fin dalla introduzione della riforma del 1975, ha ben chiarito GRASSETTI, C.: sub art. 151, in *Commentario al diritto*, cit., p. 674, non solo essa potrebbe essere denominata un "divorzio a termine" o un "divorzio sotto condizione", ma, principalmente, la stretta connessione impone di evidenziare che l'abolizione della tassatività delle cause si riflette necessariamente in una moltiplicazione delle pronunce di divorzio in cui si converte l'allargata separazione.

50 Come ha di recente incisivamente sottolineato D'ANNOVI, F.: "I presupposti della separazione, ovvero quando il diritto "cede il passo" alla libertà del singolo (e per il divorzio?)", *Fam. e dir.*, 2019, p. 73 ss., al quale si rinvia anche per gli ulteriori riferimenti.

51 Percorrendo l'iter che ha accompagnato la evoluzione della disciplina del divorzio, ponendo attenzione alla riforma introdotta dalla legge 6 marzo 1987, n. 74, è apparso evidente che, seppure essa si colloca ancora all'interno dei limiti di elasticità del modello, recepisce di certo "l'idea di un favor divortii, inteso nel senso di un ricercato superamento di impostazioni inutilmente defatigatorie, atte solo a frustrare le legittime istanze di libertà e di dignità, poste alla base della scelta dissolubilista", e lascia altresì emergere la lenta, crescente rilevanza "dei profili consensuali nella gestione della crisi familiare, con l'introduzione della "domanda congiunta" di divorzio quale espressione di una apertura alla consensualità", così QUADRI, E.: "L'introduzione del divorzio", cit., p. 12.

Questo varco ha consentito, sia pure in maniera indiretta, di giungere attraverso importanti modifiche che si sono succedute nel tempo a quello che viene definito il nuovo divorzio<sup>52</sup>.

La conferma che il Legislatore attribuisce al divorzio una sicura dimensione privatistica trova una ulteriore ed indubbia attestazione nel divorzio senza processo<sup>53</sup>, anche se il depotenziamento dell'intervento giudiziale, pur rendendo palese il rilievo crescente dell'autonomia dei coniugi nel chiedere il divorzio, apre a nuove questioni, in primo luogo quella della disponibilità dello *status*<sup>54</sup>.

Tuttavia, anche se la via giudiziale al divorzio resta tuttora "la scelta preferita dei coniugi separati", non sembra possa revocarsi in dubbio che in un "contesto che riconduce il rapporto coniugale in una dimensione privatistica", anche la disciplina processuale si realizza in una "marcata tendenza ad imprimere al giudizio di divorzio tempi particolarmente brevi e soddisfare così l'interesse della parte alla libertà di stato che dà sostanza ad un vero e proprio diritto al divorzio"<sup>55</sup>.

## V. DAL MODELLO AL NON MODELLO.

Questo affresco, seppure rapido e sfumato, nel riportare sinteticamente le attuali linee di tendenza, già consente di intravedere la crescente attenzione alla dinamica degli affetti che sempre più rifugge da statuti rigidi<sup>56</sup>.

Difatti fin dal 1987 il Legislatore ha iniziato a delineare gli atti estintivi dello *status* come atti di segno contrario, ma analogo, all'atto costitutivo che si basa sul consenso delle parti.

Più di recente, tuttavia, pur nel silenzio della legge sul divorzio, si è determinato un necessario ripensamento che ha consentito di individuare ulteriori significativi

52 Per un quadro analitico e diffuso che rende evidente il cammino, forse poco lineare, che ha inciso in maniera determinante sulla struttura, apparentemente inalterata, della legge, imprescindibile il rinvio a RIMINI, C.: "Il nuovo divorzio", in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER (a cura di), *Trattato di diritto commerciale La crisi della famiglia*, II, Giuffrè, Milano, 2015, p. 14 ss.

53 Il riferimento, come è ovvio, è al d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito nella l. 10 novembre 2014, n. 167.

54 Si rinvia, anche per gli ulteriori riferimenti, a BUGETTI, M.N.: "Il divorzio tra intervento giudiziale e autonomia dei coniugi", *Fam. e dir.*, 2021, p. 34 ss.

55 Così di recente TOMMASEO, F. "L'evoluzione giurisprudenziale e legislativa del processo di divorzio", *Fam. e dir.*, 2021, p. 72 ss., al cui sintetico e chiarissimo quadro si fa riferimento.

56 Significativo in tal senso è lo studio di OBERTO, G.: "Il divorzio in Europa", *Fam. e dir.*, 2021, p. 112 ss. L'A., pur tenendo conto del valore, essenzialmente indicativo, dei vari modelli, volti a predisporre il modo attraverso il quale si può giungere al divorzio, si sofferma ad enucleare, al di là delle diversità che emergono dai differenti dettati legislativi, le comuni linee di convergenza e le principali linee di tendenza; in questa ottica la contestuale presenza di modelli diversificati, pur presentando "un variegato vestito di Arlecchino", consente, tuttavia, di rilevare che, in concreto, le diversità non portano a conclusioni non così distanti. Si sottolinea al riguardo una linea di tendenza in fieri che sembra convergere sull'idea dell'esistenza, nei fatti, di un vero e proprio diritto di un coniuge, per il fatto stesso di essere tale, di pervenire comunque allo scioglimento del vincolo, pur in presenza dell'opposizione dell'altro, sulla base, in buona sostanza, "del solo desiderio di colui che ha assunto l'iniziativa di terminare un'unione considerata male assortita" (Id., p. 128).

allargamenti, tutelando quello che si viene ad individuare come nocciolo duro del diritto di libertà, rispetto al quale cade la possibilità, in ragione di modelli obbliganti, di impedirne l'esercizio.

I cinquant'anni dalla introduzione della legge sul divorzio hanno rappresentato, a tale riguardo, un'importante occasione che ha consentito alla dottrina di ripercorrere l'evoluzione che ha portato alla disgregazione del modello di divorzio la cui originaria impostazione appare profondamente mutata<sup>57</sup>.

Ne è emersa una diffusa constatazione secondo la quale l'attuale linea di tendenza non si limita a tener conto dell'accordo, come espressione sintomatica dell'opportunità di porre fine al rapporto di coppia, ma incentra l'attenzione sulla esigenza, ritenuta preminente, di non perpetuare inutilmente la stabilità di un vincolo formale, accordando, in sostanza, il diritto di riottenere lo stato libero anche a seguito della iniziativa di una sola delle parti la quale intende dare rilevanza esterna ad una realtà che è mutata.

In questa ottica, che non consente più di porre in ombra il ruolo centrale assegnato alla volontà (anche di uno solo dei coniugi) volta a riacquistare lo stato libero, occorre la consapevolezza che il passaggio dal carattere eteronomo che contraddistingue il modello e che trova rispondenza nei presupposti tassativamente e rigidamente predeterminati, ad una impostazione che valorizza i profili di libertà e di autonomia dell'individuo, impone di guardare ai profili di reciprocità e solidarietà che la connotano. Si tratta, difatti, di esaltare un'autonomia che non è, però, autoreferenziale e non può prescindere dall'essere connotata dal riferimento al profilo relazionale che la contraddistingue.

La destrutturazione dei presupposti conferma, quindi, una scelta di libertà nel rispetto dei diritti fondamentali per quanto riguarda l'*an* del divorzio, il che comporta il subentrare della responsabilità alla coazione, spostando l'attenzione dall'*ex ante* all'*ex post*.

---

57 Invero il discorso sul modello risponde da sempre ad una esigenza di classificazione delle diverse cause che possono determinare il divorzio, ne consegue che i presupposti sono intimamente connessi alla configurazione dei vari modelli di divorzio. I modelli risultano, in concreto, connotati da un diverso grado di elasticità che va dalla rigidità del divorzio sanzione alla liquidità del divorzio consensuale ed è pertanto difficile rinvenire nei diversi ordinamenti la presenza di un preciso modello, dovendosi, piuttosto, far riferimento al modello che emerge con maggiore evidenza dal dettato legislativo. La difficoltà, immanente nel complesso intreccio che si va determinando emerge con immediatezza tenendo conto che il dettato legislativo non solo non è mai netto, ma altresì si evolve nella sua interpretazione. Una testimonianza in tal senso è data proprio dalla nostra disciplina. Pur nella prevalenza che sembra debba assegnarsi al modello del divorzio rimedio, occorre ricordare che già inizialmente esso sembrava convivere con il modello di divorzio sanzione, come ci dice per molti POGGI, M.E.: "Cause di scioglimento", cit., p. 218 s. Si può ormai ritenere che la inesistenza sulla scelta di un "modello" potrebbe farci cadere "in una polemica antica" visto che non esiste la scelta di un modello "puro" essendo sempre "immediatamente rilevante il fallimento dell'unione"; così FERRANDO, G.: "Il conflitto coniugale tra separazione e divorzio", in *Separazione e divorzio*, in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Bigiavi*, Utet, Torino, 2003, tomo I, p. 22.



Per concludere possiamo ricorrere ad un'autorevole "avvertenza" della quale, forse, dopo cinquant'anni non abbiamo ancora una sufficiente contezza: collocare "il valore della persona alla sommità di valori giuridici" comporta "la necessaria implicazione di trasferire i problemi di responsabilità dal piano dello scioglimento del vincolo coniugale al piano della disciplina degli effetti dello scioglimento"<sup>58</sup>.

---

58 Così FALZEA, A.: "Note introduttive", cit., p. 66.

## BIBLIOGRAFIA

AL MUREDEN, E.: "La genitorialità sociale tra ordine pubblico e interesse del minore", in B. AGOSTINELLI, V. CUFFARO (a cura di), *Relazioni, Famiglie, Società*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 111 s.

AL MUREDEN, E.: "Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi", *Fam. e dir.*, 2021, p. 23 ss.

BALESTRA, L.: "La crisi della comunione di vita", *Giust. civ.*, 2020, p. 31 ss.

BALLARANI, G.: "La piena autonomia privata in ambito familiare?", *Dir. delle succ. e della famiglia*, 2019, p. 27 ss.

BIANCA, C.M.: "Commento agli artt. 5, 6, 9 e 9bis della Legge 1° dicembre 1970, n. 898, in AA.VV., *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* (diretto da G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI), VI, I, Cedam, Padova, 1993, p. 313 ss.

BIANCA, C.M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica", in AA.VV., *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castan Tobena*, Volumen II, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, p. 61 ss.

BIANCA, C.M.: "Interpretazione e fedeltà alla norma", in AA.VV., *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, Giuffrè, Milano, 1978, p. 147 ss.

BIANCA, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1 ss.

BIANCA, C.M.: "Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale", *Fam. e dir.*, 2018, p. 955 ss.

BIANCA, C.M.: "Realtà sociale ed effettività della norma", in *Scritti giuridici*, Vol. I, Libreria Universitaria, Milano 2002, p. 36 ss.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 2, Giuffrè, Milano, 2001, p. 229 ss.

BIANCA, C.M.: *politichefamiglia.it*, 2013.

BIANCA, C.M.(a cura di): *Le unioni civili e le convivenze*, Giappichelli, Padova, 2017.

BONILINI, G.: "Lo scioglimento dell'unione civile per morte o dichiarazione di morte presunta", *Fam. e dir.*, 2017, p. 601.

BONILINI, G.: "Lo scioglimento dell'unione civile per morte, o dichiarazione di morte presunta di una delle parti", in G. BONILINI (a cura di), *Trattato*, V, *Unione civile e convivenza di fatto*, Utet, Torino, 2017, p. 403 ss.

BONILINI, G.: *Manuale del diritto di famiglia*, Utet, Padova, 2021, p. 175.

BONILINI, G.: *Manuale di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2002, p. 215.

BUGETTI, M.N.: "Il cognome comune delle persone unite civilmente", *Fam. e dir.*, 2016, p. 911.

BUGETTI, M.N.: "Il divorzio tra intervento giudiziale e autonomia dei coniugi", *Fam. e dir.*, 2021, p. 34 ss.

CIAN, G.: "Introduzione", in L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* Tomo primo, Parte prima, Cedam, Padova, 1976, p. 77.

CORDIANO, A.: "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it)

DOSSETTI, C.: *Divorzio la parola assente*, in G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario del codice civile* (diretto da F.D. BUSNELL), Giuffrè, Milano 2010, p. 39 ss.

FALZEA, A.: "Note introduttive generali", in G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia* Cedam, Padova, 1992, p. 29 ss.

FERRANDO, G.: "Il conflitto coniugale tra separazione e divorzio", in *Separazione e divorzio*, in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Bigiavi*, Utet, Torino, 2003, tomo I, p. 22.

FERRANDO, G.: "Il matrimonio", in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI), Giuffrè, Milano, 2002, p. 60 ss.

FERRANDO, G.: "Le relazioni familiari nella Carta dei diritti dell'Unione europea", *PD*, 2003, p. 347 ss.

GALOPPINI, A.: "Profilo storico del divorzio in Italia", in P. RESCIGNO (a cura di), *Commentario sul divorzio*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1 ss.

GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Keyeditore, Milano, 1983.

GIORGIANNI, M.: "Cinque note sul divorzio", *Pol. dir.*, 1970, p. 354.

GIORGIANNI, M.: *La dichiarazione di morte presunta*, Giuffrè, Milano 1943, p. 169.

GRASSETTI, C.: sub art. 149, in G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Cedam, Padova, 1992, p. 672 .

MESSINETTI, D.: "Diritti della famiglia e identità della persona", *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 137 ss.

NUZZO, M.: "Prefazione", in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato, Potere di autoregolamentazione e sistema delle fonti, Autonomia privata e diritto di famiglia, Attività negoziale e composizione alternativa delle liti*, Giappichelli, Torino, 2014.

OBERTO, G.: "Il divorzio in Europa", *Fam. e dir.*, 2021, p. 112 ss.

PATTI, S. (a cura di): *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Zanichelli, Bologna, 2020.

POGGI, M.E.: "Cause di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio", in P. RESCIGNO (a cura di), *Commentario sul divorzio*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 205 ss.

QUADRI, E.: "Crisi della coppia: a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", *Foro it.*, 2020, V, c. 167 ss.

QUADRI, E.: "Crisi della coppia: a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", in B. AGOSTINELLI, V. CUFFARO (a cura di), *Relazioni, Famiglie, Società*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 27 ss.

QUADRI, E.: "L'introduzione del divorzio: il dibattito, la legge e la sua conferma, i successivi interventi legislativi", *Fam. e dir.*, 2021, p. 10 ss.

QUADRI, E.: voce "Divorzio nel diritto civile e internazionale", *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Utet, Torino, 1990, p. 508 ss.

RENDA, A.: *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano 2013.

RESCIGNO, P.: *Divorzio e diritto di famiglia*, Il Mulino, Bologna, 1970, p. 191.

RESCIGNO, P.: *Manuale del diritto privato*, Maremagum, Napoli, 1986, p. 402

RIMINI, C.: "Commento all'art. 1, commi 22, 23, 24, 26, 27, l. 20 maggio 2016, n. 76", in S. PATTI (a cura di), *Regolamentazione delle unioni tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Zanichelli, Bologna, 2020, p. 324 ss.

RIMINI, C.: "Il nuovo divorzio", in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER *commerciale* (a cura di), *Trattato di diritto, La crisi della famiglia*, II, Giuffrè, Milano, 2015, p. 14 ss.

RODOTÀ, S.: *Diritto d'amore*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 98 ss.

SESTA, M. (a cura di): *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017.

SESTA, M.: "Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 1183 ss.

SESTA, M.: "Mezzo secolo di riforme (1970-2020)", *Fam. e dir.*, 2021, p. 19.

SESTA, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 176.

SESTA, M.: sub artt. 30-31-37 Cost., in M. SESTA (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 113.

TOMMASEO, F.: "L'evoluzione giurisprudenziale e legislativa del processo di divorzio", *Fam. e dir.*, 2021, p. 72 ss.

TRABUCCHI, A.: sub art. 65, in G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Cedam, Padova, 1992, p. 364 ss.

